

## Bestellschein für den Streifzug durch das GNotKG

Ich bestelle

\_\_\_\_\_ Exemplare des Streifzuges durch das GNotKG (10. Auflage 2013)  
zum Preis von je 27,90 € zuzüglich Versandkosten und USt.

Datum, Unterschrift

Bestellungen sind auch per E-Mail (streifzug@notarkasse.de) oder Fax (089 55089579) möglich.

## Bestellschein für ein Abonnement der MittBayNot

Ich bestelle die **MittBayNot** in jährlich sechs Heften zum Preis von 53 € pro Jahr zuzüglich 6 € Versandkosten. Der Bezug beginnt **rückwirkend** zum Beginn des heute laufenden Jahres, so dass die in diesem Jahr bereits erschienenen Hefte nachgeliefert werden.

Der Bezugspreis einschließlich Versandkosten wird in einem Betrag am 1. Juli jedes Jahres in Rechnung gestellt. Das Abonnement ist kündbar bis spätestens 15. November (Zugang schriftlich oder per Telefax bei der Schriftleitung) zum Ende eines jeden Kalenderjahres.

Datum, Unterschrift

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F

# 6 MittBayNot

Begründet 1864

Bestellkarten für den Streifzug durch das  
GNotKG (10. Aufl. 2013)

November/Dezember 2013 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

### Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

### Schriftleitung:

Anja Schaller  
Notarassessorin

Stefanie Tafelmeier,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

### Aufsätze

*Döbereiner*: Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil II) **437**

*Sikora*: Das GNotKG in der notariellen Praxis (Teil II) **446**

*Reymann*: Das Aufladen bzw. Wiederverwenden der Vormerkung ist tot, es lebe das Kongruieren – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 21.3.2013, V ZB 74/12 **456**

### Rechtsprechung

Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung in Erwartung eines späteren Eigentumserwerbs (BGH, Urteil vom 22.3.2013, V ZR 28/12) **471**  
mit Anmerkung *Grziwotz* **473**

Exorbitante Bindung an Ankaufsangebot im Erbbaurechtsbestellungsvertrag (BGH, Urteil vom 1.3.2013, V ZR 31/12) **477**  
mit Anmerkung *Rapp* **480**

Anforderungen an die Bezeichnung des Grundstücks in der Eintragungsbewilligung (OLG München, Beschluss vom 12.3.2013, 34 Wx 89/13) **483**  
mit Anmerkung *Kössinger* **484**

Mitwirkungspflichten der Beteiligten in Nachlasssachen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.1.2013, I-3 Wx 155/12) **491**  
mit Anmerkung *Odersky* **493**

Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG vor 2009 bei Übertragung eines Kommanditeils unter Vorbehalt eines Quotennießbrauchs (BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12) **509**  
mit Anmerkung *Viskorf/Jehle* **511**

Keine freigebigen Zuwendungen im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern (BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12) **512**  
mit Anmerkung *Wartenburger* **515**

### Hinweise für die Praxis

Löschung eines Erbbaurechts nach Zeitablauf (*Grziwotz*) **517**

Das notarielle Nachlassverzeichnis (*Sagmeister*) **519**

## Inhalt

### Aufsätze

*Döbereiner*: Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil II) **437**

*Sikora*: Das GNotKG in der notariellen Praxis (Teil II) **446**

*Reymann*: Das Aufladen bzw. Wiederverwenden der Vormerkung ist tot, es lebe das Kongruieren – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 21.3.2013, V ZB 74/12 **456**

### Tagungsberichte

*Barth*: Update Familienrecht **462**

### Buchbesprechungen

Bumiller/Harders: FamFG Freiwillige Gerichtsbarkeit (*Heggen*) **466**

Schwab (Hrsg.): Handbuch des Scheidungsrechts (*Spernath*) **467**

Lange: Erbrecht (*Mayer*) **468**

Ruhwinkel: Die Erbengemeinschaft (*Serr*) **468**

Stüb/Wachter: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts (*Schwab*) **469**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung in Erwartung eines späteren Eigentumserwerbs (BGH, Urteil vom 22.3.2013, V ZR 28/12) **471**  
mit Anmerkung *Grziwotz* **473**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

2. Löschung eines durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts im Grundbuch (BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12) **474**
3. Löschung einer Auflassungsvormerkung aufgrund Rückübertragungsverpflichtung nach Tod der Berechtigten (BGH, Beschluss vom 21.3.2013, V ZB 74/12) **476**
4. Exorbitante Bindung an Ankaufsangebot im Erbbaurechtsbestellungsvertrag (BGH, Urteil vom 1.3.2013, V ZR 31/12) **477**  
mit Anmerkung *Rapp* **480**

Absender:

Landesnotarkammer Bayern  
Schriftleitung der **MittBayNot**  
Ottostraße 10/III  
**80333 München**

Absender:

Notarkasse A. d. ö. R.  
Ottostraße 10/III  
**80333 München**

## Inhalt (Fortsetzung)

5. Zustimmung des Grundschuldgläubigers bei Erlöschen des Erbbaurechts und Neueintragung der Grundschuld am Grundstück  
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.4.2013, 5 W 47/13) **482**
6. Anforderungen an die Bezeichnung des Grundstücks in der Eintragungsbewilligung  
(OLG München, Beschluss vom 12.3.2013, 34 Wx 89/13) **483**  
mit Anmerkung *Kössinger* **484**

### Familienrecht

7. Herausnahme eines Vermögensgegenstands aus dem Zugewinnausgleich durch Ehevertrag  
(BGH, Beschluss vom 17.7.2013, XII ZB 143/12) **485**
8. Voraussetzungen für die Nichtigkeit eines Ehevertrages durch Globalverzicht  
(nur *Leitsatz*)  
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.5.2013, 9 UF 35/12) **488**
9. Kein Wegfall der Pflegeverpflichtung aus Altenteilvertrag nach Scheidung  
(nur *Leitsatz*)  
(OLG Hamm, Beschluss vom 10.4.2013, 8 UF 200/12) **488**

### Erbrecht

10. Grundbuchberichtigungsantrag durch Miterben trotz Testamentsvollstreckung  
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.7.2013, 8 W 173+279/12) **489**
11. Keine eidesstattliche Versicherung über Nichtrücktritt vom Erbvertrag zur Grundbuchberichtigung  
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.4.2013, I-3 Wx 219/12) **490**
12. Mitwirkungspflichten der Beteiligten in Nachlasssachen  
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.1.2013, I-3 Wx 155/12) **491**  
mit Anmerkung *Odersky* **493**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Kapitalerhöhung durch die Erhöhung des Nennbetrags eines bereits bestehenden Geschäftsanteils  
(BGH, Beschluss vom 11.6.2013, II ZB 25/12) **493**
14. Gewährung von Anteilen bei nichtverhältnismäßiger Spaltung – Spaltung zu Null  
(OLG München, Beschluss vom 10.7.2013, 31 Wx 131/13) **495**
15. Wirksame Bestellung eines neuen GmbH-Geschäftsführers während einer laufenden „Firmenbestattung“  
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.4.2013, 2 (7) Ss 89/12 – AK 63/12) **496**

### Internationales Privatrecht

16. Wahl deutschen Erbrechts durch italienische Staatsangehörige  
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 28.2.2013, 20 W 437/11) **498**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. Objektive Gläubigerbenachteiligung bei Rückgewährung eines Darlehens eines Gesellschafters  
(BGH, Versäumnisurteil vom 4.7.2013, IX ZR 229/12) **500**

### Beurkundungs- und Notarrecht

18. Pflichten des Notars bei Beurkundung einer Grundschildbestellung  
(OLG Hamm, Urteil vom 3.2.2012, I-11 U 237/10) **504**

### Kostenrecht

19. Bewertung eines landwirtschaftlichen Grundbesitzes  
(OLG Hamm, Beschluss vom 28.2.2013, I-15 W 271/12) **507**

### Öffentliches Recht

20. Anspruch auf Beseitigung eines rechtswidrigen Überbaus  
(BVerwG, Beschluss vom 12.7.2013, 9 B 12/13) **508**

### Steuerrecht

21. Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG vor 2009 bei Übertragung eines Kommanditanteils unter Vorbehalt eines Quotennießbrauchs  
(BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12) **509**  
mit Anmerkung *Viskorf/Jehle* **511**
22. Keine freigebigen Zuwendungen im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern  
(BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12) **512**  
mit Anmerkung *Wartenburger* **515**

### Hinweise für die Praxis

- Löschung eines Erbbaurechts nach Zeitablauf (*Grziwotz*) **517**  
Das notarielle Nachlassverzeichnis (*Sagmeister*) **519**

### Standesnachrichten **523**

### Sonstiges **III**

# 6 | MittBayNot

Begründet 1864

Nov./Dez. 2013 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Anja Schaller,  
Stefanie Tafelmeier,  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

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

## AUFSÄTZE

### Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil II)

Von Notar Dr. *Christoph Döbereiner*, München

Der in MittBayNot 2013, 358, begonnene Beitrag wird hiermit fortgesetzt.

#### V. Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente

Art. 25 EuErbVO enthält eine eigene spezielle Kollisionsnorm für Erbverträge, für gemeinschaftliche Testamente dagegen findet sich keine weitere Regelung. Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente sind in vielen Rechtsordnungen wegen des Misstrauens gegenüber Vereinbarungen auf den eigenen Tod verboten oder nur eingeschränkt zulässig. Durch die Regelungen der EuErbVO wird nunmehr von den Mitgliedstaaten der Erbvertrag als ein mögliches Instrument der Erbregelung ausdrücklich anerkannt, ein Verstoß eines Erbvertrages gegen den *ordre public* eines der Mitgliedstaaten scheidet damit von vornherein aus. Ein Drittstaat ist freilich dadurch nicht gehindert, einen Erbvertrag als *ordre-public*-widrig anzusehen.

##### 1. Begriff des Erbvertrages, Abgrenzungen

###### a) Definition

Nach der bewusst weiten Formulierung des Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO ist ein Erbvertrag für die Zwecke der Verordnung eine „Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht“. Der autonom auszulegende Begriff des Erbvertrages der EuErbVO stimmt nicht mit dem Erbvertragsbegriff des deutschen materiellen Rechts oder einer anderen Rechtsordnung überein.

###### b) Vereinbarung, Einigung

Begrifflich muss es sich beim Erbvertrag im Sinne von Art. 25 EuErbVO um eine Vereinbarung handeln, es müssen also

mindestens zwei Personen beim Abschluss des Erbvertrages beteiligt sein. Weiter muss eine Einigung der Beteiligten vorliegen, die sich zum einen darauf bezieht, dass eine letztwillige Verfügung getroffen wird, und zum anderen darauf, der Verfügung Bindungswirkung im nachstehend erläuterten Sinn zukommen zu lassen. Im Zweifelsfall ist das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Einigung in diesem Sinn im Wege der Auslegung zu ermitteln, die nach Art. 26 Abs. 1 lit. d EuErbVO eine Frage der materiellen Wirksamkeit des Erbvertrages darstellt.

###### c) Bindung

Die Vereinbarung muss eine gewisse Bindung entfalten, die im Vergleich zum einseitigen Testament nicht oder nur unter weiteren Voraussetzungen durch einen Vertragsteil einseitig wieder beseitigt werden kann. Keinerlei Bindung liegt vor, wenn sich der Erblasser grundlos und ohne Mitteilung an den/die anderen Vertragsbeteiligten wieder von der Verfügung befreien kann. Ist eine Bindung zu verneinen, handelt es sich tatsächlich um ein oder mehrere einseitige Testamente, auch wenn die Verfügungen in einem Schriftstück enthalten sind und zum Beispiel durch ihre Bezeichnung den Anschein eines Vertrages erwecken.<sup>1</sup> Man kann den Bindungsbegriff in einem engen Sinne als strikte Unwiderruflichkeit der Verfügungen oder in einem weiten Sinn dahingehend, dass eine ausreichende Bindung bereits dann gegeben ist, wenn zum Beispiel der andere Vertragsteil von einem Widerruf oder einem Rücktritt in welcher Form auch immer verständigt werden muss, verstehen.<sup>2</sup> Um der Vielgestaltigkeit der Rechtsordnungen

<sup>1</sup> Dies gilt z. B. für die nach Eheschließung zwischen Ehegatten getroffene *institution contractuelle* des französischen, belgischen oder luxemburgischen Rechts (jeweils Art. 1082 ff. des jeweiligen CC).

<sup>2</sup> Vgl. auch *Süß* in *Süß*, Erbrecht in Europa, Allg. Teil § 4 Rdnr. 91.

gerecht zu werden, ist im Rahmen der EuErbVO einem weiten Erbvertrags- und Bindungsbegriff zu folgen. Eine für die Annahme eines Erbvertrages erforderliche Bindungswirkung ist bereits dann zu bejahen, wenn eine Rechtsordnung für den einseitigen Widerruf oder die einseitige Abänderung der Verfügung Voraussetzungen aufstellt, die über die bei einem einseitigen Testament geltenden Widerrufs- bzw. Änderungsvoraussetzungen hinausgehen. Dies gilt zum Beispiel für das Erfordernis des Zugangs eines Widerrufs an den anderen Teil bei Vorliegen von wechselbezüglichen Verfügungen in einem deutschen gemeinschaftlichen Testament gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 BGB.

#### d) Begründung, Änderung oder Entzug von Rechten

Liegt eine Bindung im vorstehend erläuterten Sinn vor, ergibt sich daraus zugleich, dass die betreffende Vereinbarung ein Recht an einem künftigen Nachlass begründet. Vor Eintritt des Erbfalls besteht dieses Recht darin, hinsichtlich einer Abänderung des Erbvertrages ein Mitspracherecht zu besitzen bzw. von einem Widerruf wenigstens verständigt werden zu müssen. Ein „echtes“ Recht des Bedachten, etwa vergleichbar einem Anwartschaftsrecht im Sinne des deutschen Rechts (also mehr als eine Erwerbsaussicht), muss dagegen nicht entstanden sein.

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO sind unter Erbverträgen im Sinne der EuErbVO nicht nur Rechte am Nachlass begründende oder ändernde Erbverträge im Sinne von § 2274 ff. BGB zu verstehen, sondern auch Verträge, die Rechte am Nachlass entziehen, also etwa Erbverzichts- und Pflichtteilsverzichtsverträge im Sinne von §§ 2346 ff. BGB.

#### e) Beteiligung des Erblassers

Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO verlangt weiter, dass es bei einem Erbvertrag um Rechte am Nachlass einer oder mehrerer an der Vereinbarung selbst beteiligter Personen gehen muss. Soweit lediglich Rechte am Nachlass eines Dritten bzw. bereits durch den Erbfall entstandene Rechte betroffen sind, ist Art. 25 EuErbVO damit nicht einschlägig. Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten im Sinne von § 311b Abs. 4 und 5 BGB sind damit nicht erfasst, ebenso wenig Erbauseinandersetzungsverträge oder Verträge zur Regelung von Pflichtteilsrechten nach dem Tod. Ein Zuwendungsverzicht im Sinne von § 2352 BGB ist dagegen umfasst, wenn und soweit der künftige Erblasser betroffen ist. Ein Zuwendungsverzichtsvertrag, der nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten, zum Beispiel zur Beseitigung der für den längerlebenden Ehegatten eingetretenen Bindungswirkung in einem Erbvertrag, geschlossen werden soll, fällt unter den Erbvertragsbegriff, da es um den Nachlass des längerlebenden Ehegatten geht.

#### f) Gegenleistung

Unerheblich ist, ob es sich um einen unentgeltlichen oder entgeltlichen Erbvertrag handelt. Als Gegenleistungen für eine Erb- oder Vermächtnisanordnung kommen zum Beispiel Pflege- oder Unterhaltsverpflichtungen in Betracht. Beim Erb- oder Pflichtteilsverzicht wird häufig eine Abfindungszahlung geleistet. Zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Gegenleistung vgl. unten Ziffer V. 8. b).

## 2. Abgrenzungen, Einzelfälle

### a) Gemeinschaftliche Testamente

Nach den vorstehenden Erläuterungen ist auch die Einordnung von gemeinschaftlichen Testamenten in der EuErbVO schlüssig lösbar, auch wenn in diesem Zusammenhang die

Formulierungen in der Verordnung teilweise missglückt und auslegungsbedürftig sind. Das gemeinschaftliche Testament wird in Art. 3 Abs. 1 lit. c EuErbVO lediglich definiert, und zwar als „ein von zwei oder mehr Personen in einer einzigen Urkunde errichtetes Testament“. Aus der Definition des Erbvertrages in Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO ergibt sich durch die Erwähnung des Begriffs (gegenseitiges) Testament, dass ein Erbvertrag im Sinne der EuErbVO auch eine Vereinbarung sein kann, die im betreffenden materiellen Recht als Testament bezeichnet wird. Dies gilt etwa für die joint and mutual wills des englischen Rechts.<sup>3</sup> Da bereits nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO gegenseitige (bindende), in unterschiedlichen Urkunden enthaltene Einzeltestamente erfasst sind, muss dies erst recht für in einer Urkunde enthaltene gegenseitige (bindende) Testamente gelten.<sup>4</sup> Die Gegenauffassung,<sup>5</sup> die aus der Definition des gemeinschaftlichen Testaments in Art. 3 Abs. 1 lit. c EuErbVO unter Überbewertung des formellen Aspekts schließen will, dass ein von mehreren Personen in einer Urkunde enthaltenes (bindendes) Testament kein Erbvertrag sein kann, sondern stets nach Art. 24 EuErbVO anzuknüpfen sei, überzeugt nicht.

Gemeinschaftliche Testamente mit gegenseitigen wechselbezüglichen Verfügungen nach deutschem Recht gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB fallen demnach unter Art. 25 EuErbVO. In Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO sind allerdings nur gegenseitige Testamente ausdrücklich erwähnt. Nach deutschem Recht kann in einem gemeinschaftlichen Testament nur ein Beteiligter bindend (nach deutscher Terminologie wechselbezüglich) verfügen, auch eine gegenseitige Erbeinsetzung ist nicht erforderlich. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO abschließend zu verstehen ist. Art. 25 Abs. 1 EuErbVO regelt ausdrücklich einseitige Erbverträge, bei denen von vornherein nur ein Vertragsteil letztwillig verfügt. Konsequenterweise sind auch gemeinschaftliche Testamente, mittels derer zwar beide Beteiligten letztwillig verfügen, aber nur einer bindend, von Art. 25 Abs. 1 EuErbVO erfasst.

### b) Schenkungen auf den Todesfall

Der Begriff der Schenkung von Todes wegen wird in den verschiedenen Rechtsordnungen äußerst uneinheitlich verwendet. Gemeinsam ist allen derartigen Rechtsinstituten, dass es sich dabei um Zuwendungsverträge handelt, die auf eine Verteilung des Vermögens erst nach dem Tod ausgerichtet sind.<sup>6</sup> Unentgeltliche Zuwendungen unter Lebenden sind nach Art. 1 Abs. 2 lit. g EuErbVO ausdrücklich vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen, siehe bereits oben Teil I Ziffer II. 2. b). Die in Deutschland wohl herrschende Meinung<sup>7</sup> stellte kollisionsrechtlich bisher wie im materiellen deutschen Recht, vgl. § 2301 BGB, darauf ab, ob es sich um ein vollzogenes Schenkungsversprechen von Todes wegen handelt oder ob der endgültige Vollzug erst im oder nach dem Todesfall erfolgt. Bei vollzogenen Schenkungen sei das Schenkungsstatut, bei nicht vollzogenen das erbrechtliche

<sup>3</sup> Siehe hierzu z. B. *Odersky in Süß*, Erbrecht in Europa, Länderbericht Großbritannien: England und Wales Rdnr. 84.

<sup>4</sup> Zutreffend *Lechner*, NJW 2013, 26; *Odersky*, notar 2013, 3, 9; wohl auch *Dutta*, FamRZ 2013, 4, 9; a. A. *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2396; *Wilke*, RIW 2012, 601, 606.

<sup>5</sup> *Nordmeier*, ZEV 2012, 513, 514; *ders.*, ZEV 2013, 117, 120.

<sup>6</sup> Vgl. *Süß in Süß*, Erbrecht in Europa, Allg. Teil § 4 Rdnr. 103.

<sup>7</sup> BGH, NJW 1959, 1317, 1318; OLG Düsseldorf, ZEV 1996, 423; MünchKomm/Birk, Art. 26 EGBGB Rdnr. 154; *Palandt/Thorn*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 15; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 323; a. A. z. B. *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 375: immer erbrechtliche Qualifikation.

Errichtungsstatut anzuwenden. Gegen eine Beibehaltung dieser Abgrenzung<sup>8</sup> spricht, dass die Begriffe der EuErbVO autonom auszulegen sind und ein Rückgriff auf § 2301 BGB kein tauglicher Maßstab sein kann. Entscheidend ist, ob das betreffende Rechtsgeschäft gerade auf eine Vermögensverteilung nach dem Tod gerichtet ist. Dies dürfte für alle Rechtsgeschäfte gelten, die im Hinblick auf den Tod des Erblassers (mortis causa, „in Lebensgefahr“, „in Gedanken an den Tod“, „im Angesicht des Todes“) vorgenommen oder in denen die Wirksamkeit der Schenkungsverpflichtung bzw. deren Erfüllung auf den Zeitpunkt des Todes des Schenkers hinausgeschoben werden.<sup>9</sup>

### c) Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall

Auch bei Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall (zum Beispiel Lebens- und Unfallversicherungen, Spar-, Konto- und Depotverträge zugunsten Dritter) geht es um eine Verteilung des Vermögens für die Zeit nach dem Ableben. Im deutschen materiellen Recht wird dabei zwischen Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis (Zuwendungsverhältnis) unterschieden. Ersteres regelt das Verhältnis zwischen Zuwendendem und Schuldner und ist schuldrechtlich anzuknüpfen. Erbrechtliche Fragestellungen können sich lediglich im Valutaverhältnis ergeben, wenn zwischen dem Gläubiger und dem Dritten eine unentgeltliche Zuwendung erfolgen soll. Handelt es sich dabei um eine Schenkung von Todes wegen, so gelten die vorstehenden Ausführungen unter b) entsprechend.<sup>10</sup>

### d) Testierverträge

Im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Erbrecht liegen auch sog. Testierverträge, insbesondere des common law, wie etwa der contract to make a will des englischen Rechts.<sup>11</sup> Materiellrechtlich handelt es sich dabei in der Regel um schuldrechtlich bindende Vereinbarungen, in vertraglich bestimmter Weise zu testieren oder ein bestimmtes Testament nicht zu widerrufen. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtungen führt ggf. zu Schadensersatzpflichten. Auch derartige Vereinbarungen unterfallen dem Erbvertragsbegriff der EuErbVO, da sie erbrechtliche Funktionen und Ziele verfolgen und dazu führen, dass eigentlich frei widerrufliche letztwillige Verfügungen nur unter erschwerten Bedingungen, nämlich ggf. unter Inkaufnahme von finanziellen Sanktionen widerrufen werden können.<sup>12</sup>

### e) Abgrenzung zu güterrechtlichen Vereinbarungen

Unklar und problematisch wird auch künftig die Abgrenzung und Einordnung von auf den ersten Blick güterrechtlich einzuordnenden Vereinbarungen bleiben, die für die Eheauf-

lösung durch Tod bestimmte, auf den ersten Blick ausschließlich güterrechtliche Vorteile vorsehen. Dies gilt zum Beispiel für die sog. avantages matrimoniaux des französischen Rechts, die es den Ehegatten erlauben, für den Todesfall dem überlebenden Ehegatten bestimmte Gegenstände aus dem Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft oder sogar das Gesamtgut insgesamt zukommen zu lassen (Clause de préciput, stipulation de parts inégales, clause d'attribution de la totalité de la communauté).<sup>13</sup> Richtigerweise ist auch unter der EuErbVO danach zu unterscheiden, ob die in Frage stehende Abweichung von der Halbteilung in der betreffenden Rechtsordnung gesetzlich angeordnet ist oder den Ehegatten als Gestaltungsinstrument zur Verfügung gestellt wird. Ist Ersteres der Fall, so ist eine güterrechtliche Qualifikation vorzunehmen, da es die freie Entscheidung des jeweiligen Gesetzgebers ist, wie er den Schutz eines überlebenden Ehegatten gesetzlich sicherstellen will. Bedarf es dagegen wie zum Beispiel bei einer stipulation de parts inégales bzw. einer clause d'attribution de la totalité de la communauté des französischen Rechts zusätzlich zur Verwirklichung der Abweichung von der Halbteilung noch einer ausdrücklichen Vereinbarung durch die Ehegatten, so ist dies in der Regel erbrechtlich zu qualifizieren und nach Art. 25 EuErbVO zu beurteilen.

## 3. Form des Erbvertrages

### a) Allgemeines

Auch wenn nach der EuErbVO bindende gemeinschaftliche Testamente dem Erbvertragsbegriff unterfallen, ist für die Formwirksamkeit weiterhin zwischen gemeinschaftlichen Testamenten und Erbeinsetzungsverträgen zu unterscheiden. Für die Form eines gemeinschaftlichen Testaments gilt nach Art. 75 Abs. 1 EuErbVO unmittelbar das Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht. Art. 4 des Übereinkommens bezieht in seinen Anwendungsbereich ausdrücklich Verfügungen von Todes wegen mit ein, die von zwei oder mehreren Personen in derselben Urkunde errichtet werden. Die Vorschrift erfasst auch gemeinschaftliche Testamente, in denen die Beteiligten wechselbezüglich verfügen.<sup>14</sup> Die Formwirksamkeit eines Erbvertrages im engeren Sinn ist dagegen nicht unmittelbar nach dem genannten Haager Übereinkommen zu beurteilen, da dieses für Erbverträge nicht gilt.<sup>15</sup> Art. 27 EuErbVO erweitert jedoch (wie bereits Art. 26 Abs. 4 EGBGB) den Anwendungsbereich der dem Übereinkommen weitgehend entsprechenden Regelungen des Art. 27 EuErbVO auch auf Erbverträge.<sup>16</sup> Bei einer Beurkundung vor einem deutschen Notar ist jedenfalls die Ortsform gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a des Haager Übereinkommens bzw. Art. 27 Abs. 1 lit. a EuErbVO gewahrt und das gemeinschaftliche Testament bzw. der Erbvertrag damit formgültig.

<sup>8</sup> So Nordmeier, ZEV 2013, 117, 121.

<sup>9</sup> So wörtlich zum bisherigen deutschen IPR Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 375; in diesem Sinne auch Dörner, ZEV 2012, 505, 508; Dutta, FamRZ, 2013, 4, 5; Vollmer, ZErB 2012, 227, 229; vgl. auch Odersky, notar 2013, 3.

<sup>10</sup> In diesem Sinne auch Dörner, ZEV 2012, 505, 508; Vollmer, ZErB 2012, 227, 229; a. A. Nordmeier, ZEV 2013, 117, 123: einheitliche Anknüpfung an das Statut des Deckungsverhältnisses; wie hier bereits zum deutschen IPR MünchKomm/Birk, Art. 26 EGBGB Rdnr. 154; Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 423; Süß in Süß, Erbrecht in Europa, Allg. Teil § 4 Rdnr. 112.

<sup>11</sup> Siehe hierzu z. B. Odersky in Süß, Erbrecht in Europa, Länderbericht Großbritannien: England und Wales Rdnr. 84.

<sup>12</sup> A. A. Nordmeier, ZEV 2013, 117, 123; wie hier auch die bisher h. M. zum deutschen IPR, vgl. MünchKomm/Birk, Art. 26 EGBGB Rdnr. 152; Palandt/Thorn, Art. 25 EGBGB Rdnr. 13; Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 404.

<sup>13</sup> Ausführlich hierzu Döbereiner in Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich, Rdnr. 108; Döbereiner, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, S. 84 ff.

<sup>14</sup> MünchKomm/Birk, Art. 26 EGBGB Rdnr. 101; Riering, ZEV 1994, 225, 226; Riering/Marck, ZEV 1995, 90, 91.

<sup>15</sup> Janzen, DNotZ 2012, 484, 488; MünchKomm/Birk, Art. 26 EGBGB Rdnr. 137; Palandt/Thorn, Art. 26 EGBGB Rdnr. 1; Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 260; Staudinger/Dörner, Vorbem. zu Art. 25 f. EGBGB Rdnr. 76, Art. 25 EGBGB Rdnr. 359.

<sup>16</sup> Zu Art. 26 Abs. 4 EGBGB Erman/Hohloch, Art. 26 EGBGB Rdnr. 19; MünchKomm/Birk, Art. 26 EGBGB Rdnr. 137; Staudinger/Dörner, Art. 26 EGBGB Rdnr. 29.

## b) Zulässigkeit des Erbvertrages als Formfrage

Wie bisher im deutschen IPR<sup>17</sup> ist bei der Frage der Zulässigkeit eines Erbvertrages auch künftig danach zu unterscheiden, ob ein im Raum stehendes Verbot von Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten auf formellen oder materiellen, d. h. sachlichen Erwägungen, beruht. Zwar spricht Art. 25 EuErbVO generell von „Zulässigkeit“ des Erbvertrages, so dass man auch die formelle Zulässigkeit in diesem Sinn ausschließlich nach Art. 25 EuErbVO beurteilen könnte. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich jedoch, dass darunter ausschließlich die materielle Zulässigkeit des Erbvertrages im nachstehend erläuterten Sinn gemeint ist und nach wie vor formelle und materielle Zulässigkeit abzugrenzen sind.<sup>18</sup> Die Qualifizierung eines Verbots von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen hat unter Geltung der EuErbVO nicht mehr nach der *lex fori*, sondern autonom zu erfolgen. Dabei ist wie bisher zunächst zu ermitteln, welche Funktion das Erbvertragsverbot in der betreffenden Rechtsordnung selbst verfolgt.<sup>19</sup> Soll es dazu dienen, die Beweisbarkeit, Authentizität und unverfälschte Niederlegung des Erblasserwillens zu gewährleisten, so ist in der Regel ein formelles Verbot anzunehmen. Soll andererseits eine insbesondere psychologische Einschränkung der Testierfreiheit zu Lebzeiten verhindert oder der Gefahr einer Beeinflussung des freien letzten Willens des Erblassers vorgebeugt werden, so liegt in der Regel ein materiellrechtliches Verbot vor.<sup>20</sup> Liegt ein lediglich formelles Verbot vor, so ist ein in Deutschland unter Beachtung der Formvorschriften des deutschen Rechts errichteter Erbvertrag in jedem Fall wegen Wahrung der Ortsformformwirksam errichtet.

## 4. Die materielle Wirksamkeit des einseitigen Erbvertrages

Die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen eines Erbvertrages, der den Nachlass einer einzigen Person betrifft, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, unterliegen nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO dem Errichtungsstatut. Nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO ist damit – vorbehaltlich Art. 21 Abs. 2 EuErbVO – für diese Bereiche grundsätzlich das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt bzw. das Recht, das der Verfügende nach Art. 22 EuErbVO gewählt hat, maßgeblich. Zu den Rechtswahlmöglichkeiten im Erbvertrag vgl. unten Ziffer V. 7.

### a) Materielle Zulässigkeit

Soweit die Frage der Zulässigkeit eines Erbvertrages nicht als Formfrage zu qualifizieren ist, entscheidet hierüber das Errichtungsstatut des Verfügenden im Zeitpunkt des Vertragschlusses. Das Errichtungsstatut ist berufen, wenn ein Erbvertrag in einer Rechtsordnung nur zwischen bestimmten und zugunsten bestimmter Personen, insbesondere unter Ehegatten, oder zu einem bestimmten Zeitpunkt, zum Beispiel vor Eheschließung, errichtet werden kann. Ist der Erbvertrag nach dem Errichtungsstatut unzulässig, so beantwortet dieses auch,

ob eine Umdeutung in ein Einzeltestament möglich ist.<sup>21</sup> Bei einem einseitigen Erbvertrag spielt das Erbstatut von anderen am Vertrag Beteiligten ebenso wenig eine Rolle wie das Erbstatut eines ggf. im Erbvertrag eingesetzten Dritten.<sup>22</sup>

### b) Materielle Wirksamkeit im Übrigen

Bei einem einseitigen Erbvertrag betrifft die Frage der Testierfähigkeit nur den Verfügenden. Der Begriff der Testierfähigkeit ist hier, unabhängig davon, dass im deutschen Sachrecht für den Abschluss eines Erbvertrages gemäß § 2275 BGB die Regeln über die Geschäftsfähigkeit anwendbar sind, in einem kollisionsrechtlichen Sinn als die Fähigkeit, eine Verfügung von Todes wegen jeglicher Art zu errichten, zu verstehen, vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. a EuErbVO. Das Errichtungsstatut des Verfügenden entscheidet bei einem einseitigen Erbvertrag auch darüber, ob und in welchem Maße der andere Partner, der keine letztwillige Verfügung trifft, geschäftsfähig sein muss. Da Art. 26 Abs. 1 lit. a EuErbVO nur für die Testierfähigkeit des Verfügenden gilt und im Übrigen nach Art. 1 Abs. 2 lit. b EuErbVO Fragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind, ist die Frage, ob dieses Erfordernis gewahrt ist, gemäß Art. 7 EGBGB, also nach dem Personalstatut, zu beantworten.<sup>23</sup> Das auf den Verfügenden anwendbare Recht dagegen beantwortet insgesamt, welche Folgen ein Mangel der Testier- bzw. Geschäftsfähigkeit einer der Parteien auf die Vereinbarung hat und wie bzw. von wem dies geltend gemacht werden kann.<sup>24</sup>

Für Fragen der Stellvertretung (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. c EuErbVO) und von Willensmängeln (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. e EuErbVO) gilt ebenfalls das hypothetische Erbstatut des Verfügenden im Zeitpunkt der Errichtung. Die Form einer Vollmacht dagegen wird gemäß Art. 11 EGBGB angeknüpft, da hierfür weder das Haager Testamentsabkommen noch Art. 27 EuErbVO einschlägig sind. Das gleiche gilt für die Form einer Anfechtungserklärung, sofern die Anfechtung nicht durch letztwillige Verfügung zu erklären ist. Für nach Vertragsschluss eintretende Veränderungen der tatsächlichen Umstände, wie die spätere Geburt von Kindern oder eine spätere Eheschließung und deren Auswirkungen auf den Erbvertrag, gilt ebenfalls das Errichtungsstatut.<sup>25</sup>

### c) Auswirkungen einer Eheauflösung

Die Folgen einer Eheauflösung durch Scheidung oder Trennung von Tisch und Bett<sup>26</sup> nehmen in diesem Zusammenhang eine Sonderstellung ein. Ob die Ehe wirksam aufgelöst wurde, ist nach dem Scheidungsstatut zu beurteilen. Zweifelhaft

<sup>17</sup> *Staudinger/Dörner*, Vorbem. zu Art. 25 f. EGBGB Rdnr. 81, Art. 25 EGBGB Rdnr. 322 ff., 355 f.

<sup>18</sup> So auch *Nordmeier*, ZEV 2012, 513, 515 f.; offengelassen von *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2396.

<sup>19</sup> Vgl. zum bisherigen deutschen IPR OLG Frankfurt, IPRax 1986, 111, zum gemeinschaftlichen Testament; *Erman/Hohloch*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 32; *Palandt/Thorn*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 14; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 319, 316; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 326, 355.

<sup>20</sup> Vgl. *Döbereiner*, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, S. 180 m. w. N.

<sup>21</sup> So bereits zum bisherigen deutschen IPR *Erman/Hohloch*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 32; *MünchKomm/Birk*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 134; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 320; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 353.

<sup>22</sup> So bereits zum bisherigen deutschen IPR *MünchKomm/Birk*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 133; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 319; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 351.

<sup>23</sup> So bereits zum bisherigen deutschen IPR *Soergel/Schurig*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 33; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 348.

<sup>24</sup> So bereits bisher *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 349.

<sup>25</sup> Nach einer verbreiteten Ansicht im deutschen IPR ist insoweit zu unterscheiden, so *Erman/Hohloch*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 28; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 252, 310.

<sup>26</sup> Zur Anwendung von Art. 17 EGBGB auf die Trennung von Tisch und Bett vgl. z. B. BGH, FamRZ 1987, 793, 794; *MünchKomm/Winkler von Mohrenfels*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 22; *Palandt/Thorn*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 15.

ist jedoch, nach welchem Recht die Auswirkungen der Scheidung auf den Erbvertrag zu ermitteln sind.<sup>27</sup> Wendet man das erbrechtliche Errichtungsstatut an, wofür insbesondere spricht, dass der Wortlaut des Art. 25 Abs. 1 EuErbVO für den Erbvertrag allgemein die Voraussetzungen für seine Auflösung regelt, kann dies zu erheblichen Problemen führen, wenn die Ehe nach dem anwendbaren Scheidungsstatut aus Gründen geschieden wird, welche die einschlägige erbrechtliche Rechtsordnung nicht oder in dieser Form nicht kennt. Ausländische Rechtsordnungen sehen teilweise zum Beispiel im Gegensatz zum deutschen Recht noch eine Verschuldensscheidung vor und knüpfen an eine solche unter Umständen andere erbrechtliche Folgen als an eine einverständliche Scheidung. Wurde im Einzelfall die Scheidung nach einer Rechtsordnung ausgesprochen, die im Gegensatz zum erbvertraglichen Errichtungsstatut eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Scheidungsformen nicht kennt, kann diese Unvereinbarkeit nur im Wege einer materiellrechtlichen Anpassung behoben werden.<sup>28</sup> Besser, aber mit dem Wortlaut von Art. 25 EuErbVO wohl nicht zu vereinbaren, wäre es daher, die Auswirkungen einer Eheauflösung auf einen Ehegattenerbvertrag als Folge der Scheidung anzusehen und nach dem Scheidungsstatut zu beurteilen.<sup>29</sup> Wendet man das erbrechtliche Errichtungsstatut an und verlangt dieses für die Auflösung des Erbvertrages nach Scheidung eine rechtsgeschäftliche Erklärung, so gilt für deren Form Art. 11 EGBGB, sofern es sich nicht selbst um eine letztwillige Verfügung handelt, die dem Haager Testamentsübereinkommen vom 5.10.1961 bzw. Art. 27 EuErbVO unterfällt.

#### d) Wirkungen des Erbvertrages zu Lebzeiten

##### aa) Bindungswirkung

Das Errichtungsstatut ist nach der Regelung in Art. 25 Abs. 1 EuErbVO zur Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang einem Erbvertrag Bindungswirkung zukommt, berufen. Es beantwortet die Frage, welche Anordnungen mit Bindungswirkung getroffen werden können. Lässt das Errichtungsstatut in einem Erbvertrag sowohl bindende als auch frei widerrufliche Anordnungen zu und erfordert die Feststellung der Art der Verfügung eine Auslegung, so ist diese nach dem Errichtungsstatut durchzuführen. Das Errichtungsstatut bestimmt weiter, welche Auswirkungen die in einem Erbvertrag getroffenen Anordnungen auf spätere, also nach Abschluss des Erbvertrages getroffene Verfügungen von Todes wegen haben. Hatte der Erblasser dagegen bereits vor Abschluss des Erbvertrages anderslautende Verfügungen von Todes wegen errichtet, so hängt die Wirkung des Erbvertrages auf diese Anordnungen davon ab, ob und in welchem Umfang der Erblasser durch die früheren Verfügungen gebunden ist. Hierüber entscheidet das Errichtungsstatut der früheren Verfügung.<sup>30</sup> Von dem nach Art. 25 EuErbVO ermittelten Recht

wird auch die Frage beantwortet, ob und in welchem Umfang der Erblasser nach Abschluss des Erbvertrages weiterhin unter Lebenden über sein Vermögen disponieren kann.

##### bb) Beseitigung der Bindungswirkung

Diese Grundsätze gelten entsprechend für die Beseitigung einer eingetretenen Bindungswirkung, zum Beispiel durch einen Rücktritt oder Aufhebungsvertrag. Soll die Bindungswirkung durch eine neue Verfügung von Todes wegen beseitigt werden, so gelten für die Form Art. 27 Abs. 1 und 2 EuErbVO. Hinsichtlich der materiellen Wirksamkeit der neuen Verfügung ist zu differenzieren: Soweit die Widerrufswirkung in Frage steht, ist das Errichtungsstatut des ursprünglichen<sup>31</sup> Erbvertrages maßgeblich, soweit die Wirksamkeit der neuen Anordnungen betroffen ist, ist das im Zeitpunkt der Errichtung der neuen letztwilligen Verfügung anwendbare Erbstatut berufen. Hat das Errichtungsstatut durch einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitraum zwischen den beiden Akten gewechselt, so ist denkbar, dass eine neue Verfügung von Todes wegen zwar einen vorher geschlossenen Erbvertrag beseitigt, die dort neu getroffenen Anordnungen jedoch unwirksam sind. Will sich der Verfügende auf andere Weise als durch eine Verfügung von Todes wegen, zum Beispiel durch einen Rücktritt, von der durch den Erbvertrag eingetretenen Bindungswirkung befreien, so gilt für die Form dieser Erklärung Art. 11 EGBGB.<sup>32</sup> Für die materielle Wirksamkeit ist das Errichtungsstatut des aufzuhebenden Erbvertrages maßgeblich.

#### 5. Materielle Wirksamkeit des mehrseitigen Erbvertrages

##### a) Abgrenzungsfragen

Art. 25 Abs. 2 EuErbVO enthält Sonderregeln für mehrseitige Erbverträge, also Erbverträge, die den Nachlass mehrerer Personen betreffen. Beim mehrseitigen Erbvertrag kann bereits die Feststellung, ob im Einzelfall überhaupt eine Bindung und damit ein Erbvertrag gegeben ist, Probleme bereiten, da nicht klar ist, nach welchem Recht diese Feststellung erfolgen soll. Die Regelung in Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 EuErbVO spricht zunächst dafür, im Ausgangspunkt zunächst für jeden Partner gesondert nach Art. 21 EuErbVO zu ermitteln, ob aus dessen Sicht überhaupt ein Erbvertrag vorliegt. Andererseits bestimmt Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 2 EuErbVO, dass die Frage der Bindungswirkung für alle Vertragsteile gemeinsam und einheitlich nach dem Recht zu beurteilen ist, zu dem die engsten Verbindungen bestehen. Folgt man dem ersten Ansatz, also der Anwendung von Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 EuErbVO, so kann es dazu kommen, dass die Bindungswirkung zunächst bei der Frage, ob überhaupt ein Erbvertrag vorliegt, anders zu beurteilen ist als bei der Frage, ob tatsächlich eine Bindungswirkung vorliegt und wie diese ausgestaltet ist. Dies kann der Fall sein, wenn es sich nach den Errichtungsstatuten beider Ehegatten um einen zulässigen, grundsätzlich bindenden Erbvertrag handelt, dieser aber die engste Verbindung zu einer dritten Rechtsordnung aufweist, die keine Bindungswirkung kennt. Dies wird durch die unterschiedlichen Anknüpfungen der Zulässigkeit des Erbvertrages einerseits und der übrigen Fragen der materiellen Wirksamkeit und Bindungswirkung andererseits von der EuErbVO bewusst in Kauf genommen. Im Ergebnis ist damit die Frage, ob überhaupt eine vertragliche Regelung mit

<sup>27</sup> Zu Art. 25, 26 EGBGB wird überwiegend vertreten, es handle sich um eine nach dem tatsächlichen Erbstatut anzuknüpfende Frage, so z. B. *Erman/Hohloch*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 5; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 252, 310; siehe weiterhin BayObLG, IPRax 1981, 100, 102; *Coester*, IPRax 1981, 206; *Firsching*, IPRax 1981, 86, 88.

<sup>28</sup> So bereits BayObLG, IPRax 1981, 100, 102; *Coester*, IPRax 1981, 206; *Firsching*, IPRax 1981, 86, 88.

<sup>29</sup> So *Döbereiner*, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, S. 186 f. Nach deutschem IPR sind Fragen des Widerrufs und der Rückgewähr von Schenkungen unter Lebenden aufgrund der Scheidung nach nahezu einhelliger Ansicht vom Scheidungsstatut zu beurteilen, vgl. z. B. *MünchKomm/Winkler von Mohrenfels*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 203; *Palandt/Thorn*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 17; *Staudinger/Mankowski*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 275.

<sup>30</sup> A. A. zum bisherigen deutschen IPR *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 361.

<sup>31</sup> A. A. zum bisherigen deutschen IPR *Staudinger/Dörner*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 78; analog Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB das Errichtungsstatut zur Zeit des Widerrufs.

<sup>32</sup> So schon zum bisherigen deutschen IPR *Erman/Hohloch*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 20; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 361, Art. 26 EGBGB Rdnr. 39, 58.

ausreichender Bindung vorliegt, zunächst nach dem jeweiligen Errichtungsstatut der Beteiligten zu ermitteln.

Art. 25 Abs. 2 EuErbVO setzt für die Anwendung der Vorschrift nicht voraus, dass mehrere Personen bindend verfügen, d. h. auch wenn nur ein Vertragsteil bindend verfügt und der andere lediglich in einseitiger Weise, ist insgesamt Art. 25 Abs. 2 EuErbVO und nicht Art. 25 Abs. 1 EuErbVO einschlägig. Es findet dann auch keine getrennte Anknüpfung dergestalt statt, dass für den bindend Verfügenden Art. 25 Abs. 1 EuErbVO und für den einseitig Verfügenden Art. 24 EuErbVO zur Anwendung käme.

Fraglich ist, ob Art. 25 Abs. 1 oder Abs. 2 EuErbVO anwendbar ist, wenn mehrere Personen in einer Urkunde bindend zugunsten eines Dritten, ebenfalls am Erbvertrag beteiligten verfügen, etwa, wenn beide Elternteile in einem Erbvertrag ihre gemeinsamen Kinder als Erben einsetzen und zwar bindend nur gegenüber ihren Kindern und nicht gegenüber dem jeweils anderen Elternteil. Nach dem Wortlaut ist Art. 25 Abs. 2 EuErbVO einschlägig, da von der Verfügung tatsächlich der Nachlass mehrerer Personen betroffen ist. Andererseits stehen in derartigen Fällen die einzelnen Erbeinsetzungen (im Beispiel Erbeinsetzung der Kinder durch den Vater und Erbeinsetzung der Kinder durch die Mutter) nicht unbedingt in einem Abhängigkeitsverhältnis, so dass jeder Elternteil etwa für eine Aufhebung zwar die Zustimmung der Kinder benötigt, nicht aber die Zustimmung des anderen Ehegatten. Es hätten also auch zwei getrennte Erbverträge geschlossen werden können und es besteht keine Bindungswirkung zwischen den beteiligten Erblassern, sondern nur gegenüber dem Vertragserben. Tatsächlich handelt es sich um zwei eigenständige, lediglich formell in einer Urkunde zusammengefasste Verträge, die jeweils eigenständig nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO zu beurteilen sind. Anders ist dies zu beurteilen, wenn die Verfügungen auch Bindungswirkung zwischen den Verfügungen entfaltet, in diesem Fall ist Art. 25 Abs. 2 EuErbVO einschlägig. Der Anwendungsbereich von Art. 25 Abs. 2 EuErbVO ist somit nur dann eröffnet, wenn der Vertrag den Nachlass mehrerer Personen betrifft und gerade (auch) Bindungswirkung zwischen diesen Personen und nicht nur und ausschließlich gegenüber Dritten entfaltet.

## b) Zulässigkeit

Ein Erbvertrag, der den Nachlass mehrerer Personen betrifft, ist nach Art. 25 Abs. 2 EuErbVO nur zulässig, wenn er nach jedem betroffenen Errichtungsstatut zulässig ist. Es ist also zunächst die Frage der Zulässigkeit für jeden Vertragsteil nach dessen Errichtungsstatut zu stellen. Verbietet eines der Errichtungsstatute den Erbvertrag, so ist die letztwillige Verfügung jedenfalls als Erbvertrag nicht wirksam. Bei strenger Anwendung des Wortlauts wäre der Erbvertrag damit insgesamt aus kollisionsrechtlichen Gründen bzw. nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen nichtig. Sachgerechter ist jedoch folgende Handhabung: Verbietet das Errichtungsstatut eines der Vertragsteile den Erbvertrag, so entscheidet das Errichtungsstatut des anderen Vertragspartners, welche Auswirkungen dies auf den Vertrag insgesamt hat und ob ggf. eine Umdeutung in ein einseitiges Testament in Betracht kommt.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> So bereits zum bisherigen deutschen IPR *Soergel/Schurig*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 27, 35; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 354; wohl auch *Erman/Hohloch*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 32; *MünchKommBirk*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 134; *Palandt/Thorn*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 13; zum gemeinschaftlichen Testament in diesem Sinne auch OLG Zweibrücken, FamRZ 1992, 608, 609; OLG Frankfurt, IPRax 1986, 111; OLG Hamm, NJW 1964, 553, 554.

## c) Materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung

Die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen eines nach Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 EuErbVO zulässigen Erbvertrages, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, unterliegen nach Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 2 EuErbVO demjenigen unter den in Unterabs. 1 genannten Rechten, zu dem er die engste Verbindung hat. Die einheitliche Anknüpfung des mehrseitigen Erbvertrages für alle Beteiligten an nur eine Rechtsordnung hat den Vorteil, dass komplizierte Auslegungs- und Angleichungsfragen vermieden werden, die sonst bei unterschiedlichen Errichtungsstatuten der Ehegatten unvermeidbar sind.<sup>34</sup> Andererseits kann damit für eine Person das anwendbare Recht unterschiedlich sein, je nachdem, ob diese ein einseitiges Testament bzw. einen einseitigen Erbvertrag errichtet hat oder an einem mehrseitigen Erbvertrag beteiligt ist. Wie die „engste Verbindung“ des Erbvertrages zu ermitteln ist, wird in der EuErbVO nicht weiter erläutert. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages, später eintretende Umstände sind grundsätzlich unerheblich und können allenfalls im Rahmen einer ggf. später vorzunehmenden Würdigung aller Umstände zu einer Verstärkung der bei Vertragsabschluss vorliegenden Umstände herangezogen werden. Bei dem Begriff der „engsten Verbindung“ handelt es sich um einen nicht der Disposition der Vertragsteile unterliegenden Begriff. Die Beteiligten können die engste Verbindung also nicht nach Belieben wählen, da sonst praktisch eine weitere, nach der EuErbVO nicht zulässige mittelbare Rechtswahlmöglichkeit geschaffen würde. Dennoch wird es – sofern die Voraussetzungen für eine zulässige Rechtswahl nicht vorliegen – künftig sinnvoll sein, im Erbvertrag zu dokumentieren, zu welcher Rechtsordnung nach Auffassung der Beteiligten die engste Verbindung besteht. Zu beachtende Kriterien sind dabei der gewöhnliche Aufenthalt der Vertragsteile, ihre Staatsangehörigkeit, die Belegenheit des künftigen Nachlasses, der Ort der Errichtung des Erbvertrages<sup>35</sup> oder die ggf. im Text in Bezug genommenen Rechtsvorschriften einer bestimmten Rechtsordnung.

## 6. Besonderheiten bei Verzichtverträgen

Auch Verträge, die Rechte am künftigen Nachlass einer Person entziehen, stellen nach der Legaldefinition in Art. 3 lit. b EuErbVO Erbverträge dar. Bei der Anwendung der Vorschriften der EuErbVO ist Erblasser derjenige, dessen (künftiger) Nachlass betroffen ist. Zusätzlich zu den allgemein bei Erbverträgen auftretenden Fragen gelten folgende Besonderheiten:

### a) Form

Ein Verzichtvertrag ist keine Verfügung von Todes wegen im Sinne des Haager Testamentsübereinkommens vom 5.10.1961.<sup>36</sup> Da es sich jedoch um einen Erbvertrag im Sinne der EuErbVO handelt, gilt für die Formwirksamkeit Art. 27 EuErbVO.

### b) Materielle Wirksamkeit

#### aa) Abgrenzung zwischen Art. 25 Abs. 1 und 2 EuErbVO

Als einseitiger Erbvertrag im Sinne des Art. 25 Abs. 1 EuErbVO ist ein Verzicht zu behandeln, wenn nur gegenüber einem (künftigen) Erblasser verzichtet wird. Maßgeblich ist das Errichtungsstatut des Erblassers, das Erbstatut des Ver-

<sup>34</sup> Vgl. hierzu *Döbereiner*, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, S. 190 ff.

<sup>35</sup> Siehe auch *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2396.

<sup>36</sup> *Staudinger/Dörner*, Vorbem. zu Art. 25 f. EGBGB Rdnr. 76, Art. 25 EGBGB Rdnr. 398.

zichtigenden spielt keine Rolle.<sup>37</sup> Handelt es sich um einen gegenseitigen Verzicht, so ist der Anwendungsbereich des Art. 25 Abs. 2 EuErbVO eröffnet. Verzichtet eine Person in einer Urkunde gegenüber mehreren Personen, etwa, wenn ein Abkömmling in einer Urkunde einen Pflichtteilsverzicht gegenüber beiden Elternteilen erklärt, ist wie folgt zu unterscheiden: Stehen die beiden Verzichte in einem Abhängigkeitsverhältnis, so dass ein Verzicht nicht ohne den anderen abgeschlossen worden wäre, ist der Anwendungsbereich von Art. 25 Abs. 2 EuErbVO eröffnet. Fehlt es an einem solchen Abhängigkeitsverhältnis und hätten genauso zwei getrennte Pflichtteilsverzichtsverträge in verschiedenen Urkunden geschlossen werden können, besteht keine Bindungswirkung zwischen den beteiligten Erblassern, sondern nur zwischen dem Verzichtenden und dem jeweiligen Erblasser. In diesem Fall handelt es sich um zwei eigenständige, lediglich formell in einer Urkunde zusammengefasste Verträge, die jeweils eigenständig nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO zu beurteilen sind.

Werden mehrere gegenseitige Verzichte in einer Urkunde errichtet, verzichten also zum Beispiel in einer Urkunde ein Kind gegenüber beiden Elternteilen und jeder Elternteil gegenüber dem Kind, ist Art. 25 Abs. 2 EuErbVO einschlägig. Fraglich kann allenfalls sein, ob es sich um zwei gesondert nach Art. 25 Abs. 2 EuErbVO zu beurteilende gegenseitige Verzichte oder einen einzigen, insgesamt nur einmal nach Art. 25 Abs. 2 EuErbVO zu beurteilenden Vertrag handelt. Dies hängt wieder davon ab, ob die einzelnen Verzichte in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen.

#### bb) Zulässigkeit eines wechselseitigen Verzichts

Bei einem wechselseitigen Verzicht ist nach Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 EuErbVO die Zulässigkeit des Verzichts für beide Erblasser gesondert nach dem jeweiligen Errichtungsstatut zu prüfen. Ist der Erbverzicht nach einer der berufenen Rechtsordnungen unzulässig, entscheidet das Errichtungsstatut des anderen Partners – ggf. im Wege der Auslegung –, ob die gegenüber diesem abgegebene Verzichtserklärung als einseitiger Verzicht bestehen bleiben kann.<sup>38</sup>

#### cc) „Testierfähigkeit“ beim Erbverzicht

Nach Art. 26 Abs. 1 lit. a EuErbVO gehört zur materiellen Wirksamkeit im Sinne von Art. 25 EuErbVO auch die Testierfähigkeit der Person, welche die Verfügung von Todes wegen errichtet. Nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO ist bei einem einseitigen Erbvertrag Erblasser die Person, deren Nachlass betroffen ist und damit beim Erbverzicht die Person, gegenüber der verzichtet wird. Der (künftige) Erblasser ist damit derjenige, der den Erbvertrag im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a EuErbVO errichtet. Das nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO für diesen geltende Errichtungsstatut entscheidet auch darüber, in welchem Maße der Verzichtende geschäfts- oder testierfähig sein muss. Ob dieses Erfordernis gewahrt ist, ist gemäß Art. 7 EGBGB, also nach dem Personalstatut des Verzichtenden festzustellen. Beim mehrseitigen Erbverzicht spielt dies keine Rolle, da nach Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 2 EuErbVO einheitlich auf das Errichtungsstatut abzustellen ist, zu dem der Vertrag die engsten Beziehungen aufweist.

<sup>37</sup> Bereits zum bisherigen IPR ist h. M., dass das Errichtungsstatut gilt OLG Hamm, NJW-RR 1996, 906; OLG Hamburg, NJW-RR 1996, 203, 204; Palandt/Thorn, Art. 25 EGBGB Rdnr. 13, Art. 26 EGBGB Rdnr. 7; Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 326 f.; Soergel/Schurig, Art. 26 EGBGB Rdnr. 42; Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 389; a. A. MünchKommBirk, Art. 26 EGBGB Rdnr. 148.

<sup>38</sup> So zum bisherigen IPR Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 396.

#### dd) Wirkungen im Todesfall

Die Wirkungen von Verzichtsverträgen auf die Erbfolge sind nach dem tatsächlichen Erbstatut zu beurteilen.<sup>39</sup> Dies kann dazu führen, dass der Verzicht keine Auswirkung hat und ins Leere geht, wenn das tatsächliche Erbstatut einen solchen Verzicht nicht kennt und ihn deshalb nicht berücksichtigt.

#### 7. Rechtswahlmöglichkeiten im Erbvertrag

Aus der allgemeinen Regelung in Art. 22 Abs. 2 EuErbVO folgt zunächst, dass eine Rechtswahl in einem Erbvertrag erfolgen kann, da es sich dabei um eine Verfügung von Todes wegen handelt.

##### a) Wahl nach Art. 25 Abs. 1 bzw. 2 Unterabs. 1 i. V. m. Art. 22 EuErbVO

Nach Art. 25 Abs. 1 bzw. Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 EuErbVO entscheidet über die dort genannten Bereiche des Erbvertrages das Errichtungsstatut. Die Vorschrift verweist zunächst auf Art. 21 EuErbVO, also auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Jeder Vertragspartner des Erbvertrages kann jedoch vor Abschluss des Erbvertrages, zum Beispiel in einem früheren Testament, nach Art. 22 EuErbVO das Recht des Staates gewählt haben, dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl angehört bzw. kann eine solche Rechtswahl auch anlässlich des Abschlusses des Erbvertrages treffen. Diese Rechtswahl bestimmt zunächst das im Todeszeitpunkt tatsächlich anwendbare Erbstatut. Sie ist jedoch auch im Rahmen der Ermittlung des auf den Erbvertrag anwendbaren Rechts nach Art. 25 Abs. 1 bzw. Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 EuErbVO zu beachten, da sie gerade das Recht festlegt, das anwendbar wäre, wenn der Verfügung zu dem Zeitpunkt verstorben wäre, in dem der Erbvertrag geschlossen wurde. Da es für die im Rahmen von Art. 25 EuErbVO zu beurteilenden Umstände um das Errichtungsstatut des Erbvertrages geht, spielt die im Zeitpunkt des Todes maßgebliche Staatsangehörigkeit des Erblassers keine Rolle, so ausdrücklich auch Nr. 51 der Erläuterungen zur EuErbVO, vgl. bereits oben Teil I Ziffer IV. 4. a). Nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO kann damit der Erblasser beim einseitigen Erbvertrag für alle vom Errichtungsstatut umfassten Fragen das Recht seiner Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Erbvertragserrichtung wählen. Beim mehrseitigen Erbvertrag kann jeder Erblasser nach Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 EuErbVO für die Frage der Zulässigkeit des Erbvertrages das Recht seiner Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Erbvertragserrichtung wählen. Es kann auch nur ein Vertragsteil wählen. Es muss außerdem nicht von allen Vertragsteilen das gleiche Recht gewählt werden, insgesamt ist der Erbvertrag jedoch nur zulässig, wenn er nach allen beteiligten Rechtsordnungen zulässig ist. Unberührt hiervon bleibt Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 2 EuErbVO, so dass für die dort genannten Aspekte die engste Verbindung festzustellen ist.

Fraglich ist, ob und inwieweit eine nach den vorstehenden Grundsätzen in einem Erbvertrag getroffene Rechtswahl an dessen Bindungswirkung teilnimmt. Die EuErbVO enthält hierzu keine Regelung. Richtigerweise entscheidet das anwendbare materielle, also das gewählte Recht, welche Verfügungen in einem Erbvertrag mit Bindungswirkung vorgenommen werden können und ob eine solche bindende Verfügung im Einzelfall tatsächlich getroffen wurde. Haben die Vertragsparteien unterschiedliche Rechte gewählt und lässt nur eine der beteiligten Rechtsordnungen eine Bindung an die Rechtswahl

<sup>39</sup> Nordmeier, ZEV 2013, 117, 121; zum bisherigen deutschen IPR z. B. Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 402.

zu, so entscheidet für den gebundenen Partner dessen Recht, welche Auswirkungen dies auf seine Rechtswahl hat. Wenn und soweit es sich beim gewählten Recht um das deutsche Recht handelt, kann auf die bisher im deutschen IPR im Rahmen von Art. 25 Abs. 2 EGBGB einschlägige – stark umstrittene – Auslegung zurückgegriffen werden. Hinsichtlich der gemäß Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB bzw. künftig gemäß Art. 25 EuErbVO nach dem Errichtungsstatut zu beurteilenden Aspekte wie die Wirksamkeit und die Bindungswirkung des Erbvertrages ist die Frage von vornherein ohne Bedeutung, da in diesem Bereich ein späterer Widerruf der Rechtswahl keine Auswirkungen haben kann.<sup>40</sup> Soweit es sich bei dem gewählten Recht um das deutsche Recht handelt, ist auf die Vorschriften des deutschen materiellen Rechts zurückzugreifen. § 2278 Abs. 2 BGB bestimmt hierzu, dass in einem Erbvertrag nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen in vertragsmäßiger, d. h. bindender Weise getroffen werden können. Eine vergleichbare Regelung trifft § 2270 Abs. 3 BGB für wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament. Eine Rechtswahl (bisher nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB) ist deshalb nach wohl aktueller herrschender Meinung<sup>41</sup> immer frei widerruflich, da sie unter keine der genannten Kategorien eingeordnet werden kann. Der Verfügende kann also zum Beispiel die Höhe von Pflichtteils- und Noterbrechten, für die nicht das Errichtungsstatut, sondern das tatsächliche, im Todeszeitpunkt maßgebliche Erbstatut gilt, durch Änderung der Rechtswahl einseitig beeinflussen und die durch den Erbvertrag ggf. bezweckte einvernehmliche Regelung etwa durch Wahl eines pflichtteilsfreundlicheren oder pflichtteilsfeindlicheren Rechts aus den Angeln heben. Im Einzelfall kann dies einem (teilweisen) Widerruf der bisherigen Verfügungen gleichkommen. Dieser Gesichtspunkt spricht eher dafür, eine Rechtswahl mit Bindungswirkung zuzulassen.

#### b) Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO

Nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO können die Parteien auch ungeachtet der Absätze 1 und 2 für die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen ihres Erbvertrags, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, einheitlich das Recht wählen, das die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, nach Art. 22 EuErbVO unter den darin genannten Bedingungen hätte wählen können. Beim mehrseitigen Erbvertrag eröffnet die Vorschrift die Möglichkeit einer einheitlichen Rechtswahl, die sonst im Einzelfall bei unterschiedlichen Nationalitäten nicht zur Verfügung stehen würde. Auch für Art. 25 Abs. 3 EuErbVO gilt, dass eine Wahl des Rechts der im Todeszeitpunkt maßgeblichen Staatsangehörigkeit ausgeschlossen ist, da es sonst zu einem – logischerweise ausgeschlossenen – Wechsel des Errichtungsstatuts kommen könnte. Die Rechtswahl kann nur einheitlich für alle dem Errichtungsstatut unterliegenden Fragen, nicht getrennt für die Zulässigkeit und die übrigen in Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 2 EuErbVO aufgeführten Bereiche erfolgen. Die Rechtswahl des Art. 25 Abs. 3 EuErbVO bezieht sich nur auf die nach dem Errichtungsstatut zu beurteilenden

Fragen, dagegen nicht auf das spätere tatsächliche Erbstatut. Aus diesem Grund ist ein späterer Widerruf einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO von vornherein ausgeschlossen.<sup>42</sup> Auf die Frage der Bindungswirkung der Rechtswahl kommt es damit hier nicht an. Im Übrigen würde sich aus Art. 25 Abs. 3 EuErbVO selbst ergeben, dass die Vertragsteile diese Rechtswahl nur gemeinsam und einheitlich treffen können, so dass nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen auch eine Abänderung oder Aufhebung nur gemeinsam erfolgen kann.

#### c) Wahl des tatsächlichen Erbstatuts nach Art. 22 EuErbVO

Die dritte Rechtswahlmöglichkeit im Erbvertrag besteht schließlich darin, dass nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 22 EuErbVO von den Vertragsparteien des Erbvertrages jeweils das tatsächlich anwendbare Erbstatut gewählt werden kann. Jeder Erblasser kann hierzu nach Art. 22 EuErbVO das Recht des Staates wählen, dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt des Todes angehört. Die Ausführungen in Nr. 51 der Erläuterungen zur EuErbVO sind insoweit nicht einschlägig, da es hier gerade nicht um die Wahl des Errichtungsstatuts geht. Beim mehrseitigen Erbvertrag ist eine einheitliche Rechtswahl nur möglich, wenn beide Vertragsteile die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen oder bei gemischtnationalen Parteien ein Partner bis zum Todeszeitpunkt noch die Staatsangehörigkeit des anderen Vertragsteils erwirbt.<sup>43</sup> Bei einem mehrseitigen Erbvertrag kann auch nur eine Partei diese Möglichkeit nutzen. Sofern der Erbvertrag keine ausdrückliche Aussage trifft, ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob bei Inanspruchnahme einer der vorstehend unter Ziffer V. 7. a) bzw. b) erläuterten Rechtswahlmöglichkeiten zugleich eine Wahl des tatsächlichen Erbstatuts vorliegt. Die Frage der Bindungswirkung an die Rechtswahl ist dabei genauso zu beurteilen wie bei der vorstehend unter Ziffer V. 7. a) erläuterten Wahl des Errichtungsstatuts nach Art. 25 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Unterabs. 1 i. V. m. Art. 22 EuErbVO.<sup>44</sup>

### 8. Ehe- und Erbverträge und andere mit einem Erbvertrag verbundene Verträge und Vereinbarungen

Ein Erbvertrag ist häufig mit anderen Vereinbarungen zu einem isoliert nicht erbrechtlich zu qualifizierenden Regelungsbereich in einer Urkunde zusammengefasst. Die mit dem Erbvertrag verbundene Regelung kann dabei eigenständige Bedeutung haben (zusammengesetzte Verträge),<sup>45</sup> häufigstes Beispiel hierfür ist der Ehe- und Erbvertrag. Hierunter fallen aber zum Beispiel auch Erb- oder Pflichtteilsverzichtverträge, etwa in Verträgen zur vorweggenommenen Erbfolge oder in Scheidungsvereinbarungen. Der mit dem Erbvertrag verbundene Regelungskomplex kann aber auch lediglich Inhalt des Erbvertrages oder Gegenleistung für dessen Abschluss sein, etwa wenn beim einseitigen Erbvertrag der Vertragspartner im Gegenzug für eine Erbeinsetzung zum Beispiel eine dienst- oder unterhaltsrechtliche Verpflichtung übernimmt oder beim Erbverzicht der Verzichtende eine einmalige Geldzahlung erhält.

<sup>40</sup> So zutr. zu Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB Dörner, DNotZ 1988, 67, 88; Palandt/Thorn, Art. 25 EGBGB Rdnr. 8; Riering, ZEV 1994, 225, 229; ders., ZEV 1995, 404, 406.

<sup>41</sup> Dörner, DNotZ 1988, 67, 91; Kühne, IPRax 1987, 69, 74; Palandt/Thorn, Art. 25 EGBGB Rdnr. 8; Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 547, 550; a. A. von Bar, IPR Bd. 2, Rdnr. 368; Kropholler, IPR, § 51 II 2 c; Krzywon, BWNotZ 1987, 4, 6; Lichtenberger, FS Ferid II, S. 269, 286; MünchKomm/Birk, Art. 25 EGBGB Rdnr. 58; Siehr, IPRax 1987, 4, 7; Tiedemann, RabelsZ (1991), 17, 34.

<sup>42</sup> A. A. wohl Odersky, notar 2013, 3, 8.

<sup>43</sup> Zutr. Leitzen, ZEV 2013, 128, 130; a. A. wohl Nordmeier, ZEV 2012, 513, 518.

<sup>44</sup> So wohl auch Leitzen, ZEV 2013, 128, 130; a. A. wohl Odersky, notar 2013, 3, 8; einseitige Abänderung in jedem Fall möglich.

<sup>45</sup> Vgl. auch Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 365.

### a) Zusammengesetzte Verträge

Die Behandlung zusammengesetzter Verträge im vorstehenden Sinn sei am Beispiel des Ehe- und Erbvertrages veranschaulicht. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d EuErbVO regelt die Verordnung keine güterrechtlichen Fragen. Dies korrespondiert mit der heute herrschenden Auffassung im deutschen IPR<sup>46</sup>, die beim Ehe- und Erbvertrag zwischen dem Ehe- und dem Erbvertrag unterscheidet, jedenfalls wenn eine klare Trennung zwischen den erb- und güterrechtlichen Elementen möglich ist. Bei einem nach deutschem Recht geschlossenen Ehe- und Erbvertrag wird dies in der Regel der Fall sein. Der Erbvertrag ist unabhängig vom Ehevertrag isoliert nach Art. 25 EuErbVO zu beurteilen. Die Tatsache der urkundlichen Verbindung ist jedoch nicht völlig ohne Bedeutung. Stellt sich heraus, dass zwar der Ehevertrag unwirksam, der Erbvertrag jedoch wirksam ist, so entscheidet das gemäß Art. 25 Abs. 1 oder 2 Unterabs. 2 EuErbVO auf den Erbvertrag anwendbare Errichtungsstatut, ob die Unwirksamkeit des Ehevertrages auch den Erbvertrag erfasst.<sup>47</sup> Umgekehrt kann der Ehevertrag wirksam geschlossen worden, der Erbvertrag jedoch unwirksam sein. In diesem Fall entscheidet das Güterrechtsstatut über die Auswirkungen auf den Ehevertrag.<sup>48</sup> Das Erbstatut entscheidet wiederum, ob durch güterrechtliche Vereinbarungen Pflichtteils- oder Noterbrechte verletzt sind.

### b) Unselbständige Bestandteile des Erbvertrages

Handelt es sich bei den mit dem Erbvertrag verbundenen weiteren Vereinbarungen dagegen um unselbständige Bestandteile desselben, etwa um dienst- oder unterhaltsrechtliche Verpflichtungen des Vertragspartners in einem einseitigen Erbvertrag, folgen diese kollisionsrechtlich dem Erbvertrag. Für Bestehen, Umfang und Erfüllung der Gegenleistung und Leistungsstörungen gilt dann das Errichtungsstatut nach Art. 25 Abs. 1 bzw. 2 Unterabs. 2 EuErbVO.<sup>49</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. d EuErbVO nimmt zwar – selbstständige – Unterhaltspflichten vom Anwendungsbereich der Verordnung aus, im Rahmen der Definition des Erbvertrages in Art. 3 Abs. 1 lit. d EuErbVO wird jedoch eine im Erbvertrag vereinbarte Gegenleistung – gleich welcher Art – kollisionsrechtlich ausdrücklich als dessen Bestandteil angesehen, auf den – einschließlich der Gegenleistung – insgesamt Art. 25 EuErbVO Anwendung findet. Zur Abgrenzung sei klargestellt, dass dies nicht ausnahmslos für sämtliche mit einem Erbvertrag verbundenen Unterhaltspflichten gilt. Schließen zum Beispiel getrennt lebende Ehegatten eine umfassende Scheidungsfolgenvereinbarung, in der unter anderem neben einer Unterhaltsvereinbarung auch ein Erb- und Pflichtteilsverzicht enthalten ist, so handelt es sich um einen zusammengesetzten Vertrag im vorstehenden Sinne, bei dem die Unterhaltsvereinbarung ebenso wie der Verzicht kollisionsrechtlich selbständig anzuknüpfen sind.

<sup>46</sup> BayObLG, DNotZ 1982, 50, 53; OLG Düsseldorf, IPRspr. 1962/1963, Nr. 151, S. 457, 460; *Erman/Hohloch*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 39, Art. 25 EGBGB Rdnr. 32; *MünchKommBirk*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 142; *Palandt/Thorn*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 29; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 322; *Soergel/Schurig*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 54; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 337; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 365.

<sup>47</sup> Zum bisherigen deutschen IPR LG München I, FamRZ 1978, 364, 366; *Soergel/Schurig*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 54; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 367 im Hinblick auf die Formungültigkeit des Ehevertrages.

<sup>48</sup> LG München I, FamRZ 1978, 364, 366.

<sup>49</sup> A. A. *Nordmeier*, ZEV 2013, 117, 119; im hier vertretenen Sinn bereits bisher zutr. *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 363.

## VI. Übergangsregelungen

Nach Art. 83 Abs. 1 EuErbVO findet die EuErbVO auf die Rechtsnachfolge von Personen Anwendung, die am 17.8.2015 oder danach verstorben sind. Art. 83 Abs. 2 EuErbVO regelt den Bestandsschutz von vorher getroffenen Rechtswahlerklärungen. Hat der Erblasser vor dem 17.8.2015 eine Rechtswahl getroffen, so ist und bleibt diese wirksam, wenn sie die Voraussetzungen der EuErbVO erfüllt oder wenn sie nach den zum Zeitpunkt der Rechtswahl geltenden Vorschriften des IPR in dem Staat, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, wirksam ist. Art. 83 Abs. 2 EuErbVO regelt damit zunächst, dass der Erblasser bereits jetzt, also vor dem 17.8.2015, nach Art. 22 EuErbVO eine Rechtswahl treffen und dabei das Recht seiner Staatsangehörigkeit wählen kann. Wirkung entfaltet diese Rechtswahl allerdings nur, wenn der Erblasser nach dem 17.8.2015 verstirbt, verstirbt er vorher, geht die Rechtswahl ins Leere. In Betracht kommt eine solche vorgezogene Rechtswahl für alle Personen, die – etwa aus beruflichen Gründen – im Ausland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder evtl. – zum Beispiel im Ruhestand – künftig haben werden, aber in jedem Fall nach ihrem Heimatrecht beerbt werden wollen. Diese Möglichkeit der vorsorglichen Rechtswahl gilt es bereits jetzt im Auge zu behalten und ggf. auch zu nutzen. Unsachgemäß dürfte es jedoch sein, bereits jetzt standardmäßig in jede letztwillige Verfügung eines deutschen Staatsangehörigen, der in Deutschland wohnt und keinerlei Wegzugsgedanken hegt, eine Wahl deutschen Rechts aufzunehmen.

Ferner schützt Art. 83 Abs. 2 EuErbVO unter bestimmten Voraussetzungen nach dem bisherigen Recht getroffene Rechtswahlen. Nach deutschem IPR besteht derzeit die Rechtswahlmöglichkeit des Art. 25 Abs. 2 EGBGB. Wählt zum Beispiel ein Franzose mit jetzigem gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland für sein in Deutschland belegenes Immobilienvermögen deutsches Recht, so bleibt diese Rechtswahl wirksam,<sup>50</sup> auch wenn der Betroffene nach dem 17.8.2015 mit gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich verstirbt und es dadurch zu einer von der EuErbVO eigentlich unerwünschten Nachlassspaltung kommt. Es ist also weiterhin möglich, bis zum 17.8.2015 eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB zu treffen. Leider ist der Bestandsschutz für nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB wirksam getroffene Rechtswahlen nach dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 2 EuErbVO nicht umfassend. Hat zum Beispiel ein Franzose mit gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich für sein in Deutschland belegenes Immobilienvermögen deutsches Recht gewählt, so verliert diese Rechtswahl ab dem 17.8.2015 ihre Wirkung, da nach dem IPR Frankreichs, wo der gewöhnliche Aufenthalt lag und dessen Staatsangehörigkeit der Verfügende besaß, eine Rechtswahl nach derzeitiger Rechtslage nicht zulässig ist.<sup>51</sup> Dieses unschöne Ergebnis kann allenfalls durch eine sehr weite Auslegung<sup>52</sup> von Art. 83 Abs. 2 EuErbVO vermieden werden, indem man berücksichtigt, dass das derzeitige französische internationale Erbrecht bezüglich des Immobilienvermögens auf deutsches Recht zurückverweist und daher selbst die Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB anerkennt. In gewissem Sinne wäre damit im Beispielsfall die Rechtswahl nach dem IPR in dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Verfügende besaß, wirksam.

<sup>50</sup> A. A. ohne weitere Begründung *Lehmann*, DStR 2012, 2085: Rechtswahl wird unwirksam.

<sup>51</sup> So auch *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2398.

<sup>52</sup> Allgemein für eine weite Auslegung *Lehmann*, DStR 2012, 2085, 2088.

Art. 83 Abs. 3 EuErbVO regelt den Bestandsschutz für vor dem 17.8.2015 errichtete letztwilligen Verfügungen. Diese sind wirksam, wenn sie die Voraussetzungen der EuErbVO erfüllen oder nach den im Errichtungszeitpunkt geltenden Vorschriften des IPR am gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, oder in dem Mitgliedstaat, dessen Behörde mit der Erbsache befasst ist, zulässig sowie materiell und formell wirksam sind.

Art. 83 Abs. 4 EuErbVO enthält eine das tatsächliche Erbstatut betreffende Rechtswahlfiktion. Wurde eine Verfügung von Todes wegen vor dem 17.8.2015 nach dem Staatsangehörigkeitsrecht errichtet, so gilt dieses Recht zugleich als das auf die Rechtsfolge von Todes wegen anzuwendende gewählte Recht, also abweichend von Art. 21 EuErbVO als Erbstatut. Wann eine Verfügung „nach“ dem betreffenden Recht getroffen wurde, wird nicht näher erläutert. Ausreichend dürfte sein, dass die Verfügung in Übereinstimmung mit der betreffenden Rechtsordnung, nach dieser also wirksam errichtet wurde.<sup>53</sup>

## VII. Schlussbemerkungen

Die EuErbVO führt zu einer grundsätzlich begrüßenswerten Vereinheitlichung der Kollisionsregeln im internationalen Erbrecht Europas. Zugleich hat sie erhebliche Änderungen in der Rechtsanwendung gerade auch in der notariellen Praxis zur Folge. Dies ergibt sich insbesondere aus der künftigen Regelanknüpfung des Erbstatuts an das Recht am letzten ge-

<sup>53</sup> Nordmeier, GPR 2013, 148, 155; siehe auch Lehmann, DStR 2012, 2085, 2088.

wöhnlichen Aufenthalt sowie dem Wegfall der Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB für Immobilien. Erbverträge werden künftig im internationalen Rechtsverkehr leichter zu handhaben sein, da stets ein einheitliches Recht für alle Beteiligten zur Anwendung kommt und ein ordre public Verstoß jedenfalls in Europa nicht mehr droht. Aufgrund der Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt wird es künftig voraussichtlich häufiger zu einem Rechtsimport, also zur Anwendung ausländischen Erbrechts im Inland kommen. Dies wird auch und gerade im Grundstücksverkehr und für die Grundbuchämter eine Herausforderung darstellen, zumal die Abgrenzung zwischen Erbstatut und Sachenrechtsstatut in der EuErbVO Zweifelsfragen aufwirft. Auch sonst bleiben einige außerordentlich wichtige Gesichtspunkte in der EuErbVO leider unberücksichtigt. So wird die Chance, Regelungen zur Abgrenzung und Vereinheitlichung von Güterrechts- und Erbstatut aufzustellen, leider nicht ergriffen.

In der notariellen Praxis gilt es ab sofort, bei der Testamentsgestaltung die ab 17.8.2015 eintretende Änderung des Erbstatuts im Auge zu behalten und im Einzel- und Zweifelsfall ggf. bereits heute den gewöhnlichen Aufenthalt des Verfügenden in der letztwilligen Verfügung festzuhalten und diesen auf die Folgen eines Umzugs ins Ausland hinzuweisen. Eine allgemeine Verpflichtung hierzu besteht jedoch nicht. Auch kann bereits heute – soweit gewünscht – eine Rechtswahl zum Heimatrecht getroffen werden, um unliebsame Auswirkungen eines späteren Umzugs ins Ausland zu vermeiden. Es ginge aber sicher zu weit, künftig jeden deutschen Staatsangehörigen in einer letztwilligen Verfügung vorsorglich deutsches Erbrecht wählen zu lassen.

# Das GNotKG in der notariellen Praxis (Teil II)

Von Notar Dr. Markus Sikora, München

Der in MittBayNot 2013, 349, begonnene Beitrag wird hiermit fortgesetzt. Er enthält in einem besonderen Teil (B.) Bewertungshinweise zu wichtigen notariellen Vorgängen anhand zahlreicher Beispiele aus der notariellen Praxis. Ferner findet sich ein Überblick zu Änderungen der Gerichtskosten (C.), soweit sie für den Notar von Bedeutung sind.

## B. Besonderer Teil

### I. Grundstücksrecht

#### 1. Kaufvertrag

Der Wert eines Kaufvertrags wird nach wie vor durch den Kaufpreis bestimmt (§ 47 Satz 1 GNotKG), wenn nicht ausnahmsweise – etwa beim Verkauf unter Verwandten – der Verkehrswert höher ist (§ 47 Satz 3 GNotKG). Hinzugerechnet werden vorbehaltenen Nutzungen sowie vom Käufer übernommene oder ihm sonst infolge der Veräußerung obliegende Leistungen wie zum Beispiel die Übernahme von Erschließungs- und Vermessungskosten oder einer Maklerprovision. Praxisrelevante Zurechnungen wie Bauverpflichtungen sind nunmehr in § 50 GNotKG mit konkreten Wertbestimmungen versehen. Wird etwa vereinbart, dass der Erwerber für gewisse Zeit das Grundstück nicht verkaufen darf, so beträgt hierfür der Wert gemäß § 50 Nr. 1 GNotKG 10 % des Verkehrswerts der Sache, bei einer Vereinbarung zur einge-

schränkten Nutzung 20 % (§ 50 Nr. 2 GNotKG). Übernimmt der Käufer die Pflicht, ein Bauwerk zu errichten, so werden bei einem Wohngebäude gemäß § 50 Nr. 3 a) GNotKG 20 % des Verkehrswertes des unbebauten Grundstücks und bei einem gewerblich genutzten Bauwerk 20 % der voraussichtlichen Herstellungskosten gemäß § 50 Nr. 3 b) GNotKG hinzugerechnet. Erwerben Miteigentümer Grundbesitz und treffen sie Vereinbarungen gemäß § 1010 BGB, so ist hierfür gemäß § 51 Abs. 2 GNotKG ein Wert von 30 % des von der Beschränkung betroffenen Gegenstands anzusetzen.

**Beispiel 1:** Die Gemeinde A verkauft an die Handwerkerbrüder B und C ein Grundstück zur Bebauung mit einer Werkshalle. Der Kaufpreis für das Grundstück beträgt 180.000 €. Die Baukosten betragen 1 Mio. €. B und C verpflichten sich, innerhalb von drei Jahren die Bebauung abzuschließen. Verstößen sie dagegen, ist die Gemeinde zum Wiederkauf berechtigt. Zur Sicherung wird die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. Sie schließen

das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Dauer aus. Dem Kaufpreis von 180.000 € werden gemäß § 47 Satz 2, § 50 Nr. 3 b) GNotKG 20 % der Baukosten i. H. v. 200.000 € hinzugerechnet. Gleiches gilt für den Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (§ 52 Abs. 2 GNotKG) in Höhe von 30 % des derzeit noch unbebauten Grundstücks (= 54.000 €), so dass der Wert des Beurkundungsverfahrens nach § 97 Abs. 1, § 47 GNotKG 434.000 € beträgt. Das Wiederkaufsrecht ist als Sicherungsgeschäft zu den schuldrechtlichen Verpflichtungen derselbe Beurkundungsgegenstand nach § 109 Abs. 1 GNotKG und daher nicht gesondert zu bewerten. Die zu erhebende 2,0-Gebühr (Nr. 21100 KV) beträgt 1.670 €.

## 2. Dienstbarkeiten

Wird die Bestellung von Dienstbarkeiten beurkundet, löst der Grundbuchantrag wie bisher eine 0,5-Gebühr aus (Nr. 21201 KV). Gleiches gilt bei einem Entwurf der Bestellsurkunde, unter der lediglich die Unterschriften beglaubigt werden (Nr. 24102 KV).<sup>1</sup> Grundbucheklärungen zu Grunddienstbarkeiten,<sup>2</sup> die im Rahmen von Verträgen – etwa Kaufverträgen – bestellt werden, bilden nach § 110 Nr. 2 b) GNotKG einen verschiedenen Beurkundungsgegenstand.

**Beispiel 2:** Verkauft A an B das Grundstück 1 zum Preis von 350.000 € und räumt B dem A, der weiterhin Eigentümer des Nachbargrundstücks 2 bleibt, das Recht ein, auf dem Kaufgrundstück einen Stellplatz zu nutzen (übliche Monatsmiete 30 €), stellt die schuldrechtliche Vereinbarung der Stellplatznutzung eine weitere Gegenleistung des Käufers dar und ist gemäß § 47 Satz 2 GNotKG hinzuzurechnen (Wert: § 52 Abs. 1 GNotKG: 30 € pro Monat x 12 = Jahreswert x 20 = 7.200 € + Kaufpreis i. H. v. 350.000 € = 357.200 €). Die Bewilligung und der Antrag zur Eintragung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch sind zudem gemäß § 110 Nr. 2 b) GNotKG gesondert zu bewerten. Da für die Grundbucheklärungen nur eine 0,5-Gebühr nach Nr. 21201 KV anfällt, während der Kaufvertrag eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV auslöst, ist gemäß § 94 Abs. 1 eine Vergleichsberechnung durchzuführen. Die getrennte Bewertung ist günstiger als eine 2,0-Gebühr aus dem addierten Wert (364.400 €). Der Wert des Beurkundungsverfahrens ist in jedem Fall gemäß § 35 GNotKG 364.400 €. Dies ist auch der Wert für Vollzugs- und Betreuungstätigkeiten, §§ 112, 113 GNotKG.

## 3. Grundstücksverträge und Schuldübernahmen

Übernimmt der Erwerber Grundpfandrechte und die zugrundeliegenden Verbindlichkeiten, liegt zwar gemäß § 109 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 a) GNotKG derselbe Beurkundungsgegenstand vor, allerdings werden durch die Erklärungen (abstraktes Schuldversprechen und Zwangsvollstreckungsunterwerfung) gemäß § 110 Nr. 2 a) GNotKG höhere Kosten ausgelöst. Auch unter dem Regime des GNotKG ist daher die Übernahme von Grundschulden durch den Erwerber für eigene Finanzierungszwecke neben dem gestalterischen Mehraufwand unter Kostengesichtspunkten nach wie vor nicht zu empfehlen.

**Beispiel 3:** A verkauft an B eine Eigentumswohnung zu 500.000 €. Die Wohnung ist mit einer Grundschuld für die

Sparkasse i. H. v. 385.000 € belastet. Sie valutiert noch mit 150.000 €. B, der ebenfalls mit derselben Sparkasse finanziert und ein Darlehen i. H. v. 300.000 € benötigt, verlangt vom Notar die Übernahme der Grundschuld und der Darlehensverbindlichkeiten unter Anrechnung auf den Kaufpreis, um sich „Mühe und Kosten im Zusammenhang mit der Grundschuldbestellung zu sparen“. Zur Veräußerung ist die Zustimmung des Verwalters erforderlich. Der Notar legt den Beteiligten die auf der folgenden Seite 448 abgedruckte Vergleichsrechnung vor.

## 4. Angebot und Annahme

Die Aufspaltung von Verträgen in Angebot und Annahme ist unter Kostengesichtspunkten nicht mehr zu empfehlen. Lösten Angebote nach § 37 KostO noch bis 31.7.2013 eine <sup>15</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr aus, ordnet Nr. 21100 KV nunmehr eine 2,0-Gebühr an. Hinzu kommen Kosten für die Annahme in Höhe einer 0,5-Gebühr bei sog. isolierten Annahmen (Nr. 22101 KV). Dabei bleibt es auch, wenn derselbe Notar<sup>3</sup> die Auflassung beurkundet, der auch das Angebot protokolliert hat. Wird die Annahme mit Auflassung hingegen bei einem anderen Notar erklärt, erhöht sich die Gebühr auf 1,0 (Nr. 21102 KV), so dass in der Summe eine 3,0-Gebühr anfällt. Die in der Angebotsurkunde miterklärte Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Kaufpreiszahlung ist hingegen derselbe Beurkundungsgegenstand, § 109 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 GNotKG, so dass bei der Zusammenbeurkundung von Annahme, Auflassung und Zwangsvollstreckungsunterwerfung insgesamt nur eine 1,0-Gebühr ausgelöst wird. Während bereits beurkundungsrechtlich die Aufspaltung in Angebot und Annahme nicht stets das Mittel der Wahl ist, fallen nunmehr auch erhebliche Mehrkosten an. Die Genehmigung eines Vertrages, den ein vollmachtsloser Vertreter abgeschlossen hat, löst zwar nunmehr auch eine 1,0-Gebühr (Nr. 21200 oder 24101 KV) aus, allerdings aus dem halben Wert (§ 98 Abs. 1 GNotKG), so dass sie insgesamt günstiger ist.

**Beispiel 4:** A aus München möchte seine Eigentumswohnung für 250.000 € an B in Hamburg verkaufen. B scheidet die Reise und fragt nach der günstigsten Gestaltung. Bei einer Aufspaltung des Vertrags in Angebot und Annahme fällt für das Angebot nach Nr. 21100 KV eine 2,0-Gebühr an und für die Annahme mit Auflassung und Zwangsvollstreckungsunterwerfung eine weitere 1,0-Gebühr (Nr. 21200), je aus 250.000 € (§ 97 Abs. 1, § 47 Satz 1 GNotKG). Lässt sich B vollmachtslos von A vertreten, löst der Vertragsschluss in München ebenfalls eine 2,0-Gebühr aus 250.000 € aus. Die Genehmigung durch B in Hamburg löst eine 1,0-Entwurfsg Gebühr (Nr. 24101 KV) aus 125.000 € aus (§ 98 Abs. 1 GNotKG), wenn der Notar in Hamburg den Entwurf der Genehmigungserklärung fertigt. In diesem Fall fällt für die Unterschriftsbeglaubigung keine gesonderte Gebühr an (Vorbem. 2.4.1 Abs. 2 KV). Entwirft hingegen der den Vertrag beurkundende Notar in München die Genehmigungserklärung, fällt hierfür eine 0,5-Vollzugsgebühr aus dem vollen Wert (250.000 €, § 112 GNotKG) an, so dass – bis auf die Kosten für die Unterschriftsbeglaubigung in Hamburg (60 €, Nr. 25100 KV) – dieselben Gebühren anfallen. Jedenfalls wenn neben der Einholung der Genehmigung weitere Vollzugstätigkeiten (z. B. Verwalterzustimmung, Lastenfreistellung) anfallen, ist dieser Weg zu empfehlen.

<sup>1</sup> Gemäß § 92 Abs. 2 GNotKG ist bei Rahmengebühren zur Entwurfsfertigung die Höchstgebühr zu erheben, wenn der Entwurf vollständig gefertigt wurde.

<sup>2</sup> Nur bei Grunddienstbarkeiten handelt es sich um subjektiv-dingliche Rechte, so dass beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nicht unter § 110 Nr. 2 b) GNotKG, sondern unter § 109 Abs. 1 GNotKG fallen.

<sup>3</sup> Vgl. die Definition in Vorbem. 2 Abs. 1 KV – auch Sozius, Amtsnachfolger etc. sind erfasst.

## Vergleichsrechnung

### Löschung Grundschuld zu 385.000 €; Neubestellung Grundschuld zu 300.000 €

- Kaufvertrag, §§ 97, 47 Satz 1 GNotKG: 500.000 €
- Löschungserklärungen des Verkäufers in der gleichen Urkunde sind derselbe Gegenstand, § 109 Abs. 1 b) GNotKG

Wert des Beurkundungsverfahrens: 500.000 €

2,0-Gebühr (Nr. 21100 KV): 1.870 €

- 
- Einholung Verwalterzustimmung,
  - Einholung Löschungsbewilligung

Vollzug (Vorbem. 2.2.1.1 Nr. 5, 9) 0,5-Gebühr aus 500.000 €: 467,50 €

---

Betreuungstätigkeiten 0,5-Gebühr aus 500.000 € nach Nr. 22200 KV: 467,50 €

---

Treuhandgebühr 0,5-Gebühr gemäß Nr. 22201 KV aus dem Wert des Sicherungsinteresses (§ 113 Abs. 2 GNotKG) hier: 150.000 € = 177 €

---

Löschung Grundschuld im Grundbuch 317,50 €

---

Neubestellung Grundschuld 1,0-Gebühr aus 300.000 € nach Nr. 21200 KV: 635 €

---

Neueintragung (Buch-)Grundschuld im Grundbuch (Nr. 14120 KV): 635 €

Gesamtkosten:	4.569,50 € (zzgl. Auslagen und USt.)
davon Verkäufer:	728,25 € (½ der Vollzugsgebühr + Löschungskosten Grundschuld + Treuhandgebühr)
davon Käufer:	3.841,25 €

### Übernahme von Grundschuld und Verbindlichkeiten (300.000 €)

- Kaufvertrag, §§ 97, 47 Satz 1 GNotKG: 500.000 €
- die Übernahme von Grundschuld und Verbindlichkeiten sind derselbe Gegenstand, § 109 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 a) GNotKG
- Abstraktes Schuldversprechen und Zwangsvollstreckungsunterwerfung aus 300.000 €

Wert des Beurkundungsverfahrens: 800.000 €

(Vergleichsberechnung nach § 94 Abs. 1 GNotKG)

2,0-Gebühr (Nr. 21100 KV) aus 500.000 €: 1.870 €

1,0-Gebühr (Nr. 21200 KV) aus 300.000 €: 635 €

Gesamt 2.505 € (billiger als 2.830 €)

- 
- Einholung Verwalterzustimmung,
  - Einholung Schuldübernahmegenehmigung

Vollzug (Vorbem. 2.2.1.1 Nr. 8, 9) 0,5-Gebühr aus 800.000 € (§ 112 GNotKG): 707,50 €

---

Betreuungstätigkeiten 0,5-Gebühr aus 800.000 € nach Nr. 22200 KV: 707,50 €

---

Umschreibung Vollstreckungsklausel 0,5-Gebühr aus 385.000 € (Nr. 23803 KV): 392,50 €

Gesamtkosten:	4.312,50 € (zzgl. Auslagen und USt.)
davon Verkäufer:	353,75 € (½ der Vollzugsgebühr)
davon Käufer:	3.958,75 €

## 5. Grundschuldbestellungen

Bei der Bestellung von Grundschulden führt das GNotKG die Grundsätze der KostO fort. Den Geschäftswert bestimmt der Nennbetrag der Schuld (§ 53 Abs. 1 GNotKG). Für die Gebührenhöhe hängt es weiterhin davon ab, ob eine vollstreckbare (1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV) oder eine nicht vollstreckbare Grundschuld (0,5-Gebühr nach Nr. 21201 KV) bestellt wird und ggf. wer den Entwurf (Nr. 24102 oder 25100

KV) gefertigt hat. Überarbeitet der Notar den Entwurf einer Grundschuld, unter der die Unterschrift des Eigentümers beglaubigt werden soll, sieht Nr. 24102 KV einen Rahmen von 0,3 bis 0,5 vor. In jedem Fall kommen nunmehr Vollzugsgebühren in Frage, und zwar auch bei unterschriftsbeglaubigten Grundschulden.

**Beispiel 5:** A bestellt an seinem Grundstück zwei Grundschulden für die Sparkasse, und zwar, um Kosten zu sparen,

eine nicht vollstreckbare Grundschuld zu 1 Mio. € (Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf) und eine vollstreckbare Grundschuld zu 200.000 €. Erforderlich ist ein Rangrücktritt der Eltern des A mit ihrem Wohnungsrecht, den der Notar im Rahmen des Vollzugs einholen soll. Der Notar soll auch den Vollzug im Grundbuch betreiben. Jede Urkunde für sich ist ein notarielles Verfahren (§ 85 GNotKG). Die Unterschriftsbeglaubigung unter der nicht vollstreckbaren Grundschuld löst eine Gebühr von 70 € nach Nr. 25100 KV aus. Für die Einholung des Rangrücktritts fällt eine 0,5-Vollzugsgebühr (Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 KV) nach Nr. 22121 KV aus 1 Mio. € i. H. v. 867,50 € an. Die Vorlage an das Grundbuchamt löst keine gesonderte Vollzugsgebühr nach Nr. 22124 KV aus (§ 93 Abs. 1 GNotKG). Die vollstreckbare Grundschuld über 200.000 € löst eine 1,0-Gebühr nach Nr. 22110 KV von 435 € aus. Für die Einholung des Rangrücktritts fällt eine 0,3-Gebühr nach Nr. 22111 KV i. H. v. 130,50 € an. Der Grundbuchvollzug löst insoweit keine gesonderte Gebühr aus (Vorbem. 2.1 Abs. 2 Nr. 2 KV). Die Gesamtkosten betragen 1.503 €. Dem stünden Gebühren von 2.671,50 € gegenüber, wenn eine vollstreckbare Grundschuld über 1,2 Mio. € bestellt worden wäre (1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV aus 1,2 Mio. € zzgl. 0,3-Vollzugsgebühr nach Nr. 22111 KV).

## 6. Überlassungen

Bei Überlassungen sind die allgemeinen Vorschriften (§§ 46 ff. GNotKG) zur Geschäftswertermittlung (§§ 46 ff. GNotKG) heranzuziehen. Regelmäßig liegt jedoch ein Austauschvertrag vor, weil der Erwerber Gegenleistungen im kostenrechtlichen Sinn<sup>4</sup> erbringt. Nach § 97 Abs. 3 GNotKG ist dann der höhere Wert maßgebend. Handelt es sich bei den Gegenleistungen um wiederkehrende Leistungen (zum Beispiel Leibrente) oder vorbehaltenen Nutzungen (zum Beispiel Wohnungsrecht, Nießbrauch), ist der Wert nach § 52 GNotKG zu ermitteln. Die Norm entspricht dem früheren § 24 KostO mit der Maßgabe, dass das Ehegatten- und Verwandtenprivileg (§ 24 Abs. 3 KostO) weggefallen ist, die Vielfältiger bei Rechten, die auf Lebensdauer einer Person bestellt sind, gestrafft wurden (§ 52 Abs. 4 GNotKG), der Jahreswert einer Leistung mit 5 % statt mit 4 % anzunehmen ist (§ 52 Abs. 5 GNotKG) und Preisklauseln nicht mehr berücksichtigt werden (§ 52 Abs. 7 GNotKG).

Das Privileg für Land- und Forstwirtschaft ist für Übergaben und Zuwendungen (zum Beispiel letztwillige Verfügungen, Erbscheinsanträge, nicht aber Eheverträge) erhalten geblieben und präzisiert worden. Es findet sich in § 48 GNotKG. Voraussetzung ist, dass die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst beabsichtigt ist (Nr. 1) und der Betrieb unmittelbar nach Vollzug der Übergabe oder Zuwendung einen nicht nur unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des Erwerbers bildet (Nr. 2). Neu ist zudem, dass der Erwerber eine natürliche Person sein muss. Bereits der Erwerb in GbR ist schädlich. § 48 GNotKG scheidet daher aus, wenn der Betrieb verpachtet oder stillgelegt ist. Anwendbar ist die Norm hingegen auch bei der sog. gleitenden Übergabe, also der Übergabe gegen Nießbrauchsvorbehalt.<sup>5</sup>

Auch bei Überlassungen sind Vollzugsgebühren denkbar und aus dem Wert des Beurkundungsverfahrens zu erheben (§ 112 GNotKG).

**Beispiel 6:** Die Eltern überlassen an ihren Sohn eine Eigentumswohnung (Wert 450.000 €) ohne Gegenleistungen.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu bereits *Diehn/Sikora/Tiedtke*, Das neue Notarkostenrecht, Rdnr. 224.

<sup>5</sup> *Diehn/Sikora/Tiedtke*, Das neue Notarkostenrecht, Rdnr. 232.

Hierzu ist die Zustimmung des Verwalters erforderlich, so dass neben der 2,0-Gebühr (Nr. 21100 KV) i. H. v. 1.770 € für das Beurkundungsverfahren auch eine 0,5-Vollzugsgebühr nach Nr. 22110 KV (vgl. Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KV) i. H. v. 442,50 € anfällt für die Einholung der Verwalterzustimmung, und zwar unabhängig davon, ob der Beurkundungsnotar den Entwurf fertigt oder nicht (vgl. Vorbem. 2.2. Abs. 2. KV). Hinzu kommt ggf. die Gebühr nach Nr. 25100 KV für die Unterschriftsbeglaubigung.

## 7. Wohnungs- und Teileigentum

Bei der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum ist nicht mehr nur der halbe Wert des bebauten Grundstücks anzusetzen,<sup>6</sup> sondern der volle, § 42 Abs. 1 Satz 2 GNotKG. Ein bestehendes Gebäude ist zu berücksichtigen. Ist es noch nicht errichtet, ist der Wert des Bauwerks hinzuzurechnen, § 42 Abs. 1 Satz 2 GNotKG. Die Gebühren hängen von der Art der Begründung ab. Eine Aufteilung nach § 8 WEG löst weiterhin eine 1,0-Gebühr (Nr. 21200 KV), eine solche nach § 3 WEG eine 2,0-Gebühr (Nr. 21100 KV), aus. Beschränkt sich die Urkunde auf die formellen Grundbucheintragungen, fällt nur eine 0,5-Gebühr nach Nr. 21201 Nr. 4 KV an.

**Beispiel 7:** Bauträger B lässt für sein neu erworbenes Grundstück (Kaufpreis 2 Mio. €) die Teilungserklärung nach § 8 WEG beurkunden. Die Summe der zu erzielenden Kaufpreise beträgt 7,5 Mio. €. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung liegt noch nicht vor. Der Notar wird beauftragt, sie einzuholen. Zu erheben ist eine 1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV aus 7,5 Mio. € (§§ 46, 42 Abs. 1 GNotKG) für die Beurkundung<sup>7</sup> i. H. v. 9.825 € sowie eine Gebühr von 50 € für die Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung (Vollzugstätigkeit gemäß Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1) – Nr. 22111, 22112 KV, wenn über die Einholung hinaus keine weiteren Tätigkeiten durchgeführt werden.

Das GNotKG kennt keine dem § 42 KostO vergleichbare Norm für Nachträge. Der Gebührensatz einer Änderungs- oder Nachtragsurkunde ist daher wie bei der ursprünglichen Urkunde zu bestimmen.<sup>8</sup> Geschäftswert ist ein Teilwert, der nach § 36 Abs. 1 GNotKG zu bestimmen ist, sofern kein bestimmter Wert feststeht.

**Beispiel 8:** Liegt dem Notar nunmehr zu Beispiel 7 die Abgeschlossenheitsbescheinigung vor, hat er einen Nachtrag zu beurkunden. Als Geschäftswert für die Identitätsfeststellung kommen 10-20 % des Werts in Frage (§ 36 Abs. 1 GNotKG), der der Begründung des Wohnungseigentums zugrunde lag, also 750.000 € bei 10 %. Hieraus ist eine 1,0-Gebühr zu erheben, Nr. 21200 KV. Sie beträgt 1.335 €.

## 8. Erbbaurecht

Der Wert eines Erbbaurechts beträgt gemäß § 49 Abs. 2 GNotKG 80 % des Werts von Grund und Boden und darauf errichteter Gebäude. Unbedeutend ist, wer das Gebäude errichtet hat. Ein Wertvergleich mit dem Erbbauszins findet bei der Einräumung des Erbbaurechts statt, § 43 GNotKG. Der Erbbauszins ist seinerseits eine wiederkehrende Leistung, deren Wert nach § 52 GNotKG zu bestimmen ist. Kein besonderer Beurkundungsgegenstand, sondern Inhalt des Erbbaurechts ist das Vorkaufsrecht am Grundstück zugunsten des jeweiligen Inhabers des Erbbaurechts. Räumt hingegen der Erbbauberechtigte dem Grundstückseigentümer ein Vorkaufs-

<sup>6</sup> Vgl. § 21 KostO.

<sup>7</sup> Vgl. Streifzug durch das GNotKG, 10. Aufl., Rdnr. 2604.

<sup>8</sup> Streifzug, a. a. O., Rdnr. 19.

recht am Grundstück ein, liegt ein verschiedener Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 2 GNotKG vor. Dieses Vorkaufsrecht ist gesondert, und zwar mit der Hälfte des Werts des Erbbaurechts nach § 49 Abs. 2 GNotKG, zu berechnen, § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG.

**Beispiel 9:** G bestellt zugunsten des E auf seinem Grundstück (Wert 150.000 €) ein Erbbaurecht auf 99 Jahre, auf dem E ein Haus für 450.000 € errichtet. Der Erbbauzins beträgt 1.500 € jährlich für die ersten 15 Jahre, dann 2.500 €, und zwar wertgesichert. G und E räumen sich wechselseitig Vorkaufsrechte ein. Für die Begründung des Erbbaurechts sind 80 % des unbebauten Grundstücks (120.000 € – § 49 Abs. 2 GNotKG) mit dem Erbbauzins zu vergleichen, § 43 Satz 1 GNotKG. Der Erbbauzins wird auf 99 Jahre, und damit auf bestimmte Dauer vereinbart. Nach § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG sind die ersten 20 Jahre maßgebend, vorliegend also  $15 \times 1.500 € = 22.500 + 5 \times 2.500 = 12.500 €$ , insgesamt also 35.000 €. Der Wert des Erbbaurechts ist mit 120.000 € höher zu bewerten. Das noch nicht errichtete Gebäude zählt bei der Begründung des Erbbaurechts nicht mit, wohl aber bei der Wertbestimmung für das Vorkaufsrecht, das E dem G einräumt. Maßgeblich sind nach § 51 Abs. 1 GNotKG 50 % des Werts des Erbbaurechts ( $80 \% \text{ von } 150.000 € + 450.000 € = 600.000 €$ , also 480.000 €). Die Hälfte davon beträgt 240.000 €. Der Wert des Beurkundungsverfahrens, der etwa für Vollzugstätigkeiten maßgeblich ist (§ 112 GNotKG), beträgt 360.000 € ( $120.000 € + 240.000 €$ ).

## II. Gesellschaftsrecht

### 1. GmbH- und UG-Gründung

Für gesellschaftsrechtliche Verträge wie Gründungsverträge von GmbHs und UGs fällt eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV aus einem Wert von mindestens 30.000 € (§ 107 Abs. 1 GNotKG) an. Wird die Gründung nur durch eine Person vorgenommen, fällt nur eine 1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV an. Wird der Beschluss über die Bestellung des/der ersten Geschäftsführer/s beurkundet (Nr. 21100 KV) oder entworfen (Nr. 24100 KV), fällt jeweils eine weitere 2,0-Gebühr an, und zwar aus einem Geschäftswert von mindestens 30.000 € (§ 108 Abs. 1 Satz 2, § 105 Abs. 1 GNotKG). Die Werte sind gemäß § 35 GNotKG zu addieren. Bei der Einmann-Gründung ist zudem § 94 Abs. 2 GNotKG zu beachten. Bei der Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) gilt kein Mindestwert von 30.000 € (§ 107 Abs. 1 Satz 2 GNotKG), wohl aber eine Mindestgebühr von 120 € bei einer Mehrmann-UG (Nr. 21100 KV) und von 60 € bei einer Einmann-UG (Nr. 21200 KV).

Die Erstellung der Gesellschafterliste ist Vollzugstätigkeit. Sie löst bei der Mehrmann-GmbH eine 0,5-Vollzugsgebühr nach Nr. 22110 KV und bei der Einmann-GmbH in Höhe von 0,3 (Nr. 22111 KV) aus, jeweils maximal i. H. v. 250 € (Nr. 22113 KV). Wird jedoch der Beschluss über die Geschäftsführerbestellung mitbeurkundet, beträgt die Vollzugsgebühr ebenfalls 0,5 (Nr. 22110 KV), weil die für das Beurkundungsverfahren höchste (2,0-)Gebühr maßgebend ist.

Entwirft der Notar darüber hinaus die Registeranmeldung und reicht diese mit XML-Strukturdaten beim Registergericht ein, fällt hierfür aus einem Geschäftswert von 30.000 € (§ 105 Abs. 1 GNotKG) eine 0,5-Gebühr an (Nr. 24102 KV). Dieser Mindestwert gilt für die UG nicht, wohl aber die Mindestgebühr von 30 € (Nr. 24102 KV). Für die Erstellung der XML-Datei kommt eine Vollzugsgebühr von 0,3 – höchstens 250 € (Nr. 22111, 22114 KV) und mindestens 15 € – dazu.

Zusammenfassend gilt:

### Gründungskosten GmbH / UG (haftungsbeschränkt)

	GmbH – 25.000 € <sup>9</sup>		UG (haftungsbeschränkt) – 1.000 € mit Musterprotokoll	
	1 Person	> 1 Person	1 Person	> 1 Person
<b>I. Gründung und Geschäftsführerbestellung</b>				
Errichtung	Wert: 30.000 € (§ 107 Abs. 1 GNotKG)		Wert: 1.000 € (§ 107 Abs. 1 Satz 2 GNotKG)	
Beschluss Geschäftsführerbestellung <sup>10</sup>	Wert: 30.000 € (§ 108 Abs. 1 GNotKG)		./.	
Wert des Beurkundungsverfahrens	60.000 € (§ 35 GNotKG)		1.000 €	
Gebühr	375 € (Nrn. 21100, 21200 KV; Vergleichsberechnung, § 94 Abs. 2 GNotKG)	384 € (Nr. 21100 KV)	60 € (Nr. 21200 KV)	120 € (Nr. 21100 KV)
<b>II. Vollzug: Erstellen der Gesellschafterliste (Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 KV)</b>				
Wert (§ 112 GNotKG)	60.000 €		./.	
Gebühr	57,60 € (Nr. 22111 KV [0,3], max. 250 € [Nr. 22113 KV]) <sup>11</sup>	96 € (Nr. 22110 KV [0,5], max. 250 € [Nr. 22113 KV])		
<b>III. Registeranmeldung</b>				
Entwurf	Nr. 24102 KV 0,5 aus 30.000 € (§ 105 Abs. 1 Satz 2 GNotKG) 62,50 €		Nr. 24102 KV 0,5 aus 1.000 € Mindestens 30 €	
Betreuung <sup>12</sup>	Nr. 22200 Nr. 3 KV 0,5 aus 30.000 € 62,50 €		Nr. 22200 Nr. 3 KV 0,5 aus 1.000 € 15 €	
XML-Datenerstellung	Nr. 22114 KV aus 30.000 € 37,50 €		Nr. 22114 KV aus 1.000 € Mindestens 15 €	
<b>IV. Gesamtkosten (zzgl. Auslagen und USt.)</b>				
	<b>595,10 €</b>	<b>642,50 €</b>	<b>120 €</b>	<b>180 €</b>

**9** Gilt gleichermaßen für die UG (haftungsbeschränkt), die nicht mittels Musterprotokoll gegründet wird; Berechnung gilt bis zu einem Stammkapital von 3 Mio. €.

**10** Gilt auch bei der Bestellung mehrerer Geschäftsführer, weil mehrere Wahlen als ein Beschluss gelten, sofern nicht Einzelwahlen stattfinden, § 109 II Nr. 4 d).

**11** Gilt, falls der Beschluss über die Geschäftsführerbestellung nicht mitbeurkundet wird, sonst auch 0,5-Gebühr nach Nr. 22110 KV.

**12** Gemeint ist die ausdrückliche Anweisung an den Notar, die Registeranmeldung erst dann dem Gericht einzureichen, wenn dem Notar die Einzahlung des Stammkapitals nachgewiesen ist.

## 2. Registeranmeldungen

Der Geschäftswert für Registeranmeldungen richtet sich nach § 105 GNotKG. Sieht man von Anmeldungen ohne wirtschaftliche Bedeutung (zum Beispiel die Änderung einer Anschrift oder eines Familiennamens – dann 5.000 € nach § 105 Abs. 5 GNotKG) ab, beträgt auch bei Anmeldungen eines bestimmten Geldbetrags der Mindestwert 30.000 €, § 105 Abs. 1 GNotKG. Dies wirkt sich vor allem bei Kapitalerhöhungen aus. Die Geschäftswerte für erste Anmeldungen ohne bestimmten Geldwert richten sich nach § 105 Abs. 3 GNotKG. Der Höchstwert für Registeranmeldungen wurde von 500.000 €<sup>13</sup> auf 1 Mio. € angehoben, § 106 GNotKG. Zudem bildet jede Anmeldung zu einem Register stets einen besonderen Beurkundungsgegenstand, § 111 Nr. 3 GNotKG.

**Beispiel 10:** Zur Neueintragung wird die A&B oHG, bestehend aus A und B, angemeldet. Der Geschäftswert beträgt nach § 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG 45.000 €. Für den Entwurf der Anmeldung ist eine 0,5-Gebühr nach Nr. 24102 KV i. H. v. 77,50 € zu erheben. Hinzu kommt für die Übermittlung der XML-Datei die Vollzugsgebühr i. H. v. 46,50 € (0,3-Gebühr nach Nr. 22114 KV). Keine Gebühren lassen sich sparen, wenn A und B den Entwurf der Anmeldung mitbringen und lediglich ihre Unterschriften beglaubigen lassen. Zwar fällt hierfür nur die Beglaubigungsgebühr nach Nr. 25100 (0,2-Gebühr, hier 31 €) an. In diesem Fall ist jedoch – weil die Anmeldung nicht vom Notar entworfen wurde (Vorbem. 2.2.1.2 Nr. 1 KV) – eine 0,6-Gebühr nach Nr. 22125 KV für das Erstellen der XML-Datei zu erheben. Diese beträgt 93 €, so dass in Summe ebenfalls 124 € anfallen. Hierzu kommen im letzteren Fall sogar weitere Gebühren für die Übermittlung an das Gericht (Nr. 22124) in Höhe von fest 20 €. Diese Gebühr entsteht nicht, wenn der Notar den Entwurf der Anmeldung entworfen hat (Vorbem. 2.4.1 Abs. 4 Nr. 1 KV).

## 3. Beschlüsse, insbesondere Satzungsänderungen

Der Geschäftswert für Beschlüsse bestimmt sich nach § 108 GNotKG. Für einen Beschluss, dessen Gegenstand keinen bestimmtem Geldwert hat, ist der gleiche Wert wie für eine entsprechende Registeranmeldung maßgeblich. Für Beschlüsse mit bestimmtem Geldwert gelten die allgemeinen Vorschriften, mindestens aber 30.000 €, § 108 Abs. 1 Satz 2, § 105 Abs. 1 GNotKG. Der Höchstwert für Beschlüsse jeglicher Art beträgt nunmehr 5 Mio. €, auch wenn in einer Niederschrift mehrere Beschlüsse zusammengefasst werden, § 108 Abs. 5 GNotKG. Für Beschlüsse bestimmt § 109 Abs. 2 Nr. 4 GNotKG, dass derselbe Beurkundungsgegenstand etwa gegeben ist bei

- einem Beschluss und einer damit im Zusammenhang stehenden Änderung des Gesellschaftsvertrags (lit. a),
- einem Beschluss über die Kapitalerhöhung oder -herabsetzung und die weiteren damit im Zusammenhang stehenden Beschlüsse (lit. b),
- mehreren Änderungen des Gesellschaftsvertrags, deren Gegenstand keinen bestimmten Geldwert hat (lit. c.) oder
- mehreren Wahlen, sofern nicht Einzelwahlen stattfinden (lit. d).

**Beispiel 11:** Die Gesellschafterversammlung der G GmbH (Stammkapital 25.000 €) beschließt, dass der Sitz von Grünwald nach München verlegt, A als Geschäftsführer abberufen und B neu bestellt wird. Wegen der Sitzverlegung wird die Satzung in § 1 Abs. 2 geändert. Angemeldet wird zudem die neue Geschäftsanschrift. Sitzverlegung und Satzungsände-

rung bilden denselben Gegenstand (§ 109 Abs. 2 Nr. 4 a) GNotKG), sind jedoch im Verhältnis zum Geschäftsführerwechsel ein besonderer Beurkundungsgegenstand (§ 86 Abs. 2 GNotKG), wobei die Abberufung des A und die Neubestellung des B zueinander denselben Beurkundungsgegenstand bilden, wenn sie unter demselben Tagesordnungspunkt („Wechsel in der Geschäftsführung“) beschlossen wurden (§ 109 Abs. 2 Nr. 4 d) GNotKG). Der Geschäftswert beträgt demgemäß  $2 \times 30.000 \text{ €} = 60.000 \text{ €}$  (§ 108 Abs. 1 Satz 2, § 105 Abs. 1 GNotKG). Die Satzungsbescheinigung löst keine gesonderten Gebühren aus (Vorbem. 2.1 Abs. 2 Nr. 4 KV). Die Registeranmeldung hat einen Geschäftswert von 95.000 €, weil jede Anmeldung gemäß § 111 Nr. 3 GNotKG einen besonderen Beurkundungsgegenstand bildet und für die Sitzverlegung, den Geschäftsführeintritt und -austritt je 30.000 € (§ 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG) und für die Anmeldung der Geschäftsanschrift 5.000 € (§ 105 Abs. 5 GNotKG) anfallen. Die Satzungsänderung bildet hingegen zur Sitzverlegung einen notwendigen Erklärungsinhalt und ist nicht gesondert zu bewerten.<sup>14</sup>

## 4. Kapitalerhöhungen

Auf Beschlüsse über Kapitalerhöhungen, die einen bestimmten Geldwert zum Gegenstand haben, findet nunmehr auch der Mindestwert von 30.000 € Anwendung (§ 108 Abs. 1 Satz 2, § 105 Abs. 1 GNotKG).

**Beispiel 12:** Bei der G GmbH wird durch Beschluss der Gesellschafter das Stammkapital von 25.000 € um 5.000 € auf 30.000 € erhöht. Die Satzung wird in § 2 entsprechend geändert. Als Übernehmer wird der Alleingesellschafter A zugelassen. Der Beschluss über die Kapitalerhöhung hat einen Geschäftswert von 30.000 € (§ 108 Abs. 1 Satz 2, § 105 Abs. 1 GNotKG). Die Satzungsänderung ist nicht gesondert zu bewerten, § 109 Abs. 2 Nr. 4 a) GNotKG. Die 2,0-Gebühr (Nr. 21100 KV) beträgt 250 €. Die Übernahmeerklärung löst eine 1,0-Gebühr nach § 97 Abs. 1 GNotKG aus 5.000 € i. H. v. 60 € aus. Gemäß § 94 Abs. 1 Hs. 2 GNotKG hat wegen der unterschiedlichen Gebührensätze eine Vergleichsrechnung stattzufinden. Insoweit ist eine 2,0-Gebühr aus 35.000 € günstiger (270 €) als die Summe der Gebühren (250 € + 60 € = 310 €). Die Erstellung der Übernehmerliste ist Vollzugstätigkeit (Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3), die eine 0,5-Gebühr aus 35.000 € i. H. v. 67,50 € nach Nrn. 22110, 22113 KV auslöst; für die nach Eintragung der Kapitalerhöhung zu erteilende Wirksamkeitsbescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG fällt eine Gebühr nach Nr. 22200 Nr. 6 KV wohl nicht an, weil der Notar bei einer Kapitalerhöhung ohnehin zur Vollzugsüberwachung verpflichtet ist und keine Betreuungstätigkeit im Auftrag der Beteiligten vornimmt, sondern seine Amtspflichten erfüllt.<sup>15</sup>

## 5. Geschäftsanteilsabtretungen

Geschäftsanteilsabtretungen stellen einen Austauschvertrag dar und sind nach § 97 Abs. 3 GNotKG nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 46 ff. GNotKG) zu bewerten. Bei einem Kauf unter Fremden wird man im Regelfall vom Kaufpreis ausgehen können, § 47 GNotKG. Steht kein Kaufpreis fest, hat man den Wert des Anteils zu ermitteln. Hierzu ist nach § 54 Satz 1 GNotKG bei Kapital- und Kommanditgesellschaften (nur für den KG-Anteil) grundsätzlich vom bilanziellen Eigenkapital nach § 266 Abs. 3 HGB auszugehen, das auf den

<sup>14</sup> Vgl. hierzu bereits *Diehn/Sikora/Tiedtke*, Das neue Notarkostenrecht, Rdnr. 449 ff.

<sup>15</sup> Str., vgl. Streifzug, a. a. O., Rdnr. 1147.

betroffenen Anteil entfällt. Bei Grundstücken, Gebäuden, grundstücksgleichen Rechten, Schiffen und Schiffsbauwerken ist der Buchwert herauszurechnen und durch deren Verkehrswert zu ersetzen, § 54 Satz 2 GNotKG. Diese Grundsätze gelten jedoch nicht bei überwiegend vermögensverwaltenden Gesellschaften. Insoweit bleibt es beim Schuldenabzugsverbot gemäß § 38 GNotKG, das auch für GbR- und oHG-Anteile sowie für Anteile eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KG gilt.

Für die Abtretung ist eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV zu erheben. Für Veräußerungsverträge zwischen verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG) sieht § 107 Abs. 2 GNotKG einen spezifischen Höchstwert von 10 Mio. € vor, wenn die Gesellschaft nicht überwiegend vermögensverwaltend tätig ist. Zustimmungsbeschlüsse zu einem bestimmten Rechtsgeschäft – zum Beispiel zu einer Anteilsabtretung oder zu einem Gewinnabführungsvertrag – haben denselben Geschäftswert wie das Rechtsgeschäft, dem zugestimmt wird, § 108 Abs. 2 GNotKG. Insoweit stellt die Norm eine Ausnahme zu § 98 Abs. 1 GNotKG dar.

**Beispiel 13:** Die Ärzte A, B, C und D haben eine Praxisgemeinschaft in Form einer GbR. Daneben haben sie eine Betriebs-GmbH. A möchte aus Altersgründen seine Beteiligung an E übertragen. Beim Notar geben die Beteiligten als „Kaufpreis“ für den GmbH-Anteil den Nennbetrag (7.500 €) an. Bei der GbR weisen sie zwar auf die Aktiva i. H. v. 1,6 Mio. €, zugleich aber auch auf Verbindlichkeiten i. H. v. 800.000 € hin. Das bilanzielle Eigenkapital der GmbH beträgt 160.000 €. A ist an beiden Gesellschaften zu je 1/4 beteiligt. Die Abtretung der Anteile erfolgt jeweils aufschiebend bedingt mit Kaufpreiszahlung. Während es für den GbR-Anteil bei einem Viertel der Aktiva i. H. v. 400.000 € verbleibt (§ 38 GNotKG; § 54 GNotKG kommt nicht zur Anwendung), beträgt der Geschäftswert für den GmbH-Anteil 40.000 € gemäß § 54 GNotKG. Der Wert des Beurkundungsverfahrens beträgt somit 440.000 €. Es fällt für die Erstellung der Liste bei der GmbH eine 0,5-Vollzugsgebühr i. H. v. 250 € an (Nrn. 22110, 22113 KV; Vorbem. 2.2.11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3). Die Wirksamkeitsbescheinigung löst zudem eine Betreuungsgebühr in Höhe von 0,5 aus dem Wert des Beurkundungsverfahrens, § 113 Abs. 1 GNotKG, i. H. v. 417,50 € aus (Anm. 6 zu Nr. 22200 KV), weil der Notar Umstände außerhalb der Urkunde prüft.

## 6. Umwandlungsrecht

Bei Beschlüssen nach dem Umwandlungsgesetz ist nach wie vor der Wert des Vermögens des übertragenden oder formwechselnden Rechtsträgers maßgebend, bei Abspaltungen oder Ausgliederungen der Wert des übergehenden Vermögens (§ 108 Abs. 3 GNotKG).

Für Gesellschaftsverträge und Satzungen sowie für Pläne und Verträge nach dem Umwandlungsgesetz bestimmt sich der Geschäftswert nach § 97 Abs. 1 GNotKG. Der Mindestwert beträgt 30.000 € und höchstens 10 Mio. € (§ 107 Abs. 1 GNotKG).

**Beispiel 14:** Die A GmbH soll auf die B GmbH verschmolzen werden. Das Aktivvermögen der A GmbH beträgt nach der Verschmelzungsbilanz 1,8 Mio. €. Insoweit erfolgt kein Schuldenabzug (§ 38 GNotKG). Der Wert des Beurkundungsverfahrens beträgt 3,6 Mio. € (1,8 Mio. € für den Verschmelzungsvertrag nach § 107 Abs. 1 GNotKG und weitere 1,8 Mio. € [§ 108 Abs. 3 GNotKG] für Zustimmungsbeschlüsse etc., wenn sie in einer Urkunde erfolgen, § 109 Abs. 2 Nr. 4 g) GNotKG). Gemäß § 35 GNotKG sind die Werte zu addieren, so dass die 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV 11.790 € beträgt.

## III. Familienrecht

### 1. Vorsorgende Eheverträge

Grundlegende Änderungen ergeben sich bei der Ermittlung des Geschäftswerts von Eheverträgen im Sinne von § 1408 BGB. Maßgeblich ist nunmehr das sog. modifizierte Reinvermögen jedes Ehegatten, das nach § 100 Abs. 1 Satz 3 GNotKG berechnet wird. Verbindlichkeiten werden abgezogen, jedoch nur maximal bis zur Hälfte des Aktivvermögens. Werden lediglich die Verfügungsbeschränkungen nach §§ 1365 und 1369 BGB ausgeschlossen, bestimmt § 51 Abs. 2 GNotKG einen Schätzwert von 30 %. Künftiges Vermögen, das in der Urkunde bereits konkret bezeichnet ist, wird mit 30 % des Werts des betroffenen Gegenstands gemäß § 100 Abs. 3 GNotKG angesetzt. Eheverträge lösen eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV aus. Rechtswahlen sind im Verhältnis zum Ehevertrag stets ein besonderer Beurkundungsgegenstand (§ 111 Nr. 4 GNotKG) und nach § 104 Abs. 1 GNotKG mit 30 % des nach § 100 GNotKG ermittelten Werts anzusetzen.

**Beispiel 15:** A (21) und B (19) wollen heiraten. A ist Deutscher, B Thailänderin. Die Ehe wird in Deutschland geschlossen. A und B wählen für die allgemeinen und güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe deutsches Recht. Sie vereinbaren Gütertrennung, schließen den Versorgungsausgleich aus, der bei einer Scheidung in Thailand ohnehin nicht durchzuführen wäre. Zudem wird jeglicher nahehehlicher Unterhalt, außer für den Fall der Betreuung gemeinsamer Kinder (insoweit bleibt es bei den deutschen gesetzlichen Bestimmungen), ausgeschlossen. Der Notar beurkundet den Vertrag in deutscher und englischer Sprache, weil B, die in England studiert hat, des Englischen hinreichend mächtig ist. A hat ein Aktivvermögen von 150.000 € und Schulden i. H. v. 100.000 €. Das modifizierte Reinvermögen der B beträgt 10.000 €. Damit beträgt das nach § 100 Abs. 1 GNotKG maßgebliche gemeinsame modifizierte Reinvermögen 85.000 € (75.000 € bei A und 10.000 € bei B). Es ist maßgeblich für die Gütertrennung. Für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 36 Abs. 1 bis 3 GNotKG von 5.000 € auszugehen. Für den Unterhaltsausschluss (= Austauschvertrag nach § 97 Abs. 3 GNotKG) gilt: (Angenommen) Monatswert 1.000 € x 12 x 20 (§ 52 Abs. 4 GNotKG); wegen der Ungewissheit über den Beginn ist jedoch ein Abschlag von 50 % gemäß § 52 Abs. 6 GNotKG gerechtfertigt, also: 120.000 €. Für die Rechtswahl fallen nach § 104 Abs. 1 GNotKG 30 % von 85.000 €, also 25.500 € an, so dass der Gesamtwert der Urkunde 235.500 € beträgt. Die 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV beträgt 1.070 €. Für die Beurkundung in fremder Sprache fällt eine Zusatzgebühr nach Nr. 26001 KV in Höhe von 30 % der für das Beurkundungsverfahren zu erhebenden Gebühr, also i. H. v. 321 € an.

### 2. Ehe- und Erbvertrag

Das Privileg, dass Erbverträge zusammen mit Eheverträgen nach § 46 Abs. 3 KostO ohne weitere Kosten mitbeurkundet werden konnten, wurde nicht in das GNotKG übernommen. Vielmehr bilden Ehe- und Erbverträge stets einen besonderen Beurkundungsgegenstand, § 111 Nrn. 1 und 2 GNotKG.

**Beispiel 16:** A und B vereinbaren Gütertrennung und setzen sich in erbvertraglich bindender Weise zu Alleinerben ein. Schlusserben sind die gemeinsamen Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Das getrennt ermittelte und sodann addierte modifizierte Reinvermögen von A und B beträgt 200.000 €. Insoweit ist der Wert des Beurkundungsverfahrens wegen § 111 Nrn. 1 und 2 GNotKG 400.000 € (2 x 200.000 €). Die zu erhebende 2,0-Gebühr beträgt 1.570 €.

### 3. Scheidungsvereinbarung mit Vermögensauseinandersetzung

Soweit Scheidungsvereinbarungen güterrechtliche Regelungen enthalten, liegt ein Ehevertrag nach § 1408 BGB vor, dessen Geschäftswert nach § 100 GNotKG zu bestimmen ist. Häufig findet jedoch auch eine Vermögensauseinandersetzung statt, die dann gemäß § 111 Nr. 2 GNotKG stets einen besonderen Beurkundungsgegenstand bildet. Die sich hierbei ergebende Werterhöhung ist auch bei der Vollzugsgebühr zu berücksichtigen, die sich nach § 112 GNotKG nach dem Wert des Beurkundungsverfahrens richtet.

**Beispiel 17:** A und B schließen eine Scheidungsvereinbarung. Sie sind je zur Hälfte Miteigentümer einer Eigentumswohnung (Wert 500.000 €; offene Darlehensverbindlichkeiten 350.000 €; hierzu ist eine Grundschuld über 400.000 € eingetragen). Das sonstige Vermögen des Ehemannes beträgt 30.000 €, das der Ehefrau 20.000 €. Schulden im Übrigen hat kein Beteiligter. A und B vereinbaren Gütertrennung. Zur Abgeltung von Zugewinnausgleichsansprüchen überträgt A seinen halben Miteigentumsanteil an der gemeinsamen Wohnung auf B, die insoweit die offenen Darlehensverbindlichkeiten übernimmt. Der Notar wird beauftragt, die Schuldübernahmeerklärung der Bank einzuholen. Für die Vereinbarung der Gütertrennung beträgt der Geschäftswert nach § 100 Abs. 1 GNotKG 290.000 € (mindestens die Hälfte des Wertes des Aktivvermögens eines jeden Ehegatten). Die Übertragung des halben Miteigentumsanteils an B (Wert: 250.000 €; gemäß § 38 GNotKG findet kein Schuldenabzug statt) ist nach § 111 Nr. 2 GNotKG ein besonderer Beurkundungsgegenstand. Der Wert des Beurkundungsverfahrens ist demnach 540.000 €. Die hieraus zu erhebende 2,0-Gebühr beträgt 2.030 €. Die 0,5-Vollzugsgebühr (Vorbem. Nr. 2.2.1.1 Nr. 8) nach Nr. 22110 wird aus 540.000 € errechnet (§ 112 GNotKG) und beträgt 507,50 €.

### 4. Adoption; Vaterschaftsanerkennung

Minderjährigenadoptionen haben nach § 101 GNotKG einen festen Geschäftswert von 5.000 €. Bei der Adoption Volljähriger sind nach § 36 Abs. 2 GNotKG die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Annehmenden angemessen zu berücksichtigen. Sachgerecht sind hierbei in der Regel 30-50 % des Reinvermögens des Annehmenden.<sup>15</sup> Vaterschaftsanerkennungen sind hingegen weiterhin gebührenfrei (Vorbem. 2 Abs. 2 KV).

## IV. Erbrecht

### 1. Testament

Einseitige Verfügungen von Todes wegen (Testamente) lösen gemäß Nr. 21200 KV eine 1,0-Gebühr aus. Vollständig neu ist die Bestimmung des Geschäftswerts in § 102 GNotKG, der jedoch in Anlehnung an § 100 GNotKG vom sog. modifizierten Reinvermögen ausgeht. Anders als § 100 GNotKG (vgl. dort Abs. 3) wird jedoch konkret bezeichnetes künftiges Vermögen mit seinem vollem Wert statt nur mit 30 % hinzugechnet. Beschränkt sich die Verfügung auf bestimmte Vermögensgegenstände, ist deren Wert maßgebend, wobei auch hierauf lastende Verbindlichkeiten nur bis zur Hälfte dieses Werts abzuziehen sind, § 102 Abs. 3 GNotKG. Auch im Verhältnis zu letztwilligen Verfügungen sind Rechtswahlen stets nach § 111 Nr. 4 GNotKG ein besonderer Beurkundungsgegenstand, die nach § 104 Abs. 2 GNotKG mit 30 %

des nach § 102 GNotKG zu ermittelnden Werts zu Buche schlagen.

**Beispiel 18:** E setzt seine Lebensgefährtin L in einem notariellen Testament zu seiner Alleinerbin ein und ordnet für sein Wohnhausgrundstück ein Vermächtnis zugunsten seiner Tochter T an. Insoweit ernennt er T zur Testamentsvollstreckerin, damit sie – unter Befreiung von § 181 BGB – das Vermächtnis ohne Mitwirkung der L erfüllen kann. Das Aktivvermögen des E beträgt 800.000 €, worin das Wohnhausgrundstück mit 600.000 € enthalten ist. Hierauf lasten noch Verbindlichkeiten i. H. v. 500.000 €. Da E nicht ausschließen kann, im Ruhestand nach Spanien zu ziehen, wo er Verwandtschaft hat, wählt er im Hinblick auf die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt durch die Europäische Erbrechtsverordnung ab 17.8.2015 deutsches Recht. Der Geschäftswert für das Testament beträgt nach § 102 Abs. 1 GNotKG 400.000 € (800.000 abzüglich 500.000 €, mindestens aber halbes Aktivvermögen). Das Vermächtnis ist nicht gesondert zu bewerten, argumentum e § 102 Abs. 1 Satz 3 GNotKG. Gleiches gilt für die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Für die Rechtswahl fallen 30 % nach § 104 Abs. 2 GNotKG aus 400.000 €, also 120.000 € an, so dass der Wert des Beurkundungsverfahrens 520.000 € beträgt. Die hieraus zu erhebende 1,0-Gebühr (Nr. 21200 KV) beträgt 1.015 €.

### 2. Erbvertrag, gemeinschaftliches Testament

Auch bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten ist der Geschäftswert nach § 102 GNotKG zu bestimmen. Es fällt jedoch eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV an (vgl. auch Vorbem. 2.1.1 Nr. 2 KV).

**Beispiel 19:** E setzt einseitig letztwillig seine Tochter T zur Alleinerbin ein. Seine nachgeheiratete Ehefrau F (Alter 65 Jahre) erhält erbvertraglich bindend ein lebenslanges Wohnungsrecht an der gemeinsam bewohnten Eigentumswohnung in München Schwabing (monatliche Vergleichsmiete 1.800 €). F verzichtet auf ihren Pflichtteil gegenüber E. Das modifizierte Reinvermögen von E beträgt 1 Mio. €. Die Erbinsetzung der T löst eine 1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV i. H. v. 1.735 € aus. Der Wert des Wohnungsrechts beträgt nach § 52 Abs. 4 GNotKG 1.800 € x 12 Monate x 10 = 216.000 €. Es löst eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV aus. Hinzu kommt der Pflichtteilsverzicht, der zu den Erbregelungen nach § 111 Nr. 1 GNotKG ein besonderer Beurkundungsgegenstand ist. Da der Pflichtteil der F  $\frac{1}{4}$  beträgt, ist der Wert nach § 102 Abs. 4 GNotKG 250.000 €. Die Werte für das Vermächtnis und den Pflichtteilsverzicht sind zu addieren (§ 35 Abs. 1 GNotKG). Aus dem Gesamtwert von 466.000 € fällt eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV i. H. v. 1.770 € an. Der Vergleich nach § 94 Abs. 1 und 2 GNotKG, nämlich eine 2,0-Gebühr aus 1.250.000 € (4.270 €) ist ungünstiger. In der Summe kostet die Urkunde 3.505 €.

### 3. Rückgabe eines Erbvertrags aus der notariellen Verwahrung

Liefert ein Notar einen Erbvertrag nicht an das Nachlassgericht ab, sondern verwahrt er ihn selbst, fällt nunmehr für die Rückgabe des Erbvertrags aus der notariellen Verwahrung eine 0,3-Gebühr nach Nr. 21300 KV an. Maßgeblich ist das modifizierte Reinvermögen bei Rücknahme, §§ 96, 102, 114 GNotKG. Die Gebühr ist auf Verfügungen von Todes wegen anzurechnen, die demnächst errichtet werden (Anm. zu Nr. 21300 KV). Da jedoch nunmehr bei Gericht für die Verwahrung letztwilliger Verfügungen eine wertunabhängige Festgebühr von 75 € (Nr. 12100 KV) anfällt, dürfte die Verwahrung durch Notare weiter an Bedeutung verlieren.

<sup>15</sup> So bereits *Diehn/Sikora/Tiedtke*, Das neue Notarkostenrecht, Rdnr. 645.

**Beispiel 20:** A und B möchten sich scheiden lassen. Das Ehepaar nimmt seinen 2003 mit einem Geschäftswert von 180.000 € errichteten Erbvertrag aus der notariellen Verwahrung zurück. Bei Rücknahme beträgt das modifizierte Reinvermögen des Ehemanns 150.000 €, das der Ehefrau 50.000 €. Die Ehefrau errichtet vier Wochen nach der Rücknahme beim Sozium des Notars ein neues Testament. Für die Rücknahme fällt gemäß Nr. 21300 KV eine 0,3-Gebühr aus einem Wert von 200.000 € an. Maßgeblich ist der Wert bei Rücknahme, § 96 GNotKG. Für das neue Testament der Ehefrau beträgt der Wert 55.000 €. Es hat nach der Anmerkung zu Nr. 23100 KV eine Anrechnung der Hälfte der Rücknahmegebühr zu erfolgen, auch wenn der Sozium die Beurkundung vornimmt (Vorbem. 2 Abs. 1 KV).

#### 4. Verzichtverträge

Auch bei Verzichtverträgen (Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht) ist Ausgangspunkt das modifizierte Reinvermögen nach § 102 Abs. 1 S. 1 und 2 GNotKG, vgl. § 102 Abs. 4 GNotKG. Maßgebend ist als Bruchteil die entsprechende Erb- oder Pflichtteilsquote.

**Beispiel 21:** Die kinderlose, alleinlebende K möchte erreichen, dass ihr einziger Bruder B ihr Alleinerbe wird. Das modifizierte Reinvermögen beträgt 300.000 €. Ihre Mutter ist vorverstorben, ihr Vater V lebt noch und ist wieder verheiratet. Der Vater hat keine letztwillige Verfügung, ist jedoch zu Erb- und Pflichtteilsverzichten gegenüber der Tochter bereit. K möchte den kostengünstigsten und sichersten Weg. Sie kann B zum Erben durch Testament (1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV aus 300.000 €, § 102 Abs. 1 GNotKG, also 635 €) einsetzen, flankiert durch einen Pflichtteilsverzicht des Vaters (der Pflichtteil beträgt  $\frac{1}{4}$  nach § 1925 Abs. 3, § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB, also 75.000 €, woraus gemäß § 102 Abs. 4 eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV erhoben wird, also 435 €). In der Summe fallen 1.070 € an. Billiger kommt ein Erbverzicht des V gegenüber K, der durch die Fiktion seines Vorversterbens (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB) zur gesetzlichen Alleinerbenstellung des B führt. Die 2,0-Gebühr (Nr. 21100 KV) aus 150.000 € (§ 102 Abs. 4) beträgt lediglich 708 €.

#### 5. Erbscheinsantrag

Bei Erbscheinsanträgen fällt nach wie vor eine 1,0-Gebühr für die hierzu erforderliche eidesstattliche Versicherung nach Nr. 23300 KV an. Hiermit ist auch die gleichzeitige Beurkundung des als solchen formlos möglichen Erbscheinsantrags abgegolten (Vorbem. 2.3.3. Abs. 2 KV). Auch weil § 40 GNotKG als maßgebliche Geschäftswertvorschrift für Notare und Gerichte gleichermaßen gilt, fallen damit auch künftig – von der durch Notare nach Nr. 32014 KV zu erhebenden Umsatzsteuer abgesehen – die gleichen Gebühren an. Nach § 40 Abs. 1 GNotKG ist Geschäftswert der Wert des Nachlasses, der sich lediglich um die vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten (sog. Erblässerschulden), nicht aber um Erbfallschulden (zum Beispiel Vermächtnisse – so aber noch § 107 Abs. 2 KostO) ermäßigt.

**Beispiel 22:** E hinterlässt ein Barvermögen von 300.000 €, Aktien, die zum Todeszeitpunkt einen Kurswert von 100.000 € und bei Beantragung des Erbscheins einen Wert von 120.000 € haben, sowie Verbindlichkeiten i. H. v. 5.000 € aus einem Verbraucherdarlehen bei der B Bank. Als Alleinerbe kommt A in Frage, der mit einem Vermächtnis zugunsten des B (Wert 30.000 €) belastet ist. Der Geschäftswert für den Erbscheinsantrag und die dazugehörige eidesstattliche Versicherung beträgt 395.000 €. Maßgeblich sind das Barvermögen

(300.000 €) sowie die Aktien mit dem Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls (100.000 €), § 40 Abs. 1 Satz 1 GNotKG. Hiervon sind lediglich die 5.000 € für das Darlehen als Erblässerschulden (§ 46 Abs. 1 Satz 2 GNotKG) abzuziehen, nicht aber das Vermächtnis als Erbfallschuld. Zu erheben ist eine 1,0-Gebühr nach Nr. 23300 KV i. H. v. 785 €.

## V. Vollmachten

### 1. Verkaufsvollmachten

Vollmachten lösen künftig eine 1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV (früher 0,5-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO) aus. Im Gegenzug hat der Gesetzgeber den Geschäftswert halbiert (§ 98 Abs. 1 GNotKG). Der Höchstwert für Vollmachten beträgt 1 Mio. Euro (§ 98 Abs. 4 GNotKG). Gleiches gilt für Zustimmungserklärungen. Gemäß § 109 Abs. 2 Nr. 1 GNotKG sind Patienten- und Betreuungsverfügung derselbe Beurkundungsgegenstand. Sie bilden jedoch ihrerseits zu Vollmachten gemäß § 110 Nr. 3 GNotKG einen verschiedenen Beurkundungsgegenstand. Während der Geschäftswert für die Vollmacht nach § 98 GNotKG zu bestimmen ist, ist für eine Betreuungs- und Patientenverfügung gemäß § 36 Abs. 2 GNotKG ein Wert von 5.000 € anzusetzen, der bei überdurchschnittlichen Vermögens- und Einkommensverhältnissen moderat erhöht werden kann (Multiplikation des Ausgangswerts).<sup>16</sup> Gemäß § 35 GNotKG sind die Werte zu addieren.

**Beispiel 23:** A ist Eigentümerin von zehn Einzimmerwohnungen in verschiedenen Mehrhausanlagen. Sie lebt im Ausland und möchte B bevollmächtigen, für sie die Wohnungen zu veräußern. Hierbei möchte sie einerseits den günstigsten Weg wählen, andererseits aber auch sicherstellen, dass die jeweiligen Käufer nicht erkennen, dass sie mehr als die betreffende Wohnung veräußert. Jede Wohnung hat einen Wert von 100.000 €. Denkbar wäre es, dass A zehn Verkaufsvollmachten notariell beurkunden oder beglaubigen lässt. In jedem Fall fällt hierfür zehn Mal eine 1,0-Gebühr (bei der Beurkundung nach Nr. 21200 KV, bei der Entwurfserstellung mit Beglaubigung nach Nr. 24101 KV) aus je 50.000 € (§ 98 Abs. 1 GNotKG) i. H. v. 165 €, in der Summe also von 1.650 € an. Um jedoch die Degressionswirkung auszunutzen, erscheint es vorzugswürdig, eine Vollmacht zu errichten, die alle zehn Wohnungen betrifft. Ihr Geschäftswert beträgt dann nach § 98 Abs. 1 GNotKG 500.000 € (10 x 100.000 €, davon die Hälfte). Die 1,0-Gebühr beträgt lediglich 935 €. Bei den Abverkäufen kann der Notar sich darauf beschränken, der Urschrift gemäß § 12 BeurkG eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht, den Abschriften hingegen eine Vollmachtenbescheinigung gemäß § 21 Abs. 3 BNotO beizufügen und im Übrigen auszugsweise beglaubigte Abschriften (§ 42 Abs. 3 BeurkG) oder Ausfertigungen (§ 42 Abs. 3 BeurkG analog) zu erteilen.<sup>17</sup> Hierfür fällt bei jedem Abverkauf sodann eine weitere Gebühr von 15 € nach Nr. 25214 KV an, die zum einen ohnehin der Käufer tragen dürfte und zum anderen, selbst in Summe zur Gebühr von 935 € addiert, (10 x 15 € = 150 + 935 = 1.085 €) noch unter dem Vergleichswert von 1.650 € liegt.

### 2. Handelsregistervollmachten

Eine Handelsregistervollmacht ist nicht unter § 98 Abs. 2 GNotKG zu subsumieren, weil kein Gegenstand vorliegt, bei

<sup>16</sup> Vgl. zu diesem Vorschlag *Diehn/Sikora/Tiedtke*, Das neue Notarkostenrecht, Rdnr. 854.

<sup>17</sup> Vgl. zu diesem Weg auch das Rundschreiben Nr. 23/2013 der BNotK vom 5.3.2009.

dem eine Mitberechtigung gegeben wäre. Werden demgemäß Handelsregistervollmachten zu einer bestimmten Anmeldung erteilt, ist nach § 98 Abs. 1 GNotKG die Hälfte des Werts der Anmeldung maßgebend, bei mehreren künftigen Anmeldungen ist der Geschäftswert die Hälfte des Werts der Summe dieser Anmeldungen.<sup>18</sup> Handelt es sich um unbestimmt viele künftige Anmeldefälle, ist der Geschäftswert nach § 98 Abs. 3 GNotKG nach billigem Ermessen zu bestimmen. Dies ist vor allem bei Vollmachten von Kommanditisten der Fall.

**Beispiel 24:** K tritt als Kommanditist mit einer Einlage von 5.000 € einem geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer KG bei. Er erteilt der Komplementärin Vollmacht, ihn bei allen künftigen Handelsregisteranmeldungen zu vertreten. Seine Beteiligung beträgt 50.000 €. Der Notar entwirft die Vollmacht und beglaubigt die Unterschrift des K. Maßgeblich ist nach § 98 Abs. 3 GNotKG nicht mehr der Wert der Einlage des K. Vielmehr ist § 105 Abs. 1 Satz 2 GNotKG zu beachten, der auch für Anmeldungen ohne bestimmten Geldwert einen Mindestwert von 30.000 € bestimmt.<sup>19</sup> Auch kann man über § 98 Abs. 1 GNotKG nicht zur Halbierung dieses Werts gelangen, weil jedenfalls bei K eine An- und Abmeldung als Kommanditist künftig zu erfolgen hat, die jeweils als besonderer Beurkundungsgegenstand (§ 111 Nr. 3 GNotKG) zu behandeln sind und somit mit jeweils 30.000 € zu Buche schlagen. Zu erheben ist demgemäß eine 1,0-Gebühr nach Nr. 24101 KV aus 30.000 € ( $1/2$  aus 60.000 €).

### 3. General- und Vorsorgevollmachten

Vorsorgevollmachten enthalten in der Regel neben einer Generalvollmacht in Vermögens- und persönlichen Angelegenheiten eine Betreuerbenennung sowie eine Patientenverfügung. Während Betreuerbenennung und Patientenverfügung denselben Beurkundungsgegenstand betreffen (§ 109 Abs. 2 Nr. 1 GNotKG) und jeweils nach § 36 Abs. 2 GNotKG – also nunmehr unter Berücksichtigung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse, im Regelfall aber mit dem Ausgangswert von 5.000 € nach § 36 Abs. 3 GNotKG zu bewerten sind, stellt die Vollmacht hierzu stets einen besonderen Beurkundungsgegenstand dar, § 110 Nr. 3 GNotKG. Der Wert ist nach § 98 Abs. 3 GNotKG nach billigem Ermessen zu bestimmen. Maßgeblich sind der Umfang der Vollmacht und das Vermögen des Vollmachtgebers, wobei die Hälfte des Aktivvermögens (kein Schuldenabzug!) nicht überschritten werden darf, § 98 Abs. 3 GNotKG. Richtigerweise muss man bei Vorsorgevollmachten auch den Vorsorgecharakter sowie etwaige Anweisungen zum Rückbehalt der für den Bevollmächtigten bestimmten Ausfertigung berücksichtigen, so dass es verfehlt wäre, stets vom halben Aktivvermögen bei Vorsorgevollmachten auszugehen. Zum früheren Recht wurden Abschläge von 20 bis 50 % von der Rechtsprechung angenommen.<sup>20</sup> Demgemäß erscheint es sachgerecht, jedenfalls bei Vorsorgevollmachten, bei denen die Ausfertigung zurückgehalten wird, einen Abschlag von 60-70 % vorzunehmen (10-20 % wegen des Vorsorgecharakters und der beschränkten Verwendung, 50 % wegen des allgemeinen Abschlags bei Vollmachten nach § 98 Abs. 3 Satz 2 GNotKG). In jedem Fall beträgt der Höchstwert 1 Mio. € (§ 98 Abs. 4 GNotKG).

**Beispiel 25:** A hat ein Aktivvermögen von 1 Mio. €. Er erteilt eine Vorsorgevollmacht im Wege der Generalvollmacht, wobei er im Innenverhältnis bestimmt, von der Vollmacht erst Gebrauch zu machen, wenn Gründe für eine Be-

treuerbestellung vorliegen; zudem sollen die für die Bevollmächtigten bestimmten Ausfertigungen an ihn gesandt werden. Er nimmt auch eine Betreuerbenennung vor und errichtet eine Patientenverfügung. Als Geschäftswert scheinen nach § 98 Abs. 3 GNotKG 305.000 € sachgerecht (Abschlag von 70 % auf das Aktivvermögen zzgl. 5.000 € für die Betreuerbenennung und Patientenverfügung, § 109 Abs. 2 Nr. 1, § 110 Nr. 3 GNotKG). Die 1,0-Gebühr beträgt 635 €.

## C. Gerichtskosten (Überblick)

### I. Register- und Grundbuchsachen

Während die Kosten für Eintragungen und Löschungen im Handelsregister nach wie vor in der HRegGebV<sup>21</sup> enthalten sind, finden sich die Kosten für Grundbuchsachen (Nr. 14110 ff. KV) sowie für das Vereins- und Güterrechtsregister im GNotKG. Grundbuchsachen werden dabei wie die Notarkosten nach der Tabelle B abgerechnet. Im Bereich des Vereins- und Güterrechtsregisters<sup>22</sup> haben hingegen Festgebühren Einzug gehalten. So fallen etwa unabhängig vom Geschäftswert 75 € für die Ersteintragung eines Vereins an (Nr. 13100 KV). Spätere Eintragungen schlagen mit 50 € (Nr. 13101 KV) zu Buche, sofern nicht sogar Kostenfreiheit<sup>23</sup> besteht.

In Grundbuchsachen fällt eine 1,0-Gebühr für die Eintragung des Eigentums (Nr. 14110 KV), die Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht, insbesondere Grundpfandrecht, soweit kein Briefrecht<sup>24</sup> vorliegt (Nrn. 14120, 14121 KV), die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum (Nr. 14112 KV) oder die Bestellung eines Erbbaurechts (Nr. 14121 KV) an. Eine 0,5-Gebühr löst die Eintragung einer Vormerkung (Nr. 14150 KV), die Veränderung eines beschränkten dinglichen Rechts (Nr. 14130 KV) oder die Löschung von Grundpfandrechten (Nr. 14140 KV) aus. Keine Kosten lösen der Rangrücktritt einer Eigentumsvormerkung, ihre Löschung oder die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks aus. Rangrücktritte im Übrigen lösen hingegen eine 0,5-Gebühr nach Nr. 14130 KV aus.

Gebührenfrei sind etwa die Eintragung einer Namens- oder Firmenänderung im Grundbuch, die Eintragung der Abtretung, Verpfändung oder Pfändung einer Eigentumsvormerkung oder auch die nachträgliche Eintragung der Vollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO. Hierfür sind keine Gebührentatbestände vorgesehen. Nach wie vor gebührenfrei innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall kann das Grundbuch durch Eintragung des Erben berichtigt werden (Anm. Abs. 1 zu Nr. 14110 KV). Wird ein Grundstück geteilt, werden mehrere vereinigt oder findet eine Bestandteilszuschreibung statt, löst diese grundsätzlich<sup>25</sup> eine Festgebühr von 50 € aus (Nr. 14160 KV), sofern kein Eigentumsübergang damit verbunden ist.

Durch § 44 Abs. 1 Satz 2 GNotKG ist nunmehr auch für das Grundbuchamt die Frage geklärt, dass bei Löschung einer Globalgrundschuld an der letzten Einheit nicht der Nennbetrag der Schuld maßgeblich ist, sondern der Wert dieser Einheit heranzuziehen ist, wenn dieser – wie in der Regel – niedriger ist.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu die Vorbem. 1.3 Abs. 1 Nr. 1 KV.

<sup>22</sup> Siehe hierzu Nr. 13200 f. KV.

<sup>23</sup> Vgl. die in der Anm. Abs. 3 zu Nr. 13101 KV genannten Fälle, wie etwa die Eintragung des Erlöschens eines Vereins.

<sup>24</sup> Insoweit fällt eine 1,3-Gebühr an, Nr. 14120.

<sup>25</sup> Beachte aber die Ausnahmen in Nr. 14160 Nr. 2 und Nr. 3 KV.

<sup>18</sup> Streifzug, a. a. O., Rdnr. 2405 f.

<sup>19</sup> Früher anders, vgl. § 41a Abs. 1 KostO.

<sup>20</sup> Vgl. etwa OLG Stuttgart, JurBüro 2000, 428 = ZNotP 2001, 37.

## II. Erbrecht

Ersatzlos gestrichen wurde der vom Gesetzgeber nicht mehr als zeitgemäß erachtete Erbschein, der auf Grundbuchzwecke beschränkt war.<sup>26</sup>

Für die Verwahrung einer Verfügung von Todes wegen fällt künftig keine wertabhängige Gebühr, sondern eine einmalige

<sup>26</sup> Vgl. früher § 107 Abs. 3 KostO.

Festgebühr i. H. v. 75 € an (Nr. 12100 KV). Dies gilt auch bei einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag. Für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen fallen nach Nr. 12101 KV wertunabhängig 100 € an. Erbscheinsanträge lösen nach wie vor bei Notar und Gericht dieselben Gebühren aus.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Siehe hierzu bereits B. IV. 5.

# Das Aufladen bzw. Wiederverwenden der Vormerkung ist tot, es lebe das Kongruieren

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 21.3.2013, V ZB 74/12 –<sup>1</sup>

Von Notarassessor PD Dr. *Christoph Reymann*, LL.M. Eur., Würzburg

Die Gestaltungspraxis zu Rückauflassungsvormerkungen in Überlassungsverträgen ist in Bewegung. Mit Beschluss vom 3.5.2012 hatte der BGH bekanntlich zu entscheiden, ob und inwiefern eine Vormerkung auch für einen inhaltlich erweiterten Anspruch wiederverwendet werden kann. Er verneinte das Aufladen einer Vormerkung durch einen abtretbaren bzw. vererblichen Anspruch, sofern die Vormerkung ursprünglich lediglich für einen nicht abtretbaren bzw. nicht vererblichen Anspruch bestellt worden war,<sup>2</sup> und erteilte damit zahlreichen Stimmen in Literatur und Rechtsprechung eine Absage, die einen Unrichtigkeitsnachweis anhand der Sterbeurkunde wegen der Möglichkeit des Wiederaufladens verneint hatten.<sup>3</sup> Eine Rückauflassungsvormerkung kann seitdem durch Vorlage der Sterbeurkunde des Berechtigten gelöscht werden, sofern sie ursprünglich zur Sicherung eines nicht abtretbaren und auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Anspruchs bestellt wurde. Der BGH bestätigte diese Rechtsprechung durch Beschluss vom 21.3.2013. Zahlreiche Folgefragen der Gestaltungspraxis bedurften jedoch auch in der Bestätigungsentscheidung keiner Beantwortung.

## I. Überschlägige Chronologie der BGH-Rechtsprechung

Für die Praxis hatte der V. Zivilsenat des BGH den Stein des „Wiederverwendens“ im Jahre 1999 ins Rollen gebracht, als er entschied, dass eine im Grundbuch noch eingetragene Vormerkung, die wegen Aufhebung des gesicherten Anspruchs erloschen war, zur Absicherung eines neuen, inhaltsidentischen Anspruchs wiederverwendet werden konnte.<sup>4</sup> Im Jahre 2007 urteilte der BGH dann bekanntlich weiterführend, dass eine im Grundbuch eingetragene Rückauflassungsvormerkung durch Neubewilligung mit zusätzlichen Rückübertragungsgründen unterlegt werden könne.<sup>5</sup> Daraus resultierte im Grundbuchverfahren das Problem, dass zahlreiche Grundbuchämter und OLG die Löschung von Rückauflassungsvormerkungen durch Unrichtigkeitsnachweis in Gestalt der Vorlage der Sterbeurkunde verweigerten, weil selbst bei einem mit dem Tod des Berechtigten erlöschenden Rückübertragungsanspruch niemals ausgeschlossen werden konnte,

dass die Vormerkung nicht möglicherweise nachträglich mit zusätzlichen Bedingungen bzw. Rückübertragungsgründen versehen, insbesondere durch einen transmortale fortbestehenden Rückübertragungsanspruch ausgetauscht worden war.<sup>6</sup>

Diesen spekulativen Einwänden bei der Löschung von Rückauflassungsvormerkungen schob der BGH durch seine Rechtsprechung vom 3.5.2012 zu Recht einen Riegel vor. Der BGH entschied, dass die unrichtig gewordene Eintragung einer Vormerkung durch eine nachträgliche Bewilligung für einen neuen Anspruch nur dann wiederverwendet werden könne, wenn Anspruch, Eintragung und Bewilligung kongruent seien.<sup>7</sup> An dieser Übereinstimmung fehle es, wenn die Vormerkung für einen höchstpersönlichen, nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch des Berechtigten eingetragen sei, die Vormerkung laut nachfolgender Bewilligung aber einen anderweitigen, vererblichen Anspruch sichern solle. In einem solchen Fall überschreite der nachfolgend abgesicherte Anspruch den ursprünglich

<sup>1</sup> In diesem Heft S. 476

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, MittBayNot 2013, 37 m. Anm. *Preuß*.

<sup>3</sup> Vgl. nur OLG Köln, Beschluss vom 25.11.2009, 2 Wx 98/09, FGPrax 2010, 14; OLG Schleswig, Beschluss vom 9.7.2010, 2 W 94/10, RNotZ 2011, 108.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175 = MittBayNot 2000, 104 m. Anm. *Demharter*.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07, MittBayNot 2008, 212 m. Anm. *Demharter*.

<sup>6</sup> Statt aller OLG Köln, Beschluss vom 25.11.2009, 2 Wx 98/09, MittBayNot 2010, 473; OLG Schleswig, Beschluss vom 9.7.2010, 2 W 94/10, RNotZ 2011, 108; OLG Bremen, Beschluss vom 3.11.2010, 3 W 17/10, DNotZ 2011, 689; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, I-3 Wx 266/10, DNotZ 2011, 694; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.2.2011, 20 W 440/10, Rpfleger 2011, 492; KG Berlin, Beschluss vom 24.2.2011, 1 W 472/10, Rpfleger 2011, 365.

<sup>7</sup> Dies bestätigend BGH, Beschluss vom 10.5.2012, V ZB 156/11, DNotZ 2012, 763, 767 Tz. 18; BGH, Beschluss vom 27.9.2012, V ZB 57/12, BeckRS 2012, 21395.

vormerkungsgesicherten Anspruch inhaltlich.<sup>8</sup> Mit dem jetzigen Beschluss vom 21.3.2013 bestätigt der BGH dieses Kongruenzerfordernis.<sup>9</sup>

Dem Beschluss vom 21.3.2013 lag als Sachverhalt zugrunde, dass ein Grundstückseigentümer im Jahre 1993 mit seiner Mutter einen Übertragungsvertrag geschlossen hatte, in dem eine vormerkungsgesicherte, durch die Fälle der Grundstücksveräußerung/-belastung bzw. Insolvenzeröffnung bedingte Rückübereignungsvereinbarung getroffen und auch zugunsten des Stiefvaters als Rückforderungsberechtigten im Grundbuch eingetragen wurde. Ähnlich wie in den BGH-Beschlüssen vom 3.5.2012 war der bedingte Rückübereignungsanspruch weder übertragbar noch vererblich, was letztlich eine Löschung der Vormerkung anhand der Sterbeurkunde des Vaters durch Nachweis der Unrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1 Satz. 1, § 29 Abs. 1 GBO ermöglichte. Während das OLG München als Beschwerdegericht in seinem Beschluss vom 26.3.2012 eine Löschung durch Unrichtigkeitsnachweis noch unter Hinweis auf die nicht auszuschließende Wiederverwendung der Vormerkung abgelehnt hatte,<sup>10</sup> verneinte der BGH diese Möglichkeit mangels denkbarer Kongruenz, hob die Entscheidung des OLG auf und wies das Grundbuchamt an, die Eintragung der Löschung nicht aufgrund des Einwands des Wiederverwendens abzulehnen.

## II. Offene Fragen der Kongruenzrechtsprechung

Durch den Bestätigungsbeschluss vom 21.3.2012 hat der BGH den Paradigmenwechsel vom Aufladen bzw. Wiederverwenden zum Kongruieren gewissermaßen besiegelt.<sup>11</sup> Leider bestand für den BGH jedoch kein Anlass, zu wichtigen Folgefragen Stellung zu nehmen, welche die Praxis seit dem 3.5.2012 beschäftigen.

### 1. Verhältnis zwischen Bewilligung und gesichertem Anspruch

Diskutiert wird derzeit insbesondere, welches Element für das Kongruenzerfordernis am Ende prägend ist – die ursprüngliche Bewilligung oder der ursprünglich gesicherte Anspruch?

Teilweise wird in der Literatur davon ausgegangen, dass vormerkungsprägend und maßgeblich allein die ursprüngliche Bewilligung sei; nehme man jenseits der Grundvoraussetzungen für das Wiederverwenden (identischer Anspruchsschuldner, identischer Anspruchsgläubiger und identisches Anspruchsziel) keine weiteren Elemente des gesicherten Anspruchs in die Bewilligung auf, könne die Vormerkung als abstrakte Hülse und Sicherungsmittel für künftige Ansprüche vergleichsweise weitgehend für alle Arten von schuldrechtlichen Ansprüchen, die auf dieselbe dingliche Rechtsänderung gerichtet seien, eingesetzt werden.<sup>12</sup> Dem setzt eine andere Ansicht entgegen, dass die Eintragung der Vormerkung nicht nur dadurch, wie der gesicherte Anspruch in der Bewilligung formuliert werde, sondern unabhängig von dem Konkretisierungsgrad der Bewilligung durch den ursprünglich gesicher-

ten Anspruch geformt und ausgestaltet werde. Wegen ihrer Akzessorietät könne die Vormerkung später zwar enger als der ursprünglich gesicherte Anspruch gefasst werden, niemals aber weiter. Maßstabsetzend sei auch der zugrundeliegende Anspruch.<sup>13</sup>

Beide Ansätze haben etwas für sich. Zwar muss Ausgangspunkt jeder Betrachtung – wie der BGH in seiner Rechtsprechung vom 3.5.2012 zum Ausdruck brachte – die Ausgestaltung der materiellen Bewilligung sein. So kommt – um nur ein Beispiel zu nennen – das Aufladen mit einem künftigen Anspruch für den Fall, dass die Bewilligung auf Sicherung eines aktuellen Anspruchs lautet, genauso wenig in Betracht wie wenn die Bewilligung auf Sicherung eines auflösend bedingten oder auflösend befristeten Anspruchs lautet und das Aufladen mit einem unbedingten oder unbefristeten Anspruch in Frage steht. Daneben werden die Grenzen der Wiederverwendung jedoch – und zwar unabhängig davon, wie konkret der gesicherte Anspruch in der Bewilligung bezeichnet wird – auch durch die Ausgestaltung des gesicherten Anspruchs gesteckt. Dies dürfte vor allem dann gelten, wenn in der Bewilligung nur der Anspruchsschuldner, der Anspruchsgläubiger und das Anspruchsziel wiedergegeben sind. Nicht alle Elemente des gesicherten Anspruchs dürften dabei maßstabbildend sein, sondern nur diejenigen, die zum dinglichen Inhalt der Vormerkung zählen – also diejenigen, die über die Sicherungswirkung der Vormerkung (§ 883 Abs. 2 BGB) oder deren Durchsetzung (vgl. § 886 BGB) entscheiden. Die Grenzziehung, welche Elemente dies sind, ist nicht einfach. Anerkannte Abgrenzungskriterien gibt es zu dieser Frage (noch) nicht.<sup>14</sup>

### 2. Abgrenzung des Kongruierens von anderen Instituten

Des Weiteren stellt sich seit dem 3.5.2012 unter neuen Vorzeichen die Frage, wann noch ein Aufladen der Vormerkung bzw. „Kongruieren“ ausreichend und in welchen Fällen bereits – die Anwendbarkeit des § 877 BGB vorausgesetzt<sup>15</sup> – eine Inhaltsänderung oder eine teilweise Neubestellung (§ 885 Abs. 1 BGB) der Vormerkung notwendig ist. Auch hierzu fehlen bislang allgemeingültige Abgrenzungskriterien.

#### a) Beispielfälle der Abgrenzung

Überzeugend erscheint es, die identitätswahrende Wiederverwendung auf der einen Seite von der Inhaltsänderung (§ 877 BGB) und der teilweisen Neubestellung (§ 885 Abs. 1 BGB) auf der anderen Seite aus dem Blickwinkel eines konkurrierenden dinglich gesicherten Gläubigers dahingehend abzugrenzen, dass kein „Kongruieren“ mehr gegeben ist, wenn die Position der Gläubiger nicht nur dem Range nach verschlechtert wird. Die Grenze zur Inhaltsänderung bzw. teilweisen Neubestellung dürfte danach stets dann überschritten sein, wenn das Wesen der Sicherungswirkung der Vormerkung derart modifiziert wird, dass die Anspruchsdurchsetzung erweitert bzw. erleichtert und konkurrierende Gläubiger, die am Grundstück dinglich berechtigt sind, beeinträchtigt werden. Quantitative Erweiterungen des ursprünglich gesicherten Anspruchs (zum Beispiel die Übertragung des gesamten

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, MittBayNot 2013, 37, 38.

<sup>9</sup> So bereits BGH, Beschluss vom 10.5.2012, V 156/11, DNotZ 2012, 763.

<sup>10</sup> OLG München, Beschluss vom 26.3.2012, 34 Wx 199/11, RNotZ 2012, 506.

<sup>11</sup> BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, MittBayNot 2013, 37 m. Anm. Preuß; BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 112/11, ZEV 2012, 677; im Überblick Krüger, ZNotP 2013, 11, 12 f.

<sup>12</sup> Krauß, notar 2012, 317, 320 ff.

<sup>13</sup> Hertel, DAI-Skript 10. Jahresarbeitsstagung des Notariats, 2012, S. 42 f.; der Bewilligung gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen der h. M. grundsätzlich materiellrechtlichen Charakter absprechend Kessler, NJW 2012, 2765.

<sup>14</sup> Vgl. Zimmer, JZ 2012, 1134, 1136.

<sup>15</sup> Vgl. Staudinger/Gursky, Neubearb. 2013, § 883 Rdnr. 353 ff.; krit. insofern Krüger, FS Krämer, 2009, S. 475, 492.

Grundstücks anstelle einer Teilfläche) dürften nach diesem Maßstab genauso wenig eine kongruente Wiederverwendung erlauben wie qualitative Änderungen, die dem Vormerkungsberechtigten die Anspruchsdurchsetzung erleichtern (zum Beispiel die Umwandlung eines Anspruchs aus Kaufvertrag in einen Anspruch aus Schenkungsversprechen wegen des Verlusts der Einrede gemäß § 320 BGB)<sup>16</sup> oder den Sicherungsumfang bzw. die Sicherungsdauer der Vormerkung erweitern (zum Beispiel die Umwandlung eines aktuellen in einen künftigen Anspruch gemäß § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB)<sup>17</sup>.

Hiervon abzugrenzen sind zum einen Fälle, in denen trotz Vorliegens eines Kongruenzfalls selbst eine Neubewilligung entbehrlich ist – beispielsweise weil bloße Kaufmodalitäten geändert werden wie die Höhe des Kaufpreises oder eine Fertigstellungsverpflichtung des Verkäufers.<sup>18</sup> Zum anderen sind diejenigen Konstellationen meist unproblematisch, in denen zwar ein Wiederverwendungs- bzw. Kongruenzfall gegeben ist, aber weder eine Inhaltsänderung noch eine teilweise Neubestellung vorliegt, zum Beispiel weil lediglich weitere Entstehungsgründe für einen bedingten Rückübereignungsanspruch vereinbart werden<sup>19</sup> oder eine wiederverwendungs-immanente Änderung betroffen ist. Wiederverwendungs-immanent dürften Änderungen beispielsweise dann sein, wenn ein Übereignungsanspruch den gleichen Inhalt und die gleiche Fälligkeitsfrist wie der alte Anspruch aufweist, aber wiederverwendungsbedingt nicht im Jahre 01, sondern im Jahre 03 zu erfüllen ist. Dasselbe dürfte gelten, wenn eine Vormerkung nach Ablauf der Bindungsfrist mit einem neuen inhaltsgleichen Angebot mit identischer Bindungsfrist unterlegt wird. Derartige Änderungen dürften lediglich zu einem Verlust der rangwahren Wirkung führen (§ 883 Abs. 2 BGB).<sup>20</sup> Der Anwendungsbereich von § 877 BGB bzw. § 885 Abs. 1 BGB dürfte nach der neuen Kongruenzrechtsprechung des BGH dagegen eröffnet sein, wenn bei einem bestehen bleibenden Angebot die Bindungsfrist verlängert wird. Dies hatte auch die frühere obergerichtliche Rechtsprechung so gesehen.<sup>21</sup> Wesentlich großzügiger verfährt in dieser Hinsicht die jüngere Literatur und Rechtsprechung, die bei einer Verlängerung der Bindungsfrist weder eine Neubewilligung noch eine Zustimmung konkurrierender Gläubiger für erforderlich hält, weil nichts anderes gelten würde, wenn das Angebot sofort unter Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder eines aufschiebend bedingten Aufhebungsvertrags angenommen werden würde.<sup>22</sup>

Ebenfalls ungeklärt ist derzeit, ob ein Wiederverwenden oder eine Inhaltsänderung bzw. teilweise Neubestellung vorliegt, wenn statt einer lastenfreien Übereignung eine Übereignung

unter Übernahme dinglicher Belastungen oder umgekehrt vereinbart wird. Ist ein Anspruch auf lastenfreie Eigentumsübertragung gerichtet, so handelt es sich hierbei um einen einheitlichen Anspruch, der durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann.<sup>23</sup> Zwar könnte man argumentieren, dass der Anspruch auf lastenfreie Übertragung im Vergleich zu einem Anspruch auf Übertragung von belastetem Eigentum ein inkongruentes aliud ist und daher eine Inhaltsänderung gemäß § 877 BGB erforderlich macht. Aus dem typisierten Blickwinkel eines konkurrierenden Gläubigers dürfte jedoch eine großzügigere Beurteilung naheliegen. Denn wird allein die Belastungssituation geändert, wird entweder die Position konkurrierender Gläubiger verbessert (zum Beispiel Umwandlung eines Anspruchs auf lastenfreie Übertragung in einen Anspruch auf Übertragung unter Übernahme von Belastungen) oder die Position konkurrierender Gläubiger wird zumindest nicht beeinträchtigt (zum Beispiel Umwandlung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung unter Übernahme von Belastungen in einen Anspruch auf lastenfreie Übertragung, weil in diesem Fall die bereits im Grundbuch eingetragenen Gläubiger nicht ohne Mitwirkung ihre Position verlieren). Somit dürfte es in Fällen wie diesen naheliegen, weder eine Inhaltsänderung noch eine teilweise Neubestellung für notwendig zu erachten, sondern die Grundsätze der Wiederverwendung zur Anwendung zu bringen, mit der Folge, dass zum Beispiel Gläubiger, die zwischenzeitlich eine Berechtigung erworben haben, einer Umwandlung in einen Anspruch auf lastenfreie Übertragung zustimmen müssten.<sup>24</sup>

#### b) Vorsorgliche Einhaltung von §§ 877, 885 Abs. 1 BGB

In Zweifelsfällen, die bisher ungeklärt sind bzw. in denen nicht eindeutig zu beantworten ist, ob ein Kongruenzfall oder ein Fall der Inhaltsänderung bzw. (teilweisen) Neubestellung vorliegt, dürfte es sich empfehlen, vorsorglich die Anforderungen einzuhalten, die § 877 BGB bzw. § 885 Abs. 1 BGB jeweils aufstellen. Materiellrechtlich zählt hierzu neben der Einigung des Grundstückseigentümers mit dem Vormerkungsberechtigten bzw. der Neubewilligung der Vormerkung die Grundbucheintragung der Änderung bzw. Erweiterung; grundbuchverfahrensrechtlich bedarf es der Bewilligung des Grundstückseigentümers, bei einer Änderung zulasten des Vormerkungsberechtigten auch dessen Bewilligung (§ 19 GBO). Buchungstechnisch dürfte selbst bei einer teilweisen Neubestellung (§ 885 Abs. 1 BGB) die Änderung der ursprünglichen Eintragung bzw. des Bezugnahmevermerks unter Beifügung der neuen Vertragsurkunde zu den Grundakten ausreichen.<sup>25</sup> Ablehnen dürfte das Grundbuchamt einen vorsorglich auf Änderung der ursprünglichen Eintragung bzw. des Bezugnahmevermerks gerichteten Eintragungsantrag wohl selbst dann nicht, wenn eigentlich eine Wiederverwendung durch Neubewilligung außerhalb des Grundbuchs ausreichend wäre. Denn den Beteiligten muss selbst in einem eindeutigen Wiederverwendungsfall das Recht zugesprochen werden, den dinglichen Inhalt der Vormerkung gemäß § 877 BGB auf den neuen gesicherten Anspruch zu beschränken, also dahingehend einzuengen, dass beispielsweise ein Wiederverwenden mit einer dem alten Anspruch entsprechenden Anspruchsposition nicht mehr möglich ist. Dass die Beteiligten in jedem Fall den Eintragungsvermerk ändern, ist nicht zuletzt auch deswegen zu empfehlen, um das Risiko eines im

<sup>16</sup> A. A. MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 885 Rdnr. 36; Wacke, DNotZ 1995, 507, 514; ebenfalls großzügiger bei einer Änderung der Gegenleistung bzw. bei einem Verlust der Einrede gemäß § 320 BGB Staudinger/Gursky, Neubearb. 2013, § 883 Rdnr. 355 f.

<sup>17</sup> Strenger in Bezug auf die Umwandlung in einen bedingten Anspruch MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 885 Rdnr. 36.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 182 f. = MittBayNot 2000, 104, 106.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07, MittBayNot 2008, 212.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175 = MittBayNot 2000, 104; BGH, Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07, MittBayNot 2008, 212.

<sup>21</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 2.3.1993, 22 U 145/91, MittBayNot 1994, 133; OLG Köln, Urteil vom 13.11.1975, 14 U 71/75, NJW 1976, 631.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.6.2013, I-3 Wx 82/13, BeckRS 2013, 10980; MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 885 Rdnr. 36; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2013, § 883 Rdnr. 357.

<sup>23</sup> Gutachten, DNotI-Report 2007, 185, 187; vgl. auch BGH, Urteil vom 2.7.2010, V ZR 240/09, DNotZ 2011, 125.

<sup>24</sup> In diese Richtung weisend BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175 = MittBayNot 2000, 104.

<sup>25</sup> Staudinger/Gursky, Neubearb. 2013, § 883 Rdnr. 356; MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 885 Rdnr. 37.

Hinblick auf das Wiederverwenden gutgläubigen lastenfreien Erwerbs vorsorglich auszuschließen.<sup>26</sup> Darüber hinaus bietet es sich an, die im Einzelfall erforderlichen Gläubigerzustimmungen einzuholen.

### III. Grundbuchberichtigung bei Rückauflassungsvormerkungen

Trotz der neuen Kongruenzrechtsprechung gibt es nach wie vor grundbuchverfahrensrechtliche Problemkonstellationen bei der Löschung von Vormerkungen durch Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1 GBO). So ist bei Rückauflassungsvormerkungen, bei denen die Bewilligung oder der gesicherte Anspruch nicht ausdrücklich nicht vererblich gestellt wurden, unsicher, ob und inwiefern die BGH-Rechtsprechung vom 3.5.2012 eine Löschungserleichterung bietet und damit die Sterbeurkunde des ursprünglich Vormerkungsberechtigten als Löschungsnachweis ausreichend ist. Auch diese Frage musste der BGH in seinem Beschluss vom 21.3.2013 leider nicht beantworten.

#### 1. Keine Privilegierung vererblich gestellter Ansprüche

Grundsätzlich lässt sich wohl festhalten, dass von der erleichterten Löschungsmöglichkeit im Sinne der neuen Kongruenzrechtsprechung jedenfalls die Konstellationen nicht erfasst sind, in denen eine selbst nicht befristete Vormerkung auf die Erben übergehen kann, weil zumindest der infolge Bedingungseintritts noch zu Lebzeiten des Vormerkungsberechtigten entstandene Rückübertragungsanspruch ausdrücklich vererblich gestellt ist.<sup>27</sup> Nach wie vor ungeklärt sind dagegen die Fälle, in denen ausdrücklich weder positiv noch negativ geregelt ist, ob die Vormerkung bzw. der gesicherte Anspruch auf die Lebenszeit des Rückforderungsberechtigten beschränkt sein soll. Zwar kommt die Löschung einer Vormerkung durch Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nur dann in Betracht, wenn der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass jede Möglichkeit des Entstehens oder des Bestehens des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist.<sup>28</sup> Dennoch ist das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet auszulegen, ob der bedingte Rückübertragungsanspruch nach der Interessenlage der Parteien mit dem Tod des Rückforderungsberechtigten erlöschen sollte.<sup>29</sup> Freilich sind einer solchen Auslegung Grenzen gesetzt durch den das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und das Erfordernis urkundlich zu belegenden Eintragungsunterlagen. Ist eine Auslegung, dass der Rückübertragungsanspruch mit dem Tod des Berechtigten untergehen sollte, nicht möglich, kann das Grundbuchamt anhand einer Zwischenverfügung die Vorlage einer Löschungsbewilligung der Erben (§§ 22, 19, 29 GBO) und einen Nachweis der Erbenstellung verlangen (§ 35 Abs. 1 GBO).

#### 2. Obergerichtliche Rechtsprechung zum Unrichtigkeitsnachweis

Was die Löschung mittels Sterbeurkunde anbelangt, versinnbildlichen zwei neuere OLG-Entscheidungen, dass die Kon-

gruenzrechtsprechung des BGH durchaus unterschiedlich umgesetzt werden kann.

Das OLG Nürnberg bejahte etwa den Nachweis der Unrichtigkeit in Fortführung der BGH-Rechtsprechung vom 3.5.2012 in einem Fall, in dem eine Vormerkungsberechtigte Rückübertragung nur dann geltend machen konnte, wenn der Grundstückseigentümer bis zu einem bestimmten Kalendertag verstarb. Diese Bedingung (Versterben bis zum 13.12.2011 im konkreten Fall) sah das OLG Nürnberg auch für die Grundbucheintragung als prägend an, mit der Folge, dass ein nachträgliches Aufladen der Vormerkung mit einem Anspruch, der nicht unter der gleichen (einschränkenden) Bedingung stand, ausgeschlossen war. In Anbetracht der Tatsache, dass der Grundstückseigentümer persönlich nach Ablauf des maßgeblichen Kalendertages (31.12.2011) die Löschung der Vormerkung beim Grundbuchamt bewilligt und beantragt hatte, sah das OLG Nürnberg den Nachweis des Überlebens in der Form des § 29 Abs. 1 GBO in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise als erbracht an. Anhand urkundlich belegter Tatsachen war dargelegt, dass die Bedingung ausgefallen war und zukünftig nicht mehr eintreten konnte.<sup>30</sup>

Weniger überzeugend und eher formalistisch fiel dagegen eine Entscheidung des OLG Celle aus.<sup>31</sup> In dem zugrundeliegenden Fall war durch die Rückübertragungsvormerkung ein Anspruch gesichert, der in seiner Entstehung nicht an eine Überlebensbedingung geknüpft war. In Frage stand vielmehr ein vormerkungsgesicherter Rückübertragungsanspruch, der mit einer Verfügungsunterlassungsverpflichtung versehen und laut Urkunde „nicht übertragbar und vererblich“ war. Das OLG Celle verneinte den Nachweis der Unrichtigkeit gemäß §§ 22, 29 GBO und begründete dies damit, dass die Formulierung „nicht übertragbar und vererblich“ Spielraum für die Auslegungsvariante lasse, dass der Anspruch zwar nicht übertragbar, wohl aber vererblich ausgestaltet wurde.<sup>32</sup> Demzufolge hielt es eine Löschungsbewilligung der Erben (§ 19, § 29 Abs. 1 GBO) und einen Erbnachweis in grundbuchtauglicher Form (§ 35 Abs. 1 GBO) für erforderlich.

### IV. Löschungserleichterungen aus Gestaltungsicht

Wie kann die Kongruenzrechtsprechung des BGH durch die Gestaltungspraxis umgesetzt werden? – Diese Frage stellt sich vor allem bei Überlassungsverträgen.

#### 1. Unvorteilhafte Gestaltungen

Zunächst besteht für die Beteiligten die Möglichkeit, dass sie den zu Lebzeiten durch Gestaltungserklärung bereits geltend gemachten Rückübertragungsanspruch vererblich stellen und flankierend dazu auch die Vormerkung nicht durch einen Endtermin beschränken. Dies hat zur Folge, dass auch die Erben nach dem Versterben des Vormerkungsberechtigten umfassenden Vormerkungsschutz genießen. Als Kehrseite der Medaille kommt allerdings eine Löschung der Vormerkung nicht ohne Mitwirkung der Erben in Betracht. Vielmehr kann das Grundbuchamt eine Löschungsbewilligung der Erben (§ 19, § 29 Abs. 1 GBO) und einen Nachweis der Erbfolge (§ 35 Abs. 1 GBO) verlangen.

<sup>26</sup> Siehe hierzu *Amann*, NotBZ 2012, 201.

<sup>27</sup> *Böhringer*, NotBZ 2013, 47, 49; *Reymann*, EWiR 2012, 449, 450.

<sup>28</sup> BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, MittBayNot 2013, 37; BayObLG, Beschluss vom 7.11.1996, 2 Z BR 111/96, MittBayNot 1997, 100.

<sup>29</sup> Dies grundsätzlich ablehnend *Bestelmeyer*, notar 2013, 157, 149.

<sup>30</sup> OLG Nürnberg, Beschluss vom 28.8.2012, 15 W 1364/12, DNotZ 2013, 26.

<sup>31</sup> OLG Celle, Beschluss vom 30.8.2012, 4 W 156/12, DNotZ 2013, 126.

<sup>32</sup> OLG Celle, Beschluss vom 30.8.2012, 4 W 156/12, DNotZ 2013, 126, 129.

Ebenfalls nicht zielführend erscheint es, jeden vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch – wie in dem BGH-Fall – höchstpersönlich sowie nicht vererblich und nicht veräußerlich zu gestalten. Denn in aller Regel wollen die Beteiligten zwar nicht das Gestaltungsrecht, aber den zu Lebzeiten entstandenen Rückübertragungsanspruch vererblich vereinbaren, ganz zu schweigen davon, dass ein höchstpersönlicher Rückübertragungsanspruch Probleme bereiten kann, wenn ein Betreuer den Anspruch für den Übergeber geltend machen möchte.<sup>33</sup>

Schließlich kommt auch die Anbringung einer Vorlöschungsklausel im Sinne des § 23 Abs. 2 GBO bei der Vormerkung nicht in Betracht.<sup>34</sup> Denn Löschungserleichterungen wie diese sind bei einer Vormerkung mangels Rückständen von Leistungen nicht zulässig und können allenfalls als transmortale Vollmacht an den Eigentümer zur Abgabe einer Löschungsbewilligung ausgelegt werden.<sup>35</sup>

## 2. Interessengerechtere Gestaltungen

Zu einem interessengerechteren Ausgleich für die Beteiligten führen Gestaltungen, bei denen die Vormerkung mit einer Befristung, Bedingung oder Löschungsvollmacht versehen wird.

### a) Befristungsmodell

Im Sinne eines Befristungsmodells können die Beteiligten den zu Lebzeiten geltend gemachten Rückübertragungsanspruch zwar vererblich stellen, die Vormerkung selbst aber auf den Tod des Berechtigten oder auf einen Karenzzeitpunkt danach – zum Beispiel drei Monate, sechs Monate oder ein Jahr – auflösend befristen (§ 158 Abs. 2, § 163 BGB).<sup>36</sup> Der Eintragungsvermerk im Grundbuch muss in diesem Fall die auflösende Befristung zum Ausdruck bringen.<sup>37</sup> Der Grundstückseigentümer hat durch die Befristung der Vormerkung die Möglichkeit, nach dem Versterben des Vormerkungsberechtigten die Vormerkung mittels Sterbeurkunde löschen zu lassen (§ 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1 GBO).<sup>38</sup> Nachteilig ist das Modell für die Erben des Berechtigten. Denn sie haben bezüglich eines Rückübertragungsanspruchs, der zu Lebzeiten entstanden und vererbt worden sein sollte, ab Erlöschen der Vormerkung keinen Vormerkungsschutz und können allenfalls durch einstweilige Verfügung (§ 885 Abs. 1 BGB) die Eintragung einer neuen Vormerkung erreichen.<sup>39</sup>

### b) Bedingungsmodell

Als weitere Möglichkeit ist an ein Bedingungsmodell zu denken. Dabei kann die Vormerkung zum Beispiel auflösend bedingt dadurch vereinbart werden, dass der (jeweilige) Grundstückseigentümer nach dem Tod des Berechtigten in der Form des § 29 Abs. 1 GBO gegenüber dem Grundbuchamt versichert, dass mangels lebzeitiger Geltendmachung der Rückübertragung kein Rückübertragungsanspruch vererbt

worden sei (§ 158 Abs. 2 BGB). Eine solche Erklärung kann gemeinsam mit der Sterbeurkunde als Unrichtigkeitsnachweis aber nur dann erfolgreich bei der Löschung eingesetzt werden, wenn die Abgabe einer solchen Versicherung zulässiger Bedingungsgegenstand sein könnte. Dazu müsste sie mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem grundbuchrechtlichen Publizitätsprinzip in Einklang stehen.

Grundsätzlich kann im Grundbuchrecht nicht jedes Ereignis, welches auf schuldrechtlicher Ebene zum Gegenstand eines Bedingungsgegenstands gemacht werden kann, tauglicher Bedingungsgegenstand sein.<sup>40</sup> So können etwa Wollensbedingungen, die den Bedingungseintritt völlig in das Belieben einer bestimmten Person stellen, bei dinglichen Verfügungsgeschäften nicht wirksam vereinbart werden.<sup>41</sup> Die Versicherung des Eigentümers über das Nichtbestehen eines Rückübertragungsanspruchs dürfte eher eine Potestativbedingung sein. Denn hier wird der Bedingungseintritt nicht nur in das Belieben einer Person, sondern auch an den Eintritt objektiver Umstände geknüpft (Erbfall, Nichtbestehen eines Rückübertragungsanspruchs als schuldrechtliche Bindungskomponente). Gleichwohl werden auch Potestativbedingungen teilweise für unzulässig gehalten.<sup>42</sup> Als Ausweichgestaltung nur den gesicherten Anspruch durch eine beliebige Erklärung des Eigentümers auflösend zu bedingen, erscheint in ähnlicher Weise nicht zielführend, da bei einer auflösenden Wollensbedingung der für die Vormerkungsfähigkeit erforderliche sichere Rechtsboden wohl verneint werden müsste (vgl. § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>43</sup>

Um dem Einwand, man habe es mit einer unzulässigen Wollens- bzw. Potestativbedingung zu tun, entgegen zu wirken, ist daran zu denken, das Erlöschen der Vormerkung an den Ablauf einer Karenzfrist zu knüpfen (zum Beispiel ein halbes Jahr nach Erbfall) und zusätzlich zu vereinbaren, dass die Vormerkung mit Fristablauf nur dann erlischt, wenn die nach § 35 Abs. 1 GBO ausgewiesenen Erben nicht vor Fristablauf gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 GBO versichern, dass ein Rückübertragungsanspruch vererbt worden sei. Der Vorwurf der Wollens- bzw. Potestativbedingung wäre unter dieser Prämisse schon allein deshalb geringer zu veranschlagen, weil das Erlöschen der Vormerkung nicht von einem Willensakt des Eigentümers, sondern von dem Ablauf der Karenzfrist und dem Untätigbleiben der Erben abhinge. Zudem bestünde bei Fristablauf Klarheit über den Eintritt der Bedingung. Der Nachweis der Unrichtigkeit könnte nach Ablauf der Karenzfrist durch Vorlage der Sterbeurkunde geführt werden. Eine Löschungsbewilligung der Erben wäre nur dann erforderlich, wenn diese sich zum Rückübertragungsanspruch frist- und formgerecht äußerten.

### c) Vollmachtsmodell

Schließlich kommt ein postmortales Vollmachtsmodell in Betracht, auf das die Gestaltungspraxis vielfach zurückgreift.<sup>44</sup>

<sup>33</sup> *Brambring*, DNotZ 2013, Sonderheft 28. Deutscher Notartag, 53, 54.

<sup>34</sup> BGH, Beschluss vom 26.3.1992, V ZB 16/91, BGHZ 117, 390 = MittBayNot 1992, 193 m. Anm. *Ertl*; BGH, Beschluss vom 21.9.1995, V ZB 34/94, BGHZ 130, 385 = MittBayNot 1996, 26.

<sup>35</sup> OLG München, 34 Wx 21/10, 34 Wx 021/10, juris-Datenbank, Rdnr. 19.

<sup>36</sup> *Hertel*, DAI-Skript 10. Jahresarbeitstagung des Notariats, 2012, S. 50.

<sup>37</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1512.

<sup>38</sup> OLG München, Beschluss vom 28.2.2013, 34 Wx 38/13, NJOZ 2013, 1241.

<sup>39</sup> Siehe hierzu *Everts*, ZfIR 2012, 589, 592.

<sup>40</sup> Vgl. BayObLG, Beschluss vom 7.8.1997, 2 Z BR 61/97, BayObLGZ 1997, 246, 247; BayObLG, Beschluss vom 22.2.1990, BReg. 2 Z 4/90, MittBayNot 1990, 174; BayObLG, 1 Z 128/84, Rpfleger 1985, 488; OLG Hamm, 15 W 24/58, Rpfleger 1959, 19, 20.

<sup>41</sup> *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, § 873 Rdnr. 123; *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 4. Aufl. 1992, S. 687; *Staudinger/Bork*, Neubearb. 2010, Vorbem. zu §§ 158-163 Rdnr. 18.

<sup>42</sup> Nur von Wollensbedingungen sprechend *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, § 873 Rdnr. 123; *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 4. Aufl. 1992, S. 687; auch Potestativbedingungen für unzulässig haltend *Staudinger/Bork*, Neubearb. 2010, Vorbem. zu §§ 158-163 Rdnr. 18.

<sup>43</sup> *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2013, § 883 Rdnr. 201.

<sup>44</sup> *Brambring*, DNotZ 2013, Sonderheft 28. Deutscher Notartag, 53, 54.

Der Vormerkungsberechtigte erteilt bereits im Überlassungsvertrag eine postmortale Löschungsvollmacht an den Grundstückseigentümer, mit welcher Letzterer nach dem Tod des Übergebers, der durch Sterbeurkunde nachzuweisen ist, Löschung der Vormerkung als Stellvertreter der Erben des Vormerkungsberechtigten bewilligt (§§ 19, 29 Abs. 1 GBO).<sup>45</sup> Eine derartige Löschungsvollmacht soll selbst mit Wirkung zugunsten künftiger Eigentümer erteilt werden können.<sup>46</sup> Sie kann sich entweder auch auf die materielle Aufhebungserklärung erstrecken (§ 875 BGB) oder nur zur Beseitigung der Grundbucheintragung durch Bewilligung eines Lösungsvermerks (§ 46 Abs. 1, § 19 GBO) berechtigen.<sup>47</sup> Ist die Vollmacht auf die Abgabe einer Löschungsbewilligung beschränkt, steht der Legalitätsgrundsatz ihrem Einsatz im Grundbuchverfahren grundsätzlich nicht entgegen.<sup>48</sup> Die Eintragung der Löschung kann dann allerdings zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen. Grundbuchunrichtigkeit kann etwa eintreten, wenn die Löschung der Vormerkung im Grundbuch eingetragen wird (§ 46 Abs. 1 GBO), obwohl die Vormerkung in Wirklichkeit einen Rückübertragungsanspruch sichert und mangels materieller Aufhebung (§ 875 BGB) auch fortbesteht.<sup>49</sup> Die Erben haben dann die Möglichkeit, ihre Rechte durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung (§ 938 Abs. 1 ZPO) oder eines Widerspruchs (§ 899 BGB) zu wahren. Zu einem Untergang der Vormerkung kommt es erst dann, wenn das Grundstück gutgläubig lastenfrei zweiterworben wird (§ 892 BGB).<sup>50</sup>

Vorzeitig erlöschen kann eine Löschungsvollmacht ggf. infolge § 117 Abs. 1 InsO.<sup>51</sup> Wie ein jüngerer Beschluss des OLG Hamm vom 10.1.2013 zeigt, können Probleme aber auch dann entstehen, wenn der Bevollmächtigte den Erblasser (alleine) beerbt. Denn in einem solchen Fall kann sich der Eigentümer dem Einwand des Grundbuchamtes ausgesetzt sehen, die Vollmacht sei durch Konfusion erloschen.<sup>52</sup> Zu einem Eintragungshindernis kann dies praktisch jedoch nur dann führen, wenn der Rechtspfleger beim Grundbuchamt

Kenntnis von der Alleinerbenstellung des bevollmächtigten Eigentümers erlangt, beispielsweise aufgrund Mitteilung des Nachlassgerichts (§ 83 GBO).<sup>53</sup> Zudem kann eine angeordnete Testamentsvollstreckung zu einem Eintragungshindernis führen, wobei im Falle einer postmortalen Löschungsvollmacht, die vor Anordnung der Testamentsvollstreckung erteilt wurde, die Vollmacht in ihrem Bestand im Zweifel unberührt bleibt.<sup>54</sup> Das Grundbuchamt kann von einer etwaigen (Allein-)Erbenstellung aber auch durch einen Erbschein Kenntnis erlangen. Nach einem Beschluss des OLG Stuttgart vom 25.11.2011 ist ein Erbschein dem Grundbuchamt vorzulegen, wenn ein transmortale Bevollmächtigter im Namen einer nachverstorbenen Miterbin einen Erbteil überträgt.<sup>55</sup> Sollte dies so zu verstehen sein, dass bei Handeln aufgrund Vollmacht stets ein Erbschein vorzulegen ist, verdient diese Entscheidung Kritik. Denn das Grundbuchamt kann immer nur solche Nachweise verlangen, die zur beantragten Eintragung erforderlich sind – bei der Löschung einer Vormerkung durch einen Bevollmächtigten also nur die Bewilligung des Bevollmächtigten und die Vollmacht in der Form des § 29 GBO, nicht jedoch die Vorlage eines Erbscheins. Alles andere würde dem Umstand widersprechen, dass § 40 Abs. 1 GBO eine Voreintragung der vertretenen Erben bei der Löschung einer Vormerkung grundbuchverfahrensrechtlich nicht fordert und der Vertretene bei ausreichender Bestimmbarkeit und hinreichender Individualisierung nach allgemeinem Vertretungsrecht nicht namentlich zu nennen ist (§ 164 Abs. 1 BGB).<sup>56</sup>

## V. Fazit

Der BGH hat mit Beschluss vom 21.3.2013 die Kongruenzrechtsprechung vom 3.5.2012 einmal mehr bestätigt. Die Klärung von Folgefragen steht allerdings noch aus, wie etwa diejenige zur Maßgeblichkeit des ursprünglich gesicherten Anspruchs, zur Gestaltung von Rückkauflassungsvormerkungen und zu den Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis. Ist im Einzelfall nicht abschließend zu klären, ob ein Kongruenzfall vorliegt, sollten vorsorglich die Anforderungen an eine Inhaltsänderung (§ 877 BGB) bzw. teilweise Neubestellung (§ 885 Abs. 1 BGB) eingehalten werden. Wird in Überlassungsverträgen der zu Lebzeiten bereits geltend gemachte Rückübertragungsanspruch vererblich gestellt, sind verschiedene Gestaltungsmodelle denkbar, um nach dem Tod des Berechtigten eine Löschung der Vormerkung mittels Unrichtigkeitsnachweises zu erlangen (§ 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1 GBO).

<sup>45</sup> *Brambring*, DNotZ 2013, Sonderheft 28, Deutscher Notartag, 53, 54.

<sup>46</sup> In diesem Sinne *Wufka*, MittBayNot 1996, 156, 159 f.; *Bolkart* in *Hauschild/Kallrath/Wachter*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 10 Rdnr. 123; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rdnr. 342; krit. hierzu *Reymann*, ZNotP 2012, 84, 89.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu *Amann*, DNotZ 1998, 6, 12; *ders.*, MittBayNot 1999, 74, 76.

<sup>48</sup> *Reymann*, MittBayNot 2013, 226, 229.

<sup>49</sup> *Böhringer*, BWNotZ 1988, 84, 86.

<sup>50</sup> *Amann*, MittBayNot 1999, 74, 76.

<sup>51</sup> Vgl. *Kessler*, RNotZ 2013, 25, 26.

<sup>52</sup> So OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, 15 W 79/12, RNotZ 2013, 382 = MittBayNot 2013, 395; OLG Stuttgart, Urteil vom 12.5.1948, 1 RS 49/48, NJW 1947/1948, 627; eine Weitverwendung der Vollmacht zulassend LG Bremen, 5 T 829/92, Rpfleger 1993, 235; *Ellenberger* in *Palandt*, 72. Aufl. 2013, § 168 Rdnr. 4; ebenfalls gegen ein Erlöschen durch Konfusion in einem Fall, in dem der Alleinerbe durch Testamentsvollstreckung beschwert war OLG München, Beschluss vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12, MittBayNot 2013, 230.

<sup>53</sup> *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 371.

<sup>54</sup> OLG München, 34 Wx 248/2, MittBayNot 2013, 230; *Bengel/Dietz*, in: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, 1. Kap. Rdnr. 41; a. A. *Staudinger/Reimann*, Neubearb. 2012, § 2211 BGB Rdnr. 12.

<sup>55</sup> OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.11.2011, 8 W 427/11, DNotZ 2012, 371; dem zustimmend *Bestelmeyer*, notar 2013, 147, 160.

<sup>56</sup> Vgl. MünchKommBGB/*Schramm*, 6. Aufl. 2012, § 164 Rdnr. 18; BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand 1.6.2013, § 35 Rdnr. 71; *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 371 m. w. N.

## TAGUNGSBERICHT

### Update Familienrecht

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 10.7.2013

Von Jan Barth, München

Am 10.7.2013 fand die Tagung des Sommersemesters 2013 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Update Familienrecht“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. Johannes Hager, begrüßte das Auditorium und stellte zunächst den ersten Referenten, Notar Dr. Michael Grötsch, München, vor.

Der Titel des Referats von Grötsch lautete „Die europäischen Verordnungen im Familienrecht (EU-UntVO, Rom III-VO) und ihre Auswirkungen auf die Gestaltung von Eheverträgen“. Grötsch präzierte zunächst sein Thema und führte aus, sich den Auswirkungen der europäischen Verordnungen auf den Ehevertrag im Hinblick auf Scheidung, Versorgungsausgleich, Unterhalt und Güterrecht widmen zu wollen. Erbrechtliche Fragen sowie Lebenspartnerschaften bzw. gleichgeschlechtliche Ehen spare er aus. Grötsch fuhr mit einem kurzen Überblick über die maßgeblichen Rechtsvorschriften fort. Im geltenden Recht nannte er neben der EU-Unterhaltsverordnung (EU-UntVO) und dem Haager Unterhaltsprotokoll (HUP) die Rom III-VO sowie die Brüssel IIa-VO. Hinsichtlich des geplanten Rechts führte Grötsch den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts (Rom IV-VO) sowie den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güterrechts eingetragener Partnerschaften (PartgüterR-VO) an.

Sodann wandte sich Grötsch dem ersten Aspekt seines Vortrags, der Ehescheidung, zu. Für alle ab dem 21.6.2012 eingeleiteten Scheidungsverfahren bestimme sich, außer im Verhältnis zu Iran, das auf die Scheidung anwendbare Recht nach der Rom III-VO. Da diese im Wege der sog. verstärkten Zusammenarbeit beschlossen worden sei, gelte sie nicht automatisch in allen EU-Mitgliedsstaaten, jedenfalls aber in Deutschland als teilnehmendem Mitgliedsstaat. Da die Rom III-VO als sog. *loi uniforme* ausgestaltet sei, entfalte sie ihre Wirkung unabhängig davon, ob nach ihr das Recht eines teilnehmenden Mitgliedsstaates oder sonstiges Drittrecht zur Anwendung komme.

Grötsch erläuterte, dass sich das anwendbare Recht nach Art. 8 Rom III-VO bestimme. Primäres Anknüpfungskriterium sei der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt beider Ehegatten im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts. Erst subsidiär werde dann an den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt oder die Staatsangehörigkeit angeknüpft. Weiter seien die Verweisungen Sachnormverweisungen, so dass Rück- oder Weiterverweisungen im nationalen Recht unbeachtet blieben. Dies habe zur Folge, dass auch die nicht teilnehmenden Mitgliedsstaaten von den Wirkungen der Rom III-VO erfasst würden, da sie aufgrund der Brüssel IIa-VO ein Schei-

dungsurteil aus einem teilnehmenden Mitgliedsstaat anerkennen müssten, auch wenn aus ihrer nationalen Sicht das falsche Sachrecht zur Anwendung gekommen sei.

Sodann führte Grötsch aus, dass durch die Rom III-VO erstmals die Möglichkeit einer direkten Wahl des Scheidungsstatuts möglich sei. Die Rechtswahl bedürfe nach der Rom III-VO der Schriftform, der Datierung sowie der Unterschrift beider Ehegatten. Der deutsche Gesetzgeber habe jedoch mit Art. 46d EGBGB von seiner Freiheit, strengere Formvorschriften vorzusehen, Gebrauch gemacht und die notarielle Beurkundung angeordnet.

Grötsch stellte daraufhin die These auf, durch die Rom III-VO vereinfache sich für den deutschen Rechtsanwender das internationale Scheidungsrecht und untermaure dies sodann durch einige Beispiele. So entfalle bei dem gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute in Deutschland aufgrund der Anwendbarkeit deutschen materiellen Rechts die Feststellung von Scheidungsvoraussetzungen nach ausländischem Recht. Aufgrund der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt sei jedoch insbesondere bei geplanten Auslandsaufenthalten eine Rechtswahl durch Ehevertrag ratsam. So könne auch ein aktuelles Aufenthaltsstatut dauerhaft konserviert werden.

Hinsichtlich des zweiten Aspekts seines Referats, dem Versorgungsausgleich, wandte sich Grötsch zunächst der bisherigen Rechtslage zu. So sei ein Versorgungsausgleich bislang nur durchzuführen gewesen, wenn ihn das Heimatrecht eines der Ehegatten gekannt habe. Das auf den Versorgungsausgleich anzuwendende Recht habe sich dabei am Scheidungsstatut orientiert. Ausnahmsweise habe jedoch nach Art. 17 Abs. 3 Satz 2 EGBGB a. F. auch ein sog. regelwidriger Versorgungsausgleich stattfinden können, um inländische Versorgungsansparungen zu berücksichtigen. Eine direkte Wahl des Versorgungsausgleichstatuts sei bislang nicht möglich gewesen.

Durch die Rom III-VO und die entsprechende Änderung des Art. 17 Abs. 3 EGBGB sei nun über die Wahl des Scheidungsstatuts eine Rechtswahl auch hinsichtlich des Versorgungsausgleichs möglich. Dabei seien jedoch zahlreiche Aspekte problematisch. Insbesondere sei bei ausländischen Anwartschaften ein Splitting bzw. Quasi-Splitting nicht möglich, wenn diese aufseiten des Ausgleichspflichtigen vorhanden seien. Auch sei die Ermittlung des Werts ausländischer Anwartschaften ein nicht zu unterschätzendes praktisches Problem. Daher sollte in den einschlägigen Fällen ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs gegen Kompensationsleistung zumindest erwogen werden.

Zu Beginn des dritten Aspekts seines Vortrags fasste Grötsch die bis zum 17.6.2011 geltende Rechtslage hinsichtlich des internationalen Unterhaltsrechts nach dem Haager Unterhaltsübereinkommen von 1973 und dem Haager Kinderunterhaltsübereinkommen von 1956 zusammen, bevor er auf die Änderungen durch die EU-UntVO in Verbindung mit dem HUP zu sprechen kam. Letzteres sei seit dem 18.6.2011 als Quasi-Bestandteil der EU-UntVO auch ohne die eigentlich

erforderliche Ratifikation in den Mitgliedsstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark und dem Vereinigten Königreich anwendbar.

Neben den materiellen Folgen der EU-UntVO hob *Grötsch* die Konsequenzen bei der Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltstiteln hervor. Entscheidungen, vollstreckbare Vergleiche und öffentliche, d. h. notarielle Urkunden aus einem Mitgliedsstaat der EU, würden durch die EU-UntVO in Verbindung mit dem HUP von den übrigen Mitgliedsstaaten anerkannt und vollstreckt, ohne dass es einer Exequatur bedürfe.

In der Folge wandte sich *Grötsch* dem Gestaltungsbedarf sowie den Gestaltungsmöglichkeiten im materiellen internationalen Unterhaltsrecht zu. Zunächst hob er hervor, dass die EU-UntVO in Verbindung mit dem HUP unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht und damit kein ausländisches Recht im Sinne von § 17 Abs. 3 BeurkG sei. Den Notar treffe daher eine entsprechende Belehrungspflicht. Soweit das HUP jedoch auf ausländisches Recht verweise, was das HUP ausschließlich durch Sachnormverweisungen tue, bestehe diesbezüglich keine Belehrungs- sondern lediglich die Hinweispflicht aus § 17 Abs. 3 Satz 1 BeurkG. Sodann erläuterte *Grötsch* die maßgeblichen Regelungen zur Bestimmung des Unterhaltsstatuts jenseits einer Rechtswahl. Grundsätzlich knüpfe das HUP an den gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten an. Für den Kindesunterhalt enthalte Art. 4 Abs. 1 HUP jedoch eine Begünstigung, durch die bei mehreren hintereinander gestaffelten Anknüpfungen erforderlichenfalls das nächstberufene Ersatzrecht zur Anwendung komme, wenn dies günstiger sei. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt führe jedoch dazu, dass auch deutsche Staatsangehörige im Falle ihres Wegzugs aus Deutschland sehr überraschend mit materiellem ausländischem Unterhaltsrecht konfrontiert werden könnten. Um einem unvorhergesehenen Statutenwechsel – etwa durch den Umzug eines Ehegatten in ein für ihn günstigere Normen bereithaltendes Land – vorzubeugen, sehe das HUP in Art. 5 eine Sonderregelung vor. Danach komme ausnahmsweise nicht das Recht des Staates des aktuellen gewöhnlichen Aufenthalts, sondern das des Staates, zu dem die Ehe eine engere Verbindung aufweise, zur Anwendung.

Für eine Rechtswahl sehe das HUP in Art. 7 und Art. 8 HUP zwei Möglichkeiten vor; die Rechtswahl für die Zwecke eines bestimmten einzelnen Verfahrens sowie eine generelle Rechtswahl. Da erstere eine Wahlmöglichkeit nur des Rechts des Staates, in dem das Verfahren geführt werde, vorsehe, müsse eine Rechtswahl vor Einleitung des Verfahrens in Verbindung mit einer Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden. In der Gestaltungspraxis sei dies für notarielle Scheidungsvereinbarungen zu erwägen. Daraufhin ging *Grötsch* näher auf die generelle Rechtswahl ein, welche für die notarielle Praxis größere Bedeutung erlangen werde. Als möglicher Anknüpfungspunkt für eine Rechtswahl sei neben dem Heimatrecht der Beteiligten das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts einer Partei, das auf den Güterstand der Ehe anwendbare Recht oder das die Ehescheidung regierende Recht wählbar. In formeller Hinsicht sei die Rechtswahl schriftlich oder auf einem einer späteren Einsichtnahme zugänglichen Datenträger zu erfassen. Ob eine strengere Formvorschrift national eingeführt werden dürfe, sei umstritten; jedenfalls habe der deutsche Gesetzgeber trotz Kritik aus der Literatur bislang davon abgesehen. Die Rechtswahlfreiheit unterliege jedoch zwei Einschränkungen. Zum einen entscheide nach Art. 8 Abs. 4 HUP das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts über die Möglichkeit, einen ausdrücklichen Unterhaltsverzicht zu vereinbaren. Ob dadurch jedoch auch eine gene-

relle Rechtswahl hin zu einem Recht ohne den entsprechenden Unterhaltstatbestand gesperrt sei, sei noch unklar. Umgekehrt schütze jedoch die zulässige Rechtswahl in Verbindung mit einem Unterhaltsverzicht vor etwaigen nachteiligen Folgen eines späteren Statutenwechsels. Zum anderen sei gemäß Art. 8 Abs. 5 HUP das von den Parteien gewählte Recht dann nicht anzuwenden, wenn die Anwendung für eine der Parteien offensichtlich unbillige oder unangemessene Folgen hätte. Diese zweite Einschränkung sei der deutschen Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen vergleichbar. Jedoch unterliege diese Ausnahme einer Rückausnahme. Das gewählte Recht bleibe nämlich anwendbar, sofern die Parteien umfassend unterrichtet und sich der Folgen ihrer Wahl vollständig bewusst gewesen wären. Hierbei sei jedoch wieder zweifelhaft, inwieweit eine notarielle Belehrung in Deutschland eben diese Folgen herbeizuführen in der Lage sei. Da Art. 17 Abs. 3 BeurkG eine Belehrung über ausländisches Recht nicht vorsehe und damit die betroffene Partei von der ausgeschlossenen Rechtsordnung möglicherweise keine Kenntnis habe, sei eine Aufklärung allein über das derzeit geltende Recht möglicherweise nur zum Zwecke seiner Festschreibung genügend.

Zuletzt kam *Grötsch* auf den vierten Aspekt seines Referats, das Güterrecht, zu sprechen. Er beleuchtete die derzeit geltende Rechtslage nach Art. 15 EGBGB, die Möglichkeiten einer Rechtswahl sowie die Folgen des Fehlens einer solchen. Sodann sprach *Grötsch* über die voraussichtlichen Änderungen durch die als Rom IV-VO bezeichnete Güterrechtsverordnung. Deren Entwurf sehe hinsichtlich des auf das Güterstatut anzuwendenden Rechts vorbehaltlich einer Rechtswahl der Ehegatten zunächst eine Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, dann an die gemeinsame Staatsangehörigkeit und schließlich an die engste Verbindung der Ehegatten vor. Da der Entwurf grundsätzlich nicht mehr auf die Staatsangehörigkeit abstelle, sondern auf den – oftmals schwer bestimmbar – gewöhnlichen Aufenthalt, dürfte, so *Grötsch*, das Bedürfnis nach präventiv wirkenden ehevertraglichen Rechtswahlklauseln auch im Güterrecht zunehmen. Positiv wählbar sei das Recht des Staates, in dem zumindest ein Ehegatte im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder dessen Staatsangehörigkeit er habe. Erforderlich sei weiter, dass die Rechtswahlvereinbarung die vom gewählten Recht oder dem Recht des Staates, in dem die Vereinbarung getroffen werde, für den Abschluss eines Ehevertrages vorgeschriebene Form, wenigstens jedoch die Schriftform einhalte.

Mit einem kurzen Hinweis auf den deutsch-französischen Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft schloss *Grötsch* seine Ausführungen und fasste seinen Vortrag noch einmal in einem kurzen Fazit zusammen, in dem er insbesondere die Bedeutung einer Rechtswahl aufgrund der nun verstärkten Anknüpfung an den tatsächlichen Aufenthalt betonte. Im Rahmen der sich unmittelbar anschließenden Diskussion beantwortete *Grötsch* zahlreiche Fragen der Tagungsgäste.

Sodann stellte Professor Dr. *Johannes Hager* das zweite Referat sowie die Referentin, Richterin am OLG Dr. *Isabell Götz*, München, vor. Ihr Referat stand unter dem Titel „Aktuelle Praxisprobleme im Familienrecht – wo können ehevertragliche Regelungen helfen?“. Nach einem Überblick über die jüngsten Reformen im Familienrecht stieß *Götz* zum Kern ihres Referates vor, dem Einzelfall mit all seinen Facetten. Um bei der Entscheidung desselben durch die Gerichte nicht das Gefühl haben zu müssen, die individuelle Situation sei nur unzureichend berücksichtigt worden, tue man gut daran, selbst vertraglich zu regeln, was man als gerechte Lösung für die eigene Ehe ansehe.

Sodann unterschied *Götz* die notariellen Verträge im Familienrecht. Neben der Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse, des Versorgungsausgleichs sowie des nahehelichen Unterhalts kämen einvernehmliche Regelungen für alle denkbaren Familiensachen in Betracht, vor wie während einer Ehe. Hinsichtlich der Regelungen während einer Ehekrise unterschied *Götz* die echte ehevertragliche Regelung von der Scheidungsvereinbarung, die gerade mit Blick auf eine bevorstehende oder bereits anhängige Scheidung getroffen werde. Darüber hinaus erwähnte *Götz* die Möglichkeit, in einem Ehevertrag auch Fragen der Kinderbetreuung und -erziehung, des Umgangs oder der Betreuungsvorsorge, etwa durch Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht, zu regeln.

Daraufhin warf *Götz* die Frage auf, welcher Prüfung der mit einem derartigen Ehevertrag konfrontierte Familienrichter diesen zu unterziehen habe. Dabei hob sie die Bedeutung der Vertragsfreiheit als zentralen Bestandteil der Privatautonomie ausdrücklich hervor. Unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG und auch des BGH betonte sie jedoch, dass die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen dürfe, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen und so ein Ehegatte in nicht mehr zumutbarer Weise belastet werde. Dies werde anhand der inzwischen in zahlreichen Urteilen bestätigten Kernbereichslehre vermittelt einer Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen geprüft. Die Kontrolle erfolge mit dem BGH in zwei Stufen. Zunächst werde im Rahmen der Inhaltskontrolle anhand von § 138 BGB die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geprüft. Neben der genannten Einseitigkeit der Lastenverteilung sei jedoch für das Verdikt der Sittenwidrigkeit auch die Feststellung einer verwerflichen Gesinnung des begünstigten Ehegatten erforderlich. Treffe nach dieser Prüfung den Vertrag nicht der Makel der Sittenwidrigkeit, so könne dem begünstigten Ehegatten dennoch die Berufung auf diesen aufgrund von § 242 BGB verwehrt sein. Im Rahmen dieser Ausübungskontrolle prüften die Gerichte, ob im Zeitpunkt des Scheiterns der ehelichen Lebensgemeinschaft die Lastenverteilung für den benachteiligten Ehegatten zumutbar sei. Im Falle einer unzumutbaren Verteilung habe das Gericht allerdings darauf zu achten, den benachteiligten Ehegatten bei einer Anpassung der im Rahmen der Ausübungskontrolle verworfenen Klausel nicht besser zu stellen als ohne den Vertrag. Ihre Ausführungen zur Inhalts- und Ausübungskontrolle rundete *Götz* schließlich mit dem Hinweis ab, der BGH führe neben § 242 BGB nunmehr häufig auch § 313 BGB an, sofern die tatsächliche Gestaltung der Lebensverhältnisse von der ursprünglich geplanten abweiche.

Nach diesem Überblick über die gerichtliche Kontrolle von Eheverträgen wandte sich *Götz* dem Kern ihres Referats zu, nämlich der Frage, inwieweit auf dem Gebiet der eingangs skizzierten gesetzlichen Neuregelungen die Suche des Familienrichters nach einer möglichst gerechten Lösung durch eine ehevertragliche Regelung unterstützt werden könne. Hierfür beschrieb sie jeweils die gesetzliche Neuregelung und untersuchte anschließend die Möglichkeiten einer vertraglichen Regelung.

*Götz* begann mit der Neufassung der §§ 1570 und 1603 Abs. 3 Satz 2 BGB. Durch die Verschärfung der Erwerbsobliegenheit durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz von 2007 sei das bisherige Altersphasenmodell im Rahmen des Betreuungsunterhalts abgeschafft worden und damit in jedem Einzelfall eine Rechtfertigung des Unterhalts jenseits der Grenze von drei Jahren erforderlich. Ein kindbezogener Verlängerungsgrund nach § 1570 Abs. 1 BGB sei in der Praxis häufig das Fehlen einer kindgerechten Betreuung. Teilweise werde von

der Rechtsprechung jedoch sogar der Umzug hin zu einer Betreuungsmöglichkeit erwartet. Relevant sei auch die besondere Betreuungsbedürftigkeit eines schon älteren Kindes. Die während der guten Zeiten der Ehe vereinbarte und praktizierte Rollenverteilung führte *Götz* als Beispiel für einen elternbezogenen Verlängerungsgrund nach § 1570 Abs. 2 BGB an. Sodann kam *Götz* auf § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB zu sprechen und führte aus, dass gerade im Zusammenspiel mit dem Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB Probleme entstünden. Die Pflege eines Kindes umfasse auch die Erledigung hauswirtschaftlicher Aufgaben, insbesondere im Hinblick auf den kindbezogenen Mehraufwand. Darauf habe das Kind einen Anspruch gemäß Art. 6 Abs. 2 GG. Eine überobligatorische Belastung des Betreuenden durch Berufstätigkeit und Betreuung sei im Interesse der Kinder zu vermeiden. Dies sei jedoch im Einzelfall nur schwer prognostizierbar. Die Vorgabe des BGH an eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts – insbesondere aus kindbezogenen Gründen – keine überzogenen Anforderungen zu stellen, sei daher erfreulich.

So bemüht der Richter bei der Findung einer ausgewogenen Lösung auch sei: das Streitpotential sei enorm. Auch würde eine gerichtliche Entscheidung möglicherweise dazu führen, dass es zu einer Fremdbetreuung in einem Umfang komme, den die Eltern in guten Zeiten nicht gutgeheßen hätten. Abhilfe könne ein Ehevertrag schaffen. Denkbar sei eine Regelung analog zum früheren Altersphasenmodell. Um eine existenzbedrohende und damit sittenwidrige Überlastung des unterhaltspflichtigen Ehegatten zu vermeiden, sei eine Abänderungsklausel in Verbindung mit einem Selbstbehalt ratsam. Wünschenswert aus richterlicher Sicht sei weiter eine möglichst konkrete Vereinbarung hinsichtlich des erwarteten Erwerbsumfanges. Bei unverheirateten Müttern jedenfalls dränge sich auch eine Regelung über die persönliche Betreuung des Kindes und damit den Betreuungsunterhalt auf.

Sodann wandte sich *Götz* dem Verhältnis von Unterhalt und Umgang zu. Wenn das Kindeswohl nicht entgegenstehe, müsse nach der Rechtsprechung des BGH der barunterhaltspflichtige Elternteil als Betreuungsperson in Betracht gezogen werden, sofern sein Betreuungsangebot ernsthaft und verlässlich sei. Ein mehrfacher Wechsel der Betreuungsperson hingegen sei jedenfalls zu vermeiden. Nicht zuletzt da sich Umgangsstreitigkeiten regelmäßig als besonders emotional und langwierig erwiesen, sei eine Vereinbarung im Rahmen der Elternautonomie ratsam. Die Eltern könnten so für die Zeit nach der Trennung ein Betreuungsmodell vereinbaren und auch den Umgang mit dem Kind einvernehmlich regeln. Auch speziellere Fragen, wie etwa die Fremdbetreuung während der Erwerbstätigkeit des Betreuenden, seien einer Regelung zugänglich. Da jedoch die Entwicklung des Kindes einer kaum abschätzbaren Dynamik unterliege, sei auch hier eine Abänderungsmöglichkeit ratsam. Wie stets bei familienrechtlichen Verträgen seien jedoch offene Formulierungen zu vermeiden, da sonst der emotional aufgeladene Streit nur an anderer Stelle ausgetragen werden würde.

In der Folge sprach *Götz* über die Beteiligung des Betreuenden am Barunterhalt. Verfüge der Betreuende über ein deutlich höheres Einkommen als der Barunterhaltspflichtige, komme auch im Rahmen des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB bei einem erheblichen Einkommensunterschied eine Beteiligung am Barunterhalt in Betracht. Die Festlegung der konkret erforderlichen Differenz finde durch die Rechtsprechung einzelfallbezogen statt. Dabei sei häufiger Streitpunkt der Vorhalt des Barunterhaltspflichtigen, die Qualität der Betreuung leide unter der Einkommenserzielung, und umgekehrt der Vorwurf der nur geringen Einkünfte des Barunterhaltsschuldners durch den Betreuenden. Auch hier könne ein Ehevertrag

streitvermeidend wirken. Da jedoch die Grundsätze des BGH zur Inhaltskontrolle auch zugunsten eines Unterhaltsschuldners Anwendung fänden, sei stets dessen Leistungsfähigkeit im Blick zu behalten. Dennoch dürfte in diesem Kontext eine Vereinbarung zulässig sein, wonach grundsätzlich keine Beteiligung des Betreuenden am Barunterhalt erfolge oder erst ab einer bestimmten Einkommensdifferenz.

Auch hinsichtlich der Kosten für eine Fremdbetreuung sprach sich *Götz* für eine Regelung durch Ehevertrag aus, wobei eine möglichst konkrete Beschreibung der Kosten sowie deren Aufteilung hilfreich sei. Hinsichtlich der Kosten für einen Kindergartenbesuch führte sie aus, dass die Rechtsprechung diese, obgleich die Erwerbstätigkeit oft erst ermöglichend, nicht als berufsbedingter Aufwand des betreuenden Elternteils werte, da der Aspekt der Bildung des Kindes auch hinsichtlich sozialer Verhaltensweisen hierbei im Vordergrund stehe. Auch hinsichtlich sonstiger Betreuungskosten sprach sich *Götz* dafür aus, diese künftig als Bedarf des Kindes zu qualifizieren, da es elementares Bedürfnis eines jeden Kindes sei, während der Abwesenheit des betreuenden Elternteils versorgt zu sein. Darüber hinaus sei dieser zu einer Berufstätigkeit unterhaltsrechtlich verpflichtet. Sie räumte jedoch ein, die Rechtsprechung tue sich damit jedenfalls derzeit noch schwer.

Sodann wandte sich *Götz* der Auswirkung der Wertung des § 1570 BGB auf Sorgerechtsentscheidungen nach § 1671 BGB zu. Grundsätzlich sei im Rahmen einer streitigen Sorgerechtsentscheidung eine doppelte Kindeswohlprüfung anzustellen, ob einmal der Alleinsorge der Vorrang gegenüber der gemeinsamen Sorge gebühre und ob deren Übertragung gerade auf den Antragsteller dem Kindeswohl am ehesten entspreche. Dabei bestehe kein prinzipieller Vorrang der gemeinsamen Sorge. Die Alleinsorge sei also nicht bloße ultima ratio. Wurde bislang die persönliche Betreuung gegenüber einer Fremdbetreuung als kindeswohldienlicher eingestuft, sei dies aufgrund der Wertung des § 1570 BGB wenigstens ab dem dritten Lebensjahr fraglich. Regelungen zur elterlichen Sorge seien grundsätzlich auch in familienrechtlichen Verträgen möglich, etwa zur Festlegung der geplanten Rollenverteilung. Jedoch bedürfe es stets einer am Kindeswohl ausgerichteten gerichtlichen Entscheidung im Einzelfall.

Schließlich kam *Götz* noch auf den Gesamtschuldnerausgleich unter Ehegatten nach § 426 BGB zu sprechen. Dabei sei insbesondere problematisch, dass die Annahme, die Schuldentilgung durch einen Ehegatten während intakter Ehe stelle seinen Beitrag zur ehelichen Lebensgemeinschaft dar, der auch später nicht ausgeglichen werden solle, mit der Trennung entfalle. In diesem Zusammenhang wies *Götz* darauf hin, dass in guten Zeiten der Blick der Eheleute oft nur auf das Gesamteinkommen gerichtet sei. Eine explizit andere Regelung als die von § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehene hälftige Aufteilung könne jedoch in einem Ehevertrag in Erwägung gezogen werden, wobei stets die Wechselwirkungen mit Unterhalt und Zugewinnausgleich zu beachten seien, da bei ersterem der Schuldendienst als Abzugsposten zu berücksichtigen sei und damit der Unterhaltsberechtigte mittelbar an der Schuldenrückführung beteiligt werde. Im Rahmen des Zugewinnausgleichs könne der tilgende Ehegatte die gesamte Verbindlichkeit in seinem Endvermögen bilanzieren und so den Ausgleichsanspruch reduzieren.

Zum Abschluss ihres Referats befasste sich *Götz* noch mit den zahlreichen Neuerungen im Kindschaftsrecht. Einleitend nannte sie die Urteile des EuGH für Menschenrechte und des BVerfG hinsichtlich der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern sowie des Umgangs- und Auskunftsrechts des leiblichen Vaters. Als Reaktion des deutschen Gesetzgebers stellte *Götz* die Neuregelung des § 1626a BGB sowie die daran gekoppelte Verfahrensnorm des § 155a FamFG vor. Insgesamt bezeichnete sie die Neuregelung als politischen Kompromiss, der heftige Kritik von allen Seiten erfahre. Insbesondere auf verfahrensrechtlicher Seite sei § 155a FamFG mit der Möglichkeit, im schriftlichen Verfahren zu entscheiden, eine deutliche Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes des § 26 FamFG und damit ein Fremdkörper im deutschen Kindschaftsverfahren. Neben der Neuregelung des § 1671 BGB kam *Götz* schließlich noch auf den neugefassten § 1686a BGB zu sprechen, dessen Neuregelung aufgrund von Art. 8 EMRK notwendig gewesen sei. Erstmals komme nun ein Umgangsrecht des leiblichen Vaters auch bei Fehlen einer sozial-familiären Beziehung in Betracht. Notwendigenfalls sei die Frage nach der biologischen Vaterschaft innerhalb des zukünftigen Unterhalts- und Auskunftsverfahrens zu klären, wobei zumutbare Abstammungsuntersuchungen gemäß § 167a Abs. 1 FamFG geduldet werden müssten. Die Frage, ob vorrangig die Vaterschaft oder zunächst die Kindeswohlbedienlichkeit eines etwaigen Umgangs zu klären sei, habe der Gesetzgeber der Rechtsprechung überlassen. In diesem Zusammenhang kam *Götz* schließlich noch auf die kuriose Entscheidung vom 15.5.2013 zu sprechen, in welcher der BGH den Begriff der Beiwohnung im Rahmen des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB dahingehend interpretiert habe, dass auch ohne Geschlechtsverkehr eine leibliche Vaterschaft durch Samenspende möglich sei. Konsequenterweise müsse diese Rechtsprechung auch auf § 167a FamFG erstreckt werden, so dass auch bei einer biologischen Vaterschaft aufgrund einer Samenspende ein Umgangsrecht nicht generell ausgeschlossen werden könne.

Zusammenfassend betonte *Götz*, dass gerade im Familienrecht, das in ständiger Bewegung sei, vertragliche Regelungen Problemen vorbeugen und bereits entstandene Konflikte individuell und autonom lösen könnten. Im Rahmen der nachfolgenden Diskussion beantwortete *Götz* zahlreiche Fragen des Auditoriums. Bei einem anschließenden Empfang im Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität hatten Teilnehmer und Referenten die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

Die Schriftfassungen der Tagungsreferate werden in einem Tagungsband veröffentlicht. Dieser wird im Nomos Verlag in der Reihe „Schriften zum Notarrecht“ erscheinen.

Erstmals fand im Vorfeld zu den Tagungsreferaten eine Einführungsveranstaltung für Studenten und Referendare statt. Professor Dr. *Christian Gomille* und Dr. *Timo Fest*, LL.M. (UPenn), bereiteten die über 50 Teilnehmer auf die nachfolgenden Referate vor. Die Schriftfassungen der Referate von Professor *Gomille* („Der Einfluss des Unions-IPR auf die Gestaltung von Eheverträgen – Eine Einführung“) und Dr. *Fest* („Regelungsinhalte von Eheverträgen und Grundlagen der Inhaltskontrolle“) sind ebenfalls im angekündigten Tagungsband enthalten.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Bumiller/Harders: FamFG Freiwillige Gerichtsbarkeit. 10. Aufl., Beck, 2011. 1257 S., 75 €**

Die hier zu besprechende Auflage des „kleinen Standard-Kommentars“ zum FamFG aus dem Verlag C.H. Beck ist die zweite Auflage, die von diesem Werk nach der Ablösung des FGG durch das FamFG erschienen ist. Sie bringt dem Kommentar einen ganzen Schub an Aktualisierung, da die vorangegangene 9. Auflage weitgehend nur anhand des Gesetzestextes sowie der Gesetzesmaterialien kommentiert werden konnte, um ein rechtzeitiges Erscheinen zum Inkrafttreten des FamFG damals zu gewährleisten. Nunmehr konnten die beiden Autoren des Kommentars, Richterin *Ursula Bumiller* und Notar Dr. *Dirk Harders*, die ganze Fülle an Literatur, die nach dem Inkrafttreten des FamFG hierzu erschienen ist, sowie die erste Rechtsprechung zu diesem neuen Gesetz bereits auswerten, jeweils bis zum Januar 2011.

Gab es zum FGG aber nur eine kleine Reihe von Kommentaren, die – nach dem Umfang der gewünschten Kommentierung – sich den Leserkreis gut untereinander aufteilen, so hat ein Kommentar zum FamFG es nunmehr aber ungleich schwerer, da mit Inkrafttreten des FamFG einige Verlage in diesen Marktbereich mit neuen Kommentaren „vorgestoßen“ sind, und zwar auch in den Markt der Kurzkomentare, und somit eine – hoffentlich weiterhin belebende – Konkurrenzsituation für die bereits zum FGG etablierten Werke geschaffen haben, worunter ja auch der „Bumiller“ mit bereits acht Auflagen zum FGG zählt.

Von Format und Umfang her erweist sich der „Bumiller/Harders“ bereits im Aussehen als Vertreter der Beck'schen Kurzkomentare, ungefähr in DIN-A5-Größe, also als Werk für den raschen Überblick über ein Rechtsgebiet und eher nicht für die ausführliche Erörterung von Detailfragen gedacht. Die Lesbarkeit dieses Kommentars wird sehr dadurch erleichtert, dass auf eine zusammenfassende „Abkürzungs-Schreibweise“ und „halbe Sätze“ (wie im Palandt) verzichtet wurde, sondern die Kommentierung in vollen Sätzen und mit nur sehr wenigen Abkürzungen erfolgt. Hierbei stört auch nicht, dass Belege in den Text aufgenommen wurden, da die angegebenen Entscheidungen bzw. Kommentarstellen eher spartanisch als ausufernd als Belege zitiert werden, meistens für eine nachzuweisende Auffassung lediglich eine Belegstelle aus Rechtsprechung oder Literatur.

Der Verzicht auf umfangreiche Nachweise hat andererseits aber den etwas bedauerlichen Effekt, dass einige Kommentierungen abweichende Ansichten gar nicht erst zuzulassen scheinen, sondern die im Kommentar vertretene Ansicht als „einzig mögliche“ erscheint. Mir persönlich erscheint zum Beispiel die Frage noch nicht geklärt, ob die Rechtsmittelfrist des § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG auch für den Fall gilt, dass eine eigentlich am Verfahren nach § 7 FamFG zu beteiligende Per-

son (versehentlich) doch nicht beteiligt wurde. Hier ist meines Erachtens immer noch nicht geklärt, ob aus verfassungsrechtlichen Gründen eventuell von der Vorschrift des § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG insoweit abgewichen werden muss; derartige Zweifel oder gar eine abweichende Ansicht werden in der Kommentierung bei „Bumiller/Harders“ aber in keiner Weise sichtbar (vgl. demgegenüber mit ausführlicher Diskussion der Frage und vielen Nachweisen *Stermal in Keidel*, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 63 Rdnr. 43 ff.).

Auch in einer anderen, für die notarielle Praxis wichtigen Detailfrage fehlt es dem vorliegenden Kurzkomentar doch etwas an Tiefe, zumindest wünschte man sich den Verweis auf eine weiterführende Quelle oder zumindest die Andeutung eines Problems: Einige Gerichte verweigerten nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist nach § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG (bei gerichtlicher Genehmigung eines Rechtsgeschäfts) zum Teil die sofortige Ausstellung eines Rechtskraftzeugnisses, weil die Frist für eine mögliche Sprungrechtsbeschwerde nach § 75 FamFG i. V. m. § 71 Abs. 1 FamFG von einem Monat dann noch laufe. Auch der „Bumiller/Harders“ verweist bei der Frist für die Sprungrechtsbeschwerde nur auf die Vorschrift des § 75 Abs. 1 FamFG von einem Monat, ohne – wie andere Kommentare zum FamFG – zumindest infrage zu stellen, ob diese Frist auch dann gelten könne, wenn das eigentliche Rechtsmittel der Beschwerde nach § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG nur auf zwei Wochen befristet ist. Zumindest diese Andeutung eines Problems hätte man sich in der Kommentierung gewünscht, wenn nicht gar den kurzen Hinweis für die Praxis, dass dieses Problem gar nicht auftreten kann, wenn nur ein Beteiligter dem Gericht rechtzeitig anzeigt, dass er in die Übergehung der Beschwerdeinstanz eben nicht einwillige (vgl. § 75 Abs. 1 Nr. 1 FamFG).

Zusammenfassend bietet der „Bumiller/Harders“ einen guten Überblick über die Vorschriften des FamFG und eine gute Orientierung, wenn nicht die Klärung von einzelnen besonderen Problemen gewünscht ist. Sobald aber ein spezielleres Problem zum FamFG auftaucht, wird man meines Erachtens nach nicht darum herumkommen, (auch) andere Kommentierungen zu Rate zu ziehen, da die Anzahl an Nachweisen in diesem Kurzkomentar zum Teil doch etwas knapp geraten ist und die – andererseits erfreuliche – Prägnanz und Lesbarkeit der Kommentierung dazu geführt haben, dass abweichende Ansichten etwas zu kurz kommen oder zum Teil gar nicht angesprochen werden. Auch angesichts der Tatsache, dass ein Teil der auch neu zum FamFG aufgelegten, ausführlicheren Kommentare nur knapp 50 € mehr kosten, muss der Käufer sich vor der Anschaffung fragen, ob eine Kurzkomentierung noch für den eigenen „Bedarf“ als ausreichend erachtet wird.

Notar *Marc Heggen*, Straelen/Niederrhein

## Schwab (Hrsg.): Handbuch des Scheidungsrechts. 7. Aufl., Vahlen, 2013. 2258 S., 199 €

Das bescheiden als „Handbuch des Scheidungsrechts“ betitelte Werk stellt sich als umfassendes Kompendium des materiellen und prozessualen Eherechts dar, in dem vom Verfahrensrecht der Familiengerichte über das Sorgerecht bis zu den klassischen „notarrelevanten“ Scheidungsfolgen alle Aspekte ausführlich dargestellt werden. Selbst auf exotische Fragen, wie die nach dem Betreuungsunterhalt bei künstlicher Befruchtung gegen den Willen des Ehemannes, findet sich eine mit Rechtsprechungszitaten versehene fundierte Antwort.

Das Autorenteam besteht aus dem Herausgeber, Prof. Dr. Dieter Schwab, und Richtern unterschiedlicher Instanzen, vom AG bis zum BGH. Dies und der in der Inhaltsübersicht dargestellte Aufbau des Werks, in dem beispielsweise über 400 Seiten dem Verfahren der Familiengerichte, aber „nur“ gut 200 Seiten dem für die notarielle Gestaltung so wichtigen Zugewinnausgleich gewidmet sind, lassen bereits auf den ersten Blick erahnen, dass die Tätigkeit des Notars eher nicht im Vordergrund der Darstellung steht.

Die einzelnen Scheidungsfolgen wie Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich etc. werden separat abgehandelt; die Möglichkeit ehevertraglicher Regelungen wird jeweils bei der einzelnen Scheidungsfolge erörtert. Dies führt zu Wiederholungen insbesondere bei der Darstellung der Rechtsprechung von BVerfG und des BGH zur Inhalts- und Ausübungskontrolle. Die Rechtsprechung ist jeweils so detailliert und genau dargestellt und wird so in ihrer Entwicklung nachgezeichnet, dass das Werk gerade in dem Teil über den Ehegattenunterhalt, der – entsprechend der scheidungsprozessualen Orientierung des Kompendiums – mit 700 Seiten das Kernstück bildet, einem Rechtsprechungskommentar gleichkommt. Hier eröffnen sich für den Leser neue Perspektiven, wenn etwa in mehreren Randnummern anhand konkreter Beispiele zulässige und unzulässige Vereinbarungen betreffend den Kindesunterhalt gegenübergestellt werden. Auch zu Anwendungsfällen und Auswirkungen des § 242 BGB bei der Anpassung von Eheverträgen finden sich griffige Beispielfälle, die auch als Veranschaulichung gegenüber dem Mandanten verwendet werden können.

Die Übersichtlichkeit leidet allerdings etwas darunter, dass zum Teil das Bemühen um vollständige Wiedergabe der Rechtsprechung und ihrer Entwicklung gegenüber der Gesamtschau der derzeit geltenden Rechtslage zu sehr in den Vordergrund tritt, wofür die Kapitelüberschrift „Weitere Entwicklung der Rechtsprechung des BGH“ typisch ist. So wird auch die Kernbereichslehre des BGH zweimal dargestellt, einmal kursorisch (Teil IV Rdnr. 1987), einmal ausführlich in dem erwähnten Kapitel „Weitere Entwicklung der Rechtsprechung“ (Rdnr. 1594 ff.), das offenbar an den bestehenden älteren Text angefügt wurde. Hier wäre eine vereinheitlichte Darstellung mit Wiedergabe des jetzt gültigen Standes vorzuziehen.

Lobenswert ist die Handlungsanweisung zur Gestaltung von Unterhaltsvereinbarungen (Rdnr. 1543), aus der die Erfahrung des Richters mit unvollständig gehaltenen Regelungen sprechen mag. Insbesondere wird die weitverbreitete Vereinbarung eines Unterhalts „für den Fall der Not“ ohne Angabe einer gesetzlichen Grundlage kritisiert und angeregt, die Basis für die gefundene Vereinbarung klar offenzulegen, um spätere Unklarheiten bei Anpassungsverfahren zu vermeiden.

Im Kapitel zum Versorgungsausgleich, in dem 31 von über 600 Randnummern den vertraglichen und vergleichweisen

Vereinbarungen gewidmet sind, wird detailliert klargestellt, inwieweit der Versorgungsausgleich einer vertraglichen Regelung zugänglich ist. Hierbei ist insbesondere das Verbot eines Vertrages zulasten Dritter zu beachten, das einer Erweiterung der Ausgleichspflichten gegenüber der gesetzlichen Verpflichtung Schranken setzt. Weiterhin ist interessant, dass nach Rechtskraft der Scheidung das Erfordernis notarieller Beurkundung fortbestehen kann, wenn der Versorgungsausgleich als Folgesache nicht im Verbund entschieden wurde. Hingewiesen wird auch darauf, dass die Durchführung des Versorgungsausgleichs insbesondere bei Beamtenpensionen für beide Parteien nachteilig sein kann. Fallgruppen der Gestaltung (Ausschluss einzelner Anwartschaften, Begrenzung der Ausgleichszeiten etc.) werden aber nicht gebildet, Formulierungsbeispiele kommen erst recht nicht vor.

In dem von Schwab selbst verfassten Kapitel über den Zugewinnausgleich wird gleich zu Anfang klargestellt, dass die Zugewinnsgemeinschaft „nicht immer“ für die Ehe passe und „der Güterstand weitgehend der ehevertraglichen Gestaltungsfreiheit offen“ stehe. Dennoch werden die Vereinbarungen auch hier fast an das Ende des Kapitels gestellt und vergleichsweise kurz abgehandelt. Interessant sind hierbei die sich aus § 1378 BGB ergebenden Einschränkungen für Vereinbarungen während des laufenden Scheidungsverfahrens. In der notariellen Praxis spielen diese jedoch nur bedingt eine Rolle, da durch Vereinbarung der Gütertrennung der Zugewinnausgleichsanspruch vor Rechtskraft der Scheidung ausgelöst wird und dann auch sofort vollumfänglich der vertraglichen Vereinbarung zugänglich ist, wie Schwab klarstellt.

Besonders lehrreich und prägnant erscheint die zusammenfassende Darstellung des von vielen Notaren gefürchteten Nebengüterrechts in Teil IX. Die verschiedenen Anspruchsgrundlagen und Konstellationen werden erörtert, wichtige Entscheidungen auf ihre Auswirkungen im Einzelfall untersucht. Das Recht der Rückforderung bei Schenkungen von Schwiegereltern, das durch die BGH-Entscheidung vom 3.2.2010 (NJW 2010, 2202) auf eine neue Grundlage gestellt wurde, wird besonders übersichtlich abgehandelt. Zugleich wird auch die große Rechtsunsicherheit, die sich aus der Heranziehung von Rechtsgrundlagen wie des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder gar des Bereicherungsrechts ergibt, auf den Punkt gebracht: „Angesichts der Schwierigkeit der Bestimmung eines Ausgleichsanspruchs bei unbenannten Zuwendungen ist es für die notarielle Praxis zu empfehlen, bei Abschluss des Ehevertrags, der zur Gütertrennung führt, auch eine Bestimmung zum Ausgleich etwaiger unbenannter Zuwendungen für den Fall des Scheiterns der Ehe zu treffen“ (Kap. IX Rdnr. 72). Ob der oft anzutreffende pauschale Abschluss des Nebengüterrechts eine geeignete Regelung darstellt oder wie eine solche Bestimmung sonst aussehen könnte, wird leider offengelassen.

Insgesamt kann man das Handbuch des Scheidungsrechts als ein gelungenes und insbesondere sehr vollständiges Kompendium des Eherechts bezeichnen, das insbesondere für wissenschaftlich interessierte Notare oder für auch prozessual tätige Anwaltsnotare eine Bereicherung darstellt. Angesichts der geringen Bezüge zur notariellen Tätigkeit und des Fehlens von konkreten Gestaltungsvorschlägen oder gar Formulierungsvorschlägen kann es aber in der derzeitigen Auflage dem Notar nur eingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Dies mag sich ändern, falls in einer späteren Auflage das Autorenteam um einen Vertragsgestalter ergänzt werden sollte.

Notarassessor Dr. Valentin Spornath, München

**Lange: Erbrecht. Beck, 2011. 1128 S., 128 €**

Zum Ende meiner Studienzeit, die schon einige Jahre her ist, wurde eingehend darüber diskutiert, ob juristische Kommentare überhaupt noch einen Sinn machen. Nun, die Zeiten haben sich geändert, die Kommentare haben ihren Stellenwert behauptet, ja durch das neue Medium des Internets erlangen sie eine ganz andere Bedeutung. Gerade entsteht im Beck-Verlag ein „Online-Großkommentar“, der vom Volumen her dem *Staudinger* gleichen soll, der diesbezüglich als das Maß aller Dinge galt.

Zum Erbrecht ein Lehrbuch? Das Erbrecht führt doch in der akademischen Ausbildung leider nur noch ein Schattendasein. Jedoch hatte *Schiemann* bereits 1995 (ZEV 1995, 198) dem Erbrecht eine Renaissance vorhergesagt. Dies ist eingetreten. Angesichts der vielen Milliarden, die in den nächsten Jahren zu vererben sind, ist dies kein Wunder. Und da die gesetzliche Erbfolge in den meisten Fällen keine befriedigende Lösung bietet, gilt der Lehrsatz des Altmeisters des deutschen Erbrechts, unseres leider viel zu früh verstorbenen Kollegen *Gerrit Langenfeld*: „In der Testamentsgestaltung lebt das Erbrecht“ (ZEV 2007, 453). Zu Recht hat sich daher der 68. Deutsche Juristentag im Jahre 2010 in Berlin ausführlich mit dem Thema beschäftigt: „Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?“ Das hierzu von Frau *Röthel* verfasste Gutachten ist exzellent und zeigt die enorme, zunehmende Bedeutung des Erbrechts in unserer Gesellschaft deutlich auf. Auch wenn man ihr nicht in Details zustimmen wird.

Aber ein Lehrbuch? Für Ausbildungszwecke gibt es zahlreiche hierauf bezogene Skripten; für die praktische Arbeit des Rechtsanwalts oder Notars wurden in den letzten Jahren viele mehr oder weniger gute „Praxishandbücher“ veröffentlicht. Besteht daneben aber noch ein Bedarf für ein Lehrbuch?

Nach dem das große Standardlehrbuch meines verehrten Doktorvaters *Kuchinke* seit seiner 5. Auflage im Jahre 2001 offenbar infolge gewisser Nachfolgestreitigkeiten nicht wieder aufgelegt werden konnte, haben drei verschiedene Verlage den Versuch unternommen, die Marktlücke zu schließen: Da ist zum einen das im Erich Schmidt Verlag von *Hausmann/Hohloch* bereits in der 2. Auflage herausgegebene „Handbuch

des Erbrechts“, an dem über 20 Autoren mitwirken, aber das sich offenbar keiner allzu großen Beliebtheit erfreut und in den einschlägigen Veröffentlichungen kaum zitiert wird. Daneben findet sich das von *Muscheler* im Mohr Siebeck Verlag 2010 in zwei Bänden herausgegebene „Lehrbuch Erbrecht“. Es betont die rechtsgeschichtlichen, vor allem aber ideengeschichtlichen Grundlagen des Erbrechts und bietet eine – mitunter allerdings in Diktion wie Inhalt oftmals sehr weit-schweifende – umfassende Darstellung der Systematik aber auch vieler Einzelprobleme des Erbrechts.

Das neueste Werk ist das von *Knut Werner Lange* im C. H. Beck Verlag veröffentlichte Lehrbuch zum Erbrecht. Im Gegensatz zu *Muscheler* wird auch der Erbfall mit Auslandsbezug auf über 40 Seiten sehr ausführlich dargestellt (Kapitel 23), ebenso wie die Unternehmensnachfolge in noch größerem Umfang (Kapitel 22). Fragen des Erbschaftsteuerrechts werden ebenso wie andere praxisbezogene Probleme immer wieder erörtert. Auch die spannende Frage, inwieweit Verfügungen von Todes wegen einer Inhaltskontrolle unterliegen, wird prägnant abgehandelt (Kapitel 3 Rdnr. 46 ff.), wobei das Ergebnis unserem Leser heute noch nicht verraten werden soll. 47 Schaubilder versuchen die mitunter doch etwas abstrakte Thematik anschaulicher zu gestalten. Demselben Zweck dienen die zahlreichen, anschaulichen Beispiele, die immer wieder eingestreut werden.

Ich habe das Lehrbuch im Rahmen meiner aktuellen Kommentierungen zum Erbschein, zum Vermächtnisrecht, zum gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag „auf Herz und Nieren“ geprüft. Es ist handwerklich exakt und ohne Fehler gearbeitet, inhaltlich brillant. *Knut Werner Lange* beweist damit wie sein vor Kurzem leider viel zu früh verstorbener Kollege, der hervorragende Gesellschaftsrechtler *Lutz Michalski*, dass in Bayreuth ganz hervorragende rechtswissenschaftliche Arbeit geleistet wird. Vielleicht hat man an der Peripherie etwas mehr Muße, aber auch mehr Abstand als im Zentrum des Getriebes. Ein Gedanke, der auch dem Vorrückungsprinzip des bayerischen Notariats einmal zugrunde lag und an den man sich vielleicht wieder einmal mehr zurückbesinnen sollte.

Notar Dr. Jörg Mayer, Simbach am Inn

**Ruhwinkel: Die Erbengemeinschaft. Erich Schmidt, 2013. 439 S., 59,80 €**

Das rund 440 Seiten starke Werk „Die Erbengemeinschaft“ des bayerischen Notars *Sebastian Ruhwinkel* findet die goldene Mitte zwischen Kurzschrift (*Jülicher*, Erbengemeinschaft – Erbenhaftung – Nachlassverwaltung; *Zimmermann*, Ratgeber Erbengemeinschaft) und Handbuch (*Ebeling/Geck*, Handbuch der Erbengemeinschaft; *Rißmann* [Hrsg.], Die Erbengemeinschaft) und eignet sich damit sowohl zur Lektüre und Vertiefung des Rechts der Erbengemeinschaft als auch zum Nachschlagen spezifischer Probleme, die sich anhand des Inhaltsverzeichnis und des Stichwortregisters rasch auffinden lassen. Insoweit leistet die Erstauflage von *Ruhwinkel* Pionierarbeit.

Das Buch gliedert sich in sechs Kapitel. Als Einleitung zu verstehen ist der kurze Abschnitt (A.) zur Entstehung, Rechtsnatur und Zusammensetzung der Erbengemeinschaft (Rdnr. 1 ff.).

Daran schließen umfangreiche Erörterungen (B.) zu den Rechtsverhältnissen während deren Bestehen (Rdnr. 11 ff.) an. Der Abschnitt (D.) zur Auseinandersetzung beendet den Lebenszyklus der Erbengemeinschaft (Rdnr. 559 ff.). Etwas quer – aber logisch eingepflegt – liegt das Kapitel (C.) zum Erbteil: Es behandelt einerseits die Exit-Lösung Veräußerung und Abtretung des Erbteils, andererseits Belastungen des Erbteils und Vollstreckung in denselben (Rdnr. 362 ff.). Steuerfragen (E.) runden die Darstellung ab und ermöglichen einen Blick über den zivilrechtlichen Tellerrand (Rdnr. 875 ff.). In den letzten Abschnitt (F.) wurden umfangreiche Muster (Rdnr. 1000 ff.) ausgelagert.

Das Werk ist lehrbuchartig aufgebaut und beschreibt nach der vorgenannten Gliederung das Recht der Erbengemeinschaft von der Entstehung bis zum Ende samt Randproblemen und steuerrechtlichen Fragen. Es ist durchsetzt von Praxishinweisen und Beispielen, welche die theoretischen Ausführungen anschaulich und greifbar machen. Auf die Muster im letzten

Abschnitt wird an geeigneten Stellen hingewiesen (zum Beispiel Rdnr. 12, 118, 126, 372, 517, 787, 811), kürzere Formulierungsvorschläge wurden direkt in den Textteil eingepflegt (zum Beispiel Rdnr. 600 f., 631 ff., 679 f., 756, 780 f., 834 ff.).

Schon von seinem Ansatz her ist das Buch nicht allein für die notarielle Praxis bestimmt, sondern für all diejenigen, die mit dem Recht der Erbengemeinschaft in Berührung kommen. So beleuchtet das Werk etwa auch Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenzverfahren (Rdnr. 275 ff.), die Haftung der Erben gegenüber Dritten und deren Vermeidung (Rdnr. 172 ff.) sowie die streitige Erbauseinandersetzung (Rdnr. 863 ff.). Auch die Muster im letzten Abschnitt sprechen vielfach Nachlassgläubiger und Rechtsanwälte an (zum Beispiel Antrag auf Bestellung eines Nachlasspflegers [Rdnr. 1001], Antrag auf Fristsetzung zur Inventarerrichtung [Rdnr. 1006], Antrag auf gerichtliches Aufgebot der Nachlassgläubiger [Rdnr. 1010]).

*Ruhwinkel* schreibt in seinem Vorwort ferner, dass das Buch nicht nur Juristen dienen soll, sondern auch Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern – mehr wegen der zivilrechtlichen Zusammenhänge als dem Steuerteil, da Erstere „eigentlich Grundlage für die (richtige) Besteuerung sind“. Obzwar das Werk Berater von Erbengemeinschaften anspricht, kann es auch (rechtlich) erfahrenen Erbengemeinschaften dienen, einen Überblick über die „Rechtslage“ zu erlangen; der Weg zum Rechts- oder Steuerberater im Einzelfall dürfte ihnen dadurch aber selten erspart werden.

Kautelarjuristen dürfen sich besonders von den Ausführungen zur Veräußerung und Belastung des Erbteils (Rdnr. 364 ff.) sowie der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft (Rdnr. 559 ff.) angesprochen fühlen. Daneben spielt das Recht der Erbengemeinschaft freilich schon immer dann eine Rolle, wenn eine Erbengemeinschaft Partei eines Rechtsgeschäfts ist, für den Notar also etwa dann, wenn Grundstücke aus der Erbmasse veräußert werden sollen. Sehr schön sind auch die Ausführungen zu den Besonderheiten bei Unternehmen und Gesellschaftsbeteiligungen im Nachlass (Rdnr. 133 ff.), die zur rechtzeitigen Gestaltung der Erbfolge mahnen. Schließ-

lich gibt der Steuerteil einen guten Überblick über steuerliche Zusammenhänge bei Erbfall, Verwaltung, Erbteilsveräußerung und Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft (Rdnr. 875 ff.).

Das Werk befindet sich auf dem Stand von Herbst 2012. Obwohl die Entscheidung des BGH zur Einziehungsermächtigung durch Verwaltungsbeschluss nach § 2038 Abs. 2 BGB (BGH, Urteil vom 19.9.2012, XII ZR 151/10, ZEV 2013, 81 mit Anm. *Leipold*) nicht mehr eingearbeitet wurde, findet sich die Lösung bereits im Text (Rdnr. 45, 28).

Interessant ist auch eine nach Abschluss der Manuskriptarbeiten ergangene Entscheidung des BGH zur Herausgabeobligiertheit des Schuldners in der Wohlverhaltensperiode nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO (BGH, Beschluss vom 10.1.2013, IX ZB 163/11, ZEV 2013 268 mit Anm. *Wollmann* = MittBayNot 2013, 259 [Ls.]): Nimmt der Schuldner die Erbschaft an, obliegt es ihm, um die Hälfte des Wertes der Erbschaft herausgeben zu können, notfalls seine Erbschaft zu „versilbern“. Eine Übertragung der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände an den Treuhänder kommt nicht in Betracht. Gleiches gilt, wenn der Schuldner nur Miterbe wird. Er kann entweder seinen Erbteil veräußern oder die Auseinandersetzung betreiben. Hierfür kann auf den *Ruhwinkel* zurückgegriffen werden.

Das Buch folgt – entsprechend seiner Ausrichtung auf die Praxis – vor allem der Rechtsprechung und der herrschenden Auffassung in der Literatur. Gleichzeitig werden umstrittene Punkte ausführlich dargestellt und diskutiert. Soweit *Ruhwinkel* eigene, von der herrschenden Auffassung abweichende, Ansichten vertritt, wird dies klar beschrieben (zum Beispiel Rdnr. 33 ff., 74, 183, 407, 419, 423 ff., 469, 606, 822 f.). Insofern trägt *Ruhwinkel* auch zum wissenschaftlichen Diskurs bei.

Insgesamt hat das Werk viel zu bieten, egal ob es – wie eingangs erläutert – als Lehrbuch oder als Nachschlagewerk dient. Es sollte für mit Erbfällen beschäftigte Juristen stets greifbar und auch in der Bibliothek des Notars zu finden sein.

Notarassessor Dr. *Stephan Serr*, Fürstenfeldbruck

### **Süß/Wachter: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts. 2. Aufl., zerb, 2011. 2154 S. + CD-ROM, 188 €**

Die notarielle Tätigkeit ist heute nicht mehr nur auf das reine Landes- oder Bundesrecht beschränkt. Der Notar ist vielmehr inzwischen regelmäßig auch mit grenzüberschreitenden Sachverhalten, sei es seitens der Beteiligten oder auch Vertragsobjekten mit einem ausländischen Bezug befasst. Vermehrt begleiten Notare auch grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge, regelmäßig Verschmelzungen nach den §§ 122a ff. UmwG. Häufig wird man den Beteiligten dabei die Einholung ausländischen Rechtsrats empfehlen, ebenso häufig ist aber der ausländische Bezug nur eine Neben- oder Anknüpfungsfrage. Insbesondere bei der Beteiligung von ausländischen Gesellschaften ist der Notar häufig mit Vorfragen des ausländischen Rechts konfrontiert, für die man eine erste Orientierungshilfe benötigt. Bisher konnte man hier entweder einen ausländischen Kollegen oder das Deutsche Notarinstitut hinzuziehen. In diese Lücke stößt das hier vor-

zustellende Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, das nunmehr in zweiter Auflage vorliegt.

Der Inhalt ist zweigeteilt: In einem ersten, allgemeinen Abschnitt werden die Grundlagen des internationalen Gesellschaftsrechts, Fragen der Zweigniederlassungen von EU-Auslandsgesellschaften, das Spannungsverhältnis zwischen internationalem Gesellschafts- und Insolvenzrecht sowie grenzüberschreitende Sitzverlegungen, Verschmelzungen und Unternehmensverträge umfassend und prägnant dargestellt. Hieran schließen sich Exkurse über die GmbH im internationalen Steuerrecht sowie zum Gesetzgebungsverfahren zur Europäischen Privatgesellschaft (EPG) an. Letzteres ist derzeit auf Eis gelegt, nachdem ein entsprechender Vorschlag im Mai 2011 im Europäischen Rat keine Mehrheit gefunden hatte. Es bleibt abzuwarten, ob die EPG im Rahmen des jüngsten Aktionsplanes der Europäischen Kommission vom Dezember 2012 erneut aufgegriffen wird.

In einem zweiten, besonderen Teil werden die Regelungen zu Gesellschaften mit beschränkter Haftung in insgesamt 42

Ländern einheitlich dargestellt. Ausgehend von der Gründung wird in jedem Länderbericht der Gesellschaftsvertrag, Fragen des Kapitals und des Kapitalschutzes, des Handelsregisters, der Gesellschafter und Geschäftsanteile, der Geschäftsführung und Vertretung, der Zweigniederlassung, der Insolvenz und des Steuerrechts prägnant erörtert. Dabei ermöglicht insbesondere die einheitliche Gliederung der Länderberichte einen schnellen Zugriff in der Praxis, um etwa die Zulässigkeit eines Insichgeschäfts nach italienischem Recht beurteilen zu können (hierzu *Fasciani*, Länderbericht Italien, Rdnr. 149 f.) oder den elektronischen Zugriffsweg auf ein ausländisches Handelsregister zu identifizieren.

Auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen findet man nicht nur wichtige Informationen zu den einzelnen ausländischen Gesellschaften. *Herrler/Herrler* geben in dem von ihnen bearbeiteten Abschnitt zu grenzüberschreitenden Ver-

schmelzungen auch viele hilfreiche Hinweise zum Ablauf der Verschmelzungen einer deutschen GmbH mit ihren österreichischen, englischen, niederländischen oder tschechischen Pendanten.

Auf der beigelegten CD-ROM sind zudem viele weitere nützliche Informationen, Gesetzesmaterialien sowie Muster für Anmeldungen, Verträge und Registerauszüge enthalten. Zur Abrundung würde man sich allenfalls noch eine Übersicht aller Länder mit deren jeweiligen Möglichkeiten zum Existenz- und Vertretungsnachweis der Auslandsgesellschaften wünschen.

Insgesamt ist das Werk für jeden Berater, der mit ausländischen Gesellschaften konfrontiert ist, ein unentbehrliches Hilfsmittel und kann zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Dr. *Martin T. Schwab*, München

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 812 Abs. 1 Satz 2, §§ 1922, 313, 539 Abs. 1, § 2039 Satz 1, §§ 815, 1942 Abs. 1, § 1923 Abs. 1 (*Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung in Erwartung eines späteren Eigentumserwerbs*)

**Der Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung (hier: Leistung in Erwartung eines späteren Eigentumserwerbs infolge Erbeinsetzung) ist auch dann vererblich, wenn der bezweckte Erfolg wegen des Versterbens des Leistenden vor dem Leistungsempfänger nicht eintreten kann. In diesem Fall entsteht der Anspruch endgültig erst, wenn der Leistungsempfänger anderweitig über das Eigentum verfügt oder stirbt.**

BGH, Urteil vom 22.3.2013, V ZR 28/12

Die Klägerin war seit 1998 mit dem im Februar 2007 verstorbenen Hermann B. (im Folgenden: Erblasser) verheiratet und ist mit einem  $\frac{3}{4}$  Anteil dessen Miterbin. Der Erblasser hatte zwei Geschwister (die Beklagte und Christa B.) und lebte von Geburt an – seit 1996 zusammen mit der Klägerin – unentgeltlich im Hause seiner Mutter, das in den achtziger und neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts aus- und umgebaut wurde.

Die im Verlauf dieses Rechtsstreits verstorbene Mutter des Erblassers verklagte nach dem Tod ihres Sohnes die Klägerin auf Räumung der Wohnung, die mittlerweile aufgrund eines Vergleichs erfolgte, und bestimmte mit notariellem Testament vom 8.1.2008 die Beklagte zu ihrer Alleinerbin.

Die Klägerin behauptet, der Erblasser habe 250.000 € zum Ausbau und zur Modernisierung des Hauses seiner Mutter im Hinblick auf deren Versprechen investiert, dass er und die Klägerin lebenslang unentgeltlich in dem Hause wohnen dürften und dass sie ihn zu ihrem Erben bestimmen werde. Da der Zweck der Verwendungen durch das Versterben des Erblassers vor seiner Mutter verfehlt worden sei, verlange sie Zahlung von 187.500 € nebst Zinsen an die Erbengemeinschaft.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der von ihm zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das Berufungsgericht meint, dass der Erbengemeinschaft, deren Ansprüche die Klägerin als Miterbin geltend machen könne, auch dann kein Anspruch gegen die Beklagte zustehe, wenn es die von der Klägerin behaupteten Zusagen der Mutter an den Erblasser gegeben habe.

Ansprüche aus einem Vertragsverhältnis nach § 539 Abs. 1 BGB kämen nicht in Betracht, weil der Erblasser nicht die Absicht gehabt habe, von seiner Mutter Ersatz für seine Aufwendungen zu verlangen. Ansprüche wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) der Vereinbarung über die Vornahme der Verwendungen, bei denen es sich um unbenannte Zuwendungen des Sohnes an seine Mutter gehandelt habe, seien bereits deshalb ausgeschlossen, weil der Erblasser vor seiner Mutter verstorben sei und daher nicht mehr ihr Erbe habe werden können. Damit habe sich ein von dem Erblasser zu tragendes Risiko verwirklicht. Der Erbengemeinschaft stehe auch kein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB zu, weil der verabredete Leistungszweck letztlich erreicht worden sei. Der Erblasser habe nämlich bis

zu seinem Tod in dem Anwesen gewohnt. Dass dessen Erwartung, Erbe seiner Mutter zu werden, sich nicht erfüllt habe, liege allein daran, dass er vorverstorben sei. Dadurch sei aber der mit der Leistung vereinbarte Zweck nicht weggefallen, da nicht die Mutter dessen Erwartungen enttäuscht habe, sondern diese nicht mehr zugunsten ihres bereits verstorbenen Sohnes habe verfügen können. Da dieser Umstand im Risikobereich des Leistenden gelegen habe, sei die Bereicherung der Beklagten nicht ungerechtfertigt.

#### II.

Das hält revisionsrechtlicher Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Klage nicht auf Ansprüche des Erblassers auf Aufwendungsersatz aus einem Mietverhältnis (§ 539 Abs. 1 BGB) oder – was hier näher liegt – auf Verwendungsersatz aus einem Leihvertrag (§ 601 Abs. 2 Satz 1 BGB) gestützt werden kann, den die Klägerin für die Erbengemeinschaft nach § 2039 Satz 1 BGB geltend machen könnte. Diese Ansprüche des Mieters bzw. Entleihers bestimmen sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB). Sie sind im Hinblick auf § 685 BGB ausgeschlossen, wenn der Erblasser nicht die Absicht hatte, von seiner Mutter Ersatz für seine Aufwendungen zu verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1984, VIII ZR 152/83, NJW 1985, 313, 314, und BGH, Urteil vom 31.10.2001, XII ZR 292/99, NJW 2002, 436, 437).

2. Im Ergebnis zu Recht verneint das Berufungsgericht auch einen Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).

a) Ein Anspruch aus diesem Rechtsgrund wäre allerdings nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn – wovon das Berufungsgericht ausgeht – es sich bei den Verwendungen des Erblassers auf das Grundstück seiner Mutter um auf eine Lebensgemeinschaft unter Verwandten bezogene unbenannte Zuwendungen gehandelt hätte, die auf einem (stillschweigenden) familienrechtlichen Kooperationsvertrag beruhten (vgl. BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193, 203 Rdnr. 27). Nach der neueren Rechtsprechung des BGH kommt auch bei den gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen, sofern sie über das hinausgehen, was das Zusammenleben erst ermöglicht, ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht, soweit den Zuwendungen die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, dass die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie gedient hat, Bestand haben werde (BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193, 206 Rdnr. 33; BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242, 250 Rdnr. 25, und BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190, 207 Rdnr. 53).

b) Von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage einer auf die Lebensgemeinschaft geleisteten Zuwendung ist aber grundsätzlich nicht auszugehen, wenn – wie hier – der Zuwendende verstirbt. Die Lebensgemeinschaft ist dann nicht gescheitert, sondern hat durch den Tod ihr natürliches Ende gefunden. Mit dem Ableben des Zuwendenden wird der andere Teil nicht zu einem Ausgleich gegenüber den Erben des Zuwendenden verpflichtet, auf die der Zuwendende zu seinen Lebzeiten keinen Anspruch hatte (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII

ZR 92/06, BGHZ 183, 242, 250 Rdnr. 26). Nach dem Vorbringen der Klägerin scheidet ein solcher Anspruch zudem von vornherein aus, weil die Verwendungen des Erblassers keine unbenannten Zuwendungen gewesen wären, wenn es die von der Klägerin behaupteten Absprachen des Erblassers mit seiner Mutter gegeben hätte. Unbenannte Zuwendungen sind nämlich allein die auf eine Lebensgemeinschaft bezogenen Leistungen, die ein Partner dem anderen um der Gemeinschaft willen und als Beitrag zu deren Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung zukommen lässt, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die Gemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben wird (vgl. BGH, Urteil vom 30.6.1999, XII ZR 230/96, BGHZ 142, 137, 148). Daran fehlte es jedoch, wenn Grundlage der Verwendungen die auf einer Abrede über den Zweck der Leistungen beruhende Erwartung des Sohnes war, im Hause unentgeltlich wohnen zu dürfen und als Erbe eingesetzt zu werden. Der Erblasser hätte dann die Verwendungen nicht um einer Lebensgemeinschaft willen, sondern deshalb erbracht, weil die Investitionen durch das Recht zum Wohnen in dem ausgebauten Haus und durch den späteren Erwerb des Eigentums ihm wieder zugekommen sollten.

3. Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht jedoch einen Anspruch der Erbengemeinschaft gegen die Beklagte nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB.

a) Es geht allerdings zutreffend davon aus, dass Ansprüche aus diesem Rechtsgrund in Betracht kommen. Besteht der Zweck der Verwendungen auf ein fremdes Grundstück in der auf eine tatsächliche Willensübereinstimmung zwischen dem Leistenden und dem Grundstückseigentümer gegründeten berechtigten Erwartung, nachfolgend (sei es durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, sei es durch letztwillige Verfügung) das Eigentum an dem Grundstück zu erwerben, steht dem Leistenden – wenn diese Erwartung enttäuscht wird – nach ständiger Rechtsprechung des BGH ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB zu (Senat, Urteil vom 22.6.2001, V ZR 128/00, NJW 2001, 3118; BGH, Urteil vom 18.9.1961, VII ZR 118/60, BGHZ 55, 356, 359; BGH, Urteil vom 29.11.1965, VII ZR 214/63, BGHZ 44, 321, 322; BGH, Urteil vom 16.10.1969, VII ZR 145/69, NJW 1970, 136, 137; BGH, Urteil vom 12.7.1989, VIII ZR 286/88, BGHZ 108, 256, 261).

b) Der nach dem Vortrag der Klägerin mit den Verwendungen bezweckte Erfolg ist nicht – wie das Berufungsgericht meint – letztlich erreicht worden, sondern ausgeblieben.

aa) Daran ändert es nichts, wenn mit der Leistung gleichzeitig zwei Zwecke verfolgt worden wären (das unentgeltliche Wohnen und der spätere Eigentumserwerb). Selbst wenn ein Zweck erreicht worden wäre, läge hinsichtlich des anderen eine Zweckverfehlung vor (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.1965, VII ZR 214/63, NJW 1996, 540, 541). Der Verbleib des Wertzuwachses bei der Beklagten stellt sich vor dem Hintergrund dieser Zweckabrede – auch wenn der Erblasser bis zu seinem Tod in dem Haus unentgeltlich wohnen konnte – als rechtsgrundlos dar und kann deshalb nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB herausverlangt werden (vgl. *Bamberger/Roth/Wendehorst*, BGB, 3. Aufl., § 812 Rdnr. 99).

bb) Rechtsfehlerhaft sind die Ausführungen des Berufungsgerichts, dass der Anspruch nach § 812 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 BGB deshalb ausgeschlossen sei, weil nicht die Mutter des Erblassers dessen Erwartungen in Bezug auf eine Erbeinsetzung enttäuscht habe, sondern das Vorversterben des Erblassers nach der Wertung des § 1923 Abs. 1 BGB in dessen Risikobereich gelegen habe. Das Berufungsgericht hat ver-

kannt, dass es hier nicht um die Rechte am Nachlass der Mutter, sondern um den Anspruch auf Rückforderung des Geleisteten geht; darüber hinaus hat es die für die Kondiktion wegen Zweckverfehlung einschlägige Vorschrift in § 815 BGB nicht beachtet. Nach dieser Bestimmung ist die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolgs nur dann ausgeschlossen, wenn der Eintritt des Erfolgs von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewusst hat oder wenn der Leistende den Eintritt des Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert hat. Dafür ist weder etwas festgestellt noch vorgetragen.

c) Die Rechtsstellung, die der Erblasser durch die aufgrund der von der Klägerin behaupteten Zweckvereinbarung vorgenommenen Verwendungen auf das Grundstück seiner Mutter erworben hatte, war – entgegen der Ansicht der Revisionserweiterung – vererblich; sie führte dazu, dass die Erbengemeinschaft mit dem Tod der Mutter des Erblassers Inhaberin eines Anspruchs nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB geworden ist.

aa) Der Vererblichkeit steht es nicht entgegen, dass der Erblasser infolge des Versterbens vor seiner Mutter nach § 1923 Abs. 1 BGB nicht deren Erbe werden konnte und damit auch die Erwerbsaussicht der Erbeserben erlosch (*Staudinger/Marotzke*, 2008, § 1922 Rdnr. 12). Hier geht es nämlich nicht um die Rechte am Nachlass der Mutter, die nicht nach § 1942 Abs. 1 BGB auf die Erbengemeinschaft übergehen konnten, sondern allein um die aus den Leistungen des Erblassers an seine Mutter begründeten Ansprüche aus einer Zweckvereinbarung im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB, die sich nunmehr gegen die Beklagte als Erbin der Mutter richten.

Der Umstand, dass die Erbaussicht des Erblassers auf Rechte am Nachlass seiner Mutter selbst dann erloschen wäre, wenn diese eine letztwillige Verfügung zu seinen Gunsten getroffen hätte, berührt nicht die Vererbbarkeit des Anspruchs auf Herausgabe des Geleisteten. Sie ist unter Berücksichtigung der Vorschrift in § 815 BGB auch nicht – wie es das Berufungsgericht meint – als Einwand gegenüber dem Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB von Bedeutung (dazu oben b) bb)).

bb) Eine Vererbung der durch die Leistungen des Erblassers entstandenen Rechtsstellung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der aus der Zweckvereinbarung begründete Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB erst mit dem Tod der Mutter des Erblassers entstand.

(1) Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts einer begründeten Erberwartung entsteht nicht schon mit der Vornahme der Verwendungen auf die fremde Sache, sondern erst in dem Zeitpunkt, in dem feststeht, dass der bezweckte Erfolg nicht mehr eintreten kann (BGH, Urteil vom 18.9.1961, VII ZR 118/60, BGHZ 55, 356, 358; BGH, Urteil vom 16.10.1969, VII ZR 145/69, NJW 1970, 136, 137; BGH, Urteil vom 12.7.1989, VIII ZR 286/88, BGHZ 108, 256, 266; *Bamberger/Roth/Wendehorst*, BGB, 3. Aufl., § 812 Rdnr. 96; *Münch-KommBGB/Schwab*, 5. Aufl., § 812 Rdnr. 385; *NK-BGB/von Sachsen Gessaphe*, 2. Aufl., § 812 Rdnr. 64). Das war hier zwar beim Tod des Erblassers der Fall, weil in diesem Zeitpunkt feststand, dass er nicht Erbe seiner Mutter werden konnte.

(2) Endgültig entstanden war der Anspruch der Erbengemeinschaft aber erst mit dem Tod der Mutter des Erblassers. Denn Grundlage für die Rückforderung ist bei der Kondiktion wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolgs der Eintritt der vereinbarten auflösenden Bedingung, an die das Behaltendürfen der Leistung geknüpft ist (vgl. *Bamberger/Roth/*

Wendehorst, BGB, 3. Aufl., § 812 Rdnr. 96). Die Bedingung bestimmt sich nach der Abrede über den Zweck der Leistung. Wenn nach dieser Abrede die Zuwendungen dem Empfänger zu dessen Lebzeiten verbleiben sollten, weil der Leistende erst mit dem Tod des Empfängers Eigentümer des Grundstücks werden soll (womit er auch den Wert seiner Zuwendungen wiedererlangt), tritt die Bedingung, die das Recht des Empfängers zum Behaltendürfen der Leistung beendet, erst in diesem Zeitpunkt ein; anders läge es nur dann, wenn der Zuwendungsempfänger zu Lebzeiten anderweitig (zum Beispiel durch eine Veräußerung an einen Dritten) über das Eigentum verfügte.

(3) Dass der Anspruch erst nach dem Tod des Erblassers endgültig entstanden ist, steht seiner Vererblichkeit nicht entgegen. Das Recht, die Herausgabe der Bereicherung wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolgs verlangen zu können, geht auch dann auf die Erben des Leistenden über, wenn mit seinem Tod feststeht, dass der Erfolg nicht eintreten kann. Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass auch Pflichten aus unfertigen, noch werdenden oder schwebenden Rechtsbeziehungen vererbt werden können (Senat, Urteil vom 7.6.1991, V ZR 214/89, NJW 1991, 2558, 2559; BGH, Urteil vom 9.6.1960, VII ZR 229/58, BGHZ 32, 367, 369, und BGH, Urteil vom 30.6.1976, VIII ZR 52/75, LM Nr. 10 zu § 1922; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 5 III 3 c, S. 98; MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl., § 1922 Rdnr. 41). Das gilt für Rechte gleichermaßen (OLG Düsseldorf, FamRZ 1996, 1440, 1441). Zu diesen Rechten gehören insbesondere auch betagte, befristete, bedingte oder schwebend wirksame Rechte (*Lange/Kuchinke*, a. a. O.).

Um eine solche Rechtsposition handelt es sich bei dem durch die Zweckvereinbarung und die Leistungen des Erblassers begründeten Anspruch. Der Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB ist ein von einer vereinbarten Bedingung abhängiger Anspruch, weil seine endgültige Entstehung – wie oben unter (2) ausgeführt – allein noch von dem Eintritt der auflösenden Bedingung abhängt, an die das Recht des Empfängers zum Behaltendürfen der Leistung geknüpft ist.

### III.

Die Revision erweist sich demnach als begründet. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO), weil sie nicht entscheidungsreif ist.

1. Das Berufungsgericht wird der von der Klägerin unter Beweis gestellten Behauptung nachzugehen haben, der Erblasser und dessen Mutter hätten eine Zweckabrede getroffen, dass er mit ihrem Tod Eigentümer des Grundstücks werden solle und nach der die Leistungen in Erwartung der Erbeinsetzung erbracht worden seien (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242, 253 Rdnr. 34). Für das Zustandekommen einer dahingehenden Willensübereinstimmung reicht es aus, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt, der andere Teil dies erkennt und die Leistung entgegennimmt, ohne zu widersprechen (BGH, Urteil vom 29.11.1965, VII ZR 214/63, BGHZ 44, 321, 313; BGH, Urteil vom 2.10.1991, XII ZR 145/90, BGHZ 115, 261, 263; BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242, 252 Rdnr. 33).

2. Weiter wird das Berufungsgericht ggf. die Anspruchshöhe ermitteln müssen. Hierzu weist der Senat darauf hin, dass es insoweit seitens der Klägerin noch ergänzenden Vorbringens und eventuell eines Beweisantritts bedarf. Der Bereicherungsanspruch bemisst sich nämlich nicht nach den

bisher allein vorgetragenen Aufwendungen des Erblassers. Zwar soll der Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB den Gläubiger nicht nur für das eingebaute Material, sondern auch für seine sonstigen Aufwendungen – wie für Arbeitslöhne und auch für eigene Arbeitsleistungen – entschädigen (BGH, Urteil vom 18.9.1961, VII ZR 118/60, BGHZ 35, 356, 359, und BGH, Urteil vom 12.7.1989, VIII ZR 286/88, BGHZ 108, 256, 266). Inhaltlich steht dem Gläubiger aber ein einheitlicher Anspruch auf Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB zu (Senat, Urteil vom 21.12.1965, V ZR 108/63, WM 1966, 277), bei dem die Erhöhung des Werts des Grundstücks des Schuldners auszugleichen ist, den dieses durch die Maßnahmen des Gläubigers erfahren hat (vgl. Senat, Urteil vom 22.6.2001, V ZR 128/00, NJW 2001, 3118). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der Höhe des Wertausgleichs ist der Zeitpunkt der endgültigen Anspruchsentstehung, hier also des Todes der Mutter.

### Anmerkung:

1. Nach der grundsätzlichen Anerkennung von Ausgleichsansprüchen bei Beendigung faktischer Lebensgemeinschaften<sup>1</sup> geht es in den Folgeentscheidungen vor allem um die Anwendung der Rechtsinstitute der Innengesellschaft, des Bereicherungsrechts und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage lebensgemeinschaftsbedingter Zuwendungen auf konkrete Fallgestaltungen. Während zunächst der Familiensenat des BGH<sup>2</sup> damit befasst war, hatte nunmehr der Immobilien-senat einen „Verwandtenfall“ zu entscheiden.

2. Der BGH<sup>3</sup> hat bereits darauf hingewiesen, dass Ausgleichsansprüche nicht nur bei einem Zusammenleben gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare bestehen können. Auf sexuelle Beziehungen soll es nicht ankommen. Das Zusammenleben von Geschwistern wurde als Beispiel für andere Formen von Lebensgemeinschaften angegeben, in denen es ebenfalls nach einer Beendigung zu Ausgleichsansprüchen kommen kann. Beim vorliegenden Fall handelt es sich um eine gerade in ländlichen Gegenden nicht seltene „Mehrgenerationen“-Lebensgemeinschaft. Kinder investieren in das Haus der Eltern, um sich dort günstigen Wohnraum zu schaffen und in der Erwartung, es später einmal zu erben oder übergeben zu bekommen. Die Eltern sind ihrerseits froh, im Alter nicht allein zu sein und aufgrund einer teilweisen Betreuung bzw. zumindest des „Nichtalleinseins“ nicht in ein Alters- oder Pflegeheim zu müssen, sondern in den eigenen Wänden und der gewohnten Umgebung bleiben zu können. (Streitvermeidende) Vereinbarungen werden meist wegen der familiären Situation nicht getroffen. Ändert sich bei den Eltern wegen der gesundheitlich notwendig werdenden Unterbringung in einem Heim oder aufgrund eines Sinneswandels die Situation oder zieht das Kind berufsbedingt oder aufgrund geänderter Wohnbedürfnisse bzw. -vorstellungen weg, kommt es nicht selten zu Auseinandersetzungen. Gleiches gilt, wenn das Modell „Alt und Jung“ unter einem Dach dann doch nicht gut geht.

3. Beim unentgeltlichen Wohnen handelt es sich nicht um eine Schenkung. Liegt eine rechtliche Bindung vor, handelt es

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822, und BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 39/06, FamRZ 2008, 1828.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 53/08, FamRZ 2010, 542; BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563; BGH, Urteil vom 8.5.2013, XII ZR 132/12, FamRZ 2013, 1295.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, FamRZ 2008, 1822.

sich um eine Leihe.<sup>4</sup> Ist wegen einer erbrechtlichen Bindung ein Wohnungsrechtsvermächtnis nicht möglich (§§ 2287, 2288 BGB), wird eine diesbezügliche Leihe häufig zur Sicherung des „neuen“ Partners empfohlen.<sup>5</sup> Inwieweit es sich dabei im Verhältnis zu Dritten um unentgeltliche Zuwendungen handelt, die insolvenzrechtlich anfechtbar (§ 134 InsO),<sup>6</sup> pflichtteilsergänzungspflichtig<sup>7</sup> und mangels lebzeitigem Eigeninteresse bei einer bindenden Verpflichtung entgegen der obigen Ansicht doch unzulässig sind,<sup>8</sup> ist umstritten. Ist im Verhältnis zum Partner keine Rechtsbindung und damit auch keine Leihe gewollt, kann es sich in dieser Beziehung um eine lebensgemeinschaftsbedingte Zuwendung handeln.

4. Fasst man die Rechtsprechung zu Ausgleichsansprüchen bei Zuwendungen in faktischen Lebensgemeinschaften zusammen, ergibt sich in „Verwandschaftsfällen“:

a) Ob es bei ihnen, anders als bei den nichtehelichen und den nicht eingetragenen Lebensgemeinschaften wirklich zutreffend ist, dass ein Ausgleich beim Versterben des Zuwendenden nicht gewünscht wird,<sup>9</sup> ist fraglich. Auch im Rahmen der diesbezüglichen Vermutung des § 1301 Satz 2 BGB wird eine Ausnahme insbesondere dann gemacht, wenn der Gegenstand der Zuwendung den Angehörigen des Verstorbenen verbleiben soll.<sup>10</sup> Insofern ist das Hilfsargument, dass der Zuwendungszweck das kostenlose Wohnen bis zum Lebensende des Leistenden war, nötig, um einen Wegfall der Geschäftsgrundlage zu verneinen. Allerdings könnte man auch hier einwenden, dass Zweck der Zuwendung das Wohnen der „Zielfamilie“ insgesamt, d. h. bis zum Ableben auch des Schwiegerkindes oder der Selbständigkeit der Enkel war. So wurde im Ehegattenstreit nach dem Auszug des Mannes die Zweckerreichung „Familienheim“ bejaht, da die Frau mit den Kindern das Haus weiterhin bewohnte.<sup>11</sup>

b) Ein Kondiktionsanspruch wegen einer Zweckverfehlung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) kann auch bejaht werden, wenn von mehreren verfolgten Zwecken einer ausbleibt.<sup>12</sup> Als nicht erreichten Zweck nimmt der BGH die enttäuschte Erberwartung an. Zutreffend weist er darauf hin, dass es nicht um Rechte am Nachlass der Mutter geht. Allerdings spielt auch hier wieder das Problem der Zweckverfehlung eine Rolle. Erfolgt die Zuwendung in der Erwartung, dass der Sohn Erbe seiner Mutter wurde, war dies mit seinem Vorversterben schon nicht mehr möglich (§ 1942 Abs. 1 BGB). Allerdings wäre dann auch eine Zweckverfehlung eingetreten, wenn die Mutter die Schwiegertochter oder ihre Enkel zu Erben eingesetzt hätte, nicht – wie tatsächlich geschehen – ihre Tochter. Folge der Konstruktion eines durch den Tod der Mutter bedingten Anspruchs ist, dass die Ehefrau des Sohnes und seine Kinder bis zum Tod der Schwiegermutter/Großmutter mittellos auf der Straße stehen. Unklar ist auch das Schicksal des Anspruchs im Verhältnis zu etwaigen Pflegekosten der Mutter, da insoweit im Verhältnis zur Behörde der bedingte

Anspruch geltend gemacht werden müsste. Die Vererblichkeit des Anspruchs hilft der Schwiegertochter und den Enkelkindern wenig, wenn die Schwiegermutter/Großmutter – anders als im vorliegenden Fall – noch lange Zeit lebt, weil der Ehemann/Vater in jungen Jahren möglicherweise durch einen Unfall ums Leben kommt. Die Zweckabrede bei Hausinvestitionen aufgrund eines familiären Zusammenlebens wird deshalb häufig auch als weiteren Zweck die Wohnnutzung durch die Familie des Zuwendenden umfassen.

c) Bei der Anspruchshöhe stellt der BGH auf die Werterhöhung zum Zeitpunkt des Todes der Mutter ab. Unberücksichtigt bleibt der Vorteil des mietfreien Wohnens des Sohnes mit seiner Familie. Dies kann insbesondere bei geringen Aufwendungen, welche die im Nutzungszeitraum für eine gleichwertige Wohnung zu entrichtende Miete nicht übersteigen, von Bedeutung sein.<sup>13</sup> Zudem tragen die Erben das Risiko der Verschlechterung und des zufälligen Untergangs der Immobilie zwischen dem Tod des zuwendenden Kindes und des Zuwendungsempfängers mit, obwohl sie keine Nutzungsmöglichkeit mehr haben. Auch insoweit kommt es wiederum auf die Frage des verfolgten Zwecks an.

5. In der Vertragsgestaltung wird häufig in dieser Konstellation eine Überlassung auf den Todesfall der Mutter, teilweise verbunden mit einem Nutzungsrecht für den Sohn und seine Erben gewünscht. Allerdings bietet auch der durch eine Vormerkung gesicherte Eigentumsverschaffungsanspruch hinsichtlich der Immobilie keinen Schutz gegen die Inanspruchnahme für Pflegeheimkosten der Mutter, da die Zuwendung noch nicht im Sinne von § 528 BGB vollzogen ist. Kindern, die größere Summen in eine Immobilie der Eltern investieren, kann deshalb nur empfohlen werden, auf eine Übergabe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu bestehen.

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

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 8.5.2013, XII ZR 132/12, FamRZ 2013, 1295 = NJW 2013, 2187.

## 2. GBO §§ 13, 22; ErbbauRG §§ 27, 28 (*Löschung eines durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts im Grundbuch*)

**Die Löschung eines durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts im Grundbuch kann auf Antrag des Grundstückseigentümers im Wege der Grundbuchberichtigung nur dann erfolgen, wenn gleichzeitig ebenfalls auf Antrag des Eigentümers die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten für den Eigentumsverlust an dem Bauwerk in das Grundbuch eingetragen wird.**

BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12

Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin des in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks. In Abteilung II unter Nr. 5 des Grundbuchs ist ein Erbbaurecht für die Dauer von 30 Jahren für die Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2 und unter Nr. 7 ein Vorkaufrecht für den jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragen. Die Eintragung des Erbbaurechts in dem Erbbaugrundbuch erfolgte am 6.3.1972.

Am 30.11.2005 wurden die am 7.8.1996 vereinbarte Einräumung einer zweimaligen Option des Erbbauberechtigten auf Verlängerung des Erbbaurechts um jeweils zehn Jahre, die spätestens bis zum 31.12.2000 und 31.12.2010 auszuüben waren, sowie die Verlängerung des Erbbaurechts bis zum 6.3.2002 aufgrund der notariell beurkundeten Erklärung der Erbbauberechtigten vom 30.10.2000 über die Ausübung des ersten Optionsrechts eingetragen. Die Eintragung eines dagegen gerichteten Amtswiderspruchs erfolgte am 11.8.2010.

<sup>4</sup> Vgl. bereits *Nehlsen-von Stryk*, AcP 187, 1987, 552 ff., und BGH, Beschluss vom 11.7.2007, IV ZR 218/06, MittBayNot 2008, 62.

<sup>5</sup> v. *Proff*, RNotZ 2008, 462, 474 ff.

<sup>6</sup> Zur Unentgeltlichkeit siehe nur *Gottwald/Huber*, Insolvenzhandsbuch, 4. Aufl., § 49 Rdnr. 9 ff.

<sup>7</sup> Siehe *J. Mayer*, ZEV 2008, 192.

<sup>8</sup> So wohl FA-KommErbR/*Zimmer*, § 2287 Rdnr. 4, und *Mayer in Dittmann/Reimann/Bengel*, § 2287 Rdnr. 25; a. A. v. *Proff*, RNotZ 2008, 462, 475.

<sup>9</sup> So allgemein BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242, 250 = FamRZ 2010, 277.

<sup>10</sup> Vgl. MünchKommBGB/*Rothe*, § 1301 Rdnr. 4.

<sup>11</sup> BGH, IX ZR 95/80, BGHZ 84, 341 = FamRZ 1982, 910.

<sup>12</sup> MünchKommBGB/*M. Schwab*, § 842 Rdnr. 377.

Die Beteiligte zu 1 hat die Löschung des Erbbaurechts und des Vorkaufsrechts beantragt. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 13.5.2011 beanstandet, weil die Grundbuchberichtigung nach dem Erlöschen des Erbbaurechts ohne die Eintragung der (noch) nicht bezifferten Entschädigungsforderung nicht erfolgen könne und deshalb die Eintragung dieser Forderung noch zu beantragen sei, anderenfalls der Verzicht auf diese Eintragung der ausdrücklichen Zustimmung der Erbbauberechtigten in der Form des § 29 GBO bedürfe. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihre Löschanträge weiter. Die Beteiligte zu 2 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

*Aus den Gründen:*

## II.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts wird das Grundbuch mit Zeitablauf des Erbbaurechts in zweierlei Hinsicht unrichtig, weil einerseits das Erbbaurecht erloschen sei, andererseits die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten (§ 27 Abs. 1 ErbbauRG) bestehe, welche an die Stelle des Rechts getreten sei. Deshalb könne im Regelfall die Löschung des Erbbaurechts aufgrund Unrichtigkeitsnachweises ohne Rücksicht auf Bestand und Höhe der Entschädigungsforderung nicht erfolgen, sondern nur mit Bewilligung des Erbbauberechtigten. Auch die Löschung des Erbbaurechts ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung auf Antrag des Grundstückseigentümers nach dem Ablauf einer einjährigen Frist seit dem Erlöschen des Rechts komme nicht in Betracht. Fehle es an der Bewilligung des Berechtigten, könne die Grundbuchberichtigung auf Antrag des Eigentümers nur erfolgen, wenn die an die Stelle des erloschenen Erbbaurechts getretene Entschädigungsforderung zeitgleich in das Grundbuch eingetragen werde. Etwas anderes gelte nur dann, wenn eine Entschädigungsforderung ausgeschlossen sei und dies in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden könne. Das sei hier jedoch nicht der Fall.

## III.

Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 78 Abs. 3 GBO, § 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Zu Recht hat das Beschwerdegericht die Auffassung des Grundbuchamts bestätigt, dass die beantragte Löschung nur aufgrund einer Bewilligung der Beteiligten zu 2 oder mit der gleichzeitigen Eintragung der Entschädigungsforderung in das Grundbuch erfolgen kann.

1. Mit dem Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt wurde, erlischt es. Der Grundstückseigentümer hat dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten (§ 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Die Entschädigungsforderung haftet auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechts und mit dessen Rang (§ 28 ErbbauRG). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Entschädigungsanspruch nach § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG ausgeschlossen wurde.

2. Ausgehend von dieser gesetzlichen Regelung nimmt das Beschwerdegericht zu Recht an, dass das Grundbuch wegen des Erlöschens des Erbbaurechts mit Ablauf des 6.3.2002 unrichtig geworden ist. Die fortbestehende Eintragung des Rechts stimmt nicht mehr mit der materiellen Rechtslage überein. Wie diese Unrichtigkeit zu beseitigen ist, ist – mit Ausnahme des nach der unangegriffenen Feststellung des Beschwerdegerichts nicht gegebenen Falls, dass der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen wurde (siehe dazu OLG Celle, NJW-RR 1995, 1420, 1421; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 27 ErbbauRG Rdnr. 4) – in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

a) Allgemeiner Meinung entspricht es, dass ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung das Erbbaurecht nicht im

Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO, sondern auf Bewilligung des Berechtigten gelöscht werden kann (siehe nur OLG Celle, a. a. O.; BGB-RGRK/*Räfle*, 12. Aufl., § 27 ErbbauVO Rdnr. 1; MünchKommBGB/*von Oefele*, 5. Aufl., § 29 ErbbauRG Rdnr. 3; NK-BGB/*Heller*, 2. Aufl., § 27 ErbbauVO Rdnr. 3; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 9. Aufl., § 27 Rdnr. 1; OLG Hamm, DNotZ 2007, 750, 753, für die Bewilligung der Realgläubiger an dem Erbbaurecht).

b) Fehlt es an der Bewilligung, wird vertreten, dass das Erbbaurecht auf Berichtigungsantrag des Grundstückseigentümers (§§ 13, 22 GBO) ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung nach Fristablauf im Grundbuch des belasteten Grundstücks gelöscht werden kann (*Erman/Grziwotz*, BGB, 13. Aufl., § 29 ErbbauRG Rdnr. 4 [anders jedoch § 28 ErbbauRG Rdnr. 1]; *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 28 ErbbauVO Anm. 1; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 29 ErbbauVO Rdnr. 1). Begründet wird dies – wenn überhaupt – damit, dass das Erlöschen des Erbbaurechts und das Entstehen der Entschädigungsforderung nichts gemein hätten.

c) Nach anderer Ansicht ist gemäß §§ 23, 24 GBO diese Löschung erst nach dem Ablauf eines Jahres nach dem Erlöschen des Erbbaurechts möglich (OLG Celle, NJW-RR 1995, 1420, 1421; *KEHE/Dümicg*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 24 Rdnr. 16; *Meikel/Morvilius*, GBO, 10. Aufl., Einl. C Rdnr. 277; *Bauer/von Oefele/Kohler*, GBO, 2. Aufl., §§ 23, 24 Rdnr. 41; *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl., Rdnr. 605 ff.; *ders.*, Rpfleger 2004, 21, 23 f.). Zur Begründung wird zum Teil angeführt, dass es sich bei der Entschädigungsforderung um einen Rückstand des Erbbaurechts handle; teilweise wird auf eine wegen der Surrogationswirkung (§ 28 ErbbauRG) vergleichbare Interessenlage wie bei echten Rückständen im Sinne der §§ 23, 24 GBO abgestellt.

d) Schließlich wird – auch von dem Beschwerdegericht – vertreten, dass auf Antrag des Grundstückseigentümers die Löschung des Erbbaurechts durch Berichtigung des Grundbuchs (§§ 13, 22 GBO) dann erfolgen kann, wenn gleichzeitig, ebenfalls auf Antrag des Eigentümers, die Entschädigungsforderung in das Grundbuch eingetragen wird (*Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 3. Aufl., § 27 ErbbauRG Rdnr. 3 und § 28 ErbbauRG Rdnr. 1-3; *Erman/Grziwotz*, BGB, 13. Aufl., § 28 ErbbauRG Rdnr. 1; *Staudinger/Rapp*, 2009, § 27 ErbbauRG Rdnr. 2; *Linde/Richter*, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl., Rdnr. 249; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.206 und Rdnr. 5.239; *Maaß*, NotBZ 2002, 389, 393; *ders.*, DNotZ 2007, 753, 757 f.; OLG Hamm, a. a. O., für die Realgläubiger an dem Erbbaurecht). Nur so könne der Erbbauberechtigte vor einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb des Grundstücks geschützt werden.

3. Die letztgenannte Ansicht ist richtig.

a) Dass die Löschung des Erbbaurechts ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung möglich ist, wenn der Erbbauberechtigte sie bewilligt (und, bei belasteten Erbbaurechten, die Gläubiger zustimmen [§ 876 BGB]), bedarf keiner weiteren Begründung. Nach dem das Grundbuchrecht beherrschenden formellen Konsensprinzip erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird (§ 19 GBO; zu – hier nicht gegebenen – Ausnahmen siehe § 20 GBO). Die Betroffenheit des Erbbauberechtigten ergibt sich daraus, dass die Löschung des Erbbaurechts ihn rechtlich beeinträchtigt, weil die Entschädigungsforderung ranggleich an die Stelle des Erbbaurechts tritt (§ 28 ErbbauRG) und deshalb der Berechtigte eine Berichtigungsbewilligung (§ 894 BGB) nur Zug um Zug gegen Befriedigung oder Sicherung des Anspruchs auf Entschädigung abgeben muss (BGB-RGRK/*Räfle*, 12. Aufl., § 28 ErbbauVO Rdnr. 1).

b) Die Löschung des Erbbaurechts im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) auf Antrag des Grundstückseigentümers (§ 13 GBO) ohne Rücksicht auf das Bestehen der Entschädigungsforderung ist nicht möglich. Zwar ist das Grundbuch allein durch Fristablauf unrichtig geworden. Auch kann die Unrichtigkeit durch die Vorlage des Erbbaurechtsvertrags nachgewiesen werden. Aber das Erbbaurecht und die Entschädigungsforderung sind nicht zwei voneinander unabhängige Rechte, sondern hängen voneinander ab. Die Entschädigungsforderung entsteht bereits mit der Entstehung des Erbbaurechts als bedingtes Recht. Ihre Fälligkeit ist bis zum Erlöschen des Erbbaurechts aufgeschoben. An die Stelle des erloschenen Rechts tritt ranggleich die Entschädigungsforderung, für die nicht nur der Grundstückseigentümer persönlich haftet, sondern auch das Grundstück (§ 28 ErbbauRG). Surrogation und Verdinglichung der Forderung führen zusammen dazu, dass mit der Löschung des durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts zwar das Grundbuch insoweit richtig wird, aber im Hinblick auf die Entschädigungsforderung eine neue Grundbuchunrichtigkeit entsteht. Denn die Forderung ruht, ebenso wie bisher das Erbbaurecht, als Belastung auf dem Grundstück.

c) Die Löschung des Erbbaurechts auf Berichtigungsantrag des Grundstückseigentümers nach dem Ablauf eines Jahres nach dem Erlöschen des Rechts gemäß §§ 23, 24 GBO ist zunächst aus den vorstehend unter b) genannten Gründen ebenfalls nicht möglich. Hinzu kommt, dass es sich bei der Entschädigungsforderung nicht um Rückstände im Sinne dieser Vorschriften handelt, weil sie erst mit dem Erlöschen des Erbbaurechts fällig wird.

d) Fehlt es – wie hier – an der Bewilligung des Erbbauberechtigten, kann das Grundbuch nur dann gemäß §§ 13, 22 GBO berichtigt werden, wenn zugleich mit der Löschung des Erbbaurechts die Entschädigungsforderung eingetragen wird.

aa) Die Entschädigungsforderung ist als ein dingliches Sicherungsmittel eigener Art (BGB-RGRK/Räfle, 12. Aufl., § 28 ErbbauVO Rdnr. 1; *Erman/Grziwotz*, BGB, 13. Aufl., § 28 ErbbauRG Rdnr. 1; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 28 ErbbauRG Rdnr. 2; a. A. *Soergel/Stürner*, BGB 13. Aufl., § 28 ErbbauRGVO Rdnr. 1 – Sicherungshypothek kraft Gesetzes; OLG Hamm, DNotZ 2007, 750, 752; MünchKommBGB/von Oefele, 5. Aufl., § 28 ErbbauRG Rdnr. 1; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 28 ErbbauRG Rdnr. 1; *Staudinger/Rapp*, 2009, § 28 ErbbauRG Rdnr. 1; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 9. Aufl., § 28 Rdnr. 5 – reallastähnliches Recht) eintragungsfähig (a. A. *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 28 ErbbauVO Anm. 1).

Für die Eintragung sind die Vorschriften über Reallasten (§§ 873 ff. BGB, § 857 Abs. 6, § 830 ZPO) entsprechend anwendbar (BGB-RGRK/Räfle, 12. Aufl., § 28 ErbbauVO Rdnr. 2). Wie bei dem Erbbaurecht erfolgt die Eintragung in Abteilung II des Grundbuchs. Steht die Höhe der Entschädigungsforderung noch nicht fest, kann sie ohne Nennung eines bestimmten Geldbetrags eingetragen werden (OLG Hamm, DNotZ 2007, 750, 753; *Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 3. Aufl., § 28 ErbbauRG Rdnr. 1; NK-BGB/Heller, 4. Aufl., § 28 ErbbauVO Rdnr. 1; *Meikel/Böttcher*, a. a. O.; *Maas*, DNotZ 2007, 753, 757; a. A. BGB-RGRK-Räfle, a. a. O.; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.240). Denn wie für die Eintragung einer Reallast (dazu Senat, Beschluss vom 13.7.1995, V ZB 43/94, BGHZ 130, 342, 345) genügt es auch hier, dass die Höhe der Forderung bestimmbar ist; der Umfang der Belastung des Grundstücks muss aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ersichtlich sein. Ausreichend – aber auch erforder-

lich – ist deshalb die Bezeichnung als „Entschädigungsforderung“ oder, falls bei der Bestellung des Erbbaurechts Vereinbarungen über die Höhe und die Art der Zahlung getroffen wurden (§ 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG), die Bezugnahme auf den Erbbaurechtsvertrag (*Bamberger/Roth/Maaß*, a. a. O.).

bb) Ohne die Eintragung der Entschädigungsforderung in das Grundbuch ist zudem die Haftung des Grundstücks nicht in gleichem Ausmaß wie vorher mit der Eintragung des Erbbaurechts gesichert (*Staudinger/Rapp*, 2009, § 28 ErbbauRG Rdnr. 1). Das hat zur Folge, dass der ehemalige Erbbauberechtigte der Gefahr eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Grundstücks ausgesetzt wird. Zum anderen kommt im Erbbaurechtsgesetz an anderer Stelle der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, erloschene Erbbaurechte zwar im Grundbuch zu löschen, aber gleichzeitig ein fortbestehendes Recht des ehemaligen Erbbauberechtigten durch Eintragung in das Grundbuch zu sichern. Ist nämlich dem Erbbauberechtigten als vertragsmäßiger Inhalt ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts eingeräumt (§ 2 Nr. 6 ErbbauRG), erlischt das Vorrecht bei fehlender abweichender Vereinbarung drei Jahre nach Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt war (§ 31 Abs. 2 ErbbauRG). Wird das Erbbaurecht vor dem Ablauf dieser Frist gelöscht, ist zur Erhaltung des Vorrechts eine Vormerkung mit dem bisherigen Rang des Erbbaurechts von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen (§ 31 Abs. 4 Satz 3 ErbbauRG). Dieser Regelung ist zu entnehmen, dass in diesen Fällen das Grundbuch – wie sonst auch – die tatsächliche materielle Rechtslage wiedergeben und nicht mit Rücksicht auf die Rechte des Berechtigten ein erloschenes Erbbaurecht solange ausweisen soll, bis die Rechte ihrerseits erloschen sind (vgl. *Maaß*, DNotZ 2007, 753, 758).

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Hinweis für die Praxis von *Grziwotz*, MittBayNot 2013, 517 (in diesem Heft)

3. BGB § 181; GBO §§ 29, 22, 78 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1; KostO § 30 Abs. 1 Satz 1, § 131 Abs. 4 (*Löschung einer Auflassungsvormerkung aufgrund Rückübertragungsverpflichtung nach Tod der Berechtigten*)

1. **Eine Auflassungsvormerkung, die zur Sicherung eines nicht übertragbaren und nicht vererblichen Anspruchs (hier: Rückübertragung) bewilligt worden ist, erlischt mit dem Tod des Gläubigers.**
2. **Die für einen solchen Anspruch eingetragene Vormerkung kann nicht einen anderen vererblichen und übertragbaren Anspruch eines Dritten sichern.**
3. **Auf Antrag des Eigentümers des belasteten Grundstücks ist die Vormerkung nach §§ 22, 29 GBO zu löschen, wenn dem Grundbuchamt der Tod des Gläubigers nachgewiesen wird.**

#### (Leitsätze der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 21.3.2013, V ZB 74/12; mitgeteilt von Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Weilheim

Der Antragsteller wurde aufgrund des mit seiner Mutter am 2.8.1993 geschlossenen notariellen Übergabevertrags Eigentümer des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks. In dem Übergabevertrag vereinbarten die Parteien unter anderem – hier von Interesse – eine

für bestimmte Fälle (Veräußerung oder Belastung, Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Übernehmers usw.) bedingte Rückübertragungsverpflichtung (auch) an seinen Stiefvater. Die Rückübertragung sollte nur auf Verlangen erfolgen und der Anspruch weder übertragbar noch vererblich sein. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs bewilligten und beantragten die Vertragsparteien die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, die in das Grundbuch eingetragen worden ist.

Nachdem seine Mutter und sein Stiefvater verstorben sind, hat der Antragsteller, der zugleich Testamentsvollstrecker über den Nachlass seines Stiefvaters ist, unter Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker für die Erben und im eigenen Namen als eingetragener Eigentümer die Löschung der zugunsten des Stiefvaters eingetragenen Vormerkung beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 15.3.2011 dem Antragsteller aufgegeben, die Entgeltlichkeit des Geschäfts nachzuweisen oder die Zustimmung der Erben zur Löschung vorzulegen. Der Beschwerde des Antragstellers hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen, weil die Vormerkung auch einen anderen Anspruch sichern könne und die Befugnis des Testamentsvollstreckers für die Erteilung der Löschungsbewilligung im Namen der Erben nicht nachgewiesen sei. Das OLG hat auf die Beschwerde die Zwischenverfügung des Grundbuchamts insoweit aufgehoben, als das Grundbuchamt dem Antragsteller aufgegeben habe, seine Bewilligungsbefugnis als Testamentsvollstrecker nachzuweisen; im Übrigen hat es die Beschwerde zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen, mit der der Antragsteller seinen Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung weiter verfolgt.

Aus den Gründen:

## II.

Das Beschwerdegericht meint, dass der Antragsteller in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker die Löschung der Auflassungsvormerkung nicht wirksam bewilligen könne, weil diese zu seinen Gunsten wirke und der Antragsteller als Testamentsvollstrecker nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei.

Auf seinen Antrag als Eigentümer könne die Löschung nicht vorgenommen werden, weil die Unrichtigkeit der Eintragung nicht in der gemäß § 29 GBO zu beachtenden Form nachgewiesen sei. Es sei nämlich nicht auszuschließen, dass die Vormerkung nunmehr einen anderen Anspruch sichere als den, für den sie in das Grundbuch eingetragen worden sei. Auch wenn eine solche „Aufladung“ der Vormerkung nach den Umständen nicht wahrscheinlich sei, komme eine Löschung nach § 22 GBO nicht in Betracht, da hierfür die bloße Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht ausreiche.

## III.

Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist in der Sache begründet. Das Beschwerdegericht hat das Rechtsmittel zu Unrecht zurückgewiesen.

1. Eine Auflassungsvormerkung, die zur Sicherung eines nicht übertragbaren und nicht vererblichen Anspruchs bewilligt worden ist, erlischt mit dem Tod des Gläubigers. Das Grundbuch wird dann wegen der Akzessorietät der eingetragenen Vormerkung zu dem gesicherten Anspruch unrichtig (Senat, Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 50). Der Senat hat zudem – allerdings erst nach Erlass des angefochtenen Beschlusses – entschieden, dass die für einen solchen Anspruch eingetragene Vormerkung nicht einen anderen vererblichen und übertragbaren Anspruch eines Dritten sichern kann und daher auf einen Antrag des Eigentümers des belasteten Grundstücks nach §§ 22, 29 GBO zu löschen ist, wenn dem Grundbuchamt der Tod des Gläubigers nachgewiesen wird.

Zur näheren Begründung nimmt der Senat auf seine Entscheidung vom 3.5.2012 (V ZB 258/11, WM 2012, 1247, 1248 Rdnr. 12 ff. = MittBayNot 2013, 37 m. Anm. *Preuß*) Bezug.

2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist danach rechtsfehlerhaft, weil die eingetragene Auflassungsvormerkung den nicht übertragbaren und unvererblichen Anspruch seines Stiefvaters sicherte. Dies ergibt sich aus dem Bezugnahmevermerk nach § 44 Abs. 2 Satz 1 GBO auf die Eintragungsbewilligung vom 2.8.1993, die ebenso Inhalt des Grundbuchs ist wie die in ihm vollzogene Eintragung selbst (Senat, Beschluss vom 1.6.1956, V ZB 60/55, BGHZ 21, 34, 41, und Senat, Beschluss vom 22.9.1961, V ZB 16/61, BGHZ 35, 378, 381 f.). Die eingetragene Vormerkung kann nicht einen anderen Anspruch sichern, weil es dann an der notwendigen Übereinstimmung zwischen dem eingetragenen und dem anderen Anspruch, dem die Vormerkung nunmehr dienen soll, fehlte (Senat, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, a. a. O., Rdnr. 20).

(...)

### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Reymann*, MittBayNot 2013, 456 (in diesem Heft)

4. BGB §§ 138, 139, 197, 242, 271, 305 ff., 308 Nr. 1, § 311 Abs. 2, § 433 Abs. 2, § 462 S. 1; ErbbauRG § 2 Nr. 7 (*Exorbitante Bindung an Ankaufsangebot im Erbbaurechtsbestellungsvertrag*)

- 1. Eine Bindungsdauer von 44 Jahren an das Angebot zum Ankauf eines Erbbaugrundstücks ist für sich genommen bei einem für 99 Jahre bestellten Erbbaurecht gegenüber einem Unternehmer nicht sittenwidrig.**
- 2. Bei Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einem Erbbaurechtsvertrag kann eine Kaufzwangsklausel, die über die Erbbaulaufzeit von 99 Jahren gültig ist, auch gegenüber einem Unternehmer der Inhaltskontrolle nicht standhalten.**

### (Leitsätze der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 1.3.2013, V ZR 31/12

In dem Erbbaurechtsvertrag vom 14.8.1964 wurde zwischen der damaligen Grundstückseigentümerin und der damaligen Erbbauberechtigten in § 4 vereinbart:

„Der Erbbauberechtigte macht hierdurch mit Wirkung für sich und seine Rechtsnachfolger für die Dauer der Zeitspanne, die zwischen der Eintragung des Erbbaurechts und dessen vertragsmäßigem Ende liegt, dem jeweiligen Eigentümer das Angebot, die Grundstücke zu den in § 5 niedergelegten Bedingungen zu kaufen.

Die Vertragsschließenden sind sich darüber einig, dass der Kaufvertrag dadurch zustande kommt, dass während der obigen Zeitspanne der Eigentümer den Kaufantrag in notariell beurkundeter Form annimmt.

Der jeweilige Eigentümer ist verpflichtet, das im § 1 genannte Grundstück nach normalem Ablauf des Erbbaurechts an den Erbbauberechtigten zu den in § 5 niedergelegten Bedingungen zu verkaufen oder das Erbbaurecht auf weitere 99 Jahre zu verlängern. Es steht dem Eigentümer frei, zwischen Verkauf und Verlängerung des Erbbaurechts zu wählen. Weiter wird dem jeweiligen Erbbauberechtigten für alle während der Dauer des Erbbaurechts eintretenden Verkaufsfälle ein Vorkaufsrecht eingeräumt.“

In der Folgezeit fanden etwa alle fünf bis acht Jahre Gespräche zwischen den Grundstückseignern und den Wohnungsbauunternehmen über die Erhöhung des Erbbauzinses statt. Dabei bestätigten die Grundstückseigentümer zwischen August 1973 und April 2001 mehrfach, von ihrem Verkaufsrecht – letztmalig bis zum 1.4.2006 – keinen Gebrauch zu machen.

Im Jahr 2007 „behielten“ sich die Beklagten als Gesamtrechtsnachfolger des früheren Grundstückseigners gegenüber der Klägerin als im Wege der Verschmelzung entstandener Gesamtrechtsnachfolgerin der früheren Erbbauberechtigten die Annahme des in dem Erbbaurechtsvertrag enthaltenen Kaufangebots „vor“. Mit notarieller Erklärung vom 16.12.2008 nahmen sie das Angebot an. Nachdem sie der Klägerin die Vertragsannahmeerklärung zugestellt hatten, forderte die Klägerin mit anwaltlichen Schreiben vom 13.1.2009 und 17.2.2009 die Beklagten unter Fristsetzung zu der Erklärung auf, dass Rechte aus der Urkunde nicht hergeleitet würden. Dies verweigerten die Beklagten und verlangten einen Kaufpreis von 2.554.400 €.

Die Klägerin will die Feststellung erreichen, dass durch die Annahmeerklärung der Beklagten kein Kaufvertrag zustande gekommen ist, hilfsweise, dass das Kaufangebot bei Beurkundung der Annahmeerklärung nicht mehr wirksam war. Das LG hat der Feststellungsklage im Hauptantrag stattgegeben. Die Berufung der Beklagten zu 1 und 2, die von den übrigen Beklagten „bevollmächtigt“ sind, hat das OLG zurückgewiesen.

Mit der von dem OLG zugelassenen Revision wollen die Beklagten zu 1 und 2 die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

#### Aus den Gründen:

##### I.

Das Berufungsgericht lässt offen, ob das Kaufangebot aufgrund der langfristigen Bindung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist. Es sei jedenfalls nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, weil es die Klägerin unangemessen benachteilige. Daran ändere nichts, dass die Treuhand, die die Klausel vorformuliert habe, eher zum Lager der Rechtsvorgängerin der Klägerin gehört habe. Da die Beklagten ein Recht aus dieser Klausel herleiten wollten, müssten sie sich dieselben Einwendungen entgegenhalten lassen wie die Verwenderin. (...)

##### II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung im Wesentlichen nicht stand. (...)

Das Rechtsmittel hat Erfolg. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich nicht ausschließen, dass mit der Annahmeerklärung der Beklagten ein wirksamer Grundstückskaufvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass es für das Zustandekommen des Kaufvertrags nicht darauf ankommt, ob die Beklagten anstelle der Treuhand in deren schuldrechtliche Position in dem Erbbaurechtsvertrag vom 14.8.1964 eingetreten sind. Denn das Kaufangebot richtete sich von vornherein an den jeweiligen Grundstückseigentümer, ohne zwingend an die schuldrechtliche Vertragsnachfolge anzuknüpfen. Das ergibt sich aus der von dem Wortlaut des Angebots ausgehenden Auslegung durch das Berufungsgericht, die revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist und von der Revision auch nicht angegriffen wird. Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit eines solchen Angebots bestehen keine rechtlichen Bedenken (MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 145 Rdnr. 17; Staudinger/Bork, 2010, § 145 Rdnr. 19, 35). (...)

3. a) Das Kaufangebot ist nicht nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten.

aa) Eine schuldrechtliche Vereinbarung, mit der sich der Erbbauberechtigte zum Ankauf des Erbbaugrundstücks auf Verlangen des Grundstückseigners verpflichtet, ist nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 17.5.1991, V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 339) grundsätzlich zulässig, soweit sich nicht aus den Besonderheiten des Einzelfalls etwas anderes ergibt. Anstößig ist jedoch eine übermäßig lange oder sich gar, wie vorliegend, auf die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts erstreckende Bindungsdauer des Kaufzwangs; die Vereinbarung ist dann allerdings in der Regel nicht insgesamt unwirksam, sondern entsprechend § 139 BGB auf die im Einzelfall angemessene Bindungsdauer zu beschränken. Das gilt auch gegenüber einem Unternehmer als Ankaufspflichtetem (Senat, Urteil vom 1.10.1976, V ZR 10/76, BGHZ 68, 1, 6, und Senat, Urteil vom 14.10.1988, V ZR 175/87, NJW 1989, 2129, 2131).

bb) Für eine im Ergebnis vergleichbare Vertragsgestaltung, bei der – wie hier – der Erbbauberechtigte bereits ein Ankaufangebot abgibt, gilt nichts anderes.

cc) Somit bedarf es der Prüfung, für welchen Zeitraum sich der Kaufzwang mit den Belangen des Erbbauberechtigten redlicherweise noch vereinbaren lässt und ab wann das Ankaufverlangen – hier die Angebotsannahme – sittenwidrig erscheint (Senat, Urteil vom 22.2.1980, V ZR 135/76, WM 1980, 877, 878).

(1) Der Ankauf darf nicht zur Unzeit verlangt, in dem vorliegenden Fall also die Annahme des Angebots nicht zur Unzeit erklärt werden. Um eine Erklärung zur Unzeit handelt es sich bei einem einer natürlichen Person zu Wohnzwecken bestellten Erbbaurecht u. a. dann, wenn der Kaufvertrag in den ersten zehn Jahren nach der Bestellung des Rechts zustande kommen soll (Senat, Urteil vom 8.6.1979, V ZR 191/76, BGHZ 75, 15, 19; Senat, Urteil vom 1.10.1976, V ZR 10/76, BGHZ 68, 1, 5), dem Erbbauberechtigten nicht ein angemessener Zeitraum für die Finanzierung des Grundstückskaufs eingeräumt wird (Senat, Urteil vom 22.2.1980, V ZR 135/76, WM 1980, 877, 878; Senat, Urteil vom 8.6.1979, V ZR 191/76, BGHZ 75, 15, 19), die Ausübung des Verkaufsrechts erst in einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem der Erbbauberechtigte bereits aus dem Erwerbsleben ausgeschieden ist oder bald ausscheiden wird und deshalb die Finanzierung des Kaufpreises nur unter erheblichen Opfern aufzubringen in der Lage ist (Senat, Urteil vom 17.5.1991, V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 342), oder nachdem der Berechtigte Erbbauzinsen in mehrfacher Höhe des Grundstücks gezahlt hat (Senat, Urteil vom 1.10.1976, V ZR 10/76, BGHZ 68, 1, 5).

(2) Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit bestehen immer dann nicht, wenn der Erbbauberechtigte ein finanzstarker Verhandlungspartner ist, der das Grundstück eigentlich sofort kaufen wollte und könnte, falls der Eigentümer es hergegeben hätte (Senat, Urteil vom 8.6.1979, V ZR 191/76, BGHZ 75, 15, 17; Senat, Urteil vom 1.10.1976, V ZR 10/76, BGHZ 68, 1, 4). Unabhängig von einem ursprünglichen Ankaufswillen kann sich ein Erbbauberechtigter zudem nicht auf seine mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit berufen, wenn er das Erbbaurecht im Rahmen seines Geschäftsbetriebs als Bauträger zum Zweck der Bebauung und Weiterveräußerung erworben hatte, ihm gegenüber daher die soziale Zweckbestimmung des Erbbaurechtsgesetzes nicht zum Tragen kommt (Senat, Urteil vom 14.10.1988, V ZR 175/87, NJW 1989, 2129, 2131).

dd) Nach diesen Maßstäben ist die Bindung der Klägerin und ihrer Rechtsvorgängerin an das Kaufangebot bis zur Annahme durch die Beklagten (44 Jahre) nicht sittenwidrig. (...)

(2) Die soziale Zweckbestimmung der (damaligen) Erbbaurechtsverordnung kam ihr gegenüber nicht zum Tragen. Zwar erwarb sie das Erbbaurecht nicht zur Weiterveräußerung, sondern zur Vermietungszwecken im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus. Aber auch in diesem Fall war der Erwerb von vornherein auf Gewinnerzielung und nicht auf die Befriedigung eigener Wohnbedürfnisse gerichtet. Das rechtfertigt die Gleichbehandlung mit einem Erwerb zur Weiterveräußerung.

(3) Die Beklagten haben das Angebot nicht zur Unzeit angenommen. Anders als natürliche Personen unterlag die Rechtsvorgängerin der Klägerin keinem Alterungsprozess, der sich auf ihre finanzielle Leistungsfähigkeit auswirken könnte. Auch unterscheidet sich die finanzielle Leistungsfähigkeit von Wohnungsbauunternehmen aufgrund des gewerblichen Umfangs ihrer Tätigkeit wesentlich von der natürlicher Personen, die das Erbbaurecht zu eigenen Wohnzwecken nutzen. Die Belastung der Rechtsvorgängerin der Klägerin beschränkte sich darauf, dass sie den Kaufpreis – soweit er ihr nicht in liquiden Mitteln zur Verfügung stand – finanzieren musste. Das geht aber nicht über die Belastung hinaus, die bei jedem Kauf, auch in dem für die Klägerseite günstigsten Zeitpunkt, angefallen wäre. Dass die Klägerin darüber hinaus durch die Finanzierung des Kaufpreises wirtschaftlich überfordert würde, ist weder festgestellt noch ersichtlich.

(4) Die Bindungsdauer von 44 Jahren ist für sich genommen nicht sittenwidrig.

(a) Zwar gilt im Verjährungsrecht eine Frist von höchstens 30 Jahren (§ 197 BGB). Dieselbe Höchstfrist ist in § 462 Satz 1 BGB für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts bei Grundstücken genannt. Eine Höchstdauer von 20 Jahren nimmt die Rechtsprechung für langfristige Bindungen im Rahmen von Bierlieferungsverträgen an (vgl. Senat, Urteil vom 1.10.1976, V ZR 10/76, BGHZ 68, 1, 5). In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist gegenüber Verbrauchern nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 8) eine über vier Wochen hinausgehende Bindung an ein Kaufangebot regelmäßig unzulässig. Aber der Senat hat auch entschieden, dass eine vereinbarte Ausübungsfrist von 99 bzw. 90 Jahren für ein Wiederkaufsrecht bei Grundstücken nicht sittenwidrig ist (Urteil vom 20.5.2011, V ZR 76/10, NJW-RR 2011, 1582, 1583 Rdnr. 11 ff., und Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515, 516 Rdnr. 9 ff.) und dass Unterlassungsverpflichtungen nach § 137 Satz 2 BGB (schuldrechtliche Verfügungsverbote) nicht nach 30 Jahren nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam werden (Urteil vom 6.7.2012, V ZR 122/11, NJW 2012, 3162, 3163 Rdnr. 10 ff.).

(b) Für den hier zu beurteilenden Kaufzwang kommt ein entscheidender Punkt hinzu. Er besteht im Rahmen eines ohnehin langfristigen Erbbaurechtsverhältnisses, welches zudem jedenfalls am Ende der Laufzeit einen möglichen Grundstückskauf durch den Erbbauberechtigten vorsieht (§ 4 Abs. 3 des Erbbaurechtsvertrags). In dem umgekehrten Fall einer jederzeitigen Verkaufspflicht des Eigentümers nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG ist eine Bindung über die gesamte Vertragslaufzeit zulässig (*Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 9. Aufl., § 2 Rdnr. 96, 98; *Staudinger/Rapp*, 2009, § 2 ErbbauRG Rdnr. 31).

(c) Hinzu kommt, dass die Beklagtenseite – wie auch die anderen Grundstückseigentümer – während der bisherigen Vertragslaufzeit, beginnend neun Jahre nach Abgabe des Kaufangebots und sodann fortlaufend während der folgenden 33 Jahre, immer wieder aufs Neue erklärt hat, jeweils für die kommenden circa fünf Jahre auf einen Verkauf zu verzichten, so dass die Klägerin jeweils nach Ablauf eines Verzichtszeitraums stets mit einer Annahme des Kaufangebots rechnen musste.

(5) Das Kaufangebot ist auch nicht deshalb als sittenwidrig anzusehen, weil der Rechtsvorgängerin der Klägerin keine Frist zur Kaufpreiszahlung eingeräumt wurde. Zwar muss dem Erbbauberechtigten eine angemessene, seine wirtschaftlichen Verhältnisse und die Höhe des Kaufpreises berücksichtigende Zeitspanne zur Beschaffung der erforderlichen Geldmittel zugestanden werden; aber dies kann auch dadurch geschehen, dass das Ankaufsverlangen – hier die Annahme des Kaufangebots – rechtzeitig, nämlich regelmäßig sechs Monate vorher angekündigt wird (Senat, Urteil vom 22.2.1980, V ZR 135/76, WM 1980, 877, 878). Diese Frist ist gewahrt; die Beklagten haben sich die Angebotsannahme mehr als ein Jahr zuvor „vorbehalten“.

(6) Hinzu kommt, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin keine natürliche Person, sondern eine Wohnungsbaugenossenschaft war, für die das Erbbaurecht nicht zu eigenen Wohnzwecken, sondern zur Bebauung mit Mietwohnungen im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus bestellt wurde. Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit spielt es (anders als bei der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, siehe unten zu 4. b) bb)) keine Rolle, dass eine Weitergabe des Erbbaurechts an natürliche Personen nicht ausgeschlossen war, solange nicht beide Vertragsparteien – wofür hier nichts ersichtlich ist – sittenwidrig zum Nachteil dieses Dritten handelten (vgl. Senat, Urteil vom 8.6.1979, V ZR 191/76, BGHZ 75, 15, 18). (...)

4. b) Ergibt sich, dass die Treuhand als Verwenderin anzusehen ist, ist die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle vorzunehmen. (...)

bb) Die Angebotsklausel hält der Inhaltskontrolle nicht stand.

(1) Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 17.5.1991, V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 341) widerspricht eine in einer Formulklausel vereinbarte Ankaufspflicht des Erbbauberechtigten dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts, weil § 2 Nr. 7 ErbbauRG – früher § 2 Nr. 7 ErbbauVO – als Teil des vertragsmäßigen Inhalts nur ein Ankaufsrecht vorsieht. Deshalb muss bei der Ausgabe eines Wohnzwecken dienenden Erbbaurechts eine Kaufzwangsklausel so ausgestaltet sein, dass sie für einen in durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen lebenden Erbbaurechtserwerber erträglich ist. Für einen solchen Erwerber ist es unbillig, wenn ihm – wie hier – keine angemessene Frist zur Beschaffung des Kaufpreises zugestanden wird.

(2) Auch hat der Senat in derselben Entscheidung ausgeführt (a. a. O., 342), dass die Ankaufspflicht nicht – wie hier geschehen – an die gesamte Dauer eines langfristigen Erbbaurechts gebunden werden darf. Denn eine solche Bindung benachteiligt den Erbbauberechtigten insbesondere deshalb, weil er mit fortschreitendem Zeitablauf in ein Alter kommen kann, in welchem er aus dem Berufsleben ausgeschieden ist und deshalb unter Umständen den Grundstückskaufpreis nur noch unter erheblichen Opfern aufzubringen in der Lage ist. Wird dann erst der Ankauf verlangt, was die Klausel ermöglicht, erhält der Erbbauberechtigte zwar als Gegenleistung für den Kaufpreis das Eigentum an dem Grundstück, ist jedoch im Fall einer erforderlichen Kaufpreisfinanzierung mit Tilgungs- und Zinsraten in einer Höhe belastet, dass seine Altersversorgung gefährdet sein könnte.

(3) Ferner ist das hier abgegebene Kaufangebot die stärkste Form des Kaufzwangs, denn der Kaufvertrag soll mit der Annahmeerklärung des Grundstückseigentümers ohne Weiteres zustande kommen.

(4) Allerdings ist diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht vollständig übertragbar, weil zum einen der Rechtsvorgängerin der Klägerin das Erbbaurecht nicht zu

eigenen Wohnzwecken bestellt worden ist. Sie sollte – und hat – Wohnungen zum Zweck der Vermietung im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus errichtet. Deshalb ist sie nicht einem in durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen lebenden Erbbauberechtigten vergleichbar, der Wohnraum zur eigenen Nutzung errichtet. Zum anderen trifft die Erwägung, der Kaufzwang bestehe auch dann noch, wenn der Erbbauberechtigte altersbedingt den Kaufpreis nur noch unter erheblichen Opfern aufbringen könne, auf die Rechtsvorgängerin der Klägerin nicht zu. Als juristische Person konnte sie nicht altern.

(5) Jedoch gilt nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 1.10.1976, V ZR 10/76, BGHZ 68, 1, 6) auch gegenüber Unternehmern, dass sogar individualvertragliche Kaufbindungen, die sich über die gesamte, mehr als 90-jährige Laufzeit eines Erbbaurechts erstrecken, bedenklich erscheinen. Für Formulklauseln trifft das erst recht zu. Soweit der Senat das dort aus dem Umstand hergeleitet hat, dass die Bindung schon nach dem Erbbaurechtsvertrag an spätere Käufer von zu errichtenden Eigentumswohnungen weitergegeben werden sollte, gilt hier im Ergebnis dasselbe. Nach Nr. 10 lit. c der Anlage zum Erbbaurechtsvertrag ist der Erbbauberechtigte für den Fall der Übertragung des Erbbaurechts an einen Dritten zu einer Weitergabe des Kaufzwangs verpflichtet. Dass eine solche Weitergabe des Kaufzwangs auch an natürliche Personen innerhalb des – einheitlichen Vertragsklauseln unterliegenden – Baugebiets nicht von vornherein ausgeschlossen war, zeigt das von den Beklagten selbst – in anderem Zusammenhang – angeführte Beispiel einer solchen Weitergabe auf einem der anderen Grundstücke.

(6) Die Bindung an ein Grundstückskaufangebot für 99 Jahre ist unangemessen lang. Das ergibt sich indirekt aus dem Verbot des § 308 Nr. 1 BGB, welches Klauseln betrifft, in denen sich der Verwender unangemessen lange Fristen für die Annahme eines Angebots vorbehält. Zwar gilt diese Norm hier sowohl in zeitlicher als auch in personeller Hinsicht nicht unmittelbar; ihr kommt aber auch zwischen Unternehmern Indizwirkung zu (BGH, Urteil vom 19.12.2007, XII ZR 13/06, NJW 2008, 1148, 1149 Rdnr. 18). Die Entwicklung des Kaufpreises und die sonstigen mit einem Kauf verbundenen Risiken über einen Zeitraum von 99 Jahren waren auch für ein Wohnungsbauunternehmen bei Abgabe des Angebots unkalkulierbar. Die Klausel lässt eine Annahme kurz vor Ende der Vertragslaufzeit zu, unabhängig davon, ob der Kaufpreis in diesem Zeitpunkt aufgrund der Bodenpreisentwicklung auf eine für die Klägerseite unzumutbare Höhe angestiegen ist oder ob sie bis dahin bereits Erbbauzinsen in mehrfacher Höhe des Kaufpreises geleistet hat.

(7) Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des AGB-Rechts ergibt sich zusätzlich daraus, dass der Kaufpreis mangels abweichender Regelungen gemäß § 433 Abs. 2, § 271 Abs. 1 BGB mit der Annahme des Kaufangebots ohne Ankündigungsfrist sofort fällig wird (vgl. Senat, Urteil vom 17.5.1991, V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 341; *Lemke/Czub*, a. a. O.; *Staudinger/Rapp*, 2009, § 2 ErbbauRG Rdnr. 36). Davon gehen offenbar auch die Beklagten zu 1 und 2 aus, die nach Treu und Glauben eine Wartefrist einräumen wollen. Bei einer Formulklausel ist eine solche geltungserhaltende Reduktion jedoch nicht möglich (Senat, Urteil vom 17.5.1991, V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 342). (...)

### Anmerkung:

Das Urteil betrifft eine Kaufzwangsklausel in einem Erbbaurechtsvertrag dergestalt, dass der Erbbauberechtigte dem jeweiligen Grundstückseigentümer das jederzeit annehmbare Angebot unterbreitet, das Grundstück käuflich zu erwerben. Die Ausübung des Kaufzwanges hat zur Folge, dass zwischen dem Grundstückseigentümer als Verkäufer und dem Erbbauberechtigten als Käufer ein Kaufvertrag zustande kommt, der den Käufer zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises verpflichtet. Da die Gestaltung der Grundstücksnutzung mittels eines Erbbaurechtes häufig aus dem Grunde gewählt wird, weil der Erbbauberechtigte den Grundstückskaufpreis nicht finanzieren kann, widerspricht eine Kaufzwangsklausel der sozialpolitischen Zielrichtung des ErbbauRG. Ihre Zulässigkeit ist deshalb umstritten.<sup>1</sup>

Die Kaufzwangsklausel wird, wenn auch relativ selten,<sup>2</sup> im Erbbaurechtsvertrag vereinbart. Ihr kommt jedoch lediglich schuldrechtliche Bedeutung zu. Eine dingliche Wirkung, also die automatische Gültigkeit gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger, besteht nur bei solchen Vereinbarungen, die nach den § 2 Nr. 1-7, §§ 5, 27 Abs. 1, und § 32 Abs. 1 ErbbauRG erschöpfend aufgezählt sind. Darüber hinaus gehende Abmachungen können nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zwar getroffen werden, jedoch nur mit rein schuldrechtlicher Wirkung. Als dinglicher Inhalt des Erbbaurechtes kann nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen, vereinbart werden. Die Kaufzwangsklausel betrifft jedoch genau den umgekehrten Fall: Sie verpflichtet den Erbbauberechtigten zum Kauf des Grundstücks.

In dem vom BGH entschiedenen Fall enthielt der Erbbaurechtsvertrag die Bestimmung, dass der Erbbauberechtigte dem Grundstückseigentümer das Angebot unterbreitet, das Grundstück zu kaufen und zwar „mit Wirkung für sich und seine Rechtsnachfolger“. Hierdurch wird eine dingliche Wirkung des Inhalts suggeriert, dass das Angebot zum Grundstückskauf ohne Weiteres auch zugunsten des jeweiligen Sonderrechtsnachfolgers des Erbbauberechtigten gilt. Dies ist jedoch unzutreffend und widerspricht auch dem sachenrechtlichen Typenzwang, der vertraglich nicht erweitert werden kann.<sup>3</sup> Eine Wirksamkeit gegenüber einem Rechtsnachfolger besteht deshalb aufseiten des Erbbauberechtigten nur, wenn ein solcher in die Kaufzwangsklausel schuldrechtlich beim Erwerb des Erbbaurechtes eingetreten ist. Die insoweit bestehende Unwirksamkeit des Erbbaurechtsvertrages wirkt sich jedoch nach § 139 BGB nicht dahin aus, dass der gesamte Erbbaurechtsvertrag unwirksam ist. Da der Erbbauberechtigte vorliegend sein Recht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (durch Verschmelzung mit dem früheren Erbbauberechtigten) erworben hatte, bestand für den BGH kein Anlass, auf die Klausel insoweit näher einzugehen.

Eine Rechtsnachfolge auf der Seite des Grundstückseigentümers, also des Angebotsempfängers, ist dagegen problemlos. Die Person des Angebotsempfängers, muss nach § 145 BGB lediglich bestimmbar sein. Dies ist bei einem Angebot an den

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 17.5.1991, V ZR 140/90, BGHZ 114, 338; BGH, Urteil vom 8.6.1979, V ZR 191/76, BGHZ 75, 15; BGH, Urteil vom 1.10.1976, V ZR 10/76, BGHZ 68, 1; *Kollhossner*, NJW 1974, 1304; DNotI-Report 1997, 121; MünchKommBGB/von *Oefele*, 5. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 40 f.; *Staudinger/Rapp*, 2009, § 2 Rdnr. 36.

<sup>2</sup> MünchKommBGB/von *Oefele*, § 2 ErbbauRG Rdnr. 40.

<sup>3</sup> von *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Auflage 2012, Rdnr. 4.26.

jeweiligen – aus dem Grundbuch ersichtlichen – Grundstückseigentümer der Fall.

Inhaltlich prüft der Senat die Kaufzwangsklausel sowohl unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) als auch unter ABG-rechtlichen Gesichtspunkten.

Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB (für Abs. 2 gab es keinerlei Anhaltspunkte) ist darauf abzustellen, ob im konkreten Einzelfall die sozialpolitische Zielrichtung des Erbbaurechtes verfehlt wird oder nicht, wobei von einem Individualvertrag ausgegangen wird. Die Bejahung oder Verneinung dieser Frage hängt davon ab, ob der Erbbauberechtigte in der Lage sein wird, den Kaufpreis für das Grundstück zu finanzieren, ohne dass er das Erbbaurecht verkaufen muss. Der Zeitpunkt der Geltendmachung des Kaufzwanges durch den Eigentümer sollte bei Erbbaurechten, die ein Eigenheim zum Gegenstand haben, nicht vor normaler Tilgung der für das Bauwerk aufgenommenen Baudarlehen liegen. Eine Ankaufspflicht während der ersten zehn Jahren ist deshalb rechtsmissbräuchlich.<sup>4</sup> Bei diesen vom BGH entschiedenen Fällen handelte es sich jeweils um eine natürliche Person als Erbbauberechtigte.

Bereitet demgegenüber die Aufbringung des Kaufpreises dem Erbbauberechtigten kein Problem, zum Beispiel weil er das Grundstück sowieso kaufen wollte oder weil er das Erbbaurecht im Rahmen seines Geschäftsbetriebes für die Zwecke der Weiterveräußerung oder für Vermietungszwecke erworben hat, so kommt die soziale Zweckbestimmung des Erbbaurechtes nicht zum Tragen. Die Bindung eines solchen Erbbauberechtigten an sein Kaufangebot oder an seine Verpflichtung zum Grundstückserwerb ist daher, auch wenn sie über die gesamte Laufzeit des Erbbaurechtes besteht, nicht sittenwidrig. Der Senat nimmt hier unter Abschnitt II. 3. eine überzeugende Abwägung der widerstreitenden Interessen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten vor unter Zugrundelegung der Wertungen des Gesetzes. Seine Überlegungen sind lediglich noch dahingehend zu ergänzen, dass es für die Frage der Sittenwidrigkeit auch darauf ankommt, wie der Kaufpreis für das Grundstück zu bestimmen ist. Der BGH<sup>5</sup> geht davon aus, dass mangels konkreter entgegenstehender Anhaltspunkte eine Ankaufsklausel dahin zu interpretieren ist, dass bei der Ermittlung des Verkehrswertes die Belastung des Grundstücks mit dem Erbbaurecht außer Betracht zu bleiben hat. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass bei einem im Verhältnis zum Grundstückswert niedrigen Erbbauzins das Erbbaurecht als solches einen erheblichen Wert hat.<sup>6</sup> Bei einem Grundstückskauf zum vollen Verkehrswert verliert also der Erbbauberechtigte die kapitalisierte Differenz zwischen dem tatsächlich zu zahlenden Erbbauzins und dem Erbbauzins, der sich bei Zugrundelegung des aktuellen Grundstückswertes ergäbe. Eine Kaufzwangsklausel, die dies berücksichtigt und demzufolge vom Grundstückswert diesen Nutzungswert abzieht, wird viel eher, vor allem bei Tilgung der Verbindlichkeiten aus der Bauerstellung, auch für eine natürliche Person nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterfallen als eine Klausel, die dies unberücksichtigt lässt. Gleichwohl kann eine solche Klausel auch für den Grundstückseigentümer von Interesse sein, ermöglicht sie ihm doch eine Verkürzung der Bindung an den Erbbaurechtsvertrag und die Verschaffung von Liquidität.

Zuzustimmen ist dem Senat auch darin, dass die hier gegebene Bindungswirkung von 44 Jahren für sich genommen nicht sittenwidrig ist.<sup>7</sup> Die Kaufverpflichtung des Erbbauberechtigten stellt insoweit lediglich die Parität zu der (möglichen) Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers gemäß § 2 Nr. 7 ErbbauRG dar.

In den Tatsacheninstanzen des entschiedenen Falles wurde nicht umfassend untersucht, ob der Erbbaurechtsvertrag der AGB-Prüfung zu unterstellen ist. Es wurde nicht festgestellt, ob die Erbbaurechtsausgeberin Unternehmerin ist und die Voraussetzungen für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu bejahen seien. Der Senat hat zur diesbezüglichen Feststellung die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen und für den Fall, dass die Anwendbarkeit des AGB-Rechtes zu bejahen ist, ausgeführt, dass die Regelung der Inhaltskontrolle nicht standhalte. Dabei ging der Senat von dem Leitbild des § 2 Nr. 7 ErbbauRG aus, wonach das Erbbaurecht zwar durch eine Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers zugunsten des Erbbauberechtigten charakterisiert ist, nicht jedoch durch eine umgekehrte Kaufverpflichtung des Erbbauberechtigten. Das Urteil berücksichtigt dabei sehr wohl, dass die Erbbauberechtigte ein Unternehmen ist, das die Wohnungen zum Zwecke der Vermietung errichtet hat. Gleichwohl sei eine Bindung an das Grundstückskaufangebot für 99 Jahre unangemessen lang. § 308 Nr. 1 BGB komme auch bei Geschäften zwischen Unternehmern Indizwirkung zu. Die Entwicklung des Kaufpreises und die sonstigen mit einem Kauf verbundenen Risiken über einen Zeitraum von 99 Jahren seien auch für ein Wohnungsbauunternehmen bei Abgabe des Angebots unkalkulierbar. Daraus ergebe sich eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des AGB-Rechtes.

Nach den Ausführungen zur Sittenwidrigkeit überrascht diese Position des Senats. Sein entscheidendes Argument, die Entwicklung sei über einen Zeitraum von 99 Jahren nicht kalkulierbar, ist sicherlich zutreffend. Dieses Risiko bei einem langfristigen Erbbaurechtsvertrag trifft jedoch nicht nur den Erbbauberechtigten, sondern auch in gleicher Weise den Grundstückseigentümer. So muss er es nach der zwingenden Vorschrift des § 9a ErbbauRG hinnehmen, dass er möglicherweise über Jahrzehnte hinweg einen Erbbauzins für das zu Wohnzwecken dienende Erbbaurecht erhält, der in keinem angemessenen Verhältnis zur Wertentwicklung des Grundstücks steht. Wenn das Gesetz dieses Risiko einem Grundstückseigentümer, der nicht Unternehmer ist, zumutet, so ist auch die Kaufzwangsklausel gegenüber einem Unternehmen zumutbar. Der Unternehmer erhält im Übrigen bei ihrer Realisierung in Gestalt des Grundstückseigentums den vollen Gegenwert. Dies kann keine unangemessene Benachteiligung sein.

Der Entscheidung des BGH ist sonach bei der Beurteilung einer Kaufzwangsklausel unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit beizupflichten, unter dem Gesichtspunkt der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle jedoch zu widersprechen.

Notar a. D. Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 17.5.1991, V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 342; BGH, Urteil vom 1.10.1976, V ZR 10/76, BGHZ 68, 1, 5.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 14.10.1988, V ZR 175/87 = NJW 1989, 2129.

<sup>6</sup> *Buchner* in FS Schippel, 1996, S. 126; *Rapp* in FS Brambring, 2011, S. 305 f.

<sup>7</sup> Abschnitt II. 4. a) ff.

5. GBO § 19, BGB § 876 (*Zustimmung des Grundschuldgläubigers bei Erlöschen des Erbbaurechts und Neueintragung der Grundschuld am Grundstück*)

**Die Aufhebung eines Erbbaurechts und damit ein Erlöschen des eingetragenen Grundpfandrechts verbunden mit einer ranggleichen Neueintragung im Grundbuch des Grundstücks bedarf materiellrechtlich der Zustimmung des Grundschuldgläubigers nach § 876 Satz 2 BGB und verfahrensrechtlich der Bewilligung der Löschung nach § 19 GBO in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, wenn die dingliche Rechtsstellung des Grundpfandgläubigers im Hinblick auf die Möglichkeit, abweichende Kündigungsfristen zu vereinbaren, hierdurch beeinträchtigt wird.**

**(Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.4.2013, 5 W 47/13

Die Antragsteller sind seit dem 2.10.2012 eingetragene Eigentümer des im Grundbuch von ... Blatt 1971 eingetragenen Grundstücks Flur 1, Flurstück 207 und seit dem 30.1.1997 im Erbbaugrundbuch Blatt 2147 eingetragene Erbbauberechtigte des auf diesem Grundstück lastenden Erbbaurechts.

Im Erbbaugrundbuch ist in Abteilung III unter der lfd. Nr. 1 eine Grundschuld für die ... sowie – nach Teilabtretung – für die ... eingetragen. Zur Urkundenrolle Nr. 1557/2012 wurde am 30.8.2012 die Aufhebung des Erbbaurechts beurkundet. Unter § 5 Ziffer 1 beantragen die Antragsteller, die in Abteilung III des Erbbaugrundbuchs eingetragenen Grundschulden nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung am Grundstück einzutragen, und zwar im gleichen Rangverhältnis, in welchem diese bisher im Erbbaugrundbuch eingetragen sind.

Mit Zwischenverfügung vom 30.11.2012 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass für die Eintragung der beantragten Rechtsänderungen die Zustimmungserklärungen der in Abteilung III lfd. Nr. 1 des Erbbaugrundbuchs eingetragenen Gläubiger in grundbuchmäßiger Form vorzulegen seien und erläuterte dies mit Schreiben vom 9.1.2013 weiter dahingehend, dass das im Erbbaugrundbuch eingetragene Pfandrecht vor dem 20.8.2008 bestellt worden sei und deswegen dessen sofortige Fälligkeit vereinbart sei. Für das nachverpfändete Grundstück greife jedoch § 1193 BGB n. F., der eingetragene Gläubiger sei hierdurch nachteilig betroffen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsteller vom 25.2.2013, mit der sie geltend machen, § 876 Satz 2 BGB verlange eine sachenrechtliche Beeinträchtigung. Bloße wirtschaftliche, persönliche oder schuldrechtliche Nachteile für den Drittberechtigten seien nicht ausreichend. Die Kündigungsmöglichkeit gemäß § 1193 BGB sei keine sachenrechtliche Beeinträchtigung, da sie keinen Einfluss auf den sog. Haftungswert habe. Die Kündigung gehöre nicht zum Umfang der grundpfandrechtlichen Sicherung. Die Auffassung des Grundbuchamtes führe letztlich zu Mehrkosten für die Verbraucher.

Das Grundbuchamt hat der weiteren Beschwerde durch Beschluss vom 6.3.2013 nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde der Antragsteller ist zulässig (§§ 71, 73 GBO). In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg. Das Grundbuchamt macht die beantragte Aufhebung des Erbbaurechts und die Eintragung der bislang in Abteilung III lfd. Nr. 1 des Erbbaugrundbuchs eingetragenen Grundschuld im Grundbuch des Grundstücks zu Recht davon abhängig, dass die eingetragenen Gläubiger dem in grundbuchmäßiger Form zustimmen.

1. Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, dass der Erbbauberechtigte Eigentümer des belasteten Grundstücks wird (§ 889 BGB). Die Aufhebung des Erbbaurechts nach § 875 BGB, § 11 Abs. 1 ErbbauRG erfordert die Aufgabekündigung des Berechtigten, die Zustimmung des Grundstückseigentümers (§ 26 ErbbauRG) und die Eintragung im Grundbuch.

Erforderlich ist nach § 876 BGB außerdem die Zustimmung der am Erbbaurecht Berechtigten, da die dinglichen Rechte am Erbbaurecht mit dessen Aufhebung erlöschen. Eine „Übertragung“ solcher Rechte auf das Grundstück ist nur im Wege einer Neubestellung am Grundstück möglich (BayObLG, DNotZ 1985, 372). Eine Bewilligung am Erbbaurecht dinglich Berechtigter ist ausnahmsweise dann nicht erforderlich, wenn diese Rechte (Nutzungsrechte, Grundpfandrechte, Reallasten) am Grundstück an gleicher Rangstelle eingetragen sind (LG Köln, RNotZ 2001, 391) oder eingetragen werden sollen, indem etwa das Grundstück in der gleichen Urkunde den Grundschuldgläubigern nachverpfändet wird und der Eigentümer die Eintragung der Belastung bewilligt (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1870 m. w. N.). Aus dem Schutzzweck der Vorschrift, wie er auch in § 876 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt, folgt, dass die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine dingliche Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird (BGHZ 91, 343, 344; BayObLG, NJW 1960, 1155). Danach muss jede rechtliche, nicht bloß eine wirtschaftliche Beeinträchtigung ausgeschlossen sein. Entsprechend gilt in formeller Hinsicht für die Grundbucheintragung, dass nach § 19 GBO die Bewilligung desjenigen erforderlich ist, dessen Recht von der Eintragung beeinträchtigt wird oder werden kann (BGHZ 66, 341, 345). Die Anwendung des § 876 Satz 1 BGB setzt nicht den Nachweis einer sachenrechtlichen Beeinträchtigung des Drittrechts voraus, das aufzuhebende Recht ist vielmehr schon dann „berührt“, wenn eine sachenrechtliche Beeinträchtigung möglich erscheint, d. h. nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann (*Staudinger/Gursky*, 2012, § 876 BGB Rdnr. 20 m. w. N.).

2. Danach kann die Aufhebung des zugunsten der Antragsteller eingetragenen Erbbaurechts vorliegend nicht ohne die Bewilligung der eingetragenen Grundpfandgläubiger erfolgen, weil deren dingliche Rechtsstellung durch die Aufhebung des Erbbaurechts berührt wird.

Für die bislang im Erbbaugrundbuch eingetragene Grundschuld sind nach § 1193 Abs. 2 BGB a. F. abweichende Bestimmungen über die Fälligkeit der Grundschuld bzw. die einzuhaltende Kündigungsfrist ohne Einschränkung zulässig. Die neu im Grundstücksgrundbuch einzutragende Grundschuld unterliegt hinsichtlich der Möglichkeit, abweichende Kündigungsfristen zu vereinbaren, den Beschränkungen des § 1093 Abs. 2 Satz 2 BGB. Es handelt sich bei der gesetzlich eingeführten Beschränkung der Möglichkeit, bei Sicherungsgrundschulden eine kürzere als die gesetzliche Frist zu vereinbaren, um eine rechtliche, nicht bloß um eine wirtschaftliche Beeinträchtigung der Stellung des Grundschuldgläubigers.

Auch wenn die Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist nach § 1093 Abs. 2 BGB a. F. dann, wenn sie (oder die sofortige Fälligkeit der Grundschuld) nicht im Grundbuch eingetragen wird, nicht ohne Weiteres gegenüber einem Erwerber des belasteten Grundstücks wirkt, berührt sie die dingliche Rechtsstellung des Grundschuldgläubigers. Die Möglichkeit der Vereinbarung der sofortigen Fälligkeit bzw. einer abweichenden Kündigungsfrist gehört nach § 1093 BGB a. F. zum gesetzlichen Inhalt der Grundschuld.

Die Beschränkung dieses Rechts (oder die Möglichkeit einer solchen Beschränkung) berührt daher auch die (dingliche) Rechtsstellung des Grundschuldgläubigers. Eine Aufhebung des Erbbaurechts und damit ein Erlöschen des eingetragenen Grundpfandrechts verbunden mit einer ranggleichen Neueintragung im Grundbuch des Grundstücks bedarf materiellrechtlich der Zustimmung des Grundschuldgläubigers nach § 876

Satz 2 BGB und verfahrensrechtlich der Bewilligung der Löschung nach § 19 GBO in der Form des § 29 Abs. 1 GBO.

Das Grundbuchamt hat also zu Recht die Aufhebung des Erbbaurechts von der Vorlage einer Bewilligung des Grundschuldgläubigers abhängig gemacht.

Der Umstand, dass die Beibringung einer solchen Bewilligung für den Erbbauberechtigten und Grundstückseigentümer mit einem zusätzlichen Aufwand verbunden sein kann, vermag hieran nichts zu ändern, weil es hierauf im Rahmen des § 876 BGB ersichtlich nicht ankommen kann.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Hinweis für die Praxis von *Grziwotz*, MittBayNot 2013, 517 (in diesem Heft)

6. GBO § 28 Satz 1, §§ 29, 13 Abs. 1 Satz 2, § 71 Abs. 1, § 73 (Anforderungen an die Bezeichnung des Grundstücks in der Eintragungsbewilligung)

#### Zur Notwendigkeit einer dem Grundbuchverkehr genügenden Bezeichnung des Grundstücks in der Eintragungsbewilligung.

OLG München, Beschluss vom 12.3.2013, 34 Wx 89/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind in Gütergemeinschaft Eigentümer des seinerzeit im Grundbuch Bl. 770 vorgetragenen landwirtschaftlichen Grundbesitzes. Die Hofübergabe an den Beteiligten zu 1 beruhte auf einem notariellen Vertrag vom 28.7.1986 mit dessen Vater. Der übergebene Grundbesitz, sämtlich Flurstücke, die im selben Grundbuch verzeichnet sind, ist in einer Anlage zu dieser Urkunde näher beschrieben, auf die Bezug genommen wurde. Weiter heißt es in der Urkunde:

„Sollten dem Übergeber noch weitere land- und forstwirtschaftliche Grundstücke oder Rechte gehören, so sind diese ebenfalls übergeben und aufgelassen. Dies gilt auch für Grundstücke, die vom Übergeber aufgrund eines im Grundbuch noch nicht vollzogenen Vertrages bereits erworben wurden.“

Der Vater des Beteiligten zu 1 ist noch in den Grundbüchern Bl. 768 und Bl. 1431 jeweils zu ¼ als Miteigentümer forstwirtschaftlichen Grundbesitzes (Gerstenfilz, Nadelwald bzw. Waldfläche) eingetragen. Mit Schreiben vom 23.5.2012 haben die Beteiligten beantragt, diesen Grundbesitz ebenfalls auf sie in Gütergemeinschaft umzuschreiben. Es sei seinerzeit Wille der Vertragsbeteiligten gewesen, ihn mit zu übergeben.

Das Grundbuchamt hat den Antrag mit Beschluss vom 2.10.2012 zurückgewiesen. Beide Grundstücke seien in der Übergabeurkunde nicht erwähnt. Der Bestimmtheitsgrundsatz gebiete jedoch, dass die Einigung das Grundstück, über das verfügt werden solle, klar und eindeutig bezeichne. Eine Ergänzung der unvollständigen Einigung bedürfe einer erneuten Einigung in der Form des § 29 GBO. Diese sei nicht vorgelegt worden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, die auf die Vertragsklausel und die Grundbücher Bl. 768 und 1431 verweisen. Aus den beiden Grundbüchern ergebe sich eindeutig, dass die dort bezeichneten Anteile dem Übergeber gehörten und bestimmt bezeichnet seien.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

## II.

Das zulässige Rechtsmittel (§ 13 Abs. 1 Satz 2, § 71 Abs. 1, § 73 GBO) ist unbegründet. Das Grundbuchamt hat zutref-

send die Eintragung des Rechtsübergangs an den beiden Grundstücksanteilen abgelehnt. Die Urkundenlage, nämlich der notarielle Übergabevertrag vom 28.7.1986 und der Ehe- und Erbvertrag vom selben Tag, rechtfertigt die begehrte Eintragung nicht.

Nach § 28 Satz 1 GBO ist in der Eintragungsbewilligung das betroffene Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen. Die Vorschrift bildet eine Ausprägung des Grundsatzes, dass der Grundbuchverkehr im Interesse der Rechtssicherheit klare Erklärungen verlangt; gesichert werden soll die Eintragung bei dem richtigen Grundstück (BGH, Rpfleger 1987, 452; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 28 Rdnr. 1). Die in dem Übergabevertrag enthaltene Bewilligung (§ 19 GBO) trägt dieser Vorschrift nur insofern Rechnung, als sie – abgesehen von einem ebenfalls übergebenen erbengemeinschaftlichen Anteil, zu dem auch ein Waldgrundstück gehört – die im Grundbuch Bl. 770 vorgetragenen Grundstücke ausreichend bezeichnet. Grundstücke oder Grundstücksrechte außerhalb dieses Grundbuchblatts sind nicht in der Form des § 28 GBO bezeichnet. Die Regelung gilt (gerade) auch, wenn mehrere Grundstücke Vertragsgegenstand sind (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1952, 35). Andere Bezeichnungen, etwa die Lage oder die Wirtschaftsart („land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke“), lässt das Gesetz im Interesse der Rechtssicherheit nicht zu (vgl. *Kössinger* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 28 Rdnr. 34). Erst recht nicht genügt eine allgemeine Bewilligung derart, dass der „gesamte“ Grundbesitz einer Person übergeben und aufgelassen wird (*Kössinger* in *Bauer/von Oefele*, § 28 Rdnr. 35). Zwar ließe sich dann unter Umständen auch über die Eigentümerkartei der Vertragsgegenstand ermitteln. Abgesehen davon, dass ein derartiges Verfahren mit Unsicherheiten verbunden ist (*Kössinger* in *Bauer/von Oefele*, § 28 Rdnr. 35), wäre dies auch deshalb häufig nicht zielführend, weil sich nicht sicher ausschließen lässt, dass der Veräußerer noch über Grundbesitz in Bezirken anderer Grundbuchämter verfügt. Überdies soll die hier gewählte Vertragsklausel vorsorglich auch Grundbesitz aufgrund von Verträgen umfassen, die überhaupt noch nicht grundbuchrechtlich vollzogen sind, ein Eigentumswechsel (vgl. § 873 BGB) auf den Übergeber also noch gar nicht stattgefunden hat.

§ 28 Satz 1 GBO ist zwar nur eine Ordnungsvorschrift (BGH, Rpfleger 1986, 210), jedoch zwingend vom Grundbuchamt zu beachten. Wenn auch die Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Bestimmung nicht formalistisch überspannt werden darf (BGHZ 90, 323/327 f.), also regelmäßig noch Raum für eine Auslegung der Bewilligung verbleibt (*Kössinger* in *Bauer/von Oefele*, § 28 Rdnr. 36), so führt dies hier nicht weiter. Es lässt sich zwar aus den genannten Grundbüchern nachvollziehen, dass der Übergeber Eigentümer der fraglichen beiden Grundstücksanteile ist (und im Zeitpunkt der Übergabe war). Indessen ist die im Vertrag gewählte Klausel ungeeignet, die dennoch notwendige – wenn auch nach § 28 Satz 1 GBO unvollkommene – Bezeichnung zu ersetzen. Denn sie entbehrt jedes Bezugs zu dem dort vom Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit gewählten formellen Ansatz.

Weil zudem auch die (materielle) Auffassung der beiden Grundstücksanteile in der Form des § 29 GBO ersichtlich nicht nachgewiesen werden kann, hat das Grundbuchamt den Antrag zutreffend zurückgewiesen.

## Anmerkung:

### 1. Der Fall

Die Ausgangslage ist – zumindest außerhalb des städtischen Bereichs – alltäglich: ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb wird übergeben. Im Prinzip ist man sich des betroffenen Grundbesitzes sicher; dieser wird den gesetzlichen Bestimmungen gemäß als Vertragsgegenstand in der Urkunde aufgeführt. Die Erfahrung sagt jedoch, dass nicht selten noch an anderen Grundbuchstellen Grundbesitz des Übergebers vorgetragen ist oder dass es vergessene, nicht (ganz) vollzogene Erwerbsvorgänge gibt. Ganz regelmäßig entspricht es dem Willen der Vertragsteile, dass der gesamte Grundbesitz übertragen werden soll (oder jedenfalls nur mit Ausnahme konkret bezeichneter zurückbehaltener Grundstücke). Auch steuerliche Aspekte (Vermeidung einer Entnahme durch unbeachtlichen Rückbehalt) sprechen dafür, eine Auffangklausel in die Urkunde aufzunehmen. Dies hatte der Notar seinerzeit gemacht.

26 Jahre später fällt nun auf, dass es solche weiteren „unbenannten“ Grundstücke gibt. Die Erwerber beantragen unter Bezugnahme auf die Urkunde, diese nun konkret benannten Grundstücke auf die seinerzeitigen Erwerber umzuschreiben. Unter Verweis auf den Bestimmtheitsgrundsatz weist das Grundbuchamt den Antrag zurück und verlangt „eine erneute Einigung in der Form des § 29 GBO“. Das OLG weist die Beschwerde zurück und stützt sich dabei zusätzlich auf § 28 GBO.

### 2. Rechtsfragen

Die herrschende Meinung verlangt für die Umschreibung des Eigentums an einem Grundstück materiellrechtlich die Auflassung (§ 20 GBO, § 925 BGB), einen Antrag nach § 13 GBO und eine Bewilligung nach § 19 GBO (Letztere in der Form des § 29 GBO), die jedenfalls nach herrschender Meinung zusätzlich zur Auflassung erforderlich ist.<sup>1</sup> Für den Notar, der die Auflassung beurkundet, führt § 925a BGB dazu, dass er auch zu prüfen hat, ob eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung besteht. Bei jedem dieser Elemente ist sodann zu prüfen, ob die hierfür geltenden Anforderungen hinsichtlich Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit erfüllt sind.

### 3. Der schuldrechtliche Vertrag

#### a) Bestimmbarkeitserfordernis

Das BGB enthält keine allgemeine Norm über die Bestimmtheit des Leistungsinhalts. Es ist jedoch allgemeine Meinung, dass der Inhalt der vertraglichen Regelung so konkret sein muss, dass der Gegenstand der geschuldeten Leistung bestimmbar ist.<sup>2</sup> Anderes gilt auch nicht, wenn der Vertrag gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig ist: Die Veräußerungs- und/oder Erwerbsverpflichtung muss sich auf ein konkretes oder zumindest konkretisierbares Grundstück beziehen.<sup>3</sup> Der Vertragsgegenstand des schuldrechtlichen Vertrages ist hinsichtlich der „unbenannten“ Grund-

stücke definiert durch den Begriff „gehören“ und durch den Begriff „erworben“. Als Stichtag kann durch Auslegung un schwer der Tag der seinerzeitigen Beurkundung angenommen werden. Versteht man den ersten Begriff so, dass Grundstücke gemeint sind, bei welchen der Übergeber am Stichtag als Eigentümer eingetragen ist, so dürfte das Maß zulässiger Auslegung nicht überschritten sein. Mit dem Begriff „erworben“ dürfte gemeint sein, dass es um Grundstücke geht, bezüglich derer dem Übergeber am Stichtag ein Eigentumsverschaffungsanspruch zusteht, zumindest wenn der Anspruch bereits voll wirksam ist; Unklarheiten bezüglich etwaiger aufschiebend bedingter Ansprüche stehen jedoch nicht in Frage. Für das schuldrechtliche Geschäft, gleich ob entgeltlich oder unentgeltlich, ist hierdurch der erforderliche Grad der Bestimmbarkeit erreicht. Der Notar hätte also unter dem Blickwinkel des § 925a BGB auch eine hierauf bezogene Auflassung beurkunden können, sofern dem nicht andere Hindernisse entgegenstehen. In der Regel wird bei der Formulierung der Auflassung in einem Veräußerungsvertrag bezüglich des Auflassungsgegenstandes auf den Gegenstand des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts rekurriert, sofern nicht unvermessene Teilflächen in Frage stehen.

#### b) Grundbuchamtlicher Prüfungsumfang

Das Grundbuchamt und das Beschwerdegericht haben die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages zu Recht nicht angesprochen.<sup>4</sup> Von eng begrenzten Ausnahmen, etwa bei einer Vormerkung, abgesehen, darf die Grundbucheintragung nicht von der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts abhängig gemacht werden.<sup>5</sup> Auch der Fall eines sog. „Doppelmangels“ liegt nicht vor.

### 4. Die dingliche Einigung

Die grundbuchverfahrensrechtliche Vorschrift des § 28 Satz 1 GBO findet keine Anwendung auf die materiellrechtliche Einigung gemäß §§ 873, 925 BGB. Hier genügt es nach den allgemeinen Bestimmungen, dass das gemeinte Grundstück zweifelsfrei bestimmt ist,<sup>6</sup> wofür auch genügt, dass sich dies durch Auslegung ermitteln lässt.<sup>7</sup> Eine im Sinne von § 28 Satz 1 GBO unter Umständen nicht verwendbare Bezeichnung führt also nicht per se zur materiellrechtlichen Unwirksamkeit der Auflassung.<sup>8</sup> Zwar gilt diese Bestimmung auch für sonstige, die Bewilligung ersetzende Unterlagen, welche der Eintragung zugrunde gelegt werden sollen (also etwa eine Abtretungs- oder Belastungserklärung im Sinne des § 26 GBO oder ein Spaltungs- oder Übernahmevertrag gemäß § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG bzw. ein Spaltungsplan, § 136 UmwG, wofür § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG ausdrücklich auf § 28 GBO verweist). Auf sonstige, neben der Bewilligung erforderliche materiellrechtliche Erklärungen, insbesondere die Auflassung, ist § 28 GBO jedoch nicht anwendbar.<sup>9</sup> Die im Sinne von oben unter 3. a) verstandene Bezeichnung in der Urkunde (Grundbucheintragung des Veräußerers oder Erwerbsanspruch aus einem durch den Veräußerer abgeschlossenen Vertrag) konkretisiert die betroffenen Grundstücke

<sup>4</sup> Zum Prüfprogramm des Grundbuchamtes *Bauer/von Oefele/Kössinger*, § 19 Rdnr. 2 ff.

<sup>5</sup> Hierzu näher *Bauer/von Oefele/Kössinger*, § 19 Rdnr. 47 ff., 50, § 20 Rdnr. 232.

<sup>6</sup> *Bauer/von Oefele/Kössinger*, § 20 Rdnr. 167.

<sup>7</sup> Zu Grenzen der Auslegung im Grundbuchverfahren BayObLG, DNotZ 1998, 752, 753, 820, 821.

<sup>8</sup> MünchKommBGB/*Kanzleiter*, 6. Aufl. 2013, § 925 Rdnr. 22; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, § 28 Rdnr. 4.

<sup>9</sup> *Bauer/von Oefele/Kössinger*, § 28 Rdnr. 10.

<sup>1</sup> *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2011, § 19 Rdnr. 6, 16; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 2008, § 20 Rdnr. 5; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 19 Rdnr. 18, 39 ff., § 20 Rdnr. 14 ff.; BayObLG, DNotZ 1995, 56, 57; OLG Stuttgart, MittBayNot 2008, 122 m. Anm. *Demharter*; a. A. *Kesseler*, ZNotP 2005, 176; *ders.*, ZfIR 2007, 88, 90.

<sup>2</sup> BGH, NJW 2006, 1971, 1972; MünchKommBGB/*Bachmann*, 6. Aufl. 2012, § 241 Rdnr. 15.

<sup>3</sup> MünchKommBGB/*Kanzleiter*, 6. Aufl. 2012, § 311b Rdnr. 12.

(bzw. Anteile hieran), auf welche sich die Auflassung bezieht, hinreichend sicher.

Nicht gefolgt werden kann somit dem Grundbuchamt und dem Beschwerdegericht, wenn diese beanstanden, eine Ergänzung der unvollständigen (materiellen) Einigung in der Form des § 29 GBO sei erforderlich. Zum einen ist die Einigung hinreichend bestimmt, was zumindest durch Auslegung ermittelbar ist, zum anderen würde eine ergänzende Einigung der Form des § 925 BGB bedürfen, also der Beurkundung und nicht lediglich der Beglaubigung.

## 5. Die verfahrensrechtlichen Erklärungen

Keiner besonderen Prüfung bedarf der Antrag, der sich ja – nachträglich gestellt – auf konkrete Grundstücke bezogen hat. Die Antragsberechtigung des Antragstellers ergibt sich daraus, dass er als Eigentümer eingetragen werden will, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO.

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Bewilligung mit dem im Sachverhalt aufgeführten Inhalt Grundlage einer Eigentumsbeschreibung sein kann. Der Gesetzgeber geht in § 28 Satz 1 GBO hinsichtlich der Bezeichnung des betroffenen Grundstücks weit über die allgemeinen Bestimmtheitsanforderungen hinaus. Was materiellrechtlich ausreichend sein mag, trägt nur in der besonderen Ausprägung der dort geforderten Grundstücksbezeichnung eine Eintragung. Dies soll – auch im öffentlichen Interesse – die Eintragung beim richtigen Grundstück sicherstellen.<sup>10</sup> Die Bezeichnung des „unbenannten“ Grundstücks ist im vorliegenden Fall gerade nicht „übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt“ erfolgt.

Die Auffassung des Gerichts, dass es keine formalistische Überspannung des Verständnisses dieser Vorschrift darstellt, wenn hier keine hinreichende Eintragungsgrundlage gesehen wird, ist zutreffend. Dagegen spricht auch nicht, dass nach einer vorzugswürdigen Auffassung im Spaltungsplan/Spaltungsvertrag eine sog. „All-Klausel“ ausreichend sein kann.<sup>11</sup> Die strengere Auffassung des BGH, der die durch § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG angeordnete Beachtung von § 28 Satz 1 GBO als materiellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung qualifiziert,<sup>12</sup> lehnt eine Differenzierung zwischen Einzelaktsübertragung und Spaltungsvorgang ausdrücklich ab.<sup>13</sup> Hiergegen spricht jedoch, dass die Spaltungserklärungen mit Handelsregistervollzug konstitutiv für den Rechtsübergang sind, während die (Auflassung mit) Bewilligung erst die Umschreibung erfordert. Eine entsprechend klar formulierte All-Klausel<sup>14</sup> dürfte in Spaltungsfällen auch für – zunächst – unbeteiligte Dritte und das Grundbuchamt Zweifel nicht entstehen lassen und somit materiellrechtlich ausreichend sein,<sup>15</sup> wiewohl die Regel des sichersten Weges für die Befolgung der strengen Linie des BGH spricht.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> BGH, DNotZ 1988, 109, 110; BayObLG, Rpfleger 1981, 147; BayObLG, MittBayNot 1983, 172, 173.

<sup>11</sup> OLG Schleswig, DNotZ 2010, 66 m. Anm. *Perz*; ebenso *Bauer/von Oefele/Kössinger*, § 28 Rdnr. 67 f.

<sup>12</sup> BGH, DNotZ 2008, 468, 469 m. Anm. *Limmer* = MittBayNot 2008, 307 m. Anm. *Weiler*.

<sup>13</sup> Dem BGH folgend *Weiler*, MittBayNot 2008, 310; krit. *Limmer*, DNotZ 2008, 471, 475 f.; *Link*, RNotZ 2008, 358, 359 f.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu *Bauer/von Oefele/Kössinger*, § 28 Rdnr. 68.

<sup>15</sup> A. A. *Meikel/Böhringer*, § 28 Rdnr. 14; *Hügel/Wilsch*, Grundbuchordnung, 2. Aufl. 2010, § 28 Rdnr. 173; wie hier *Hügel/Kral*, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 84.

<sup>16</sup> *Link*, RNotZ 2008, 358, 359.

## 6. Gestaltungsvorschlag

Nicht jede Übergabe wird Anlass zu einer All-Klausel geben. Wenn man jedoch wegen Unsicherheiten hinsichtlich des Umfangs des in Frage stehenden Grundbesitzes für die Bestimmtheit des schuldrechtlichen Geschäfts (und daran anknüpfend der dinglichen Einigung) eine All-Klausel aufnehmen möchte, kann diese, verknüpft mit einer Ergänzungsvollmacht, etwa wie folgt lauten:

„Mit übergeben sind alle Grundstücke, grundstücksgleichen Rechte (sowie Mitberechtigungs- oder Miteigentumsanteile), bei denen der Übergeber am heutigen Tage als Eigentümer/Berechtigter in einem deutschen Grundbuch eingetragen ist, und auch alle schuldrechtlichen Ansprüche auf Übertragung solcher Rechte, die bis heute begründet worden sind. Soweit der Übergeber als Berechtigter in Erbengemeinschaft eingetragen sein sollte, ist der Erbanteil an dem Nachlass mit übergeben, zu dem das Grundstück bzw. Grundstücksrecht gehört; steht ein solches Recht im Eigentum einer BGB-Gesellschaft, bei der der Übergeber als Gesellschafter eingetragen ist, so ist der Gesellschaftsanteil mit übergeben.“

Der Übernehmer (jeder einzeln) wird unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und über den Tod hinaus durch den Übergeber bevollmächtigt, alle zum Rechtsübergang und zum Vollzug zweckdienlichen Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, insbesondere auch eine Auflassung zu erklären und entgegenzunehmen. Untervollmacht kann erteilt werden. Der Notar wird daneben bevollmächtigt, betroffenen Grundbesitz gemäß § 28 GBO zu bezeichnen und ergänzende Bewilligungen abzugeben.“<sup>17</sup>

Notar Dr. *Winfried Kössinger*, München

<sup>17</sup> Zur Zulässigkeit der Bezeichnung durch den Notar vgl. BayObLG, DNotZ 1983, 172; *MünchKommBGB/Kanzleiter*, § 925 Rdnr. 22.

7. BGB §§ 242, 1378 Abs. 3 Satz 2 und 3 (*Herausnahme eines Vermögensgegenstands aus dem Zugewinnausgleich durch Ehevertrag*)

**Die in einem Ehevertrag wirksam vereinbarte Herausnahme eines Vermögensgegenstands aus dem Zugewinnausgleich macht eine vertragliche Anpassung im Rahmen der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB nicht schon deshalb erforderlich, weil dies dazu führt, dass sich die Ausgleichsrichtung umkehrt, mithin der hiervon Begünstigte nur wegen der Herausnahme des Vermögensgegenstands ausgleichsberechtigt wird.**

BGH, Beschluss vom 17.7.2013, XII ZB 143/12

Die Antragsgegnerin begehrt von ihrem geschiedenen Ehemann, dem Antragsteller, Zugewinnausgleich.

Aus der am 30.8.1980 geschlossenen und seit dem 30.12.2011 rechtskräftig geschiedenen Ehe der Beteiligten ist ein 1981 geborener Sohn hervorgegangen. Der Antragsteller ist von Beruf Busfahrer, die Antragsgegnerin ist Krankenschwester. Das monatliche Nettoeinkommen beider beläuft sich jeweils auf rund 2.000 €. Bis zur Trennung im Juni 2010 lebten die Beteiligten in dem im Alleineigentum der Antragsgegnerin stehenden Zweifamilienhaus. Das entsprechende Grundstück hatten ihr ihre Eltern nebst zwei weiteren kleineren Grundstücken im Wege der vorweggenommenen Erbfolge im Jahr 1996 übertragen. Es war seinerzeit mit einem kleinen Wohnhaus

bebaut, das den Beteiligten und den Eltern der Antragsgegnerin zunächst als Wohnung gedient hatte. Im Jahre 1996 errichteten die Beteiligten einen Anbau. Der Grundbesitz ist schuldenfrei. Mit notariellem Ehevertrag vom 25.6.1996 trafen die Beteiligten folgende Regelung:

„(...)

## II. Güterstandsmodifizierung

### 1)

Herr W und Frau W (...) leben also im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, den sie grundsätzlich auch aufrechterhalten wollen.

Lediglich die von Frau W von ihren Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhaltenen Grundstücke (...) und die darauf befindlichen Gebäude, insbesondere auch das Wohnhaus, sollen beim Zugewinnausgleich bei Beendigung der Ehe aus anderen Gründen als dem Tod der Ehefrau in keiner Weise berücksichtigt werden. Grundstücke und Gebäude auf dem Grundstückskomplex (...) sollen deshalb weder zur Berechnung des Anfangsvermögens noch des Endvermögens der Ehefrau herangezogen werden.

(...)

### 2)

Da Herr W den Wohnhausanbau mit seinen beruflichen Einkünften mitfinanziert, verzichtet er zur Absicherung seiner Ehegattin (...) auch auf jegliche Aufwendungsersatzansprüche, die im Zusammenhang mit der Finanzierung des Wohnhausbaus stehen. Frau W nimmt den Verzicht hiermit an.

### 3)

Im Falle der Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten soll es jedoch bei der gesetzlichen Regelung des Zugewinnausgleichs verbleiben.

Auch im Übrigen wollen Herr W und Frau W die Bestimmungen des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft und die gesetzliche Erbfolgeregelung unverändert aufrechterhalten.

Herrn W ist bekannt, dass als Folge dieser Regelung das von ihm während der Ehe erworbene Vermögen, soweit nicht ein privilegierter Erwerb im Sinne des § 1374 BGB vorliegt, dem Zugewinnausgleich unterliegt. Er ist damit einverstanden.“

Das AG hat den Antragsteller antragsgemäß unter Außerachtlassung des streitgegenständlichen Grundbesitzes dazu verpflichtet, an die Antragsgegnerin einen Zugewinnausgleich i. H. v. 17.149,37 € zu zahlen. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Hiergegen wendet er sich mit seiner vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde.

## Aus den Gründen:

### II.

Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

1. Die Rechtsbeschwerde ist unbeschränkt zugelassen und deshalb in vollem Umfang statthaft.

2. Die Rechtsbeschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

a) Das Rechtsbeschwerdegericht hat seine in FamRZ 2012, 1710, veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet:

Die Regelung, mit der die Beteiligten den gesetzlichen Güterstand modifiziert hätten, halte sowohl der Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 BGB als auch der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB stand. Durch die Modifizierung des Güterstands habe erreicht werden sollen, dass der Ehefrau der ihr von ihren Eltern zugewendete Grundbesitz auch im Falle des Scheiterns der Ehe ungeschmälert erhalten bleibe. Für eine weitergehende Vertragsauslegung dahin, dass die Beteiligten auch eine Ausgleichsverpflichtung des Ehemannes hätten abschließen wollen, fehle jedweder Anhalt. Vielmehr lege die

Formulierung in Ziffer II Nr. 3 des Vertragstextes nahe, dass die Beteiligten eine Verpflichtung des Ehemannes zum Ausgleich zumindest für möglich gehalten hätten, womit der Antragsteller ausdrücklich sein Einverständnis erklärt habe. Zulässig und üblich sei die Herausnahme von Vermögensgegenständen bei vorehelichem Vermögen und bei privilegiertem Erwerb. Vor dem Hintergrund, dass es von dem durch eine Schenkung begünstigten Ehegatten und auch von dessen Verwandten, die ihm den Vermögenswert zugewendet hätten, als ungerecht empfunden werde, dass die außerordentliche Wertsteigerung in der Ehe dem Zugewinnausgleich unterliege, sei eine Modifizierung dergestalt angemessen, den Gegenstand sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen außer Ansatz zu lassen. Vorliegend wäre die durch den Anbau und die allgemeine Preisentwicklung entstandene Wertsteigerung dem Endvermögen zuzurechnen, weshalb der Zugewinn der Antragsgegnerin wohl denjenigen des Antragstellers übertreffen hätte. Dabei werde nicht verkannt, dass die von den Beteiligten gewählte Vertragskonstellation die Antragsgegnerin im Ergebnis nicht nur vor einer Zugewinnausgleichsforderung bewahre und vor Aufwendungsersatzansprüchen des Antragstellers schütze, sondern darüber hinaus auch dazu führe, dass sie ihrerseits ausgleichsberechtigt sei. Eine solche auch als „Umkippen“ bezeichnete Lage könne durch eine – hier von den Beteiligten nicht vereinbarte – Verzichtsklausel zulasten des vermögendere Ehegatten in dem Vertrag vermieden werden. Es fehle jedenfalls an einer evident einseitigen Lastenverteilung. Die Eheleute hätten damals eine in ökonomischer Hinsicht gleichberechtigte Partnerschaft gelebt; beide seien stets vollschichtig berufstätig gewesen. Der in den Vertrag aufgenommene Ausschluss etwaiger Aufwendungsersatzansprüche des Ehemannes rechtfertige sich ebenfalls aus dem Erhaltungsinteresse des Grundvermögens und sei angesichts des langjährigen unentgeltlichen Wohnens des Ehemannes im Anwesen seiner Schwiegereltern nicht ohne Kompensation.

Der Vertrag halte ebenfalls der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB stand. Es sei auch bezogen auf den Zeitpunkt des Scheiterns der ehelichen Gemeinschaft keine evident einseitige Lastenverteilung festzustellen, die hinzunehmen für den Antragsteller auch unter Beachtung der Belange der Antragsgegnerin als unzumutbar erscheine. Vielmehr seien die Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe vorgelegen hätten, von den Beteiligten bei Abschluss des notariellen Vertrages als mögliche Entwicklung vorausgesehen worden. Denn sie seien bereits damals davon ausgegangen, mit den finanziellen Mitteln und der Arbeitskraft beider Ehegatten den Erweiterungsbau an das bestehende Gebäude auf dem Grundstück der Antragsgegnerin zu errichten, der ihnen als Wohnung und Lebensmittelpunkt der Familie habe dienen sollen. Dass der Antragsteller im weiteren Verlauf der Ehe trotz seiner vielfältigen Anstrengungen in Bezug auf die Baumaßnahmen einen höheren Zugewinn als die Antragsgegnerin – ohne Berücksichtigung des Grundbesitzes – erwirtschaften würde, sei von den Beteiligten – wie Ziffer II. 3 des notariellen Vertrages zeige – zumindest für möglich gehalten worden.

Gegen eine Vertragsanpassung in dem vom Antragsteller angestrebten Umfang spreche ferner der Umstand, dass beide Beteiligte auch heute voll erwerbstätig seien, damit ihren Lebensbedarf durch eigene Arbeitskraft selbst decken könnten und auch darüber hinaus finanziell unabhängig seien. Zu berücksichtigen sei ferner, dass der Versorgungsausgleich per Saldo zugunsten des Antragstellers durchgeführt worden sei.

Der Anspruch der Antragsgegnerin auf Zugewinnausgleich sei auch nicht durch eine nachträgliche Vereinbarung der Beteiligten ausgeschlossen worden. Soweit der Antragsteller vortrage, man habe sich mündlich darauf verständigt, gegen-

seitig keine vermögensrechtlichen Forderungen zu erheben, könne er bereits deshalb nicht durchdringen, weil eine solche Vereinbarung als erneute Güterstandsmodifikation gemäß § 1408 BGB formbedürftig gewesen wäre.

b) Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

aa) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die vom Beschwerdegericht vorgenommene Vertragsauslegung, wonach auch eine Inanspruchnahme des Antragstellers auf Zugewinnausgleich möglich sei, nicht zu beanstanden. Eine – dem entgegenstehende und von der Rechtsbeschwerde für geboten erachtete – ergänzende Vertragsauslegung des Ehevertrages hat das Beschwerdegericht folgerichtig abgelehnt.

(1) Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist das Bestehen einer Regelungslücke, also einer planwidrigen Unvollständigkeit der Bestimmungen des Rechtsgeschäfts, die nicht durch die Heranziehung von Vorschriften des dispositiven Rechts sachgerecht geschlossen werden kann. Allein der Umstand, dass ein Vertrag für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält, besagt nicht, dass es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit handelt. Von einer solchen kann nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrundeliegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre. Die ergänzende Vertragsauslegung muss sich als zwingende selbstverständliche Folge aus dem Gesamtzusammenhang des Vereinbarten ergeben, so dass ohne die vorgenommene Ergänzung das Ergebnis in offenbarem Widerspruch zu dem nach dem Inhalt des Vertrags tatsächlich Vereinbarten stehen würde. Zudem darf die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer wesentlichen Erweiterung des Vertragsinhalts führen (Senat, Urteil vom 11.1.2012, XII ZR 40/10, NJW 2012, 844 Rdnr. 24 m. w. N.).

Dabei ist die Ermittlung des Inhalts und der Bedeutung von Individualvereinbarungen grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Die Auslegung durch den Tatrichter kann deshalb vom Revisions- bzw. Beschwerdegericht grundsätzlich nur darauf geprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf im Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdeverfahren gerügten Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentliches Auslegungsmaterial unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen worden ist (vgl. Senat, Urteil vom 7.9.2011, XII ZR 114/10, GuT 2012, 268 Rdnr. 15 m. w. N.).

(2) Gemessen hieran ist die vom Beschwerdegericht vorgenommene Auslegung nicht zu beanstanden. Danach fehlt es vorliegend bereits an einer planwidrigen Unvollständigkeit der Bestimmungen des Ehevertrages. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Beschwerdegericht in diesem Kontext maßgeblich auf die in Ziffer II. 3 getroffene Regelung des Ehevertrages Bezug nimmt, wonach das von dem Antragsteller während der Ehe erworbene Vermögen (nach wie vor) dem Zugewinnausgleich unterliegt und er ausdrücklich damit einverstanden gewesen ist. Der vom Beschwerdegericht gezogene Schluss, die Regelung lege nahe, dass die Beteiligten eine Verpflichtung zum Ausgleich des Ehemanns zumindest für möglich gehalten hätten, ist folgerichtig. Legte man den Ehevertrag dagegen im Sinne der Rechtsbeschwerde aus, wonach mit ihm nur habe verhindert werden sollen, dass „aus dem Hausgrundbesitz“ Zahlungen oder Entschädigungen im Rahmen der Abwicklung des Gü-

terstands an den Antragsteller fließen, die Antragsgegnerin im Gegenzug aber nicht habe berechtigt sein sollen, selbst Zugewinnausgleichsansprüche gegen ihn durchzusetzen, ergäbe die oben stehende Regelung des Ehevertrages keinen Sinn.

bb) Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht den Ehevertrag vor dem Hintergrund einer in ökonomischer Hinsicht gleichberechtigten Partnerschaft der jeweils stets vollschichtig berufstätigen Eheleute nicht für unwirksam erachtet hat (vgl. zu den Voraussetzungen der Wirksamkeitskontrolle eines Ehevertrages bei einer Regelung über den Zugewinnausgleich Senat, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 14 ff.). Insoweit erhebt auch die Rechtsbeschwerde keine Einwendungen.

cc) Im Ergebnis ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die von dem Antragsteller behauptete nachträgliche mündliche Vereinbarung, wonach sich die Beteiligten darauf verständigt hätten, gegenseitig keine vermögensrechtlichen Forderungen zu erheben, mangels Einhaltung der Form als unwirksam erachtet hat. Dabei kann es dahin stehen, ob darin – mit dem Beschwerdegericht – eine formnichtige Güterstandsmodifikation im Sinne von § 1408 i. V. m. § 1410 BGB zu sehen ist. Denn auch wenn man dem Einwand der Rechtsbeschwerde folgte, wonach hierin ein Verzicht auf die Durchsetzung von vermögensrechtlichen Ansprüchen zu sehen sei, stünden der Wirksamkeit dieser behaupteten Vereinbarung die Regelungen des § 1378 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB entgegen, worauf die Antragsgegnerin in ihrer Erwiderung auf die Rechtsbeschwerde zutreffend hingewiesen hat.

(1) Gemäß der Formvorschrift des § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB bedarf eine Vereinbarung, die die Ehegatten während eines Verfahrens, das auf die Auflösung der Ehe gerichtet ist, für den Fall der Auflösung der Ehe über den Ausgleich des Zugewinns treffen, der notariellen Beurkundung bzw. einer gerichtlichen Protokollierung im Sinne von § 127a ZPO. Nach § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB kann sich im Übrigen kein Ehegatte vor der Beendigung des Güterstands verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen. Erst recht kann er keine Verfügung über seine Ausgleichsforderung treffen, worunter auch ein Verzicht hinsichtlich seines Zugewinnausgleichsanspruchs fällt (Senat, Urteil vom 21.4.2004, XII ZR 170/01, FamRZ 2004, 1353, 1354).

(2) Gemessen an diesen Anforderungen wäre die vom Antragsteller behauptete Verzichtvereinbarung unwirksam, denn darin läge eine Verfügung über die Zugewinnausgleichsforderung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die behauptete Vereinbarung vor oder während des Scheidungsverfahrens getroffen wurde. Im ersten Fall scheiterte sie an § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB und im zuletzt genannten Fall an der Formvorschrift des § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB. Denn nach dem Vortrag des Antragstellers haben die Beteiligten jedenfalls nicht die erforderliche Form eingehalten.

dd) Schließlich ist es nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht den Anspruch der Antragsgegnerin auf Zugewinnausgleich nicht an der Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB hat scheitern lassen.

(1) Soweit die Regelung eines Ehevertrages der Wirksamkeitskontrolle standhält, muss der Richter im Rahmen einer Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Entscheidend ist insoweit, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt (Senat, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 34 m. w. N.). Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die

tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung grundlegend abweicht (Senat, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606).

Dabei ist zu beachten, dass die formal ausgestalteten Regelungen über den Zugewinnausgleich über die teleologischen Grundlagen des Teilhabeanpruchs – die verfassungsrechtlich verbürgte Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbstätigkeit – deutlich hinausgreifen, soweit sie auch solche Partnerschaften dem Ausgleich ehezeitlicher Vermögenszuwächse unterwerfen, in denen eine dem klassischen Eheyp der Alleinverdienerehe entsprechende Rollenverteilung nicht stattgefunden hat und indem sie auch solchen Zugewinn in den Ausgleich einbeziehen, zu dem der andere nicht beigetragen haben kann (Senat, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 19). Die insoweit als Korrektiv zur gesetzlichen Typisierung zu verstehende güterrechtliche Vertragsfreiheit der Ehegatten umschließt das Recht, den von ihnen als unbillig oder unbefriedigend empfundenen Verteilungsergebnissen des gesetzlichen Güterstandes durch eine eigenverantwortliche Gestaltung ihrer Vermögenssphäre begegnen und in diesem Rahmen auch eigene ökonomische Bewertungen ihrer Beiträge zum Familienunterhalt vornehmen zu können (Senat, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 20).

(2) Gemessen hieran war eine Korrektur der ehevertraglichen Regelung im Wege der Ausübungskontrolle unter Berücksichtigung der vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen nicht geboten.

(a) Es fehlt vorliegend bereits an einer unerwarteten Entwicklung. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts sind die Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe vorlagen, von den Beteiligten bei Abschluss des notariellen Vertrages als mögliche Entwicklung vorausgesehen worden, weil sie bereits damals davon ausgegangen waren, mit den finanziellen Mitteln und der Arbeitskraft beider Ehegatten den Erweiterungsbau an das bestehende Gebäude auf dem Grundstück der Antragsgegnerin zu errichten, der als Wohn- und Lebensmittelpunkt der Familie dienen sollte. Ferner hat das Beschwerdegericht in aus Rechtsgründen nicht zu beanstandender Weise darauf abgestellt, dass die Beteiligten den Umstand, dass der Antragsteller im weiteren Verlauf der Ehe einen höheren Zugewinn als die Antragsgegnerin erwirtschaften würde, zumindest für möglich gehalten haben. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht darauf abgestellt hat, dass sich die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten seit Vertragsschluss nicht grundlegend geändert haben. So sind beide Beteiligten nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts auch heute noch voll erwerbstätig und darüber hinaus finanziell unabhängig. Hinzu kommt, dass der Antragsteller von dem zulasten der Antragsgegnerin durchgeführten Versorgungsausgleich profitiert.

(b) Ebenso wenig ist aus Rechtsgründen etwas dagegen zu erinnern, dass das Beschwerdegericht in der Umkehr der Ausgleichsrichtung, also der über den Verlust eines möglichen Anspruchs auf Zugewinn hinausgehenden Verpflichtung, seinerseits der Antragsgegnerin einen Zugewinnausgleich zu zahlen, keine einseitige, unzumutbare Lastenverteilung gesehen hat, die im Rahmen der Ausübungskontrolle zu einer Modifikation der vertraglichen Regelung führen müsste.

Zu beachten ist dabei, dass die – ohne Berücksichtigung der von den Beteiligten getätigten Investitionen – eingetretene Wertsteigerung keinen Zugewinn darstellt, zu dem der andere Ehegatte beigetragen hat (vgl. Senat, Urteil vom 21.11.2012,

XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 19). Zwar beruht die weitergehende Wertsteigerung auch auf den vom Antragsteller erbrachten Leistungen. Gleichwohl führt dieser Umstand nicht zu einer einseitigen, unzumutbaren Lastenverteilung. Soweit das Beschwerdegericht in diesem Zusammenhang darauf abgestellt hat, dass der Verzicht angesichts des langjährigen Wohnens des Antragstellers im Anwesen seiner Schwiegereltern nicht ohne Kompensation geblieben ist, ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Wenn der Antragsteller bei dieser Sachlage einerseits ausdrücklich auf Aufwendungsersatzansprüche verzichtet, sich deshalb außerhalb des Zugewinnausgleichs also nicht schadlos halten kann, und andererseits nicht auf die Aufnahme einer Verzichtsklausel in den Vertrag zulasten des vermögendere Ehegatten hinwirkt, um eine Umkehr der Ausgleichsrichtung zu vermeiden, ist das Ausfluss der grundgesetzlich geschützten Vertragsfreiheit und einer Korrektur über die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB nicht zugänglich.

ee) Da das Beschwerdegericht nach alledem ohne Rechtsfehler den von den Beteiligten geschlossenen Ehevertrag dem Zugewinnausgleich zugrunde legen durfte, die Grundstücke also in der vereinbarten Weise dem Zugewinnausgleich entzogen sind, bleibt es bei der von den Instanzgerichten vorgenommenen, von den Beteiligten der Höhe nach nicht angegriffenen und auch ansonsten nicht zu beanstandenden Ausgleichsberechnung.

8. BGB §§ 313, 1379, 1580, 1565 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 138 Abs. 1, §§ 242, 313; FamFG § 58 Abs. 1, § 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1, § 117 Abs. 1 (*Voraussetzungen für die Nichtigkeit eines Ehevertrages durch Globalverzicht*)

**Ein Globalverzicht auf gegenseitige Unterhaltsansprüche sowie den Zugewinn- und den Versorgungsausgleich führt nicht zur Nichtigkeit eines Ehevertrages nach § 138 Abs. 1 BGB, wenn sich eine einseitige Lastenverteilung nicht feststellen lässt. Von einer solchen ist nicht auszugehen, wenn die Ehegatten gemeinsam und gleichberechtigt eine Rechtsanwaltskanzlei betrieben und somit jeder von ihnen in der Lage war, seinen Lebensunterhalt selbst abzusichern.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.5.2013, 9 UF 35/12

**Hinweis der Schriftleitung:**

Die Entscheidung ist abrufbar unter BeckRS 2013, 09142.

9. BGB §§ 426, 313, 133, 157 (*Kein Wegfall der Pflegeverpflichtung aus Altenteilvertrag nach Scheidung*)

**Haben die Ehegatten zu Zeiten intakter Ehe gegen Übertragung des Eigentums an einem Hausgrundstück gegenüber den Eltern eines von ihnen eine Pflegeverpflichtung übernommen, so haften sie auch nach Trennung und Scheidung der Ehe gesamtschuldnerisch aus dieser Verpflichtung.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Beschluss vom 10.4.2013, 8 UF 200/12

**Hinweis der Schriftleitung:**

Die Entscheidung ist abrufbar unter BeckRS 2013, 09505.

10. GBO § 13; GBO § 22; BGB § 2211 (*Grundbuchberichtigungsantrag durch Miterben trotz Testamentsvollstreckung*)

**Ein Miterbe ist auch dann berechtigt, die Grundbuchberichtigung zu beantragen, wenn das betreffende Grundstück der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.7.2013, 8 W 173+279/12

Die Beteiligten zu 1 bis 5 sowie 7 bis 11 sind Abkömmlinge des am 10.11.2011 verstorbenen J G W. Sie sind dessen Erben aufgrund gesetzlicher Erbfolge. J G W und seine Lebensgefährtin, die Beteiligte zu 6, sind mit einem Anteil von je ½ als Eigentümer des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes im Grundbuch von E eingetragen. Durch einen Erbvertrag vom 14.3.1995 haben sich Herr J G W und die Beteiligte zu 6 jeweils als Erstversterbende im Wege eines Vermächtnisses den Nießbrauch an der Miteigentumshälfte des Erstversterbenden zugewandt. Zugleich wurde vom Erstversterbenden Testamentsvollstreckung wie folgt angeordnet (§ 5 des Erbvertrages vom 14.3.1995):

„Der Erstversterbende von uns ordnet Testamentsvollstreckung an. Er ernennt den Überlebenden zu seinem Testamentsvollstrecker. Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, das Vermächtnis zu erfüllen und den im Nachlass befindlichen Grundbesitz solange zu verwalten, wie die Auseinandersetzung des Nachlasses diesbezüglich ausgeschlossen ist (vergleiche § 6). ...“

Durch Schreiben vom 10.4.2012 hat sich der Beteiligte zu 1 unter Bezugnahme auf die Nachlasssache J G W wie folgt an das Notariat R gewandt:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit beantrage ich, J W, den kostenlosen Grundbucheintrag auf dem Grundstück Flst. ..., 399 m², der Gemarkung R-E. ...“

Durch Beschluss vom 20.4.2012 wies das Notariat R – Grundbuchamt – den Eintragungsantrag zurück und führte zur Begründung aus:

„Dem Vollzug des Antrages steht entgegen:

1. dem (Mit-)Erben steht bei angeordneter Testamentsvollstreckung kein eigenes Antragsrecht auf Grundbuchberichtigung zu, siehe OLG München, JFG 20, 373.

2. dass kein Erbnachweis gemäß § 35 GBO auf das Ableben von J G W vorgelegt worden ist.“

Das Notariat R – Grundbuchamt – erteilte dem Beteiligten zu 1 am 30.4.2012 eine Kostenrechnung über € 132.

Durch Schriftsatz an das OLG Stuttgart vom 27.4.2012 hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss des Grundbuchamts vom 20.4.2012 sowie gegen die Kostenrechnung vom gleichen Tage eingelegt.

Mit Datum vom 30.4.2012 erteilte das Grundbuchamt dem Beteiligten zu 1 eine korrigierte Kostenrechnung für die Antragszurückweisung über einen Betrag von 66 €. Auch gegen diese Kostenrechnung hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt.

Das Notariat R – Grundbuchamt – hat den Beschwerden nicht abgeholfen und die Akten dem OLG Stuttgart zur Entscheidung vorgelegt.

Den Beteiligten zu 1 wurde am 24.7.2012 durch das Notariat IV R – Nachlassgericht – ein Erbschein erteilt, wonach die Beteiligten zu 1 bis 5 sowie 7 bis 11 jeweils mit einem Erbteil von 1/10 Erben des J G W geworden sind und Testamentsvollstreckung zur Verwaltung des im Nachlass befindlichen Grundbesitzes angeordnet ist.

Mit der Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss verfolgt der Beteiligte zu 1 seinen Eintragungsantrag weiter und begehrt zum einen die Eintragung der Beteiligten zu 1 bis 5 sowie 7 bis 11 in Erbengemeinschaft als Eigentümer bezogen auf den hälftigen Hausanteil des Erblassers an dem verfahrensgegenständlichen Grundbesitz und des Weiteren die Eintragung eines diesbezüglichen Testamentsvollstreckervermerks. Er vertritt die Auffassung, ihm stehe als Miterbe ungeachtet der Testamentsvollstreckung ein eigenes Antragsrecht zu. Es sei nicht richtig, dass allein der Testamentsvollstrecker antragsberechtigt sei.

Aus den Gründen:

## II.

Die gemäß § 71 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat in der Sache Erfolg. Der angegriffene Zurückweisungsbeschluss kann keinen Bestand haben.

1. Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis eines fehlenden Nachweises der Erbfolge gemäß § 35 GBO wurde zwischenzeitlich dadurch behoben, dass ein Erbschein des Notariats R – Nachlassgericht – vom 24.7.2012 vorliegt, der die Beteiligten zu 1 bis 5 und 7 bis 11 als Erben des J G W ausweist.

2. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Grundbuchamts, dass im Falle angeordneter Testamentsvollstreckung dem (Mit-)Erben kein eigenes Antragsrecht auf Grundbuchberichtigung zusteht.

Gemäß § 2211 BGB kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen. Bei dem Antrag auf Grundbuchberichtigung handelt es sich aber nicht um eine Verfügung über das betroffene Grundstück. Der Eigentumsübergang ist vielmehr bereits kraft Gesetzes gemäß § 1922 BGB erfolgt. Der Berichtigungsantrag ist demgegenüber eine reine Verfahrenshandlung. Der Antragstellung des Erben steht auch die Regelung des § 2212 BGB nicht entgegen. Der Erbe ist auch in seinem Recht betroffen im Sinne des § 13 GBO. Es genügt der Antrag eines Miterben (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 360).

Der Antragsberechtigung des (Mit-)Erben stehen auch andere Gründe in Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung nicht entgegen. Das LG Stuttgart hat in seiner Entscheidung vom 26.2.1998 (Rpfler 1998, 243) zu Recht darauf hingewiesen, dass die Befugnisse des Testamentsvollstreckers nur teilweise ausschließlicher Natur sind, zu einem anderen Teil aber neben den fortbestehenden Rechten des Erben einherlaufen (im Einzelnen LG Stuttgart, a. a. O.). Gemäß § 52 GBO ist der Testamentsvollstreckervermerk mit der Eintragung der Erben im Grundbuch einzutragen. Seine Rechte werden daher durch die Berichtigung nicht beeinträchtigt. Soweit durch die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks – anders als durch die Eintragung der Erben selbst – Kosten entstehen, sind diese Folge der vom Erblasser getroffenen letztwilligen Verfügung. Diese Kosten würden auch bei einem Berichtigungsantrag des Testamentsvollstreckers, zu dem dieser gemäß § 2205 BGB befugt ist, entstehen. Zu beachten ist im Übrigen, dass der Rechtsverkehr ein erhebliches Interesse an der Übereinstimmung von Grundbuchinhalt und materieller Rechtslage hat und die Berichtigung daher im öffentlichen Interesse erwünscht ist, was im Gesetz für die Fälle des Rechtsübergangs außerhalb des Grundbuchs durch die Antragspflicht gemäß § 82 GBO besonders zum Ausdruck kommt. Besonders zum Tragen kommt das Antragsrecht des Erben dabei in Fällen „problematischer Testamentsvollstreckungen“ (vgl. *Schneider*, Zur Antragsbefugnis und zu den Eintragungsunterlagen im Grundbuchberichtigungsverfahren bei angeordneter Testamentsvollstreckung, MittRhNotK 2000, 283).

Der Senat bejaht nach alledem ein von ihm selbst ausübbares Antragsrecht des Erben für die Grundbuchberichtigung neben jenem des Testamentsvollstreckers (ebenso LG Stuttgart, a. a. O.; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 13 GBO Rdnr. 56; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, a. a. O., Rdnr. 803 sowie Rdnr. 3466, Fn. 16; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl. 2010,

§ 52 GBO Rdnr. 29; *Schneider*, a. a. O.; *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, Einf. vor § 2197 BGB Rdnr. 6; *Bertsch*, Antragsrecht des Erben auf Grundbuchberichtigung bei Testamentsvollstreckung, Rpfleger 1968, 178; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 366; *Bengel/Reimann/Schaub*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2010, Kap. 5 Rdnr. 5; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 20. Aufl. 2010, Rdnr. 273; a. A. KGJ 51, A. 214 [Beschluss vom 19.12.1918]; OLG München, JFG 20, 373 [Beschluss vom 8.11.1939]; vgl. BayObLGZ 1995, 363; *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 13 Rdnr. 50; *Hügel/Reetz*, Grundbuchordnung, 2. Aufl. 2010, § 13 Rdnr. 59; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2205 Rdnr. 91).

Demgemäß war der angegriffene Zurückweisungsbeschluss auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 aufzuheben.

(...)

11. GBO § 35 Abs. 1; BGB § 2276 Abs. 1 Satz 1; BeurkG § 34a (*Keine eidesstattliche Versicherung über Nichtrücktritt vom Erbvertrag zur Grundbuchberichtigung*)

**Bei dem zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Nachweis der Erbfolge durch öffentliche Urkunde hat das Grundbuchamt im Regelfall deren Wirksamkeit und damit die Negativtatsache der Nichtaufhebung zu unterstellen; eine eidesstattliche Versicherung des Inhalts, dass ein Rücktritt (hier: vom Erbvertrag) nicht erfolgt sei, kann das Grundbuchamt nicht verlangen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.4.2013, I-3 Wx 219/12

Die Beteiligte ist die Witwe des – am 26.2.2012 verstorbenen – eingetragenen Eigentümers.

Die Eheleute hatten am 2.8.2011 – knapp ein halbes Jahr vor dem Tod des Erblassers – einen notariellen Erbvertrag geschlossen, durch den sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten, wobei sie sich das Recht eines jederzeitigen Rücktritts vorbehielten.

Am 9.5.2012 hat die Beteiligte unter Bezugnahme auf den vorgenannten Erbvertrag die Grundbuchberichtigung beantragt.

Durch Zwischenverfügung vom 11.9.2012 hat das Grundbuchamt unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG München vom 3.11.2011, 34 Wx 272/11 = RNotZ 2012, 128 f., das Fehlen einer eidesstattlichen Versicherung, dass kein Rücktritt vom Erbvertrag erfolgt sei, beanstandet.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 17.9.2012. Sie macht geltend, die vom OLG München vertretene Ansicht sei falsch. Die vermeintliche Nachweislücke sei keine Besonderheit des Erbvertrages mit einem unbeschränkten Rücktrittsrecht. Dies führe lediglich dazu, dass der Erbvertrag dieselben Bindungswirkungen habe wie ein gemeinschaftliches Testament. Dieses könne ebenso wie jede letztwillige Verfügung widerrufen werden. Unter Anwendung der vom OLG München vertretenen Ansicht bliebe für § 35 GBO kein Anwendungsbereich mehr übrig. Hinzu komme, dass der Widerruf eines Erbvertrages der notariellen Beurkundung bedürfe und gemäß § 34a BeurkG dem Zentralen Testamentsregister mitzuteilen sei.

Das AG hat der Beschwerde durch Beschluss vom 26.9.2012 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

## II.

Die gemäß § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

1. Das AG hat die Grundbuchberichtigung zu Unrecht von der Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des Inhalts,

dass ein Rücktritt vom Erbvertrag nicht erfolgt sei, abhängig gemacht.

Nach § 35 Abs. 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Beruht aber die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, wie hier in einem Erbvertrag (vgl. § 2276 Abs. 1 Satz 1 BGB), so genügt es, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung von Todes wegen und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Das Grundbuchamt kann jedoch die Vorlegung des Erbscheins verlangen, wenn die Erbfolge durch diese Urkunden nicht als nachgewiesen erachtet wird (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO).

Dem Grundbuchamt obliegt es, die in der öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen sowohl nach ihrer äußeren Form als auch nach ihrem Inhalt zu prüfen (h. M., siehe Senat, Beschluss vom 1.6.2012, I – 3 Wx 113/12, FamRZ 13, 75 f.; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 12.1.2012, 34 Wx 501/11 = NotBZ 2012, 179, und OLG München, Beschluss vom 25.1.2012, 34 Wx 316/11). Es steht auch nicht in dessen Belieben, ob es einen Erbschein verlangen will oder ihm die in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO genannten Beweismittel genügen. Vielmehr hat das Grundbuchamt selbstständig zur Frage der Erbfolge Stellung zu nehmen, ggf. auch den Willen des Erblassers durch Auslegung zu ermitteln und Zweifel durch Anwendung des Gesetzes auf die letztwillige Verfügung zu lösen (Senat, a. a. O.).

Die inhaltliche Überprüfung der letztwilligen Verfügung muss zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Nicht nachgewiesen ist die Erbfolge, wenn tatsächliche Ermittlungen über Umstände, die sich außerhalb dieser oder anderer öffentlicher Urkunden befinden, angestellt werden müssen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO; vgl. *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39 und 40; *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 104). Das Grundbuchamt darf die Eintragung nur versagen, wenn sich nach erschöpfender rechtlicher Würdigung konkrete Zweifel ergeben. Abstrakte Zweifel oder bloße Vermutungen genügen nicht (*Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl., § 35 Rdnr. 125).

Die vom Grundbuchamt geäußerten Zweifel an der nachgewiesenen Erbfolge bestehen nicht.

Soweit das OLG München in der vom Grundbuchamt angeführten Entscheidung (vgl. OLG München, Beschluss vom 3.11.2011, 34 Wx 272/11; so auch BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 112; *Völzmann*, RNotZ 2012, 380, 385, und wohl auch BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2232 Rdnr. 21, und *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 334607; a. A. OLG München, Beschluss vom 31.5.2012, 34 Wx 15/12, DNotZ 2013, 211 f., für das Vorliegen eines etwaigen gesetzlichen Rücktrittsrechts wegen Nichterfüllung von Leistungsverpflichtungen des Bedachten, allerdings ohne klare Abgrenzung zu seiner Entscheidung 34 Wx 272/11) die Auffassung vertreten hat, ein Rücktrittsvorbehalt in einem Erbvertrag führe zu einer Lücke im Nachweis der Erbfolge, nämlich bezogen auf die Negativtatsache, dass das Recht nicht ausgeübt worden sei, folgt der Senat dem nicht (krit. auch *Braun*, MittBayNot 2012, 294 m. w. N., und 2013, 48; *Tönnies*, RNotZ 2012, 326; *Lehmann/Schulz*, ZEV 2011, 538, 539).

§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO erlaubt es, eine Erbfolge, die in einer öffentlichen Urkunde angeordnet ist, regelmäßig durch Vorlage der entsprechenden Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung nachzuweisen. Weitere Nachweise sieht diese Vorschrift nicht vor, obwohl bei der letztwilligen Verfügung die Möglichkeit besteht, dass diese nicht – mehr – gültig ist, sei es wegen der Bindungswirkung eines gemeinschaft-

lichen Testaments, eines Erbvertrages oder wegen späterer Änderung oder Aufhebung (vgl. *Braun*, MittBayNot 2012, 294 m. w. N., und *ders.*, MittBayNot 2013, 48; *Tönnies*, RNotZ 2012, 326; insbesondere auch *Lehmann/Schulz*, ZEV 2011, 538, 539). Folgerichtig hat das Grundbuchamt im Regelfall die Wirksamkeit und damit auch die Negativtatsache der Nichtaufhebung zu unterstellen. Nichts anderes kann im Ergebnis für einen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt gelten. Denn auch ein solcher Vertrag kann anders als durch Rücktritt – zum Beispiel durch einvernehmliche Aufhebung – seine Gültigkeit verlieren.

Der Regelung des § 35 GBO liegt offenbar die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, dass bei Fehlen berechtigter Zweifel zunächst einmal davon auszugehen ist, dass alle diejenigen Verfügungen und sonstigen Urkunden, die für die Erbfolge von Bedeutung sind, auch tatsächlich vom zuständigen Gericht eröffnet worden sind, unabhängig davon, ob es sich um öffentlich beglaubigte oder sonstige Verfügungen von Todes wegen, Rücktrittserklärungen etc., handelt (*Tönnies*, a. a. O.).

Will man den vom Gesetzgeber in § 35 GBO unternommenen Versuch einer Nachweiserleichterung nicht leerlaufen lassen, muss man folgerichtig beim Fehlen besonderer Anhaltspunkte von dem Funktionieren des gesetzlich vorgesehenen Eröffnungssystem ausgehen (*Tönnies*, a. a. O., unter Hinweis auf die vom OLG München ausdrücklich abgelehnte Entscheidung des LG Kleve vom 4.9.1989, MittRhNotK 1989, 273 f.).

Dies gilt auch im Falle der Negativtatsache der Nichtausübung eines im Erbvertrag vorgesehenen Rücktrittsrechts, zumal der Rücktritt einer notariellen Beurkundung bedarf und dieser aufgrund der in § 34a BeurkG normierten Mitteilungspflicht dem Zentralen Testamentsregister mitzuteilen wäre.

Die Zwischenverfügung war daher aufzuheben.

2. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.
3. Es besteht auch kein Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

12. BGB §§ 1945, 1954 Abs. 1, 2 Satz 1, § 1955 Satz 1 und 2, § 1956; FamFG §§ 26, 27 Abs. 1 und 2 (*Mitwirkungspflichten der Beteiligten in Nachlasssachen*)

**Kann das Nachlass- und Beschwerdegericht die Rechtzeitigkeit der Anfechtung der Versäumung der Erbausschlagungsfrist deshalb nicht zuverlässig beurteilen, weil der Anfechtende der ihn treffenden Mitwirkungspflicht (hier: Tatsachen für die Erlangung der Kenntnis vom Anfechtungsgrund) nicht nachgekommen ist, so ist die Anfechtungsfrist als nicht gewahrt, mithin die Anfechtung als nicht wirksam, anzusehen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.1.2013, I-3 Wx 155/12

Mit notariell beurkundetem Testament vom 9.12.2010 setzte der Erblasser zu seinem alleinigen und unbeschränkten Erben seinen Sohn, den Beteiligten zu 2, ein.

Am 18.1.2012 erklärte der Beteiligte zu 2 zur Niederschrift der Rechtsantragstelle des AG die „Anfechtung der Annahme der Erbschaft“. Hierzu führte er aus: Von seiner Berufung als testamentarischer Alleinerbe habe er seit dem Todestage seines Vaters Kenntnis. Die Annahme der Erbschaft durch Versäumung der Ausschlagungsfrist fechte er an. Ihm sei nichts über eine bestehende Ausschlagungsfrist bekannt gewesen, vielmehr sei er davon ausgegangen, dass er nicht erben werde, wenn er keine ausdrückliche Annahme erkläre. Nach dieser Anfechtung der Annahme schlage er nunmehr die Erbschaft aus jedem Berufungsgrunde aus. Der Nachlass sei überschuldet; es hätten sich jetzt verschiedene Gläubiger gemeldet, die Forde-

rungen gegen den Erblasser bei ihm – dem Beteiligten zu 2 – geltend machen wollten; die ihm bekannten Forderungen betrügen rund 45.000 €; die Einleitung eines Nachlassinsolvenzverfahrens werde er unverzüglich beantragen.

Unter dem 27.4.2012 hat der Beteiligte zu 1 beantragt, dem Beteiligten zu 2 eine Inventarfrist im Sinne des § 1994 Abs. 1 Satz 1 BGB zu setzen. Wegen der von ihm geltend gemachten Forderung gegen den Erblasser hat er sich auf eine Klageschrift vom 20.1.2012 bezogen.

Nach vorangegangener Korrespondenz hat das Nachlassgericht diesen Antrag durch die angefochtene Entscheidung zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Beteiligte zu 2 habe die Annahme der Erbschaft wirksam angefochten bzw. die Erbschaft ausgeschlagen.

Gegen diesen ihm am 25.5.2012 zugestellten Beschluss wendet sich der Beteiligte zu 1 mit seinem am 21.6.2012 bei Gericht eingegangenen Rechtsmittel, mit dem er – wie bereits zuvor gegenüber dem Nachlassgericht – die Auffassung vertritt, die vom Beteiligten zu 2 erklärte Anfechtung sei mangels Anfechtungsgrundes nicht wirksam.

Mit weiterem Beschluss vom 6.7.2012 hat das Nachlassgericht dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

Der Senat hat den Beteiligten zu 2 im Beschwerdeverfahren hinzugezogen und ihn darauf hingewiesen, es dürfte sich empfehlen, darzulegen, wann er erstmals erfahren habe, dass es für die Stellung als Erbe eine Ausschlagungsfrist gebe und deshalb seine frühere Auffassung, man erbe nicht, wenn man keine ausdrückliche Annahme erkläre, falsch gewesen sei. Der Beteiligte zu 2 hat hierauf nicht reagiert. (...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Das gemäß § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 2, § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 und 2 FamFG als befristete Beschwerde zulässige Rechtsmittel des Beteiligten zu 1, das nach der vom Nachlassgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe gemäß § 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG dem Senat zur Entscheidung angefallen ist, hat auch in der Sache Erfolg. Mit der vom Nachlassgericht gegebenen Begründung kann der Antrag des Beteiligten zu 1 nicht zurückgewiesen werden. Das Nachlassgericht wird vielmehr die weiteren Antragsvoraussetzungen zu prüfen und über den Antrag erneut zu entscheiden haben.

Die Bestimmung einer Inventarfrist durch das Nachlassgericht nach § 1994 Abs. 1 Satz 1 BGB erfordert zum einen die Glaubhaftmachung der Forderung und seiner Eigenschaft als Nachlassgläubiger durch den Antragsteller, zum anderen dessen Behauptung, der Antragsgegner sei Erbe geworden. Ob Letzteres zutrifft, hat das Nachlassgericht alsdann von Amts wegen festzustellen (statt aller *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 1994 Rdnr. 2 m. w. N.).

Hier wäre der Beteiligte zu 2 dann nicht Erbe nach dem Erblasser geworden, wenn er die Versäumung der Ausschlagungsfrist nach §§ 1956, 1954 Abs. 1 und 2 Satz 1, § 1955 Satz 1 und 2, § 1945 Abs. 1 und 2 BGB, wirksam angefochten hätte. Das lässt sich indes nicht feststellen.

Im vorliegenden Fall kommt allein eine Anfechtung wegen Inhalts- oder Erklärungsirrtums, § 119 Abs. 1 Alt. 1. und 2. BGB, näher in Betracht. Hierbei entspricht es zwar heute herrschender Meinung, dass die Anfechtung auch bei Unkenntnis vom Fristablauf des Ausschlagungsrechts zuzulassen sei, wobei es sich um Unkenntnis über das Bestehen oder den Lauf der Frist oder über die Rechtsfolge des Fristablaufs handeln könne; hingegen erfordere die Anfechtungsmöglichkeit – entgegen ältester höchstrichterlicher Rechtsprechung – nicht, dass die Unterlassung der Ausschlagung wesentlich erfolgt sei, das heißt der Erbe sein Ausschlagungsrecht und

auch das Bestehen der Frist gekannt, die Ausschlagung beabsichtigt und sie nur infolge eines Irrtums unterlassen habe (zum Meinungsstand MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 1956 Rdnr. 8 m. w. N.). Neben jenem Anfechtungsgrund ist allerdings auch das Kausalitätserfordernis des § 119 Abs. 1 BGB zu beachten. Dies verlangt in den hier in Rede stehenden Fällen die Feststellung, dass der Erbe bei Kenntnis der Sachlage (das heißt ohne den Irrtum) bei verständiger Würdigung des Falles die Willenserklärung nicht unterlassen, mithin die Ausschlagung erklärt hätte. Dabei ist eine objektive Wertung vorzunehmen, die auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlagungsfrist abstellt (MünchKommBGB/Leipold, a. a. O., Rdnr. 9 m. w. N.). Dies hat beispielsweise für den Fall einer Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns nach § 119 Abs. 2 BGB zur Konsequenz, dass diese nur in Betracht kommt, wenn der Anfechtende Kenntnis vom Fristablauf hatte und wegen eines Eigenschaftsirrturns – beispielsweise wegen Unkenntnis von Nachlassverbindlichkeiten, die zur Überschuldung des Nachlasses führen – die Ausschlagung unterließ; war demgegenüber dem Ausschlagungsberechtigten der Fristablauf nicht bewusst, kann die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns nicht eingreifen, weil dann von einer gerade aufgrund des Eigenschaftsirrturns fehlerhaften Willensbildung nicht die Rede sein kann (MünchKommBGB/Leipold, a. a. O., Rdnr. 6). Was schließlich die Anfechtungsfrist anbelangt, beginnt sie in den Fällen der Unkenntnis vom Fristablauf, wenn der Erbe Kenntnis von den die Anfechtung begründenden Umständen, also vom Lauf der Ausschlagungsfrist und deren Rechtsfolgen hatte (MünchKommBGB/Leipold, a. a. O., Rdnr. 10 m. w. N.).

Im gegebenen Fall hat sich der Beteiligte zu 2 nach diesen Grundsätzen dadurch, dass er geltend gemacht hat, über Bestehen und Lauf der Ausschlagungsfrist sowie die Rechtsfolge ihres Ablaufs in Unkenntnis gewesen zu sein, auf einen anzuerkennenden Anfechtungsgrund berufen.

Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob das Kausalitätserfordernis erfüllt ist. Denn der Beteiligte zu 2 hat sich ausdrücklich darauf berufen, ihm sei die Überschuldung des Nachlasses bekannt geworden, indem sich verschiedene Nachlassgläubiger bei ihm gemeldet hätten. Zumindest nach Aktenlage und den dort enthaltenen Schreiben von Gläubigern liegt es indes nahe, dass diese Meldungen erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist erfolgten, die nach der eigenen Erklärung des Beteiligten zu 2 mit dem Todestage des Erblassers am 3.2.2011 begann und daher mit dem 17.3.2011 endete. Hatte aber der Beteiligte zu 2 bis zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnis von den Nachlassverbindlichkeiten, fehlt eine Grundlage für die Feststellung, ohne seinen Irrtum hätte er die Ausschlagung – rechtzeitig – erklärt. Denn dann konnte ihm zum Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlagungsfrist der „Antritt“ des Erbes durchaus lohnend erscheinen.

Auf diese Erwägungen kommt es indes letztlich nicht entscheidungstragend an. Denn jedenfalls lässt sich nicht feststellen, dass die Anfechtung fristgerecht erklärt wurde. Das geht zulasten des Beteiligten zu 2. Zwar hat sich der BGH in einem Zivilprozess der Auffassung angeschlossen, den Umstand, dass ein Ausschlagungsrecht bereits durch Fristablauf weggefallen sei, habe der Gegner zu beweisen (BGH, NJW-RR 2000, 530 f. m. w. N.), und könnte diese Erwägung auch für das Anfechtungsrecht Geltung beanspruchen. Hier geht es jedoch nicht um einen zivilrechtlichen Rechtsstreit. Vielmehr ist in einem sog. Nicht-Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine antragsgemäße Entscheidung in demjenigen Falle ausgeschlossen, in dem das Nachlassgericht positiv eine bestimmte Feststellung zu treffen vermag – nämlich die

Wirksamkeit einer Ausschlagung oder einer Anfechtung der Annahme oder der Fristversäumung –, und zwar nach Ermittlungen von Amts wegen, § 26 FamFG (Staudinger/Marotzke, 2010, § 1994 Rdnr. 10 m. w. N.). Speziell im Falle einer Ausschlagung wird vertreten, das Nachlassgericht sei verpflichtet, über die Wirksamkeit dieser Ausschlagung zu befinden, und zur Bestimmung der Inventarfrist nur berechtigt, wenn es die Ausschlagung für unwirksam erachtet (BayObLG, FamRZ 1994, 264 f.; Staudinger/Marotzke, a. a. O., Rdnr. 12 m. w. N.). Für die Frage der Wirksamkeit einer Anfechtung dürfte nach dieser Ansicht nichts anderes gelten.

Im vorliegenden Fall besteht allerdings die Besonderheit, dass Nachlass- und Beschwerdegericht die Einhaltung der Anfechtungsfrist und damit die Wirksamkeit der Anfechtung abschließend deshalb nicht zuverlässig beurteilen können, weil der Beteiligte zu 2 der ihn treffenden Mitwirkungspflicht nach § 27 Abs. 1 und 2 FamFG nicht nachgekommen ist. Das muss zulasten des Beteiligten zu 2 gehen, denn anderenfalls würde es ihm ermöglicht, durch das Unterlassen gebotener Mitwirkung die Beurteilung der Wirksamkeit seiner Anfechtung (sowie der anschließenden Ausschlagung) und damit die Beurteilung seiner Erbenstellung insgesamt in der Schwebe zu halten und auf diese Weise eine Verfolgung von Nachlassgläubigerrechten im Verfahren gemäß § 1994 BGB zu unterbinden. Das kann nicht rechtens sein.

§ 27 FamFG ergänzt die Amtsermittlungspflicht nach § 26 FamFG. Der Amtsermittlungsgrundsatz enthebt die Beteiligten auch in Amtsverfahren nicht der Verpflichtung, durch eingehende Tatsachendarstellung an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken und eine gerichtliche Aufklärung zu ermöglichen. Der Umfang der Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflicht richtet sich dabei nicht nur nach der Verfahrensart, sondern auch nach den Umständen des Einzelfalles. Die Pflicht des Beteiligten erhöht sich im gleichen Maße, wie das Gericht auf dessen Mitwirkung bei der Sachaufklärung angewiesen ist, was insbesondere in solchen Fällen gilt, in denen Vorgänge aus dem persönlichen Lebensbereich des Beteiligten Gegenstand der Ermittlungen sind (OLG Köln, FGPrax 2002, 52 ff.; OLG Köln, FamRZ 1991, 117 ff.; Keidel-Sternal, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 27 Rdnr. 3). Mit anderen Worten findet die Verpflichtung des Gerichts zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts dort ihre Grenze, wo die Verfahrensbeteiligten es allein oder hauptsächlich in der Hand haben, die notwendigen Erklärungen abzugeben, um eine ihren Interessen entsprechende Entscheidung herbeizuführen (Keidel-Sternal, a. a. O., § 26 Rdnr. 21 m. w. N.).

Wann der Beteiligte zu 2 diejenigen Kenntnisse erlangte, die nach den aufgezeigten Grundsätzen die Anfechtungsfrist in Gang setzten, kann nur er dem Gericht mitteilen; Ansatzpunkte, diesbezügliche Feststellungen auf anderem Wege zu erlangen, erscheinen ohnehin eher fernliegend und lassen sich dem Akteninhalt auch nicht entnehmen. Zu diesen Darlegungen ist der Beteiligte zu 2 mit ihm am 24.7.2012 zugestelltem Schreiben des Senats vom 19.7.2012 unter Fristsetzung angehalten worden. Erklärungen hat er nicht abgegeben. Danach ist die Anfechtungsfrist von sechs Wochen ab Erlangung der Kenntnis vom Anfechtungsgrund (§ 1954 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB) als nicht gewahrt, mithin die Anfechtung insgesamt als nicht wirksam anzusehen.

Mit dieser rechtlichen Würdigung erleidet der Beteiligte zu 2 keinen nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil. Denn die Bindungswirkung des vorliegenden Senatsbeschlusses beschränkt sich – selbstverständlich – auf die Sachlage zur Zeit seines Erlasses. Sollte der Beteiligte zu 2 nunmehr die hier

vermissten Darlegungen vor dem AG nachholen und diese zu einer Einhaltung der Anfechtungsfrist führen, wäre das Nachlassgericht verfahrensrechtlich nicht gehindert, dieser neuen Sachlage Rechnung zu tragen.

(...)

### Anmerkung:

Wenn man den Sachverhalt liest, wird man die Skepsis des Gerichts, ob die Anfechtung rechtzeitig erfolgte, teilen und den Entscheidungstenor für sachgerecht, aber vielleicht auch für nicht weiter erwähnenswert halten. Von Interesse ist der Beschluss aber, weil das OLG mit seiner aus § 27 FamFG abgeleiteten Begründung Neuland betritt: Zunächst folgt es der allgemeinen Meinung, dass das Nachlassgericht von Amts wegen zu ermitteln hat, ob die Person, der auf Antrag eines Gläubigers nach § 1994 BGB eine Inventarfrist gesetzt werden soll, tatsächlich Erbe ist. Können aber im Rahmen eines Amtsermittlungsverfahrens Zweifel nicht behoben werden, enthalten die §§ 26, 27 FamFG keine eigenen prozessualen Folgen, sondern es ist auf die allgemeinen Grundsätze der objektiven Beweislast abzustellen, wonach der Antragsteller die Feststellungslast für die ihn begünstigenden Umstände des materiellen Rechts trägt.<sup>1</sup> Dementsprechend wurde bisher der Antrag auf Setzung einer Inventarfrist abgelehnt, wenn die Erbenstellung nicht aufgeklärt werden konnte.<sup>2</sup> Das OLG Düsseldorf hält sich nun aber in seiner Entscheidung nicht weiter mit den zivilprozessualen Beweisregeln auf, sondern folgert unmittelbar aus einer Wertung des § 27 FamFG, dass der anfechtende Erbe aufgrund der Verletzung seiner Mitwirkungslast so zu behandeln ist, als ob er nicht ausgeschlagen hätte. Im Unterschied zu bisher entschiedenen Fällen, bei denen der Antragsteller selbst nicht ausreichend bei der Aufklärung der notwendigen Tatsachen mitwirkte und deswegen der Antrag abgelehnt wurde,<sup>3</sup> wird damit zum ersten Mal ein anderer Verfahrensbeteiligter als der Antragsteller mit den negativen Folgen seiner Nicht-Mitwirkung „belangt“.

In dem besonderen Fall der Setzung einer Inventarfrist ist diese Entscheidung gut begründbar, denn weder der erste Erbe, der behauptet, rechtzeitig ausgeschlagen zu haben, noch der ggf. an seine Stelle tretende tatsächliche Erbe erleiden dadurch einen Rechtsnachteil. Dem vermeintlichen Erben steht es frei, vorsorglich ein Inventar zu errichten oder auf sein Risiko weiterhin den Standpunkt zu vertreten, er sei nicht Erbe geworden. Wenn sich später – ggf. auch im streitigen Zivilverfahren auf Grundlage der allgemeinen Beweislastregeln – herausstellt, dass diese Auffassung zutrifft, verliert die Inventarfrist automatisch ihre Wirkung ohne für den „Scheinerben“ oder den an seine Stelle tretenden tatsächlichen Erben weitere Folgen zu haben.

Der mit der Entscheidung veröffentlichte Leitsatz geht aber über diesen Sonderfall und auch über die Begründung des Gerichts weit hinaus und postuliert eine pauschale Rechtsfolge, die man aus der Wertung des § 27 FamFG sicherlich nicht ableiten kann. Man denke nur an einen durch einen Gläubiger gestellten Erbscheinsantrag, bei dem das Nachlassgericht einen Erben feststellen müsste, von dessen Erbstellung es weder positiv noch negativ restlos überzeugt ist, woraufhin der Erbschein – im Unterschied zur Inventarfrist – aufgrund sei-

ner Gutgläubenswirkung auch Folgen für den Nachlass des gar nicht beteiligten tatsächlichen Erben haben kann.

Zwei für die notarielle Praxis wichtigen Aspekte bestätigt der Beschluss aber auch: Zunächst lässt sich das Gericht zu Recht nicht dazu verleiten, die formgerechte Anfechtungserklärung an sich in Frage zu stellen. Nach herrschender Meinung ist die Form des § 1955 BGB schon gewahrt, wenn der Wille zur Anfechtung ausreichend zum Ausdruck kommt. Auch der Grund, auf den die Anfechtung gestützt wird, sollte angegeben sein, da ein neuer Grund nach Fristablauf nicht mehr „nachgeschoben“ werden kann.<sup>4</sup> Eine nähere Begründung zum maßgeblichen Fristablauf und zur Kausalität ist dagegen nicht erforderlich und kann jederzeit gesondert gegenüber dem Nachlassgericht dargelegt werden.

Zudem erinnert der Fall daran, dass „viel nicht immer viel hilft“. Die Aufführung gleich zweier Anfechtungsgründe – die Versäumung der nicht bekannten Ausschlagungsfrist und den Eigenschaftsirrturn aufgrund der nachträglich bekanntgewordenen Überschuldung – mag den anfechtenden Erben beruhigen, kann aber, wie das Gericht ausführt, dazu führen, dass sich die Kausalität beider Irrtümer „beißt“ und nicht mehr plausibel dargelegt werden kann.

Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

<sup>4</sup> Vgl. Palandt/Weidlich, § 1955 BGB Rdnr. 2.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. GmbHG § 7 Abs. 2 Satz 1, §§ 56a, 57 Abs. 2 (*Kapitalerhöhung durch die Erhöhung des Nennbetrags eines bereits bestehenden Geschäftsanteils*)

**Wird die Kapitalerhöhung durch die Erhöhung des Nennbetrags eines bereits bestehenden Geschäftsanteils ausgeführt, ist ein Viertel des Erhöhungsbetrags auch dann vor der Anmeldung einzuzahlen, wenn zum Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses durch Einzahlungen auf den bestehenden Geschäftsanteil der nach Aufstockung erhöhte Nennbetrag zu einem Viertel gedeckt ist.**

BGH, Beschluss vom 11.6.2013, II ZB 25/12

Die antragstellende GmbH ist im Handelsregister mit einem Stammkapital von 50.000 € eingetragen, das in voller Höhe eingezahlt ist. Inhaber des einzigen Geschäftsanteils mit einem Nennbetrag von 50.000 € ist S.

Am 12.6.2012 meldeten die Geschäftsführer der Antragstellerin eine Erhöhung des Stammkapitals um 50.000 € auf 100.000 € zur Eintragung im Handelsregister an. Die Anmeldung enthielt folgende Erklärung:

„Wir versichern, dass die Einlage auf den bisherigen einzigen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 50.000 € zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung voll eingezahlt war.“

Der Anmeldung war eine Abschrift der notariellen Niederschrift einer von dem Alleingesellschafter der Antragstellerin am 6.6.2012 vor dem Notar abgehaltenen Gesellschafterversammlung beigefügt, auf der der Gesellschafter gemäß A. 1 der Niederschrift Folgendes beschlossen hatte:

„Das Stammkapital der Gesellschaft wird von derzeit 50.000 € um 50.000 € auf 100.000 € erhöht.

<sup>1</sup> Vgl. dazu generell Bumiller/Harders, FamFG, § 27 Rdnr. 3.

<sup>2</sup> Vgl. zum Beispiel BayOblLG, FamRZ 1994, 264 f.

<sup>3</sup> Vgl. zum Beispiel zur Ablehnung eines Erbscheinsantrags OLG Frankfurt, MittBayNot 2012, 230 f.

Die Kapitalerhöhung wird durch Erhöhung des Nennbetrages des vorhandenen Geschäftsanteils i. H. v. 50.000 € um 50.000 € auf insgesamt 100.000 € gemäß § 57h Abs. 1 Alt. 2 GmbHG ausgeführt.

Zur Übernahme des Erhöhungsbetrags wird Herr S als Inhaber des aufzustockenden Geschäftsanteils zugelassen.

Der Erhöhungsbetrag ist auf Anforderung des Geschäftsführers sofort in bar (durch Überweisung auf ein Konto der Gesellschaft) einzuzahlen.

Der Erschienene erklärt hierzu, dass auf das Stammkapital i. H. v. 100.000 € und somit auch auf den einzig bestehenden Geschäftsanteil i. H. v. 100.000 € insgesamt ein Betrag von 50.000 € eingezahlt ist und somit nach seiner Auffassung nach § 56a i. V. m. § 7 Abs. 2 GmbHG nicht das Erfordernis der sofortigen Einzahlung eines Teils des Aufstockungsbetrages besteht.“

Nach Beendigung der Gesellschafterversammlung gab der Alleingesellschafter vor dem Notar die Erklärung ab, er übernehme auf das erhöhte Stammkapital einen Erhöhungsbetrag i. H. v. 50.000 € auf seinen bereits bestehenden Geschäftsanteil zu den Bedingungen des zuvor erklärten Kapitalerhöhungsbeschlusses.

Das Registergericht wies mit Zwischenverfügung vom 7.8.2012 darauf hin, dass auch bei einer Kapitalerhöhung im Wege der Aufstockung eine Anmeldung erst erfolgen dürfe, wenn mindestens ein Viertel des Aufstockungsbetrags eingezahlt worden sei. Hierzu sei in der Anmeldung der Kapitalerhöhung auch durch sämtliche Geschäftsführer die Versicherung nach § 57 Abs. 2 GmbHG abzugeben, die bislang nicht vorliege.

Die gegen die Zwischenverfügung von der Antragstellerin eingelegte Beschwerde hat das OLG zurückgewiesen, soweit die Vorlage einer den Anforderungen des § 57 Abs. 2 GmbHG genügenden Versicherung beanstandet wurde. Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Antragstellerin.

Aus den Gründen:

## II.

Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Köln, ZIP 2013, 577) ausgeführt:

Die Versicherung der beiden Geschäftsführer vom 6.6.2012 entspreche nicht den Anmeldeerfordernissen des § 57 Abs. 2 GmbHG. Es genüge bei einer Kapitalerhöhung durch Aufstockung nicht, wenn die Einzahlung auf das ursprüngliche Stammkapital einen Betrag erreiche, der mindestens ein Viertel des durch die Aufstockung erhöhten Stammkapitals ausmache. Die Verweisung des § 56a GmbHG auf § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG sei so aufzufassen, dass im Falle der Kapitalerhöhung durch Aufstockung ein Viertel des Aufstockungsbetrags eingezahlt sein müsse. Würde man dies anders sehen, führe dies zu einer Ungleichbehandlung der Kapitalerhöhung durch Bildung neuer Anteile auf der einen Seite und der Kapitalerhöhung durch Aufstockung vorhandener Anteile auf der anderen Seite. Diese Ungleichbehandlung sei nicht gerechtfertigt, weil mit der Möglichkeit der Aufstockung einer Zersplitterung der Geschäftsanteile vorgebeugt, nicht hingegen dem Übernehmer Zahlungserleichterungen bei der Kapitalerhöhung eingeräumt werden sollten.

## III.

Die gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die von den Geschäftsführern vorgelegte Versicherung nicht den Anforderungen des § 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG entspricht. Die Erklärung, dass die Einlage auf den bisherigen einzigen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 50.000 € zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung voll eingezahlt war, genügt nicht.

1. Nach dem der Anmeldung beigefügten Kapitalerhöhungsbeschluss handelt es sich trotz der Bezugnahme auf § 57h Abs. 1 Alt. 2 GmbHG nicht um eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Vielmehr soll die übernommene Einlage bar auf ein Konto der Gesellschaft gezahlt werden. Die Bezugnahme auf § 57h Abs. 1 Alt. 2 GmbHG soll ersichtlich nur zum Ausdruck bringen, dass die Barkapitalerhöhung nicht durch Bildung eines neuen Geschäftsanteils (§ 55 Abs. 3 GmbHG), sondern durch Aufstockung des bisherigen Geschäftsanteils erfolgen soll. Die Kapitalerhöhung durch Aufstockung des bisherigen Geschäftsanteils ist im Hinblick auf § 22 Abs. 4 GmbHG jedenfalls zulässig, wenn der vorhandene Geschäftsanteil voll eingezahlt ist oder noch dem Gründer zusteht (vgl. BGH, Beschluss vom 24.10.1974, II ZB 1/74, BGHZ 63, 116, 118). Das ist hier der Fall.

2. Bei einer Kapitalerhöhung findet für die Leistung der Einlagen auf das neue Stammkapital die Bestimmung des § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, nach der die Anmeldung erst erfolgen darf, wenn auf jeden Geschäftsanteil ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist, entsprechende Anwendung (§ 56a GmbHG). Nach § 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist in der Anmeldung der Kapitalerhöhung nach § 57 Abs. 1 GmbHG die Versicherung abzugeben, dass die Einlagen auf das neue Stammkapital nach § 7 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 GmbHG bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Die Versicherung des Geschäftsführers hat dahin zu lauten, dass der Betrag der Einzahlung zur freien Verfügung der Geschäftsführung für die Zwecke der Gesellschaft eingezahlt und auch in der Folge nicht an den Einleger zurückgezahlt worden ist (BGH, Versäumnisurteil vom 18.3.2002, II ZR 363/00, BGHZ 150, 197, 201).

3. Nach der entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist bei der Barkapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrags eines bereits bestehenden Geschäftsanteils ein Viertel des Erhöhungsbetrags einzuzahlen und dementsprechend ist die Bewirkung dieser Zahlung mit der Anmeldung nach § 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu versichern. Ein Viertel des Erhöhungsbetrags ist auch dann nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss und vor der Anmeldung einzuzahlen, wenn zum Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses durch Einzahlungen auf den bestehenden Geschäftsanteil der nach Aufstockung erhöhte Nennbetrag zu einem Viertel gedeckt ist (BayObLG, ZIP 1986, 707, 708; *Arnold/F. Born* in *Bork/Schäfer*, GmbHG, § 56a Rdnr. 2; *Gummert* in *Hensler/Strohn*, GesR, § 56a GmbHG Rdnr. 3; *Michalski/Hermanns*, GmbHG, 2. Aufl., § 56a Rdnr. 40; *Inhester/Diers* in *Saenger/Inhester*, GmbHG, § 56a Rdnr. 5; *MünchKommGmbHG/Lieder*, § 56a Rdnr. 7; *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl., § 56a Rdnr. 2; *Scholz/Priester*, GmbHG, 10. Aufl., § 56a Rdnr. 4; *Schnorbus* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl., § 56a Rdnr. 2; *Ulmer/Ulmer*, GmbHG, § 56a Rdnr. 6; *Wachter*, EWIR 2013, 281, 282; *Zöllner/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., § 56a Rdnr. 2; a. A. für den Fall, dass die früheren Leistungen noch ungeschmälert im Vermögen der Gesellschaft vorhanden sind *Roth* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl., § 56a Rdnr. 3; *Gersch/Herget/Marsch/Stützle*, GmbH-Reform 1980, Rdnr. 10; *Pastor/Werner*, DB 1968, 1935, 1936).

a) Die Leistungspflicht des Übernehmers knüpft – wie sich schon aus dem Wortlaut der §§ 56a, 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ergibt – an die mit der Übernahmeerklärung nach § 55 Abs. 1 GmbHG übernommene Einlagepflicht an und nicht an den erhöhten Geschäftsanteil als solchen (*Michalski/Hermanns*,

GmbHG, 2. Aufl., § 56a Rdnr. 40; MünchKommGmbHG/Lieder, § 56a Rdnr. 7; Scholz/Priester, GmbHG, 10. Aufl., § 56a Rdnr. 4; Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 56a Rdnr. 6; vgl. auch BGH, Urteil vom 26.6.2006, II ZR 43/05, BGHZ 168, 201 Rdnr. 13; a. A. Pastor/Werner, DB 1968, 1935, 1936; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, GmbH-Reform 1980, Rdnr. 10). Die Leistungspflicht hängt daher nicht davon ab, ob die Kapitalerhöhung durch die Bildung neuer Geschäftsanteile oder durch die Erhöhung des Nennbetrags bestehender Geschäftsanteile ausgeführt wird.

b) Diese Sicht entspricht dem Wesen der Kapitalerhöhung, die zu einer Erweiterung der nach der gesetzlichen Konzeption dem Schutz der Gläubiger dienenden Haftungsmasse führt. Das zur Deckung der erhöhten Kapitalziffer dienende Vermögen soll bei der Kapitalerhöhung unmittelbar der Gesellschaft zufließen und in den Entscheidungs- und Handlungsbereich des geschäftsführenden Organs gelangen (BGH, Versäumnisurteil vom 18.3.2002, II ZR 363/00, BGHZ 150, 197, 200). Ferner soll in Höhe des Mindesteinzahlungsbetrags die Leistungsfähigkeit des übernehmenden Gesellschafters nachgewiesen werden (BayObLG, ZIP 1986, 707, 708; Scholz/Priester, GmbHG, 10. Aufl., § 56a Rdnr. 4; Schoenes, NJW 1983, 373, 375). Die Einlage kann daher grundsätzlich erst nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss geleistet werden, mit dem die förmliche Übernahme üblicherweise verbunden wird (BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 210/01, BGHZ 158, 283, 285; BGH, Urteil vom 26.6.2006, II ZR 43/05, BGHZ 168, 201 Rdnr. 13). Davon macht der Senat eine Ausnahme, wenn die vorzeitige Zahlung auf die Einlage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung noch zweifelsfrei im Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Der vorher eingezahlte Betrag muss jedoch als solcher und nicht nur wertmäßig vorhanden sein (BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 210/01, BGHZ 158, 283, 285 f.; BGH, Urteil vom 26.6.2006, II ZR 43/05, BGHZ 168, 201 Rdnr. 13). Diese Voraussetzungen für eine schuldtilgende Einlageleistung sind nicht erfüllt, wenn der Erhöhungsbetrag nicht durch eine (vorzeitige) Leistung auf den durch den späteren Kapitalerhöhungsbeschluss neu gebildeten Geschäftsanteil oder bei der Kapitalerhöhung durch Aufstockung auf den Aufstockungsbetrag, sondern (lediglich) durch bereits vorhandenes – sei es auch freies – anderweitiges Gesellschaftsvermögen gedeckt wird (vgl. BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 210/01, BGHZ 158, 283, 285; a. A. Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 56a Rdnr. 3).

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist es daher ohne Belang, ob die Erklärung der Geschäftsführer dahin zu verstehen ist, dass die hier von dem Alleingesellschafter bewirkte Zahlung auf den vor dem Kapitalerhöhungsbeschluss bestehenden Geschäftsanteil der Gesellschaft weiterhin uneingeschränkt zur Verfügung steht. Mit der Zahlung auf die vor dem Kapitalerhöhungsbeschluss bestehende Einlageschuld ist diese erloschen. Die mit der Zahlung verbundene Tilgungsbestimmung, dass auf den bisherigen Geschäftsanteil gezahlt wird, könnte schon aus Gründen des Gläubigerschutzes nach Erlöschen der Einlageschuld des bestehenden Geschäftsanteils nicht mehr dahingehend geändert werden, dass ein Teil der Zahlung auf den Erhöhungsbetrag nach Aufstockung des bestehenden Geschäftsanteils angerechnet werden soll (vgl. Wachter, EWIR 2013, 281, 282).

c) Schließlich weist das Beschwerdegericht zu Recht darauf hin, dass die Ausführung der Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrags der Geschäftsanteile nicht darauf abzielt, dem Übernehmer Zahlungserleichterungen gegenüber der Kapitalerhöhung durch Bildung neuer Geschäftsanteile zu

verschaffen oder die zum Schutz der Gläubiger bestehenden Grundsätze der Kapitalaufbringung zu durchbrechen, sondern dass mit der Zulassung der Barkapitalerhöhung durch Aufstockung bestehender Geschäftsanteile lediglich der Zersplitterung der Geschäftsanteile vorgebeugt werden soll (BGH, Beschluss vom 24.10.1974, II ZB 1/74, BGHZ 63, 116, 118; Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 56a Rdnr. 6).

14. UmwG § 123 Abs. 2 Nr. 1, § 126 Abs. 1 Nrn. 2, 5, 7 und 10, § 128 (Gewährung von Anteilen bei nichtverhältnismäßiger Spaltung – Spaltung zu Null)

**Die sog. „nichtverhältnismäßige Spaltung“ schließt auch die Möglichkeit mit ein, dass ein Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft überhaupt nicht an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt wird (sog. „Spaltung zu Null“).**

OLG München, Beschluss vom 10.7.2013, 31 Wx 131/13; mitgeteilt von Margaretha Förth, Richterin am OLG München

Zur Urkunde des Notars G vom 7.11.2012 wurde ein Spaltungsvertrag zwischen der P F GmbH & Co. KG als aufnehmende Gesellschaft (= Beteiligte zu 2) und der P P GmbH & Co. KG als übertragende Gesellschaft (= Beteiligte zu 1) geschlossen. Die Beteiligte zu 3 ist Komplementärin der aufnehmenden Gesellschaft; die Beteiligte zu 4 ist Kommanditistin der aufnehmenden und übertragenden Gesellschaft.

Ziffer II. 1 des Spaltungsvertrags regelt, dass der P Verwaltung GmbH, die als Komplementärin an der übertragenden Gesellschaft beteiligt ist, keine Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft gewährt werden. Mit Zwischenverfügung vom 13.2.2013 erkannte das Registergericht unter Bezugnahme auf sein Schreiben vom 28.1.2013 ein Vollzugshindernis darin, dass diese Regelung in Widerspruch zu § 126 Abs. 1 Nr. 2 UmwG stehe. Insoweit müssten jedem Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers Anteile am übernehmenden Rechtsträger gewährt werden. Somit fehlten auch die nach § 126 Abs. 1 Ziffer 5 UmwG erforderlichen Angaben.

Hiergegen richten sich die Beschwerden der Beteiligten zu 3 und 4.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässigen Beschwerden führen zur Aufhebung der Zwischenverfügung des Registergerichts, weil die von ihm erkannten Eintragungshindernisse nicht vorliegen.

1. Grundsätzlich erfordert eine Abspaltung gemäß § 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG, dass den Anteilseignern eines übertragenden Rechtsträgers Anteile oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger gewährt werden. Insofern muss der Spaltungs- und Übernahmevertrag entsprechende Angaben enthalten (vgl. § 126 Abs. 1 Nrn. 2 und 7 UmwG). Die Anteile oder Mitgliedschaften der übernehmenden Rechtsträger müssen den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers nicht zwingend in einem Verhältnis zugeteilt werden, das ihrer Beteiligung am übertragenden Rechtsträger entspricht (sog. verhältnismäßige Abspaltung). Zulässig ist auch eine Zuteilung der Anteile bzw. Mitgliedschaften in einem Verhältnis, das ihrer Beteiligung am übertragenden Rechtsträger nicht entspricht (sog. nicht verhältnismäßige Abspaltung). Diese Möglichkeit wird in § 126 Abs. 1 Nr. 10 UmwG ausdrücklich eingeräumt (Mayer in Widmann/Mayer, UmwG, § 128 Rdnr. 29, Bearbeitungsstand 2008).

Die Meinung des Registergerichts, dass § 126 Abs. 1 Nr. 2 UmwG voraussetze, dass der übertragende Rechtsträger

jedenfalls mit einem Mindestanteil an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligt werden müsse und insofern eine sog. „zu Null-Beteiligung“ in Widerspruch zu § 128 UmwG stehe, teilt der Senat nicht. Eine solche Auslegung findet in § 128 UmwG keine Stütze. Vielmehr ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift die Möglichkeit einer sog. „zu Null-Beteiligung“. Denn wenn eine Anteilsgewährung zulässig sein soll, die nicht dem Verhältnis der bisherigen Beteiligung entspricht, schließt dies grundsätzlich auch die Möglichkeit mit ein, dass eine Anteilsgewährung „zu Null“ erfolgen kann (so bereits LG Konstanz, ZIP 1998, 1226 m. Anm. *Katschinski*). Wenngleich diese in der Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich genannt wurde, finden sich darin Hinweise auf ihre grundsätzliche Zulässigkeit. Die nichtverhältnismäßige Spaltung soll nach dem Willen des Gesetzgebers unter anderem die Auseinandersetzung von Gesellschaftergruppen und Familienstämmen im Wege der Sonderrechtsnachfolge ermöglichen (vgl. BR-Drucks. 75/94, S. 120). Eine solche Trennung zieht in der Regel eine „Spaltung zu Null“ nach sich (vgl. *Priester in Lutter*, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 128 Rdnr. 13). Dass die Zulässigkeit einer Abspaltung davon abhängt, dass der übertragende Rechtsträger zumindest einen kleinsten denkbaren Anteil an dem übernehmenden Rechtsträger erhält, wäre auch nicht sinnvoll (vgl. hierzu LG Essen, NZG 2002, 736, 737). Im Übrigen ist der Minderheitenschutz durch das Zustimmungserfordernis in § 128 UmwG gewahrt; Gläubigerinteressen sind durch §§ 22, 125 UmwG geschützt (vgl. LG Essen, a. a. O.; LG Konstanz, a. a. O.). Demgemäß ist die Zulässigkeit einer sog. Spaltung zu Null auch im Schrifttum weitgehend anerkannt (vgl. *Mayer in Widmann/Mayer*, a. a. O., Rdnr. 29; *Kallmeyer/Sickinger in Kallmeyer*, UmwG, 5. Auflage 2013, Rdnr. 4; *Priester*, a. a. O., § 128 Rdnr. 13 m. w. N.).

15. AktG § 241; GmbHG § 46 Nr. 5; BGB § 138 (*Wirksame Bestellung eines neuen GmbH-Geschäftsführers während einer laufenden „Firmenbestattung“*)

1. Die Bestellung eines neuen Geschäftsführers einer GmbH ist nicht allein deshalb nichtig, weil sie im Rahmen einer sog. „Firmenbestattung“ erfolgt.
2. Die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses einer GmbH ist in entsprechender Anwendung von § 241 AktG zu beurteilen.
3. Soweit sich die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen drittbeschützende Vorschriften (§ 241 Nr. 3 AktG) oder wegen Sittenwidrigkeit (§ 241 Nr. 4 AktG) ergeben kann, muss der Verstoß sich aus dem Inhalt des Beschlusses selbst in der Weise ergeben, dass er ihm seinem inneren Gehalt nach anhaftet.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.4.2013, 2 (7) Ss 89/12 – AK 63/12

Das AG X verurteilte den Angeklagten wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in zwei Fällen sowie wegen Bankrotts in zwei Fällen zu der Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 15 €. Auf die Berufung des Angeklagten wurde der Angeklagte mit dem angefochtenen Urteil des LG X vom Vorwurf des Bankrotts freigesprochen und wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in zwei Fällen zu der Gesamtgeldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 15 € unter Bewilligung von Zahlungserleichterungen verurteilt. Die weitergehende Berufung des Angeklagten und die Berufung der Staatsanwaltschaft wurden verworfen.

Die hiergegen form- und fristgerecht eingelegte, auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten ist nach einstimmiger Entscheidung

des Senats offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

Nach den im Berufungsurteil rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen übernahm der Angeklagte am 16.2.2006 die Geschäftsanteile sowohl der Y GmbH als auch der Dipl.-Ing. J S GmbH (im Folgenden: S GmbH), deren Sitz jeweils anschließend von Hamburg nach Freiburg – dem Wohnsitz des Angeklagten – verlegt wurde, und wurde jeweils zum Geschäftsführer bestellt. Bei der Y GmbH ging dabei die Bestellung zum Geschäftsführer der Übernahme der Geschäftsanteile voraus, während der Angeklagte bei der S GmbH zunächst die Geschäftsanteile übernahm und sich anschließend als Alleingesellschafter selbst zum Geschäftsführer stellte. Im Hinblick darauf, dass beide Gesellschaften bereits am 16.2.2006 überschuldet und zahlungsunfähig waren, hielt es das LG für naheliegend, dass jedenfalls seitens der Veräußerer die am 16.2.2006 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte dem Zweck der „Firmenbestattung“ dienten, um sich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen unterbliebener Stellung eines Insolvenzantrags und wegen Bankrotts zu entziehen. Der Angeklagte erwarb die Gesellschaften nach den getroffenen Feststellungen nicht für eigene Zwecke, sondern mutmaßlich im Auftrag eines Bekannten, der die Gesellschaften möglicherweise für strafbare Zwecke nutzen wollte. Auch nachdem der Angeklagte – bezüglich der Y GmbH am 18.1.2008, bezüglich der S GmbH am 13.12.2008 – von der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit Kenntnis hatte, stellte er in der Folge bis zur Löschung der Gesellschaften im Handelsregister, die bezüglich der Y GmbH am 17.11.2008, bezüglich der S GmbH am 14.1.2010 erfolgte, keinen Insolvenzantrag.

Aus den Gründen:

## II.

Diese Feststellungen tragen die Verurteilung wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in zwei Fällen. Näherer Erörterung bedarf dabei nur, welche Auswirkungen die von den Beteiligten mit der Veräußerung der Geschäftsanteile und der Bestellung des Angeklagten zum Geschäftsführer verfolgten Zwecke auf die Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte hatten.

1. Soweit mit der Revision geltend gemacht wird, der Angeklagte sei nicht wirksam zum Geschäftsführer der beiden Gesellschaften bestellt worden und deshalb zur Stellung von Insolvenzanträgen nicht verpflichtet gewesen, weil die Bestellung jeweils wegen des damit verfolgten Zwecks der „Firmenbestattung“ sittenwidrig und daher nichtig sei, greift dies bereits aus tatsächlichen Gründen nicht durch. Dies versagt schon deshalb, weil in den Gründen des angefochtenen Urteils eine entsprechende Absicht bei Abschluss der am 16.2.2006 vorgenommenen Rechtsgeschäfte weder in Bezug auf den Angeklagten selbst noch hinsichtlich der früheren Gesellschaftsinhaber positiv festgestellt ist.
2. Soweit die Strafkammer das Vorhandensein einer solchen Absicht hinsichtlich der früheren Gesellschaftsinhaber als naheliegend bewertet hat, war sie nicht in Anwendung des Zweifelsgrundsatzes verpflichtet, vom Bestehen einer solchen Absicht auszugehen, weil sich eine solche Annahme vorliegend nicht zugunsten des Angeklagten auswirkt.

Allerdings wird teilweise die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften angenommen, die im Rahmen einer „Firmenbestattung“ vorgenommen werden, wobei ganz überwiegend mit der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte argumentiert wird (LG Potsdam, wistra 2005, 193; AG Memmingen, Rpfleger 2004, 223; *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Anh. § 47 Rdnr. 55; *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh. § 47 Rdnr. 20; *MünchKommGmbHG/Wissmann*, 2012, § 84 Rdnr. 64; *Kilper*, Unternehmensabwicklung außerhalb der gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahren in der GmbH, 2009, S. 333-383; *Kümmel*,

wistra 2012, 165; *Ries*, Rpfleger 2004, 226; differenzierend *Wachter*, GmbHR 2004, 955).

Unter dem Begriff der „Firmenbestattung“ wird dabei im Allgemeinen die Abwicklung einer insolventen oder insolvenzgefährdeten GmbH außerhalb der dazu vorgesehenen gesetzlichen Vorschriften verstanden, die sich typischerweise durch folgendes Vorgehen auszeichnet: Die Geschäftsanteile werden – oftmals unter Einschaltung eines darauf spezialisierten Vermittlers – an einen Käufer veräußert, der zur Fortführung der Geschäfte weder geeignet noch willens ist und bei dem es sich in der Regel um eine – häufig im Ausland ansässige – vermögenslose Person oder Gesellschaft handelt. Gleichzeitig werden die bisherigen Geschäftsführer abberufen und neue Geschäftsführer (meistens der Erwerber) bestellt. Die Firma der Gesellschaft wird (wiederholt) geändert und der Sitz der Gesellschaft (mehrfach) verlegt. Die Geschäftsunterlagen werden planmäßig beiseite geschafft oder vernichtet (vgl. zum Ganzen *Wachter*, a. a. O.; *Kilper*, a. a. O., S. 7-26; *Hey/Regel*, GmbHR 2000, 115; *Hirte*, ZInsO 2003, 833).

Soweit im Vorliegenden jedenfalls eine Veräußerung der Geschäftsanteile an den Angeklagten erfolgt ist, er zum neuen Geschäftsführer bestellt wurde und der Sitz der Gesellschaften verlegt wurde, führt dies auch unter Berücksichtigung der (möglichen) Motivation der Beteiligten nicht zur Unwirksamkeit der Bestellung des Angeklagten zum Geschäftsführer.

a. Bezüglich der Y GmbH ergibt sich dies allein daraus, dass die Bestellung des Angeklagten zum neuen Geschäftsführer selbst dann nicht als nichtig anzusehen ist, wenn zu seinen Gunsten unterstellt wird, dass seitens der Veräußerer der Gesellschaft eine „Firmenbestattung“ bezweckt war.

Die Bestellung eines Geschäftsführers erfolgt nach § 46 Nr. 5 GmbHG durch einen Gesellschafterbeschluss. Die Wirksamkeit eines solchen Beschlusses beurteilt sich mangels Regelung im GmbHG nach allgemeiner Meinung in entsprechender Anwendung der Regelungen im Aktiengesetz (BGHZ 15, 382; 101, 113; *Zöllner*, a. a. O., Anh. § 47 Rdnr. 44 ff.; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 47 Rdnr. 85 ff.; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 47 Rdnr. 91 ff.; *Bayer*, a. a. O., Anh. § 47 Rdnr. 1 ff.; *MünchKommGmbHG/Wertenbruch*, a. a. O., § 47 Anh. Rdnr. 1 ff.). Nichtigkeit kann sich danach in entsprechender Anwendung von § 241 AktG insbesondere daraus ergeben, dass ein Gesellschafterbeschluss mit dem Wesen der GmbH nicht zu vereinbaren ist, durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind (§ 241 Nr. 3 AktG) oder durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt (§ 241 Nr. 4 AktG).

aa. Zur Nichtigkeit nach § 241 Nr. 3 AktG führt danach ein Verstoß gegen zwingende Vorschriften, die entweder zu den Strukturmerkmalen der GmbH zählen (*Zöllner*, a. a. O., Anh. § 47 Rdnr. 50; *Raiser* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2006, Anh. § 47 Rdnr. 53) oder jedenfalls ihrem Schwerpunkt nach den Schutz der Rechte Dritter, besonders der Gläubiger, oder öffentlicher Interessen bezwecken (vgl. *Raiser*, a. a. O., Anh. § 47 Rdnr. 51, 54; *Schmidt* in *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 45 Rdnr. 75; *Roth/Altmeppen*, a. a. O., § 47 Rdnr. 97; *Bayer*, a. a. O., Anh. § 47 Rdnr. 19).

Die Abberufung des bisherigen Geschäftsführers in Verbindung mit der Bestellung eines neuen Geschäftsführers stellt aber den vom GmbHG vorausgesetzten Regelfall dar, so dass darin kein Verstoß gegen Strukturmerkmale der GmbH gesehen werden kann (vgl. *Kilper*, a. a. O., S. 146-153).

Soweit die Vertreter einer Nichtigkeit befürwortenden Auffassung insbesondere auf die Unvereinbarkeit der „Firmenbestattung“ mit den gesetzlichen Vorschriften über das Insolvenzverfahren verweisen (vgl. *Wachter*, a. a. O.; *Kilper*, a. a. O., S. 357 f.), stellt sich zunächst die Frage, ob die letztlich nur indirekt dem Gläubigerschutz dienenden allgemeinen Vorschriften der Insolvenzordnung (so zutr. *Kilper*, a. a. O., S. 358) oder doch nur die Regelungen zur Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO als dritt- und insbesondere gläubigerschützende Vorschriften im Sinne des § 241 Nr. 3 AktG anzusehen sind. Letztlich bedarf dies aber keiner Entscheidung, weil die zweite und dritte Alternative des § 241 Nr. 3 AktG nach dem der Auslegung Grenzen setzenden Wortlaut der Bestimmung voraussetzen, dass sich der Verstoß aus dem Inhalt des Beschlusses ergeben muss und dieser daher losgelöst vom Motiv der Beschließenden und dem Zweck des Beschlusses zu beurteilen ist (*Zöllner*, a. a. O., Anh. § 47 Rdnr. 51; *Koppensteiner/Gruber*, a. a. O., § 47 Rdnr. 100). Zieht man insoweit die Rechtsprechung des BGH zur gleichgelagerten Problematik bei § 241 Nr. 4 AktG heran (dazu nachstehend), muss sich der Verstoß jedenfalls aus dem inneren Gehalt des Beschlusses ergeben, was etwa bei einer gegen § 4a GmbHG verstoßenden Verlegung des Sitzes der Gesellschaft der Fall ist (vgl. KG, GmbHR 2011, 1104), indes bei dem inhaltlich indifferenten Wechsel des Geschäftsführers zu verneinen ist.

bb. Nichtigkeit in entsprechender Anwendung von § 241 Nr. 4 AktG, der im Verhältnis zu § 138 BGB die speziellere Regelung darstellt (*Staudinger/Sack/Fischinger*, Neubearb. 2011, § 138 Rdnr. 198; *Erman/Palm/Arnold*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 138 Rdnr. 4; *Wendtland* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2012, § 138 Rdnr. 14), setzt in vergleichbarer Weise voraus, dass der Beschluss durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstoßen muss. Nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (Nachweise bei BGHZ 15, 282) musste deshalb der Inhalt des Beschlusses „für sich allein betrachtet“ sittenwidrig sein, während es auf einen unsittlichen Zweck oder Beweggrund nicht ankam. Dies ist vom BGH dahin erweitert worden, dass zur Nichtigkeit auch führt, „wenn der Beschluss seinem Wortlaut nach keine Sittenwidrigkeit beinhaltet, aber seinem inneren Gehalt nach in einer sittenwidrigen Schädigung nicht anfechtungsberechtigter Personen besteht“ (BGHZ 15, 382; ebenso OLG Dresden, NZG 1999, 1109; OLG Brandenburg, ZInsO 2005, 42) oder in unverzichtbare Rechte des Gesellschafters eingreift.

Weitere Fallgestaltungen, in denen sich die Sittenwidrigkeit aus der Verfolgung anderer Zwecke ergeben soll, sind bisher obergerichtlich nicht anerkannt worden.

Das OLG München (OLGR München 1994, 244 – Abberufung des Geschäftsführers, um ungestört vertragswidrig der GmbH Wettbewerb machen zu können), das OLG Nürnberg (NZG 2000, 700 – Abberufung des Geschäftsführers unter Verstoß gegen Treuepflichten im Konzernverbund und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz) und das OLG Hamm (Urteil vom 17.10.2007, 8 U 28/07) haben jeweils das Vorliegen nur eines unsittlichen Beweggrundes oder Zweckes für die Abberufung eines Geschäftsführers nicht als Nichtigkeitsgrund anerkannt.

Ob der Zweck der „Firmenbestattung“ die Nichtigkeit eines Geschäftsführerwechsels begründet, ist in drei strafgerichtlichen Entscheidungen des BGH (BGH, NJW 2003, 3787; BGH, NSStZ 2009, 635, und BGH, ZIP 2013, 514) ausdrücklich offengelassen worden.

Im Hinblick darauf, dass die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen nach der gesetzlichen Regelung die Ausnahme

darstellt, was für eine enge Auslegung der Nichtigkeitstatbestände spricht (vgl. *Raiser*, a. a. O., Anh. § 47 Rdnr. 33), und den Wortlaut von § 241 Nr. 4 AktG unter Berücksichtigung der dazu ergangenen zivilgerichtlichen Entscheidungen vertritt der Senat die Auffassung, dass der Wechsel des Geschäftsführers im Rahmen einer „Firmenbestattung“ nicht als nichtig bewertet werden kann, weil die Verfolgung des rechtsmissbräuchlichen Zwecks sich nicht bereits aus dem inneren Gehalt des die Abberufung des alten und die Bestellung des neuen Geschäftsführers beinhaltenden Beschlusses selbst ergibt (vgl. *Wertenbruch*, a. a. O., Anh. § 47 Rdnr. 56 f.; *Koppenstein/Gruber*, a. a. O., Rdnr. 105; *Roth/Altmeyden*, a. a. O., § 47 Rdnr. 99 f.; *Schmidt*, a. a. O., § 45 Rdnr. 76; *ders.*, AktG, 6. Aufl. 1996, § 241 Rdnr. 65; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 241 Rdnr. 24; *MünchKommAktG/ders.*, 3. Aufl. 2011, § 241 Rdnr. 24; gegen Nichtigkeit auch *Brand/Reschke*, ZIP 2010, 2134).

Gegen die Nichtigkeitswirkung sprechen auch die praktischen Auswirkungen der gegenteiligen Auffassung. Sie führt nicht nur zu dem widersinnigen Ergebnis, dass dem der Insolvenzverschleppung verdächtigten neuen Geschäftsführer die Möglichkeit eröffnet wird, sich zu seiner Verteidigung auf sittenwidriges Verhalten zu berufen. Sie beseitigt auch die Rechtsklarheit, indem sie die Feststellung der Verantwortlichkeit als Geschäftsführer, die – von den Fällen der faktischen Geschäftsführung abgesehen – an den formalen Bestellungsakt anknüpft, erheblich erschwert.

b. Soweit bezüglich der S GmbH der Bestellung des Angeklagten zum neuen Geschäftsführer die Übertragung der Geschäftsanteile vorausging, vermag auch dies der Bestellung des Angeklagten zum Geschäftsführer nicht die Wirksamkeit zu nehmen.

Dabei kann letztlich dahinstehen, ob die Übertragung der Geschäftsanteile im Hinblick auf den von dem Veräußerer möglicherweise verfolgten Zweck der „Firmenbestattung“ zugunsten des Angeklagten nach § 138 BGB als sittenwidrig und damit als nichtig anzusehen war.

Insoweit ist nämlich zu beachten, dass die an den Erwerb des Geschäftsanteils geknüpften Rechte und Pflichten auf den Erwerber im Verhältnis zur Gesellschaft auch unter den in § 16 Abs. 1 GmbHG aufgestellten Voraussetzungen übergehen, ohne dass es dafür auf die Wirksamkeit der Übertragung ankommt (BGHZ 112, 103; GmbHR 1991, 311; OLG Hamm, GmbHR 2001, 920; *Winter/Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG 2005, § 16 Rdnr. 5, 14). Nach der seinerzeit geltenden Gesetzesfassung war dies der Fall, wenn der Erwerb des Geschäftsanteils unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet wurde. Nach der Rechtsprechung des BGH (GmbHR 1991, 311) hängt es dabei von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die Vornahme der Anteilsübertragung unter Beteiligung des bisherigen (Allein-)Geschäftsführers als konkludente Anmeldung im Sinne des § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. zu bewerten ist. Im vorliegenden Fall bleibt zunächst festzuhalten, dass nach den im Urteil getroffenen Feststellungen die Veräußerung der Geschäftsanteile an der S GmbH am 16.2.2006 durch die damalige Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin erfolgte. Auch im Hinblick darauf, dass nach den Urteilsfeststellungen noch am 16.2.2006 die entsprechenden Anmeldungen zum Handelsregister veranlasst wurden, ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien eine sofortige Umsetzung der Übertragung und damit auch die Wirkung gegenüber der Gesellschaft herbeiführen wollten (vgl. BGH, GmbHR 1991, 311). Da der Angeklagte damit im Verhältnis zur Gesellschaft alle mit der Gesellschafterstellung verbundene Rechten und Pflichten erlangte (vgl.

dazu auch *Winter/Löbbe*, a. a. O., § 16 Rdnr. 27 ff.; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, a. a. O., § 16 Rdnr. 155; *Bayer*, a. a. O., § 16 Rdnr. 28), konnte er sich insoweit wirksam zum neuen Geschäftsführer bestellen.

(...)

## Internationales Privatrecht

16. EGBGB Art. 25, 26; IPRG Art. 46 (*Wahl deutschen Erbrechts durch italienische Staatsangehörige*)

**Italienische Staatsbürger, die in der Bundesrepublik Deutschland leben, können durch gemeinschaftliche notarielle Erklärung jedenfalls dann deutsches Recht für ihr unbewegliches Vermögen in der Bundesrepublik Deutschland wählen, wenn sie zuvor in italienischen formgültigen Einzeltestamenten deutsches Recht für ihren Nachlass gewählt haben.**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 28.2.2013, 20 W 437/11

Die Erblasserin ist im Jahr 1924 in Stadt 1 (Italien) geboren worden und im Mai 2007 in Stadt 1 verstorben. Sie hatte mit ihrem im Jahr 1925 ebenfalls in Stadt 1 (Italien) geborenen Ehemann, der im Mai 2008 in Stadt 2 (Deutschland) nachverstorben ist, elf Kinder, die hiesigen Beteiligten zu 1, 4-12. Die älteste Tochter des Ehepaars ist im Juli 2000 unter Hinterlassung von zwei Kindern, den Beteiligten zu 2 und 3, verstorben. Beide Eheleute hatten die italienische Staatsangehörigkeit und lebten seit Jahrzehnten in der Bundesrepublik. Die Erblasserin hat folgende letztwillige Erklärungen hinterlassen: Ein notarielles Testament vom 1.7.2000 vor dem Notar in Stadt 3 (Italien). Dort heißt es unter anderem:

„Da sich mein fester und endgültiger Wohnsitz in Deutschland befindet, wünsche ich, dass mein Nachlass vom deutschen Recht geregelt wird. (...) Mit diesem Testament möchte ich ausschließlich über meine Güter in Italien verfügen und behalte mir vor, über meine Güter in Deutschland an anderer Stelle zu verfügen.“

Der Ehemann hat ebenfalls am 1.7.2000 vor dem nämlichen Notar in einer gesonderten Urkunde in vergleichbarer Weise verfügt. Die Eheleute haben außerdem am 8.8.2001 vor dem Notar in Stadt 4 (Deutschland) eine gemeinschaftliche Erklärung unterzeichnet, dass sie für die Vererbung ihres in der Bundesrepublik Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens deutsches Recht wählen. Schließlich haben die Eheleute am 8.3.2002 ein gemeinschaftliches Testament vor dem Notar in Stadt 4 (Deutschland) errichtet. Der Beteiligte zu 1 hat als Testamentsvollstrecker für den nachverstorbenen Ehemann und Vater einen Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge nach italienischem Recht beantragt, der den Ehemann als Miterbe zu  $\frac{1}{3}$ , die Beteiligten zu 2 und 3 jeweils zu  $\frac{1}{3}$  und die Beteiligten zu 1 sowie 4-12 jeweils zu  $\frac{2}{33}$  als Miterben ausweist. Der Erbscheinsantrag wurde damit begründet, dass die Rechtswahl und das gemeinsame Testament vom 8.3.2002 unwirksam seien wegen des Verstoßes gegen das italienische Verbot von gemeinsamen bzw. gegenseitigen letztwilligen Verfügungen, wie auch das Nachlassgericht im Beschluss vom 13.8.2008 im Verfahren zur Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses nach dem Ehemann ausgeführt habe. Diese Entscheidung sei vom LG Frankfurt a. M. bestätigt worden. Durch Beschluss vom 17.9.2010 hat das AG Bad Homburg den Erbscheinsantrag mit der kurzen Begründung zurückgewiesen, die Erblasserin habe wirksam deutsches Recht gewählt, zwar nicht in dem notariellen gemeinschaftlichen Testament vom 8.8.2001, aber in dem Einzeltestament vom 1.7.2000. Gegen den am 27.9.2010 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 1 durch einen am 28.10.2010 beim AG eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Der Beteiligte zu 1 bringt vor, das italienische Testament aus dem Jahr 2000 beziehe sich lediglich auf das italienische Vermögen. Wäre die Rechtswahl aus 2000 auch für das deutsche Nachlassvermögen von Bedeutung gewesen, wäre die Rechtswahl im Jahr 2001 überflüssig gewesen. Außerdem habe der Sohn kurz vor dem Tod der Erblasserin seinen Wohnsitz nach Italien verlegt. Dessen Erb- und Pflichtteilsverzicht würde

nach italienischem Recht dessen Pflichtteilsrechte verletzen. Das AG hat am 10.2.2011 einen Nichtabhilfebefehl mit der Begründung erlassen, dass von den zur Begründung der Beschwerde angeführten Argumenten nur der Hinweis auf Art. 25 EGBGB näher in Betracht komme. Es zeige sich allerdings auch, dass auch die Anwendung von Art. 25 Abs. 2 EGBGB zur Anwendung deutschen Erbrechts beschränkt auf das im Inland belegene unbewegliche Vermögen führen würde. Nach einer weitverbreiteten Auffassung, vgl. OLG Zweibrücken, 3 W 218/01, sei die Rechtswahl regelmäßig im gesetzlich zulässigen Rahmen aufrechtzuerhalten. In jedem Fall seien die §§ 139, 2084 ff. BGB anzuwenden. Für die vollständige Unwirksamkeit der Rechtswahl könnte nur sprechen, dass bei teilweiser Aufrechterhaltung der Rechtswahl eine Nachlassspaltung eintrete und diese möglicherweise von der Erblasserin nicht gewollt gewesen sei. Die Eheleute hätten umfangreichen Grundbesitz in Italien und Deutschland gehabt. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Erblasser an der Vermeidung einer Nachlassspaltung interessiert sein sollten. Darauf dürfte es aber nicht entscheidend ankommen, weil doch vieles dafür spreche, dass deutsches Recht insgesamt kraft Rückverweisung zur Anwendung komme. Die Akten sind alsdann dem LG vorgelegt worden, wo die Weiterleitung der Sache zuständigkeitshalber an das OLG am 16.9.2011 verfügt worden ist. Der Beteiligte zu 1 bringt nunmehr vor, das Nachlassgericht verkenne, dass die Erblasserin mit ihrem italienischen Testament ausschließlich ihr italienisches Vermögen habe regeln wollen. Eine Nachlassspaltung zwischen beweglichem und unbeweglichem deutschen Vermögen würde dem Willen der Erblasserin nicht entsprechen. Der Nichtabhilfebefehl sei auch widersprüchlich, als er der Rechtswahlklausel des Testaments von 2000 nur für das deutsche unbewegliche Nachlassvermögen Wirksamkeit verleihen wolle und dennoch die Zurückweisung des Erbscheinantrags insgesamt bestätige, statt einen Fremdrechtserschein – begrenzt auf das inländische bewegliche Vermögen – zu erteilen. Die erwähnte Gesamtverweisung in Anwendung von § 4 EGBGB scheide aus. Wegen des möglichen Ablaufs der Beschwerdefrist hat die Vorsitzende beim Beteiligten zu 1 nachgefragt. Der Verfahrensbevollmächtigte hat mitgeteilt, er habe die Beschwerdeschrift bereits am 27.10.2010 vorab per Fax an das AG geschickt und hat hierzu die Kopie des Faxsenderberichts und des Ausgangsjournals vorgelegt. Eine Rückfrage des Senats beim AG hat ergeben, dass die Telefaxeingangsjournale dort nicht mehr vorliegen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die eingelegte Beschwerde ist zulässig (§§ 58 ff. FamFG). Der Senat geht aufgrund der Vorlage der Faxkopie und des Faxjournals durch den Beteiligten zu 1 davon aus, dass die Beschwerde fristgerecht eingelegt worden ist. Eine weitere Nachprüfung dieser Angabe ist nicht mehr möglich, da das Faxeingangsjournal des AG nicht mehr verfügbar ist. Die Beschwerde ist aber unbegründet. Das AG ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der beantragte Erbschein nicht erteilt werden kann, weil sich zumindest nicht die gesamte Erbnachfolge nach der Erblasserin nach den Vorschriften des italienischen Erbrechts richtet. Dabei kann für dieses Beschwerdeverfahren dahinstehen, ob für den inländischen Nachlass Nachlassspaltung eingetreten ist und sich etwa die Rechtsnachfolge in den beweglichen inländischen Nachlass nach der im italienischen Recht vorgesehenen gesetzlichen Erbfolge richtet, denn ein so beschränkter Erbschein ist beim AG nicht beantragt worden. Ein solcher Antrag könnte in der Beschwerdeinstanz auch nicht nachgeholt werden. Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen grundsätzlich nach dem Heimatrecht des Erblassers, dies wäre hier das italienische Recht einschließlich des italienischen Kollisionsrechts, da die Erblasserin italienische Staatsangehörige war. Ob das damit berufene italienische Recht einschließlich seines Internationalen Privatrechts eine Rückverweisung auf das Belegenheits- oder Wohnsitzrecht enthält, bedarf im Rahmen dieses Erbscheinerteilungsverfahrens keiner abschließenden Nachprüfung. Nach dem italienischen Internationalen Privatrecht (IPRG) kann der

Erblasser jedenfalls für die Erbrechtsnachfolge in sein gesamtes Vermögen durch in der Form eines Testaments ausgedrückte Anordnung das Recht des Staates seines gewöhnlichen Aufenthalts wählen. Die Rechtswahl ist allerdings unwirksam, wenn der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes in jenem Staat keinen gewöhnlichen Aufenthalt mehr hatte (Art. 49 Ziffer 2 IPRG; *Staudinger/Dörner*, Neubearb. 2007, Anlage zu Art. 25 und 26 EGBGB Rdnr. 349). Die Rechtswahl nach italienischem Recht unterstellt grundsätzlich den gesamten Nachlass dem gewählten Recht (*Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, Italien Grdz. C I Rdnr. 12). Das deutsche Recht nimmt die Rechtswahl eines italienischen Staatsangehörigen als Rückverweisung an (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB; *Siß*, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Italien Rdnr. 9). Mit dem AG ist der Senat der Auffassung, dass die Erblasserin in ihrem vor dem italienischen Notar errichteten Testament vom 1.7.2000 das deutsche Recht als ihren Nachlass bestimmend gewählt hat. Die Rechtswahl ist in dem Testament den übrigen Verfügungen über den italienischen Besitz vorangestellt, so dass das italienische Testament zweierlei enthält: Erstens eine Rechtswahl und zweitens letztwillige Regelungen hinsichtlich des Besitzes in Italien. Aus der Beschränkung, dass die Erblasserin in dem Testament Regelungen nur für ihren italienischen Besitz getroffen hat, kann nicht gefolgert werden, sie habe entgegen dem Wortlaut ihrer Erklärung für ihren Nachlass keine Rechtswahl treffen wollen. Dem Wortlaut nach hat die Erblasserin hinsichtlich der Rechtswahl keine Einschränkungen hinsichtlich ihres deutschen und ihres italienischen Vermögens gemacht. Es kann indessen für die hier nur beantragte Erbscheinserteilung, nämlich Miterbschaft des Ehemannes und der Abkömmlinge auf der Basis der gesetzlichen Erbfolge nach italienischem Recht, dahinstehen, ob die Erblasserin dementsprechend auch das italienische Vermögen dem deutschen Erbrecht unterstellen wollte. Die Einschätzung des Beteiligten zu 1, die Erblasserin habe keine Nachlassspaltung gewollt, ist nicht geeignet, die in dem italienischen Testament getroffene Rechtswahl ungeschehen zu machen. Die Nachlassspaltung ist zudem die notwendige Folge einer nach deutschem Internationalen Privatrecht (Art. 25 Abs. 2 EGBGB) ausgeübten Rechtswahl, wie die Erblasserin sie im Jahr darauf vor dem deutschen Notar (nochmals) ausgeübt hat und auf die noch einzugehen sein wird. Es wird deshalb italienischen Staatsangehörigen sogar empfohlen, zur Vermeidung von Nachlassspaltung nicht nur nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB eine Rechtswahl zu treffen, sondern von der Rechtswahlmöglichkeit des Art. 46 Abs. 2 IPRG Gebrauch zu machen (*Siß*, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Italien Rdnr. 8). Vorliegend greift nicht nur die Rechtswahl in dem italienischen Testament ein, sondern auch die den Anwendungsbereich des deutschen Rechts ausdehnende – oben schon angesprochene – Ausnahmenvorschrift des Art. 25 Abs. 2 EGBGB. Danach hat ein ausländischer Erblasser die Möglichkeit, sein in der Bundesrepublik Deutschland gelegenes unbewegliches Vermögen gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB dem deutschen Erbstatut zu unterstellen. Eine solche Rechtswahl hat die Erblasserin zusammen mit ihrem Ehemann jedenfalls in der notariellen Urkunde vom 8.8.2001 vorgenommen. Eine Erklärung, ob sie die Rechtswahl in der Urkunde vom 8.8.2001 nur sicherheitshalber wiederholt haben, ob sie der oben genannten Empfehlung gefolgt sind oder warum sie ansonsten eine Rechtswahlerklärung in Italien und in der Bundesrepublik abgegeben haben, haben weder die Erblasserin noch ihr Ehemann abgegeben. Beide haben aber zusammen durch notarielle Erklärung vom 8.8.2001 bestimmt, dass für die Vererbung ihres in der Bundesrepublik Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens das deutsche Recht gelten solle. Die Rechtswahl

selbst ist ein einseitiges Gestaltungsrecht, das in Form einer letztwilligen Verfügung ausgeübt wird. Für die Beurteilung der Formwirksamkeit der Rechtswahl ist das deutsche Erbstatut, also die Ortsform maßgeblich, denn die Erblasserin und ihr Ehemann haben beide hier gelebt und hier auch die Rechtswahl ausgeübt (Art. 26 Abs. 1 Ziffer 2, Abs. 3 EGBGB; Haager Testamentsformübereinkommen vom 5.10.1961 [BGBl 1965 II, S. 1145], abgedruckt bei *Palandt/Thorn*, Anh. zu Art. 26 EGBGB; vgl. auch Hanseatisches OLG, Beschluss vom 13.1.2003, 2 Wx 4/00 m. w. N.; OLG Frankfurt, 4 U 211/10, Urteil vom 18.5.2011; *Riering*, Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht, ZEV 1995, 404, 405 m. w. N.). Nach deutschem Recht ist die Rechtswahl von beiden Ehegatten nach den Vorschriften über letztwillige Verfügungen formgültig erklärt worden (§§ 2265, 2231 Nr. 1 BGB). Es braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden, ob das Verbot gemeinschaftlicher Testamente im italienischen Recht eine Formvorschrift ist oder ob es materiellrechtlichen Charakter besitzt. Nach der Ansicht, die sich nur auf die Ortsform bezieht, wirkt sich das Verbot gemeinschaftlicher Testierung auf die nach deutschem Recht gültige Form bei der Rechtswahl nicht aus (*Staudinger/Dörner*, Neubearb. 2007, Art. 26 EGBGB Rdnr. 52 m. w. N.). Selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgen wollte, so kann hier doch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die gemeinschaftliche Erklärung erst dann abgegeben wurde, nachdem beide Ehegatten jeweils letztwillig in den beiden italienischen Einzeltestamenten die Geltung deutschen Rechts gewählt haben, ein gemeinschaftliches Testament durch die bereits bestehende Rechtswahl also bereits zulässig war. Mithin sind keine Gründe ersichtlich, dass die Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB formunwirksam sein und die italienische gesetzliche Erbfolge stattdessen Platz greifen könnte. Wie sich im Einzelnen der im italienischen Recht nicht anerkannte Erb- und Pflichtteilsverzicht des wieder nach Italien zurückgekehrten Sohnes auswirkt, insbesondere welche Ausgleichsrechte der Sohn nach italienischem Recht hat, ist im Zusammenhang mit dem Erbscheinsantrag nicht zu prüfen. Die Rechtswahl und der Erb- und Pflichtteilsverzicht sind beide am 8.8.2001 notariell beurkundet worden. Damals wohnte der Sohn noch in Deutschland. Art. 46 Ziffer 2 IPRG sieht aber nur vor, dass im Fall der Rechtsnachfolge nach einem italienischen Staatsangehörigen die nach italienischem Recht bestehenden Rechte von Pflichtteilsberechtigten, die im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Italien haben, von der Rechtswahl unberührt bleiben. Auf die Rechtswahl insgesamt hat diese Vorschrift danach keinen Einfluss, schon gar nicht soweit es sich um das deutsche unbewegliche Vermögen handelt (vgl. zum Noterbrecht bzw. den Pflichtteilsrechten auch *Siß*, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Italien Rdnr. 12; *Ebenroth/Kleiser*, Das Internationale Erbrecht in Italien und seine Reform, RIW 1993, 353 ff., 357). Die die Testamentsvollstreckung nach dem verstorbenen Ehemann betreffende Entscheidung des LG Frankfurt a. M. vom 6.4.2009, mit der die Beschwerde gegen den Beschluss des AG Bad Homburg zurückgewiesen worden ist, steht nicht im Widerspruch zu dieser Entscheidung, denn das LG hat es dort ausdrücklich dahinstehen lassen, ob das gemeinschaftliche Testament der Eheleute vom 8.3.2002 wirksam ist oder das spätere Testament des Ehemannes vom 14.7.2007. (...)

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. InsO § 135 Abs. 1, 2; EGInsO Art. 103d Satz 2; GmbHG a. F. §§ 32a, 32b (*Objektive Gläubigerbenachteiligung bei Rückgewährung eines Darlehens eines Gesellschafters*)

- Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherzustellen, entfällt die mit der Rückgewährung eingetretene objektive Gläubigerbenachteiligung; erfolgt die Rückzahlung auf ein im Soll geführtes Konto der Gesellschaft bei einer Bank, für das der Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hat oder als Bürge haftet, kann die Rückführung des Saldos gemäß § 135 Abs. 2 InsO anfechtbar sein.**
- Führt die Gesellschaft durch die Zahlung des Gesellschafters auf das debitorische Konto das besicherte Drittdarlehen nur teilweise zurück und kann der Gesellschafter weiterhin aus der von ihm bestellten Sicherheit von der Bank in Anspruch genommen werden, darf die Summe aus dem Anfechtungsanspruch nach § 135 Abs. 2 InsO und der fortbestehenden Verpflichtung des Gesellschafters aus der Sicherheit den Höchstbetrag der eingegangenen Sicherheitsverpflichtungen des Gesellschafters nicht übersteigen.**
- Die vormaligen Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG a. F. sind im Sinne der Übergangsvorschrift zum MoMiG als Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen anzusehen.**

BGH, Versäumnisurteil vom 4.7.2013, IX ZR 229/12

Der Kläger ist Verwalter in dem am 5.3.2009 beantragten und am 24.4.2009 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der G GmbH (fortan: Schuldnerin). Der Beklagte war zu 50 % deren Gesellschafter sowie deren Geschäftsführer.

Die Schuldnerin erwirtschaftete 2003 bis 2007 fortlaufend durch Eigenkapital nicht gedeckte Fehlbeträge von jeweils über 700.000 €. Der Beklagte gewährte der Schuldnerin fortlaufend Darlehen. Im Zeitraum vom 23.5.2008 bis 5.2.2009 zahlte die Schuldnerin in dreizehn Teilbeträgen insgesamt 55.000 € an den Beklagten zur Begleichung seiner Darlehensforderungen. Die Zahlungen erfolgten von einem bis höchstens zur eingeräumten Kreditlinie von 140.000 € ständig im Soll stehenden, im Kontokorrent geführten Konto der Schuldnerin bei der C.

Im Zeitraum vom 5.9.2008 bis 9.2.2009 zahlte demgegenüber der Beklagte an die Schuldnerin auf dasselbe Konto insgesamt 75.500 €. Für das Konto hatte der Beklagte gegenüber der Bank eine Bürgschaft bis zum Betrag von 40.000 € übernommen sowie ein eigenes Wertpapierdepot bis zu einer Höhe von 100.000 € verpfändet. Der Kläger hat ursprünglich die Erstattung der an den Beklagten erfolgten Darlehensrückzahlungen i. H. v. 55.000 € zur Masse begehrt. Zuletzt hat er seinen unveränderten Zahlungsantrag auch auf die Zahlungen des Beklagten an die Schuldnerin i. H. v. 75.500 € gestützt.

Der Kläger behauptet, die Schuldnerin habe sich im Zeitraum der streitbefangenen Hin- und Herzahlungen in der Krise befunden. Der Beklagte behauptet, seine Zahlungen in Höhe von insgesamt 75.500 € seien erfolgt, weil ihm sein Steuerberater gesagt habe, dass die an ihn erfolgten Darlehensrückzahlungen anfechtbar sein könnten. Deshalb habe er 75.500 € zurückgezahlt.

Das LG hat der Klage in voller Höhe stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG zur Zahlung von 17.000 € nebst Zinsen verurteilt, die Klage im Übrigen abgewiesen und die Revision zugelassen.

*Aus den Gründen:*

Da der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten war, ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht aber nicht auf der Säumnis, sondern auf einer umfassenden Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4.4.1962, V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82; BGH, Urteil vom 10.1.2013, IX ZR 172/11, WM 2013, 471 Rdnr. 4).

Danach ist die Revision begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist. Jedoch kann mangels Spruchreife nicht in der Sache selbst entschieden werden.

## I.

Das Berufungsgericht hat gemeint, die Darlehen des Beklagten an die Schuldnerin hätten eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt. Die Schuldnerin habe sich im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts in der Krise befunden, auch wenn man die Darlehensansprüche der Gesellschafter wegen Rangrücktritts unberücksichtigt lasse.

Die Auszahlungen der Gesellschaft an den Beklagten seien nach altem wie neuem Insolvenzrecht anfechtbar. Für die Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 23.10.2008 (BGBl I, S. 2026; MoMiG) folge dies aus § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO. Hinsichtlich der früheren Zahlungen folge die Anfechtbarkeit aus den Rechtsprechungs- und Novellenregeln. Hiergegen wende sich der Beklagte auch nicht. Vielmehr wende er ein, dass er die Schuld durch seine Zahlungen von 75.500 € mehr als getilgt habe, während der Kläger diese Darlehen als neuerliche eigenkapitalersetzende Darlehen ansehe. Dies könne dahingestellt bleiben. Denn gegen den Beklagten bestehe wegen seiner erneuten Zahlungen ein Anspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO. Es sei unstreitig, dass der Beklagte für das Konto bei der C eine Bürgschaft bestellt und ein Wertpapierdepot bis zu einem Betrag von 100.000 € verpfändet gehabt habe. Durch die Einzahlungen des Beklagten auf das Konto sei der Beklagte von seiner Sicherheitenverpflichtung befreit worden. Für die Zeit vor Inkrafttreten des MoMiG gelte dasselbe gemäß § 32b GmbHG a. F.

Der Anspruch des Klägers richte sich indessen nicht auf den Gesamtbetrag derjenigen Auszahlungen, welche die Schuldnerin an den Beklagten vorgenommen habe. Hierdurch habe sich die Bürgschaftslast des Beklagten erhöht, während durch die Rückzahlungen des Beklagten sich die Bürgschaftslast reduziert hätte. Auf diesen Fall seien die zu § 135 Abs. 1 InsO entwickelten Regeln zum Cash-Pooling anwendbar. Der Beklagte habe das Konto der Gesellschaft bei der C wie ein Kontokorrent behandelt, also je nach Bedarf bzw. Leistungsfähigkeit dort Beträge abgerufen oder einbezahlt. Die Hin- und Herzahlungen stellten sich der Sache nach als Ausreichungen und Rückzahlungen kurzfristiger Überbrückungskredite dar. Deshalb sei nicht auf den Durchschnittssaldo abzustellen, sondern auf die Differenz zwischen dem Höchstbetrag und dem Endstand. Da der Saldo zulasten des Beklagten vom 5.12.2008 den Höchststand mit 54.500 € erreicht habe, während der Saldo am 9.2.2009 37.500 € betragen habe, sei die Differenz i. H. v. 17.000 € anfechtbar.

## II.

Die Revision meint, der Anfechtung unterlägen auch, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt habe, gemäß § 135 Abs. 2 InsO sämtliche Zahlungen des Beklagten auf das Konto i. H. v. 75.500 €, weshalb sich der Kläger die entsprechende Klageerhöhung vorbehalten habe. Ohnehin seien die Zahlungen der Schuldnerin an den Beklagten anfechtbar. Die

vom Berufungsgericht vorgenommene Saldierung greife nicht durch. Im Insolvenzanfechtungsrecht sei jede Rechts-handlung für sich auf ihre Anfechtbarkeit hin zu prüfen. Zwar könnten auf § 135 Abs. 1 und 2 InsO die Grundsätze der kurzfristigen Überbrückungskredite anwendbar sein. Solche lägen jedoch hier nicht vor. Das ergebe sich hinsichtlich der Zahlungen der Gesellschaft schon aus der Natur der Sache. Bei den Zahlungen des Beklagten sei weder festgestellt noch ersichtlich, dass mit einer kurzfristigen Rückzahlung objektiv habe gerechnet werden können. Im Gegenteil habe der Beklagte behauptet, dies sei die Rückgewähr von Zahlungen der Schuldnerin im Hinblick auf ein drohendes Insolvenzverfahren gewesen. Rückzahlungen hätten zudem nicht an die Schuldnerin, sondern nach Eröffnung an den Insolvenzverwalter geleistet werden müssen. Periodische Verrechnungen hätten nicht stattgefunden. Von einem Cash-Pool könne keine Rede sein.

## III.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Zutreffend hat allerdings das Berufungsgericht auch einen Erstattungsanspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO erwogen. Dem Streit der Parteien über den Rechtsgrund der von dem Beklagten an die Schuldnerin geleisteten Zahlungen ist der Kläger dadurch begegnet, dass er seinen Klageantrag auch auf die Zahlungen des Beklagten an die Schuldnerin gestützt und sich insoweit die Behauptung des Beklagten zu eigen gemacht hat, es habe sich um Rückzahlungen der an ihn erfolgten Darlehensrückzahlungen gehandelt (vgl. BGH, Urteil vom 15.12.1993, VIII ZR 197/92, NJW-RR 1994, 1405 f. m. w. N.). Zum Streitgegenstand gehören deshalb auch die Zahlungen des Beklagten an die Schuldnerin. Auch auf diese ist die rechtliche Prüfung zu erstrecken.

2. Ob der Kläger sein Rechtsschutzziel durch einen Erstattungsanspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO verwirklichen kann, lässt sich derzeit nicht abschließend beantworten. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Erstattungsanspruch bestehe nur i. H. v. 17.000 €, begegnet auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen durchgreifenden Bedenken.

a) Mit Recht hat allerdings das Berufungsgericht angenommen, die Rückführung des Kontokorrentkredits infolge der Zahlungen des Beklagten auf das im Soll geführte Konto bei der C beruhe auf einer von § 135 Abs. 2 InsO vorausgesetzten Rechtshandlung der Schuldnerin. Der Begriff der Rechtshandlung ist weit auszulegen. Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das eine rechtliche Wirkung auslöst (BGH, Urteil vom 5.2.2004, IX ZR 473/00, WM 2004, 932, 933; BGH, Urteil vom 12.2.2004, IX ZR 98/03, NJW 2004, 1660 f.; BGH, Urteil vom 9.7.2009, IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 Rdnr. 21).

Die Zahlungen des Beklagten auf das Konto der Schuldnerin erfolgten zwar zur Rückführung der Darlehenstilgungen. Tätig wurde der Beklagte in eigener Sache als Gesellschafter und nicht als Geschäftsführer der Schuldnerin. Dass es durch die Einzahlungen des Beklagten auf das im Soll geführte Konto infolge Verrechnung zu einer Rückführung des Kontokorrentkredits kam, beruhte jedoch (auch) auf der zwischen der Schuldnerin und der C getroffenen Kontokorrentabrede (vgl. hierzu *Bunte* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 12 Rdnr. 4 f.). Die Kontokorrentabrede ist demnach die Rechtshandlung im Sinne des § 135 Abs. 2 InsO.

b) Einem Anspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO steht bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung auch nicht entgegen, dass der Beklagte die Rückzahlungen auf das im Soll geführte Konto aus seinem Vermögen vorgenommen hat. Allerdings darf es einem Gesellschafter, der für die Gesellschaft ein Drittdarlehen besichert, anfechtungsrechtlich regelmäßig nicht zum Nachteil gereichen, wenn er das Darlehen aus eigenen Mitteln zurückführt und damit das im Verhältnis zur Gesellschaft Versprochene erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 26.3.2007, II ZR 310/05, WM 2007, 973 Rdnr. 13). Anders liegt der Fall, wenn der Gesellschafter die zur Rückführung des Drittdarlehens erforderlichen Leistungen zwar aus seinem eigenen Vermögen erbringt, damit aber zugleich einen (anderen) gegen ihn gerichteten Anspruch der Gesellschaft erfüllt (BGH, Urteil vom 14.3.2005, II ZR 129/03, WM 2005, 695, 696).

Im Streitfall hat der Beklagte durch die Zahlungen an die Schuldnerin zwar keinen gegen ihn gerichteten Rückgewähranspruch aus § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO erfüllt. Sämtliche Zahlungen erfolgten noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ein etwaiger Rückgewähranspruch entstand erst mit Verfahrenseröffnung (vgl. BGH, Urteil vom 1.2.2007, IX ZR 96/04, BGHZ 171, 38 Rdnr. 20 m. w. N.; st. Rspr.). Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ist jedoch die mit der Wiederherstellung der ursprünglichen Vermögenslage einhergehende Verhinderung der Entstehung eines Anspruchs anfechtungsrechtlich dessen Erfüllung gleichzustellen. Dem Gesellschafter muss es verwehrt sein, durch ein und dieselbe Zahlung zugleich die Entstehung eines gegen ihn gerichteten Rückgewähranspruchs zu verhindern und sich von einer für ein Drittdarlehen bestellten Sicherheit zu befreien. Er kann insoweit durch die vorweggenommene Befriedigung des Rückgewähranspruchs nicht besser stehen, als wenn er diesen erst nach dessen Entstehung erfüllt hätte. Dann aber hätte die Sicherheit fortbestanden und wäre gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 a. E. InsO in voller Höhe als einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechender Vorgang zu behandeln gewesen.

c) Durchgreifenden Bedenken begegnet indes die Ansicht des Berufungsgerichts, der dem Kläger zuerkannte Erstattungsanspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO bestehe nur i. H. v. 17.000 €. Die vom Berufungsgericht bislang getroffenen tatsächlichen Feststellungen lassen eine derartige Beschränkung des Anspruchs der Höhe nach nicht zu. Das Berufungsgericht trägt Sinn und Zweck des Anfechtungsstatbestands des § 135 Abs. 2 InsO nicht hinreichend Rechnung.

aa) Der durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl I, S. 2026) neugeschaffene § 135 Abs. 2 InsO übernimmt rechtsformneutral die bisher in § 32b GmbHG enthaltene Regelung (BT-Drucks. 16/6140, S. 57). Der Erstattungsanspruch aus § 32b GmbHG, bei dem es sich der Sache nach um einen Anfechtungsstatbestand handelte (BT-Drucks., a. a. O.), beruhte auf folgenden Erwägungen: Zahlte der Gesellschafter selbst aufgrund der Sicherheiten an den Gläubiger, konnte er gegen die Gesellschaft keinen Rückgriff nehmen. Diese Lage durfte sich für ihn nicht verbessern, wenn die Gesellschaft von sich aus den Gläubiger befriedigte und dadurch den Gesellschafter von seiner Verpflichtung aus der Sicherheit befreite; ggf. musste er der Gesellschaft den gleichsam für ihn verauslagten Betrag erstatten. Führte die Zahlung der Gesellschaft nicht zur Befreiung des Gesellschafters von der bestellten Sicherheit, bestand dagegen kein Grund, den Gesellschafter zur Erstattung zu verpflichten. Die eine kapitalersetzende Leistung darstellende Sicherheit

durfte nicht durch den Erstattungsanspruch der Gesellschaft nach § 32b GmbHG erhöht werden (BGH, Urteil vom 2.4.1990, II ZR 149/89, NJW 1990, 2260, 2261; BGH, Urteil vom 2.6.1997, II ZR 211/95, NJW 1997, 3171, 3172; BGH, Urteil vom 23.2.2004, II ZR 207/01, WM 2004, 1075, 1078).

Diese Erwägungen gelten entsprechend auch für die Neuregelung in § 135 Abs. 2 InsO. Im maßgeblichen Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter (vgl. *Preuß* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 2013, § 135 Rdnr. 30; *K. Schmidt*, BB 2008, 1966, 1969 f.) verspricht Letzterer, für die besicherten Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe der übernommenen Sicherheit einzustehen. Wird er durch den Gläubiger der Gesellschaft aus der Sicherheit in Anspruch genommen, unterliegt sein Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (BGH, Urteil vom 1.12.2011, IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 Rdnr. 9).

Das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestimmt und begrenzt den Anspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO; dieser kann nicht über das hinausgehen, was der Gesellschafter aus der übernommenen Sicherheit geschuldet hätte. Dies regelt § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO nur unvollständig. Nicht allein die Verpflichtung des Gesellschafters aus § 143 Abs. 3 Satz 1 InsO ist auf die Höhe der Bürgschaft bzw. den Wert der Sicherheit begrenzt, sondern die Eintrittspflicht des Gesellschafters insgesamt. Führt die Gesellschaft das besicherte Drittdarlehen nur teilweise zurück und kann es deshalb weiterhin zur Inanspruchnahme des Gesellschafters durch den Gläubiger der Gesellschaft kommen, darf die Summe aus dem Anspruch gemäß § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO und der fortbestehenden Verpflichtung des Gesellschafters aus der Sicherheit dessen ohne die teilweise Rückführung des Darlehens bestehende Verpflichtung nicht überschreiten (HK-InsO/*Kreft*, 6. Aufl., § 143 Rdnr. 38; *Jacoby* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 2011, § 143 Rdnr. 80 f.; *Graf-Schlicker/Neußner*, InsO, 3. Aufl., § 143 Rdnr. 31).

bb) Ob und ggf. in welcher Höhe ein Anspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO besteht, kann demnach im Falle einer nur teilweisen Rückführung des besicherten Drittdarlehens durch die Gesellschaft und einer der Höhe nach beschränkten Sicherheit nur beantwortet werden, wenn Feststellungen dazu getroffen sind, in welcher Höhe der Gesellschafter dem Gläubiger aus der Sicherheit weiterhin verpflichtet geblieben ist (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23.2.2004, a. a. O.). An derartigen Feststellungen fehlt es, sie werden nachzuholen sein.

d) Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die Zahlungen, die der Beklagte vor dem 1.11.2008 an die Schuldnerin geleistet hat. Auch insoweit bestimmt sich die Rechtslage nach den seit dem 1.11.2008 geltenden Vorschriften. Gemäß Art. 103d Satz 2 EGIInsO sind auf vor dem 1.11.2008 vorgenommene Rechtshandlungen die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen nur dann anzuwenden, soweit die Rechtshandlungen nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

aa) Der nach Art. 103d Satz 2 EGIInsO maßgebliche Zeitpunkt der Rechtshandlung ist gemäß § 140 InsO zu bestimmen (vgl. HK-InsO/*Kreft*, 6. Aufl., Art. 106 EGIInsO Rdnr. 7). Danach ist im Streitfall nicht der Zeitpunkt der Kontokorrentabrede maßgeblich, sondern der Eintritt der Verrechnungslage mit Eingang der jeweiligen Rückzahlung auf dem Konto bei der Bank (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2008, IX ZR 144/05,

NZI 2008, 539 Rdnr. 12 m. w. N.). Vor dem 1.11.2008 sind auf dem Konto die Rückzahlungen vom 18., 22. und 23.9.2008 in Höhe von insgesamt 56.500 € eingegangen (vgl. Anlage 1 zum Schriftsatz des Beklagten vom 20.10.2010). Diese Rückzahlungen wären von dem Beklagten gemäß § 32b GmbHG a. F. in gleichem Umfang zu erstatten wie nach § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO. Unter Berücksichtigung der Feststellungen des Berufungsgerichts wurden die von dem Beklagten bestellten Sicherheiten in der Krise begeben bzw. stehen gelassen.

bb) § 32b GmbHG a. F. ist auch eine Vorschrift der Insolvenzordnung im Sinne des Art. 103d Satz 2 EGInsO. Die Novellenregeln, zu denen auch der Anspruch aus § 32b GmbHG a. F. rechnet, waren insolvenzrechtlicher Natur (BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 185/10, ZIP 2011, 1775 Rdnr. 27 ff.). Der Anspruch aus § 32b GmbHG a. F. war der Sache nach ein Anfechtungstatbestand des Insolvenzrechts (BT-Drucks. 16/6140, S. 57). Die vormaligen Novellenregeln müssen deshalb im Sinne des Art. 103d Satz 2 EGInsO als Vorschriften der Insolvenzordnung alten Rechts verstanden werden. Art. 103d Satz 2 EGInsO ist insoweit offensichtlich unvollständig formuliert.

#### IV.

Das angefochtene Urteil kann folglich keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist. In diesem Umfang ist es aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Unter Zugrundelegung der rechtlichen Beurteilung, die zur Aufhebung geführt hat, wird das Berufungsgericht nunmehr Feststellungen dazu zu treffen haben, in welcher Höhe der Beklagte von der Bank aus den von ihm bestellten Sicherheiten in Anspruch genommen worden ist oder weiterhin haftet (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23.2.2004, II ZR 207/01, WM 2004, 1075, 1078).

1. Sollte der Kläger mit seinem Klageantrag danach weiterhin nicht vollständig durchdringen, wird das Berufungsgericht zunächst einen Rückgewähranspruch aus § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO auf der Grundlage des streitigen Vorbringens zu prüfen haben. Diesbezüglich weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Nach dieser Bestimmung ist auch die Tilgung kurzfristiger Überbrückungskredite, die ein Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin gewährt, anfechtbar. Der Gesetzgeber hat in dem in § 135 InsO in Bezug genommenen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Fassung von Art. 9 Nr. 5 MoMiG bewusst auf das Merkmal kapitalersetzend verzichtet und verweist jedes Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz in den Nachrang (BT-Drucks. 16/6140, S. 56). Dasselbe gilt für § 135 InsO. Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen sind innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO stets anfechtbar (BT-Drucks. 16/6140, S. 57). Die Anfechtung beschränkt sich nicht mehr auf solche Fälle, in denen zurückbezahlte Gesellschaftsdarlehen eigenkapitalersetzend waren. Deshalb werden nach der Neuregelung auch kurzfristig rückzahlbare Überbrückungskredite erfasst (BGH, Urteil vom 7.3.2013, IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rdnr. 14).

Für die Zeit vor dem 1.11.2008 war für besonders gelagerte Ausnahmefälle anerkannt, dass kurzfristig rückzahlbare Überbrückungskredite eines Gesellschafters den Eigenkapitalregeln nicht uneingeschränkt unterlagen. Dies kam nur in Betracht, wenn die Gesellschaft zwar für kurze Zeit dringend auf die Zuführung von Geldmitteln angewiesen war, aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage aber mit der fristgerechten Rückzahlung objektiv gerechnet werden konnte. Die zeitliche Grenze für einen solchen Überbrückungskredit betrug längs-

tens drei Wochen (BGH, Urteil vom 26.4.2010, II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443 Rdnr. 17 m. w. N.; BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 185/10, ZIP 2011, 1775 Rdnr. 67 m. w. N.). Der kapitalersetzende Charakter von Überbrückungsdarlehen war jedoch gleichwohl zu bejahen, wenn ohne sie bereits in diesem Zeitpunkt die Insolvenz nicht hätte vermieden werden können (BGH, Urteil vom 27.11.1989, II ZR 310/88, ZIP 1990, 95, 97).

b) Im Umfang der von dem Beklagten behaupteten Rückführung der an ihn erfolgten Darlehensrückzahlungen kann die zunächst eingetretene Gläubigerbenachteiligung nachträglich beseitigt worden sein. Nach dem Vortrag des Beklagten war die Rückführung zu dem Zweck erfolgt, der Schuldnerin den entzogenen Vermögenswert wiederzugeben und damit eine Verkürzung der Haftungsmasse ungeschehen zu machen. Von der Zweckbestimmung her hätte es sich damit um eine vorweggenommene Befriedigung eines individuellen Rückgewähranspruchs gehandelt (vgl. BGH, Urteil vom 12.7.2007, IX ZR 235/03, WM 2007, 2071 Rdnr. 19; BGH, Urteil vom 13.1.2011, IX ZR 13/07, WM 2011, 365 Rdnr. 12; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 143 Rdnr. 184; *MünchKommInsO/Kirchhof*, 2. Aufl., § 129 Rdnr. 178; *HK-InsO/Kreft*, 6. Aufl., § 129 Rdnr. 62; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 13. Aufl., § 129 Rdnr. 129). Für die nachträgliche Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung ist der Anfechtungsgegner darlegungs- und beweisbelastet (vgl. BGH, Urteil vom 13.1.2011, a. a. O.).

c) Sollte sich eine nachträgliche Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung nicht feststellen lassen, wäre eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs aus § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO zu prüfen.

aa) In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. Nach der Kreditabrede stehen dort die Leistungen des Schuldners an den Gläubiger in einem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang mit der dem Schuldner eingeräumten Möglichkeit, einen neuen Kredit zu ziehen. Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher nicht in ihrer Summe, sondern nur bis zu der eingeräumten Kreditobergrenze (BGH, Urteil vom 7.3.2013, a. a. O., Rdnr. 16; *MünchKommInsO/Kirchhof*, 2. Aufl., § 129 Rdnr. 174a).

bb) Diese Grundsätze wären hier entsprechend anwendbar, weil die der Schuldnerin vom Beklagten fortlaufend im fraglichen Zeitraum gewährten Zahlungen durch ihre gleichbleibenden Bedingungen nach der Art eines Kontokorrents miteinander verbunden waren.

Bei der Beurteilung fällt zum einen entscheidend ins Gewicht, dass die Handhabung des Kreditverhältnisses in der Art eines Kontokorrents durch wechselseitige Ein- und Auszahlungen verlief. Die Zahlungen erfolgten auf das bzw. von dem Geschäftskonto der Schuldnerin bei der C, auf dem ein auf 140.000 € beschränkter Kredit zur Verfügung stand. Im fraglichen Zeitraum führte der Beklagte der Schuldnerin mehr Mittel zu, als er von ihr erhielt. Zum anderen standen die Ein- und Auszahlungen auch in ständiger Wechselwirkung zu der Haftung des Beklagten für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bei der Bank. Auszahlungen durch die Gesellschaft erhöhten seine Haftung, Einzahlungen durch den Beklagten verminderten sie.

cc) Die anfechtungsrechtliche Gleichbehandlung der Finanzierungshilfen des Beklagten und ihre Rückführung mit einem Kontokorrentkredit ist auch aus dem zwischen der

Schuldnerin und dem Beklagten bestehenden Gesellschaftsverhältnis gerechtfertigt. Ein Gesellschafterdarlehen kommt grundsätzlich mit Rücksicht auf das gesellschaftliche Band zwischen dem Gesellschafter und seiner Gesellschaft zustande und dient dem Zweck, die Belange der Gesellschaft zu fördern. Die neben dem Kreditverhältnis bestehende gesellschaftliche Treuepflicht kann es einem Gesellschafter verbieten, gegenüber seiner Gesellschaft einen Anspruch auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens durchzusetzen, wenn die Gesellschaft dadurch in eine Krise geriete (RG, JW 1937, 1986; OLG Koblenz, ZIP 1984, 1352, 1354 f.; *Raiser in Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 98). Fordert der Gesellschafter das seiner GmbH gewährte Darlehen zurück, kann er auch wegen einer möglichen Verletzung der Treuepflicht Ansprüchen der Gesellschaft auf Fortsetzung der Kredithilfe ausgesetzt sein. Deshalb hatte der Beklagte bei der Rückzahlung des Darlehens durch die Gesellschaft seinerseits auf die Liquiditätsslage der Schuldnerin Acht zu nehmen. Erneuert der Gesellschafter das ihm zurückerstattete Darlehen, sind die Vorgänge untrennbar miteinander verknüpft. Entsprechendes gilt für Folgedarlehen. Deshalb werden in rascher Folge erfolgte Rück- und Auszahlungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft in einem einheitlichen Kreditverhältnis verbunden (vgl. BGH, Urteil vom 7.3.2013, a. a. O., Rdnr. 23 ff.).

dd) Die aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO herzuleitende Klageforderung beschränkte sich dann auf einen Betrag von 23.000 €.

Der II. Zivilsenat des BGH hat unter Geltung des Eigenkapitalersatzrechts angenommen, das ständige Stehenlassen von fälligen Forderungen stehe einem fortlaufend bestehenbleibenden Kredit zwar nicht in Höhe der jeweiligen Einzelforderung, wohl aber in Höhe der Gesamtdurchschnittsforderung gleich (BGH, Urteil vom 28.11.1994, II ZR 77/93, ZIP 1995, 23, 24 f.; BGH, Urteil vom 11.10.2011, II ZR 18/10, WM 2011, 2235 Rdnr. 10). Dieser Wertung kann in Anwendung des anfechtungsrechtlich ausgestalteten § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht uneingeschränkt gefolgt werden (BGH, Urteil vom 7.3.2013, a. a. O., Rdnr. 26; *HmbKommInsO/Schröder*, 4. Aufl., § 135 Rdnr. 33a; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 30 Rdnr. 63a). Denn es kommt nicht mehr darauf an, in welcher Höhe die wiederkehrenden Darlehen des Beklagten an die Schuldnerin eigenkapitalersetzend waren. Deshalb bestimmt sich der begründete Teil der Klageforderung insoweit nicht mehr nach dem durchschnittlich offenen Darlehensbetrag. Bankguthaben sind der Masse vielmehr im Umfang des höchsten an den Beklagten zurückgeführten Darlehensstandes entzogen worden, was dem von dem Beklagten im fraglichen Zeitraum übernommenen Insolvenzrisiko entspricht (BGH, Urteil vom 7.3.2013, a. a. O.). Dieser Stand war hier ausweislich der Anlage 1 zum Schriftsatz des Beklagten vom 20.10.2010 am 5.9.2008 mit 23.000 € erreicht.

2. Auch unter Berücksichtigung des streitigen Vorbringens kommt ein Erstattungsanspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO in Betracht, zu dessen Voraussetzungen und Begrenzung der Senat oben unter III. das Nötige ausgeführt hat.

3. Kann der Kläger mit seinem Klageantrag auch nicht auf der Grundlage des streitigen Vorbringens vollständig durchdringen, wird das Berufungsgericht einen Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG (= § 64 Abs. 2 GmbHG a. F.) zu prüfen haben. Nimmt es diesen an, geben Feststellungen zum Wert des zu titulierenden Rückforderungsvorbehalts Aufschluss darüber, ob etwa bestehende anfechtungsrechtliche Ansprüche hinter dem gegen den Beklagten als Geschäftsführer gerichteten Erstattungsanspruch zurückbleiben.

## Beurkundungs- und Notarrecht

18. BNotO § 19 Abs. 1 Satz 1, §§ 1, 14; BeurkG § 17 Abs. 1 (*Pflichten des Notars bei Beurkundung einer Grundschuldbestellung*)

- 1. Die Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG obliegt dem beurkundenden Notar ausschließlich gegenüber den Personen, die ihm gegenüber gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG Erklärungen abgeben.**
- 2. Es besteht jedoch eine aus der allgemeinen Betreuungspflicht nach §§ 1, 14 BNotO abgeleitete Belehrungspflicht gegenüber mittelbar Beteiligten, deren Interessen nach der besonderen Natur des Rechtsgeschäfts berührt werden.**

### (Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Hamm, Urteil vom 3.2.2012, I-11 U 237/10

Der Kläger nimmt den Beklagten aus Notarhaftung in Anspruch.

Am 3.4.2006 schloss der Kläger mit seinem langjährigen Steuerberater, dem Zeugen C, einen schriftlichen Darlehensvertrag über die Summe von 30.000 €. Gemäß § 4 des Darlehensvertrages sollte zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs eine erstrangige Grundschuld i. H. v. 30.000 € zugunsten des Klägers auf dem <sup>157/1000</sup>Miteigentumsanteil des Zeugen C an dem im Grundbuch von X Blatt y eingetragenen Grundstück G1 233, Flurstück 264, H-weg, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Erdgeschoss mit Keller, lfd. Nr. 2 des Aufteilungsplans, bestellt werden. Wegen der weiteren Einzelheiten des Darlehensvertrages wird auf dessen in der Akte befindliche Kopie (Anlage A 1 zur Klageschrift vom 29.12.2009, Bl. 10 ff. d. A.) Bezug genommen.

Gleichfalls am 3.4.2006 führen die Vertragsparteien in das Notariat des Beklagten in C. Dort beurkundete der Beklagte in Anwesenheit des Klägers zu seiner URNr. 75/2006 die Grundschuldbestellung durch den Zeugen C zugunsten des Klägers. Entgegen der Formulierung im Darlehensvertrag sollte die Grundschuld nach der notariellen Urkunde an rangbereiter Stelle eingetragen werden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die in der Akte befindliche Grundschuldbestellungsurkunde (Anlage A 2 zur Klageschrift vom 29.12.2009, Bl. 13 ff. d. A.) verwiesen. Zum Zeitpunkt der Beurkundung waren bereits zwei Grundschulden auf dem Sondereigentum des Zeugen C eingetragen, und zwar eine Grundschuld i. H. v. 130.000 € zugunsten der Sparkasse I, S, W und seit dem 4.10.2004 eine weitere Grundschuld zugunsten einer Frau H i. H. v. 50.000 €. Die Grundschuldbestellungsurkunde zugunsten der Frau hatte gleichfalls der Beklagte zu seiner URNr. 153/04 beurkundet.

Nachdem das Darlehen notleidend geworden war, erwirkte der Kläger gegen den Zeugen C unter dem 11.4.2008 vor dem LG Wuppertal zu 4 O 45/08 ein Versäumnisurteil über 32.346,58 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.11.2007 und außergerichtliche Mahnkosten i. H. v. 1.307,81 € (vgl. Kopie Bl. 17 f. d. A.) sowie einen Kostenfestsetzungsbeschluss vom 14.7.2009 über 2.266,66 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.6.2009 (vgl. Kopie Bl. 20 f. d. A.). (...)

Erstinstanzlich hat der Kläger behauptet, sowohl der Darlehensvertrag als auch die Grundschuldbestellungsurkunde seien vom Beklagten entworfen worden. Beides habe notariell beurkundet werden sollen. Der Beklagte habe in seinen Kanzleiräumen die Parteien zunächst anwaltlich wegen des Darlehensvertrages beraten und den Darlehensvertrag dann vorgelesen. Anschließend sei der Darlehensvertrag dann von dem Kläger und dem Zeugen C dort unterschrieben worden, was sich auch aus der – unstrittigen – Ortsangabe „B“ ergebe. Der Beklagte habe wegen der Beurkundung der Grundschuldbestellung zugunsten der Frau Kenntnis von vorrangigen Grundpfandrechten gehabt, sich aber jedenfalls mittels Online-Einsicht in das Grundbuch die erforderlichen Kenntnisse verschaffen müssen. Bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten wären der Darlehensvertrag nicht geschlossen und die Valuta von 30.000 € nicht ausgekehrt worden. Falls es trotzdem zu einem Abschluss des Darlehensvertrages gekommen wäre, hätte der Beklagte dem Kläger raten

müssen, den Darlehensvertrag notariell mit einer Unterwerfungsklausel des Zeugen C beurkunden zu lassen. (...)

Das LG hat nach Anhörung der Parteien im Kammertermin am 5.5.2010 und nach uneidlicher Vernehmung der Zeugen N und C im Kammertermin am 29.9.2010 den Beklagten antragsgemäß verurteilt (...). Darüber hinaus hat das LG dem Beklagten vollumfänglich die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Zur Begründung hat das LG im Wesentlichen ausgeführt, dem Kläger stehe ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten aus § 19 BNotO zu, da der Beklagte bei der Beurkundung der Grundschuldbestellung seine Belehrungspflichten aus § 17 Abs. 1, § 21 BeurkG fahrlässig verletzt habe. Zwar reiche das bloße Unterlassen der Einsichtnahme in das Grundbuch zur Annahme eines Verstoßes gegen die Belehrungspflichten nicht aus. Allerdings stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im Anschluss an die glaubhaften Aussagen der Zeugin N fest, dass der Beklagte von dem Darlehensvertrag Kenntnis erlangt, diesen vorgelesen und nicht auf den Widerspruch zur darin vorgesehenen erstrangigen Grundschuldbestellung im Gegensatz zu der in der Grundschuldbestellungsurkunde vorgesehenen Eintragung an rangbereiter Stelle hingewiesen habe. Demgegenüber sei den Bekundungen des Zeugen C, der ausgesagt habe, der Darlehensvertrag sei vom Beklagten nicht vorgelesen worden, nicht zu folgen, zumal die Ortsangabe „B“ auf dem Darlehensvertrag als Indiz für die Richtigkeit der Aussage der Zeugin N streite.

Der Kläger sei als Darlehensgeber auch als mittelbar Beteiligter von der Belehrungspflicht des Beklagten bei der Beurkundung der Grundschuldbestellung erfasst, da er bei deren Beurkundung zugegen gewesen sei. Soweit die Zeugin N in diesem einzelnen Punkt entgegenstehende Angaben gemacht habe, sei ihr, da dieser Umstand unstreitig und zudem von dem Zeugen C bestätigt worden sei, nicht zu folgen.

Auf der fahrlässigen Amtspflichtverletzung des Beklagten beruhe der Schaden des Klägers in Form des nahezu gesamten Ausfalls des Darlehensbetrages. Bei Feststehen der Amtspflichtverletzung und der zeitlich nachfolgenden Schädigung, die durch die Amtspflichtverletzung verursacht sein könne, habe der Notar den Nachweis zu führen, dass der Schaden nicht auf der Amtspflichtverletzung beruhe, was dem Beklagten nicht gelungen sei. Nach der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens sei davon auszugehen, dass der Kläger den Darlehensvertrag bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten nicht abgeschlossen hätte. (...)

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache Erfolg und führt zur vollumfänglichen Klageabweisung.

A) Dem Kläger steht gegen den Beklagten keiner der geltend gemachten Ansprüche, insbesondere nicht aus Notarhaftung gemäß § 19 Abs. 1 BNotO, zu.

1. Allerdings hat der Beklagte eine ihm gegenüber dem Kläger obliegende notarielle Amtspflicht verletzt, § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

a) Dabei kommt es nach dem Parteivortrag nicht darauf an, ob der Beklagte den Kläger und den Zeugen C bereits im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung bzw. in Bezug auf den schriftlichen Darlehensvertrag (anwaltlich) beraten hat oder nicht, was ohnehin nicht zur Notarhaftung, sondern ggf. zu Ansprüchen aus dem anwaltlichen Mandatsverhältnis gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB führen könnte. Denn für sich gesehen enthält der Darlehensvertrag, insbesondere unter Berücksichtigung der in dessen § 4 vorgesehenen erstrangigen dinglichen Sicherung durch die Grundschuld, keinen Ansatzpunkt für eine Pflichtverletzung.

Dass der Beklagte im Rahmen anwaltlicher Tätigkeit den Darlehensvertrag entworfen und dabei fälschlich die Sicherung mittels einer „erstrangigen Grundschuld“ aufgenommen hat, trägt der Kläger selbst nicht vor.

b) Entgegen der vom LG vertretenen Auffassung scheidet auch eine Verletzung der sich aus § 17 Abs. 1 BeurkG ergebenden Aufklärungs- und Belehrungspflichten aus, wonach der Notar den tatsächlichen Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben soll. Denn diese Pflichten oblagen dem Beklagten nicht gegenüber dem Kläger, wie § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO ausdrücklich erfordert. Denn die Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG obliegen dem beurkundenden Notar ausschließlich gegenüber den Personen, die ihm gegenüber gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG Erklärungen abgeben (sog. formell Beteiligte, vgl. *Frenz in Eylmann/Vaassen*, BNotO, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 13), wozu der Kläger – ungeachtet der Tatsache, dass er unstreitig bei der Beurkundung der Grundschuldbestellung zugegen war – mangels der Abgabe von Erklärungen im eigenen oder im fremden Namen nicht gehörte. Aus § 17 Abs. 1 BeurkG folgt keine Pflicht zur Belehrung derjenigen Personen, deren rechtliche Interessen durch die Beurkundung zwar berührt werden, die aber selbst keine Erklärung abgeben und damit formell nicht beteiligt sind. Insbesondere ist ein formell nicht beteiligter Darlehensgeber auch dann nicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG zu belehren, wenn erkennbar ist, dass seine rechtlichen oder auch wirtschaftlichen Interessen nach der besonderen Art des Amtsgeschäfts berührt werden könnten (BGH, Urteil vom 23.9.1980, VI ZR 116/79, zitiert nach juris Rdnr. 32; *Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 5. Aufl., § 17 Rdnr. 44).

c) Allerdings hat der Beklagte bei der Beurkundung der Grundschuldbestellung gegen die ihm gegenüber dem Kläger als mittelbar Beteiligtem obliegende allgemeine Betreuungspflicht gemäß §§ 1, 14 Abs. 1 BNotO verstoßen, die sich häufig inhaltlich mit den sich aus § 17 Abs. 1 BeurkG ergebenden Pflichten deckt (BGH, Urteil vom 23.9.1980, VI ZR 116/79, zitiert nach juris Rdnr. 40 mit Verweis auf BGHZ 58, 343, 353; *Armbrüster*, a. a. O., Rdnr. 45, 6, 7).

aa) Die allgemeine Betreuungspflicht umfasst die jede seiner Amtsgeschäfte begleitende Verpflichtung des Notars, die Beteiligten nicht untätig in die Gefahr eines folgenschweren Schadens geraten zu lassen, der durch eine mit wenigen Worten zu gebende sachgemäße Belehrung vermeidbar ist (BGH, DNotZ 1969, 507, 508; BGH, DNotZ 1973, 240, 241; BGH, DNotZ 1992, 813, 815; BGH, DNotZ 2001, 483, 485 – st. Rspr.). Diese sog. Schadensverhinderungspflicht obliegt dem Notar gegenüber mittelbar Beteiligten, deren Interessen nach der besonderen Natur des beurkundeten Rechtsgeschäfts durch dieses berührt werden (BGH, Urteil vom 23.9.1980, VI ZR 116/79, zitiert nach juris Rdnr. 32 m. w. N.), sofern besondere Umstände darauf hindeuten, dass dem mittelbar Beteiligten ein Schaden im Sinne einer naheliegenden Möglichkeit droht, er sich dessen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht bewusst ist und dass diese besonderen Umstände sich aus der rechtlichen Gestaltung des Vertragswerkes oder aus der Art ergeben, die für seine Abwicklung vorgesehen ist (*Armbrüster*, a. a. O., Rdnr. 8 m. w. N.). Typisch für einen von dieser Pflicht geschützten mittelbar Beteiligten ist der private Darlehensgeber, der – wie hier unstreitig der Kläger – an der Beurkundung der Grundrechtsbestellung zu seinen Gunsten teilnimmt, ohne eigene Erklärungen abzugeben und erkennbar falsche rechtliche Vorstellungen von dem Wert seiner Sicherheit hat, oder anlässlich der Beurkundung sich an den Notar wendet und ihm eigene Belange anvertraut, wobei die Art der Kontaktaufnahme unerheblich ist (*Frenz*, a. a. O., § 19 Rdnr. 15 m. w. N.) und insbesondere ausreicht, dass der mittelbar Beteiligte zugleich mit dem unmittelbar Beteiligten im

Notariat erscheint (*Schramm in Schippel/Bracker*, BNotO, 9. Aufl., § 19 Rdnr. 28). Die Pflicht entfällt erst dann, wenn der Notar mit Sicherheit annehmen kann, nach menschlichem Ermessen werde aus der Gestaltung des Rechtsgeschäfts keinem der Beteiligten ein Schaden erwachsen (*Armbrüster*, a. a. O., Rdnr. 8).

bb) Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe sind sämtliche Voraussetzungen für das Bestehen dieser Schadensverhinderungspflicht des Beklagten gegenüber dem Kläger gegeben, wobei es nach Ansicht des Senats nicht darauf ankommt, ob der Beklagte den schriftlichen Darlehensvertrag entworfen hatte bzw. kannte oder verlesen hat, wie der Kläger behauptet.

Denn selbst wenn der Beklagte den Inhalt des privaten Darlehensvertrages, insbesondere die in dessen § 4 vorgesehene erstrangige Grundschuldbestellung, nicht kannte, musste ihm bei der Beurkundung der Grundschuldbestellung, die in Ziffer I. Nr. 4 explizit die Eintragung der Grundschuld an rangbereiter Stelle vorsah, nicht nur die naheliegende Möglichkeit vorrangiger Grundpfandrechte auffallen, die er nach eigenem Vortrag während der Beurkundung auch erörtert haben will, sondern gleichsam damit einhergehend musste dem Beklagten auch die damit verbundene Gefahr des vollständigen Ausfalls des Klägers im Falle der Zwangsversteigerung auffallen, die die Darlehensgewährung – die der Notar ohnehin als Hintergrund der Grundschuldbestellung zu erfragen hatte – grundsätzlich zu einer ungesicherten Vorleistung werden lassen konnte und vorliegend angesichts der beiden vorrangigen Grundschulden über 130.000 € und 50.000 € auch tatsächlich zu einer solchen werden ließ. Dass der Beklagte – unstreitig und nach eigener Erklärung bei seiner erstinstanzlichen persönlichen Anhörung – nicht Einsicht in das Grundbuch genommen hat, wozu er nach § 21 BeurkG, der die Pflichten aus § 17 BeurkG ergänzt und nach Ansicht des Senats auch im Rahmen der Schadensverhinderungspflicht aus §§ 1, 14 Abs. 1 BNotO anwendbar ist, verpflichtet war, stellt – wie das LG insoweit zutreffend ausgeführt hat – für sich gesehen zwar keine eigenständige schadensersatzrelevante Pflichtverletzung dar (BGH, Urteil vom 4.12.2008, III ZR 51/08, zitiert nach juris Rdnr. 11; *Preuß in Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 5. Aufl., § 21 Rdnr. 2, 4), verstärkt aber gleichsam die Verletzung der Schadensverhinderungspflicht und kann den Beklagten jedenfalls nicht entlasten. Wenn er im Zeitpunkt der Beurkundung nicht die technischen Möglichkeiten der elektronischen Grundbucheinsicht hatte, wie er selbst im Rahmen seiner erstinstanzlichen persönlichen Anhörung im Kammertermin am 5.5.2010 erklärt hat, hätte er sich durch Anforderung eines Grundbuchauszuges Kenntnis über den Inhalt des Grundbuchs verschaffen müssen, denn wie der Notar sich über den Grundbuchstand unterrichtet, bleibt ihm überlassen (*Preuß*, a. a. O., § 21 Rdnr. 10). War der Beurkundungstermin dafür zu kurzfristig, hätte der Beklagte sich nach entsprechender Belehrung ausdrücklich von den Parteien von dieser Pflicht entbinden lassen, dies durch Vermerk dokumentieren und (auch) den Kläger über die damit einhergehenden rechtlichen Risiken vorrangiger Grundpfandrechte belehren müssen (*Preuß*, a. a. O., § 21 Rdnr. 15). Zwar ist es nicht Aufgabe des Notars, einen Darlehensgeber zu warnen, wenn nach seinem Dafürhalten das Maß der angebotenen Sicherungen (wirtschaftlich) unzureichend ist; der Notar muss also den Darlehensgeber nicht ungefragt darüber unterrichten, dass der Darlehensnehmer aus Sicht des Notars voraussichtlich außerstande ist, das Darlehen bei Fälligkeit zurückzuzahlen. Allerdings muss der Notar den mittelbar beteiligten Darlehensnehmer vor erkennbaren Irrtümern über den Wert der Sicherungen und etwaige

rechtliche Schwierigkeiten bei der Realisierung schützen (BGH, Urteil vom 29.9.1981, IV ZR 2/80, zitiert nach juris Rdnr. 15), das heißt auf naheliegende wirtschaftliche Gefahren hinweisen, die sich aus der rechtlichen Anlage des Geschäfts oder seiner Durchführung ergeben können (*Armbrüster*, a. a. O., Rdnr. 9).

Daraus folgt, dass der Beklagte den unstreitig zusammen mit dem Zeugen C in seinem Notariat zur Beurkundung der Grundschuldbestellung erschienenen Kläger jedenfalls darüber belehren musste, dass er mangels sofortiger Möglichkeit zur elektronischen Grundbucheinsicht nicht ausschließen konnte, dass bereits vorrangige Grundpfandrechte eingetragen sein konnten und der Kläger damit Gefahr lief, im Falle der Zwangsversteigerung mit seiner Grundschuld ganz oder wenigstens teilweise auszufallen. Hätten der Zeuge C und der Kläger dann dennoch ohne Grundbucheinsicht die Beurkundung der Grundschuld als Sicherung des Rückzahlungsanspruchs aus dem Darlehensvertrag gewünscht, hätte der Beklagte im Rahmen der ihm im Hinblick auf die ungesicherte Vorleistung obliegenden doppelten Belehrungspflicht, wonach der Notar nicht nur über die Folgen der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten belehren, sondern zudem Wege zur Risikovermeidung aufzeigen muss (BGH, NJW 1999, 2188; BGH, DNotZ 2004, 849 f.; BGH, NJW 2008, 1319, 1320 – st. Rspr.), den Kläger ferner darüber belehren müssen, dass er eine erstrangige dingliche Sicherung nur im Falle der vorzeitigen Ablösung der vorrangigen Grundschulden bzw. bei Rangrücktrittserklärungen der anderen Grundschuldgläubiger erhalten konnte, wobei beide Alternativen vorliegend mangels entsprechenden Vortrags und sonstiger Anhaltspunkte als wenig realistisch einzustufen sind. Zumindest hätte der Beklagte sich vergewissern müssen, ob dem Kläger die vorbezeichneten Risiken bekannt waren. Soweit der Kläger meint, der Beklagte habe ihn zusätzlich über die Möglichkeit belehren müssen, eine Unterwerfungsklausel des Zeugen C zur sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen in den Darlehensvertrag aufzunehmen und diesen notariell zu beurkunden (vgl. S. 8 der Klageschrift vom 29.12.2009; S. 6 der Berufungserwidern vom 8.11.2011), ist dies grundsätzlich durchaus in Betracht zu ziehen; allerdings hätte der Beklagte den Kläger dann aber auch insoweit allgemein darüber belehren müssen, dass eine notarielle Unterwerfungsklausel keine besondere Sicherheit darstellte, da sie nur die Möglichkeit eröffnet hätte, im Vollstreckungsfall auf das dann noch vorhandene Vermögen des Zeugen C zuzugreifen, was die Gefahr der Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung im Falle des Vermögensverfalls des Zeugen C in sich barg.

All dies hat der Beklagte indes nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien gerade nicht getan, ohne dass es insoweit auf die Bekundungen der Zeugen N und C ankommt.

Auch auf den – nach Ansicht des Senats ohnehin eher zweifelhaften – Aussagegehalt und die Frage des Ausschlusses wegen Verspätung (§ 529 Abs. 1 Nr. 2, §§ 530, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO) des vom Kläger erstmals mit der Berufungserwidern vorgelegten, vom Zeugen C unterschriebenen Schriftstücks vom 3.4.2006 (Anlage zur Berufungserwidern vom 8.11.2011), vom Kläger als „Quittung“ bezeichnet, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an. (...)

## Kostenrecht

19. KostO § 19 (*Bewertung eines landwirtschaftlichen Grundbesitzes*)

1. **Die Wertprivilegierung des § 19 Abs. 4 KostO greift nicht ein, wenn die landwirtschaftlichen Flächen eines eingetragenen Hofes im Wesentlichen verpachtet sind.**
2. **Geeigneter Anhaltspunkt für die Schätzung des Verkehrswertes (§ 19 Abs. 2 KostO) ist die Veröffentlichung des Bodenrichtwertes durch den Gutachterausschuss für Grundstückswerte.**

OLG Hamm, Beschluss vom 28.2.2013, I-15 W 271/12; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Gegenstand der notariellen Tätigkeit war der – vom Grundbuchamt beim AG Rheine veranlasste – Antrag der Ehefrau des im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen und am 3.11.2009 verstorbenen Landwirts L vom 8.2.2010 beim Landwirtschaftsgericht Steinfurt, ihr aufgrund des mit ihrem Ehemann geschlossenen notariellen Erbvertrages als Alleinerbin ein Hoffolgezeugnis zu erteilen. Diesen Antrag hatte der Notar entworfen und unterschiftsbezeugt. Nach Erhalt des Hoffolgezeugnisses leitete der Beteiligte zu 2 dieses an das Grundbuchamt weiter zum Zwecke der Grundbuchberichtigung. Anschließend stellte er seine Gebühren in Rechnung, die er auf der Grundlage des Einheitswertbescheids des Finanzamts T vom 28.10.2009 gemäß § 19 Abs. 4 KostO nach einem Wert von  $4 \times 46.629 \text{ €} = 186.516 \text{ €}$  berechnete. Dieser Einheitswert bezog sich auf das auf dem Hofgrundstück errichtete Zweifamilienhaus. Die errechneten Kosten über 649,44 € beglich die Mutter des Beteiligten zu 1.

Nach dem Tod seiner Mutter wandte sich der Beteiligte zu 1 gegen die Kostenberechnung und machte geltend, die Gebühren hätten nur nach dem vierfachen Einheitswert des landwirtschaftlichen Betriebes, den das Finanzamt auf 8.129 € festgesetzt habe, berechnet werden dürfen.

Nachdem der Beteiligte zu 2 am 30.4.2011 aus seinem Amt als Notar ausgeschieden war, wurde dem Beteiligten zu 3 die Verwahrung der Akten übertragen. Als Verwahrer der Akten erteilte er am 20.7.2011 eine neue Kostenberechnung, der er einen Geschäftswert von 987.131,60 € zugrunde legte. Gegen diese Kostenberechnung erhob der Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 2.8.2011 Einwendungen und beantragte die Entscheidung des LG nach § 156 KostO.

Mit Beschluss vom 7.5.2012 änderte das LG die Kostenberechnung vom 20.11.2011 ab und berechnete die Gebühren nach einem Wert von 503.950 €. Hiergegen legten die Beteiligten zu 1 und 3 Beschwerde ein, der Beteiligte zu 3 nahm seine Beschwerde mit Schriftsatz vom 25.2.2013 zurück.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist nach § 156 Abs. 3 KostO statthaft und fristgerecht eingelegt worden. In der Sache ist sie aber im Wesentlichen unbegründet.

1. Das LG hat mit zutreffender Begründung ausgeführt, nach dem Ausscheiden aus dem Amt als Notar sei der aktenverwahrende Notar gemäß § 51 Abs. 1 BNotO berechtigt, wegen Kostenforderungen, die aus Amtsgeschäften des ausgeschiedenen Notars resultieren, Kostenberechnungen nach § 154 Abs. 1 KostO zu erteilen (vgl. BayObLG, DNotZ 1964, 48; KG, JurBüro 1982, 1237; OLG Stuttgart, DNotZ 1972, 117).

2. Das LG hat der Ermittlung des Geschäftswertes zutreffend die Vorschriften des § 19 KostO zugrunde gelegt. Da Gegenstand des Verfahrens nur die notarielle Tätigkeit im Zusammenhang mit der Beantragung des Hoffolgezeugnisses

und der Berichtigung des Grundbuchs, in dem der Hof eingetragen ist, aufgrund dieses Zeugnisses ist – und nicht der übrige Nachlass, der auch von dem eröffneten Erbvertrag erfasst wird –, ist nur der Wert der landwirtschaftlichen Besitzung nach Abzug der Verbindlichkeiten zu ermitteln.

a) Die Bewertung des landwirtschaftlichen Vermögens richtet sich hier nicht nach § 19 Abs. 4 KostO. Diese Vorschrift privilegiert Geschäfte, welche die Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle oder die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise betreffen, indem er das Vierfache des letzten Einheitswerts als Grundlage der Gebührenberechnung vorsieht. Von dieser Privilegierung ist auch ein Erbvertrag – und das hierauf fußende Hoffolgezeugnis – erfasst, mit dem der Erhalt und die Fortführung des Betriebes in einer bäuerlichen Familie geregelt wird und gesichert werden soll. Gesetzgeberisches Ziel ist die Förderung der frühzeitigen Regelung der Hofnachfolge und die Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe (BT-Drucks. 11/2342, S. 6).

Vorliegend haben die Eltern des Beteiligten zu 1, der damals 59 Jahre alte L und seine damals 56 Jahre alte Ehefrau L2, am 27.1.1995 einen notariellen Erbvertrag geschlossen, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Damit hat der Ehemann auch seine Hofnachfolge geregelt. Für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO aufgrund letztwilliger Verfügung ist es aber erforderlich, dass auch im Zeitpunkt des Todes des Erblassers (§ 107 Abs. 2 Satz 1 KostO) der Hof noch als Familienbetrieb fortgeführt werden kann.

Der der Mutter des Beteiligten zu 1 übertragene Grundbesitz entspricht zwar nach den nicht angegriffenen Feststellungen des LG einem landwirtschaftlichen Betrieb mit Hofstelle. Allerdings ist zu beachten, dass die Wertprivilegierung des § 19 Abs. 4 KostO der Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien dienen soll (vgl. BVerfG, NJW 1996, 1463). Daraus folgt indessen nicht, dass die Vorschrift nicht eingreift, wenn der Betrieb nur nebenberuflich geführt wird (vgl. BayObLG, NJWE-FER 1997, 139; Senat, NJW-RR 2001, 1367 m. w. N.). Aber auch hierfür sprechen keine hinreichenden Umstände, weil die Mutter des Beteiligten zu 1 nach dessen Vortrag die landwirtschaftlichen Flächen im Wesentlichen verpachtet und nur „einige Wiesen“ bewirtschaftet hat. Demnach kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich derzeit noch um einen landwirtschaftlichen Betrieb handelt, der den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern kann (vgl. BayObLG, NJWE-FER 1997, 139; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1996, 401, 402; Senat, a. a. O.).

Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO liegen daher nicht vor, weil die Mutter des Beteiligten zu 1 im Zeitpunkt der Hofübernahme einen Hof übernahm, der nicht die erforderliche Größe hatte, die den Unterhalt einer bäuerlichen Familie auch nur teilweise decken konnte.

b) Die Bewertung des landwirtschaftlichen Vermögens richtet sich daher nach § 19 Abs. 2, 5 KostO. Insoweit kann nicht, wie der Beteiligte zu 1 in der Beschwerde geltend macht, auf den Ertragswert nach § 2047 Abs. 2 BGB abgestellt werden, weil nach § 19 Abs. 2, 5 KostO nicht der Ertragswert sondern der Verkehrswert („gemeiner Wert“) bzw. Einheitswert maßgeblich ist.

Die Gesamtgröße der betroffenen Grundstücke beträgt 172.488 m<sup>2</sup>. Die Größe der landwirtschaftlichen Fläche hat das LG auf 171.488 m<sup>2</sup> und die nicht landwirtschaftlich genutzte Fläche, auf der das Wohngebäude errichtet ist, auf 1.000 m<sup>2</sup> geschätzt. Der Beteiligte zu 1 selbst geht hinsicht-

lich der dem Wohngebäude zugeordneten Fläche von nur 600 m<sup>2</sup> aus. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Schätzung des Beteiligten zu 1 unrichtig ist, bestehen nicht. Der Senat geht daher zugunsten des Beteiligten zu 1 davon aus, dass die nicht landwirtschaftlich genutzte und mit dem Wohnhaus bebaute Fläche 600 m<sup>2</sup> groß ist, weil eine Beweisaufnahme nicht in Betracht kommt.

Das LG ist zutreffend auf Empfehlung des Präsidenten des LG Münster als Dienstvorgesetzten des Notars von den Bodenrichtwerten ausgegangen, die das zentrale Informationssystem der Gutachterausschüsse und des Oberen Gutachterausschusses für Grundstückswerte über den Immobilienmarkt in Nordrhein-Westfalen ermittelt und veröffentlicht ([www.boris.nrw.de](http://www.boris.nrw.de)). Danach betragen die Bodenrichtwerte in O 3,80 €/m<sup>2</sup> für die landwirtschaftlich genutzte Fläche und 50 €/m<sup>2</sup> für die im Außenbereich nicht landwirtschaftlich genutzte – mit dem Wohnhaus bebaute – Fläche, von denen jeweils ein Sicherheitsabschlag von 25 % zu nehmen ist (BayObLG, DNotZ 1995, 779 = Rpfleger 1995, 521; Rpfleger 1972, 464). Diese von den Gutachterausschüssen für Grundstückswerte festgestellten Richtwerte stellen einen zulässigen, zuverlässigen, aktuellen und für jedermann schnell verfügbaren Anhaltspunkt zur Bestimmung des Verkehrswertes von Grundbesitz dar. Im Gegensatz dazu lässt eine auf § 55 Abs. 2 EStG fußende Wertermittlung, die der Beteiligte zu 1 erstrebt, die seit 1970 erfolgte Preis- und Wertentwicklung vollkommen unberücksichtigt und blendet sie aus (vgl. OLG Bamberg, FamRZ 2012, 1583). Die vom Beteiligten zu 1 zitierte Rechtsprechung des Senats aus dem Jahr 1981 (RdL 1981, S. 107) steht dem nicht entgegen; denn der Senat hat dort einschränkend ausgeführt, dass die Verwertung der Ausgangsbeträge des § 55 Abs. 2 EStG als Anhaltspunkt voraussetze, dass der maßgebende Bewertungszeitpunkt nicht, wie hier, zu lange nach dem 1.7.1970 als dem Bewertungsstichtag des § 55 EStG liegen sollte.

Es ist deshalb hier von einem Gesamtbodenwert von  $(171.888 \times 3,80 \text{ €} - 25 \%) + (600 \times 50 \text{ €} - 25 \%) = 489.880,80 \text{ €} + 22.500 \text{ €} = 512.380 \text{ €}$  (gerundet) auszugehen.

Bei der Bewertung des Gebäudes hat das LG den Brandversicherungswert zugrunde gelegt, ihn mit dem Wiederherstellungswert multipliziert und hiervon einen Abschlag von 2 % wegen des Alters und einen Sicherheitsabschlag von 20 % vorgenommen, so dass sich ein Wert von 326.560 € ergibt. Dies ist nicht zu beanstanden.

Es errechnet sich so ein Gesamtwert des Hofes von 838.940 €. Hiervon sind gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 KostO die geltend gemachten Schulden i. H. v. 196.000 € sowie für das Wohnrecht 150.000 €, insgesamt also 346.000 € in Abzug zu bringen, so dass sich ein Gebührenwert von 492.940 € errechnet. Die danach hier zu berechnenden Gebühren betragen, wie im Tenor ausgeführt, 1.479,46 €.

Eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist nicht veranlasst.

Die Wertfestsetzung beruht auf § 131 Abs. 4, § 156 Abs. 6 Satz 2 KostO (Differenz der mit der Beschwerde erstrebten Kostenberechnung i. H. v. 363 € unter Zugrundelegung eines Hofwertes von 88.000 € und den errechneten Kosten von 1.479 €).

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 156 Abs. 4, § 70 FamFG liegen nicht vor.

Die Entscheidung ist rechtskräftig.

## Öffentliches Recht

20. GG Art. 14 Abs. 1; BGB §§ 902, 903 Satz 1 (*Anspruch auf Beseitigung eines rechtswidrigen Überbaus*)

**Der Anspruch des Eigentümers gegenüber dem hoheitlichen Störer, die zur Beseitigung der Störung notwendigen Maßnahmen zu dulden, unterliegt nicht der Verjährung.**

BVerwG, Beschluss vom 12.7.2013, 9 B 12/13

*Aus den Gründen:*

Die auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) gestützte Beschwerde hat keinen Erfolg.

Die Fragen

„Existiert neben einem bereits verjährten öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch ein unverjährbarer Duldungsanspruch auf Beseitigung durch den Eigentümer oder ist ein solcher Duldungsanspruch als „minus“ vom öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch mitumfasst?“

Welche Anspruchsgrundlage gewährt dem Eigentümer gegenüber dem Straßenbaulastträger einen unverjährbaren Anspruch auf Duldung der Beseitigung auf seinem Grund befindlichen, nicht gewidmeten Straßengrundes, wenn der öffentlichrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch bereits verjährt ist?

Stellt der öffentlichrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch im öffentlichen Recht für vorliegende Fallgestaltungen eine abschließende Regelung dar oder ist daneben Raum für eine Anwendung des § 985 BGB oder eine sonstige § 985 BGB nachgebildete ungeschriebene Anspruchsgrundlage?“

bedürfen keiner revisionsrechtlichen Entscheidung, weil sie sich unmittelbar aus der Verfassung und der einschlägigen Rechtsprechung zum Eigentumsrecht beantworten lassen. Die Beklagte meint, der Anspruch des Klägers gegenüber der Gemeinde, die Beseitigung der nicht straßenrechtlich gewidmeten Verkehrsfläche auf den im Eigentum des Klägers stehenden Grundstücken Nummer 795 und 802 der Gemarkung L durch ihn selbst zu dulden, sei als „minus“ des Folgenbeseitigungsanspruchs anzusehen und deshalb ebenso wie auch der Folgenbeseitigungsanspruch selbst wegen Verjährung erloschen. Dies trifft nicht zu.

Die Antwort auf die gestellten Fragen ergibt sich unmittelbar aus dem Schutz des Eigentums als elementarem Grundrecht gemäß Art. 14 Abs. 1 GG. Die hier in Rede stehende unstreitig rechtswidrige Überbauung führt zur Beeinträchtigung von Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Es soll ihm als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen sein und genießt einen besonders ausgeprägten Schutz, soweit es um die Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht (BVerfG, Beschluss vom 16.2.2000, 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1, 15). Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass ein Eigentümer eines Grundstücks mit diesem grundsätzlich nach Belieben verfahren darf (vgl. für das Zivilrecht § 903 BGB). Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sichert den konkreten Bestand in der Hand des einzelnen Eigentümers und seine Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand (vgl. BVerfG, Urteile vom 18.12.1968,

1 BvR 638, 673/64 und 200, 238, 249/65, BVerfGE 24, 367, 389 und BVerfG, Urteile vom 1.3.1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/7, BVerfGE 50, 290, 339 f.; BVerfG, Beschluss vom 12.11.1974, 1 BvR 32/68, BVerfGE 38, 175, 181). Deshalb ist er berechtigt, rechtswidrige Einwirkungen auf sein Grundstück abzuwehren.

Hier kann der Kläger von der Beklagten nicht mehr die Beseitigung des rechtswidrigen Überbaus im Wege der Folgenbeseitigung verlangen, nachdem der Verwaltungsgerichtshof die Verjährung dieses Anspruchs festgestellt hat. Die Verjährung des Folgenbeseitigungsanspruchs beseitigt jedoch nicht den durch den rechtswidrigen Überbau entstandenen rechtswidrigen Zustand, den der Eigentümer nicht hinnehmen muss. Er ist vielmehr befugt, rechtswidrige Störungen seines Eigentums auf eigene Kosten zu beseitigen. Dieses Recht folgt bei Eigentumsverletzungen durch hoheitliche Maßnahmen im öffentlichen Recht unmittelbar aus dem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsrecht. Das öffentliche Recht schützt den Eigentümer nicht weniger als das Zivilrecht und gewährt ebenso Abwehransprüche (BVerwG, Urteil vom 21.9.1984, 4 C 51.80, Buchholz 406.16 § 16 Eigentumsschutz Nr. 40 S. 22; zum Schutz des zivilrechtlichen Eigentums BGH, Urteil vom 28.1.2011, V ZR 141/10, NJW 2011, 1068, 1069). Nach § 903 Satz 1 BGB kann der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Im öffentlichen Recht gilt nichts anderes. Umfasst wird der Anspruch gegenüber dem Störer, jedenfalls die Maßnahmen zu dulden, die nötig sind, die rechtswidrige Eigentumsstörung zu beseitigen. Das gilt insbesondere, wenn sie, wie hier, auf dem Eigentumsgrundstück vorgenommen werden sollen.

Der Duldungsanspruch ist auch nicht, wie die Beklagte meint, ein „minus“ zum Folgenbeseitigungsanspruch, sondern ein „aliud“. Er verlangt vom Hoheitsträger nämlich gerade nicht, die Folgen seines rechtswidrigen Vorgehens zu beseitigen, sondern lediglich hinzunehmen, dass vom Eigentümer ein rechtmäßiger Zustand wiederhergestellt wird. Der Duldungsanspruch ist nicht verjährt. Er ist auf die Herstellung des Gebrauchs des Eigentumsrechts gerichtet und dessen unmittelbarer Inhalt. Kraft der grundgesetzlichen Gewährleistung verjähren das Recht am Eigentum und die Ausübung dieses Rechts jedoch nicht. Im Zivilrecht ergibt sich das aus § 902 BGB (BGH, Urteil vom 28.1.2011, a. a. O.).

Ob einem solchen Duldungsanspruch gegenüber dem hoheitlichen Störer ausnahmsweise Unzumutbarkeit entgegeng gehalten werden kann, mag dahinstehen. Denn der Verwaltungsgerichtshof hat derartige Gründe nicht festgestellt (vgl. zur Zumutbarkeit eines Folgenbeseitigungsanspruchs BVerwG, Urteil vom 26.8.1993, 4 C 24.91, BVerwGE 94, 100, 113 ff.).

(...)

## Steuerrecht

21. ErbStG vor 2009 § 13a Abs. 1, 2 und Abs. 4 Nr. 1; EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 (*Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG vor 2009 bei Übertragung eines Kommanditanteils unter Vorbehalt eines Quotennießbrauchs*)

**Behält sich der Schenker bei der freigebigen Zuwendung einer Kommanditbeteiligung den Nießbrauch zu einer bestimmten Quote hiervon einschließlich der Stimm- und Mitverwaltungsrechte vor und vermittelt daher der mit**

**dem Nießbrauch belastete Teil der Kommanditbeteiligung dem Erwerber für sich genommen keine Mitunternehmerstellung, können für diesen Teil die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG vor 2009 nicht beansprucht werden.**

BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) war mit einer Kommanditeinlage von 25.000 € an einer gewerblich tätigen KG beteiligt. Mit Schenkungsvertrag vom 18.12.2006 übertrug er mit Wirkung zum 31.12.2006 hiervon einen Anteil von 23.500 € (Kapitalfestkonto I) nebst dem entsprechenden Anteil an den sonstigen für ihn bei der KG geführten Konten unentgeltlich auf seine Tochter (T) und übernahm die Schenkungsteuer. Er behielt sich an der übertragenen Kommanditbeteiligung einschließlich der Konten zu einer Quote von 22.000/23.500 den lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauch vor. In Höhe dieser Quote stehen dem Kläger das auf die Beteiligung der T an der KG entfallende Ergebnis (Gewinn oder Verlust) und aufgrund einer Bevollmächtigung durch T auch die Stimmrechte und Mitverwaltungsrechte zu. T verpflichtete sich, von ihrem eigenen Stimmrecht insoweit nicht Gebrauch zu machen, ersatzweise auf Wunsch des Klägers nach dessen Weisung zu handeln. Sollte T während der Dauer des Nießbrauchs die dem Kläger erteilte Vollmacht widerrufen bzw. von ihrem Stimmrecht abweichend von dessen Weisungen Gebrauch machen, ist der Kläger zum Widerruf der Schenkung berechtigt.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) setzte die Schenkungsteuer durch Bescheid vom 7.3.2008 gegen den Kläger fest, ohne den vom Kläger i. H. v. 180.000 € geltend gemachten Freibetrag nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG in der im Jahr 2006 geltenden Fassung zu berücksichtigen. Der Einspruch hatte nur insoweit Erfolg, als das FA den Freibetrag in Höhe des Werts des nicht mit dem Nießbrauch belasteten Teils der auf T übertragenen Kommanditbeteiligung, also mit 23.493 € ansetzte. Aufgrund des Nießbrauchs stundete das FA die Steuer teilweise nach § 25 ErbStG zinslos.

Das FG setzte die Steuer durch das in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 721, veröffentlichte Urteil auf 0 € herab. Es war der Ansicht, die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG seien auf den gesamten auf T übertragenen Kommanditanteil zu gewähren. Bei isolierter Betrachtung sei T zwar hinsichtlich des nießbrauchsbelasteten Anteils aufgrund der dem Kläger als Nießbraucher zustehenden umfassenden Rechte nicht Mitunternehmerin geworden. Es fehle insoweit sowohl an der Mitunternehmerinitiative als auch am Mitunternehmerisiko. Dies stehe aber der Gewährung der Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG für den gesamten auf T übertragenen Kommanditanteil nicht entgegen. Die durch den unbelasteten Anteil vermittelte Mitunternehmerstellung der T als Kommanditistin der KG sei unteilbar und erstrecke sich auch auf den durch den Nießbrauch belasteten Teil der Kommanditbeteiligung. Der nach Anwendung der Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG verbleibende Erwerb liege unter dem Freibetrag des § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG. Die Vereinbarung des Quotennießbrauchs sei zivilrechtlich zulässig und führe dazu, dass T nur hinsichtlich des unbelasteten Teils der Kommanditbeteiligung Mitunternehmerin der KG geworden sei und deshalb auch nur insoweit die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG zu gewähren seien.

Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG nicht nur für den unbelasteten Teil der auf T übertragenen Kommanditbeteiligung, sondern auf die gesamte Kommanditbeteiligung anzuwenden seien.

1. Gemäß § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG kommen die Steuervergünstigungen der Abs. 1 und 2 der Vorschrift in Betracht für inländisches Betriebsvermögen beim Erwerb unter anderem eines Anteils an einer Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes.

a) Dabei sind die Steuervergünstigungen nur zu gewähren, wenn das von Todes wegen oder durch Schenkung unter Lebenden erworbene Vermögen durchgehend sowohl beim bisherigen als auch beim neuen Rechtsträger den Tatbestand des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG erfüllt (BFH, Urteil vom 14.2.2007, II R 69/05, BFHE 215, 533, BStBl II 2007, S. 443; vom 10.12.2008 II R 34/07, BFHE 224, 144, BStBl II 2009, S. 312, und BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, BFHE 228, 184, BStBl II 2010, S. 555). Das ergibt sich nicht nur aus dem Begünstigungszweck der Norm in Verbindung mit den Nachversteuerungstatbeständen des § 13a Abs. 5 ErbStG, sondern auch aus Art. 3 Abs. 1 GG. Die Bevorzugung des Betriebsvermögens gegenüber anderen Vermögensarten bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer bedarf nämlich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einer Rechtfertigung, wie sie der Gesetzgeber dem Beschluss des BVerfG vom 22.6.1995 2, BvR 552/91 (BVerfGE 93, 165, BStBl II 1995, S. 671, unter C. I.2. b bb) entnommen hat. Das BVerfG hat aber die Milderung des Steuerzugriffs bei Betriebsvermögen ausdrücklich auf solche Erwerber beschränkt, die den Betrieb „weiterführen“, „aufrechterhalten“ und „fortführen“. Diese Wortwahl zeigt, dass das BVerfG einen Erwerber im Blick hatte, bei dem das erworbene Vermögen Betriebsvermögen geblieben ist. Beim Erwerb eines Mitunternehmeranteils bedeutet „fortführen“, dass auch der Erwerber Mitunternehmer geworden sein muss (BFHE 224, 144, BStBl II 2009, S. 312, unter II.2. b, und BFHE 228, 184, BStBl II 2010, S. 555, unter II.1. a).

b) Mitunternehmer im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, ggf. i. V. m. § 18 Abs. 4 Satz 2 EStG ist, wer Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerisiko trägt. Mitunternehmerinitiative bedeutet Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen zumindest in dem Umfang der Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte eines Kommanditisten nach den Regelungen des Handelsgesetzbuchs oder der gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechte nach § 716 Abs. 1 BGB. Mitunternehmerisiko bedeutet gesellschaftsrechtliche oder eine dieser wirtschaftlich vergleichbare Teilhabe am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens. Dieses Risiko wird regelmäßig durch die Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich des Geschäftswerts vermittelt (BFH, Urteil vom 1.9.2011, II R 67/09, BFHE 239, 137, BStBl II 2013, S. 210, Rdnr. 20 m. w. N.).

c) Der Tatbestand des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG ist nur dann erfüllt, wenn auch der Erwerber Mitunternehmer geworden ist. Es genügt nicht, wenn er lediglich zivilrechtlich Gesellschafter einer Personengesellschaft geworden ist, die auch nach dem Erwerb Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 EStG) oder aus selbständiger Arbeit (§ 18 EStG) erzielt und deren Vermögen daher ertragsteuerrechtlich insgesamt weiterhin Betriebsvermögen ist. Voraussetzung für die Gewährung der Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG ist vielmehr, dass der Erwerber aufgrund des erworbenen Gesellschaftsanteils Mitunternehmer im ertragsteuerrechtlichen Sinn geworden ist.

Wie der BFH im Urteil in BFHE 228, 184, BStBl II 2010, S. 555, entschieden hat, können diese Steuervergünstigungen demgemäß nur dann für den schenkweisen Erwerb eines Kommanditanteils beansprucht werden, wenn die Mitunternehmerstellung des Erwerbers durch den erworbenen Gesell-

schaftsanteil vermittelt wird. Es reichte nicht aus, wenn dem Erwerber hinsichtlich des erworbenen Kommanditanteils nur deshalb eine Mitunternehmerstellung zukäme, weil er bereits vor dem Erwerb Kommanditist der KG war, d. h. wenn sich seine bisherige Mitunternehmereigenschaft wegen Unteilbarkeit der Mitgliedschaft auf den hinzuerworbenen Anteil erstrecken sollte. Unabhängig von der herkömmlichen Meinung, nach der die Mitgliedschaft eines Gesellschafters in einer Personengesellschaft unteilbar ist, ist nach diesem Urteil dem § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG nur Genüge getan, wenn die Mitunternehmerstellung durch den erworbenen Gesellschaftsanteil vermittelt worden ist. Nur dann kann angenommen werden, der erworbene Gesellschaftsanteil habe im Sinne eines Weiter- oder Fortführens des Betriebs durchgehend den Tatbestand des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG erfüllt.

d) Aufgrund der Zielsetzung des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG gelten entsprechende Grundsätze auch dann, wenn sich der Schenker bei der Übertragung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft an einem Anteil hiervon den Nießbrauch vorbehält. Die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG sind in einem solchen Fall für den nießbrauchsbelasteten Anteil nur dann zu gewähren, wenn dieser Anteil für sich betrachtet dem Bedachten die Stellung als Mitunternehmer vermittelt. Dass der Bedachte bezüglich des nicht mit dem Nießbrauch belasteten Teils der übertragenen Gesellschaftsbeteiligung Mitunternehmer ist, genügt nicht. Unabhängig von der Frage nach der Teilbarkeit der Mitgliedschaft eines Gesellschafters in einer Personengesellschaft sind vielmehr die Vereinbarung des Nießbrauchs an einem Teil der Gesellschaftsbeteiligung und die Ausgestaltung des Nießbrauchs sowie die tatsächliche Durchführung der getroffenen Vereinbarungen entscheidend.

e) Ein nach den (dispositiven) Vorgaben des BGB ausgestalteter Nießbrauch lässt die Stellung des Nießbrauchsbestellers als Mitunternehmer nicht entfallen (BFH, Urteil vom 1.3.1994, VIII R 35/92, BFHE 175, 231, BStBl II 1995, S. 241). Bestimmen die Vertragsparteien aber über die Vorgaben des BGB hinaus, dass die mit der übertragenen Beteiligung an der Personengesellschaft verbundenen Stimm- und Mitverwaltungsrechte hinsichtlich des mit dem Nießbrauch belasteten Teils der Gesellschaftsbeteiligung dem Nießbraucher zustehen sollen, und verfahren die Gesellschafter danach, ist dies unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung zumindest gemäß § 41 Abs. 1 der Abgabenordnung steuerrechtlich beachtlich und führt dazu, dass der Bedachte hinsichtlich des nießbrauchsbelasteten Anteils nicht Mitunternehmer ist und insoweit die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG nicht beanspruchen kann (vgl. BFHE 228, 184, BStBl II 2010, S. 555).

2. Für den mit dem Nießbrauch des Klägers belasteten Anteil der auf T übertragenen Beteiligung an der KG können somit die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG nicht in Anspruch genommen werden. Da sich der Kläger insoweit die Stimm- und Mitverwaltungsrechte in der KG umfassend vorbehalten hat, er von T zu deren Ausübung bevollmächtigt wurde und T sich verpflichtet hat, von ihrem eigenen Stimmrecht insoweit keinen Gebrauch zu machen, ersatzweise auf Wunsch des Klägers nach dessen Weisung zu handeln, und die Beachtung dieser Vereinbarungen durch das dem Kläger eingeräumte Recht, bei einem Verstoß dagegen die Schenkung zu widerrufen, abgesichert ist, steht der T insoweit keine Mitunternehmerinitiative zu. Sie ist daher insoweit ertragsteuerrechtlich nicht Mitunternehmerin. Dies ist auch für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung maßgebend.

**Anmerkung:**

Mit seiner Entscheidung vom 16.5.2013 tritt der BFH, wie zu erwarten war,<sup>1</sup> der Auffassung des FG Hessen entgegen und setzt seine Rechtsprechung zur Mitunternehmerstellung des Erwerbers bei Übertragungen von Personengesellschaftsanteilen unter Nießbrauchsvorbehalt weiter fort.

**1. Grundsätzliches zu Mitunternehmerschaft und Nießbrauchsvorbehalt**

Nach ständiger Rechtsprechung ist für die Steuerbegünstigung nach § 13b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 ErbStG erforderlich, dass der Erwerber Mitunternehmer im ertragsteuerlichen Sinne wird, also Mitunternehmerisiko trägt und Mitunternehmerinitiative entfalten kann.<sup>2</sup> Die Mitunternehmerstellung muss dem Erwerber außerdem durch den übertragenen Gesellschaftsanteil selbst vermittelt werden. War er bereits vor der Schenkung aufgrund einer eigenen Gesellschafterstellung Mitunternehmer, vermag diese Mitunternehmerschaft nicht auf die neu erworbene Beteiligung „abzufärben“.<sup>3</sup>

Sofern sich der Schenker anlässlich der Schenkung (zu) umfassende Rechte an der verschenkten Beteiligung vorbehält, droht die Mitunternehmerstellung nicht auf den Beschenkten überzugehen.<sup>4</sup> So ist es zwar ständige Rechtsprechung des BFH, dass ein nach den Vorgaben des BGB ausgestalteter Nießbrauch die Stellung des Erwerbers als Mitunternehmer nicht entfallen lässt;<sup>5</sup> stehen dem Nießbraucher aber weitergehende Einflussmöglichkeiten bei Grundlagengeschäften der Gesellschaft zu, etwa aufgrund vorbehaltener Stimm- und Mitverwaltungsrechte, und übt er diese auch tatsächlich aus, verweigert der BFH die steuerliche Anerkennung einer Mitunternehmerschaft des Erwerbers.<sup>6</sup>

**2. Besonderheit beim Quotennießbrauch**

Schwierigkeiten bereiten bei einem Quotennießbrauch solche Konstellationen, die bei einem vollumfänglichen Nießbrauch dazu führen würden, dass der Erwerber die Voraussetzungen der Mitunternehmerschaft nicht erfüllt. Ein solcher Fall lag der Entscheidung des BFH vom 16.5.2013 zugrunde. Der Schenker hatte sich im Hinblick auf rund 94 % der übertragenen Kommanditbeteiligung den Nießbrauch sowie die auf diese Quote entfallenden Stimm- und Verwaltungsrechte vorbehalten. Dabei stellte sich die Frage, ob der erworbene Anteil in einen belasteten und einen unbelasteten Anteil aufzuteilen ist und die schenkungsteuerliche Begünstigung nur hinsichtlich des unbelasteten Anteils in Frage kommt. Das FG Hessen hatte dies unter Verweis auf die Unteilbarkeit der Mitunternehmerstellung verneint mit der Folge, dass die Begünstigung in vollem Umfang zu gewähren sei. Die über die unbelastete Quote von rund 6 % vermittelte Mitunternehmerinitiative und das damit verbundene Mitunternehmerisiko reichten bereits

aus, um dem Beschenkten insgesamt eine Mitunternehmerstellung zu vermitteln.

**3. BFH: Zivilrechtliche Frage nach der Teilbarkeit der Mitgliedschaft unbeachtlich**

Wie bereits in den einschlägigen Vorentscheidungen<sup>7</sup> hat der BFH die Frage nach der Teilbarkeit der Mitgliedschaft im Ergebnis offen gelassen. Unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung sei die im entschiedenen Fall gewählte Gestaltung zumindest nach § 41 Abs. 1 AO steuerrechtlich beachtlich und führe dazu, dass der Bedachte hinsichtlich des nießbrauchsbelasteten Anteils nicht Mitunternehmer geworden sei.

**4. Parteiwille und tatsächliche Vertragsdurchführung maßgeblich**

Der BFH hat den Steuerpflichtigen in seiner Entscheidung vom 16.5.2013 an dem im Schenkungsvertrag vereinbarten und wirtschaftlich tatsächlich durchgeführten Ergebnis festgehalten. Der Nießbrauch wurde mit einer „Quote“ von 22.000/23.500 vorbehalten, und zwar nicht nur hinsichtlich des auf die Beteiligung entfallenden Ergebnisses einschließlich eines etwaigen Auseinandersetzungsguthabens, sondern auch hinsichtlich der Stimm- und Verwaltungsrechte. Dabei gingen die Parteien offenkundig selbst von einer Teilbarkeit der Kommanditbeteiligung aus. Bereits die Fallgestaltung zeigt also, dass zivilrechtlich trotz des Grundsatzes der Unteilbarkeit der Mitgliedschaft eine Aufteilung getroffen werden kann, und zwar in einen belasteten und einen unbelasteten Anteil.<sup>8</sup> Nichts anderes hätte gegolten, wenn die Beteiligung in zwei aufeinanderfolgenden Tranchen übertragen worden wäre – einer unbelasteten und einer vollumfänglich belasteten. Unabhängig von der zeitlichen Abfolge hätte der unbelastete Teil dem Beschenkten dann keine Mitunternehmerstellung hinsichtlich des belasteten Teils vermitteln können.<sup>9</sup>

Dies spricht dafür, dass dann auch bei einer einheitlichen Anteilsübertragung eine Aufteilung in einen mitunternehmerischen und einen nichtmitunternehmerischen Teil steuerlich möglich sein muss.<sup>10</sup>

Diese Sichtweise stützt letztlich auch die Argumentation des FG Hessen, da das Gericht im ersten Prüfungsschritt eine Aufteilung der übertragenen Beteiligung in einen belasteten und einen unbelasteten Teil vornimmt und (nur) hinsichtlich des unbelasteten Teils die Mitunternehmerstellung bejaht. In einem zweiten Prüfungsschritt leitet das Gericht jedoch dann aus der Unteilbarkeit von Beteiligung und Mitunternehmerstellung die Mitunternehmerschaft für die gesamte Beteiligung her. Wie sich die tatsächlich vorgenommene Aufteilung einerseits und die dann angeführte Unteilbarkeit andererseits widerspruchsfrei gegenüberstehen können, erscheint fragwürdig. Selbst bei Annahme einer gesellschaftsrechtlichen Unteilbarkeit der Mitgliedschaft müssen sich die Parteien aber nach § 41 Abs. 1 AO an der von ihnen gewollten und tatsächlich durchgeführten Teilung festhalten lassen.

<sup>1</sup> So bereits *Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG, 4. Aufl., § 13b Rdnr. 53; *Götz*, ZEV 2013, 430, 432.

<sup>2</sup> BFH, Urteil vom 10.12.2008, II R 34/07, BStBl II 2009, S. 312 = ZEV 2009, 149; BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, BStBl II 2010, S. 555 = ZEV 2010, 320.

<sup>3</sup> BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, BStBl II 2010, S. 555 = ZEV 2010, 320.

<sup>4</sup> *Schmidt/Wacker*, EStG, 32. Aufl., Rdnr. 305 ff.

<sup>5</sup> BFH, Urteil vom 1.3.1994, VIII R 36/92, BStBl II 1995, S. 241 = NJW 1995, 1918.

<sup>6</sup> BFH, Urteil vom 11.10.1988, VIII R 328/83, BStBl II 1989, S. 762 = NJW 1989, 2910; BFH, Urteil vom 10.12.2008, II R 34/07, BStBl II 2009, S. 312 = ZEV 2009, 149.

<sup>7</sup> BFH, Beschluss vom 8.10.2008, II B 107/08, BFH/NV 2009 32 (NV) = ZEV 2008, 611; BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, BStBl II 2010, S. 555 = ZEV 2010, 320.

<sup>8</sup> BFH, Beschluss vom 8.10.2008, II B 107/08, BFH/NV 2009 32 (NV) = ZEV 2008, 611.

<sup>9</sup> BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, BStBl II 2010, S. 555 = ZEV 2010, 320.

<sup>10</sup> Vgl. *Konrad*, HFR 2008, 605; *Schmidt/Wacker*, EStG, 32. Aufl., § 15 Rdnr. 757; a. A. *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, 45. Aufl., § 13b ErbStG Rdnr. 111.

Auch wenn sich ein Quotennießbrauch im Gegensatz zum Bruchteilsnießbrauch richtigerweise auf den gesamten Anteil bezieht und nur die Nutzungen auf einen Bruchteil beschränkt,<sup>11</sup> gerät diese Differenzierung dann an ihre Grenzen, wenn es über die Nutzungen hinaus zu einer Überlassung von Stimm- und Mitverwaltungsrechten kommt – denn wie sollen die „quotalen“ Stimmrechte wahrgenommen werden? Zwangsläufig hat zumindest tatsächlich eine Aufteilung zu erfolgen.

## 5. Hinweise für die Gestaltungspraxis

Mit seiner Entscheidung vom 16.5.2013 hat der BFH Nachfolgegestaltungen, bei denen sich der Schenker sowohl wirtschaftlich als auch im Hinblick auf die Verwaltung der Gesellschaft weitgehenden Einfluss vorbehalten möchte, nicht per se von der Steuerbegünstigung für Betriebsvermögen ausgeschlossen. So ist auch bei einem Quotennießbrauch mit Stimmrechtsvollmacht eine vollumfängliche Mitunternehmenschaft des Beschenkten möglich. Hierfür sollte sich der Nießbrauch wirtschaftlich allein auf den gesellschaftsrechtlich entnahmefähigen Ertrag und nicht auf die stillen Reserven oder das Auseinandersetzungsguthaben beziehen. Hinsichtlich der Stimm- und Verwaltungsrechte ist erforderlich, dass der Nießbrauchsbesteller im Zuge der Schenkung zumindest die Entscheidungsmacht über Grundlagengeschäfte erhält.<sup>12</sup>

Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. *Stephan Viskorf*,  
Rechtsanwältin *Dorothea Jehle*

<sup>11</sup> *Hochheim/Wagenmann*, ZEV 2010, 109 m. w. N.

<sup>12</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 11.10.1988, VIII R 328/83, BStBl II 1989, S. 762 = NJW 1989, 2910.

22. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1; EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2; KStG § 8 Abs. 3 (*Keine freigebigen Zuwendungen im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern*)

1. **Tritt nach dem Verkauf einer Forderung mit Besserungsschein zum Verkehrswert der Besserungsfall ein, verwandelt sich der Verkauf nicht in eine freigebige Zuwendung.**
2. **Im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern oder zu den Gesellschaftern einer an ihr beteiligten Kapitalgesellschaft gibt es neben betrieblich veranlassenen Rechtsbeziehungen lediglich offene und verdeckte Gewinnausschüttungen sowie Kapitalrückzahlungen, aber keine freigebigen Zuwendungen.**

BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind die Gesamtrechtsnachfolger des während des Revisionsverfahrens verstorbenen Klägers und Revisionsklägers R. R war Mitgesellschafter einer GmbH (GmbH 1), die die alleinige Aktionärin einer AG war, und ferner Mitgesellschafter einer weiteren GmbH (GmbH 2). Die GmbH 2 erlitt in den Jahren 2000 bis 2003 erhebliche Verluste, die die AG durch die Gewährung von Darlehen i. H. v. mehr als 2 Mio. € finanzierte. Im Dezember 2003 verkauften die Gesellschafter der GmbH 2 ihre Geschäftsanteile für einen Kaufpreis von 0 € an die AG, die sie ihrerseits mit Vertrag vom 20.12.2004 für 1 € an eine dritte GmbH (GmbH 3) verkaufte, deren alleiniger Gesellschafter R war.

Die AG verzichtete am 30.12.2004 auf die Rückzahlung der der GmbH 2 gewährten Darlehen, soweit dies erforderlich war, um deren bilanzielle Überschuldung zu verhindern. Der Verzicht erfolgte mit

einer Besserungsabrede dergestalt, dass die Forderung der AG wieder aufleben sollte, soweit ihre Erfüllung aus einem künftigen Bilanzgewinn oder Liquidationsüberschuss der GmbH 2 möglich sein würde, frühestens aber mit Wirkung ab dem Geschäftsjahr 2007 und höchstens i. H. v. 1 Mio. € jährlich. Die AG verkaufte diesen „Besserungsschein“ mit Vertrag vom 15.12.2005 für einen Kaufpreis von 1 € an R und trat ihn mit Wirkung ab dem 31.12.2004 an ihn ab. In dem Kaufvertrag wurde ausgeführt, der Wert des „Besserungsscheins“ übersteige den Kaufpreis in keinem Fall.

Da in den Geschäftsjahren 2007 und 2008 der Besserungsfall eintrat, wurden dem für R bei der GmbH 2 geführten Darlehenskonto zum 31.12.2007 und zum 31.12.2008 Beträge von 961.593 € bzw. 1 Mio. € gutgeschrieben.

Der Beteiligte und Revisionsbeteiligte (das Finanzamt – FA –) sah in diesen Gutschriften am 31.12.2007 und 31.12.2008 ausgeführte freigebige Zuwendungen der AG an R und setzte demgemäß gegen ihn auf diese Stichtage Schenkungsteuer von 335.405 € und 350.000 € fest. Die Einsprüche blieben erfolglos.

Das FG gab der Klage durch das in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 952, veröffentlichte Urteil nur hinsichtlich der Höhe der Steuerfestsetzung zum 31.12.2007 teilweise statt, indem es die Steuer auf 334.705 € (35 % von 956.300 €) herabsetzte, und wies die Klage im Übrigen ab. Das FA habe zu Recht das Vorliegen freigebiger Zuwendungen der AG an R angenommen. Es könne auf sich beruhen, ob der Abschluss des Kaufvertrags vom 15.12.2005 zu einer verdeckten Gewinnausschüttung geführt habe. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, würde dies die Rechtmäßigkeit der Festsetzung der Schenkungsteuer nicht infrage stellen.

Mit der Revision rügen die Kläger Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Da der Verkehrswert der von R erworbenen Forderung beim Abschluss des Kaufvertrags vom 15.12.2005 nicht höher als 1 € gewesen sei, stelle der Kaufpreis eine angemessene Gegenleistung dar. Dies schließe das Vorliegen freigebiger Zuwendungen aus.

Die Kläger beantragen, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidungen vom 21.2.2011 und die Schenkungsteuerbescheide vom 11.1.2011 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, der Einspruchsentscheidungen vom 21.2.2011 und der Steuerbescheide vom 11.1.2011 (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, die AG habe R am 31.12.2007 und 31.12.2008 etwas freigebig zugewandt.

1. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird.

a) Eine freigebige Zuwendung setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung (objektiv) unentgeltlich ist (BFH, Urteil vom 23.11.2011, II R 33/10, BFHE 237, 179, BStBl II 2012, S. 473 Rdnr. 20), und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (BFH, Urteil vom 15.12.2010, II R 41/08, BFHE 232, 210, BStBl II 2011, S. 363 Rdnr. 9).

b) Eine freigebige Zuwendung liegt auch vor, wenn einer höherwertigen Leistung eine Gegenleistung von geringerem Wert gegenübersteht und die höherwertige Leistung neben Elementen der Freigebigkeit auch Elemente eines Austauschvertrags enthält, ohne dass sich die höherwertige Leistung in zwei selbständige Leistungen aufteilen lässt (sog. gemischte Schenkung). Über eine – teilweise – Unentgeltlichkeit und die Frage einer Bereicherung ist dabei nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden. Bei einer gemischten Schen-

kung unterliegt der Schenkungsteuer nur der (unselbständige) freigebige Teil der Zuwendung. Dieser Teil ist die Bereicherung im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG und bestimmt sich nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Bereicherung des Bedachten zum Verkehrswert der Leistung des Schenkers (BFHE 232, 210, BStBl II 2011, S. 363 Rdnr. 10, 14, und BFH, Urteil vom 23.5.2012, II R 21/10, BFHE 237, 466, BStBl II 2012, S. 793 Rdnr. 22).

Für die Ermittlung des Verkehrswerts kommt es dabei auf den Bewertungsstichtag an. Spätere Entwicklungen wie etwa das vorzeitige Ableben des Rentenberechtigten, wenn sich der Beschenkte im Rahmen einer gemischten Schenkung zur Zahlung einer Rente verpflichtet hat, können dabei abweichend von der Ermittlung des Steuerwerts (vgl. § 14 Abs. 2 BewG) nicht berücksichtigt werden (BFH, Urteil vom 17.10.2001, II R 72/99, BFHE 196, 296, BStBl II 2002, S. 25).

2. Diese Voraussetzungen einer gemischten Schenkung sind nach den vom FG getroffenen Feststellungen (§ 118 Abs. 2 FGO) im Streitfall nicht erfüllt.

a) Das FG hat nicht festgestellt, dass der Verkehrswert der von R erworbenen Forderung beim Abschluss des Kaufvertrags vom 15.12.2005 höher als 1 € gewesen sei. Der Kaufpreis stellte daher eine angemessene Gegenleistung für den Erwerb der Forderung dar. Die AG hatte demgemäß auch nicht den für das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung erforderlichen Willen zur Freigebigkeit. Dies schließt das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung aus.

b) Dass später der Besserungsfall eingetreten ist und die Forderung daher werthaltig wurde, ist unerheblich. Dies hatte nicht zur Folge, dass sich der zum Verkehrswert erfolgte Verkauf der Forderung rückwirkend in eine freigebige Zuwendung umwandelte. Der Eintritt des Besserungsfalls hat den für die Besteuerung maßgebenden Sachverhalt nicht rückwirkend verändert. Es handelt sich dabei vielmehr um eine spätere Entwicklung, die bei der Prüfung, ob am Stichtag eine gemischte Schenkung vorliegt, keine Rolle spielt.

c) Die am 31.12.2007 und 31.12.2008 vorgenommenen Gutschriften auf dem bei der GmbH 2 für R geführten Darlehenskonto sind auch nicht im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG „auf Kosten“ der AG erfolgt. Da R nicht nur der Gläubiger der gegen die GmbH 2 gerichteten Forderung, sondern zugleich über die GmbH 3 bereits seit Abschluss des Vertrags vom 20.12.2004 und somit lange vor dem am 15.12.2005 vereinbarten Kauf der Forderung von der AG und auch vor dem Eintritt des Besserungsfalls mittelbar alleiniger Gesellschafter der GmbH 2 war, ist der Besserungsfall in seinem Verantwortungs- und Zurechnungsbereich und nicht in jenem der AG eingetreten.

d) Aus dem BFH-Urteil vom 21.4.2009, II R 57/07 (BFHE 224, 279, BStBl II 2009, S. 606) ergibt sich nichts anderes. Nach diesem Urteil ist zwar die Schenkung einer Forderung, hinsichtlich der eine Besserungsabrede getroffen wurde, ausgeführt, sobald der Besserungsfall eingetreten ist. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall war die Forderung, auf die sich die vereinbarte Besserungsabrede bezog, aber nicht zum Verkehrswert verkauft, sondern von vornherein freigebig zugewandt worden. Dies war die Voraussetzung für die Prüfung, wann die dem Grunde nach vorliegende freigebige Zuwendung ausgeführt worden war.

3. Der Annahme einer freigebigen Zuwendung der AG an R steht auch entgegen, dass es im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern oder zu den Gesellschaftern einer an ihr beteiligten Kapitalgesellschaft neben betrieblich

veranlassten Rechtsbeziehungen lediglich offene und verdeckte Gewinnausschüttungen sowie Kapitalrückzahlungen, aber keine freigebigen Zuwendungen im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gibt.

a) Gewinnausschüttungen einer Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter erfolgen nicht freigebig. Sie beruhen vielmehr auf dem Gesellschaftsverhältnis, und zwar unabhängig davon, ob sie offen oder verdeckt vorgenommen werden, und haben daher jedenfalls im Verhältnis zu den Gesellschaftern ausschließlich ertragsteuerrechtliche Folgen.

aa) Nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch verdeckte Gewinnausschüttungen. Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist gegeben, wenn eine Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung ihren Anlass oder zumindest ihre Mitveranlassung im Gesellschaftsverhältnis hat. Das ist der Fall, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer diesen Vorteil einem Nichtgesellschafter nicht zugewendet hätte (BFH, Urteil vom 13.12.2006, VIII R 31/05, BFHE 216, 214, BStBl II 2007, S. 393, und BFH, Urteil vom 27.3.2012, VIII R 27/09, BFH/NV 2012, 1127 Rdnr. 18). Die Zuwendung eines Vorteils an den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung beruht somit zumindest auch auf dem Gesellschaftsverhältnis, wenn sie nicht ausschließlich betrieblich veranlasst ist (BFHE 216, 214, BStBl II 2007, S. 393, und BFH, BFH/NV 2012, S. 1127 Rdnr. 18 f.).

bb) Die verdeckten Gewinnausschüttungen mindern das Einkommen einer Kapitalgesellschaft nicht (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG). Unter einer verdeckten Gewinnausschüttung im Sinne dieser Vorschrift ist eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung zu verstehen, die nicht auf einer offenen Gewinnausschüttung beruht, sich auf den gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG für die Gewinnermittlung maßgebenden Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres auswirkt und durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst oder mitveranlasst ist. Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis hat der BFH für den größten Teil der zu entscheidenden Fälle bejaht, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie einem Gesellschaftsfremden unter ansonsten vergleichbaren Umständen nicht zugewendet hätte. Maßstab für den hiernach anzustellenden Fremdvergleich ist das Handeln eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, der gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwendet (BFH, Urteil vom 24.8.2011, I R 5/10, BFH/NV 2012, 271 Rdnr. 27; BFH, Urteil vom 31.1.2012, I R 1/11, BFHE 236, 368, BStBl II 2012, S. 694 Rdnr. 10, und BFH, Urteil vom 15.2.2012, I R 19/11, BFHE 236, 452 Rdnr. 16, je m. w. N.). Zudem setzt die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung voraus, dass die Minderung des Unterschiedsbetrages gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG bei der Körperschaft geeignet ist, beim Gesellschafter einen sonstigen Bezug im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG auszulösen (BFH, Urteil vom 20.8.2008, I R 19/07, BFHE 222, 494, BStBl II 2011, S. 60; BFH, BFH/NV 2012, 271 Rdnr. 27, und BFHE 236, 452 Rdnr. 16, je m. w. N.).

cc) Eine verdeckte Gewinnausschüttung besteht in ihrem Wesen darin, dass eine Beurteilung eines Sachverhalts geltend gemacht wird, die diesen nicht als Grundlage einer

Gewinnausschüttung erscheinen lässt, vielmehr eine solche „verdeckt“. Vermögensvorteile werden den Gesellschaftern damit in einer Form zugeführt, in der sie nicht als Ausschüttung erscheinen, sondern unter anderer Bezeichnung verborgen sind. Entscheidend ist somit, ob Leistungen an den Gesellschafter aus betrieblichen Gründen oder mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis (*societatis causa*) gewährt werden (BFH, Urteil vom 23.10.1985, I R 247/81, BFHE 145, 165, BStBl II 1986, S. 195).

Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann daher beispielsweise bei einem zwischen der Kapitalgesellschaft und einem Gesellschafter geschlossenen Kaufvertrag vorliegen, nämlich wenn die Kapitalgesellschaft einen überhöhten Kaufpreis an den Gesellschafter zahlt oder wenn der vom Gesellschafter an die Gesellschaft zu entrichtende Kaufpreis unangemessen niedrig ist (BFH, Urteil vom 17.10.2001, I R 103/00, BFHE 197, 68, BStBl II 2004, S. 171, und BFH, Urteil vom 6.4.2005, I R 22/04, BFHE 209, 460, BStBl II 2007, S. 658; *Wassermeyer* in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, § 20 Rdnr. C 60a, 60c; *Schallmoser/Eisgruber/Janetzko* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 8 KStG Rdnr. 265; *Blümich/Stuhrmann*, § 20 EStG Rdnr. 80).

dd) Eine verdeckte Gewinnausschüttung an einen Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft liegt unter den dargelegten allgemeinen Voraussetzungen auch dann vor, wenn die Kapitalgesellschaft den Vermögensvorteil unmittelbar einer dem Gesellschafter nahestehenden Person zuwendet (vgl. z.B. BFHE 236, 452, Rdnr. 16). Das „Nahestehen“ in diesem Sinn kann familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder auch rein tatsächlicher Art sein (BFH, Urteil vom 19.6.2007, VIII R 54/05, BFHE 218, 244, BStBl II 2007, S. 830). Die Zuwendung eines Vorteils an eine dem Gesellschafter der Kapitalgesellschaft nahestehende Person ist unabhängig davon als verdeckte Gewinnausschüttung zu beurteilen, ob auch der Gesellschafter selbst ein vermögenswertes Interesse an dieser Zuwendung hat, soweit andere Ursachen für die Zuwendung als das Nahestehen des Empfängers zu dem Gesellschafter auszuschließen sind (BFHE 218, 244, BStBl II 2007, S. 830, und BFH, Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06, BFHE 218, 414, BStBl II 2008, S. 258 m. w. N.).

Die Zuwendung des Vermögensvorteils an die dem Gesellschafter der Kapitalgesellschaft nahestehende Person ist im Hinblick auf die Anwendung der Vorschriften über die verdeckte Gewinnausschüttung so zu beurteilen, als hätte der Gesellschafter selbst den Vorteil erhalten und diesen an die nahestehende Person weitergegeben (BFHE 218, 244, BStBl II 2007, S. 830 m. w. N.).

ee) Ist Gesellschafterin einer Kapitalgesellschaft eine andere Kapitalgesellschaft, so stehen dieser deren Gesellschafter nahe. Leistungen, die eine Kapitalgesellschaft unmittelbar an einen Gesellschafter ihres eigenen Gesellschafters (mittelbarer Gesellschafter) erbringt, können daher verdeckte Gewinnausschüttungen sein (BFH, BFH/NV 2012, 271, Rdnr. 27). In einem solchen Fall ist der normale Weg der Gewinnausschüttung der Beteiligungsgesellschaft an die Muttergesellschaft und der Muttergesellschaft an ihren Gesellschafter abgekürzt. Es liegt dann eine verdeckte Gewinnausschüttung der Beteiligungsgesellschaft an die Muttergesellschaft und eine verdeckte Gewinnausschüttung der Muttergesellschaft an ihren Gesellschafter vor (vgl. BFHE 145, 165, BStBl II 1986, S. 195, unter B.II.4.).

ff) Entgegen der Ansicht des FG kann die Gewährung eines unangemessenen Vermögensvorteils durch eine Kapitalgesellschaft an einen ihrer Gesellschafter oder an einen Gesellschafter einer an ihr beteiligten Kapitalgesellschaft nur unter

dem ertragsteuerrechtlichen Gesichtspunkt einer verdeckten Gewinnausschüttung gewürdigt, nicht aber zusätzlich als freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG angesehen werden. Durch die Gewährung eines solchen Vermögensvorteils wird der für offene Ausschüttungen zur Verfügung stehende Gewinn der Kapitalgesellschaft gemindert. Die sich durch die Gewinnminderung ergebenden Folgen werden auf der Seite der Kapitalgesellschaft durch § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und auf der Seite des einkommensteuerpflichtigen Gesellschafters durch § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG geregelt. Die verdeckten Gewinnausschüttungen werden ertragsteuerrechtlich somit im Ergebnis wie offene Gewinnausschüttungen behandelt.

Damit ließe es sich nicht vereinbaren, wenn eine verdeckte Gewinnausschüttung anders als eine offene Gewinnausschüttung zugleich als freigebige Zuwendung der Kapitalgesellschaft an ihren Gesellschafter oder an einen Gesellschafter einer an ihr beteiligten Kapitalgesellschaft angesehen würde (*Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 16. Aufl., § 7 Rdnr. 74; *Götz* in *Wilms/Jochum*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 45; *Albrecht*, ZErB 2003, 141, 148; *Crezelius*, ZEV 2008, 268, 273; *ders.*, ZEV 2011, 393, 396 f.; *Viskorf*, ZEV 2012, 442, 446; *Wälzholz*, ZEV 2008, 273, 276; vgl. dazu bereits RFG, Urteil vom 21.1.1943, III e 38/41, RStBl 1943, S. 589; a. A. *Hartmann* in *Gürsching/Stenger*, Bewertungsrecht, § 7 ErbStG Rdnr. 103.2).

Es spielt dabei entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung (gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 14.3.2012, BStBl I 2012, S. 331, Abschn. 2.6.2) und einer in der Literatur vertretenen Ansicht (*Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 191 f.; *Weinmann* in *Moench/Weinmann*, § 7 ErbStG Rdnr. 190) keine Rolle, ob alle Gesellschafter der Kapitalgesellschaft verdeckte Gewinnausschüttungen in gleicher Höhe erhalten. Auch wenn dies nicht der Fall ist und beispielsweise nur ein Gesellschafter eine überhöhte Vergütung erhält, führt das über die gesellschaftsrechtliche Beteiligungsquote hinaus Verteilte nicht zu einer freigebigen Zuwendung der Kapitalgesellschaft an den Gesellschafter. Vielmehr unterliegt die Zahlung des unangemessenen Teils der Vergütung als verdeckte Gewinnausschüttung der Einkommensteuer, da sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist (*Geck* in *Kapp/Ebeling*, § 7 ErbStG Rdnr. 219 f.; *Kamps*, Die Steuerberatung, 2006, 107, 113 ff.). Dies schließt das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung der Kapitalgesellschaft an den Gesellschafter aus. Für verdeckte Gewinnausschüttungen kann insoweit nichts anderes gelten wie für Vermögensübertragungen von einem Gesellschafter auf eine Kapitalgesellschaft, die als gesellschaftsrechtliche Vorgänge nicht als freigebige Zuwendungen an die Gesellschaft zu beurteilen sind (BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 63/05, BFHE 218, 429, BStBl II 2008, S. 381; *Viskorf*, ZEV 2012, 442, 446).

gg) Ob es Fälle gibt, in denen ein und derselbe Lebenssachverhalt tatbestandlich sowohl der Einkommen- als auch der Schenkungsteuer unterfällt, und in welchem Verhältnis die beiden Steuerarten in solchen Fällen stehen (vgl. dazu BFH, Beschluss vom 12.9.2011, VIII B 70/09, BFH/NV 2012, 229 Rdnr. 19; *Fischer* in *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 131), kann im Streitfall auf sich beruhen; denn sowohl offene als auch verdeckte Gewinnausschüttungen einer Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter oder an die Gesellschafter einer an ihr beteiligten Kapitalgesellschaft sind tatbestandlich, wie dargelegt, keine freigebigen Zuwendungen im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

b) Der Annahme einer freigebigen Zuwendung der AG an R steht somit auch entgegen, dass dieser über die GmbH 1 mittelbarer Gesellschafter der AG war.

4. Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Die angefochtenen Schenkungsteuerbescheide und die Einspruchsentscheidungen sind ebenfalls aufzuheben.

(...)

### Anmerkung:

Die verdeckte Gewinnausschüttung wurde lange Zeit allein als ertragsteuerliches und gesellschaftsrechtliches Phänomen verstanden. In den vergangenen Jahren ist die Finanzverwaltung jedoch dazu übergegangen, die Problematik zunehmend auch als Schenkungsteuerfall zu betrachten. Mit der vorliegenden Entscheidung bringt der BFH deutlich zum Ausdruck, dass ihm diese Herangehensweise missfällt.

### 1. Der Entscheidungssachverhalt

Eine AG „verkauft“ zum Preis von 1 € eine bedingte Forderung im Nennbetrag von 2 Mio. € gegen eine GmbH an eine natürliche Person, welche zugleich mittelbar an der AG beteiligt ist. Die Forderung besteht nur (noch) unter der Bedingung, dass die Schuldnerin gewisse Gewinnziele erreicht (sog. Besserungsschein), was zum Zeitpunkt der Veräußerung der Forderung offenbar höchst unwahrscheinlich ist. Einige Jahre später treten die Besserungsbedingungen jedoch tatsächlich ein und die Forderung ist nunmehr 2 Mio. € wert.

Dieses „Wiederaufleben“ der Forderung sah das Finanzamt als Schenkung der AG an ihren mittelbaren Gesellschafter an und setzte entsprechend Schenkungsteuer fest.

### 2. Zeitpunkt der Schenkung und Bewertungsstichtag

Eine steuerpflichtige Schenkung liegt nur dann vor, wenn die Leistung objektiv unentgeltlich ist und dies auch (subjektiv) vom Willen des Zuwendenden erfasst war. Maßgeblich sind hierfür nach Auffassung des BFH die Verhältnisse zur Zeit der Forderungsübertragung als Bewertungsstichtag im Sinne von § 11 ErbStG; auf den späteren Eintritt der Besserungsbedingung kommt es nicht an. Im Jahr 2009<sup>1</sup> hatte derselbe Senat allerdings entschieden, dass die Schenkung eines „Besserungsscheines“ erst mit Eintritt der Besserungsbedingung als vollzogen gilt und dann die Schenkungsteuer aus dem tatsächlichen Forderungsbetrag erhoben wird. Der BFH betreibt hier unter II.2. d) der Urteilsgründe merkwürdiges Distinguishing mit folgendem Ergebnis:

– Wird die zur Zeit der Abtretung wertlose Forderung geschenkt, so ist die Schenkung bei späterer Werthaltigkeit mit dem Nennbetrag zu bewerten.

– Wird dieselbe Forderung für 1 € verkauft, so wird gar keine Schenkungsteuer erhoben.

Mit anderen Worten: Bei der Prüfung der Frage, ob eine Schenkung vorliegt, wird ein anderer Bewertungsstichtag herangezogen als bei der Bewertung der Höhe der Schenkung. Dies scheint weder wirtschaftlich noch dogmatisch überzeugend, wobei der Fehler eher in der Entscheidung von 2009 zu suchen ist.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BFH, Urteil vom 21.4.2009, II R 57/07, ZEV 2009, 414.

<sup>2</sup> Vgl. auch die Anm. von *Ebeling*, ZEV 2009, 414 ff.

Dass die Forderung tatsächlich so ganz und gar wertlos war, drei Jahre später aber mit 2 Mio. € ausgewiesen werden konnte, mag dem Leser merkwürdig vorkommen; der BFH legte hier lakonisch zugrunde, dass die Tatsacheninstanz keinen höheren Wert festgestellt hatte (und verschweigt dabei, dass diesbezügliche Feststellungen aus Sicht der Tatsacheninstanz auch gar nicht geboten waren, denn diese hatte die Schenkung zu einem späteren Stichtag bewertet).

### 3. Verdeckte Gewinnausschüttung und Schenkungsteuer

Ganz zufrieden war der BFH mit dieser Argumentation wohl auch nicht, so dass er unter II. 3. der Urteilsgründe eine Alternativbegründung<sup>3</sup> liefert, die ebenfalls zur Steuerfreiheit führt. Hier findet sich nun der dogmatisch interessantere Teil der Urteilsgründe.

Danach sind Leistungen einer Kapitalgesellschaft an ihren Gesellschafter entweder betrieblich veranlasst (normale Umsatzgeschäfte) oder gesellschaftsrechtlich veranlasst (offene oder verdeckte Gewinnausschüttungen, Kapitalrückzahlungen/Liquidationserlös), weshalb für die Annahme unentgeltlicher Zuwendungen kein Raum ist. Ob es überhaupt Fälle geben kann, in denen für denselben Vorgang Einkommensteuer und Schenkungsteuer erhoben wird, lässt der BFH offen, jedenfalls im Verhältnis zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihrem Gesellschafter gibt es sie nicht.

### 4. Reichweite der Sperrwirkung

Diese Sperrwirkung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung reicht in der Lesart des BFH sehr weit, sie erfasst auch

– Fälle, in denen ein Gesellschafter durch die verdeckte Gewinnausschüttung gegenüber Mitgesellschaftern bevorzugt wird, weil nicht alle Gesellschafter gleichermaßen bedacht werden;

– Fälle, in denen nicht der Gesellschafter selbst, sondern eine ihm nahestehende Person Empfänger der verdeckten Gewinnausschüttung ist. Diese Konstellation trifft den Entscheidungssachverhalt des BFH, denn der Abtretungsempfänger war nicht selbst, sondern über eine zwischengeschaltete GmbH an der AG beteiligt. Der mittelbare Gesellschafter gilt sodann als nahestehende Person des unmittelbaren Gesellschafters. Ertragsteuerlich wird die verdeckte Gewinnausschüttung in diesen Fällen beim unmittelbaren Gesellschafter erfasst.<sup>4</sup>

Schenkungssteuerlich hatte der II. Senat des BFH bereits 2007<sup>5</sup> entschieden, dass bei einer verdeckten Gewinnausschüttung an eine nahestehende Person des Gesellschafters jedenfalls keine Schenkung des Gesellschafters an die nahestehende Person vorliegt; ob eine Schenkung der Gesellschaft vorliegen kann, war damals offen geblieben. Aus der Begründung der Entscheidung des Jahres 2007 ergibt sich im Übrigen auch, dass in der im ersten Spiegelstrich genannten Konstellation keine Schenkung unter den Gesellschaftern vorliegen kann, da die Zuwendung auf Kosten des Gesellschaftsvermögens erfolgt. Die Wertminderung der Anteile der Mitgesellschafter ist ein bloßer Reflex.

<sup>3</sup> Wenn die Forderung – wie der Entscheidung zu entnehmen ist – zum Verkehrswert veräußert wurde, liegt darin selbstverständlich weder eine Schenkung noch eine verdeckte Gewinnausschüttung, so dass die nachfolgenden Ausführungen des BFH auch als groß angelegtes obiter dictum verstanden werden könnten.

<sup>4</sup> *Schmidt/Weber-Grellet*, § 20 EStG Rdnr. 56.

<sup>5</sup> BFH, Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06, MittBayNot 2008, 244.

Entsprechendes hatte der BFH auch für den Umkehrfall der verdeckten Einlage vertreten;<sup>6</sup> der Gesetzgeber hat darauf mit der Schaffung des § 7 Abs. 8 ErbStG reagiert. Für die Konstellation der verdeckten Gewinnausschüttung hat der Gesetzgeber dagegen keinen neuen Steuertatbestand geschaffen, sondern nur ein Steuerklassenprivileg (§ 15 Abs. 4 ErbStG), da er – wie viele Leser der Entscheidung aus 2007 – davon ausgegangen ist, dass diese Fälle bereits von § 7 Abs. 1 ErbStG erfasst werden.<sup>7</sup> § 15 Abs. 4 ErbStG hat nach der hier geschilderten Auffassung des BFH aber praktisch keinen Anwendungsbereich mehr. Die Norm erfasst höchstens noch die Fälle des § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG (Schenkung einer Kapitalgesellschaft an eine andere Kapitalgesellschaft).

Der BFH geht in seiner Entscheidung auf § 15 Abs. 4 ErbStG und die zugrundeliegenden Annahmen des Gesetzgebers nicht ein, weil diese Norm im maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht existierte. Dennoch lässt die Urteilsbegründung keinen Zweifel daran, dass der BFH auch nach der heutigen Gesetzesfassung keinen Steuertatbestand erkennt.

## 5. Konsequenzen

Überholt sind mit der Entscheidung des BFH auch die Ländererlasse vom 14.3.2012<sup>8</sup>, soweit diese (Tz. 1.1, 2. Abs., 2.6.1-2.6.3, 4.1) die Konstellationen der verdeckten Gewinnausschüttung behandeln.

Damit steht allerdings auch die Reichweite des § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG in Frage:

**Beispiel 1:** Die A-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter V ist, zahlt auf Veranlassung des V eine überhöhte Vergütung an die B-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter S, der Sohn des V, ist.

Soweit dies in der Absicht geschieht, den S zu bereichern, liegt nach § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG eine Schenkung der A-GmbH an S vor, wobei für die Besteuerung gemäß § 15 Abs. 4 ErbStG das Verhältnis des Erwerbers (S) zum Veran-

lasser (V) zugrunde zu legen ist. Ertragsteuerlich könnte in diesem Vorgang aber sehr wohl eine verdeckte Gewinnausschüttung gesehen werden, da S und die B-GmbH dem V nahe stehen. Dass in diesem Fall die verdeckte Gewinnausschüttung zu einer Sperrwirkung für die Schenkungsteuer führen soll, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Die Rechtsprechung des BFH eröffnet neue Möglichkeiten, Schenkungsteuer über den Weg der verdeckten Gewinnausschüttung zu sparen:

**Beispiel 2:** A und seine Lebensgefährtin B sind zu gleichen Teilen an einer GmbH beteiligt, die über offene Rücklagen von 100.000 € verfügt. Sie möchten dieses Geld dem A allein zukommen lassen. Würden die Gesellschafter den Weg über eine offene Ausschüttung an alle Gesellschafter gehen, so würde hierfür bereits die Kapitalertragsteuer erhoben. Die Weitergabe der Nettodividende an A wäre wiederum eine steuerpflichtige Schenkung. Zahlt die GmbH hingegen das Geld ohne Gewinnverwendungsbeschluss zum Beispiel als überhöhte Vergütung direkt an A, so fällt nur die Kapitalertragsteuer an, die Schenkungsteuer entfällt nach Meinung des BFH.

Zu beachten ist jedoch § 17 Abs. 4 EStG, wenn mehr aus den Rücklagen zurückgezahlt wird als die Gesellschaft selbst erwirtschaftet hat.

**Beispiel 3:** A, Alleingesellschafter der A-GmbH, möchte seinem Sohn 100.000 € zukommen lassen, die sich momentan als offene Rücklage in der GmbH befinden. Der persönliche Freibetrag des Sohnes ist bereits anderweitig verbraucht. Schüttet die GmbH die Dividende an A aus, so führt die Weiterschekung zur Steuerpflicht. Zahlt die GmbH das Geld direkt als verdeckte Gewinnausschüttung an den Sohn des A, so fällt auch hier die Schenkungsteuer weg.

Ob dieser Umstände ist es wohl nur eine Frage der Zeit, bis der Gesetzgeber den neu geschaffenen § 7 Abs. 8 ErbStG, der bisher die Vermögenszuwendung einer natürlichen Person an eine Kapitalgesellschaft und zwischen zwei Kapitalgesellschaften behandelt, um den Fall „Kapitalgesellschaft an natürliche Person“ – zumindest für diese Fallgruppen – erweitert.

Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

<sup>6</sup> BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 28/08, MittBayNot 2010, 424.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 17/7524, S. 25 f.

<sup>8</sup> BStBl I 2012, S. 331; ebenso zuvor schon vom 20.10.2010, DStR 2011, 79.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### Löschung eines Erbbaurechts nach Zeitablauf

#### I. Löschung eines erloschenen Rechts

Die Voraussetzungen, unter denen ein materiellrechtlich erloschenes Recht, das im Grundbuch noch eingetragen ist, auch dort gelöscht werden kann, werden meist im Zusammenhang mit dem Erlöschen eines Rechts durch den Tod des Berechtigten diskutiert.

- Können keine Rückstände bestehen, kann das nicht mehr bestehende Recht auch im Grundbuch gelöscht werden.
- Können Rückstände bestehen, ist eine Löschung ohne Zustimmung der Erben möglich, wenn eine Löschungserleichterung im Grundbuch eingetragen ist.
- Können Rückstände bestehen und ist keine Löschungserleichterung im Grundbuch eingetragen, sieht § 23 GBO vor, dass die Löschung erst nach Ablauf eines Sperrjahres erfolgen darf.
- Vor Ablauf des Sperrjahres ist bei Fehlen einer Löschungserleichterung und der Möglichkeit von Rückständen zur Löschung die Bewilligung der Erben erforderlich.

§ 23 GBO soll verhindern, dass die Berichtigung zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führt.<sup>1</sup>

#### II. Folgen des Zeitablaufs beim Erbbaurecht

Die Lage beim Zeitablauf des Erbbaurechts ähnelt der vorstehend dargestellten beim Tod eines Berechtigten.

**Hinweis:** Eine Bestellung des Erbbaurechts auf Lebenszeit des Berechtigten ist unwirksam (analog § 1 Abs. 4 Satz 1 ErbbauRG).<sup>2</sup> Der Eintritt des Todes ist zwar sicher, der Termin aber ungewiss.<sup>3</sup>

Das Erbbaurecht erlischt mit Ablauf der Zeitdauer, für die es bestellt wurde.<sup>4</sup> Rückstände können nicht bestehen.<sup>5</sup> Jedoch tritt an die Stelle des Erbbaurechts für den früheren Erbbauberechtigten und die am Erbbaurecht eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger die Entschädigung. Es handelt sich um die „Umwandlung eines das Grundstück belastenden Rechts in ein anderes belastendes Recht“. Einzelheiten hierzu enthalten weder das ErbbauRG noch die GBO. Die ältere Auffassung<sup>6</sup> ging davon aus, dass die Entschädigung im Grundbuch nicht eingetragen wird. Konsequenz war, dass die Löschung des Erbbaurechts bei Zeitablauf im Wege der bloßen Grundbuchberichtigung erfolgen konnte. Nach anderer Auffassung tritt die Entschädigungsforderung an die Stelle des eingetragenen Erbbaurechts und lastet trotz ihres an sich nur schuldrechtlichen Charakters wie ein dingliches Recht auf dem

Grundstück. Der Entschädigungsanspruch bei Erlöschen durch Zeitablauf ist Ersatz für das nicht bestehende Wegnahmerecht hinsichtlich des Gebäudes, das ohne Weiteres Grundstücksbestandteil wird (§ 12 Abs. 3 ErbbauRG). Die Eintragung des Entschädigungsanspruchs ist in der Weise zu bewirken, dass an derselben Stelle, an der das Erbbaurecht eingetragen war, vermerkt wird, an die Stelle des erloschenen Erbbaurechts sei mit dessen Rang die Entschädigungsforderung getreten.<sup>7</sup> Es handelt sich nach überwiegender Ansicht nicht um eine Hypothek, sondern um ein Sicherungsmittel eigener Art, das nach den Vorschriften über Reallasten im Grundbuch eingetragen wird.<sup>8</sup> Dieser Meinung hat sich der BGH angeschlossen.<sup>9</sup>

#### III. Praktische Folgen

Für die Löschung eines aufgrund Zeitablaufs erloschenen Erbbaurechts im Grundbuch bedeutet dies:

1. Ist der Entschädigungsanspruch als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen worden, was durch den Erbbaurechtsvertrag nachgewiesen werden kann, kann die Löschung des Erbbaurechts aufgrund eines schriftlichen Berichtigungsantrags erfolgen. Eine Bewilligung des Erbbauberechtigten oder etwaiger Berechtigter am Erbbaurecht ist nicht erforderlich.

2. Ist der Entschädigungsanspruch nicht ausgeschlossen, ist zur berichtigenden Löschung des Erbbaurechts die Bewilligung des Erbbauberechtigten in öffentlich beglaubigter Form erforderlich. Um den Untergang der kraft Gesetzes entstehenden dinglichen Rechte an der Entschädigungsforderung zu verhindern, muss zusätzlich die Mitbewilligung der Realgläubiger am Erbbaurecht zur Löschung des Erbbaurechts vorgelegt werden. In diesem Fall wird nur das Erlöschen des Erbbaurechts ohne die Entschädigungsforderung samt Rechten an ihm im Grundbuch eingetragen. Liegt nur ein Berichtigungsantrag des Grundstückseigentümers vor, müssen mit dem Erlöschen des Erbbaurechts die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten im Rang des Erbbaurechts in der Veränderungsspalte in Abteilung II und ferner ein Vermerk über das jeweilige Pfandrecht des Realgläubigers eingetragen werden. Verfahrensrechtlich ist für die Eintragung der Entschädigungsforderung ein Antrag des Grundstückseigentümers oder Erbbauberechtigten erforderlich. Der Vermerk über das Pfandrecht eines Realgläubigers an der Entschädigungsforderung setzt einen Antrag des Erbbauberechtigten oder des Realgläubigers voraus.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Holzer/Kramer, Grundbuchrecht, 2. Aufl., 5. Teil Rdnr. 89.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 14.7.1969, V ZR 122/66, BGHZ 52, 269.

<sup>3</sup> Siehe nur Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl., Rdnr. 100.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, MittBayNot 2013, 474.

<sup>5</sup> A. A. Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl., Rdnr. 607 m. w. N.

<sup>6</sup> Zum Beispiel Planck/Streckler, BGB, 5. Aufl., § 28 Anm. 2.

<sup>7</sup> So bereits RGRK/Bessau, BGB, 8. Aufl., § 28 Anm. 1.

<sup>8</sup> Siehe nur OLG Hamm, Beschluss vom 15.3.2007, 15 W 404/06, DNotZ 2007, 750, 753.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, MittBayNot 2013, 474.

<sup>10</sup> Vgl. Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl., Rdnr. 612.

#### IV. Verlängerungsangebot und Erlöschen

Der Eigentümer kann eine bestehende Entschädigungspflicht dadurch abwenden, dass er dem Erbbauberechtigten eine Verlängerung des Erbbaurechts für die voraussichtliche Standarddauer des Gebäudes anbietet (§ 27 Abs. 3 ErbbauRG). Dies muss so rechtzeitig vor Ablauf des Erbbaurechts erfolgen, dass die Verlängerung noch vor dem Ablauf im Grundbuch eingetragen werden kann.<sup>11</sup> Strittig ist, inwieweit Verzögerungen in der Sphäre des Grundbuchamtes bei der Eintragung der Verlängerung berücksichtigt werden dürfen.<sup>12</sup>

**Hinweis:** Nach dem Ablauf ist keine Verlängerung des Erbbaurechts, sondern nur eine Neubestellung möglich.

Die Verlängerung ist eine Inhaltsänderung und bedarf der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten sowie der Eintragung im Grundbuch des belasteten Grundstücks und im Erbbaugrundbuch. Ferner müssen die am belasteten Grundstück eingetragenen Realberechtigten zustimmen. Die am Erbbaurecht eingetragenen Realberechtigten müssen nicht zustimmen, da die Verlängerung für diese nur vorteilhaft ist.

Lehnt der Erbbauberechtigte das Verlängerungsangebot ab, erlischt sein Entschädigungsanspruch. Dies gilt auch bei einer konkludenten Ablehnung durch nicht rechtzeitige Annahme des entsprechenden Angebots. Zur Ablehnung ist keine Zustimmung der Realgläubiger am Erbbaurecht erforderlich; diese verlieren in diesem Fall ihre Rechte an der Entschädigungsforderung.<sup>13</sup> Ihnen stehen ggf. nur Ansprüche gegen den Erbbauberechtigten zu (§ 826 BGB). Das Verlängerungsrecht kann als Inhalt des Erbbaurechts vertraglich ausgeschlossen werden. Ist dies der Fall, entsteht bei Zeitablauf die Entschädigungspflicht, falls sie nicht ebenfalls wirksam ausgeschlossen ist.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 3.10.1980, V ZR 125/79, NJW 1981, 1045, 1046.

<sup>12</sup> Siehe nur OLG Jena, Urteil vom 9.2.2010, 5 U 695/08, BeckRS 2011, 00415, das einen Vollzug der Eintragung fordert.

<sup>13</sup> Krit. bereits *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl., § 104 IX.

#### V. Aufhebung

Wird das Erbbaurecht durch Aufgabenerklärung des Berechtigten (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 875 BGB) aufgehoben, ist zusätzlich die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich (§ 75 ErbbauRG), die dem Grundbuchamt und dem Erbbauberechtigten gegenüber zu erklären ist. Ferner müssen die am Erbbaurecht dinglich Berechtigten zustimmen (§ 876 BGB, § 11 Abs. 1 ErbbauRG).<sup>14</sup> Sie ist auch bei einer schon bestehenden Gesamtgrundschuld am Erbbaurecht und am Erbbaugrundstück einzuholen, da die Möglichkeit einer alternativen Verwertung für den Gläubiger entfällt. Keine Rechtsbeeinträchtigung liegt dagegen vor, wenn bei einer am Erbbaurecht eingetragenen Grundschuld eine neue Grundschuld am Erbbaugrundstück mit genau dem gleichen Rang und Inhalt am Erbbaugrundstück eingetragen wird.<sup>15</sup> Handelt es sich um eine „alte“, vor dem 20. August 2008 bestellte Sicherung Grundschuld (Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB), gilt bei einer „Nachverpfändung“ die gesetzlich zwingende Kündigungsfrist von sechs Monaten (§ 1193 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 BGB).<sup>16</sup> Damit ist der Gläubiger nachteilig betroffen, so dass auch bei einer ranggleichen Erstreckung seiner Grundschuld auf das Erbbaugrundstück seine Zustimmung erforderlich ist.<sup>17</sup>

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

<sup>14</sup> Zum Ganzen von *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, 198 ff. Rdnr. 5.

<sup>15</sup> LG Bayreuth, Beschluss vom 10.10.1996, 4 T 109/96; von *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, 200 Rdnr. 5.

<sup>16</sup> BGH, Beschluss vom 10.6.2010, V ZB 22/10, MittBayNot 2011, 56.

<sup>17</sup> OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.4.2013, 5 W 47/13, BeckRS 2013, 09346 = MittBayNot 2013, 482.

## Das notarielle Nachlassverzeichnis

### I. Einführung

Im BGB existieren zahlreiche Vorschriften, auf deren Grundlage ein notarielles Nachlassverzeichnis bzw. ein notarielles Nachlassinventar erstellt werden kann/muss.<sup>1</sup> Die wohl bedeutendste Vorschrift hierzu ist § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, nach der ein Pflichtteilsberechtigter vom Erben verlangen kann, dass ein Nachlassverzeichnis durch die zuständige Behörde oder einen Notar aufgenommen wird. Die Bedeutung notarieller Nachlassverzeichnisse könnte durch das in seinen wesentlichen Teilen am 1.9.2013 in Kraft getretene Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare<sup>2</sup> weiter zunehmen. Die Aufnahme von Nachlassverzeichnissen und Nachlassinventaren ist nach § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO n. F. nun ausdrücklich vom Aufgabenkreis der Notare umfasst. § 2003 Abs. 1 BGB sieht nach der Neufassung nunmehr vor, dass die amtliche Aufnahme des Inventars auf Antrag eines Erben stets durch einen vom Nachlassgericht beauftragten Notar erfolgen soll. Bisher bestand ein Wahlrecht, wonach das Nachlassgericht die Aufnahme auch selbst vornehmen konnte.

Bei einem Nachlassverzeichnis handelt es sich um ein Bestandsverzeichnis im Sinne des § 260 BGB. Ein notarielles Nachlassverzeichnis folgt weder den Regeln der Beurkundung von Willenserklärungen noch den der Beurkundung von Tatsachen. Vielmehr liegt ein Verfahren eigener Art vor.<sup>3</sup>

Nach der Rechtsprechung sei der Notar verpflichtet, den Nachlassbestand selbst zu ermitteln, da er durch Unterzeichnung der Urkunde die Richtigkeit des Tatsachenprotokolls bestätige; er dürfe sich nicht darauf beschränken, die Angabe des Auskunftspflichtigen zu wiederholen.<sup>4</sup> Ob die von den Obergerichten immer wieder proklamierte eigenständige Ermittlungspflicht des Notars rechtlich wirklich abgesichert ist, ist mehr als zweifelhaft, fehlt es hierfür doch an einer (ausdrücklichen) Rechtsgrundlage; zudem entspricht eine etwaige Ermittlungspflicht des Notars nicht dem Willen des historischen Gesetzgebers.<sup>5</sup> Ob die den Notaren auferlegte Ermittlungspflicht daneben praktisch überhaupt erfüllt werden kann, ist ebenfalls höchst zweifelhaft.<sup>6</sup> Die Aussagekraft des Nachlassverzeichnisses steht und fällt mit den Angaben des Auskunftspflichtigen. Jedenfalls die Ansicht, dass der Notar sämtliche vorhandenen Unterlagen<sup>7</sup> auf ihre Relevanz für das Nachlassverzeichnis durchforsten müsse,<sup>8</sup> widerspricht

Sinn und Zweck des notariellen Nachlassverzeichnisses. Der Notar soll kraft seiner Amtsautorität das Ungleichgewicht zwischen dem Auskunftsberechtigten und dem Auskunftspflichtigen ausgleichen.<sup>9</sup> Der Notar ist jedoch schon aufgrund seiner Stellung nicht bloße Hilfskraft oder gar Detektiv einer Seite, die im Übrigen ihrerseits ohne Probleme die vorgelegten Belege selbst durchsehen und bewerten könnte. Der Notar muss im Rahmen eines notariellen Nachlassverzeichnisses nach vorliegender Ansicht also lediglich die Angaben des Auskunftspflichtigen auf ihre Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit überprüfen, ein Durchsuchen von Belegen oder Nachfrage bei Behörden oder Privatpersonen ohne jegliche Anhaltspunkte kann von einem Notar aber nicht verlangt werden. Erst wenn sich dem Notar die Widersprüchlichkeit oder Lückenhaftigkeit der Aussagen des Auskunftspflichtigen aufdrängt, muss der Notar nachfragen bzw. im Detail nachprüfen.<sup>10</sup>

Das nachfolgende Muster soll lediglich eine Hilfe bei der Erstellung von Nachlassverzeichnissen darstellen. Für eine vertiefte Auseinandersetzung sei auf die bisherigen Veröffentlichungen zum Thema verwiesen.<sup>11</sup>

### II. Muster mit Erläuterungen

URNr.

#### Notarielles Nachlassverzeichnis<sup>12</sup>

Heute, den ...

zweitausenddreizehn

- ... -

errichte ich,

....

Notar mit dem Amtssitz in ...,

aufgrund meiner eigenen<sup>13</sup> Ermittlungen ein Verzeichnis über den Nachlass des am ... in ... verstorbenen ....

<sup>1</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Schreinert*, RNotZ 2008, 61, auch zu den Begrifflichkeiten „Nachlassverzeichnis“ und „Nachlassinventar“.

<sup>2</sup> BGBl 2013 I, S. 1800.

<sup>3</sup> Vgl. statt vieler *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO, BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 20 BNotO Rdnr. 21; *Schippel/Bracker/Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 20 Rdnr. 27; *Schreinert*, RNotZ 2008, 61 (auch zur a. A.); *Zimmer*, ZEV 2008, 365; *ders.*, ZErB 2012, 5.

<sup>4</sup> So die Rspr.; vgl. statt vieler OLG Celle, Beschluss vom 21.1.2002, 4 W 318/01, DNotZ 2003, 62; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.7.2007, I-7 W 60/07, RNotZ 2008, 105; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.4.2010, 5 W 81/10, ZEV 2010, 416.

<sup>5</sup> Grundlegend *Heidenreich*, ZErB 2011, 71; a. A. *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 347.

<sup>6</sup> So auch *Heidenreich*, ZErB 2011, 71; *Zimmer*, ZEV 2008, 365.

<sup>7</sup> Nach wohl h. M. muss der Auskunftspflichtige keine Belege vorlegen, vgl. ausführlich hierzu *Schreinert*, RNotZ 2008, 61.

<sup>8</sup> So aber wohl OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.4.2010, 5 W 81/10, MittBayNot 2011, 245 m. krit. Anm. *Müller*; OLG Köln, Beschluss vom 21.5.2012, 2 W 32/12, RNotZ 2013, 127; *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 347.

<sup>9</sup> So wohl auch *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 347.

<sup>10</sup> Ähnlich *Braun*, MittBayNot 2008, 351.

<sup>11</sup> Vgl. *Braun*, MittBayNot 2008, 351; *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 347; *Schreinert*, RNotZ 2008, 61.

<sup>12</sup> Die bloße Beurkundung von Willenserklärungen des Auskunftspflichtigen scheidet aus, so ausdrücklich OLG Saarbrücken, Beschluss vom 28.1.2011, 5 W 312/10, ZEV 2011, 373. Das Nachlassverzeichnis muss daher zwingend in Form eines Verzeichnisses erstellt sein. Auch die Auflistung der einzelnen Gegenstände in einzelnen Schriftsätzen wäre nicht zulässig, vgl. hierzu *Zimmer*, ZEV 2008, 365 m. w. N.

<sup>13</sup> Der Notar kann sich selbstverständlich Mitarbeitern bedienen, um Unterlagen zu sichten oder um Inventarlisten zu erstellen, vgl. hierzu *Braun*, MittBayNot 2008, 351; *Roth*, ZErB 2007, 402; *Schreinert*, RNotZ 2008, 61. Die wesentlichen Tatsachen sollte der Notar nach Ansicht des Verfassers aber selbst wahrnehmen (insbesondere bei sehr wertvollen Gegenständen). Nach Ansicht des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.7.2007, 1-7 W 60/07, RNotZ 2008, 105, müsse der Notar die Wohnung selbst aufsuchen und darf sich hierbei nicht einer Hilfsperson bedienen. Eine Begründung für diese Auffassung bleibt das Gericht jedoch schuldig; ähnlich OLG Koblenz, Beschluss vom 29.12.2006, 1 W 662/06, ZEV 2007, 493; v. d. *Auwera*, ZEV 2008, 359.

Im Rahmen der Ermittlungen habe ich, Notar, mich in die Wohnung in der ... begeben.<sup>14</sup> Dort traf ich an:<sup>15</sup>

- 1) die Witwe des Verstorbenen, Frau ..., geborene ..., geb. am ..., wohnhaft ...,
- 2) den Sohn des Verstorbenen, Herrn ..., geb. ..., wohnhaft ...,
- 3) ...,

jeweils ausgewiesen durch Vorlage ihrer amtlichen Lichtbildausweise.

Die Erschienenen erklärten, ein Verzeichnis über den Nachlass von ... durch einen Notar aufnehmen lassen zu wollen.

Die Erschienenen wurden über die Funktion und Bedeutung des Nachlassverzeichnisses, insbesondere auch über mögliche strafrechtliche Folgen falscher Angaben im Zusammenhang mit der Errichtung des Verzeichnisses, belehrt.<sup>16</sup>

In diesem Zusammenhang wies ich, der Notar, die Erschienenen darauf hin, dass ich, der Notar, nicht die Eigentumsverhältnisse der einzelnen vorgefundenen Gegenstände klären könne und dürfe. Ich müsse deshalb alle vorhandenen Gegenstände in das Verzeichnis aufnehmen. Die Aufnahme von Gegenständen in dieses Verzeichnis besage also nichts über die Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Vermögenskreis, soweit nachstehend nichts anderes aufgeführt ist. Nur offensichtlich höchstpersönliche Gegenstände von ... wurden nicht mit in das Nachlassverzeichnis aufgenommen.

Aufgrund der Angaben der Erschienenen, der übergebenen Schriftstücke (insbesondere Kontoauszüge, ...) sowie meiner, des Notars, Wahrnehmungen vor Ort, verzeichne ich, der Notar, den Bestand des Nachlasses von ... wie folgt:

#### A. Vorbemerkungen

Herr ..., geboren am ... – nachfolgend auch „Erblasser“ genannt – ist am ... in ... verstorben. Er wurde von Frau ... – nachfolgend auch „Auskunftsverpflichtete“ genannt – beerbt. Wegen der Erbfolge wird verwiesen auf die Nachlassakten des AG ... – Nachlassgericht – Az.: ....

Nach Angabe der Erschienenen lebte der Erblasser zuletzt in der Wohnung in ... zur Miete. Nach dem Tod des Erblassers sei die Auskunftsverpflichtete an den im Urkundseingang genannten Ort umgezogen. Für einen weiteren Wohnsitz des Erblassers bei seinem Tod gibt es keine erkennbaren Hinweise.

<sup>14</sup> Der Notar ist verpflichtet, zur Erstellung des Nachlassverzeichnisses eigene Ermittlungshandlungen vorzunehmen. Dafür ist i. d. R. das Aufsuchen der inländisch gelegenen Wohnung des Erblassers erforderlich (krit. *Zimmer*, ZErB 2012, 5). Das Aufsuchen einer Wohnung außerhalb des Amtsbereichs/Amtsbezirks des Notars oder sogar im Ausland ist dagegen nicht erforderlich, innerhalb des Amtsbezirks wegen §§ 10 ff. BNotO aber auch nicht zwingend unzulässig/unmöglich. Ggf. ist ein Teilverzeichnis zu erstellen. Vgl. hierzu ausführlich *Zimmer*, ZErB 2012, 5.

<sup>15</sup> Sinnvoll ist es, von den nahen Angehörigen wesentliche Informationen zum Nachlass einzuholen. Die eigene Ermittlungspflicht kann damit aber nicht ersetzt werden. Der zur Auskunft verpflichtete Erbe muss dem Notar persönlich Auskunft erteilen, vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 29.12.2006, 1 W 662/06, RNotZ 2007, 414. Der Notar kann das Erstellen des Nachlassverzeichnisses ablehnen, wenn der Auskunftsverpflichtete die Angaben gegenüber dem Notar komplett ablehnt, so LG Schwerin, Beschluss vom 13.4.2012, 4 T 3/12, ZEV 2012, 425.

<sup>16</sup> In Frage kommt insbesondere eine Strafbarkeit aufgrund Betruges, § 263 StGB. Die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung des Auskunftsverpflichteten kommt nicht in Betracht, so statt vieler *Schindler*, BWNNotZ 2004, 73; *Schreinert*, RNotZ 2008, 61.

Das Verzeichnis des Nachlasses des Erblassers – nachfolgend auch „Nachlass“ genannt – dient der Erfüllung des Auskunftsanspruchs gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB. Der Rechtsanwalt der Auskunftsberechtigten ließ mit Telefonat vom ... erklären, dass er bei der Aufnahme des notariellen Verzeichnisses nicht zugegen sein möchte.<sup>17</sup> Eine Liste mit Gegenständen, die sich seiner Ansicht nach im Nachlass befanden, hat er nicht übergeben.<sup>18</sup>

### B. Verzeichnis

#### I. Aktiva

##### 1. Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte

Immobilienvermögen des Erblassers im In- oder Ausland war nach Angabe der Erschienenen zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht vorhanden und konnte von mir, dem Notar, auch nicht auf andere Weise ermittelt werden.

Ich, der Notar, habe folgende Ermittlungen vorgenommen:<sup>19</sup>

- 1) Einsicht in das Grundbuch von ... am ...;
- 2) Einsicht in das Grundbuch von ... am ...

Ich, der Notar, stelle überdies fest, dass es bezogen auf diese beiden Grundbuchbezirke auch keine Anhaltspunkte gibt, dass Grundbesitz auf nahe Angehörige übertragen worden wäre.

##### 2. Unternehmensbeteiligungen

Unternehmensbeteiligungen des Erblassers im In- oder Ausland waren nach Angabe der Erschienenen zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht vorhanden und konnten von mir, dem Notar, auch nicht auf andere Weise ermittelt werden.

Ich, der Notar, habe folgende Ermittlungen vorgenommen:

Einsicht in das Handelsregister am ...

Ich, der Notar, stelle überdies fest, dass es bezogen auf das deutsche Handelsregister auch keine Anhaltspunkte gibt, dass Unternehmen auf nahe Angehörige übertragen worden wären.

##### 3. Kunstgegenstände

Bei der Besichtigung der Wohnung wurden folgende Kunstgegenstände von mir, dem Notar, in Augenschein genommen.

<sup>17</sup> Die Auskunftsberechtigten haben ein Anwesenheitsrecht, vgl. KG, Urteil vom 18.12.1995, 12 U 4352/94, NJW 1996, 2312; vgl. hierzu ausführlich *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 347; *Nieder*, ZErB 2004, 60; *Tegelkamp/Krüger*, ZErB 2011, 33.

<sup>18</sup> Es ist regelmäßig sinnvoll, den Auskunftsberechtigten zu fragen, an welchen vermeintlichen Nachlassgegenständen er konkret interessiert ist. Der Auskunftsberechtigte kann auch den Umfang der erwünschten Auskunft bestimmen, vgl. hierzu DNotI-Rep. 2003, 137.

<sup>19</sup> Nach wohl h. M. muss das jeweilige Grundbuch, an dem der Erblasser Wohnsitz genommen hat, eingesehen werden, vgl. hierzu *Zimmer*, ZEV 2008, 365. Das Beifügen eines Grundbuchauszugs ist nicht erforderlich, so OLG Köln, Beschluss vom 21.5.2012, 2 W 32/12, RNotZ 2013, 127.

Gegenstand	Beschreibung <sup>20</sup>	Wert (geschätzt) (nach Angabe der Erschienenen) <sup>21</sup>	Anmerkungen
1.			
2.			

#### 4. Schmuck/Edelmetalle/Wertsachen/Briefmarken

Bei der Besichtigung der Wohnung wurden folgende Gegenstände von mir, dem Notar, in Augenschein genommen.

Gegenstand	Beschreibung	Wert (geschätzt) (nach Angabe der Erschienenen)	Anmerkungen
1.			
2.			

#### 5. Konten

Ausweislich der vorgelegten Unterlagen<sup>22</sup> wiesen die Konten des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes folgende Kontostände (einschließlich bis dahin aufgelaufener Zinsen für das laufende Jahr) zugunsten des Erblassers auf:

Bank	Kontonummer	Kontostand zum Zeitpunkt des Todes	Anmerkungen
1.			
2.			

Weitere Konten konnten von mir, dem Notar, nicht ermittelt werden. Banken wurden nicht angeschrieben.<sup>23</sup>

#### 6. Wertpapierdepots

Bank/Depotnummer	Wertpapier	Wert zum Zeitpunkt des Todes	Anmerkungen
1.			
2.			

Weitere Depots konnten von mir, dem Notar, nicht ermittelt werden. Banken wurden nicht angeschrieben.

#### 7. Forderungen

Schuldner	Vertragsdetails	Höhe	Anmerkungen
1. Versicherungen <sup>24</sup>			
2. Steuerrückerstattungen			

<sup>20</sup> Es kann nicht verlangt werden, dass der Notar sämtliche wertbildenden Faktoren erkennt. Manchmal kann es sinnvoll sein, den Gegenstand abzufotografieren und das Foto als Anlage zum Nachlassverzeichnis zu nehmen; vgl. zum Ganzen *Braun*, MittBayNot 2008, 351.

<sup>21</sup> Ein Schätzwert muss nicht angegeben werden, ist in der Praxis aber eventuell hilfreich; vgl. hierzu ausführlich *Schreinert*, RNotZ 2008, 61.

<sup>22</sup> Der Notar muss sämtliche vom Auskunftsberechtigten genannten Banken selbst anschreiben und um eine umfängliche Aufstellung der Gegenstände des Erblassers (Konten, Depots, Schließfächer) zum Zeitpunkt dessen Todes erfragen, so OLG Saarbrücken, *Beschluss* vom 28. 1. 2011, 5 W 312/10, ZEV 2011, 373.

<sup>23</sup> Der Notar ist nicht verpflichtet, Ausforschungsanfragen bei Banken zu stellen, so OLG Köln, RNotZ 2013, 127.

<sup>24</sup> Der Notar müsse die Versicherungsunterlagen vollständig einsehen, ggf. Auszahlungen an Bezugsberechtigte erfragen, so OLG Saarbrücken, ZEV 2011, 373; sehr zweifelhaft.

#### 8. Bargeld

Zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers verfügte der Erblasser über folgende Bargeldsummen:

Auffindeort	Betrag	Anmerkungen
1.		
2.		

#### 9. Hausrat und persönliche Gegenstände

Der vom Erblasser hinterlassene Hausrat befindet sich nach Angabe der Auskunftspflichteten, soweit er noch in deren Besitz ist, in dem in nun von der Witwe bewohnten Anwesen in .... Die dort vorhandenen Gegenstände verzeichne ich wie folgt:<sup>25</sup>

Gegenstand	Beschreibung	Wert (geschätzt) (nach Angabe der Erschienenen)	Anmerkungen
1.			
2.			

#### 10. Kraftfahrzeug

Der Erblasser war bei seinem Tod Halter eines PKW ..., Baujahr ..., derzeitiges amtliches Kennzeichen ..., Fahrgestellnummer ..., Kilometerstand<sup>26</sup> ....

Dieses Fahrzeug stand nach Angabe der Auskunftspflichteten im Alleineigentum des Erblassers. Der Fahrzeugschein bestätigt diese Aussage.<sup>27</sup>

#### 11. Sonstiges

Zum Beispiel:

- Beteiligung an anderer Erbengemeinschaft
- Bankschließfach

#### 12. Erklärung der Erschienenen zu den Aktiva

Auf Befragen versichern die Erschienenen, dass ihnen weitere Konten, Depots, Beteiligungen (etwa an Gesellschaften) oder private Forderungen des Erblassers, die dieser bei oder vor seinem Tod hatte oder gehabt haben könnte, nicht bekannt seien.

Sonstige bewegliche oder unbewegliche Gegenstände befanden sich nach Angabe der Erschienenen ebenfalls nicht im Nachlass. Sie erklären jedoch, folgende Gegenstände, die sich nach seiner Auffassung an sich im Nachlass hätten befinden müssen, seien bereits seit dem Tod des Erblassers nicht mehr auffindbar gewesen: ...

Nach entsprechendem Hinweis erklären die Erschienenen, dass sich außer den vorgelegten Unterlagen keine Bankunterlagen oder sonstige Unterlagen, die für dieses Verzeichnis von Bedeutung sein könnten, im Nachlass befunden haben oder in seinem Besitz seien.

<sup>25</sup> Weniger werthaltige Gegenstände können zu Sachgesamtheiten zusammengefasst werden, so auch *Schreinert*, RNotZ 2008, 61; DNotI-Rep. 2003, 137; restriktiver *Nieder*, ZErB 2004, 60. Bei den Gegenständen des Hausrats wäre es wünschenswert, wenn die Rechtsprechung künftig etwas geringere Anforderungen stellen würde. Das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag sollte angemessen berücksichtigt werden.

<sup>26</sup> Die Angabe des Kilometerstandes sei als wesentlicher, wertbildender Faktor erforderlich, so OLG Köln, RNotZ 2013, 127.

<sup>27</sup> Der Notar sollte sich den Fahrzeugschein vorlegen lassen, so OLG Köln, RNotZ 2013, 127.

**II. Unentgeltliche Verfügungen des Erblassers unter Lebenden<sup>28</sup>**

Die gesetzlichen Bestimmungen über das Pflichtteilsrecht wurden mit der Auskunftspflichteten erörtert, insbesondere auf mögliche Pflichtteilsergänzungsansprüche hingewiesen. Ebenfalls erörtert wurden sonstige Ausgleichspflichtigen, zum Beispiel §§ 2315 f., 2050 ff. BGB.

Ausweislich der vorgelegten Unterlagen und nach den Angaben der Erschienenen machte der Erblasser zu seinen Lebzeiten, abgesehen von Anstandsschenkungen<sup>29</sup> in üblicher Höhe wie etwa Geburtstags- und Weihnachtsgeschenken, folgende möglicherweise<sup>30</sup> Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüche berührende Verfügungen:<sup>31</sup>

Zeitpunkt <sup>32</sup>	Gegenstand	Empfänger	Anlass	Wert (geschätzt) (nach Angabe der Erschienenen)	Anmerkungen
1.			Schenkung		
2.			ehebedingte Zuwendung		

Nach Angabe der Beteiligten habe der Erblasser zu dessen Lebzeiten keine unentgeltlichen oder teilunentgeltlichen

<sup>28</sup> Der sog. fiktive Nachlass ist zwingender Bestandteil eines notariellen Nachlassverzeichnisses i. S. d. § 2314 BGB, so auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.8.2006, 15 W 23/06, MittBayNot 2007, 412.

<sup>29</sup> Nach Ansicht von *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 347, müssten dagegen auch sämtliche Pflicht- und Anstandsgeschenke umfänglich aufgelistet werden. Da die Auskunftspflichteten in der Praxis selten in der Lage sein werden, Auskünfte über Schenkungen zu erteilen, die teilweise Jahrzehnte zurückliegen, läuft diese Forderung in der Praxis meist in die Leere. Zudem wäre das Auflisten von Gegenständen, die klar unter die Kategorie von Anstands- und Pflichtschenkungen fallen, bloße Förmerei.

<sup>30</sup> Ob die jeweilige unentgeltliche Verfügung tatsächlich pflichtteilsrelevant ist, sollte in Zweifelsfällen dem zuständigen Gericht überlassen werden, so auch OLG Köln, RNotZ 2013, 127.

<sup>31</sup> Zu beachten ist, dass die Frist des § 2525 BGB bei Rückbehalt des Nießbrauchs oder Ehegattenschenkungen gar nicht anläuft. Zu beachten ist auch, dass auch der Auskunftsberechtigte gefragt werden muss, ob er vom Erblasser Schenkungen erhalten hat. Nach Ansicht des OLG Köln, RNotZ 2013, 127, müsse der Notar nach sämtlichen unentgeltlichen Zuwendungen fragen und daher den tatsächlichen wie fiktiven Nachlass ermitteln. Die rechtliche Wertung, die Schenkung sei nicht pflichtteilsergänzungsrelevant, stehe dem Notar nicht zu.

<sup>32</sup> Der Zeitpunkt der Schenkung ist anzugeben, so OLG Düsseldorf, RNotZ 2008, 105, 107.

Verfügungen von Grundbesitz oder Unternehmensbeteiligungen an nahe Angehörige oder Dritte vorgenommen.

Weitere unentgeltliche Verfügungen oder teilentgeltliche Verfügungen oder sog. unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten seien ebenfalls nicht getätigt worden. Der Notar wies darauf hin, dass hierunter auch Spenden oder Beiträge für Stiftungen fallen. Die Erschienenen erklärten, dass soziale Zuwendungen nur gelegentlich und im üblichen Umfang getätigt wurden. An die genaue Anzahl, Empfänger und Höhe der Zuwendungen können sich die Erschienenen nach ihrer Angabe nicht mehr erinnern.

**III. Passiva**

**1. Erblasserschulden**

Folgende Verbindlichkeiten bestanden zum Zeitpunkt des Erbfalls:

Gläubiger	Vertragsdetails	Höhe	Anmerkungen
1. Steuerschulden			
2.			

**2. Erbfallsschulden**

Folgende Verbindlichkeiten sind für den Auskunftspflichteten als Erben aus Anlass des Erbfall es entstanden:

Gläubiger	Vertragsdetails	Höhe	Anmerkungen
1.	Beerdigungskosten		
2.	Gerichtskosten		

**C. Kosten, Ausfertigungen**

Die Auskunftspflichtete erhält drei Ausfertigungen.

Die Kosten für das Nachlassverzeichnis und für die Ausfertigungen trägt die Auskunftspflichtete.<sup>33</sup>

..., den ...

....,

Notar

(Siegel)

Notarassessor Dr. *Holger M. Sagmeister*, LL.M. (Yale), München

<sup>33</sup> Die Kosten bestimmen sich nach dem Aktivvermögen ohne Abzug der Verbindlichkeiten, vgl. § 115 GNotKG. Es fällt eine doppelte Gebühr an, vgl. KVNr. 23500. Ggf. fällt auch eine Auswärtsgebühr an.

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Dr. Peter Gassner, Deisenhofen,  
verstorben am 14.8.2013

Notar a. D. Dr. Josef Maidl, Berchtesgaden,  
verstorben am 28.9.2013

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.11.2013:

Notarin Dr. Anja Heringer, Kulmbach

Mit Wirkung zum 1.1.2014:

Notar Dr. Heinrich Winkelmann, Buchloe

#### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.10.2013:

Burgkunstadt                    der Notarassessorin  
    Dr. Kerstin Deutsch  
    (bisher in Bad Staffelstein  
    Notarstelle Richter)

Mit Wirkung zum 1.11.2013:

Neuburg a. d. Donau    dem Notarassessor  
(in Sozietät mit        Dr. Bastian Grimm  
Notarin Dr. Krist)    (bisher in München  
                                  Notarstellen Dr. Vossius/  
                                  Dr. Engel)

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.10.2013:

Johannes Attenberger, Augsburg (Notarstelle Hille)

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Christian Schall, Kitzingen  
(Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter), ab 1.8.2013  
in Brüssel (BNotK)

Notarassessorin Dr. Claudia Greipl, Amberg  
(Notarstelle Dr. Frank), ab 1.10.2013 in München  
(Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

Notarassessorin Laura Kierblewsky, Würzburg  
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich),  
ab 1.10.2013 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Gregor Rödl, Kempten (Notarstellen  
Dr. Zechiel/Müller-Dohle), ab 1.10.2013 in Würzburg  
(DNotI)

Notarassessorin Anja Schaller, Nürnberg  
(Notarstellen Thoma/Weinmann), ab 1.10.2013  
in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessorin Dr. Katja Rödiger, Prien a. Chiemsee  
(Notarstellen Dr. Rieger/Koller), ab 4.11.2013  
in Nürnberg (Notarstellen Thoma/Weinmann)

Oberinspektorin i. N. Sandra Altenhöfer, Würzburg  
(derzeit in Elternzeit), ab 1.9.2013 in Ochsenfurt  
(Notarstellen Zöpfl/Grömer)

Amtfrau i. N. Gudrun-Elly Eder, München (Notarstellen  
Dr. Walz/Dr. Vollrath), ab 1.10.2013 in München  
(Notarstellen Dr. Lorenz-Czarnetzki/Schmid)

Oberinspektorin i. N. Daniela Menke, Regensburg  
(derzeit in Elternzeit), ab 1.10.2013 in Erding  
(Notarstellen Burghart/Inninger)

Inspektorin i. N. Annette Albert, Bad Kissingen  
(derzeit im Sonderurlaub), ab 1.11.2013 in Haßfurt  
(Notarstelle Dr. Müller)

Inspektorin i. N. Andrea Feuchter, Feuchtwangen  
(Notarstelle Dr. Bruch), ab 1.12.2013 in  
Oettingen i. Bay.(Notarstelle Betz)

Oberinspektorin i. N. Elisabeth Mayer, Aichach  
(derzeit im Sonderurlaub), ab 15.1.2014 in Friedberg  
(Notarstellen Deutrich/Dr. Ihrig)

#### 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Inspektorin i. N. Andrea Marschner, Straubing  
(Notarstellen Dr. Satz/Bolkart), zum 31.10.2013  
ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Wilhelm Amberg, Alzenau  
(Notarstellen Dr. Bleifuß/Dr. Pötting), ab 1.1.2014  
im Ruhestand

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Altötting, Notarstellen Habel/Martin  
E-Mail: info@notare-altoetting.de  
Homepage: www.notare-altoetting.de

Regen, Notarstellen Prof. Dr. Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz  
E-Mail: info@notare-grziwotz.de  
Homepage: www.notare-grziwotz.de

Simbach a. Inn, Notarstelle Dr. Mayer  
E-Mail: info@notar-joerg-mayer.de

Waldmohr, Notarstelle Bayer  
E-Mail: notariat-waldmohr@notarnet.de

## SONSTIGES

### Bayerischer Mediationstag

Dienstag, 26.11.2013, 9.30 Uhr  
IHK-Akademie München, Orleansstraße 10-12, 81669 München

- 09.30 Uhr **Eröffnung und Moderation**  
Ministerialrätin Dr. *Beatrix Schobel*  
Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Begrüßung**  
*Peter Driessen*  
Hauptgeschäftsführer des Bayerischen Industrie- und Handelskammertages IHK für München und Oberbayern  
Staatsministerin Dr. *Beate Merk*  
Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Präsident *Hansjörg Staehle*  
Rechtsanwaltskammer München  
Rechtsanwältin *Barbara von Petersdorff-Campen*  
MediationsZentrale München
- 10.15 Uhr **Impulsreferate mit anschließender kurzer Diskussion**  
**Anregungen zur Konfliktmediation aus psychologischen Perspektiven**  
Prof. em. Dr. *Leo Montada*  
Universität Trier  
**Konfliktmanagement in der Wirtschaft**  
Rechtsanwältin Dr. *Anke Sessler*  
Chief Counsel Litigation, Siemens AG  
**Alternative Konfliktlösung im gerichtlichen Verfahren: Neue Wege, neue Chancen**  
Prof. em. Dr. *Reinhard Greger*  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
- 12.30 Uhr Mittagspause – Buffet
- 13.30 Uhr **Workshops in verschiedenen Gruppen**  
**1. Die Umsetzung psychologischer Erkenntnisse bei der Konfliktbehandlung**  
Prof. em. Dr. *Leo Montada*, Universität Trier  
**Moderation:**  
Rechtsanwältin *Simone Pöhlmann*  
MediationsZentrale München  
**2. Güterichter und gerichtsnahe Mediation**  
Vorsitzende Richterin am LG *Harriet Weber*, Güterichterin, Landgericht München I  
Dr. *Karl Pramhofer*, Richter des Handelsgerichts Wien, Eingetragener Mediator  
**Moderation:**  
Prof. em. Dr. *Reinhard Greger*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
- 3. Der Anwalt als Konfliktmanager – Wirtschaftskonflikte**  
Rechtsanwalt und Mediator Dr. *Hans-Uwe Neuenhahn*  
**Moderation:**  
Rechtsanwalt Prof. Dr. *Jörn Steike*, Mitglied des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer München
- 4. Der Anwalt als Konfliktmanager – familien- und erbrechtliche Konflikte**  
Rechtsanwältin *Bianca Winograd*  
**Moderation:**  
Rechtsanwältin Dr. *Doris Kloster-Harz*
- 5. Effektive Konfliktbehandlung aus Sicht der Wirtschaft**  
Rechtsanwältin Prof. Dr. *Renate Dendorfer-Ditges*, LL.M. MBA  
**Moderation:**  
Rechtsanwalt *Volker Schlehe*, IHK für München und Oberbayern
- 6. Vorbeugendes Konfliktmanagement und Vertragsgestaltung**  
Rechtsanwalt Dr. *Andreas Hacke*  
**Moderation:**  
Präsident *Michael Dudek*, Bayerischer Anwaltverband e. V.
- 15.30 Uhr **Kurze Präsentation der Ergebnisse der Workshops im Plenum und anschließende Diskussion**  
Rechtsanwältin *Simone Pöhlmann*, MediationsZentrale München,  
Prof. em. Dr. *Reinhard Greger*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,  
Rechtsanwalt Prof. Dr. *Jörn Steike*, Rechtsanwaltskammer München,  
Rechtsanwältin Dr. *Doris Kloster-Harz*, Kanzlei Dr. Kloster-Harz und Dr. Harz,  
Rechtsanwalt *Volker Schlehe*, IHK für München und Oberbayern,  
Präsident *Michael Dudek*, Bayerischer Anwaltverband e. V.  
**Moderation:**  
Ministerialrätin Dr. *Beatrix Schobel*, Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

**Anmeldung und Information:**

Die Anmeldung erfolgt per E-Mail unter dem Betreff „Mediationstag 26. November 2013“ an [seminare@rak-muenchen.de](mailto:seminare@rak-muenchen.de). Anmeldeschluss ist der 7. November 2013. Bitte geben Sie eine Reihenfolge an, in der Sie für die einzelnen Workshops berücksichtigt werden wollen.

Die Teilnahmegebühr beträgt 70 € und beinhaltet Handout, Buffet und Getränke. Die Anmeldung wird erst mit Eingang der Teilnahmegebühr verbindlich. Bitte überweisen Sie diese auf folgendes Konto: Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG, Kto.-Nr.: 4 440 005, BLZ: 300 606 01, Empfänger: Rechtsanwaltskammer München, Verwendungszweck: Eigener Name, Mediationstag. Die Teilnehmer erhalten eine Teilnahmebestätigung.

Bei Fragen zur Anmeldung wenden Sie sich bitte an Stephanie Merk, Rechtsanwaltskammer München, Tel.: 089 5329-4440, E-Mail: [seminare@rak-muenchen.de](mailto:seminare@rak-muenchen.de).

Bei sonstigen Fragen wenden Sie sich bitte an Dr. Beatrix Schobel, Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Tel.: 089 5597-2576, E-Mail: [Beatrix.Schobel@stmjv.bayern.de](mailto:Beatrix.Schobel@stmjv.bayern.de).

**Kolloquium und Neujahrsempfang  
des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena  
„Pflichtteilsminimierung in der Vertragsgestaltung“**

Freitag, 10. Januar 2014,  
in den Rosensälen der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena

15.30 Uhr **Begrüßung und Einführung**

Prof. Dr. *Walter Bayer*  
Direktor des Instituts für Notarrecht an der  
Friedrich-Schiller-Universität Jena

17.45 Uhr **Neujahrsempfang**

des Instituts für Notarrecht und des Thüringer  
Notarvereins

15.45 Uhr **Vorbehaltene Rechte in der  
Pflichtteilsberechnung**

*Sebastian Herrler*  
Notar a.D., Geschäftsführer des Deutschen  
Notarinstituts in Würzburg  
– anschließend Gelegenheit zur Diskussion –

16.45 Uhr **Möglichkeiten der Pflichtteilsreduktion**

Dr. *Stephan Scherer*  
Rechtsanwalt und Partner bei SZA Schilling,  
Zutt & Anschütz, Rechtsanwalts AG; Mann-  
heim/Frankfurt  
– anschließend Gelegenheit zur Diskussion –

**Anmeldung:**

Für die Teilnahme an der Veranstaltung werden keine Beiträge erhoben. Interessenten werden gebeten, sich bis zum 20. Dezember 2013 per E-Mail unter [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de) oder per Fax unter 03641 942512 anzumelden.



---

Schriftleitung: Notarassessorin Anja Schaller  
Notarassessorin Stefanie Tafelmeier

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.mediengruppe-universal.de/notarkammer](http://www.mediengruppe-universal.de/notarkammer).

### Veranstaltungen des DAI

- Sonstiges
1. GNotKG (Familien- und Erbrecht)  
(Neie)  
1.11.2013 in Hamburg  
  
(Bachmayer)  
8.11.2013 in Bochum  
  
(Gutfried)  
8.11.2013 in Kassel  
  
(Tiedtke)  
8.11.2013 in Heusenstamm, 15.11.2013 in  
Braunschweig, 22.11.2013 in Bremen und 29.11.2013  
in Koblenz  
  
(Fackelmann)  
15.11.2013 in Kiel
  2. GNotKG (Handels- und Gesellschaftsrecht)  
(Neie)  
1.11.2013 in Hamburg  
  
(Tiedtke)  
1.11.2013 in Oldenburg, 8.11.2013 in Heusenstamm,  
15.11.2013 in Braunschweig, 22.11.2013 in Bremen  
und 29.11.2013 in Koblenz  
  
(Bachmayer)  
8.11.2013 in Bochum  
  
(Gutfried)  
8.11.2013 in Kassel  
  
(Fackelmann)  
15.11.2013 in Kiel
  3. GNotKG (Grundstücksrecht)  
(Bachmayer)  
7.11.2013 in Bochum  
  
(Gutfried)  
7.11.2013 in Kassel  
  
(Tiedtke)  
7.11.2013 in Heusenstamm, 14.11.2013 in  
Braunschweig, 21.11.2013 in Bremen und 28.11.2013  
in Koblenz  
  
(Fackelmann)  
14.11.2013 in Kiel
  4. Intensivkurs Überlassungsvertrag  
(Geck, Mayer)  
8.–9.11.2013 in Kiel
  5. Gestaltungen im Pflichtteilsrecht  
(Herrler, Müller)  
9.11.2013 in Köln, 16.11.2013 in Nürnberg
  6. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2013  
(Melchior)  
14.11.2013 in Berlin
  7. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungs-  
vertrag  
(Krauß)  
15.11.2013 in Heusenstamm, 16.11.2013 in Berlin
  8. Update WEG  
(Elzer, Hügel)  
15.11.2013 in Oldenburg
  9. Die Gestaltung von Eheverträgen  
(Reetz)  
15.11.2013 in Kassel
  10. Die EU-Erbrechtsverordnung  
(Döbereiner, Dorsel, Hertel, Kot, Lechner, Pisulinski,  
Sinkiewicz, Wysocka)  
15.11.2013 in Berlin
  11. Intensivkurs Gesellschaftsrecht  
(Heckschen, Heidinger, Kirschstein)  
22.–23.11.2013 in Heusenstamm)
- Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

**Neuerscheinungen**

1. Bärmann/Seuß: Praxis des Wohnungseigentums. 6. Aufl., Beck, 2013. 1282 S., 135 €
2. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Hrsg.): Zivilprozessordnung. ZPO. 72. Aufl., Beck, 2014. 3293 S., 165 €
3. Bergschneider (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht. 4. Aufl., Beck, 2013. 902 S. + CD-ROM, 119 €
4. Birk: Städtebauliche Verträge. 5. Aufl., Boorberg, 2013. 483 S., 34,80 €
5. Göppinger/Börger: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung. 10. Aufl., Beck, 2013. 610 S. + CD-ROM, 85 €
6. Grziwotz/Freiherr von Proff: Handbuch Patchworkfamilie. ZAP, 2013. 508 S., 79 €
7. Gustavus: Handelsregister-Anmeldungen. 8. Aufl., Schmidt, 2013. 432 S., 49,80 €
8. Hopt: Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht. 4. Aufl., Beck, 2013. 2034 S. + CD-ROM, 169 €
9. Lainé/Leutner: Standardvertragsmuster zum Handels- und Gesellschaftsrecht – Deutsch-Französisch. 2. Aufl., Beck, 2013. 318 S. + CD-ROM, 99 €
10. Otto/Klüsener/Fackelmann/Düspohl/Thamke: Das neue Kostenrecht – 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz GNotKG – JVKostG – GKG – FamGKG – JVEG – RVG – GvKostG – Einführung – Texte – Erläuterungen – Materialien – Konkordanzliste KostO – GNotKG. Bundesanzeiger, 2013. 820 S., 39,80 €
11. Reetz: NotarFormulare Versorgungsausgleich. Deutscher Notarverlag, 2013. 512 S., 89 €
12. Renner/Otto/Heinze (Hrsg.): Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar (GNotKG). Carl Heymanns, 2013. 1332 S., 139 €
13. Schneider: Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG. Nomos, 2013. 473 S., 34,00 €
14. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG. De Gruyter, 2013. 1076 S., 389 €
15. Tiedtke: GNotKG. Beck, 2013. 293 S., 39,80 €
16. Wolf/Lindacher/Pfeiffer: AGB – Recht. Kommentierung der §§ 305-310 BGB mit umfangreichem Klauselkatalog. 6. Aufl., Beck, 2013. 2560 S., 199 €
17. Wolf: Die verdeckte Sacheinlage in GmbH und AG. Nomos, 2013. 352 S., 89 €
18. Zimmermann: GNotKG. Das neue Kostenrecht für Gerichte und Notare. Beck, 2013. 184 S., 29 €