

# 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)

**1/2006**

Januar/Februar  
Seiten 1-24

## Inhalt

### Abhandlungen

- Rastätter*  
Grundstücksschenkungen an Minderjährige . . . 1
- Linde*  
Gewusst wo . . . . . 8
- Müller*  
Neues baden-württembergisches  
Naturschutzgesetz . . . . . 10
- Fischer*  
Die verdeckte Sacheinlage bei der GmbH  
und ihre Heilung . . . . . 13
- Rechtsprechung** . . . . . 18
- Buchbesprechungen** . . . . . 24

### **BWNotZ-Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2004/2005**

Das Inhaltsverzeichnis für die BWNotZ-Jahrgänge 2004/2005 liegt diesem Heft bei.

Einbanddecken können bei der Geschäftsstelle des Württembergischen Notarverein e.V. bestellt werden.

Der Preis pro Einbanddecke beträgt 11,- EUR.

Weitere Informationen können den diesem Heft beigefügten Bestellhinweisen entnommen oder bei der Geschäftsstelle erfragt werden.

## Grundstücksschenkungen an Minderjährige

(von Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe)

### Übersicht

§ 1 Beschränkung der Vertretungsmacht  
Grundzüge der gesetzlichen Vertretung durch die Eltern

§ 2 Pflegerbestellung und Genehmigungserfordernisse  
für Eltern

Unentgeltlicher Erwerb durch das minderjährige Kind

- a) Abstraktionsprinzip maßgeblich
- b) Änderung der Rechtsprechung: Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäft erforderlich (BGHZ 78, 28, 34)
- c) Rückkehr zur Trennung des schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäfts (BGH, Urt. vom 25.11. 2004)
  - 1.1. Schenkung eines unbelasteten Grundstücks
  - 1.2. Schenkung eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks
  - 1.3. Schenkung eines mit einer Dienstbarkeit, insbesondere mit einem Nießbrauch, Vorkaufsrecht, Vormerkung belasteten Grundstücks
  - 1.4. Schenkung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks
  - 1.5. Schenkung eines vermieteten Grundstücks
  - 1.6. Schenkung eines Wohnungs-/Teileigentums
  - 1.7. Ausgleichsbestimmungen und Pflichtteilsanrechnung
  - 1.8. Schenkung unter Belastungsvorbehalt
  - 1.9. Schenkung unter Rückforderungsvorbehalt
  - 1.10. Schenkung eines Rechts an einem Grundstück

### § 1 Beschränkung der Vertretungsmacht

Der Minderjährige ist durch das bürgerliche Recht umfassend geschützt. Rechtsgeschäftliche Verpflichtungen und dingliche Verfügungen sind mit wenigen Ausnahmen *unwirksam*, wenn nicht der gesetzliche Vertreter als Kontrollinstanz beteiligt wird. In Fällen, in denen die Missbrauchsgefahr tendenziell erhöht ist, muss die **Vertretung durch einen Dritten** als weitere unabhängige Kontrollinstanz wahrgenommen werden. Eltern, sind insbesondere von der Vertretung ausgeschlossen, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das sie als Vertreter des Minderjährigen mit sich selbst, mit ihrem Ehegatten oder einem mit dem gesetzlichen Vertreter in gerader Linie Verwandten abschließen wollen, sowie bei einem Rechtsstreit zwischen diesen Personen (§§ 181, 1795 Abs. 2, 1629 Abs. 2, BGB). Weitere Vertretungsverbote für Eltern ergeben sich aus § 1795 Abs. 1 Nrn. 2, 3, mit §§ 1629 Abs. 2 BGB für Verfügungen über dinglich gesicherte Forderungen (Hypotheken/Grundschulden) des Kindes gegen Vater, Mutter, für die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit sowie für Rechtsstreitigkeiten über derartige Angelegenheiten.

Zu besonders wichtigen Rechtsgeschäften ist die **Genehmigung** des **Familien-** oder **Vormundschaftsgerichts** erforderlich. Diese Beschränkung dient der Sicherheit des Kindesvermögens. Die Genehmigung ist zur Wirksamkeit des

vom gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts notwendig. Eine fehlende Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters ersetzt die gerichtliche Genehmigung nicht, was für die Fälle der Beschränkung der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters gem. § 1795 BGB bedeutsam werden kann.

Bevor auf die auf der Vertretungs- und Genehmigungsebene bestehenden Rechtsprobleme im einzelnen eingegangen wird, soll zunächst ein Überblick über die gesetzliche Vertretungsregelung gegeben werden:

Das minderjährige Kind steht unter **elterlicher Sorge** (§ 1626 BGB). Eltern, die bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, steht die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie Sorgerechtserklärungen (§ 1626b-e BGB) abgegeben oder einander geheiratet haben (§ 1626 a Abs. 1 BGB). Sonst hat in diesem Fall die **Mutter** allein die elterliche Sorge (§ 1626 a Abs. 2 BGB).

Alein vertritt **ein Elternteil** das Kind (§ 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB), wenn er die elterliche Sorge allein ausübt oder – weil die Eltern sich nicht einigen konnten – ihm die Entscheidung vom Familiengericht nach § 1628 Abs.1 BGB übertragen wurde oder weil das Familiengericht bei Getrenntleben der Eltern einem Elternteil die elterliche Sorge übertragen hat (§§ 1671, 1672). **Einem Elternteil** steht die elterliche Sorge auch dann allein zu, wenn der andere gemeinsam sorgeberechtigte Elternteil **gestorben ist** (§ 1680 Abs. 2 BGB) oder wenn das Familiengericht nach dem Tod des allein sorgeberechtigten getrennt lebenden Elternteils sie dem überlebenden Elternteil oder nach dem Tod der allein sorgeberechtigten Mutter (des nichtehelichen Kindes) dem Vater übertragen hat (§ 1680 Abs. 2 mit §§ 1671, 1672 bzw. 1626 a BGB). Allein steht die elterliche Sorge einem Elternteil schließlich auch dann zu, wenn sie dem anderen gemeinsam sorgeberechtigten Elternteil entzogen oder der nach § 1626 a Abs. 2 allein sorgeberechtigten Mutter entzogen und dem Vater übertragen wurde (§ 1680 Abs. 3 BGB).

Die elterliche Sorge erstreckt sich nicht auf Vermögen, welches dem Kind unentgeltlich unter Lebenden oder von Todes wegen zugewandt wurde mit der **Bestimmung**, dass es die **Eltern nicht verwalten** sollen (§ 1638 BGB). In diesen Fällen ist ein **Pfleger** zu bestellen (§§ 1909, 1915).

Eltern können nicht als gesetzlicher Vertreter im Namen des vertretenen Kindes mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (**Verbot des Selbstkontrahierens**, § 181 BGB mit 1629 Abs. 2 Satz 1 und 1795 Abs. 2 BGB). Ein Elternteil kann außerdem das Kind nicht vertreten bei einem Rechtsgeschäft zwischen seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Kind andererseits, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (§ 1629 Abs. 2 Satz 1 mit 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Ist demnach ein Elternteil von der Vertretung ausgeschlossen, so ist auch

der andere Elternteil an der gesetzlichen Vertretung gehindert<sup>1</sup>.

Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt hingegen **nicht** für Insihgeschäfte der Eltern, die dem Kind **lediglich einen rechtlichen Vorteil** bringen<sup>2</sup>.

## § 2 Pflegerbestellung und Genehmigungserfordernisse für Eltern

Gem. § 1643 Abs. 1 BGB bedürfen Eltern zu einem Rechtsgeschäft für das Kind der Genehmigung des **Familiengerichts** (also nicht mehr des Vormundschaftsgerichts) in den Fällen, in denen nach § 1821 und § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 ein Vormund der Genehmigung bedarf. Im folgenden sollen die einzelnen Genehmigungstatbestände näher beleuchtet werden, soweit es sich dabei um **Grundstücksgeschäfte** handelt:

### *Unentgeltlicher Erwerb durch das minderjährige Kind*

Gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB ist eine familiengerichtliche Genehmigung nur dann erforderlich, wenn es sich um einen **entgeltlichen** Erwerb handelt. Beim **unentgeltlichen** Erwerb geht es demgegenüber in erster Linie um die Frage, wann der Minderjährige **ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters** wirksam erwerben kann und wann bei der Verwandtenschenkung ausnahmsweise **kein Ergänzungspfleger** bestellt werden muss. Die Frage, ob ein Ergänzungspfleger bestellt werden muss, stellt sich vor allem bei der Eltern- und Großelternschenkung wegen des Vertretungsverbots der §§ 1629 Abs. 2, 181, 1795 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Beim unentgeltlichen Erwerb durch einen Minderjährigen gibt es also **primär kein Genehmigungsproblem sondern ein Vertretungsproblem**. Stellt sich heraus, dass ein Erwerb dem Minderjährigen einen lediglich rechtlichen Vorteil bringt, scheidet von vornherein eine Genehmigungspflicht aus. **Umgekehrt macht aber nicht jeder rechtliche Nachteil, der zu einer Pflegerbestellung nötigt (§ 1629 Abs. 2 mit §§ 1795, 1909 BGB) das Geschäft genehmigungsbedürftig**,<sup>4</sup> was in der Praxis vieler Grundbuchämter nicht immer beachtet wird.

Für die Frage nach der Mitwirkungspflicht des gesetzlichen Vertreters bzw. nach der Bestellung eines Ergänzungspflegers ist entscheidend der Begriff des **rechtlichen Vorteils**. Nach der Rechtsprechung gilt nämlich das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) **nicht** für ein Insihgeschäft der Eltern oder eines Elternteils, das dem Kind lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt<sup>5</sup>. Ebenso wenig gilt das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 mit § 1629 Abs. 2 BGB für ein Rechtsgeschäft, das dem vertretenen Kind lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, also ausschließlich **lukrativ** ist<sup>6</sup>. Bei Abschluss des Erwerbsgeschäfts braucht für das Kind in einem solchen Fall daher kein Pfleger zu handeln, das beschränkt geschäftsfähige Kind auch nicht persönlich mitzuwirken. Es kann hier der ein Grundstück veräußernde oder durch nahe Beziehungen nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Veräußerer verbundene Elternteil zugleich für sich und das Kind handeln und der andere Elternteil als gesetzlicher Mitvertreter des Kindes mithandeln.

Entscheidend für den Begriff des **lediglich rechtlichen Vorteils** im Sinne des § 107 BGB ist, dass der Vertretene aus seinem Vermögen, das er bei Abschluss des Vertrages besitzt, nichts aufgeben und dass er keine neuen Belastungen auf sich nehmen muss, damit der Vertrag zustande kommt<sup>7</sup>. Der Schutzzweck des § 107 BGB bildet ein Korrektiv gegenüber einer übertriebenen formalen Handhabung.

Die Rechtsprechung hat bei der Auslegung des Begriffs des **lediglich rechtlichen Vorteils** eine bemerkenswerte Entwicklung vollzogen, die im folgenden kurz dargestellt werden soll.

### a)

Schenkten Eltern ihren Kindern Grundbesitz, schloss der BGH<sup>8</sup> zunächst bei der Auflassung die Anwendung des § 181 BGB aus, weil sie *in Erfüllung des Schenkungsversprechens* erfolgt. Bei der Beurteilung der Vorteilhaftigkeit des Schenkungsversprechens (§ 107 BGB) aber wurden etwaige mit dem Eigentumswechsel den Minderjährigen treffende Rechtsfolgen unberücksichtigt gelassen. Der Bundesgerichtshof prüfte also im Rahmen des § 107 BGB jeweils das schuldrechtliche und das dingliche Rechtsgeschäft **getrennt (sog. Trennungs- oder Abstraktionsprinzip)**.

#### *Beispiel:*

*Eltern schenken dem minderjährigen Kind ein mit einer Reallast belastetes Grundstück.*

*Der schuldrechtliche Schenkungsvertrag stellt für das minderjährige Kind einen lediglich rechtlichen Vorteil dar.*

*Der dingliche Vertrag, also die Auflassung des Grundstücks erfolgt in Erfüllung des Schenkungsvertrages. Die beim Eigentumswechsel den Erwerber gem. § 1108 BGB aus der Reallast treffende **persönliche Haftung** blieb völlig unberücksichtigt.*

### b)

Diese früher vom BGH<sup>9</sup> vertretene Auffassung, dass Schenkungsversprechen und dinglicher Vollzug getrennt zu betrachten seien mit der Folge, dass der dingliche Vollzug lediglich die Erfüllung der für den Minderjährigen vorteilhaften Verbindlichkeit darstellte und somit bei der Elternschenkung weder bei Vertragsschluss noch bei Erfüllung ein Ergänzungspfleger bestellt werden mußte, wurde später vom Bundesgerichtshof aufgegeben<sup>10</sup>.

Dem im Jahr 1981 entschiedenen Fall lag eine Schenkung eines Wohnungseigentums vom Vater an seinen minderjährigen Sohn zugrunde, wobei die Gemeinschaftsordnung die den einzelnen Wohnungseigentümer kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen nicht unerheblich verschärfte. Der BGH hielt es mit dem Schutzzweck des § 107 BGB nicht mehr vereinbar, die Beurteilung, ob die Schenkung dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, getrennt einerseits für den schuldrechtlichen Vertrag und andererseits für das dingliche Erfüllungsgeschäft vorzunehmen mit der Folge, dass bei lukrativem Charakter des Grundgeschäftes unbeschadet rechtlicher Nachteile, die mit der Übertragung des dinglichen Rechts verbunden sind (Eintritt in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und Geltung der Gemeinschaftsordnung auch für den minderjährigen Beschenkten), der gesetzliche Vertreter im Hinblick auf § 181 letzter Halb-

<sup>1</sup> Vgl. den Wortlaut des § 1629 Abs. 2 BGB: „Der Vater und die Mutter können ... nicht vertreten“.

<sup>2</sup> Dazu im einzelnen sogleich unten.

<sup>3</sup> Schöner/Stöber Grundbuchrecht 12. Aufl. 2001 Rdn 3618 FN 1 m.w.N.

<sup>4</sup> So richtig Klüsener, Rechtspfleger 1981, 466.

<sup>5</sup> BGHZ 59, 236 = DNotZ 1973, 83 = Rechtspfleger 1974, 105.

<sup>6</sup> BGHZ 78, 28 = DNotZ 1981, 111 = NJW 1981, 109 = Rechtspfleger 1980, 463.

<sup>7</sup> BayObLG 1979, 49 ff. = DNotZ 1979, 543 = Rechtspfleger 1979, 197; Stutz, MittRhNotK 1993, 209 m.w.N.

<sup>8</sup> BGHZ 15, 168 = DNotZ 1955, 72.

<sup>9</sup> BGHZ 15, 168 = DNotZ 1955, 72.

<sup>10</sup> BGHZ 78, 32 = DNotZ 1981, 111, 112.

satz BGB befugt ist, den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten.

Die Quintessenz dieser Entscheidung, die mit der damals ganz herrschenden Meinung brach<sup>11</sup>, war, dass bei einer Schenkung die Frage des rechtlichen Vorteils oder Nachteils nach der vom Gesetz mit dem Minderjährigenschutz vorgezeichneten Interessenabwägung **aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrags** heraus zu beurteilen sei.

### c)

Eine erneute Wende in der Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25.11.2004 eingeleitet<sup>12</sup>.

Eine Mutter schenkte ihren minderjährigen Kindern ein mit einer Grundschuld belastetes Grundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. In der Urkunde räumte sie sich einen lebenslangen Nießbrauch an dem Grundstück ein, wobei der Nießbraucher auch die außerordentlichen Lasten, die Kosten der außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die Zins- und Tilgungsleistungen für die dem eingetragenen Grundpfandrecht zugrunde liegenden Verbindlichkeiten zu tragen hatte. Schließlich behielt sich die übergebende Mutter das Recht vor, von dem schuldrechtlichen Teil des Vertrages zurückzutreten, wenn zu ihren Lebzeiten einer der Erwerber den an ihn überlassenen Vertragsgrundbesitz ganz oder teilweise ohne vorherige Zustimmung der Übergeberin veräußert oder belastet oder wenn einer der Erwerber vor der Übergeberin versterben sollte. Zur Sicherung des durch die Ausübung des Rücktrittsrechts bedingten Übereignungsanspruchs wurde eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Übergeberin zur Eintragung bewilligt und beantragt.

Das Grundbuchamt beanstandet den Vollzugsantrag, weil der Überlassungsvertrag wegen der mit etwaigen Rückübertragungsansprüchen der Übergeberin zusammenhängenden Verpflichtungen für die minderjährigen Kinder nicht lediglich vorteilhaft sei. Es hat deshalb aufgegeben, den Überlassungsvertrag von einem zu bestellenden Pfleger genehmigen zu lassen und hierzu eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorzulegen. Das Landgericht hat die Beschwerde der Übergeberin gegen die Entscheidung des Grundbuchamts zurückgewiesen. Das BayObLG möchte auch die weitere Beschwerde zurückweisen, sah sich jedoch wegen einer gegenteiligen Entscheidung des OLG Köln vom 11.06.2003<sup>13</sup> hieran gehindert und hat gem. § 79 Abs. 2 GBO die Entscheidung dem BGH vorgelegt.

Der Bundesgerichtshof setzt sich zunächst mit der zur Vorlage durch das BayObLG führenden Frage auseinander, ob bei einer nach Ansicht des Gerichts nicht lediglich vorteilhaften Überlassung die Genehmigung (§§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB) des Vormundschaftsgerichts (so das BayObLG<sup>14</sup>) oder des Familiengerichts (so das OLG Köln<sup>15</sup>) einzuholen sei, kommt dann aber überraschender Weise zu dem Ergebnis, dass diese Frage für den Grundbuchvollzug gar nicht entscheidungserheblich sei: Die Auflassung als solche sei nur

vorteilhaft und könne somit sofort, unabhängig von der Genehmigung vollzogen werden. Eine **Gesamtbetrachtung** des schuldrechtlichen und des dinglichen Geschäfts sei nicht angezeigt, vielmehr müssten der schuldrechtliche Vertrag und das dingliche Vollzugsgeschäft grundsätzlich jeweils getrennt auf ihre **Lukrativität** (§ 107 BGB) untersucht werden. Damit zeichnet sich ein für die Praxis recht weitgehender Perspektivenwechsel ab.

In seiner oben referierten Entscheidung aus dem Jahr 1981<sup>16</sup> hatte der BGH für die Bestimmung der Vorteilhaftigkeit eines Geschäfts eine Gesamtbetrachtung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft angestellt. Es ging damals um die anscheinend vorbehaltlose Schenkung einer Eigentumswohnung, deren Erwerb wegen der Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung, insbesondere wegen einer gegenüber dem Gesetz verschärften Wiederaufbaupflicht als nachteilig betrachtet wurde. Somit war das *dingliche Geschäft* nachteilig, das *schuldrechtliche Geschäft* ausschließlich vorteilhaft. Mit der vom BGH seinerzeit propagierten **Gesamtbetrachtung** sollte verhindert werden, dass das schuldrechtliche Geschäft sofort *wirksam* wird und dann die Auflassung als „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ nicht mehr dem Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 181 BGB unterliegt.

Die Praxis hat nach dem Motto „Roma (sc. Karlsruhe) locuta, causa finita“ daraus die Konsequenz gezogen, dass ein Geschäft mit Minderjährigen im schuldrechtlichen und dinglichen Teil stets *einheitlich* genehmigt, wirksam und vollzogen wird<sup>17</sup>.

In seiner neuesten Entscheidung vom 25.11.2004 weist der BGH nun darauf hin, dass im jetzt entschiedenen Fall zwar das *schuldrechtliche Geschäft* wegen eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts bei Verkauf oder Vorversterben der Übernehmer nachteilig sein mag, die *dingliche Übertragung* jedoch nur Vorteile bringt. Der BGH beruft sich hierzu dogmatisch richtig auf das Abstraktionsprinzip und kommt auf diese Weise wieder zu einer gesonderten Bewertung von dinglichem und schuldrechtlichem Geschäft: Der Erwerb eines sonst nicht nachteiligen Rechtes als solcher sei stets nur vorteilhaft. Damit sei zu seiner Wirksamkeit weder ein Ergänzungspfleger noch eine gerichtliche Genehmigung erforderlich.

Der Bundesgerichtshof räumt in seiner neuesten Entscheidung ein, dass er in seiner Grundsatzentscheidung BGHZ 78, 28, 35 im Zusammenhang mit einer Schenkung von Wohnungseigentum an Minderjährige eine Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und dinglichen Vertrags gefordert habe. Auf diese Weise sollte verhindert werden, dass bei lukrativem Charakter des Grundgeschäfts (§ 107 BGB) unbeschadet rechtlicher Nachteile, die mit der Übertragung des dinglichen Rechts verbunden sind, der gesetzliche Vertreter im Hinblick auf § 181 letzter Halbsatz BGB befugt ist, den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten. Damit sei es in dem seinerzeit entschiedenen Fall allein darum gegangen, den Anwendungsbereich des § 181 letzter Halbsatz BGB einzuschränken, um dem Schutzzweck des

<sup>11</sup> Erman/Palm BGB 11. Aufl. § 107 Rdnr. 5; Jauernig, JuS 284; Ultsch, JURA 1988, 524 ff.; Feller, DNotZ 1989, 66, 74; Kern, JA 1990, 281, 284.

<sup>12</sup> BGH MittBayNot 2005, 409 ff. mit Anmerkung Feller = DNotZ 2005, 549 ff. = RNotZ 2005, 228 mit Anmerkung Reiß S. 224 ff.; Wojcik, DNotZ 2005, 655 ff.; Emmerich, JuS 2005, 457, 459; Schmitt, NJW 2005, 1090 f., 1093.

<sup>13</sup> OLG Köln Ppfleger 2003, 570 = RNotZ 2003, 515.

<sup>14</sup> RNotZ 2004, 326 = MittBayNot 2004, 443.

<sup>15</sup> RNotZ 2003, 515.

<sup>16</sup> BGHZ 78, 28, 34 = NJW 1981, 199 ff. = DNotZ 1981, 111 ff.

<sup>17</sup> Siehe dazu BayObLG im Vorlagebeschluss MittBayNot 2004, 441, 442 = RNotZ 2004, 326; OLG Köln RNotZ 2003, 515, 517 m. w. N.; OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 290; Palandt/Heinrichs BGB, 64. Aufl. 2005, § 107 Rdnr. 6 a. E und Beck'sches Notarhandbuch/Jerschke, 3. Aufl. 2000, A V 56; Schöner/Stöber, 13. Aufl. 2004, Rdn. 3606; kritisch dagegen Erman/Palm, BGB 3 107 Rdn. 5; Feller DNotZ 1989, 66; Jauernig, JuS 1982, 576; Kern, JA 1990, 282, 284; Ultsch, Jura 1998, 524, 528, die den gleichen Schutz des Minderjährigen unter Aufrechterhaltung des Trennungsprinzips mittels teleologischer Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB erreichen.

§ 107 BGB Geltung zu verschaffen. Eine solche Gesamtbetrachtung sei jedoch dann nicht veranlasst, wenn das Grundgeschäft, wie in dem der Entscheidung vom 25.11.2004 zugrundeliegenden Sachverhalt, bereits bei isolierter Betrachtung mit Rechtsnachteilen für den Minderjährigen verbunden und deshalb gem. §§ 107, 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam ist. In diesem Fall fehle es von vornherein an einer Verpflichtung, die der gesetzliche Vertreter im Wege des In-Sich-Geschäfts gem. § 181 letzter Halbsatz BGB erfüllen könne, so dass eine Umgehung des von § 107 BGB intendierten Schutzes nicht möglich sei. Der Bundesgerichtshof beschränkt also den Anwendungsbereich der „Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäfts“ auf den Fall, in welchem das schuldrechtliche Grundgeschäft wirksam und lukrativ ist und der rechtliche Nachteil erst durch das dingliche Rechtsgeschäft geschaffen wird<sup>18</sup>. Nur in diesem Fall besteht die Gefahr, dass der Minderjährigenschutz über § 181 letzter Halbsatz BGB ausgehebelt werde.

An der Vorteilhaftigkeit (Lukrativität) der Auflassung ändere im entschiedenen Fall auch nicht die bereits bestehende Belastung mit einer Grundschuld und einem Vorbehaltsnießbrauch – zumindest wenn die außerordentlichen Lasten vom Nießbraucher getragen werden. Unschädlich sei auch die zur Sicherung des Rücktrittsrechts bewilligte Auflassungsvormerkung, da sie ohne gesicherten Anspruch eigentlich wertlos sei. Nach Meinung des BGH kann auch ein etwaiger Bereicherungsanspruch – wegen fehlender Genehmigung des nicht ausschließlich vorteilhaften schuldrechtlichen Geschäfts – das Geschäft nicht nachteilig machen, weil die Haftung des minderjährigen Übernehmers auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt sei (§ 818 Abs. 3 BGB).

Daraus folgt nach der nunmehr neueren Rechtsprechung des BGH:

Ist das dingliche Geschäft nicht als solches nachteilig – eine solche Nachteiligkeit wird praktisch wohl in erster Linie beim Erwerb von Wohnungseigentum mit gegenüber dem Gesetz verschärfter Gemeinschaftsordnung, bei dem Eintritt in Mietverträge gem. § 566 BGB, bei der Belastung des übertragenen Grundbesitzes mit einer Reallast (§ 1108 BGB) vorliegen – und ist zu seiner Vollziehbarkeit auch kein sonstiges nachteiliges Geschäft erforderlich, kann das Geschäft sofort im Grundbuch vollzogen werden.

Im folgenden soll im Wege der **Falltypenbildung** untersucht werden, wann bei einer Schenkung an einen über 7-jährigen Minderjährigen ein lediglich rechtlicher Vorteil gegeben und damit die Einschaltung eines Ergänzungspflegers nicht nötig ist.

### 1.1. Schenkung eines unbelasteten Grundstücks

Auch mit der Schenkung eines unbelasteten Grundstück sind für den Minderjährigen rechtliche Nachteile durch seine persönliche Haftung für Steuern und sonstige öffentliche Lasten wie Anliegerbeiträge und Erschließungskosten verbunden. Dennoch zählt die ganz h. M. in Rechtsprechung und Literatur solche öffentlich-rechtlichen Lasten nicht zu den beachtlichen Rechtsnachteilen, da sie nicht unmittelbar durch die Schenkung selbst, sondern mittelbar durch diese ausgelöst werden<sup>19</sup>. Der Bundesgerichtshof bestätigt diese Meinung in

seiner Entscheidung vom 25.11.2004<sup>20</sup> mit der weiteren Begründung, dass es zwar unzulässig sei, den von § 107 BGB vorausgesetzten *rechtlichen Vorteil* durch den *wirtschaftlichen Vorteil* zu ersetzen. Möglich sei es jedoch, bestimmte Rechtsnachteile wegen ihres typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotentials als von dem Anwendungsbereich der Vorschrift nicht erfasst anzusehen. Dies gelte jedenfalls für solche, den Minderjährigen kraft Gesetzes treffende persönliche Verpflichtungen, die ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten. Unter diesen Voraussetzungen wäre es reiner Formalismus, würde man die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Erteilung einer Genehmigung abhängig machen, obwohl das Ergebnis der dabei vorzunehmenden Prüfung von vornherein feststeht. Mit der am Schutzzweck des § 107 BGB orientierten einschränkenden Auslegung ist eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit nicht verbunden, wenn geschlossene, klar abgegrenzte Gruppen von Rechtsnachteilen ausgesondert werden, die nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringen. Eine derartige *Fallgruppe* stellt die Verpflichtung des Minderjährigen dar, die laufenden öffentlichen Grundstückslasten zu tragen. Sie bemessen sich entweder nach dem Wert des Grundstücks oder nach den der öffentlichen Hand durch die Erbringung bestimmter Dienstleistungen entstehenden Kosten. Sie sind daher ihrem Umfang nach begrenzt, können in der Regel aus den laufenden Erträgen des Grundstücks gedeckt werden und führen typischerweise zu keiner Vermögensgefährdung. Ihretwegen würde ein auf das Wohl des Minderjährigen bedachter gesetzlicher Vertreter oder Ergänzungspfleger seine Zustimmung zu einem Grunderwerb nicht verweigern<sup>21</sup>.

Ob dies auch für außerordentliche Grundstückslasten, insbesondere für die Verpflichtung zur Entrichtung von Erschließungs- oder Anliegerbeiträgen gilt, ließ der BGH im entschiedenen Fall ausdrücklich offen. Die bloß theoretische Möglichkeit, dass der Minderjährige in Zukunft zu Anliegerbeiträgen oder ähnlichen außerordentlichen Lasten herangezogen werden könnte, stellt als solche keinen Rechtsnachteil dar.

### 1.2. Schenkung eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks

Keinen rechtlichen Nachteil begründet auch die Schenkung eines Grundstücks, welches mit Grundpfandrechten belastet ist, weil durch diese Belastungen dem Eigentümer als solchem keine schuldrechtliche Zahlungsverpflichtung entsteht sondern er nur die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zum Zwecke der Befriedigung der Grundpfandgläubiger zu dulden hat<sup>22</sup>. Der Wert der Zuwendung wird durch die Belastung lediglich verringert. Das sonstige Vermögen des Minderjährigen bleibt jedoch ungefährdet.

Allerdings kann bei einem mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstück nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück aus dem dinglichen Recht der Zwangsverwalter das Grundstück vermietet oder verpachtet und dieses Mietverhältnis nach Beendigung der Zwangsverwaltung auf den minderjährigen Erwer-

<sup>20</sup> Oben FN 12.

<sup>21</sup> So im Ergebnis auch die die ganz h. M. in Literatur und Rechtsprechung, vgl. BayObLG NJW 1967, 1912, 1913; Staudinger/Dilcher, § 107 BGB Rdnr. 15; Erman/Palm, § 107 BGB Rdnr. 6; MünchKommBGB/Schmitt, § 107 Rdnr. 39; Palandt/Heinrichs, § 107 BGB Rdnr. 4 m. w. N.

<sup>22</sup> BayObLG 1979, 49 = DNotZ 1979, 543 = Rechtspfleger 1979, 197.

<sup>18</sup> vgl. Wojcik, DNotZ 2005, 655 ff.; Emmerich, JuS 2005, 457, 459; Schmitt NJW 2005, 1090 f., 1093.

<sup>19</sup> BayObLG 1967, 245 = DNotZ 1968, 98 = Rechtspfleger 1968, 18; Stutz S. 210 m. w. N.

ber übergeht und auf diese Weise persönliche Verpflichtungen des Minderjährigen entstehen. Die bloße Möglichkeit des künftigen Entstehens von persönlichen Verpflichtungen reicht jedoch nach allgemeiner Meinung nicht aus, die ausschließliche Lukrativität des Überlassungsvertrages auszuschließen<sup>23</sup>.

Eine Pflegerbestellung ist freilich dann erforderlich, wenn der Minderjährige die persönliche Haftung für die dem Grundpfandrecht zugrunde liegende Forderung zu übernehmen hat, weil ein solcher Erwerb für das Kind nicht bloß rechtlich vorteilhaft ist.

Allerdings kann sich eine den Eigentümer persönlich treffende Zahlungspflicht daraus ergeben, dass er die Kosten des zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück erforderlichen Titels tragen muss<sup>24</sup>. Ob dies einen Rechtsnachteil im Sinne des § 107 BGB darstellt, konnte der BGH in seiner Entscheidung vom 25.11.2004 offen lassen, da die von den Minderjährigen zu übernehmende Grundschuld bereits gem. § 800 ZPO vollstreckbar war, deshalb ein Vollstreckungstitel bereits vorlag und die Minderjährigen nicht mit weiteren Kosten belastet werden konnten. Mögliche deliktische Schadensersatzansprüche des Grundschuldgläubigers gem. § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 1192 Abs. 1, 1133 bis 1135 BGB wegen einer Verschlechterung des belasteten Grundstücks sind keine Folge des Eigentumserwerbs als solchem, sondern eines schuldhaften Verhaltens des Grundstückseigentümers. Ihretwegen bedarf die Auflassung daher keiner Genehmigung gem. §§ 107, 108 BGB, zumal eine solche Genehmigung nicht geeignet wäre, den Minderjährigen vor eigenem deliktischen Verhalten zu schützen.

### 1.3. Schenkung eines mit einer Dienstbarkeit insbesondere eines Nießbrauchs, eines Vorkaufsrechts oder einer Vormerkung belasteten Grundstücks

Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, namentlich Wohnungs- und Mitbenutzungsrechte, belasten wie Grundpfandrechte ausschließlich den Schenkungsgegenstand selbst, so dass die Schenkung insgesamt lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Das gilt nach ganz h. M. auch soweit das Grundstück mit einem Nießbrauch belastet ist. Zwar haftet der Eigentümer dem Nießbraucher gem. § 1049 Abs. 1 BGB für Verwendungen des Nießbrauchers auf das Grundstück. Die Haftung des Grundstückserwerbers für den vorherigen Eigentümer richtet sich aber nach ganz h. M. gem. § 1049 Abs. 1 mit § 684 BGB nach Bereicherungsrecht. Eine bereicherungsrechtliche Haftung wird aber nicht als rechtlich nachteilig im Sinne des § 107 BGB angesehen.

Der Bundesgerichtshof hat jedoch in einer neueren Entscheidung vom 03.02.2005<sup>25</sup> entschieden, dass ein auf den Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstück gerichtetes Rechtsgeschäft für einen Minderjährigen auch dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB ist, wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch vorbehalten hat. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Großvater seinen minderjährigen Enkelkindern verpachtete, landwirtschaftliche Grundstücke unter Nießbrauchsvorbehalt geschenkt. Als Inhalt des Nießbrauchs war vereinbart, dass der Nießbraucher auch die Kosten der außerordentlichen Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außerordentlichen Lasten der Grundstücke zu tragen hat. Entscheidender Aspekt war für den BGH, dass bei dem

Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks mit dem Eigentumsübergang eine persönliche Haftung gem. §§ 566 Abs. 1, 581 Abs. 2, 593 b BGB verbunden sei. Dies gelte auch, wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch vorbehalten habe. Selbst wenn man mit Teilen der Rechtsprechung und Literatur<sup>26</sup> annehme, dass die Veräußerung die miet- oder pachtvertraglichen Beziehungen zunächst unberührt lasse, der frühere Eigentümer also als Nießbraucher Vermieter oder Verpächter in dem unverändert fortbestehenden Miet- oder Pachtverhältnis bleibt, tritt der minderjährige Erwerber jedenfalls mit der Beendigung des Nießbrauchs, hier also mit dem Tod des Übergebers entsprechend § 1056 Abs. 1 BGB in die Pflichten aus dem dann noch bestehenden Miet- oder Pachtvertrag ein. Unerheblich sei auch, dass im Zeitpunkt der Auflassung noch nicht feststehe, ob und wann der minderjährige Erwerber in den von dem Übergeber geschlossenen Miet- oder Pachtvertrag eintreten werde. Zwar genüge die bloß theoretische Möglichkeit einer zukünftigen Belastung nicht, um einen Rechtsnachteil im Sinne des § 107 BGB annehmen zu können. Deshalb ist die Schenkung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt nicht bereits deshalb rechtlich nachteilig, weil eine *in Zukunft erfolgende Vermietung oder Verpachtung* durch den Nießbraucher nicht ausgeschlossen werden kann. Ist das Grundstück dagegen bereits im Zeitpunkt der Auflassung vermietet oder verpachtet, bestehe die hinreichend konkrete Möglichkeit, dass der Minderjährige bei Beendigung des Nießbrauchs mit Pflichten aus dem Miet- oder Pachtvertrag belastet werden kann. Dies genüge, um einen Rechtsnachteil anzunehmen<sup>27</sup>. Insoweit gelte nichts anderes als bei Schenkung unter Rücktrittsvorbehalt, die nach allgemeiner Ansicht rechtlich nachteilig ist, weil der Minderjährige im Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts zum Wertersatz oder Schadensersatz des zurückzugewährenden Gegenstand verpflichtet sein kann<sup>28</sup>. Wegen der mit dem Eigentumserwerb verbundenen Rechtsnachteile konnte der minderjährige Erwerber die Auflassung nicht selbst wirksam erklären. Die nach den §§ 107, 108 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung der von ihm abgegebenen Auflassungserklärung konnten die Eltern des Minderjährigen nicht erteilen, weil seine Mutter als Tochter des Übergebers gem. §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 erster Halbsatz BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist und sich dieses Vertretungsverbot auf den Vater des Minderjährigen erstreckt. Anderes ergebe sich auch nicht aus § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB. Zwar ist der der Eigentumsübertragung zugrunde liegende Schenkungsvertrag (§ 516 Abs. 1 BGB) für den minderjährigen Erwerber lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass die Auflassung ausschließlich der Erfüllung einer durch den Schenkungsvertrag als Grundgeschäft wirksam begründeten Verbindlichkeit dient. Gleichwohl seien die Eltern des Minderjährigen daran gehindert, die Auflassung für diesen zu erklären oder die von ihm selbst erklärte Auflassung zu genehmigen, weil die in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB normierte Ausnahme von dem Vertretungsverbot unter Berücksichtigung des Zwecks der §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 erster Halbsatz BGB, Kollisionen zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen seiner Eltern zu vermeiden, nicht gelte, *wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Ver-*

<sup>23</sup> so richtig im Ergebnis Schöner/Stöber Rdnr. 3605.

<sup>24</sup> Staudinger/Wolfsteiner, BGB 2002 § 1147 Rdnr. 18, 29.

<sup>25</sup> BGH MittBayNot 2005, 413 ff. mit Anm. Feller.

<sup>26</sup> BFH NJW 1989, 3175, 3176; Schmidt-Futterer/Gather, Mietrecht, 8. Aufl. § 567 Rdnr. 11; Staudinger/Emmerich, BGB (2003), § 567 Rdnr. 13; a. A. BayObL, Rpfleger 2003, 579.

<sup>27</sup> So schon OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2000, 259, 260.

<sup>28</sup> dazu BayObLG, Rpfleger 1974, 309, 310; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 290; OLG Köln, Rpfleger 1998, 159; OLG Celle MDR 2001, 931, 932; Bestelmeyer, Rpfleger 2004, 162.

tretenen führe. Denn in diesem Fall treffe die § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB zugrunde liegende Annahme, dass es bei der bloßen Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit zu keiner Interessenkollision kommen kann nicht zu, so dass es bei dem grundsätzlichen Vertretungsverbot verbleiben müsse. Daher bedürfe es hier, wie vom Grundbuchamt verlangt, der Genehmigung der Auflassung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger.

Der BGH bestätigt auch in der Entscheidung vom 03.02.2005 die Relevanz des bereits im Beschluss vom 25.11.2004 als entscheidungserheblich von ihm herausgearbeiteten Abstraktionsprinzips. Während in der Entscheidung vom 25.11.2004 das schuldrechtliche Geschäft *nicht lediglich rechtlich vorteilhaft* für den Minderjährigen war, die Auflassung aber ausschließlich lukrativ, war zwar nach dem dem Beschluss vom 03.02. 2005 zugrunde liegenden Sachverhalt das schuldrechtliche Grundgeschäft ausschließlich rechtlich vorteilhaft, das dingliche Geschäft (Auflassung) wegen §§ 566 Abs. 2, 581 Abs. 2, 593 b BGB und die dadurch den Minderjährigen treffenden persönlichen Verpflichtungen aber nicht ausschließlich lukrativ. Der BGH behilft sich in der Entscheidung vom 03.02.2005 mit einer teleologischen Einschränkung des § 181 letzter Halbsatz BGB, der dann nicht gelte, wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus ausnahmsweise mit Rechtsnachteilen für den Minderjährigen verbunden ist.

Aus diesem Grund ist auch bei der Auflassung eines Wohnungs- oder Teileigentums, welches einem Minderjährigen von den Großeltern vermacht wurde, die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich.

Kein lediglich rechtlicher Vorteil liegt vor, wenn gem. § 1021 Abs. 1, 1090 Abs. 2 BGB als Inhalt der **Dienstbarkeit** dem Eigentümer die Unterhaltung einer Anlage obliegt; denn hierfür haftet er nach § 1108 Abs. 1, 1021 Abs. 2 BGB auch persönlich.

*Beispiel: Die Eltern schenken dem minderjährigen über 7-jährigen Kind ein mit einem Überfahrtsrecht belastetes Grundstück. Als Inhalt der Überfahrtsdienstbarkeit war vereinbart, dass der Eigentümer des Grundstücks die befestigte Überfahrtsfläche zu unterhalten hat. Wegen der persönlichen Haftung des Minderjährigen für die Unterhaltung gem. § 1021 Abs. 1, 1108 Abs. 1 BGB ist hier die Bestellung eines Pflegers erforderlich.*

Allerdings kann die persönliche Haftung des jeweiligen Eigentümers für die Unterhaltung (§ 1108 Abs. 1 BGB) vertraglich durch Vereinbarung ausgeschlossen werden und dadurch sich eine Pflegerbestellung erübrigen.

Schuldrechtlich vorgemerkte Vorkaufsrechte/Wiederkaufsrechte, das dingliche Vorkaufsrecht sowie eine Auflassungsvormerkung belasten den minderjährigen Erwerber rechtlich nicht nachteilig<sup>29</sup>.

Eine Auflassungsvormerkung (§ 883 BGB) setzt das Entstehen des zu sichernden schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs voraus, begründet diesen jedoch nicht und hat auch sonst keine persönlichen Verpflichtungen des Grundstückseigentümers zur Folge. Ihre Eintragung beseitigt deshalb den mit dem Eigentumserwerb verbundenen Vorteil nicht<sup>30</sup>.

Zwar trifft in dem vom BGH am 25.11.2004 entschiedenen Fall<sup>31</sup> die minderjährigen Erwerber mit der Übereignung des

Grundstücks eine bereicherungsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe des Miteigentums (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB), falls der zugrunde liegende, schwebend unwirksame Schenkungsvertrag nicht genehmigt werden sollte. Diese Verpflichtung wäre jedoch ihrem Umfang nach auf den noch vorhandenen Wert der rechtsgrundlosen Bereicherung beschränkt (§ 818 Abs. 3 BGB). Eine Beeinträchtigung des sonstigen Vermögens der minderjährigen Erwerber wäre daher nicht zu besorgen.

Für das Grundbuchamt und seine Prüfungspflicht bedeutet die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshof, wie sie im Urteil vom 25.11.2004 zu Ausdruck kommt:

Den durch das vorbehaltene Rücktrittsrecht denkbaren und mit einer Rückkaufassungsvormerkung gesicherten Anspruch, der gem. § 346 Abs. 2 BGB zu einem Wertersatz- und gem. §§ 346 Abs. 4, 280 ff. BGB zu einem Schadensersatzanspruch führen kann, betrachtet der BGH zu Recht als rechtlichen Nachteil. Der BGH ordnet diesen Rechtsnachteil jedoch zutreffend nicht der Auflassung, sondern ausschließlich dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft zu und gelangt damit zu dem Ergebnis, dass die Auflassung in dem zu beurteilenden Fall keinen Rechtsnachteil begründet, auch wenn das zu Grunde liegende schuldrechtliche Geschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft war. Für die Auflassung musste daher auch kein Ergänzungspfleger bestellt werden.

Die notarielle Praxis steht vor dem Dilemma, die Auflassung in den einschlägigen Fällen an sich vollziehen zu können und wegen § 53 BeurkG auch grundsätzlich vollziehen zu müssen, selbst wenn das Grundgeschäft noch nicht rechtwirksam ist. Dennoch sollte man bei der gängigen Praxis bleiben, die Auflassung gemeinsam mit dem Grundgeschäft durch einen Ergänzungspfleger abschließen zu lassen oder zumindest den Vollzug der Auflassung zurückzustellen, bis ein Ergänzungspfleger das **Grundgeschäft** genehmigt hat. Denn der Notar hat dafür zu sorgen, dass der gesamte Vertrag rechtswirksam wird. Die Absicherung von Rückforderungsrechten durch Eintragung einer Rückkaufassungsvormerkung gelingt wegen der Akzessorietät der Auflassungsvormerkung aber nur, wenn auch das Grundgeschäft rechtswirksam ist. Nur wenn alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen (§ 53 BeurkG) wird der Notar einen getrennten sofortigen Vollzug der Auflassung vor Wirksamkeit des Grundgeschäfts veranlassen, nicht zuletzt deshalb, da bei endgültiger Unwirksamkeit des Grundgeschäfts Kosten für die Rückabwicklung des dann rechtsgrundlosen Erwerbs anfallen. Ein Ausnahmefall, der den Vollzug der getrennten Auflassung vor Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags rechtfertigen könnte, mag vorliegen, wenn die Beteiligten einen umgehenden dinglichen Rechtserwerb wünschen, weil beispielsweise nach h. M. erst dann die 10-Jahres-Frist für Pflichtteilsergänzungsansprüche (§ 2325 Abs. 3 BGB) zu laufen beginnt<sup>32</sup>, oder weil die 10-Jahres-Frist für die erneute Geltendmachung des Freibetrages nach dem ErbStG möglichst frühzeitig in Lauf gesetzt werden soll.

#### 1.4. Schenkung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks

Ist das geschenkte Grundstück mit einer Reallast belastet, haftet gem. § 1108 Abs. 1 BGB der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich. Dadurch ist eine solche Schenkung nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und ein Pfleger zu bestellen. Dies gilt in gleicher Weise bei Schenkung eines Erbbau-

<sup>29</sup> eingehend dazu Klüsener Rechtspfleger 1981, 248 (261).

<sup>30</sup> OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 91; BGH MittBayNot 2005, 409, 411; Klüsener, Rpfleger 1981, 258, 261 f.

<sup>31</sup> BGH Mitt BayNot 2005, 409 ff.

<sup>32</sup> MünchKommBGB/Frank, BGB 3. Aufl. § 2325 Rdnr. 24.

rechts, wenn der Minderjährige gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO) mit § 1108 Abs. 1 BGB persönlich für den Erbbauzins haftet.<sup>33</sup>

Die persönliche Haftung nach § 1108 Abs. 1 BGB kann jedoch vertraglich ausgeschlossen und dieser Ausschluss durch Grundbucheintragung bei der Reallast dinglich verfestigt werden. Ist dies geschehen, braucht ein Pfleger nicht bestellt zu werden.

#### 1.5. Schenkung eines vermieteten Grundstücks

Gem. § 566 BGB tritt der Erwerber von vermietetem oder verpachtetem Grundbesitz auch in persönliche Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis ein. Auf diese Weise treffen ihn Unterhaltungs- (§ 535 BGB), Aufwendersersatz- (§§ 536 a Abs. 2, 539 BGB) und Schadensersatzpflichten (§ 536 a BGB), für welche er mit seinem gesamten Vermögen haftet. Das ist der Grund dafür, dass die Rechtsprechung<sup>34</sup> und die h. L.<sup>35</sup> ein solches Rechtsgeschäft als rechtlich nachteilhaft werten und daher eine Pflegerbestellung erforderlich wird.

#### 1.6. Schenkung von Wohnungs-/Teileigentum

Mit dem Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum tritt der Minderjährige zugleich in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ein. Er wird damit einerseits den gesetzlichen Bestimmungen über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§§ 20 ff. WEG) unterworfen, andererseits treffen ihn auch in der Gemeinschaftsordnung begründete und zumeist die gesetzlichen Bestimmungen abändernde vielfältige Verpflichtungen im Verhältnis zu den anderen Wohnungs- und Teileigentümern. Soweit die Gemeinschaftsordnung die gesetzlichen Verpflichtungen des Wohnungseigentümers verschärft oder der Minderjährige für die ihm als Wohnungseigentümer auferlegten Verpflichtungen nicht nur dinglich mit dem Wohnungseigentum sondern auch persönlich haftet, ist die Schenkung nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft. Dies dürfte fast durchweg der Fall sein. Auch der Eintritt in den Verwaltervertrag schließt einen lediglich rechtlich vorteilhaften Erwerb aus, weil hierdurch eine gesamtschuldnerische, persönliche Haftung des Erwerbers für alle Verpflichtungen aus dem Verwaltervertrag begründet wird<sup>36</sup>.

#### 1.7. Schenkung mit Ausgleichs- und Pflichtteilsanrechnungsbestimmungen

Ordnet der Schenker bei der Schenkung gem. § 2050 Abs. 3 BGB die Ausgleichung der Zuwendung beim Tod des Schenkers nach Maßgabe der gesetzlichen Ausgleichungsbestimmungen (§§ 2051 ff., 2055, 2056 BGB) an oder stellt die Zuwendung an den Minderjährigen eine Ausstattung gem. § 1624 BGB dar, die gem. § 2050 Abs. 1 BGB stets ausgleichspflichtig ist, ist die Zuwendung für den Minderjährigen dennoch nur vorteilhaft<sup>37</sup>. Die Ausgleichungsanordnung begründet nämlich keine schuldrechtliche Verpflichtung des Beschenkten, sondern regelt lediglich die Anrechnung des Vorempfangs bei der Erbauseinandersetzung.

Für die Anordnung, dass die Zuwendung auf den Pflichtteil des Beschenkten anzurechnen sei (§ 2315 BGB) dürfte das gleiche gelten, d. h. die Zuwendung bleibt lediglich rechtlich vorteilhaft<sup>38</sup>. Rechtsprechung dazu ist freilich nicht ersichtlich.

#### 1.8. Schenkung unter Belastungsvorbehalt

In der Praxis sichern sich Schenker (vor allem Eltern, Großeltern, Verwandte) bei Übertragung eines Hausgrundstücks auf das Kind bzw. Enkelkind oftmals durch Vorbehalt von Wohnungsrecht, Nießbrauch oder Reallast ab. Auch der Vorbehalt zur Bestellung von Grundpfandrechten oder Vorkaufsrechten findet sich gelegentlich. Es fragt sich, ob die Auflage, solche Belastungen für den Veräußerer an dem Zuwendungsgegenstand zu bestellen, ebenso zu behandeln ist, als wenn das Grundstück von vornherein mit diesen Rechten belastet gewesen wäre.

Nach fast einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Lehre muss danach unterschieden werden, ob die Belastung zugleich mit dem Erwerb des Eigentums (Auflassung) vollzogen wird, oder danach<sup>39</sup>. Nur bei **gleichzeitiger Eintragung** von Eigentum und Belastung ist eine Analogie zum Erwerb eines belasteten Grundstücks anzuerkennen, andernfalls stellt die Verpflichtung des Erwerbers zur späteren Vollziehung wegen der hiermit verbundenen persönlichen Haftung einen Rechtsnachteil dar. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Vorbehaltsrechte vom Veräußerer selbst bewilligt werden oder vom Beschenkten.

#### 1.9. Schenkung unter Rückforderungsvorbehalt

Schenkungen stehen unter der Vorbehalt gesetzlicher Rückforderungs- (§ 528 BGB) und Widerrufsrechte (§ 530 BGB). Nicht selten werden vertraglich darüber hinausgehende Rückforderungsrechte vereinbart.

*Beispiel:*

*Der Schenker behält sich ein Recht zur Rückforderung der Zuwendung vor, wenn:*

- *der Beschenkte über den Grundbesitz ohne Zustimmung des Schenkers verfügt,*
- *über das Vermögen des Beschenkten das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Grundbesitz betrieben werden,*
- *der Beschenkte vor dem Schenker verstirbt.*

Statt eines Rückforderungsrechts können auch Rücktrittsrechte und Widerrufsvorbehalte vereinbart werden oder die Schenkung kann bei Eintritt eines näher bezeichneten Ereignisses auflösend bedingt ausgestaltet werden.

In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen und die vertraglich vereinbarten Vorbehalte dazu führen, die Schenkungen nicht mehr als lediglich rechtlich vorteilhaft zu qualifizieren.

Bei den **gesetzlichen** Rückforderungs- und Widerrufsberechtigungen gem. §§ 528, 530 BGB ist dies zu verneinen, weil der Beschenkte hier nur bereicherungsrechtlich, also ausschließlich mit dem Erworbenen selbst haftet (§§ 528 Abs. 1, 531 Abs. 2 BGB)<sup>40</sup>.

In allen anderen Fällen geht die Rechtsprechung dahin, dass dann, wenn sich der Schenker ein **bereicherungsrechtlich ausgestaltetes** Rückforderungs- oder Widerrufsrecht vorbehalten hat, der minderjährige Beschenkte durch die Schen-

<sup>33</sup> BGH NJW 1979, 102, 103.

<sup>34</sup> OLG Oldenburg, DNotZ 1989, 22 = NJW-RR 1988, 839.

<sup>35</sup> zitiert bei Schöner/Stöber Rdn. 3808 mit FN 31.

<sup>36</sup> BGHZ 78, 28 = Rechtspfleger 1980, 463; Stutz, MittRhNotK 1993, 211.

<sup>37</sup> BGHZ 15, 168.

<sup>38</sup> wie hier: Stutz, a. a. O. S. 212; a. A. MünchKomm/Frank, 2. Aufl. 1989, § 2315 BGB Rdn 9.

<sup>39</sup> Stutz, a. a. O. S. 212; Schöner/Stöber Rdn. 3607 jeweils mit weiteren Nachweisen; Klüsener, Rpfleger 1981, 258 (262) gegen OLG Frankfurt OLG 1981, 32 = Rpfleger 1981, 19.

<sup>40</sup> statt aller Stutz, a. a. O. Seite 213.



kung lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt<sup>41</sup>, dass dies dagegen nicht gilt, wenn der Beschenkte eine **persönliche Verpflichtung**, also die Verpflichtung zur Rückübertragung mit der Folge der Schadensersatzhaftung gem. §§ 280 ff. BGB oder zusätzliche Verpflichtungen, z. B. Verzicht auf Aufwendungsersatz, übernommen hat.

#### 1.10. Unentgeltlicher Erwerb eines Rechts an einem Grundstück

Der unentgeltliche Erwerb von Rechten, die an einem Grundstück bestehen, ist grundsätzlich als lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen<sup>42</sup>, solange nicht dem Minderjährigen besondere persönliche Verpflichtungen, die sein übriges Vermögen gefährden, auferlegt werden. Solche Rechtsnachteile sieht die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und

<sup>41</sup> OLG Dresden MittBayNot 1996, 288 m.w.N.; BayObLG DnotZ 1975, 219; LG Mönchengladbach MittRhNotK 1972, 258; LG Wuppertal, MittRhNotK 1975, 1; LG Bonn, MittRhNotK 1974, 244; Stutz, a. a. O. 213; Fembacher/Franzmann MittBayNot 2002, 78 (82).

<sup>42</sup> Klüsener, Rechtspfleger 1981, 258, 262, Stutz, a. a. O. S. 213.

Lehre bei der **Nießbrauchsschenkung** bereits in den gesetzlichen Erhaltungs-, Versicherungs- und Lastentragungspflichten des Nießbrauchers (§§ 1041, 1045, 1047 BGB)<sup>43</sup>. Anderes gilt, wenn die Pflichten aus den §§ 1041 Satz 2, (gewöhnliche Ausbesserungen und Erneuerungen) 1047 (Lastentragungspflicht) BGB weiterhin beim Eigentümer bleiben<sup>44</sup> sowie wenn sämtliche Pflichten aus dem Nießbrauch dem Eigentümer obliegen<sup>45</sup>.

Für **Wohnungs-, Dauerwohn- und Dauernutzungsrechte** gilt ebenfalls die Erhaltungspflicht (§§ 1093 Abs. 1 Satz 2, 1041; BGB, § 31 Abs. 1, 3, 33 Abs. 4 Nr. 2 WEG), nicht aber die Versicherungs- und Lastentragungspflicht. Wird die Erhaltungspflicht auf den Eigentümer abgewälzt ist auch die schenkweise Bestellung dieser Rechte für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft.

<sup>43</sup> BFH MittRhNotK 1992, 198; OLG Saarbrücken, DNotZ 1980, 113; LG Kaiserslautern, MittRhNotK 1977, 9; LG Aachen, MittRhnotK 1978, 100; Schöner/Stöber Rdn. 3610; Stutz, a. a. O. S. 213.

<sup>44</sup> LG Augsburg, MittBayNot 1977, 181; LG Stuttgart BWNotZ 1981, 65.

<sup>45</sup> LG Ulm BWNotZ 1977, 91.

## Gewusst wo – Gesetze, Verordnungen, Erlasse in Bund und Land 2004

(von Notar a.D. Dr. Trutz Linde, Müllheim/Baden)

### I. Bundesrecht

#### A. Zivil- und Verfahrensrecht

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.2.2004 – 1 BvR 193/97 – Veröffentlichung vom 5.3.2004 – BGBl I 2004, 431 (§ 1355 Abs.2 BGB)

Gesetz zur Aufhebung des Artikels 232 § 2 Abs.2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 31.3.2004 – BGBl I 2004, 478

Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekbankgesetzes und anderer Gesetze vom 5.4.2004 – BGBl I 2004, 502

Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern vom 23.4.2004 – BGBl I 2004, 598 (neu: §§ 78 a – 78 c BNotO „Zentrales Vorsorgeregister“; § 20 a BeurkG: Hinweis auf die Registrierungsmöglichkeit bei Beurkundung einer Vorsorgevollmacht)

Gesetz zur Einführung internationaler Rechnungslegungsstandards und zur Sicherung der Qualität der Abschlussprüfung (Bilanzrechtsreformgesetz–BilReG) vom 4.12.2004 – BGBl I 2004, 3166

Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004 – BGBl I 2004, 3214

Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügensgesetz) vom 9.12.2004 – BGBl I 2004, 3220 (u.a. neu § 29 a FGG und korrespondierend § 81 Abs. 3 GBO; ferner §§ 131 d und 157 a KostO)

Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004 – BGBl I 2004, 3396

Gesetz zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (Bilanzkontrollgesetz–BilKoG) vom 15.12.2004 – BGBl I 2004, 3408

Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004 – BGBl I 2004, 3675

#### B. Öffentliches Recht

Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz – Bau-EAG) vom 24.6.2004 – BGBl I 2004, 1359

Neufassung des Baugesetzbuchs vom 23.9.2004 – BGBl I 2004, 2414

#### C. Berufsrecht

Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz) vom 24.8.2004 – BGBl I 2004, 2198 (u.a. Art. 9: Änderung des Rechtspflegergesetzes) Berichtigung des 1. Justizmodernisierungsgesetzes vom 1.9.2004, BGBl I 2004, 2300

Gesetz zur Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verfahrensvorschriften zur Wahl und Berufung ehrenamtlicher Richter vom 21.12.2004 – BGBl I 2004, 3599 (u.a. Art. 3: Änderung der Bundesnotarordnung)

#### D. Kostenrecht

Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts (Kostenrechtsmodernisierungsgesetz – KostRMoG) vom 5.5.2004 – BGBl I 2004, 718

Gesetz zur Neuordnung der Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen (Handelsregistergebühren-Neuordnungsgesetz – HRegGebNeuOG) vom 3.7.2004 – BGBl I 2004, 1410

Verordnung über Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen (Handelsregistergebührenverordnung – HRegGebV)  
vom 30.9.2004 – BGBl I 2004, 2562

## II. Landesrecht

### A. Verwaltung / Verfahren

Haushaltsstrukturgesetz 2004  
vom 17.2.2004 – GBl 2004, 66  
(Art. 1 Änderung des Landesbeamtengesetzes §§ 101 und 113 a – Beihilfe –; Art. 10 Änderung der Beihilfeverordnung; Art. 12 Änderung der VO zur Entschädigung der Gemeinden f. Leistungen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit)

Ereilung der Feststellungserklärung nach den §§ 1059 a Abs. 1 Nr. 2, 1092 Abs. 2 und 1098 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs  
VwV d. JuM vom 15.4.2004 (3443-II/13) – Die Justiz 2004, 231 (Zuständig die Präsidenten der Landgerichte)

Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Verordnung über die Durchführung des Artikel 2 des Gesetzes zu dem Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 8.6.2004 – GBl 2004, 280  
(§ 1 Nr. 3 erhält folgende Fassung: das Regierungspräsidium Tübingen für die von den Ministerien mit Ausnahme des Justizministeriums ausgestellten öffentlichen Urkunden)

Verordnung des Justizministeriums zur Änderung der Organisationsverordnung LFGG  
vom 8.6.2004 – GBl 2004, 359  
und  
vom 29.11.2004 – GBl 2004, 860  
(betr. Aufhebung und Zuweisung von Grundbuchämtern sowie Einrichtung von Grundbucheinsichtstellen)

### B. Berufsrecht

Anordnung über die Geschäftsverteilung unter den Rechtspflegern  
VwV d. JuM vom 9.12.2003 (3012/0169) – Die Justiz 2004, 5

Ausbildung der Notaranwärterinnen/Notaranwärter  
VwV d. JuM vom 12.12.2003 (2321a-PF/63) – Die Justiz 2004, 12

Notarakademie Baden-Württemberg  
VwV d. JuM vom 11.12.2003 (2321 a-PA73) – Die Justiz 2004, 185  
(Mit Wirkung vom 1. Januar 2004 wird der Württ. Notarakademie als weitere Aufgabe die Fortbildung der Notare im Landesdienst übertragen)

Änderung der Ersten Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (1. VV LFGG)  
VwV d. JuM vom 8.4.2004 (3800 a-II/10) – Die Justiz 2004, 209  
(Die nach §§ 4, 49 Abs. 1 LFGG aufsichtführenden Präsidenten haben die Notariate regelmäßig, längstens im Abstand von drei Jahren, zu prüfen)

Vorbereitungsdienst für die Laufbahn des Bezirksnotars  
Bek. der Notarakademie Baden-Württemberg vom 11. Mai 2004 – Die Justiz 2004, 244

Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Verwaltungsvorschrift des Justizministeriums über die Ausbildung der Rechtsreferendare  
VwV d. JuM vom 10.5.2004 (2220 I-PA/142) – Die Justiz 2004, 241

Ausbildung von Beamtenanwärtern anderer Verwaltungen im Bereich der Justiz  
VwV d. JuM vom 24. Mai 2004 (2000 d-PA/256) – Die Justiz, 257

(Als Wahlstation der praktischen Ausbildung eines Beamtenanwärters für den gehobenen Dienst in der Allgemeinen Finanzverwaltung kommt auch das Notariat in Betracht)

Hilfsmittel in den juristischen Staatsprüfungen, der Notar- und der Rechtspflegerprüfung  
VwV d. JuM vom 14.6.2004 (2240-PA/147) – Die Justiz 2004, 281

Änderung der Stoffpläne für die Lehrveranstaltungen im juristischen Vorbereitungsdienst  
Bek. d. JuM vom 22.6.2004 (2221/0189) – Die Justiz, 283  
(Stoffpläne für die Lehrveranstaltungen im Anwaltsrecht und im Schwerpunktgebiet Rechtsanwalt)

Gesetz zur Reform der Verwaltungsstruktur, zur Justizreform und zur Erweiterung des kommunalen Handlungsspielraums (Verwaltungsstruktur-Reformgesetz – VRG)  
vom 1.7.2004 – GBl 2004, 469

(Art. 59 Änderung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit: § 3 Abs. 2: Im württembergischen Rechtsgebiet können Notare zur hauptberuflichen Amtsausübung und Anwaltsnotare, im badischen Rechtsgebiet können Notare zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellt werden. Ferner in §§ 28, 31, 32, 35 a und 37 Vorschriften zur Bestellung weiterer Grundbuchratschreiber im badischen Rechtsgebiet, der Einrichtung von Grundbucheinsichtstellen sowie zur maschinellen Grundbuchführung; Art. 97 Änderung des Ausführungsgesetzes zum Grundstücksverkehrsgesetz § 1 betr. Freigrenzen bei Veräußerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke)

Berichtigung hierzu vom 1.7.2004 – GBl 2004, 653

### C. Kostenrecht

Verordnung des Finanzministeriums zur Übertragung von Aufgaben der Finanzverwaltung auf bestimmte Finanzämter (Finanzämter-Zuständigkeitsverordnung – FAZüVO)  
vom 30. 11.2004 – GBl 2004, 865  
(§ 1 Übertragung der Verwaltung der Erbschaftsteuer an bestimmte Finanzämter)

Reisekosten  
VwV d. JuM vom 5.10.2004 (2141/0550) – Die Justiz 2004, 45  
(Anlage Abschnitt 5 S. 463 Reisekosten der Notariate)

Anmerkung:  
Diese Zusammenstellung schließt mit dem 31.12.2004 ab. Sie setzt die alljährlichen Übersichten in der BWNNotZ, zuletzt 2004, 121, fort.

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Mit dieser Folge schließt die Reihe „Gewusst wo ...“. Autor und Schriftleitung haben sich – nicht leichten Herzens – zu dieser Entscheidung durchgerungen, nachdem der technische Fortschritt heute über das Internet alle relevanten Texte in ihrer aktuellen Fassung zur Verfügung stellt und komfortabelste Suchfunktionen bietet.

Die Schriftleitung möchte an dieser Stelle dem Autor, Herrn Notar i.R. Dr. Trutz Linde, ganz herzlich für die jahrzehntelange (die erste Folge erschien BWNNotZ 1977, 66) Betreuung der Reihe auch weit über den Eintritt in den Ruhestand hinaus danken, wie auch für die sonstigen Beiträge, die er für die BWNNotZ erbracht hat!

# Neues baden-württembergisches Naturschutzgesetz bringt grundlegende Änderung beim Vorkaufsrecht

(von Ludwig Müller, Oberforstrat beim Ministerium für Ernährung und Ländlichen Raum Baden-Württemberg, Stuttgart)

## 1. Grundsätzliches

Das Vorkaufsrecht für bestimmte naturschutzwichtige Flächen ist ein bewährtes Instrument baden-württembergischer Naturschutzpolitik. Es wird insbesondere dort eingesetzt, wo das Schutzziel nur durch Entwicklungsmaßnahmen erreicht werden kann, die eine angemessene Nutzung des Grundstücks nicht mehr zulassen. Die Ausübung des Vorkaufsrechts macht es möglich, Maßnahmen des Naturschutzes ohne Belastung des Alteigentümers umzusetzen. Auf diese Weise können stärkere Eingriffe in die Eigentumsposition vermieden werden.

Am 1. Januar 2006 ist das neue Naturschutzgesetz für Baden-Württemberg (NatSchG) vom 13. Dezember 2005 (GBl. S. 745) in Kraft getreten. Eine der wesentlichen Zielsetzungen der Novelle war, die Verwaltungsverfahren zu verschlanken, zu entbürokratisieren und zu beschleunigen. Dieser Vorgabe hat der Gesetzgeber auch bei der Überarbeitung der Vorschriften zum Vorkaufsrecht konsequent Rechnung getragen. So werden zukünftig insbesondere Fälle, in denen die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht vorliegen, schnell und abschließend gegenüber den Vertragsparteien geklärt. In diesem Zusammenhang führen die unteren Naturschutzbehörden zunächst eine formale Prüfung der Voraussetzungen durch. Da sich die eigentliche fachlich-inhaltliche Prüfung durch die höheren Naturschutzschutzbehörden dann nur noch auf die verbleibenden Fälle konzentriert, können 90 bis 95 % der Fälle innerhalb eines Monats abgewickelt werden.

## 2. Geänderte Verfahrensvorschriften (§ 56 Abs. 3 NatSchG)

Das Kernstück der Neuregelungen mit den wesentlichen geänderten Verfahrensvorschriften findet sich in § 56 Abs. 3 NatSchG.

Für die Ausübung des Vorkaufsrechts im engeren Sinne ist zwar nach wie vor der Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung (ehemals Oberfinanzdirektion) zuständig, der im Einvernehmen mit dem Regierungspräsidium als höherer Naturschutzbehörde handelt.

Grundlegend geändert hat sich jedoch das Verfahren zur Prüfung der Voraussetzungen. Danach sind die Kaufverträge durch den Eigentümer oder an seiner Stelle durch den Notar gemäß § 469 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr dem Landesbetrieb Vermögen und Bau, Betriebsleitung, sondern der unteren Naturschutzbehörde bei den Landratsämtern und Bürgermeisterämtern der Stadtkreise zuzuleiten. Diese prüft innerhalb eines Monats an Hand des dort vorhandenen Kartenmaterials und der Geografischen Informationssysteme der Naturschutz- und der Wasserwirtschaftsverwaltung sowie ggf. der Flurneuordnungsverwaltung und weiterer Informationen, ob die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 Satz 1 NatSchG (siehe Nr. 3.2) für die Ausübung des Vorkaufsrechts gegeben sind.

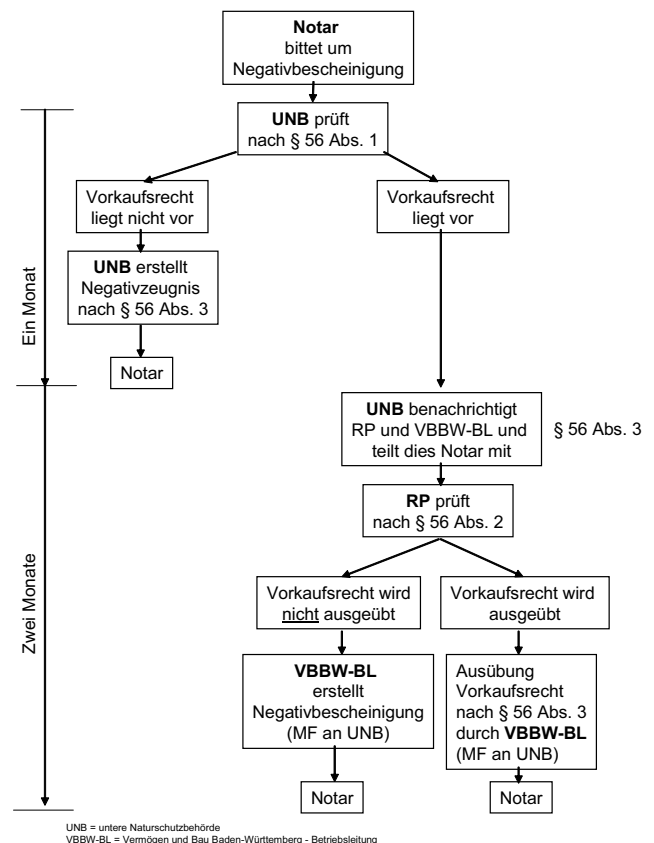
Die untere Verwaltungsbehörde hat im Rahmen der ihr seit der Verwaltungsreform übertragenen zentralen Zuständigkeit für alle Verwaltungsbereiche auch andere Vorkaufsfälle, z. B. nach dem Reichsheimstättenrecht, zu prüfen. Die Prüfungen nach dem Grundstücksverkehrsrecht hat sie ebenfalls durchzuführen. Ganz im Sinne einer schlanken und bürgerfreund-

lichen Verwaltung werden hier also alle mit dem Grundstücksverkehr in Zusammenhang stehenden Verwaltungsentscheidungen gebündelt. Einzige Ausnahme bilden die gemeindlichen Vorkaufsrechte nach dem Baugesetzbuch.

Sofern die Grundstücke nicht in Naturschutzgebieten, Kernzonen von Biosphärengebieten oder flächenhaften Naturdenkmälern gem. § 56 Abs. 1 NatSchG liegen oder sich auf den Grundstücken keine Naturdenkmale oder oberirdischen privaten Gewässer befinden, erteilt die untere Naturschutzbehörde auf Antrag ein Negativzeugnis. Allerdings ist die Ausstellung eines derartigen Negativzeugnisses nicht zwingend erforderlich. Das Fehlen dieses Dokuments stellt nämlich anders als etwa nach § 28 Abs. 1 Satz 2 des Baugesetzbuchs kein Eintragungshindernis dar. Für die Ausstellung des Negativzeugnisses erhebt die untere Verwaltungsbehörde eine Gebühr, die sie in eigener Zuständigkeit festsetzt. Die Festsetzung und Erhebung der Gebühren richtet sich bei den Landratsämtern nach dem Landesgebührengesetz (LGebG) vom 14. Dezember 2004 (GBl. S. 895) und den auf Grund von § 4 Abs. 3 LGebG erlassenen Verordnungen, bei den Bürgermeisterämtern der Stadtkreise nach dem Kommunalabgabengesetz und den gemeindlichen Satzungen.

Der Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung, Rotebühlstraße 30, 70173 Stuttgart, prüft dann innerhalb zweier weiterer Monate, ob im konkreten Fall vom Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht werden soll und teilt dem Eigentümer oder dem Notar das Ergebnis durch einen gebührenfreien Bescheid mit.

Nachstehende Grafik gibt einen Überblick über den Ablauf des Vorkaufsrechtsverfahrens nach dem neuen NatSchG.



### 3. Weitere Änderungen gegenüber dem alten NatSchG

#### 3.1 Wegfall des Vorkaufsrechts für Erholungsschutzstreifen (§ 56 Abs. 1 NatSchG)

Das Vorkaufsrecht für den Erholungsschutzstreifen wurde gestrichen, da sich diese Regelung in der Praxis nicht bewährt hat. Wie die Erfahrung zeigte, konnten i. d. R. nur kleine Teilflächen, aber keine zusammenhängenden Erholungsschutzstreifen erworben werden. Die für die Vermessung und Abmarkung anfallenden Gebühren standen oft in keinem Verhältnis zum Grundstückswert dieser Uferstreifen.

#### 3.2 Vorkaufsrecht für Kernzonen von Biosphärengebieten (§ 56 Abs. 1 NatSchG)

Das Biosphärengebiet wurde im Zuge der NatSchG-Novelle als zusätzliche Schutzgebietskategorie aufgenommen. Da die Kernzone eines Biosphärengebietes hinsichtlich der Schutzwürdigkeit einem Naturschutzgebiet vergleichbar ist, war es nur konsequent, die Vorkaufsfälle auf diese ökologisch hochwertigen Bereiche auszudehnen. Somit steht dem Land das Vorkaufsrecht nunmehr zu an Grundstücken

- auf denen sich oberirdische private Gewässer befinden, wobei zur Vermeidung späterer Interessenskonflikte zwischen Naturschutz und Fischerei das Vorkaufsrecht an privaten Gewässern mit Fischereirecht im Regelfall nur dann ausgeübt werden soll, wenn dieses Fischereirecht ebenfalls erworben werden kann,
- die in Naturschutzgebieten, Kernzonen von Biosphärengebieten oder flächenhaften Naturdenkmälern liegen oder
- auf denen Naturdenkmale stehen.

Sofern diese Voraussetzungen nur für einen Teil des betreffenden Grundstücks vorliegen, gilt das Vorkaufsrecht nur für diesen Teilbereich.

#### 3.3 Kein Vorkaufsrecht bei bestimmten Erwerbsfällen (§ 56 Abs. 2 NatSchG)

Um unbillige Härten zu vermeiden, wurden im neuen NatSchG einige Erwerbsfälle vom naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht des Landes ausgenommen. Es handelt sich dabei einmal um die Veräußerung von Grundstücken an Ehegatten, eingetragene Lebenspartner oder Verwandte ersten Grades. Aber auch in den Fällen, in denen das betreffende Grundstück eine Einheit mit einem land- oder fischereiwirtschaft-

lichen Betrieb bildet, darf das Vorkaufsrecht nicht mehr ausgeübt werden.

#### 3.4 Längere Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts (§ 56 Abs. 7 NatSchG)

Durch das in § 56 Abs. 3 neu geregelte zweistufige Verfahren (siehe Nr. 2) war es notwendig, die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts von seither 2 auf 3 Monate zu verlängern. Nur so ist gewährleistet, dass die konkrete Prüfung der naturschutzfachlichen Fragen in der zweiten Stufe von den höheren Naturschutzbehörden in einem angemessenen Zeitrahmen durchgeführt werden kann.

#### 4. Fortführung laufender Vorkaufsrechtsverfahren (§ 82 Abs. 1 NatSchG)

Soweit Vorkaufsrechtsverfahren vor dem Inkrafttreten des neuen NatSchG, also vor dem 1. Januar 2006, bereits eingeleitet waren, sind sie nach den bisherigen Bestimmungen weiterzuführen. Damit wird dem Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes Rechnung getragen.

### 5. Zusammenfassung

Im Interesse der Deregulierung, Bürgerfreundlichkeit und Verfahrensbeschleunigung wurden im Zuge der am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Novelle des baden-württembergischen Naturschutzgesetzes auch einige Regelungen zum Vorkaufsrecht nach Naturschutzrecht grundlegend überarbeitet. Wichtigste Neuerung ist, dass der Kaufvertrag zukünftig den unteren Naturschutzbehörden bei den Landratsämtern und Bürgermeisterämtern der Stadtkreise zur Prüfung der Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts zuzuleiten ist. Nur wenn das Ergebnis positiv ist, prüft der Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung, anschließend, ob tatsächlich vom Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht werden soll. Weitere wesentliche Änderungen sind die Ausdehnung des Vorkaufsrechts auf die Kernzonen von Biosphärengebieten und der Fortfall des Vorkaufsrechts bei bestimmten Erwerbsfällen. Der vollständige Text des NatSchG kann auch im Internet unter [www.mlr.baden-wuerttemberg.de](http://www.mlr.baden-wuerttemberg.de) im Abschnitt Natura 2000, Naturschutz, Ländl. Raum abgerufen werden.

In nachstehender Übersicht ist der das Vorkaufsrecht betreffende Wortlaut des neuen NatSchG der alten Regelung gegenüber gestellt.

NatSchG alt	NatSchG neu
<b>VIII. Abschnitt Vorkaufsrecht</b>	<b>Achter Abschnitt Vorkaufsrecht, Eigentumsbindung, Entschädigung</b>
<b>§ 46 Vorkaufsrecht</b>	<b>§ 56 Vorkaufsrecht</b>
<p>(1) Dem Land stehen Vorkaufsrechte zu an Grundstücken,</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. auf denen sich oberirdische private Gewässer befinden,</li> <li>2. die an oberirdischen Gewässer angrenzen und sich im Erholungsschutzstreifen (§ 44) befinden,</li> <li>3. die in Naturschutzgebieten oder in flächenhaften Naturdenkmalen liegen oder</li> <li>4. auf denen Naturdenkmale stehen.</li> </ol> <p>Liegen die Merkmale der Nummern 1 bis 4 nur bei einem Teil des Grundstücks vor, so erstreckt sich das Vorkaufsrecht nur auf diese Teilfläche. Der Eigentümer kann die Übernahme der Restfläche verlangen, wenn es ihm wirtschaftlich nicht mehr zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten.</p>	<p>(1) Dem Land steht ein Vorkaufsrecht zu an Grundstücken,</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. auf denen sich oberirdische private Gewässer befinden,</li> <li>2. die in Naturschutzgebieten, Kernzonen von Biosphärengebieten oder flächenhaften Naturdenkmalen liegen oder</li> <li>3. auf denen Naturdenkmale stehen.</li> </ol> <p>Liegen die Merkmale der Nummern 1 bis 3 nur bei einem Teil des Grundstücks vor, so erstreckt sich das Vorkaufsrecht nur auf diese Teilfläche. Der Eigentümer kann die Übernahme der Restfläche verlangen, wenn es ihm wirtschaftlich nicht zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten.</p>
<p>(2) Das Vorkaufsrecht darf nur ausgeübt werden, wenn die gegenwärtigen oder zukünftigen Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege oder der Erholungsvorsorge es erfordern.</p>	<p>(2) Das Vorkaufsrecht darf nur ausgeübt werden, wenn die gegenwärtigen oder zukünftigen Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege oder der Erholungsvorsorge es erfordern. Es darf nicht ausgeübt werden, wenn das Grundstück an Ehegatten, eingetragene Lebenspartner oder Verwandte ersten Grades oder mit einem land- oder fischereiwirtschaftlichen Betrieb, mit dem es eine Einheit bildet, veräußert wird.</p>
<p>(3) Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch die Oberfinanzdirektion, der unverzüglich der Inhalt des Kaufvertrags gemäß § 469 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches mitzuteilen ist; diese handelt im Einvernehmen mit der höheren Naturschutzbehörde.</p>	<p>(3) Das Vorkaufsrecht wird durch den Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung, ausgeübt, im Einvernehmen mit der höheren Naturschutzbehörde, die die Voraussetzungen nach Absatz 2 zu prüfen hat. Der Inhalt des Kaufvertrags ist gemäß § 469 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unverzüglich der unteren Naturschutzbehörde mitzuteilen. Diese erteilt auf Antrag innerhalb eines Monats ein Negativzeugnis, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 nicht vorliegen; andernfalls leitet sie die Unterlagen unverzüglich an den Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung, und die höhere Naturschutzbehörde weiter und teilt dies dem Verkäufer oder seinem Beauftragten mit.</p>
<p>(4) Die Vorkaufsrechte gehen unbeschadet bundesrechtlicher Vorkaufsrechte anderen Vorkaufsrechten im Range vor. Sie bedürfen nicht der Eintragung in das Grundbuch. Bei einem Eigentumserwerb aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts erlöschen rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte.</p>	<p>(4) Das Vorkaufsrecht geht unbeschadet bundesrechtlicher Vorkaufsrechte anderen Vorkaufsrechten im Range vor. Es bedarf nicht der Eintragung in das Grundbuch. Bei einem Eigentumserwerb aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts erlöschen rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte.</p>
<p>(5) Die Vorkaufsrechte können vom Land auf Antrag auch zugunsten von Körperschaften des öffentlichen Rechts und von Naturschutzverbänden (§ 51) ausgeübt werden. Liegen mehrere Anträge vor, entscheidet die Oberfinanzdirektion über die Rangfolge im Einvernehmen mit der höheren Naturschutzbehörde.</p>	<p>(5) Das Vorkaufsrecht kann vom Land auf Antrag auch zugunsten von Körperschaften des öffentlichen Rechts und von Naturschutzvereinen (§ 66) ausgeübt werden. Liegen mehrere Anträge vor, entscheidet der Landesbetrieb Vermögen und Bau Baden-Württemberg, Betriebsleitung, über die Rangfolge im Einvernehmen mit der höheren Naturschutzbehörde.</p>
<p>(6) Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Begünstigten und dem Verpflichteten zustande. Im Falle des Absatzes 5 haftet das Land für die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag neben dem Begünstigten als Gesamtschuldner.</p>	<p>(6) Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Begünstigten und dem Verpflichteten zustande. Im Falle des Absatzes 5 haftet das Land für die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag neben dem Begünstigten als Gesamtschuldner.</p>
<p>(7) Die Vorkaufsrechte sind nicht übertragbar. Das Vorkaufsrecht kann nur innerhalb von zwei Monaten nach der Mitteilung des Kaufvertrages ausgeübt werden. Die §§ 463 bis 468 Abs. 1, §§ 471, 1098 Abs. 2, §§ 1099 bis 1102 des Bürgerlichen Gesetzbuches sind anzuwenden.</p>	<p>(7) Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar. Es kann nur innerhalb von drei Monaten nach der Mitteilung des Kaufvertrages ausgeübt werden. §§ 463 bis 468 Abs. 1, §§ 471, 1098 Abs. 2, §§ 1099 bis 1102 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind anzuwenden.</p>

# Die verdeckte Sacheinlage bei der GmbH und ihre Heilung

(von Diplom Staats- und Sozialwissenschaftler Dirk Fischer, Notaranwarter, Herberlingen-Hundersingen)

## I. Vorbemerkungen

Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH muss gem. § 3 I Nr. 4 GmbHG den Betrag, der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital als Einlage zu leisten ist (Stammeinlage), enthalten. Grundsätzlich gibt es die Möglichkeit, die Stammeinlage als Bareinlage zu erbringen oder aber als Sacheinlage.

Bei Sacheinlagen ist gem. § 5 IV 1 GmbHG deren Gegenstand sowie der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festzusetzen. Wesentliche Umstände, die für die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen relevant sind, haben die Gesellschafter gem. § 5 IV 2 GmbHG in einem Sachgründungsbericht darzulegen. Dieser ist, da er nicht Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist, nicht beurkundungspflichtig.

Der Sachgründungsbericht soll dem Registergericht die Prüfung nach § 9 c I GmbHG, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet wurde, erleichtern.<sup>1</sup>

Damit kommt dem Sachgründungsbericht eine gewisse Beweisfunktion zu, mit dem die Gründer das Registergericht von der Werthaltigkeit der Sacheinlagen überzeugen müssen.

Im Gegensatz zur Bareinlage müssen Sacheinlagen schon vor der Handelsregisteranmeldung gem. § 7 III GmbHG vollständig an die Gesellschaft bewirkt sein, also zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer stehen.<sup>2</sup>

Aus Gründen des Gläubigerschutzes<sup>3</sup> stellt der Gesetzgeber an den Nachweis der Qualität der Sacheinlage deutlich höhere Anforderungen. Dadurch ergibt sich die Gefahr, dass Gesellschafter auf dem Umweg über die Bareinlage die strengen Vorschriften bezüglich der Sacheinlagen wissentlich oder auch unwissentlich umgehen; dieses birgt aber auch die Gefahr, dass gem. § 19 V GmbHG unter Umständen die Leistung auf die Stammeinlage nicht als bewirkt gilt und in diesem Falle noch einmal gefordert werden kann.

Aus diesem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, der das Kapitalaufbringungsrecht der GmbH beherrscht, lässt sich das Verbot der verdeckten Sacheinlage folgern.<sup>4</sup>

## II. Tatbestand der „Verdeckten Sacheinlage“

### A) Abrede zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft

Ausgangspunkt für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage ist immer die Umgehung der Sacheinlagevorschriften. Der Umgehungstatbestand liegt vor, wenn „zwar formell eine Bareinlage geleistet wird, der Einlagebetrag materiell jedoch nur der Vergütung einer Sachleistung dient und im Ergebnis wirtschaftlich der Gesellschaft letztlich nicht als Barleistung zufließt.“<sup>5</sup>

In der Praxis kann dies durch einfaches Verrechnen der Einlageforderung der Gesellschaft mit der Vergütungsforderung des Gesellschafters geschehen.

Häufiger vorkommend ist das sogenannte Hin- und Herzahlen. Dabei wird die Bareinlageforderung tatsächlich erfüllt

und danach als Vergütung einer Sachleistung des Gesellschafters wieder ausgezahlt.

Auch die Vergütungsleistung an einen Dritten ist unter Umständen als verdeckte Sacheinlage zu werten, nämlich wenn er „dadurch in gleicher Weise begünstigt wird wie in dem Falle, dass an ihn selbst geleistet wird.“<sup>6</sup>

Naheliegender sind hierbei die Situationen, wo die Gesellschaft an einen Treuhänder leistet oder auch an verbundene Unternehmen.<sup>7</sup>

Der Umgehungstatbestand muss objektiv vorliegen, subjektiv müssen die Gesellschafter jedoch nicht die Umgehung der Sacheinlagevorschriften gewollt haben. Vielmehr ist eine Abrede zwischen dem Einlageschuldner und den Mitgesellschaftern sowie den Geschäftsführern maßgeblich, die inhaltlich darauf zielt, den objektiven Umgehungstatbestand zu erzielen.<sup>8</sup> Es kommt folglich nicht auf ein vorwerfbares oder sogar kriminelles Verhalten an, sondern auf die verabredete Umgehung.<sup>9</sup>

Da die Umgehung „auf Grund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache“<sup>10</sup> erfolgen muss, ist davon auszugehen, dass die erforderliche Abrede für den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage spätestens im Zeitpunkt der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages gem. § 2 I GmbHG erfolgen muss. Bei der Kapitalerhöhung ist der Zeitpunkt differenzierter zu sehen, da der Kapitalerhöhungsbeschluss gem. § 55 I GmbHG nicht zwingend zeitlich mit der Übernahme der Stammeinlagen zusammenfallen muss. Insofern ist bei der Abrede nicht auf den Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses, sondern auf den Zeitpunkt der Übernahme der betreffenden Stammeinlage durch den Gesellschafter abzustellen.

Erfolgt die Abrede zu einem späteren Zeitpunkt, kann von einer Umgehung der Sacheinlagevorschriften nicht mehr geredet werden. Eine derartige Abrede im Zusammenhang mit der Leistung der Bareinlage, nämlich dass die geleistete Bareinlage umgehend an den bareinlagepflichtigen Gesellschafter oder eine ihm zuzurechnende dritte Person zurückfließen soll, führt aber auf anderem Wege nicht zur Erfüllung der Bareinlagepflicht des Gesellschafters. Nach § 8 II 1 GmbHG müssen sich die Bareinlagen endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer befinden. Dieses wäre bei der besagten Abrede nicht der Fall. Der Gesellschafter hätte folglich seine Bareinlagepflicht noch nicht erfüllt. Anders als bei der verdeckten Sacheinlage wäre aber sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft voll wirksam. Eine Aufrechnung mit der Bareinlagepflicht scheitert an dem Aufrechnungsverbot des § 19 II 2 GmbHG, der Gesellschaft bleibt die Aufrechnung gegen den Gesellschafter unbenommen.<sup>11</sup>

Als Beispiel sei genannt, dass die Gesellschafter verabreden, dass ein Gesellschafter ein Grundstück in die entstehende Gesellschaft einbringt, aber dieses sich verzögert, da vorher noch Belastungen in Abteilung III des Grundbuchs gelöscht

<sup>1</sup> Vgl. Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, München 2003, 6. Aufl., Rn 940.

<sup>2</sup> Bei der Bareinlage muss insgesamt gem. § 7 II 2 GmbHG die Hälfte nur eingezahlt sein, bei der Ein-Mann-GmbH zusätzlich für den Rest eine Sicherheit bestellt werden.

<sup>3</sup> Vgl. Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, München 2003, 6. Aufl., Rn 937.

<sup>4</sup> Vgl. BGH Z 132, 133.

<sup>5</sup> BGH Z 132, 133, 135.

<sup>6</sup> BGH Z 132, 133, 136; zu weiteren Hinweisen und zum Inhalt und Umfang der Verabredung vgl. Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 5 Rn 78, 79.

<sup>7</sup> Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 56 Rn 30.

<sup>8</sup> Vgl. BGH Z 132, 133, 139.

<sup>9</sup> Vgl. Pentz, Neues zur verdeckten Sacheinlage, ZIP 2003, 2093, 2094.

<sup>10</sup> BGH ZIP 2003, 1540, 1543.

<sup>11</sup> Der Gläubigerschutz wird über die Geschäftsführerhaltung nach § 43 GmbHG gewahrt.

werden sollen. Um die formale Einlagepflicht zu erfüllen, bezahlt der Gesellschafter seine Einlage, wie auch im Gesellschaftsvertrag niedergelegt wird, in bar ein. Vier Wochen nach der Eintragung ins Handelsregister kommt es nun zur entgeltlichen Übertragung des Grundstücks an die Gesellschaft.

Wirtschaftlich gesehen ist eine Sacheinlage geleistet worden, dieses ist auch vorher zwischen den Gesellschaftern so vereinbart worden. So oder ähnlich werden eine Vielzahl von verdeckten Sacheinlagen bei der Gründung von GmbHs geleistet.

In der Praxis ist es schwierig, die Abrede zu beweisen, deswegen wird sie regelmäßig vermutet, wenn ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen der Begründung der Einlagepflicht oder der Einlageleistung und dem jeweiligen Rechtsgeschäft zur Umgehung der Sacheinlagevorschriften besteht.<sup>12</sup>

Problematisch kann auch sein, wenn die Gesellschafter die Abrede nicht beweisen können und der zeitliche Zusammenhang als Vermutung hierfür nicht ausreicht. In diesem Fall lässt das Registergericht die Umwidmung der Bar- in die Sacheinlage nicht zu, ein späterer Insolvenzverwalter könnte aber unter Umständen doch zu einer verdeckten Sacheinlage kommen und die Bareinlage nochmals fordern, da das dann zuständige Prozessgericht nicht an die Auffassung des Registergerichts gebunden ist.<sup>13</sup>

## B) Sachlicher Zusammenhang

Ein sachlicher Zusammenhang wird dadurch hergestellt, dass „der Gesellschafter bereits bei Gründung der Bareinzahlungsverpflichtung den veräußerten Gegenstand bzw. die nunmehr getilgte Forderung hätte einbringen können.“<sup>14</sup>

Diese Austauschbarkeit der Leistungen ist übereinstimmend mit der herrschenden Meinung das entscheidende Kriterium des sachlichen Zusammenhangs, über die weiteren Kriterien besteht jedoch keine Einigkeit, insbesondere, ob eine wertmäßige Übereinstimmung vorliegen muss.<sup>15</sup>

## C) Zeitlicher Zusammenhang

In der Entscheidung des BGH vom 04. März 1996 verneinte der zuständige Senat den zeitlichen Zusammenhang wegen Überschreitens einer Zeitdauer von 6 Monaten (im zu entscheidenden Fall 9 1/2 Monate) mit dem Hinweis, dass dieses auf einer Linie läge mit einer Ansicht im Schrifttum.<sup>16</sup> Der Senat begründete den fehlenden zeitlichen Zusammenhang nicht näher und erklärte auch nicht die Frist von 6 Monaten als obere Grenze.

Längere Fristen werden überwiegend für zu lang erachtet, Fristen von ein paar Tagen oder Wochen zu kurz, obwohl sie die Mehrzahl der verdeckten Sacheinlagen schon beinhalten würden.<sup>17</sup>

Jedenfalls ist die 6-Monats-Frist nicht als Fixum zu betrachten, sondern lediglich als Anhalt für einen zeitlichen Zusammenhang.

Ungeklärt erscheint in diesem Zusammenhang, warum für Nachgründungen bei Aktiengesellschaften gem. § 52 I 1

AktG eine Frist von zwei Jahren seit Eintragung in das Handelsregister als zeitlicher Zusammenhang gesetzlich vorgeschrieben ist.

## D) Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage

Analog § 5 IV 1 GmbHG sind Abreden der Gesellschafter über verdeckte Sacheinlagen wegen des Fehlens der erforderlichen Festsetzungen des Gegenstands der Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag unwirksam.

Das zuständige Registergericht hat die beantragte Eintragung aus diesem Grund gem. § 9 c I 1 GmbHG abzulehnen.<sup>18</sup>

Erfolgt dennoch eine Eintragung im Handelsregister, da meist diesem eine solche Abrede unbekannt sein dürfte, so ist die Einlagepflicht durch die Einbringung des Sachwerts in Folge der verdeckten Sacheinlage wegen des Zwecks der Sachgründungsvorschriften nicht erfüllt.<sup>19</sup>

Fraglich ist dabei, welche Auswirkungen die Einbringung als verdeckte Sacheinlage auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft sowie auf das dingliche Verfügungsgeschäft hat.

Als Beispiel sei der Verkauf eines Lieferwagens für 20.000,- Euro eines bareinlagepflichtigen Gesellschafters an die Gesellschaft genannt. Ist der Kaufvertrag nun wirksam oder nicht, ist das Eigentum übergegangen auf die Gesellschaft?

§ 27 III 1 AktG bestimmt für das Recht der Aktiengesellschaften, dass mangels gesellschaftsvertraglicher Festsetzung der Sachleistung sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft unwirksam sind.

An einer solchen klaren Bestimmung fehlt es im Recht der GmbH. In der GmbH-Reform von 1980 ist eine ähnliche Bestimmung für das Recht der GmbH nicht ins GmbHG aufgenommen worden. Darum wurde lange Zeit eine analoge Anwendung des § 27 III 1 AktG allgemein abgelehnt.<sup>20</sup>

Gem. § 134 BGB, § 5 IV, 19 V GmbHG sei das Verpflichtungsgeschäft unwirksam. Auf Grund des Abstraktionsprinzips und mangels einer Bestimmung analog des § 27 III 1 AktG bleibe das dingliche Geschäft aber wirksam.

Der BGH urteilte jedoch entgegen der bisher herrschenden Meinung mit Beschluss vom 07.07.2003, dass die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage wie bei der AG nunmehr auch bei der GmbH in der Nichtigkeit sowohl des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts als auch des dinglichen Erfüllungsgeschäfts analog § 27 III 1 AktG liegen.<sup>21</sup>

Die Folge ist im o.a. Beispiel, dass das Eigentum an dem Lieferwagen auf die Gesellschaft nicht übergegangen ist und auch dass das diesem zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) unwirksam ist.

Nach vormals herrschender Meinung war das dingliche Verfügungsgeschäft wirksam; dadurch hatte der übertragende Gesellschafter einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegenüber der GmbH bezüglich der von ihm eingebrachten Sachleistung. Demgegenüber stand der Anspruch der Gesellschaft gegen den bareinlagepflichtigen Gesellschafter auf Einzahlung der Bareinlage.

<sup>12</sup> Vgl. BGH Z 125, 141, 143.

<sup>13</sup> Vgl. DNotI-Report 1997/01, S. 12.

<sup>14</sup> Einsele, Verdeckte Sacheinlage, Grundsatz der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, NJW 1996, 2681, 2682.

<sup>15</sup> Vgl. Custodis, Verdeckte Sacheinlagen im GmbH-Recht, DNotZ 1997, 437, 441; weitere Indizien für einen sachlichen Zusammenhang bei Pentz, Neues zur verdeckten Sacheinlage, ZIP 2003, 2093, 2095; vgl. auch Scholz/Winter, GmbHG-Kommentar, 9. Aufl. 2000, § 5 Rn. 77.

<sup>16</sup> Vgl. BGH Z 132, 133, 138.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 56 Rn 27.

<sup>18</sup> Vgl. zu den Prüfungspflichten des Registergerichts Kurz, Die registergerichtliche Prüfungskompetenz bei „gemischten Sacheinlagen“, MittBayNot 1996, 172 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 5 Rn 80 b sowie BGHZ 125, 141, 149 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 5 Rn 80 d. Vgl. auch Custodis, Verdeckte Sacheinlagen im GmbH-Recht, DNotZ 1997, 437, 457 ff.

<sup>21</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 07.07.2003 – II ZR 235/01; BGH ZIP 2003, 1540, 1543.

Wegen § 19 II 2 GmbHHG wäre eine Aufrechnung der beiden Forderungen nicht zulässig; auch ein Zurückbehaltungsrecht des Gesellschafters wäre wegen § 19 II 3 GmbHHG nicht gegeben.

Die schwerwiegende Folge der gegenüberstehenden, durch den Gesellschafter nicht aufrechenbaren Forderungen wurden im Insolvenzfall der GmbH deutlich. Die Forderung der Gesellschaft auf Einzahlung der Bareinlage bleibt in voller Höhe bestehen. Dabei ist noch beachtlich, dass die übrigen Gesellschafter gem. § 24 GmbHHG für die ausstehende Bareinlage subsidiär mithaften.

Der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung wurde aber bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens einfache Insolvenzforderung. Der Gesellschafter war hinsichtlich seiner bereicherungsrechtlichen Forderung einfacher Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO, bei kapitaleretzenden Darlehen sogar nur nachrangiger Insolvenzgläubiger nach § 39 I 5 InsO. Eine Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft ist ihm wegen § 89 InsO verwehrt. Dem Gesellschafter blieb nur noch ein Anteil aus der Insolvenzquote.

Gerade im Insolvenzfall der GmbH zeigte sich die außerordentliche Wichtigkeit der Qualifizierung einer Einlage. Ein Insolvenzverwalter wird zweifellos zuerst prüfen, ob alle Einlagepflichten der Gesellschafter erfüllt sind und er wird prüfen, ob verdeckte Sacheinlagen vorliegen, denn dieses würde die Insolvenzquoten der allgemeinen Insolvenzgläubiger erhöhen.

Durch das Urteil des BGH vom 07.07.2003 sind die Folgen für den Gesellschafter, der eine verdeckte Sacheinlage erbracht hat, in manchen Fällen entschärft worden. Sicherlich bleibt er auch weiterhin zur Leistung der Bareinlage verpflichtet, die eingebrachte Sachleistung kann aber nunmehr im Wege der Aussonderung außerhalb der Insolvenzmasse gem. § 47 InsO, § 985 BGB von der Gesellschaft herausverlangt werden.

Problematisch wäre im Insolvenzfall, wenn der eingebrachte Gegenstand z.B. im Wege des gutgläubigen Erwerbes oder aber des Verbrauchs sich nicht mehr im Vermögen der Gesellschaft befände. Etwaige Schadensersatzansprüche sowie Bereicherungsansprüche würden nunmehr zu den Forderungen gegen die Insolvenzmasse nach § 35 InsO gehören und mit der Insolvenzquote befriedigt werden.

Auf Grund dieser weitreichenden Konsequenzen, speziell im Falle der Insolvenz der Gesellschaft, die eine Qualifizierung als verdeckte Sacheinlage nach sich ziehen, stellte sich die Frage einer rückwirkenden Umwidmung der verdeckten Sacheinlage zur Einlagepflicht erfüllenden Sacheinlage, also zur Heilung verdeckter Sacheinlagen.

## E) Verjährung

Durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 09.12.2004<sup>22</sup> sind die bestehenden Widersprüche in der Verjährung, die durch die Schuldrechtsreform entstanden sind, behoben worden.

Nunmehr wurde § 19 GmbHHG durch einen 6. Absatz wie folgt ergänzt:

„Der Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlagen verjährt in zehn Jahren von seiner Entstehung an. Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet, so tritt die Verjährung nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Eröffnung ein.“

Damit wurde die Verjährung an die Frist des § 199 IV BGB angepasst. Die Gesellschaftergläubiger werden dadurch geschützt, dass der Ablauf der Verjährungsfrist bis sechs Monate nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehemmt ist.

Bezüglich der Kapitalerhöhung wurde § 55 IV GmbHHG dahingehend ergänzt, dass die neue 10-jährige Verjährung des § 19 VI GmbHHG ausdrücklich auch für Kapitalerhöhungen gelten soll.

## II. Heilung der „Verdeckten Sacheinlage“

### A) Form der Heilung, Satzungsänderung

Um die Rechtsfolgen einer „verdeckten Sacheinlage“ zu verhindern, ist die so genannte Heilung der verdeckten Sacheinlage erforderlich. Zu diesem Zwecke ist im Wege eines satzungsändernden Gesellschafterbeschlusses die ursprünglich im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Bareinlage durch Änderung der Einlagendeckung in eine Sacheinlage umzuwandeln.<sup>23</sup> Sofern im Falle der Kapitalerhöhung vom satzungsändernden Mehrheitsbeschluss gesprochen wird, kann der Umwidmung aber nur ein satzungsändernder Charakter zukommen, da eine tatsächliche Satzungsänderung nicht erforderlich ist.<sup>24</sup>

Die Zustimmung aller Gesellschafter wird nicht gefordert, vielmehr ist ein Mehrheitsbeschluss für die Umwandlung der Bareinlage in eine Sacheinlage ausreichend<sup>25</sup>, da es sich aber um eine Satzungsänderung handelt, ist gem. § 53 II 1 2.HS GmbHHG eine qualifizierte Mehrheit, also eine Drei-Viertel Mehrheit erforderlich.

Minderheitsgesellschafter müssen hierbei nicht geschützt werden, da sie vor dem satzungsändernden Beschluss gem. § 24 GmbHHG für die nicht geleistete Bareinlage nach Ausfall des zahlungspflichtigen Gesellschafters mithaften.<sup>26</sup> Sollte sich herausstellen, dass der Wert der Sacheinlage hinter der Bareinlagenhöhe zurückbleibt und der Minderheitsgesellschafter im Rahmen der Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHHG haftet, kann dieses Risiko nur kleiner sein, es sei denn, die Sacheinlage hätte einen Wert kleiner 0.

Möglich ist dieses z.B. bei eingebrachten überschuldeten Unternehmen, oder auch Erbteile oder Erbschaften, die überschuldet sind und bei denen Erbenhaftungsbeschränkungsmaßnahmen nicht mehr möglich sind. Ein weiterer Fall der unter 0-wertigen Sacheinlage ist das mit Altlasten belastete Grundstück, das nach dem BBodSchG saniert werden muss und die Sanierungskosten den Sacheinlagewert übersteigen.

Die Mitwirkungspflicht des Mitgesellschafters ist folglich differenziert zu betrachten. In Fällen, in denen der Sacheinlagewert mindestens 0 beträgt, dürfte es dem Mitgesellschafter verwehrt sein, sich der erforderlichen Mitwirkung zu entziehen.<sup>27</sup>

Der Gesellschafterbeschluss muss festlegen, dass „die im einzelnen aufzuführenden Gesellschafter die von ihnen übernommenen Einlagen statt in Geld durch Einbringung der konkret zu bezeichnenden Alt- bzw. einer Vorabspache unter-

<sup>23</sup> BGH ZIP 2003, 1540, 1543.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu Mayer, Die Heilung verdeckter Sacheinlagen im Recht der GmbH, MittBayNot 1996, 164, 166.

<sup>25</sup> Vgl. BGH Z 125, 141, 154.

<sup>26</sup> Mayer spricht sich mit Hinweis auf die Gefahren einer Mithaftung gem. §§ 9 I, 24 GmbHHG für eine Mitwirkungspflicht sämtlicher Gesellschafter aus, vgl. Mayer, Die Heilung verdeckter Sacheinlagen im Recht der GmbH, MittBayNot 1996, 164, 166.

<sup>27</sup> Vgl. Scholz/Priester, GmbHHG, 9. Aufl. 2000, § 56 Rn 39. Ebenso bei Pentz, Neues zur verdeckten Sacheinlage, ZIP 2003, 2093, 2095, 2098, 2102; Pentz weist aber auch darauf hin, dass die Mitwirkungspflicht nicht so weit geht, die Schutzvorschriften des § 311 b I BGB außer Kraft zu setzen.

<sup>22</sup> BGBl I S. 3214.



stellten Neuforderung leisten.“<sup>28</sup> § 5 IV GmbHG ist auch bei einer Satzungsänderung anzuwenden, so dass der Gegenstand der Sacheinlage und der Betrag der Stammeinlage genau bezeichnet werden müssen.

## B) Gegenstand der Sacheinlage

Der Gegenstand, der als Sacheinlage in die GmbH eingebracht wird, ist regelmäßig derjenige, welcher über das Rechtsgeschäft der verdeckten Sacheinlage in die Gesellschaft gelangen sollte. Problematisch ist dabei, dass das dingliche Verfügungsgeschäft, wie oben gezeigt, nichtig ist.

Allgemein entstehen dem Gesellschafter dadurch Ansprüche gem. §§ 985 ff. BGB aus dem Eigentum gegen die Gesellschaft. Der Gesellschafter, der ein Grundstück einbringen wollte, hat daneben noch nach § 894 BGB den Grundbuchberichtigungsanspruch.

Befindet sich der Gegenstand noch im vermeintlichen Eigentum der Gesellschaft, hat also noch kein gutgläubiger Erwerb bezüglich des einzubringenden Gegenstandes stattgefunden, so stellt die Erfüllung der Sacheinlageforderung kein größeres Problem dar.

Die dingliche Einigung muss nochmals erklärt werden. Für den Fall der Grundstücksübertragung ist demnach gem. §§ 873, 925 BGB die Auflassung nochmals zu erklären. Die Grundbucheintragung hätte schon stattgefunden, so dass die Einigung ihr nachfolgt. Eine Klarstellung des Grundbuchinhalts ist durch die Berichtigung der Eintragungsgrundlage gem. § 9 d) GBV möglich.<sup>29</sup>

Befindet sich der Gegenstand nicht mehr im Eigentum des Gesellschafters, weil er in Folge gutgläubigen Erwerbs an einen Dritten wirksam veräußert worden ist, treten an die Stelle der Ansprüche nach §§ 985 ff., 894 BGB die Bereicherungsansprüche aus § 816 BGB, nämlich vor allem die Herausgabepflicht des für den veräußerten Gegenstand erlangten Surrogats sowie etwaige Schadensersatzansprüche. Dann sind diese Ansprüche Gegenstand der Sacheinlage.<sup>30</sup> Je mehr jedoch eine GmbH in die Krise gerät, desto weniger werthaltig wird solch eine Forderung gegenüber der Gesellschaft. Folglich sollte gerade in einem solchen Fall die Heilung möglichst schnell erfolgen, um den Inferenten vor einem Verlust seiner Ansprüche zu schützen.

## C) Wertigkeit der Sacheinlage

Gem. § 5 IV 2 GmbHG haben die Gesellschafter den Nachweis der Werthaltigkeit einer geleisteten Sacheinlage durch einen Sachgründungsbericht nachzuweisen. Dieser ist gem. § 8 I Nr. 4, 2.HS GmbHG bei der Anmeldung dem Handelsregister vorzulegen mit samt den Unterlagen (§ 8 I Nr. 5 GmbHG), die den Nachweis der Werthaltigkeit erbringen.

Ein solcher Bericht, nämlich „ein Bericht über die Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage“<sup>31</sup>, wird auch für die Heilung der verdeckten Sacheinlage verlangt. Dieser Bericht ist bei jeglicher Heilung verdeckter Sacheinlagen zu erstellen, also sowohl bei der GmbH-Gründung wie auch bei der Kapitalerhöhung. Für den Fall der Kapitalerhöhung wurde ein solcher Bericht früher nicht pauschal verlangt.<sup>32</sup> Nunmehr hat der BGH-Senat einen Sachkapitalerhöhungsbericht zumindest für die zu entscheidende Sachka-

pitalerhöhung gefordert.<sup>33</sup> Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass bei der Heilung einer verdeckten Sacheinlage stets ein Bericht über die Werthaltigkeit der Sacheinlage vorgelegt werden muss.

Der Bericht über die Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage ist von allen Geschäftsführern sowie allen betroffenen Gesellschaftern zu unterzeichnen.<sup>34</sup>

Die eingebrachte Sacheinlage muss vollwertig sein. Die Vollwertigkeit bezieht sich dabei auf den Zeitpunkt der Heilung, der unmittelbar vor der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister zu liegen hat und durch einen von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz nachzuweisen ist.<sup>35</sup>

Die Verallgemeinerung, dass bei jeder Heilung verdeckter Sacheinlagen eine von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz, die kurz vor der Handelsregisteranmeldung zu erstellen ist, dürfte aus folgenden Gründen nicht haltbar sein:

Generell hat wohl nicht zwingend ein Wirtschaftsprüfer oder auch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Bilanz zu testen, sondern unter bestimmten Voraussetzungen dürfte die Prüfung ähnlich § 319 I 2 HGB durch vereidigte Buchprüfer sowie Buchprüfungsgesellschaften ausreichend sein.<sup>36</sup>

Je nach Gesellschaftsgröße ist die Erstellung einer Bilanz sehr aufwendig und kostspielig, deshalb dürfte die Forderung nach einer zusätzlichen Bilanz, die zeitlich mit der Heilung der Sacheinlage zusammenfällt oder kurz vorher erstellt wird, eher kontraproduktiv wirken.<sup>37</sup> Gem. §§ 57 f. I 2, 57 e I GmbHG genügt bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach § 57 c GmbHG eine Bilanz, die nicht älter als acht Monate alt ist, um den Nachweis des Vorhandenseins ausreichender Rücklagen zur Umwandlung in Stammkapital zu führen.

Gleiches gilt um Gläubigerschutz auch im Falle der Verschmelzung durch Aufnahme gem. § 17 II 4 UmwG. Es ist schwer nachvollziehbar und auch unpraktikabel, im Falle der Heilung verdeckter Sacheinlagen eine aktuell erstellte Bilanz zu verlangen. Die betroffenen Gesellschaften könnten dadurch in der Praxis gezwungen werden, eine Heilung aus Kostengründen nur in Verbindung mit einer Bilanz, die gem. § 264 ff. HGB im normalen Turnus aufgestellt wird, zu verbinden. Da derzeit aber noch eine aktuelle Bilanz verlangt wird von den Registergerichten, bleibt den Gesellschaften nur dieser Weg, eine Rücksprache diesbezüglich mit dem zuständigen Registergericht könnte einer späteren Bemänglung sowie einer teuren nochmaligen Aufstellung der Bilanz entgegenwirken, eine Sicherheit diesbezüglich wird aber nur die möglichst aktuell aufgestellte Bilanz bieten können, deshalb kann der Notar in der Beratung auch nur zu diesem Weg raten.

## D) Sonstiges zur Handelsregisteranmeldung

Zur Handelsregisteranmeldung der Heilung einer verdeckten Sacheinlage ist der Bericht über die Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage von allen Geschäftsführern sowie allen betroffenen Gesellschaftern unterzeichnet einzureichen.

<sup>28</sup> BGH Z 125, 141, 155.

<sup>29</sup> Vgl. BayObLG, MittBayNot 2002, 114.

<sup>30</sup> BGH ZIP 2003, 1540, 1543.

<sup>31</sup> BGH Z 125, 141, 155.

<sup>32</sup> Vgl. Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn 1056.

<sup>33</sup> Vgl. BGH Z 125, 141, 155.

<sup>34</sup> Vgl. BGH Z 125, 141, 155.

<sup>35</sup> Vgl. BGH Z 125, 141, 155.

<sup>36</sup> Vgl. Priester, Heilung verdeckter Sacheinlagen bei der GmbH, ZIP 1996, 1025, 1031, Priester schlägt dabei vor, die bisherige Praxis der Vorlage so genannter „bescheinigter“ Bilanzen durch Angehörige wirtschaftsprüfender und steuerberatender Berufe als ausreichend anzusehen.

<sup>37</sup> Vgl. BGH Z 125, 141, 156.

Des weiteren haben die Geschäftsführer entsprechend §§ 8 II 1, 57 II 1 GmbHG die Versicherung abzugeben, dass die Sacheinlage bewirkt wurde und dass sich der Gegenstand der Sacheinlage endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet.

Ausreichend ist hierbei die Versicherung der Geschäftsführer, „dass die Leistung der Sacheinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführung für die Zwecke der Gesellschaft erbracht wurde und auch in der Folge nicht an den Einleger zurückgewährt worden ist.“<sup>38</sup> Unter diesen Voraussetzungen ist die Einlagepflicht des Gesellschafters erfüllt.

Die Sacheinlage ist somit schon dann schuldtilgend zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführung geleistet worden, wenn sie nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss sowie der Übernahme der Stammeinlagen in den uneingeschränkten Verfügungsbereich der Gesellschaft gelangt ist und nicht an den Einleger zurückfließt. Die Gesellschaft darf also die Bar- wie auch die Sacheinlage schon vor dem Anmeldungszeitpunkt verwerten sowie auch verbrauchen. Dasselbe muss auch bei der Heilung verdeckter Sacheinlagen gelten.

### III. Muster zur „Heilung der verdeckten Sacheinlage“

#### A) Satzungsändernder Gesellschaftsbeschluss

##### Urkundeneingang (2-Gesellschafter GmbH)

###### I. Vorbemerkungen

Die Erschienenen haben am \_\_. \_\_. \_\_ zur UR Nr. \_\_/\_\_ des Notariats \_\_ die ABC-GmbH mit dem Sitz in \_\_ gegründet. Die ABC-GmbH wurde am \_\_. \_\_. \_\_ unter der HR B Nr. \_\_ beim Registergericht des Amtsgerichts \_\_ eingetragen.

Geschäftsführer sind beide Erschienenen.

Das Stammkapital beträgt 100.000,- Euro.

Auf das Stammkapital hat übernommen:

- der Erschienenen zu Ziff. 1 Herr A eine Stammeinlage von EUR 50.000
- der Erschienenen zu Ziff. 2 Herr B eine Stammeinlage von EUR 50.000.

Die Stammeinlagen waren in Geld zu erbringen und sind ganz bezahlt.

Einer Vorabrede der Gesellschafter folgend, kaufte die ABC-GmbH innerhalb von 6 Monaten nach Einzahlung der Stammeinlage vom Erschienenen zu Ziff. 2 ein *Grundstück/Sachgegenstand/Forderung* gem. Anlage 1 und erhielt als Kaufpreis EUR 50.000. Somit liegt eine verdeckte Sacheinlage vor.

Zum Zwecke der Heilung der verdeckten Sacheinlage wird der folgende Gesellschafterbeschluss gefasst:

###### II. Gesellschafterbeschlüsse

Die Erschienenen als Gesellschafter treten unter Verzicht auf alle Frist- und Formerfordernisse der Einberufung zu einer Gesellschafterversammlung zusammen und beschließen einstimmig was folgt:

Die Verpflichtung des Erschienenen zu Ziff. 2 zur Zahlung einer Bareinlage in Höhe von EUR 50.000,- wird umgewandelt in die Verpflichtung zur Leistung einer Sacheinlage. Die

Sacheinlage besteht aus der Besitzübergabe und der Über-eignung/Abtretung des *Grundstücks/Sachgegenstands/Forderung* gem. Anlage 1.

Zur Erfüllung dieser Verpflichtung besteht Einigkeit über den Eigentumsübergang der Gegenstände XXX. (Eine etwaige Auflassung wird in gesonderter Urkunde erklärt.)

Alt.: Der Erschienenen zu Ziff. 2 tritt seine Forderungen, bestehend aus XXX, an die ABC-GmbH mit sofortiger Wirkung ab. Die ABC-GmbH, vertreten durch die Erschienenen als Geschäftsführer, nehmen die Abtretung an.

Weiterhin besteht Einigkeit, dass der Kaufpreis über EUR 50.000,- dem wirklichen Wert der eingebrachten Sacheinlage entspricht. Eine Werthaltigkeitsbestätigung des Wirtschaftsprüfers XY vom \_\_. \_\_. \_\_ liegt vor.

###### III. Satzungsänderung

§ 5 des Gesellschaftsvertrages wird geändert und erhält folgende neue Fassung:

„Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 100.000,- Euro m.W.: einhunderttausend Euro –.

Hiervon übernehmen:

Herr A eine Stammeinlage von 50.000,- Euro

Herr B eine Stammeinlage von 50.000,- Euro.

Das Stammkapital ist von Gesellschafter A bereits in voller Höhe in bar erbracht.

Das Stammkapital ist von Gesellschafter B nicht in bar erbracht worden. Sie wurde laut Gesellschafterbeschluss vom \_\_. \_\_. \_\_ umgewandelt in eine Sacheinlage. Die Sacheinlage besteht aus \_\_\_\_.

Die Sacheinlage ist geleistet worden.<sup>39</sup>“

###### IV. Schlussbestimmungen

Der beurkundende Notar hat auf folgendes hingewiesen:

- die Heilung der Sacheinlage wird erst mit der Registereintragung wirksam,
- die Haftung aller Gesellschafter für das Aufbringen des gesamten Stammkapitals,
- das Verbot der Rückzahlung des Stammkapitals an die Gesellschafter,
- die strafrechtlichen Bestimmungen des § 82 GmbHG,
- der Notar übernimmt für die steuerlichen Auswirkungen keine Haftung und verweist insoweit auf die Beratung durch einen Angehörigen der steuerberatenden Berufe.

Die Kosten dieser Urkunde trägt die ABC-GmbH.

Von dieser Urkunde erhalten

die Gesellschafter

die ABC-GmbH

das Registergericht \_\_

je eine beglaubigte Abschrift, sowie das Finanzamt – Körperschaftssteuerstelle – in \_\_ eine einfache Abschrift.

Diese Niederschrift wurde den Erschienenen vorgelesen, von ihnen genehmigt und von denselben und dem Notar eigenhändig wie folgt unterschrieben:

<sup>38</sup> BGH-Urteil vom 18. März 2002, II ZR 11/01, S. 12. Zur Diskussion des Wortlauts der Versicherung vgl. DNotI-Report 2004/03, S. 23 f.

<sup>39</sup> Im Falle der Auflassung eines Grundstücks ist die Sacheinlage erst mit der Eintragung im Grundbuch erbracht.

**B) Handelsregisteranmeldung**

Amtsgericht \_\_\_\_

– Handelsregister –

Adresse

**Umwidmung einer Bareinlage in eine Sacheinlage, Änderungen des Gesellschaftsvertrags der ABC- GmbH,****HR B Nr. XXX**

Als Geschäftsführer der ABC-GmbH melden wir zur Eintragung im Handelsregister an:

1. Umwandlung der Bareinlageverpflichtung des Gesellschafters B in eine Sacheinlageverpflichtung.
2. § 5 des Gesellschaftsvertrags (Stammeinlagen) wurde entsprechend geändert.

Nach Belehrung über die Strafbarkeit einer wissentlich falschen Versicherung (§ 82 GmbHG) versichert jeder Geschäftsführer, dass :

- der Gegenstand der Sacheinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführung für die Zwecke der Gesellschaft übertragen wurde und auch in der Folge nicht an den Einleger zurückübertragen worden ist;
- der/die im Wege der Sacheinlage eingebrachte Gegenstand/ Forderung werthaltig ist.

Dieser Anmeldung sind beigefügt:

- eine Ausfertigung der notariellen Urkunde des Notariats \_\_\_\_ vom \_\_. \_\_. \_\_, UR Nr. \_\_\_\_/2004
- die Satzung der Gesellschaft, versehen mit der Bestätigung des Notars nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG,

- Bericht über die Änderung der Einlagendeckung,
- Wertgutachten
- sonstiges.

**Unterschriftsbeglaubigung****C) Bericht über die Umwidmung einer Bareinlage in eine Sacheinlage**

Wir, die unterzeichneten Geschäftsführer und Gesellschafter der ABC-GmbH mit dem Sitz in \_\_\_\_, erstatten folgenden Umwidmungsbericht:

Der Gesellschafter Herr B hat seine Stammeinlageverpflichtung nicht durch Bareinlage erbracht, sondern durch *Übertragung/Abtretung der Sachgegenstände/Forderungen*.

Die außerordentliche Gesellschafterversammlung der ABC-GmbH hat am \_\_. \_\_. \_\_ zur UR Nr. \_\_\_\_/2004 des Notariats \_\_\_\_ die Bareinlageverpflichtung in eine Sacheinlageverpflichtung umgewidmet. Die *Sachgegenstände/Forderungen* sind im Wege der Sacheinlage anstelle der ursprünglichen Bareinlage in die Gesellschaft eingebracht worden.

Die Werthaltigkeit der *Sachgegenstände/Forderungen* ergibt sich aus der Werthaltigkeitsbestätigung des Wirtschaftsprüfers XY vom \_\_. \_\_. \_\_, diese liegt dem Registergericht vor.

\_\_\_\_\_, Ort, Datum

Unterschriften sämtlicher Geschäftsführer und der betroffenen Gesellschafter

**Rechtsprechung****BGB §§ 461, 472 BGB, GBO § 47**

**Der Anspruch auf Rückübertragung eines im Wege vorweggenommener Erbfolge von mehreren Übergebern übergebenen Grundbesitzes kann durch eine Rückkauflassungsvormerkung gesichert werden, die den mehreren Übergebern entsprechend den Bestimmungen der §§ 461, 472 BGB zusteht.**

LG Karlsruhe, Beschl. vom 10.06.2005 11 T 322/04

Aus den Gründen:

I.

Mit Übergabevertrag übergaben die Beteiligten Ziffer 1 und 2 Grundbesitz im Wege der vorweggenommenen Erbfolge an ihre gemeinsamen Söhne. In § 4 der Urkunde wurde ein aufschiebend bedingtes Rücktrittsrecht der Übergeber vereinbart.

Zur Sicherung des aufschiebend bedingten Rückübertragungsanspruches wurde die Eintragung einer Rückkauflassungsvormerkung für die Übergeber als gemeinschaftlich Berechtigte analog §§ 461, 472 BGB n.F. bewilligt und beantragt.

Mit Zwischenverfügung teilte das Grundbuchamt mit, dass die Eintragung der Rückkauflassungsvormerkung erst nach Vorlage eines Nachtrages „bzgl. des Gemeinschaftsverhältnisses

des (schuldrechtlichen) Rückübertragungsanspruches der beiden Übergeber“ erfolgen könne. Der Hinweis auf die Vereinbarung der §§ 461, 472 BGB n.F. genüge nicht den nach § 47 GBO zu fordernden Angaben. Denn diese Bestimmungen hätten nur die Unteilbarkeit des gemeinschaftlichen Anspruches zum Gegenstand und nicht das Gemeinschaftsverhältnis der Berechtigten. Die abweichende Entscheidung des BGH vom 11.09.1997 betreffe die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs aus einem Vorkaufrecht und sei daher nicht einschlägig. Im übrigen weiche die Angabe des Beteiligungsverhältnisses in § 4 Nr. 1 des Übergabevertrages von den Ausführungen in § 4 Nr. 2 ab.

Hiergegen richtet sich die von dem Urkundsnotar namens der Beteiligten Ziffer 1 und 2 eingelegte Beschwerde.

II.

Die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 1 und 2 ist zulässig (§§ 71 Abs. I GBO, 11 Abs. 1 RPflG) und begründet und führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung.

Das Grundbuchamt kann die beantragte Eintragung einer Rückkauflassungsvormerkung für die Übergeber nicht von der Vorlage eines das Beteiligungsverhältnis präzisierenden Nachtrages abhängig machen.

Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung im Grundbuch, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, und wenn die allgemeinen Eintragungsvoraussetzungen

gen vorliegen. Weiterer Recherche ist der Grundbuchbeamte grundsätzlich enthoben (Meike/Lichtenberger a.a.O. § 19 Rn. 12). Zwar hat er dabei auch die Ordnungsvorschrift des § 47 GBO zu beachten, wonach die Eintragung eines Rechtes für mehrere gemeinschaftlich in der Weise erfolgen soll, dass entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden, oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Dies gilt insbesondere auch für die Eintragung von Vormerkungen (Meikel/Böhringer a.a.O. § 47 Rn. 5 m.w.N.). Allerdings kann der Grundbuchbeamte die Eintragung eines Rechtes für mehrere Berechtigte nur ablehnen, wenn er sichere Kenntnis davon hat, dass das bewilligte Gemeinschaftsverhältnis unrichtig ist, wohingegen bloße Zweifel für eine Zwischenverfügung nicht ausreichen (Schöner/Stöber a.a.O. Rn. 1500, 1514).

Das angegebene Beteiligungsverhältnis ist aber nicht erkennbar unrichtig und genügt den nach § 47 GBO zu stellenden Anforderungen.

1.

Zwar haben die in Bezug genommenen Bestimmungen der §§ 461, 472 BGB nur die Ausübung eines für mehrere Berechtigte bestellten Wieder- bzw. Vorkaufsrechtes zum Gegenstand und kommen daher nicht unmittelbar zur Anwendung. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist die Vereinbarung einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften auf ähnliche Rechte jedoch unbedenklich (Staudinger/Mader, BGB, Neubearbeitung 2004, § 461 Rn. 1; vgl. Grziwotz, MittBayNot 1993, 74). Insbesondere wird eine solche Ausgestaltung eines Anspruches auf Rückübertragung von Grundstücken auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung als sinnvoll und zulässig erachtet (BayObLG FamRZ 1994, 173, 174; BayObLGZ 1967, 275, 278).

2.

Die Bestimmung des § 47 GBO ist nach allgemeiner Meinung zwar auch auf die Eintragung einer Vormerkung anzuwenden (Demharter a.a.O. § 47 Rn. 2 m.w.N.). Vorliegend genügt jedoch der Hinweis auf die entsprechende Anwendung der §§ 461, 472 BGB. Diese Vorschriften regeln nicht nur die Ausübung des Vorkaufsrechtes, sondern bestimmen auch das gemäß § 47 GBO zu verlautbarende Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten (BGH NJW 1997, 3235, 3236 = BGHZ 136, 327 zu § 513 BGB a.F.). Daraus, dass die Ausübung des Anspruchs nur im Ganzen erfolgen kann, und zwar durch den Verbleibenden allein, wenn der andere Berechtigte sein Recht nicht ausübt, oder wenn dasselbe erloschen ist, wird geschlossen, dass die Ausübung des Rechts beim Vorhandensein mehrerer Berechtigter grundsätzlich durch diese gemeinsam zu erfolgen hat, bzw. dass ein „gesamthandsartiges Verhältnis“ hinsichtlich des Übereignungsanspruches besteht (BGH NJW 1997, 3235, 3236; BayObLG NJW 1968, 553, 554). Weitere Angaben zum Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten können daher nicht verlangt werden (BGH a.a.O.; BayObLG a.a.O.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1999, 17; Demharter a.a.O. § 47 Rn. 3;). Denn bei der Eintragung einer Vormerkung kommt es maßgeblich auf das Verhältnis hinsichtlich des gesicherten Anspruchs an, unabhängig davon, in welchem Gemeinschaftsverhältnis das dingliche Recht künftig einzutragen sein wird (BGH a.a.O.; Bamberger/Roth, BGB, 2003, 5 885 Rn. 18; Palandt/Bassenge, BGB, 64. Aufl., § 885 Rn. 15; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearbeitung 2002, § 885 Rn. 67).

Nichts anderes kann gelten, wenn mit der einzutragenden Vormerkung anstelle eines Vor- oder Wiederkaufsrechtes wie

hier ein der Regelung des § 502 BGB a.F. nachgestalteter Anspruch auf Rückübertragung von Grundbesitz auf Grund eines Rücktrittsrechtes gesichert werden soll (OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1983, 49 = JURIS-Doc.-Nr.: BORE051678309). Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb das Gemeinschaftsverhältnis der Berechtigten bei einer entsprechenden Anwendung der genannten Bestimmungen abweichend ausgestaltet sein sollte.

Unabhängig hiervon haben die Beteiligten unter § 4 Nr. 1 des Übergabevertrages vom 18.02.2004 auch bereits bestimmt, in welchem Anteilsverhältnis die Rückübertragung im Falle einer Ausübung des Rücktrittsrechtes zu erfolgen hat, nämlich „im heutigen Beteiligungsverhältnis“, also zu je 1/2 Miteigentumsanteil. Für den Fall, dass einer der Berechtigten nicht selbst zurück erwerben will oder kann, bzw. dass das Recht nur durch einen Berechtigten geltend gemacht wird, soll die Rückübertragung an den anderen zu Alleineigentum erfolgen. Die Regelung in § 4 Nr. 2 hat das Beteiligungsverhältnis der Berechtigten hinsichtlich des hiervon zu unterscheidenden schuldrechtlichen Anspruchs zum Gegenstand und steht hierzu nicht im Widerspruch.

Die Beschwerde musste deshalb im Ergebnis Erfolg haben.

Mitgeteilt von Dipl.-Rechtspfleger Holder beim Grundbuchamt Birkenfeld.

#### **§ 1748 Abs. 4 BGB, § 1748 Abs. 1 BGB, Art. 6 GG, Art. 8 EMRK, § 50 FGG**

- Um eine mit Art. 6 GG und Art. 8 EMRK nicht mehr zu rechtfertigende Ungleichbehandlung des nichtehelichen Vaters mit einem mit der Kindsmutter verheirateten oder von ihr geschiedenen Vater auszuschließen und dem Elternrecht des leiblichen Vaters gerecht zu werden, darf gemäß § 1748 Abs. 4 BGB die Einwilligung des Vaters nur dann ersetzt werden, wenn bei Unterbleiben der Adoption ein gegenüber den zu schützenden Interessen des Vaters besonders großer Nachteil für das Kindeswohl eintreten würde. Insoweit kann auf die zum Begriff des unverhältnismäßigen Nachteils in § 1748 Abs. 1 BGB entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden (Anschluss BayObLG FamRZ 2002, 486 = NJW-RR 2002, 433; Abweichung zu OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 573).**
- Ein eigener Verfahrenspfleger für das Kind ist nicht erforderlich im Sinn des § 50 Abs. 1, Abs. 3 FGG, wenn seine Interessenwahrung anderweitig – zum Beispiel durch das Jugendamt – sichergestellt ist.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.12.2004 – 8 W 313/04

Aus den Gründen:

I.

Das Kind L. wurde am 20.11.1997 als nichteheliches Kind von W. und M. geboren. Bereits fünf Tage nach seiner Geburt kam das Kind zum Ehepaar H. zur Pflege. Die leibliche Mutter behielt das alleinige Sorgerecht für das Kind.

Der letzte Umgangstermin mit den leiblichen Eltern des Kindes fand am 23.4.2002 statt.

Die Pflegeeltern, die bereits ihre Tochter Mi., geboren am 6.12.1993, am 20.7.1995 adoptiert haben, stellten am 9.9.

2002 einen notariell beurkundeten Adoptionsantrag. Am gleichen Tag hat die Mutter ihre Einwilligung in der erforderlichen notariellen Form gegeben. Damit wurde gemäß § 1751 Abs. 1 BGB das Kreisjugendamt, dort Frau G., Vormund des Kindes, was durch Beschluss des Amtsgerichts – Vormundschaftsgericht – B. festgestellt wurde.

Mit Schreiben vom 21.9.2002 widersprach der leibliche Vater des Kindes der Adoption. Am 18.10.2002 wurden die Einwilligung zur Adoption und der Antrag auf Ersetzung der Einwilligung des Vaters M. zur Adoption notariell beurkundet. Beide Erklärungen hat Frau G. vom Kreisjugendamt als Vormund des Kindes L. abgegeben.

Nach Anhörung des Kindes L. durch das Vormundschaftsgericht und nach Anhörung beider Annehmenden ersetzte das Amtsgericht – Vormundschaftsgericht – die Einwilligung des leiblichen Vaters gemäß § 1748 Abs. 4 BGB. Eine gravierende Pflichtverletzung oder Gleichgültigkeit gegenüber dem Kind sowie ein schweres Versagen im Sinn von § 1748 Abs. 1 BGB seien nicht zu erkennen. Bei umfassender Abwägung der Kindes- und Elterninteressen wäre aber das Unterbleiben der Annahme als Kind dem Kind L. unverhältnismäßig nachteilig.

Mit der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts äußerte der leibliche Vater des Kindes verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bestimmung des § 1748 Abs. 4 BGB. Er rügte weiter, vor der Entscheidung durch das Amtsgericht sei keine sachverständige Begutachtung zu der Erforderlichkeit einer Adoption und der Frage des Eintritts eines unverhältnismäßigen Nachteils für das Kind im Fall des Unterbleibens der Adoption eingeholt worden. Er habe weiterhin als leiblicher Vater ein großes Interesse, dass L. ihre rechtliche Abstammung von ihm nicht verliere und er einen Rechtsanspruch auf Umgang mit ihr behalte bzw. erhalte. Mit einem Aufwachsen seines Kindes in der Pflegefamilie sei er bis auf weiteres einverstanden, um das Kindeswohl nicht zu gefährden. Da er sich immer korrekt verhalten habe, könne ihm die Vaterschaft nicht durch eine Adoption genommen werden.

Aufgrund eines Beweisbeschlusses des Landgerichts wies der Sachverständige darauf hin, dass eine Fortsetzung des derzeitigen rechtlichen Status von L. als Pflegekind mit gesichertem Verbleib in der Pflegefamilie und einem zumindest vorläufigen Ausschluss des Umgangsrechts der leiblichen Eltern aus psychologischer Sicht einem Adoptivkindstatus im wesentlichen gleichkomme. Es könne nicht vorhergesagt werden, ob ein Dauerpflegeverhältnis oder eine Adoption angesichts der damit verbundenen jeweiligen Vor- und Nachteile für das Wohl des Kindes besser wäre. Das Landgericht wies mit Beschluss vom 30.7.2004 die sofortige Beschwerde des leiblichen Vaters zurück.

Gegen diesen Beschluss hat dieser sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

## II.

Die weitere Beschwerde des leiblichen Vaters ist als Rechtsbeschwerde zulässig (§ 27 FGG). Sie hat jedoch im Ergebnis keinen Erfolg.

Die Entscheidung der Vorinstanz ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler zu überprüfen (§§ 27 FGG, 546 ZPO). Als ein Rechtsfehler wäre es anzusehen, wenn das Landgericht gesetzliche Bestimmungen nicht oder nicht richtig angewandt, Denk- oder Erfahrungssätze verkannt oder wesentliche Umstände des Einzelfalls nicht aufgeklärt oder nicht berücksichtigt hätte. An verfahrensfreier getroffene tatsächliche Feststellungen des Landgerichts ist der Senat

als Rechtsbeschwerdegericht dagegen gebunden. Hierzu gehört auch die Auslegung von Willenserklärungen sowie die Beweiswürdigung. Ein Rechtsfehler der Tatsacheninstanz ist schon zu verneinen, wenn die gezogene Schlussfolgerung zwar nicht zwingend, aber möglich ist, selbst wenn andere Schlussfolgerungen ebenso nahe oder näher liegen (Bassenge/Herbst/Roth FGG 9. Aufl. § 27 RN 12 ff.). Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Rechtsverletzung, wenn sie ohne diese anders ausgefallen wäre (Bassenge/Herbst/Roth a.a.O., RN 19).

Ein solcher Rechtsfehler, auf dem die Entscheidung beruht, ist hier nicht feststellbar.

### 1.

Das Landgericht hat das Kind im Beschwerdeverfahren nicht selbst angehört. Darin liegt aber im konkreten Fall keine Verletzung von Verfahrensrechten oder von subjektiven Rechten des Kindes oder des leiblichen Vaters.

Gemäß §§ 55 c, 50 b Abs. 1 FGG hat das Gericht das Kind im Adoptionsverfahren grundsätzlich persönlich anzuhören. Dies ist Ausfluss der Grundrechte sowohl des Kindes als auch der leiblichen Eltern (BVerfG NJW 1999, 631 = BVerfGE 99, 145; FamRZ 2002, 229). Aufgrund des mit dem Ersetzen der Einwilligung in die Adoption verbundenen Eingriffs in das grundgesetzlich geschützte Elternrecht und die Grundrechte des Kindes, das nicht zum Objekt staatlichen Handelns werden darf (Art. 1, 2 Abs. 1 GG), gilt diese Pflicht zur Anhörung aus §§ 55 c, 50 b FGG für jede Tatsacheninstanz und damit auch für das Landgericht als Beschwerdegericht (BVerfG FamRZ 2002, 229; Senat FamRZ 1989, 1110; BayObLG FamRZ 1988, 871, 872). Aus schwerwiegenden Gründen kann jedoch gemäß § 50 b Abs. 3 Satz 1 FGG im Einklang mit dem Verfassungsrecht (vgl. BVerfG a.a.O.) von einer Kindesanhörung ausnahmsweise abgesehen werden.

Das Landgericht hat in seiner Entscheidung zwar nicht dargelegt, welche Gründe der unterlassenen Anhörung zu Grunde liegen. Doch liegt darin kein Fehler, der zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führt. Denn schwerwiegende Gründe für das Unterlassen der persönlichen Anhörung liegen tatsächlich vor. Sie ergeben sich aus dem Inhalt der Akten: Das Kind war schon vom Amtsgericht am 20.1.2003 eingehend angehört und die Anhörung nebst dem Eindruck der vernehmenden Richterin protokolliert worden. Im Beschwerdeverfahren war das Kind durch den vom Gericht bestellten Sachverständigen befragt und exploriert worden. Nach den plausiblen Äußerungen der Pflegeeltern im vorliegenden Verfahren war und ist zu befürchten, dass eine erneute Anhörung des Kindes L. zur Frage, wo es auf Dauer verbleiben möchte und wie es sich seine Familie und seinen Umgang mit den leiblichen Eltern vorstellt, eine das Kind schwer belastende Unsicherheit in sein Leben hineinbringt. Nachdem unter den konkreten Umständen, nämlich durch die Beteiligung des gesetzlichen Vormunds am Verfahren, durch die Anhörung des Kindes in der ersten Instanz sowie durch die Anhörung und Untersuchung des Kindes durch den Gerichtssachverständigen am 9.1.04 der Kindeswille im Ersetzungsverfahren ausreichend deutlich wurde, war eine erneute persönliche Anhörung des Kindes durch das Gericht der zweiten Instanz für die Entscheidungsfindung nicht mehr zwingend geboten. Mit Rücksicht auf die mit einer solchen Anhörung verbundene weitere Verunsicherung des Kindes konnte hiervon gemäß § 50 b Abs. 3 Satz 1 FGG abgesehen werden.

Auch gab es zwischen der Exploration des Gutachters im Januar und der Entscheidung des Landgerichts im Juli 04 keine

Kontakte zwischen L. und ihrem leiblichen Vater. Veränderungen ihrer Einstellung zu ihm und/oder den Pflegeeltern waren nicht zu erwarten und sind auch nicht behauptet (vgl. BayObLG FamRZ 1988, 871, 873; BayObLGR 2004, 188).

2.

Das Verfahren vor dem Amts- und Landgericht leidet nicht daran, dass kein Verfahrenspfleger für das Kind gemäß § 50 Abs. 1 FGG bestellt wurde.

Der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz der Kinder und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör erfordern eine Verfahrensgestaltung, die eine eigenständige Wahrnehmung der Kindesbelange sicherstellt. Stehen die Interessen der Eltern in einem Konflikt zu denen ihrer Kinder, muss diesen die Möglichkeit eingeräumt werden, ihr eigenes Interesse in einer den Anforderungen des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) entsprechenden Eigenständigkeit im Verfahren geltend zu machen. Dieses geschieht bei Kindern, deren Alter und Reife eine eigene Wahrnehmung ihrer Verfahrensrechte nicht erlaubt, durch einen Vertreter, den § 50 FGG als Verfahrenspfleger vorsieht (BVerfG NJW 1999, 631; OLG Celle FamRZ 2001, 1732). Ein eigener Verfahrenspfleger für das Kind ist jedoch dann nicht erforderlich im Sinn des § 50 Abs. 1, Abs. 3 FGG, wenn seine Interessenwahrung anderweitig zum Beispiel durch das Jugendamt sichergestellt ist (Bassenge/Herbst/Roth a.a.O. § 50 RN 3), auch wenn in Einzelfällen trotz des Tätigwerdens eines Verfahrensbevollmächtigten für das als gesetzlicher Vertreter tätige Jugendamt bzw. durch die Tätigkeit des Jugendamts selbst ein Verfahrenspfleger erforderlich sein kann (Bassenge/Herbst/Roth a.a.O.; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG 15. Aufl., § 50 RN 32; a. A. OLG Köln, FamRZ 2001, 845: Pflegerbestellung grundsätzlich nicht entbehrlich). In vorliegendem Fall hat sich das Jugendamt als Vormund des Kindes mit seinen Stellungnahmen im Verfahren vor dem Amtsgericht und vor dem Landgericht beteiligt und als Vormund die Interessen des Kindes eingebracht. Es ist nicht erkennbar, dass sein bisheriges Tätigwerden einer Vertretung der Interessen des Kindes entgegenstehe. Vielmehr bestätigen die Angaben des Kindes gegenüber der Amtrichterin und dem Gerichtssachverständigen den auch vom Jugendamt unterstützten Wunsch des Kindes, auf Dauer bei den jetzigen Pflegeeltern zu bleiben und auch hinsichtlich des Nachnamens die Stellung eines eigenen Kindes der Pflegeeltern zu erhalten. Auch die Verfahrenspflegerin des Kindes in einem früheren Verfahren unterstützt die eingeleitete Adoption nachdrücklich.

Der Senat hat deshalb keinen Zweifel daran, dass aufgrund der konkreten Verfahrensgestaltung durch das Amts- und Landgericht die Wahrnehmung der Interessen des Kindes so umfassend sichergestellt wurde, dass von der Bestellung eines Verfahrenspflegers in zweiter Instanz abgesehen werden konnte (vgl. BayObLG FamRZ 1999, 1154).

3.

Der Senat lässt dahin stehen, ob die vom Landgericht genannten Gründe für eine Ersetzung der Einwilligung des leiblichen Vaters in die Adoption nach § 1748 Abs. 1 Satz 1 BGB ausreichen. Denn es liegen, worauf sich bereits das Amtsgericht in seiner Entscheidung in erster Instanz gestützt hat, Gründe vor, die die Ersetzung nach § 1748 Abs. 4 BGB rechtfertigen.

a)

Nach § 1748 Abs. 4 BGB ist die Einwilligung des Vaters zu ersetzen, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu

unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde. Ein Fehlverhalten des Vaters (Pflichtverletzung oder Gleichgültigkeit) ist – im Unterschied zur Regelung in § 1748 Abs. 1 BGB – nicht Voraussetzung für die Ersetzung; Absatz 4 verdrängt in seinem Anwendungsbereich den Absatz 1 (BayObLGR 2004, 212; NJW-RR 2002, 433).

b)

Diese Norm tangiert sowohl die Grundrechte des Kindes aus Art. 6 GG und das Grundrecht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 1, 2 Abs. 1 GG) als auch das Grundrecht des leiblichen Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG auf ein Zusammensein mit seinem Kind. Darüber hinaus regelt Art. 8 EMRK eine Begrenzung der Eingriffsbefugnisse in das Familienleben einer Person. Zwar werden gegen die gesetzliche Regel des § 1748 Abs. 4 BGB verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht (vgl. Staudinger-Frank BGB 13. Aufl., Bearbeitung 2001 § 1748 RN 59). Doch erlaubt diese Norm eine menschenrechts- und grundrechtskonforme Auslegung mit der Folge, dass ihrer Anwendung keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegenstehen.

§ 1748 Abs. 4 BGB verstößt weder gegen Art. 3 GG noch gegen Art. 6 Abs. 2 GG.

Ausgangspunkt der ungleichen Behandlung von Vätern, auf die § 1748 Abs. 4 Anwendung finden kann, zu anderen Vätern ist die Regelung in § 1626 a Abs. 2 BGB, die bei nicht verheirateten Eltern grundsätzlich allein der Mutter die elterliche Sorge zuweist. Die Vorschrift ist verfassungskonform (BVerfG NJW 2003, 955). Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes die beiden Elternteile nicht in häuslicher Gemeinschaft gelebt und das Kind nicht gemeinsam betreut haben. Zwar sind Mutter und Vater eines nichtehelichen Kindes Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG. Die Einbeziehung aller Eltern in den Schutzbereich dieser Grundrechtsnorm bedeutet jedoch nicht, dass allen Müttern und Vätern die gleichen Rechte im Verhältnis zu ihrem Kind eingeräumt werden müssen. Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus, erfordert ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen und hat sich am Kindeswohl auszurichten. Fehlen typischerweise die Voraussetzungen für eine gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung, darf der Gesetzgeber einem Elternteil die Hauptverantwortung für das Kind zuordnen (vgl. BVerfG a.a.O. S. 956 m.w.N.). Anders als bei Eltern ehelicher Kinder, die sich mit der Eheschließung rechtlich dazu verpflichtet haben, füreinander und für ein gemeinsames Kind Verantwortung zu tragen, ist bei nicht miteinander verheirateten Eltern eines Kindes auch heutzutage nicht generell davon auszugehen, dass diese in häuslicher Gemeinschaft leben und gemeinsam für das Kind Verantwortung übernehmen wollen und können. Das Kindeswohl verlangt aber, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person hat, die für dieses Sorge trägt und rechtsverbindlich handeln kann. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, ist es daher gerechtfertigt, das Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter und nicht dem Vater oder beiden Elternteilen gemeinsam zuzuordnen (BVerfG a.a.O.). Die gemeinsame Sorge setzt im Kindeswohlinteresse bei beiden Elternteilen die Bereitschaft voraus, aus der Elternstellung nicht nur Rechte herleiten zu wollen, sondern auch Pflichten gegenüber dem Kind zu übernehmen, also Verantwortung für das Kind zu tragen. Die Ausübung dieser gemeinsamen Verantwortung erfordert wiederum den Aufbau einer persönlichen Beziehung zum Kind durch jeden Elternteil und bedarf eines Mindestmaßes an

Übereinstimmung zwischen den Eltern. Fehlt es hieran und sind die Eltern zur Kooperation weder bereit noch in der Lage, kann die gemeinsame Sorge für das Kind dem Kindeswohl zuwiderlaufen. Soll erst nach der Trennung der Eltern eine gemeinsame Sorge erstmalig begründet werden, bedarf es umso mehr eines Anknüpfungspunktes für die Annahme, dass die Eltern zur Kooperation bereit und fähig sind (BVerfG a.a.O. S. 957, 959).

Der Umstand, dass ein nichteheliches Kind im Gegensatz zum ehelichen Kind bei seiner Geburt nicht ohne weiteres einem Vater rechtlich zugeordnet werden und auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vater Sorge für das Kind tragen will oder durch Zusammenleben mit der Mutter eine Beziehung zum Kind aufbauen wird, rechtfertigt es, das Sorgerecht für das nichteheliche Kind anders auszugestalten als für das eheliche Kind (BVerfG a.a.O. S. 960).

c)

Für die Ersetzung der Einwilligung des Vaters in die Adoption und deren Voraussetzungen gilt Entsprechendes. Zwar ist die Notwendigkeit der Einwilligung der Eltern in die Adoption gemäß § 1747 Abs. 1 BGB nicht Ausfluß der elterlichen Sorge, sondern Teil des natürlichen Elternrechts und damit von der elterlichen Sorge unabhängig (BayObLG FamRZ 2002, 1142, 1143; Palandt, BGB 63. Aufl. § 1747 RN 1). Die Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils gemäß § 1748 BGB geschieht aber zur Wahrung des Kindeswohls. Insoweit gelten die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur alleinigen elterlichen Sorge der Mutter für die Rechtfertigung der erleichterten Ersetzung der Einwilligung eines Vaters, der gemäß § 1626 a Abs. 2 BGB – wie hier – die elterliche Sorge nicht hat, gleichermaßen.

Die Lage des Vaters eines nichtehelichen Kindes, der aufgrund § 1626 a Abs. 2 BGB nicht sorgeberechtigt ist, ist mit derjenigen eines anderen Vaters nicht vergleichbar. Das Sorgerecht bringt nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten gegenüber dem Kind mit sich. Einer gröblichen oder besonders schweren Pflichtverletzung im Sinn des § 1748 Abs. 1 BGB entspricht, wenn der Elternteil die elterliche Sorge inne hat, im wesentlichen der Sorgerechtsmissbrauch bzw. die Vernachlässigung i. S. von § 1666 BGB. Auch Gleichgültigkeit gegenüber dem Kind kann dessen Wohl massiv schädigen (Ersetzungsgrund des § 1748 Abs. 2 BGB). Steht dagegen dem Vater die elterliche Sorge – wie hier – nicht zu, können nur noch die verbleibenden Pflichten verletzt werden, zum Beispiel die Unterhaltspflicht, die allerdings nur bei der Verursachung einer Not des Kindes eine Intensität im Sinn des § 1748 Abs. 1 BGB erreicht, und die sich aus dem Umgangsrecht ergebenden Pflichten. Ein Vater, der nach § 1626 a Abs. 2 BGB von der elterlichen Sorge ausgeschlossen ist, läuft aufgrund der damit verbundenen geringeren Verantwortung viel weniger Gefahr, mit einer Ersetzung der Einwilligung wegen einer Pflichtverletzung rechnen zu müssen und könnte ohne § 1748 Abs. 4 BGB wesentlich leichter eine unerwünschte Adoption auch zum Nachteil seines Kindes verhindern. Die Regelung des § 1748 Abs. 4 BGB beugt dieser Gefahr sachgerecht vor.

Auch ein weiterer Grund spricht für die Angemessenheit dieser Regelung: Mit ihrer Einwilligung zur Adoption macht eine Mutter deutlich, dass sie selber zur Ausübung des Sorgerechts zum Wohl des Kindes nicht mehr willens oder in der Lage ist, ohne im leiblichen Vater des Kindes eine aus ihrer Sicht akzeptable Person, der die Sorge für das Kind anvertraut werden kann, zu erkennen. Ohne die erleichterte Ersetzung der Einwilligung zur Adoption gemäß § 1748 Abs. 4

BGB hätte es ein Vater eines nichtehelichen Kindes, der aufgrund des § 1626 a Abs. 2 BGB ohne Sorgerecht nur bedingt Verantwortung für das Kind getragen hat, in der Hand, diesen Wunsch der sorgeberechtigten und -verpflichteten Mutter leer laufen zu lassen. Es entspricht im Vergleich zu den Vorteilen einer Adoption nicht dem Wohl des Kindes, wenn eine Mutter, die eine Adoption anstrebt und dem leiblichen Vater das Sorgerecht nicht anvertraut sehen will, entgegen ihrem Willen vom Vater des Kindes an ihrer Sorgspflicht festgebunden wird oder durch das Gericht ein Vormund zur gesetzlichen Vertretung des Kindes bestellt werden muss (§ 1751 Abs. 3 BGB).

d)

Im Rahmen der nach § 1748 Abs. 4 BGB vorzunehmenden Interessenabwägungen sind auch gegenläufige Interessen nach Möglichkeit in Ausgleich zu bringen. Dabei ist im Hinblick auf die Vorgaben der Verfassung und der Menschenrechte die unterschiedliche Behandlung eines nichtehelichen Vaters i. S. d. § 1626 a Abs. 2 BGB im Verhältnis zu Vätern, die nur unter § 1748 Abs. 1 BGB fallen, auf das sachlich Notwendige zu beschränken und zum anderen das Elternrecht des Vaters und der Anspruch des Kindes auf bestmögliche Entwicklung angemessen zu gewichten (vgl. auch BayObLGR 2004, 212).

Um eine mit Art. 6 GG und Art. 8 EMRK nicht mehr zu rechtfertigende Ungleichbehandlung des nichtehelichen Vaters mit einem mit der Kindsmutter verheirateten oder von ihr geschiedenen Vater auszuschließen und dem Elternrecht des leiblichen Vaters gerecht zu werden, darf gemäß § 1748 Abs. 4 BGB die Einwilligung des Vaters nur dann ersetzt werden, wenn das Unterbleiben der Adoption dem Kind zu einem unverhältnismäßigen Nachteil gereichen würde. Deshalb liegt ein unverhältnismäßiger Nachteil im Sinne von § 1748 Abs. 4 BGB nicht bereits dann vor, wenn das Unterbleiben der Adoption für das Kind nachteilig ist und wenn die Abwägung der Interessen des Kindes mit denen des Vaters zu dem Ergebnis führt, dass das Interesse des Kindes an der Adoption überwiegt (vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 573). Vielmehr darf die Einwilligung erst dann ersetzt werden, wenn ansonsten ein gegenüber den zu schützenden Interessen des Vaters besonders großer Nachteil für das Kindeswohl eintreten würde (BayObLG FamRZ 2002, 486 = NJW-RR 2002, 433). Insoweit kann auf die zum Begriff des unverhältnismäßigen Nachteils in § 1748 Abs. 1 BGB entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden (BayObLG a.a.O.). Im Einklang mit Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ist im Rahmen des § 1748 Abs. 4 BGB in jedem Fall der Überlegung entscheidende Bedeutung zuzumessen, was dem Kindeswohl am besten dient (EGMR Große Kammer FPR 2004, 344, 345; 350, 352; EGMR FamRZ 2004, 1456, 1458; FamRZ 2002, 1393, 1396).

4.

Die Adoption ist im konkreten Fall zur Wahrung des Kindeswohls unabdingbar erforderlich; deren Unterbleiben würde einen schweren, im Vergleich zu der Beeinträchtigung des Elternrechts des leiblichen Vaters unverhältnismäßigen Nachteil mit sich bringen. Nur eine Adoption kann hier das Kind davor schützen, von den jeweiligen Wünschen der beteiligten Erwachsenen, also beider leiblicher Elternteile und der Pflegeeltern, emotional zerrissen zu werden. Nur sie gibt ihm die Geborgenheit und Sicherheit, die es für eine ungestörte Entwicklung benötigt.

Bei dem Tatbestandsmerkmal des „unverhältnismäßigen Nachteils“ des § 1748 Abs. 4 BGB handelt es sich um einen

unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung auf den festgestellten Sachverhalt im Verfahren der weiteren Beschwerde unbeschränkt nachprüfbar ist (BayOblLG a.a.O). Erforderlich ist dabei eine umfassende Abwägung der Eltern- und Kindesinteressen, wobei der Nachteil, den das Unterbleiben der Adoption bedeuten würde, zur Schwere des Eingriffs in das Elternrecht in Beziehung zu setzen ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass es dem Interesse und Recht des Kindes und des Vaters entspricht, dass familiäre Beziehungen möglichst aufrecht erhalten bleiben, um das Kind nicht von seinen Wurzeln zu trennen (EGMR FamRZ 2004, 1456,1459). Jedoch kann, wenn ein Kind schon längere Zeit in einer Pflegefamilie untergebracht ist, sein Interesse daran, dass seine tatsächliche familiäre Situation nicht erneut geändert wird, das elterliche Interesse an der Zusammenführung der Familie überwiegen (EGMR FamRZ 2002, 1393, 1396 zum Umgangsrecht). Diese Grundsätze sind bei der Frage der Ersetzung der Zustimmung zur Adoption ebenfalls maßgeblich.

Bei der konkreten Abwägung muss eine Prognose der Beziehungen des Kindes und seiner Entwicklung vorgenommen werden, soweit diese Entwicklung absehbar ist. Dabei ist das Gericht an die geschaffenen Fakten jedenfalls insoweit gebunden, als damit Grundsteine oder Bedingungen für künftige Entwicklungen gelegt wurden. Insbesondere sind die persönlichen Beziehungen der Beteiligten zugrunde zu legen, wie sie sich nach den praktizierten Sorge- und Umgangsrechten darstellen. Unerheblich ist, welche Situation heute vorläge, wenn früher andere Sorgerechts- und Umgangsrechtsregelungen getroffen und durchgeführt worden wären.

Für die Entscheidung des Senats zu Gunsten der Ersetzung der Zustimmung des Beteiligten 2 gemäß § 1748 Abs. 4 BGB waren unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze folgende Gründe maßgeblich:

a)

L. ist in der Pflegefamilie der Annehmenden fest verwurzelt. Dort befindet sie sich ohne jede Unterbrechung seit dem fünften Tag ihres Lebens. Seit nun rund 7 Jahren hat sie ihre Pflegeeltern als zentrale Bezugspersonen erlebt und zu diesen ein enges persönliches Verhältnis entwickelt. Zu Mi., dem vier Jahre älteren Adoptivkind der Familie besteht ein gut-geschwisterliches Verhältnis. Dies ergibt sich ohne jede Einschränkung aus allen Äußerungen von L. selbst im Rahmen der Anhörung in erster Instanz, den von Dr. R. im psychologischen Gutachten vom 19.7.00 und den im psychologischen Gutachten Dr. G. wiedergegebenen Äußerungen und Verhaltensweisen des Kindes. Die Verwurzelung wird von den beiden genannten Gutachtern bejaht und findet ihre Bestätigung in allen Stellungnahmen von Außenstehenden, die in den seit 1999 ausgetragenen und zunehmend verstärkten Konflikt zwischen den leiblichen Eltern und den Pflegeeltern um das Kind einbezogen waren. Dies wird auch von den leiblichen Eltern nicht in Frage gestellt. L. kennt ihre leiblichen Eltern durch deren Besuche. Eine emotionale Beziehung zu diesen konnte der Gutachter Dr. G. nicht feststellen. Das verwundert auch nicht, nachdem das Kind eng in die Pflegefamilie eingebunden ist, sich dort zu Hause fühlt und die leiblichen Eltern letztlich nur als „weitere Bekannte“ wahrnimmt. Ein Interesse an einem Wissen um die eigene Herkunft ist noch nicht erwacht. Wesentlich ist L. die Sicherheit ihrer erlebten Umgebung. Das ist ihre jetzige Familie, also die Pflegeeltern. Vor diesem Hintergrund würde ein Herausnehmen des Kindes aus der Pflegefamilie und eine (vom Kind bei dieser Sachlage als Zwang erlebte) Überführung in die Familie der leiblichen Mutter oder des leiblichen Vaters L. zu einem gänzlich unverhältnismäßigen Nachteil gereichen.

b)

In vorliegendem Verfahren geht es jedoch nicht mehr „nur“ darum, ob das Kind bei den Pflegeeltern bleiben darf oder nicht. Hier geht es nunmehr darum, ob das Kind durch Adoption auch rechtlich in die Familie der Pflegeeltern übernommen wird, obgleich sich der leibliche Vater dagegen ausspricht und seine Zustimmung verweigert. Dies ist angesichts der großen Bedeutung des familiären Kontakts für das Kind und den leiblichen Vater – wie bereits ausgeführt – nur dann zu rechtfertigen, wenn das Unterlassen der Adoption für das Kind und sein Wohl mit gravierenden, unverhältnismäßigen Nachteilen verbunden wäre.

Das ist hier zu bejahen: Nachdem L. für ihre gedeihliche Entwicklung auf jetzt noch nicht abgrenzbare Zeit den Schutz der Pflegefamilie braucht, die sie als ihre „natürliche“ Familie empfindet, wäre die Adoption durch diese Familie nur dann entbehrlich, wenn ein Zustand hergestellt werden könnte, der den Erhalt des Kontakts zu den leiblichen Eltern ermöglichte. Dies setzt voraus, dass leibliche Eltern und Pflegeeltern einen Weg fänden, ohne dauernde Rivalität Besuche des Kindes durch die leiblichen Eltern zu ermöglichen. Die Aussage des Gutachters Dr. G, eine Fortsetzung des derzeitigen Verbleibs von L. als Pflegekind bei den Pflegeeltern sei aus psychologischer Sicht einem Adoptivstatus im wesentlichen gleich, ist nur dann richtig, wenn der die bisherigen Besuche der leiblichen Eltern begleitende Konflikt um die Wahrnehmung und die Ausübung von Besuchsrechten, der dem Kind nicht verborgen blieb und für das Kind außerordentlich schädlich ist, so eingegrenzt werden könnte, dass das Kind ihn ertragen kann. Der Inhalt der Akten der bisherigen Verfahren aber weist aus, dass Pflegeeltern und leibliche Eltern zwischenzeitlich über rund fünf Jahre zunehmend verbittert um den Verbleib des Kindes und um Besuchsrechte streiten und dass das Kind in ihren Streit, „wem das Kind gehört“, längst einbezogen ist. Eine „Rückkehr“ zu einem vernünftigen Miteinander, wie es der Gutachter erhofft, ist nach der vom Senat unter Berücksichtigung aller aus den Akten ersichtlichen Umstände gewonnenen festen Überzeugung nicht zu erwarten.

Die (nicht zu seinem speziellen Fachgebiet gehörende) Schlussfolgerung des Sachverständigen, bei einem Unterbleiben der Adoption würden keine konkret für L. erfahrbaren negativen Veränderungen eintreten, weil der Verbleib in der Pflegefamilie nicht in Frage gestellt und ein Wiederaufleben der Umgangsregelung derzeit nicht möglich ist, basiert auf einer unzutreffenden Einschätzung der Verhältnisse (...wird ausgeführt).

c)

Trotz seiner vorstehend erörterten unzutreffenden Schlussfolgerung hat der gerichtliche Sachverständige im übrigen eine fundierte Grundlage für eine gerichtliche Entscheidung über die Ersetzung der Einwilligung des Vaters in die Adoption gegeben. Sie ermöglicht eine umfassende Abwägung der Interessen des leiblichen Vaters und des Kindes sowie die Beurteilung der Nachteile für das Kindeswohl im Fall des Unterbleibens der Adoption. Er hat eindrücklich und nachvollziehbar die Positionen der einzelnen Beteiligten herausgearbeitet und die psychologischen Vor- und Nachteile einer Adoption und eines Verbleibs in der Pflegefamilie geschildert. Besondere Bedeutung ist seinen Äußerungen zu zumessen, welche Bedingungen für die Sicherung und Förderung des Kindeswohls des Kindes L. – Geborgenheit und Sicherheit – unabdingbar erforderlich sind. Diese können bei zutreffender Berücksichtigung aller Rahmenbedingungen nur im Fall einer Adoption eintreten.



Gegenüber der Fortsetzung und Intensivierung der Konflikte zwischen den leiblichen Eltern und den Pflegeeltern um das Kind schafft eine durch die Adoption bewirkte Vollintegration in der Regel günstige Voraussetzungen für die weitere gedeihliche Entwicklung des Kindes (BVerfG FamRZ 2002, 535, 536; BVerfG E 79, 51, 65; BGH FamRZ 1986, 460, 462 Bay-ObLGR 2004, 213; FamRZ 1994, 1348; OLG Braunschweig FamRZ 1997, 513, 514; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 1686, 1688; a.A. OLG Schleswig NJW-RR 1994, 585 für einen besonders gelagerten Sachverhalt). In vorliegendem Fall ist die gedeihliche Entwicklung des Kindes aus den dargelegten Gründen nur durch die Adoption gesichert. Ohne sie bliebe das Kind zwischen Pflegeeltern und leiblichen Eltern einerseits und zwischen den leiblichen Elternteilen andererseits hin- und hergerissen. Es ist dem Kind unter den besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falls nicht geholfen, wenn es unter Verzicht auf die Adoption im Pflegeverhältnis bleibt und dank erzwungener Besuchsrechte zwar seine leiblichen Eltern nicht vergisst, aber durch die Streitigkeiten um seine Person so verunsichert und in seiner Persönlichkeitsentwicklung gestört wird, dass es schon vor Eintritt der Pubertät dauernden Schaden erleidet. Nur die Adoption schützt L. vor dieser sonst sicher vorhersehbaren Zukunft. Das Elternrecht der leiblichen Eltern muss hier zur Vermeidung unverhältnismäßiger Nachteile für das Kind zurückstehen.

Eine Adoption kann sich für einen Umgang des Kindes mit seinen leiblichen Eltern in der vorliegenden Situation vorteilhaft auswirken. Wenn nach einer Adoption die rechtlichen Familienverhältnisse gesichert sind und die leiblichen Eltern

dies akzeptiert haben, können sich die Pflegeeltern eher in der Lage sehen, den leiblichen Eltern im Interesse des Kindes, das später seine Herkunft kennen lernen will, Besuche zu ermöglichen, auch wenn eine Rechtspflicht hierzu gegenüber den leiblichen Eltern dann nicht besteht. Ohne Adoption hat der Sachverständige überzeugend von einem Umgangsrecht der leiblichen Eltern zumindest auf längere Zeit abgeraten.

Ob bei L. später der Wunsch zu einem Kontakt mit den leiblichen Eltern tatsächlich eintritt und wie sich die Adoptiveltern, die in einer rechtlich gesicherten Verbindung mit L. leben, dann verhalten werden, ist völlig offen. Die mit der Adoption verbundenen Risiken hat deshalb der Sachverständige zu Recht aus heutiger Sicht als eher spekulativ benannt. Diese Unwägbarkeiten, die bei einem jetzt siebenjährigen Kind noch in weiter Zukunft liegen, können eine Adoption und die Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils in die Adoption grundsätzlich nicht verhindern.

Mitgeteilt vom Oberlandesgericht Stuttgart,  
Veröffentlichungsstelle

Anmerkung der Schriftleitung:

Vergleiche hierzu jetzt den Beschluss des BVerfG vom 29.11.2005 – 1 BvR 1444/01 (FamRZ 2006, 94) und den Beschluss des BGH vom 23.03.2005 – XII ZB 10/03 (FamRZ 2005, 891).

## Buchbesprechungen

**Immobilienkaufverträge in der Praxis.** Gestaltung – Besteuerung – Muster. ZNotP-Schriften für die Notarpraxis. Von Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, Hof. 2., überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage der „Grundstückskaufverträge nach der Schuldrechtsreform“. Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2003, 902 Seiten. 89 €.

Die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen bildet einen Schwerpunkt notarieller Tätigkeit. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurden viele Darstellungen und Formularemuster der Notare zu Grundstücksverträgen nur noch eingeschränkt verwendbar. Der Leser erhält mit dem vorliegenden Werk eine aktuelle, praxisorientierte Zusammenstellung der zivil- und steuerrechtlichen Fragen zu Immobilienkaufverträgen und Erbbaurechtsverträgen. Das Buch bietet eine prägnante Übersicht über alle auftretenden Fragen, die eine souveräne Vertragsgestaltung ermöglicht. Zunächst wird eine Abgrenzung der Begriffe Individualvertrag und Formularvertrag sowie Verbrauchervertrag vorgenommen, sodann in einem Hauptteil die Gestaltung eines Grundstückskaufvertrags in aller Ausführlichkeit entspre-

chend der inneren Abfolge einer Urkunde dargestellt und dabei auch auf das Güterrecht und Fälle mit Auslandsberührung sowie auf die verschiedenen Genehmigungen zu Grundstücksverträgen und Vorkaufsrechte eingegangen. Wohltuend ist, dass in Zweifelsfragen stets der sicherste Weg für die Vertragsgestaltung empfohlen wird. Bei den Querschnittsdarstellungen werden kostenrechtliche Hinweise gegeben, steuerrechtliche Grundzüge zur Besteuerung von Grundbesitz im Privatvermögen sowie zur Grund- und Grunderwerbsteuer aufgezeigt und auf 50 Seiten das Sonderrecht der neuen Bundesländer zum Immobilienerwerb behandelt, so weit es unverfristet ist und für alle Notare in Deutschland Geltung hat. 18 ausführliche Vertragsmuster und 28 Formulierungsvorschläge für Vollzugstätigkeiten des Notars geben wichtige Hilfestellungen für den Rechtsalltag. Eine mitgelieferte CD-ROM erleichtert die praktische Umsetzung der Formulierungsvorschläge. Das vorzügliche Werk verdient das Etikett: Aus der Praxis für die Praxis.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

### Impressum

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

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die 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 0711/2237956, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

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