

1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2016

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:

Stefan Künkele,
Notarassessor

Dr. Katharina Hermannstaller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193



Neue Tabelle
zur Verkehrswert-
berechnung
nach dem Brand-
versicherungswert

Aufsätze

Gottwald: Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht 1

Gloser: Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I 12

Volmer: Auslandsvollstreckung aus notariellen Urkunden 20

Rechtsprechung

Prüfung der Geschäftsfähigkeit durch Grundbuchamt (OLG Hamm, Beschluss vom 5.11.2014, 15 W 452/14) 32
mit Anmerkung *Holzer* 33

Löschung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen (OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 398/14) 37
mit Anmerkung *Reymann* 38

Anfechtung einer Erbeinsetzung durch die zweite Ehefrau (OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.2014, I-15 W 14/14) 43
mit Anmerkung *Kanzleiter* 45

Freie Verfügungsmöglichkeit unter Lebenden als Indiz für wechselbezüglichen Bindungswillen des Erblassers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.9.2014, I-3 Wx 128/13) 47
mit Anmerkung *Keim* 51

Erbausschlagung „aus allen Berufungsgründen“ und Pflichtteil (OLG Schleswig, Urteil vom 2.9.2014, 3 U 3/14) 52
mit Anmerkung *Röhl* 56

Wirksamkeit des Erbverzichts- und Abfindungsvertrages (LG Düsseldorf, Urteil vom 29.1.2014, 7 O 132/13) 58
mit Anmerkung *Braun* 59

Eintragungsfähiger Nießbrauch an einem Kommanditanteil (OLG Oldenburg, Beschluss vom 9.3.2015, 12 W 51/15) 65
mit Anmerkung *Omlor* 66

Anwendbares Recht für Ausschlagung der Erbschaft (OLG Köln, Beschluss vom 25.3.2015, 2 Wx 63/15) 68
mit Anmerkung *Frank* 69

Keine Inlandsbeurkundung durch ausländischen Notar (BGH, Beschluss vom 20.7.2015, NotZ (Brfg) 13/14) 72
mit Anmerkung *Huttenlocher* 77

Überschreitung der Zwei-Wochen-Frist bei freiem Rücktrittsrecht (BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14) 79
mit Anmerkung *Meininghaus* 81

Übertragung eines GmbH-Anteils unter Vorbehaltsnießbrauch (BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 49/13) 89
mit Anmerkung *Schießl* 91

Inhalt

Aufsätze

Gottwald: Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht 2014/2015 **1**

Gloser: „Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I **12**

Volmer: Neues zur Auslandsvollstreckung aus notariellen Urkunden **20**

Buchbesprechungen

Münch: Handbuch Familiensteuerrecht (*Wartenburger*) **27**

Soutier: Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung. Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Band 43 (*Döbereiner*) **28**

Wachter (Hrsg.): Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts (*Kilian*) **29**

Grziwotz/Heinemann (Hrsg.): Beurkundungsgesetz (*Serr*) **29**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Eintragung einer Dienstbarkeit zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft zulasten eines Wohnungseigentums (KG, Beschluss vom 29.9.2015, 1 W 10-12/15) **31**
2. Begründung von Wohnungseigentum bei überhängendem Überbau (KG, Beschluss vom 23.7.2015, 1 W 759/15) **31**
3. Selbständige Prüfung der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden durch Grundbuchamt (OLG Hamm, Beschluss vom 5.11.2014, 15 W 452/14) **32**
mit Anmerkung *Holzer* **33**

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Keine Verlegung der Ausübungsstelle einer bereits ausgeübten Dienstbarkeit (BGH, Urteil vom 12.12.2014, V ZR 36/14) **34**
5. Einsichtsrecht von Wohnungseigentümer und Verwalter ins Grundbuch (OLG Hamm, Beschluss vom 17.6.2015, I-15 W 210/14) **36**
6. Berechtigtes Interesse eines Grundstücksnachbarn an der Grundbucheinsicht (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1.6.2015, 11 Wx 97/14) **36**
7. Löschung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen (OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 398/14) **37**
mit Anmerkung *Reymann* **38**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

8. Verneinung der Erforderlichkeit einer Betreuung nur bei Bestehen der Möglichkeit der Bevollmächtigung einer Vertrauensperson (BGH, Beschluss vom 23.9.2015, XII ZB 225/15) **41**
9. Adoption der erwachsenen Nichte durch den Onkel (OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.6.2015, 10 UF 272/15) **42**

Erbrecht

10. Zum Anfechtungsrecht einer Erbeinsetzung der ersten Ehefrau durch die zweite Ehefrau (OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.2014, I-15 W 14/14) **43**
mit Anmerkung *Kanzleiter* **45**
11. Freie Verfügungsmöglichkeit unter Lebenden als Indiz für wechselbezüglichen Bindungswillen des Erblassers bzgl. der Schlusserbeinsetzung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.9.2014, I-3 Wx 128/13) **47**
mit Anmerkung *Keim* **51**
12. Erbausschlagung „aus allen Berufungsgründen“ und Pflichtteil (OLG Schleswig, Urteil vom 2.9.2014, 3 U 3/14) **52**
mit Anmerkung *Röhl* **56**
13. Anspruch auf Auskunft wegen Pflichtteilsansprüchen; Wirksamkeit des Erbverzichts- und Abfindungsvertrages (LG Düsseldorf, Urteil vom 29.1.2014, 7 O 132/13) **58**
mit Anmerkung *Braun* **59**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Gesellschafterliche Treuepflicht stets in Gesellschaftsverhältnissen enthalten (BGH, Urteil vom 9.6.2015, II ZR 420/13) **61**
15. Zur Zulässigkeit eines c/o-Zusatzes in der Geschäftsanschrift einer GmbH (OLG Hamm, Beschluss vom 7.5.2015, 27 W 51/15) **65**
16. Eintragungsfähiger Nießbrauch an einem Kommanditanteil (OLG Oldenburg, Beschluss vom 9.3.2015, 12 W 51/15) **65**
mit Anmerkung *Omlor* **66**

Internationales Privatrecht

17. Anwendbares Recht für Ausschlagung der Erbschaft nach österreichischem Staatsangehörigen (OLG Köln, Beschluss vom 25.3.2015, 2 Wx 63/15) **68**
mit Anmerkung *Frank* **69**

Beurkundungs- und Notarrecht

18. Keine Inlandsbeurkundung durch ausländischen Notar (BGH, Beschluss vom 20.7.2015, NotZ (Brfg) 13/14) **72**
mit Anmerkung *Huttenlocher* **77**

Inhalt (Fortsetzung)

19. Amtspflichtverletzung bei Unterschreitung der Zwei-Wochen-Frist trotz freiem Rücktrittsrecht
(BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14) **79**
mit Anmerkung *Meininghaus* **81**

Kostenrecht

20. Zur Gesamtschuldnerschaft bei Notargebühren
(OLG Jena, Beschluss vom 1.9.2014, 7 W 340/12) **84**

Öffentliches Recht

21. Grundbucheintragungsvoraussetzung: Erfordernis einer Grundstücksverkehrsgenehmigung bei Erbanteilsveräußerung
(Thüringer OLG, Beschluss vom 24.2.2015, 3 W 591/14) **85**

Steuerrecht

22. Steuerbefreiung für ein Familienheim oder ein zu Wohnzwecken vermietetes Grundstück im Fall der Erbaueinandersetzung
(BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13) **86**
23. Übertragung eines GmbH-Anteils unter Vorbehaltsnießbrauch
(BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 49/13) **89**
mit Anmerkung *Schießl* **91**

Hinweise für die Praxis

- Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2015: 17,0 **93**

Standesnachrichten **97**

Sonstiges **III**

1 | MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2016 | 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: Notarassessor Stefan Künkele,
Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht 2014/2015

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth*

Im Nachfolgenden soll auf die wesentlichen Entwicklungen in der Rechtsprechung sowie auf wichtige Verwaltungserlasse und Gesetzesänderungen im Bereich des Grunderwerbsteuerrechtes eingegangen werden, die sich im Berichtszeitraum 2014/2015 ergeben haben.

I. Grunderwerbsteuerrechtliche Zurechnung von Gesellschaftsanteilen nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO?

Nach einem Urteil des BFH vom 9.7.2014¹ könne sich eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG aus schuldrechtlichen Bindungen des an der Personengesellschaft unmittelbar beteiligten Gesellschafters ergeben, so dass dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen einem Dritten (Neugesellschafter) zuzurechnen sei. Für diese Zurechnungsentscheidung könne laut BFH unter Beachtung grunderwerbsteuerrechtlicher Besonderheiten auf die Grundsätze des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zurückgegriffen werden.

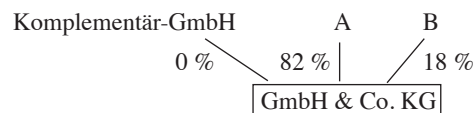
Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Sachverhalt:

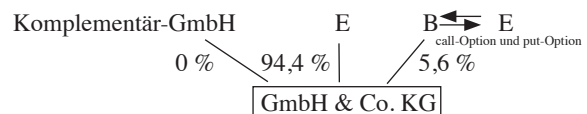
An einer grundbesitzenden GmbH & Co. KG waren A und B als Kommanditisten beteiligt. Der Anteil des A am Gesellschaftsvermögen betrug 82 % und der des B 18 %. Während A seinen gesamten Kommanditanteil an den Erwerber veräußerte, verblieb dem B noch ein Restanteil von 5,6 %. Hinsichtlich dieser 5,6 % vereinbarten B und der Erwerber einerseits eine jederzeit ausübbarer Kaufoption (sog. call-Option) und für B andererseits das Recht, den Anteil auf den Erwerber

zu übertragen, sofern dieser nicht innerhalb einer bestimmten Frist von der call-Option Gebrauch macht (sog. put-Option). Zugleich wurden die Konditionen, zu denen der Erwerber den Kommanditanteil erhalten sollte, bereits explizit festgelegt. Darüber hinaus wurde für den Erwerber eine befristete unwiderrufliche Vollmacht erteilt, alle Rechte wahrzunehmen und Erklärungen gegenüber Dritten abzugeben. Es lag mit den schuldrechtlichen Vereinbarungen somit ein Fall der sog. gekreuzten Optionen vor.

Vorher:



Nachher:



Lösung:

Der BFH hat eine grunderwerbsteuerbare Zurechnung der 5,6%-Beteiligung bei dem Erwerber bejaht, obgleich die Optionen noch nicht ausgeübt worden waren. Die Vereinbarung einer gekreuzten Option löst damit den Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG aus, da in der Gesamtschau dann (mittel-

* Der Beitrag gibt im Wesentlichen den Vortrag wieder, den der Verfasser anlässlich der 13. Jahresarbeitstagung des Notariats – einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstituts – im September 2015 in Berlin gehalten hat.

¹ Vgl. BFH, Urteil vom 9.7.2014, II R 49/12, DStR 2014, 1829.

bar) mehr als 95 % der Anteile an dem Gesellschaftsvermögen der grundbesitzenden GmbH & Co. KG auf einen neuen Erwerber übertragen wurden.

Durch das Risiko, dass somit eine Beteiligung bereits vor ihrem dinglichen Übergang nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO durch Vereinbarung von wechselseitigen call- und put-Optionen einem Neugesellschafter zugerechnet wird, ergibt sich entsprechender Handlungs- bzw. Gestaltungsbedarf.

Hintergrund ist, dass zwar auch bei einer kombinierten call- und put-Option zivilrechtlich noch kein Eigentum an den Anteilen übergeht, sich aber unter Umständen die Wahrscheinlichkeit erhöhen könnte, dass bei der Kombination der Optionsklauseln jedenfalls eine Partei von der Erwerbsoption Gebrauch macht. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH² ist bei einem Optionsvertrag über Anteile an Kapitalgesellschaften unabhängig von der zeitlich später festgelegten dinglichen Übertragung wirtschaftliches Eigentum übergegangen, sofern

- der Erwerber aufgrund eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts eine Rechtsposition innehat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann,
- das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf den Erwerber übergegangen sind und
- auch die mit den Anteilen verbundenen wesentlichen Gesellschafterrechte (insbesondere Gewinnbezugsrecht und Stimmrecht) auf den Erwerber übergegangen sind.

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung lässt sich somit der sofortige Anfall der Grunderwerbsteuer (vor Ausübung der Optionen) am ehesten dadurch vermeiden, dass der Kaufpreis für den verbleibenden Restanteil im Rahmen des Optionsvertrages noch nicht explizit festgelegt wird. Im Wesentlichen sollte auf den Erwerber weder das Risiko einer Wertminderung noch die Chance einer Werterhöhung übergehen. Dementsprechend bietet sich folgende Formulierung an:

Formulierungsvorschlag:

„Der Kaufpreis für die Anteile an der Gesellschaft bemisst sich nach ihrem tatsächlichen Wert (Teilwert/gemeiner Wert) im Zeitpunkt der Ausübung der Option.“

Zudem sollte insbesondere auf die Übertragung des Gewinnstammrechts im Optionsvertrag verzichtet werden, so dass die wesentlichen Rechte (zunächst) noch nicht vom Erwerber übernommen werden. Auf die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht, alle Rechte im Zusammenhang mit der Beteiligung wahrzunehmen und Erklärungen gegenüber Dritten abzugeben, sollte auch möglichst verzichtet werden (obwohl dies im oben genannten Fall des BFH nicht maßgebend gewesen ist).

In der Literatur wird die Rechtsprechung des BFH teilweise aus folgenden Gründen abgelehnt: Zum einen habe der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 1 Abs. 2a GrEStG zum 1.1.2000 das (zuvor enthaltene, mangels Konkretisierung jedoch leerlaufende) Tatbestandsmerkmal der „wirtschaftlichen Betrachtung“ bewusst aus dem Gesetzeswortlaut herausgestrichen. Hieraus wird abgeleitet, dass eine wirtschaftliche Zurechnung von Anteilen nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ausgeschlossen sei. Zum anderen verstoße die Auffassung des BFH gegen die Systematik der Grunderwerbsteuertatbestände, die eine Verwertungsbefugnis an Anteilen an grundbesitzenden

Gesellschaften nicht kennen. Es ist lediglich in § 1 Abs. 2 GrEStG die Verwertungsbefugnis an Grundstücken tatbestandsmäßig erfasst.

Darüber hinaus sei aufgrund des Gesetzeswortlautes von § 1 Abs. 2a GrEStG („... Anteile ... übergehen ...“) bei dem Tatbestandsmerkmal des Gesellschafterwechsels an den dinglichen Übergang der Rechtsinhaberschaft an den Anteilen angeknüpft; eine wirtschaftliche Zurechnung der Anteile nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO sei somit grunderwerbsteuerrechtlich unzulässig. Demgegenüber ließe sich aber auch ins Feld führen, dass nach bereits gefestigter Auffassung auch die Begründung eines Treuhandverhältnisses an einem Gesellschaftsanteil als mittelbarer Gesellschafterwechsel angesehen wird, obwohl hier ebenfalls kein dinglicher Rechtsträgerwechsel erfolgt.³ In Anbetracht der BFH-Rechtsprechung wird dem gestaltenden Rechtsberater ohnehin nichts anderes übrig bleiben, als die Rechtsprechung der BFH tunlichst zu beachten.

II. Anteilsvereinigung bei Erwerb eines eigenen Anteils durch eine GmbH

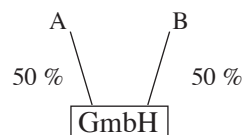
Nach einem Urteil des BFH vom 20.1.2015⁴ verwirklicht der einzige verbleibende Gesellschafter einer grundbesitzenden GmbH den Tatbestand der Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG auch dann, wenn nicht er selbst, sondern die GmbH den Geschäftsanteil des anderen Gesellschafters kauft.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

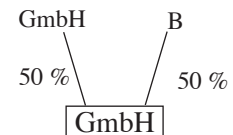
Sachverhalt:

An einer GmbH waren die Gesellschafter A und B je zur Hälfte beteiligt. Die GmbH hielt Grundbesitz. A verkaufte seinen Geschäftsanteil an die GmbH.

Vorher:



Nachher:



Lösung:

Nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG unterliegt unter anderem ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft begründet, der Grunderwerbsteuer, wenn durch die Übertragung unmittelbar oder mittelbar mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft in der Hand des Erwerbers allein vereinigt werden. Mit dem Anteilserwerb wird grunderwerbsteuerrechtlich derjenige, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, so behandelt, als habe er die Grundstücke von der Gesellschaft erworben, deren Anteile sich in seiner Hand vereinigen.

Der einzig verbleibende Gesellschafter einer grundbesitzenden GmbH verwirklicht den Tatbestand auch dann, wenn nicht er selbst, sondern die GmbH den Geschäftsanteil des

² Vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 10.3.1988, IV R 226/85, BStBl II 1988, S. 832.

³ Vgl. gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 25.2.2010, T. Z.2.2., DStR 2010, S. 697; BFH, Beschluss vom 17.3.2006, II B 157/05, NV 2006, 1341 ff.; Schanko, UVR 2010, 150; Gottwald/Behrens, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 246 ff.

⁴ Vgl. BFH, Urteil vom 20.1.2015, II R 8/13, DStR 2015, 650.

anderen Gesellschafters kauft. Dies folgt daraus, dass der Kaufvertrag auch in diesem Fall darauf gerichtet ist, dass der verbleibende Gesellschafter eine dem zivilrechtlichen Eigentum an einem Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit an dem Gesellschaftsgrundstück erwirbt. Zivilrechtlich kann eine GmbH zwar eigene Anteile halten (vgl. § 33 Abs. 2 und 3 GmbHG), dies ändere aber laut BFH nichts daran, dass sie begrifflich keine von ihr selbst verschiedene Person sein könne. Der Gesellschafter, der mindestens 95 % der nicht von der Kapitalgesellschaft selbst gehaltenen Anteile an dieser halte, beherrsche das Vermögen der Gesellschaft in gleicher Weise, wie wenn der Gesellschaft selbst keine Anteile zustünden.

Im Revisionsverfahren war noch vorgetragen worden, dass der Geschäftsanteilsabtretungsvertrag aufgrund eines Verstoßes gegen § 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nichtig gewesen sei. Hierzu führte der BFH noch aus, dass – selbst wenn dies zuträfe – lediglich das schuldrechtliche Geschäft nichtig, der dingliche Anteilserwerb selbst aber wirksam sei, so dass sich die Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung in diesem Fall zumindest aus § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG ergebe.

Als die Steuerpflichtigen ihren Fehler bemerkt hatten, versuchten sie, die Anteilsübertragung teilweise aufzuheben und einen 5,01 %-igen Geschäftsanteil nicht mehr an die GmbH, sondern an die Ehefrau des verbliebenen Gesellschafters zu verkaufen. Eine Aufhebung der Steuerfestsetzung nach § 1 Abs. 3 GrEStG über § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG kam jedoch im konkreten Fall nicht in Betracht, weil der ursprüngliche Abtretungsvorgang nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG angezeigt worden war.

Gestaltungsempfehlung:

Eigene Anteile der GmbH sind nach der Rechtsprechung somit nach Ermittlung der prozentualen Beteiligung der anderen Gesellschafter herauszurechnen. Es ist bei der Übertragung von Geschäftsanteilen auf die GmbH stets darauf zu achten, dass nach der Übertragung nicht ein Gesellschafter mindestens 95 % der Anteile (nach dieser relativierten Berechnung) hält. Es sollte stets ein weiterer Gesellschafter in der Gesellschaft sein, der mindestens 5,01 % der Anteile hält.

III. Zurechnung aufschiebend bedingt erworbener Grundstücke bei Erwerbsvorgängen nach § 1 Abs. 3 GrEStG

Hat eine Gesellschaft ein Grundstück unter einer aufschiebenden Bedingung gekauft, so gehört es nach einem Urteil des BFH vom 11.12.2014⁵ erst ab Eintritt der Bedingung zu ihrem Vermögen im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG; dies gelte auch dann, wenn bereits zuvor die Auflassung erklärt worden ist. Wäre bei einem aufschiebend bedingten Grundstückskaufvertrag die Auflassung bereits vor Bedingungseintritt erklärt, so unterliege die Auflassung nicht gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Auch ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag sei nach ständiger Rechtsprechung des BFH ein der Auflassung vorausgegangenes Rechtsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG, das einen Anspruch auf Übereignung begründet und schließe daher die Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG aus.⁶ Die Grunderwerbsteuer entstehe demgemäß ungeachtet der Auflassung erst mit Bedingungseintritt.

Dieselben Grundsätze seien auch für die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Grundstück zum Vermögen einer Gesellschaft gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG gehört, anzuwenden. Verkaufe die Gesellschaft das Grundstück unter einer aufschiebenden Bedingung, so gehöre es solange zu ihrem Vermögen, bis die Bedingung eintrete. Wäre bereits zuvor die Auflassung erklärt, spiele dies keine Rolle. Wäre dagegen ein Grundstück durch die Gesellschaft unter einer aufschiebenden Bedingung gekauft, so gehöre es solange nicht zu ihrem Vermögen, bis die Bedingung eingetreten sei.

IV. Betriebsvorrichtungen

Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GrEStG werden Maschinen und sonstige Vorrichtungen aller Art, die zu einer Betriebsanlage gehören, nicht zu den Grundstücken im Sinne des GrEStG gerechnet. Folglich fällt auf den Verkauf von Betriebsvorrichtungen auch keine Grunderwerbsteuer an. So stellt beispielsweise beim Verkauf einer Tankstelle die Zapfsäulenüberdachung eine Betriebsvorrichtung dar; Entsprechendes gilt beim Verkauf eines Kinos für die Kinobestuhlung. Der hierauf entfallende Kaufpreisteil ist somit nicht grunderwerbsteuerpflichtig.

Mit gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder vom 5.6.2013⁷ hat die Finanzverwaltung eine sehr umfangreiche Darstellung zur Abgrenzung des Grundvermögens von den Betriebsvorrichtungen veröffentlicht, die auch ein „ABC der Betriebsvorrichtungen“ enthält.

V. Grunderwerbsteuerpflicht bei Übertragung eines Grundstücks im Rahmen eines Stiftungsgeschäftes durch einen Träger öffentlicher Verwaltung

Nach einem Urteil des BFH vom 27.11.2013⁸ führe ein Stiftungsgeschäft, bei dem im Weg der Zustiftung ein Grundstück mit einem noch zu errichtenden Gebäude an eine Stiftung übertragen wird, nicht zur Erhebung der Grunderwerbsteuer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Die Grunderwerbsteuer entstehe erst mit dem zwischen dem Übertragenden und der Stiftung abgeschlossenen Vertrag, der schuldrechtliche Vereinbarungen über die Grundstückübertragung sowie zur Auflassung und Eigentumsumschreibung enthält; erst mit diesem Geschäft stehe der Stiftung ein Eigentumsverschaffungsanspruch zu.

Die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks auf die Stiftung sei nicht nach § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Bei einer Zustiftung handele es sich nicht um eine Grundstücksschenkung unter Lebenden im Sinne des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Sachverhalt:

Eine Kommune verpflichtete sich im Rahmen eines in Schriftform abgefassten Stiftungsgeschäfts, ein Grundstück zum Betrieb eines Museums „im Weg der Zustiftung“ auf eine Stiftung (§§ 80 ff. BGB) zu übertragen. Nach Anerkennung der Stiftung wurde in einem beurkundeten „Übertragungsvertrag zur Erfüllung eines Stiftungsgeschäfts“ der Stiftung das Eigentum übertragen.

⁷ Vgl. gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 5.6.2013, BStBl I 2013, S. 734.

⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 11/12 (NV), MittBayNot 2015, 173.

⁵ Vgl. BFH, Urteil vom 11.12.2014, II R 26/12, DStR 2015, 116.

⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 10.2.2005, II B 115/04, DStR 2005, 1857.

Lösung:

Der BFH legte das Stiftungsgeschäft dergestalt aus, dass eine durchsetzbare Übereignungsverpflichtung erst in dem (nachfolgenden) Übertragungsvertrag begründet worden sei, da das zu übertragende Grundstück im Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts noch nicht hinreichend bestimmt gewesen sei.

Das Stiftungsgeschäft war demgegenüber ungeachtet des Umstandes, dass es nicht notariell beurkundet worden war, formwirksam. Nach herrschender Meinung gilt zwar der Formzwang des § 311b BGB auch für einseitige Rechtsgeschäfte; dies gilt allerdings dann nicht, soweit spezielle Formvorschriften (hier § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB) eingreifen würden.⁹

Die entscheidende Frage in dem Sachverhalt bestand allerdings darin, ob die Zuwendung des Grundstücks – sei es aufgrund des Stiftungsgeschäfts (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG), sei es als Zustiftung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) – der Schenkungsteuer unterlag und deshalb gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG möglicherweise von der Grunderwerbsteuer befreit war. Diese Frage verneint der BFH im konkreten Fall mit der Begründung, dass ein Träger öffentlicher Verwaltung zu freigebigen Vermögensverfügungen nicht befugt sei, sondern öffentliche Mittel unter Bindung an die einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften zur Erfüllung der ihnen obliegenden öffentlichen Aufgaben einsetzen müsse. Grundsätzlich und insbesondere auch im vorliegenden Fall habe die Kommune mit der Vermögensübertragung eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen. Die Annahme einer steuerbaren Schenkung komme nur ausnahmsweise und nur dann in Betracht, wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung „den Rahmen seiner Aufgaben eindeutig überschreite“. Dies gelte sowohl für den Fall der Zustiftung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) als auch für den Fall einer Zuwendung durch ein Stiftungsgeschäft (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG). Die Voraussetzungen der Steuerbarkeit seien in beiden Fällen dieselben. Dies bedeute, dass auch im Fall des § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG der subjektive Tatbestand im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt sein müsse: Der Stifter müsse in dem Bewusstsein der Freigebigkeit handeln.¹⁰

Nach neuerer Rechtsprechung sind folglich unentgeltliche Vermögensübertragungen zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung regelmäßig keine freigebigen Zuwendungen im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Diese vom BFH zunächst in Rechtstreitigkeiten über Schenkungsteuerbescheide vertretene Betrachtungsweise wurde mittlerweile auch in den Entscheidungen zur Grunderwerbsteuer übernommen und weiterentwickelt.¹¹ Derartige unentgeltliche Vermögensübertragungen sind daher nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

Für unentgeltliche Übertragungen zwischen nichtstaatlichen (zum Beispiel kirchlichen) Körperschaften gilt diese Rechtsprechung allerdings nicht. Dort kann es sich auch künftig um freigebige Zuwendungen handeln.

Der BFH begründet seine Rechtsauffassung damit, dass aufgrund der Bindung der vollziehenden Gewalt an Recht und Gesetz, d. h. auch an die jeweils maßgeblichen haushaltsrechtlichen Vorschriften, im Regelfall anzunehmen sei, dass

der Träger öffentlicher Verwaltung in Wahrnehmung der ihm obliegenden öffentlichen Aufgaben und somit nicht freigebig handele. Nur wenn die übertragende juristische Person des öffentlichen Rechts den Rahmen ihrer Aufgaben eindeutig überschreite, komme eine freigebige Zuwendung in Betracht.

Beispiele:

Demgemäß ist eine unentgeltliche Grundstücksübertragung von einem Landkreis auf eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter der Landkreis ist, objektiv dann nicht freigebig, wenn der Landkreis mit der Zuwendung der Immobilie in Wahrnehmung der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben, beispielsweise der Krankenversorgung in Krankenhäusern, handelt, und diese Zweckbindung der Zuwendung vertraglich absichert.¹²

Unter Abkehr von ihrer bisherigen Auffassung sieht die Finanzverwaltung nunmehr die unentgeltliche Übertragung von Grundstücken durch die öffentliche Hand auf eine steuerbegünstigten Zwecken dienende Stiftung des privaten Rechts nicht mehr als freigebige Zuwendung an, so dass auch auf einen derartigen Übertragungsvorgang Grunderwerbsteuer erhoben wird.¹³

Die vorstehenden Grundsätze lassen sich demgegenüber nicht auf Vermögensübertragungen zwischen nichtstaatlichen Körperschaften untereinander anwenden.

Beispiel:

Bestellt eine Kirchengemeinde einer kirchlichen Einrichtung mit karitativer Zielsetzung – zumindest zunächst – unentgeltlich ein Erbbaurecht an einem Grundstück mit aufstehendem Alten- und Pflegeheim, so kann dies eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 3 Nr. 2 Abs. 1 GrEStG sein.¹⁴ Dies folgt daraus, dass die Kirchen und ihre Untergliederungen nicht dem staatlichen Haushaltsrecht unterworfen sind, sondern ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 Weimarer Reichsverfassung) ordnen und verwalten und anders als Träger öffentlicher Verwaltung nicht durch staatliches Recht gehindert sind, freigebige Zuwendungen vorzunehmen. Selbst wenn ein derartiger Vorgang schenkungsteuerlich gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 16 ErbStG privilegiert ist, fällt gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG keine Grunderwerbsteuer an.

VI. Das Verhältnis von Grunderwerbsteuer und Schenkungsteuer im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge

Nach einem Beschluss des BFH vom 11.8.2014¹⁵ komme eine Grunderwerbsteuerbefreiung bei Grundstücksübertragungen zwischen Geschwistern aufgrund einer interpolierenden Betrachtungsweise dann in Betracht, wenn die Übertragung der Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung gegenüber einem Elternteil (hier: Auflage) diene und der Elternteil schenkungsteuerrechtlich als Zuwendender anzusehen sei.

⁹ Vgl. hierzu *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, § 80 Rdnr. 37 ff.; *Hüttemann* in FS Spiegelberger, 2009, S. 1292 ff.; *Wachter*, ZEV 2003, 445.

¹⁰ Vgl. hierzu krit. *Hübner*, Anm. zu BFH, Urteil vom 27.11.2013, MittBayNot 2015, 175 ff.

¹¹ Vgl. BFH, Urteil vom 29.3.2006, II R 68/04, BStBl II 2006, S. 632.

¹² Vgl. BFH, Urteil vom 29.3.2006, II R 1504, BStBl II 2006, S. 557.

¹³ Vgl. koordinierter Ländererlass vom 28.4.2004, DStR 2005, 196; zur aktuellen Rechtsprechung zu unentgeltlichen Grundstücksübertragungen vgl. ausführlich *Mack*, UVR 2006, 281.

¹⁴ Vgl. BFH, Urteil vom 17.5.2006, II R 46/04, DStRE 2006, 1152.

¹⁵ Vgl. BFH, Beschluss vom 11.8.2014, II B 131/13, DNotZ 2015, 205.

Eine interpolierende Betrachtungsweise ist jedoch nur möglich, wenn für die Gestaltung ein außerhalb der Steuerersparnis liegender beachtlicher Grund wie die Neugestaltung der vorweggenommenen Erbfolge vorhanden ist. Eine Grunderwerbsteuerbefreiung aufgrund interpolierender Betrachtungsweise umfasse dagegen nicht eine übernommene Nießbrauchsbelastung.

Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Sachverhalt:

2006 hatte der Vater V seinen Kindern B und S ein Grundstück zum Miteigentum je zur Hälfte unter Vorbehaltsnießbrauch übertragen. Durch notarielle Urkunde vom März 2013 übertrug der Vater V im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Gesellschaftsanteile an den Sohn B. In diesem Vertrag verpflichtete sich B gegenüber seinem Vater und seiner Schwester S „auf Veranlassung des Vaters“ sowie „zum Zweck der Gleichstellung“, der S seinen schenkweise erhaltenen Miteigentumsanteil am Grundstück auf S unter Anrechnung auf deren Pflichtteilsansprüche nach dem Vater zu übertragen. Die Übertragung erfolgte unter Übernahme aller im Grundbuch eingetragenen Belastungen, insbesondere des bestehenden Nießbrauchs.

Der BFH musste sich deshalb mit der Frage befassen, ob für die Übertragung des mit dem Nießbrauchsrecht belasteten hälftigen Miteigentumsanteils vom Bruder auf die Schwester Grunderwerbsteuer anfällt oder nicht. Die Entscheidung erging im vorläufigen Rechtsschutz aufgrund summarischer Prüfung. Aus ihr ergeben sich dennoch wichtige Schlussfolgerungen.

Lösung:

Der BFH stellte zunächst klar, dass der Grundstückserwerb nicht den Befreiungstatbestand des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG erfülle. Hiernach seien Grundstücksschenkungen im Sinne des ErbStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Die Vorschrift finde nur Anwendung, wenn sich der Grundstückserwerb schenkungsteuerrechtlich als Schenkung zwischen Veräußerer und Erwerber vollziehe. B habe S das Grundstück jedoch nicht auf der Grundlage eines zwischen ihnen bestehenden Schenkungsvertrages übertragen. Der Übertragung habe vielmehr eine schuldrechtliche Verpflichtung des B gegenüber Vater V zugrunde gelegen (Auflage). Schenkungsteuerrechtlich sei nicht B, sondern der am Grunderwerb selbst nicht beteiligte V als Zuwendender des Grundstücks anzusehen.

Eine Befreiung des Grundstückserwerbs nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG scheidet ebenfalls aus, da die Geschwister nicht in gerader Linie, sondern in Seitenlinie verwandt seien.

Der BFH nimmt jedoch an, dass eine teilweise Befreiung bei interpolierender Betrachtung gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 i. V. m. § 3 Nr. 6 GrEStG in Betracht komme. Eine interpolierende Betrachtung sei möglich, wenn sich der tatsächlich verwirklichte Grundstückserwerb als abgekürzter Weg darstelle und die unterbleibenden Zwischenerwerbe im Falle ihrer Durchführung ebenfalls steuerfrei wären. Nach Ansicht des BFH seien die Voraussetzungen für eine Interpolation im konkreten Fall erfüllt. Einer interpolierenden Betrachtungsweise könne auch nicht der Einwand des § 42 AO entgegengehalten werden, da hier ein außerhalb der Steuerersparnis liegender beachtlicher Grund vorhanden sei. Ein beachtlicher Grund könne sich bei einer Neugestaltung der vorweggenommenen Erbfolge aus dem Interesse eines Elternteils ergeben, gegenüber dem begünstigten Kind selbst als Schenker aufzutreten. Dieses Interesse sei im vorliegenden Fall mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gekommen: B habe seinen Mitei-

gentumsanteil am Grundstück anstelle der Zahlung eines Gleichstellungsgeldes ausdrücklich „auf Veranlassung“ des Vaters V auf S übertragen. Erst recht dürfte ein solches berechtigtes Interesse anzuerkennen sein, wenn sich die durch die Übertragung des Miteigentumsanteils begünstigte S den Wert des Vermögensgegenstandes auf ihre Pflichtteilsansprüche nach Vater V anrechnen lassen müsse. Der BFH führt dann aber aus, dass diese Beurteilung nicht für den Wert des von S übernommenen Nießbrauchsrechtes gelte. Das Nießbrauchsrecht sei der Bemessung der Grunderwerbsteuer zugrunde zu legen. § 3 Nr. 3 Satz 2 GrEStG schließe Grundstücksschenkungen unter einer Auflage insoweit von der Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG aus, als der Wert solcher Auflagen bei der Schenkungsteuer abziehbar sei. Gegenstand der Zuwendung des Vaters an S sei der mit dem Nießbrauchsrecht belastete Miteigentumsanteil des B. Die Zuwendung des Vaters an S erfülle damit die Merkmale einer Schenkung unter Nutzungs- oder Duldungsaufgabe. Eine solche Auflage mindere bei der Schenkungsteuer die Bereicherung im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG. Die interpolierende Betrachtungsweise könne jedoch nicht so weit gehen, dass das mit dem Nießbrauchsrecht belastete Miteigentum insgesamt Grunderwerbsteuerfrei übertragen werden könne. Einer interpolierenden Betrachtung stehe insoweit entgegen, dass kein über die Ausnutzung der Steuerersparnis hinausgehender beachtlicher Grund bestehe. Eine interpolierende Betrachtung scheidet auch deshalb aus, weil diese nicht zu einer Erweiterung des Anwendungsbereiches einer Befreiungsvorschrift über ihren Zweck hinaus führen dürfe. Dies wäre der Fall, wenn man § 3 Nr. 6 GrEStG ohne jeden Bezug zu einer anderen Befreiungsregel interpolierend auf die Übertragung eines Grundstücks zwischen Geschwistern und damit auf eine Gestaltung anwenden würde, die nach der Systematik der Befreiungsvorschriften gerade nicht von der Grunderwerbsteuer befreit sei.¹⁶

Die Entscheidung des BFH bringt erfreuliche Klarstellungen. Eine Interpolation dürfte demnach immer möglich sein, wenn die Übertragung eines Grundstücks zwischen Geschwistern mit dem Ziel der Herstellung gleichwertiger Verhältnisse im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge auf Initiative der Eltern erfolgt. Zu beachten ist allerdings, dass der BFH eine Interpolation (§ 3 Nr. 2 i. V. m. § 3 Nr. 6 GrEStG) nur insoweit zulässt, als der Vorgang nach § 3 Nr. 2 GrEStG steuerfrei wäre. Der Fall verdeutlicht, wie wichtig die exakte Ausformulierung von Gegenleistungen eines Erwerbers im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge auch für die schenkungs- und Grunderwerbsteuerliche Betrachtung ist. Im Rahmen von Übertragungsvorgängen sollte daher durch eindeutige und unmissverständliche Formulierungen herausgearbeitet werden, *wer an wen* welche Zuwendungen vornimmt und welche Gegenleistungen der Erwerber gegenüber dem Veräußerer oder gegenüber Dritten dafür zu erbringen hat.¹⁷

VII. Keine Grunderwerbsteuer auf die mitverkaufte Instandhaltungsrücklage?

Nach einer Entscheidung des Sächsischen Finanzgerichtes vom 25.6.2014¹⁸ ist beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Rahmen einer Zwangsversteigerung das Meistgebot ohne eine Kürzung um die anteilige Instandhaltungsrücklage als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer heranzu-

¹⁶ Vgl. hierzu ausführlich DNotI-Report 5/2015, 39.

¹⁷ Ebenso Michael, Notar 10/2014, 336.

¹⁸ Vgl. Sächsisches FG, Urteil vom 25.6.2014, 6 K 193/12, NZB eingelegt, BFH II R 6/15, DStR 2015, 1103.

ziehen. Seit der 2007 erfolgten Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes sei Rechtsträger der Instandhaltungsrücklage die Wohnungseigentümergeinschaft; folglich sei die Instandhaltungsrücklage nicht Gegenstand des Erwerbes in der Zwangsversteigerung.

Nach herrschender Meinung in der Literatur habe sich dagegen durch die gesetzliche Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit des Verbandes nichts an der Abzugsfähigkeit der Instandhaltungsrücklage bei der Grunderwerbsteuer geändert.¹⁹ Die Mittel der Instandhaltungsrücklage dienen immer noch den gleichen Zwecken, die der BFH schon im Jahr 1991 benannt hat, nämlich der Befreiung des Eigentümers von künftigen Belastungen.²⁰ Damals führte der BFH in seinen Entscheidungsgründen auf:

„Für die Frage, ob Leistungen Entgelt für den Grundstückserwerb darstellen, ist vom Grunderwerbsteuerrechtlichen Grundstücksbegriff auszugehen. Dieser knüpft an den Grundstücksbegriff des bürgerlichen Rechts an. (...) In bestimmter Hinsicht sind aber der Besteuerung engere Grenzen gezogen. Dies folgt aus dem Sinn der Nr. 2 des § 2 Abs. 1 GrEStG, wonach nur der Rechtsverkehr mit Grundstücken der Steuer unterliegen soll und der Erwerb von Geldforderungen oder anderen vergleichbaren Vermögenspositionen selbst dann Grunderwerbsteuerrechtlich unerheblich ist, wenn solche Rechte gemäß § 96 BGB als Bestandteile des Grundstücks bürgerlichrechtlich dessen Schicksal teilen. (...) Das Guthaben aus der Instandhaltungsrückstellung nach dem WEG stellt eine mit einer Geldforderung vergleichbare Vermögensposition dar. (...) Die insoweit bestehenden Ansprüche der Wohnungseigentümer sind zwar zweckgebunden und für die einzelnen Wohnungseigentümer – nach überwiegender Rechtsauffassung in der Literatur – nicht frei verfügbar. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass die in der Instandhaltungsrückstellung angesammelten Mittel den einzelnen Wohnungseigentümern ihrem Anteil an der Instandhaltungsrückstellung entsprechend im Fall des Eintritts der Kostentragungspflicht nach § 16 Abs. 2 WEG unmittelbar zugute kommen. (...) Unter diesem Gesichtspunkt stellt der Aufwand des Erwerbers einer Eigentumswohnung für die Übernahme oder Bildung einer Instandhaltungsrückstellung nicht Entgelt für den Erwerb der Eigentumswohnung selbst, sondern Entgelt zur Erlangung eines – möglicherweise erst künftig entstehenden – geldwerten Anspruchs auf Bezahlung von Instandhaltungsaufwendungen aus der Instandhaltungsrückstellung dar.“

An diesen Überlegungen des BFH hat sich auch mit der Teilrechtsfähigkeit des Verbandes nichts geändert. Zwar war man sich unter Geltung des alten WEG nicht einig, auf welcher rechtsdogmatischen Grundlage der Ausschluss des Zahlungsanspruchs bezüglich der Instandhaltungsrücklage beruhte; im Ergebnis bestand aber faktische Einigkeit. Insofern hat sich durch die gesetzliche Teilrechtsfähigkeit des Verbandes nichts geändert. Meines Erachtens besteht daher aus Sicht des Vertragsgestalters derzeit kein Anlass, bei Kaufverträgen von der Ausweisung der Rücklage abzusehen, da die Entscheidung des Sächsischen Finanzgerichtes unzutreffend sein dürfte. Erfreulicherweise hat sich nunmehr das Finanzgericht Berlin-Brandenburg in einer Entscheidung vom 26.2.2015 dafür ausgesprochen, dass die Instandhaltungsrücklage sehr wohl die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer min-

dere.²¹ In Anbetracht der divergierenden Entscheidungen wird der BFH voraussichtlich demnächst über diese Frage abschließend entscheiden. Für die steuerliche Beratungspraxis dürfte sich, falls die Anerkennung der Rücklage durch die Finanzverwaltung als steuermindernd versagt wird, die Einlegung eines Einspruchs dringend empfehlen. Unter Hinweis auf das anhängige Verfahren vor dem BFH sollte außerdem das Ruhen des Verfahrens angeregt werden.²²

VIII. Aktuelle Grunderwerbsteuersätze

Die Bundesländer nutzen überwiegend das ihnen seit dem Jahr 2006 zustehende Recht, den Grunderwerbsteuersatz selbst festzulegen, zu wiederkehrenden Steuererhöhungen. Derzeit gelten in Deutschland folgende Grunderwerbsteuersätze:

Bundesland	Steuersatz
Brandenburg	6,5 % (ab 1.7.2015)
Nordrhein-Westfalen	6,5 %
Saarland	6,5 %
Schleswig-Holstein	6,5 %
Berlin	6,0 %
Hessen	6,0 %
Baden-Württemberg	5,0 %
Bremen	5,0 %
Mecklenburg-Vorpommern	5,0 %
Niedersachsen	5,0 %
Rheinland-Pfalz	5,0 %
Sachsen-Anhalt	5,0 %
Thüringen	5,0 %
Hamburg	4,5 %
Bayern	3,5 %
Sachsen	3,5 %

IX. Tausch mit dem Bauträger – Ausweichgestaltungen und damit verknüpfte anderweitige steuerliche Risiken

Laut Urteil des BFH vom 19.2.2014²³ liege keine Rückgängigmachung eines Erwerbsvorganges im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG beim Erwerb von Wohnungseigentum durch den Veräußerer des veräußerten Grundstücks vor. Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG müsse der Veräußerer das Eigentum an dem „veräußerten Grundstück“ zurückerwerben. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, wenn der Erwerber das Grundstück in Wohnungs- und Teileigentum aufteilt und der Veräußerer einen Teil der neu geschaffenen Eigentumseinheiten übertragen erhält. Das Urteil vom

²¹ Vgl. FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26.2.2015, DSz 2015, 360.

²² Vgl. *Kessler*, DSz 2015, 1105; ebenso *Ihle*, Notar II/2015, 52. Bei der Jahresarbeitstagung 2015 vertrat *Viskorf*, Vizepräsident des BFH a. D., die Auffassung, dass die Instandhaltungsrücklage nicht zur Bemessungsgrundlage zähle.

²³ Vgl. BFH, Urteil vom 19.2.2014, II B 106/2013, UVR 2014, 171.

¹⁹ Vgl. *Kessler*, DSz 2015, 1105.

²⁰ Vgl. BFH, Urteil vom 9.10.1991, 2 R 20/89, DSz 1992, 26.

19.2.2014 wurde bereits anlässlich der letzten Jahresarbeits-tagung ausführlich dargestellt²⁴ und soll daher nicht erneut vertieft behandelt werden.

In diesem Zusammenhang wird inzwischen in der Literatur der Gestaltungsvorschlag unterbreitet, dass der Verkäufer das Grundstück selbst in Miteigentums- und Teileigentumsanteile aufteilt und nach § 8 WEG (vor der Übertragung auf den Bau-träger) Wohnungseigentum bildet, so dass er anschließend sehr wohl den gleichen Grundstücksgegenstand zurückerwer-ben könne.²⁵

Bei einer derartigen Gestaltung ist meines Erachtens aber stets zu prüfen, ob man aufgrund der Veräußerung des in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks bereits in den Bereich des gewerblichen Grundstückshandels gelangt. In dem Zusammenhang ist zu beachten, dass die gelegentliche Veräußerung und Umschichtung von Grundbesitz grundsätz-lich, ebenso wie der Vermögenserwerb, noch zur Verwaltung des Vermögens gehört. Im Grundsatz ist auch davon auszu-gehen, dass die Aufteilung in Wohnungseigentum bzw. Teil-eigentum für sich betrachtet noch keinen Umstand darstellt, der die Veräußerung der so entstandenen Einheiten zu einer gewerblichen Tätigkeit macht, sofern die Grundstücke mindestens für einen Zeitraum von zehn Jahren zum Vermö-gen des Veräußerers gehören.²⁶ Das BMF weist insofern auch darauf hin, dass beim Verkauf von unbebauten Grund-stücken der Erwerb, die Parzellierung und die Veräußerung von mehr als drei unbebauten Grundstücken nur dann gewerblich sei, wenn die Grundstücke (Bauparzellen) in Veräußerungsabsicht erworben wurden oder der Steuerpflich-tige über die Parzellierung hinaus Tätigkeiten entwickelt hat (zum Beispiel Erschließung, Bebauungsplan, Baureifma-chung). Befanden sich daher die Grundstücke in langjährigem Vorbesitz (d. h. mindestens zehn Jahre) und hat der bisherige Eigentümer keine weitergehenden Tätigkeiten entwickelt, die einem Grundstückshändler oder einem Baulandaufschlie-ßungsunternehmen ähneln, so ist nach wohl herrschender Meinung davon auszugehen, dass noch kein gewerblicher Grundstückshandel vorliege. Allein die bloße Aufteilung eines unbebauten Grundstücks in Wohnungs- bzw. Teileigen-tum vor der Veräußerung mit dem Ziel, eine Grunderwerbsteu-erfreie Rückübertragung zu erreichen, dürfte daher wohl nicht dazu führen, den bisherigen Eigentümer als „Grundstücks-händler“ einzuordnen mit der Folge, dass dann unabhängig von der 3-Objekt-Grenze und des zeitlichen Zusammen-hanges ein gewerblicher Grundstückshandel angenommen würde. Im Hinblick auf die unsichere ertragsteuerliche Rechtslage sollte aber meines Erachtens eine derartige Gestal-tung nicht ohne vorherige verbindliche Auskunft beim Finanzamt erfolgen.²⁷

²⁴ Vgl. *Gottwald*, 12. Jahresarbeits-tagung des Notariats, DAI-Skript, S. 843.

²⁵ Vgl. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2015, 33.

²⁶ Vgl. BMF Schreiben vom 26.3.2004, BStBl I, S. 434 Rdnr. 2.

²⁷ Alternativ könnte auch eine Abwicklung über das Anteilsmodell erfolgen, in welcher der Grundstückseigentümer nur einen ideellen Miteigentumsanteil an den Bauträger verkauft, sich selbst aber ebenfalls einen Miteigentumsanteil zurückbehält und anschließend eine Aufteilung nach § 3 WEG erfolgt. Vgl. hierzu ausführlich *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 990 ff. m. w. N. Bei dieser Abwicklung stellen sich aber auch erhebliche zivilrechtliche Probleme (MaBV, Vorleistungspflicht des Bauträgers).

X. Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs bei Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes durch einen Miterben

1. Grunderwerbsteuerbare Vorgänge bei Erbanteilsübertragungen

Da der Miterbenanteil bei der Erbengemeinschaft stets über-tragbar und die Erbengemeinschaft weder freiwillig entstan-den noch auf Fortbestand ausgerichtet ist, ist dessen Veräuße-rung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbar, soweit davon Grundstücke betroffen sind. Beim Verkauf eines Miterbenan-teils bleibt die Erbengemeinschaft zwar weiterhin die gleiche Erbengemeinschaft, so dass grundsätzlich kein Rechtsträger-wechsel vorliegt; da der Gesetzgeber bestimmte Rechtsge-schäfte unter Miterben in § 3 Nr. 3 GrEStG jedoch ausdrück-lich von der Grunderwerbsteuer freigestellt hat, wird von der herrschenden Meinung hieraus im Umkehrschluss gefolgert, dass der Verkauf von Miterbenanteilen an Dritte steuerbar ist.²⁸

Der Erbschafts Kauf (vom Alleinerben) ist dagegen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG Grunderwerbsteuerpflichtig.²⁹

Die Erbteilsübertragung auf Dritte ist steuerpflichtig (anders als bei Personengesellschaften, bei denen die Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung nur unter den engen Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a, Abs. 3 bzw. Abs. 3a GrEStG steuerpflich-tig ist). Von der Steuer befreit ist der Vorgang nur, wenn die Erbteilsübertragung an einen Miterben erfolgt (§ 3 Nr. 3 GrEStG).³⁰

§ 3 Nr. 3 GrEStG dient der Erleichterung der Auseinanderset-zung des gemeinschaftlichen Vermögens einer Erbengemein-schaft mit Grundbesitz.³¹ Unter „Auseinandersetzung“ im Sinne des § 3 Nr. 3 GrEStG fällt sowohl der Erwerb eines Nachlassgrundstücks durch einen Miterben als auch der Er-werb eines Erbteils von einem anderen Miterben.³² Von der Steuerbefreiung umfasst wird der gesamte Erwerb durch einen Miterben, seinen Ehegatten oder den überlebenden Ehegatten des Erblassers. Die für den Ehegatten geltenden Steuerbefreiungen wurden durch das Jahressteuergesetz 2010 auf eingetragene Lebenspartner ausgedehnt.³³ Beachtlich ist, dass der Erwerb auch dann in vollem Umfang Grunderwerb-steuerfrei ist, wenn der Miterbe einen Gegenwert zu leisten hat. Allerdings wird die Befreiung nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG erst relevant, wenn das Grundstück entweder unge-teilt übernommen oder abweichend vom Verhältnis der Erb-quoten geteilt wird. In allen anderen Fällen würden bereits die Befreiungen nach § 6 GrEStG (Übergang von einer Gesamt-

²⁸ Vgl. *Pahlke*, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 147 ff. m. w. N. Beim Erwerb des letzten Erbteils ist demnach nicht mehr der ganze Grundstückserwerb, sondern nur der quotale Erwerb des letzten Anteils zu versteuern. Auf etwaige Befreiungstatbestände kommt es also – anders als bei Personengesellschaften – nicht an; vgl. ferner *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 25.

²⁹ Vgl. *Pahlke*, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 51 und Rdnr. 147 m. w. N.

³⁰ Vgl. *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl., Rdnr. 81.

³¹ Voraussetzung für die Befreiung ist, dass das Erwerbsgrundstück noch zu einem ungeteilten Nachlass gehört, vgl. FG München, Urteil vom 8.12.2004, 4 K 1557/02, BeckRS 2004, 26017487; Letzteres ist nicht mehr der Fall, wenn sich die Miterben hinsichtlich des Grundstücks schon dergestalt auseinandergesetzt hatten, dass es diesen nicht mehr in Erbengemeinschaft, sondern im Rahmen einer Bruchteilsgemeinschaft gehört.

³² Vgl. BFH, BStBl II 1973, S. 363; *Pahlke*, Grunderwerbsteuergesetz, § 3 Rdnr. 192.

³³ Vgl. Jahressteuergesetz 2010, BGBl I 2010, S. 1768.

hand) oder § 7 GrEStG (Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Flächeneigentum) ausreichen.³⁴

Bei einem Erbanteilsenerwerb durch sonstige Dritte ist der Befreiungstatbestand dagegen nicht einschlägig.

2. Rechtliche Besonderheiten des Vorkaufsrechts der Miterben

Das Miterbenvorkaufsrecht ist in den §§ 2034 bis 2037 BGB nicht vollständig und abschließend geregelt; vielmehr finden ergänzend die Vorschriften über das schuldrechtliche Vorkaufsrecht (§§ 463 ff. BGB) Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 2034 ff. BGB etwas anderes ergibt. Das Vorkaufsrecht der Miterben unterscheidet sich von anderen Vorkaufsrechten des BGB insbesondere dadurch, dass es nach Anteilsübertragung auch gegenüber dem Käufer und sogar gegenüber weiteren Erwerbern fortwirkt, §§ 2035, 2037 BGB.³⁵ Wenn dem Vorkaufsrecht deswegen teilweise eine dingliche Eigenschaft zugeschrieben wird, ist dies jedoch zumindest missverständlich, da es nur mit obligatorischer Wirkung ausgestattet ist.³⁶

Wird das Vorkaufsrecht vor Übertragung des Erbanteils gegenüber dem Verkäufer ausgeübt, so entsteht zwischen dem Vorkaufsrechtsausübenden und dem verkaufenden Miterben kraft Gesetzes ein Schuldverhältnis, das den Vorschriften über den Kauf unterliegt (§ 464 Abs. 2 BGB). Inhaltlich gelten also die Bestimmungen des zwischen Verkäufer und Käufer geschlossenen Kaufvertrags, so dass den Verkäufer die für den Dritten vorgesehenen Rechte und Pflichten treffen. Die Berechtigten erhalten demnach einen Anspruch auf Übertragung des Erbteils im Sinne von § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB.³⁷ Wird das Vorkaufsrecht ausgeübt, entfällt dadurch jedoch nicht der ursprüngliche Kaufvertrag. Es liegt dann allerdings ein Rechtsmangel im Sinne von § 435 BGB vor.³⁸

Ist dagegen der verkaufte Erbanteil bereits dinglich auf den Käufer übertragen, so können die Miterben das ihnen nach § 2034 BGB dem Verkäufer gegenüber zustehende Vorkaufsrecht dem Käufer gegenüber ausüben. Dem Verkäufer gegenüber erlischt das Vorkaufsrecht mit der Übertragung des Anteils (§ 2035 Abs. 2 BGB). Die Vorschrift hat zusammen mit § 2037 BGB zum Ziel, die Stellung der vorkaufsberechtigten Miterben im Vergleich zu schuldrechtlichen Vorkaufsberechtigten zu stärken. Die Miterbenvorkäufer können somit ihr Vorkaufsrecht nach der Übertragung des Anteils gegenüber dem Käufer (§ 2035 BGB) bzw. gegenüber weiteren Erwerbern (§ 2037 BGB) ausüben. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Käufer kommt weder ein Vertragsverhältnis zwischen dem Verkäufer und den vorkaufsberechtigten Miterben noch zwischen diesen und dem Käufer zustande;³⁹ vielmehr entsteht zwischen den vorkaufsberechtigten Miterben und dem Käufer ein gesetzliches

Schuldverhältnis. Der Käufer muss sich so behandeln lassen, als ob ein Kaufvertrag zwischen dem Verkaufenden und den zum Vorkauf berechtigten Miterben zustande gekommen ist, der auch ihm gegenüber wirkt. Die das Vorkaufsrecht ausübenden Miterben erwerben einen schuldrechtlichen, gegen den Käufer gerichteten Anspruch auf Übertragung des Erbanteils.

Ein derartiger Fall lag auch dem Urteil des BFH vom 9.7.2014 zugrunde. Ein Miterbe übte sein gesetzliches Vorkaufsrecht gegenüber dem Erwerber des Erbanteils aus. Der Erwerber übertrug in Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB die Erbteile unmittelbar auf den vorkaufsberechtigten Miterben.

Folglich hätte der BFH sich durchaus auf den Standpunkt stellen können, dass die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG erst erfüllt sind, wenn der ursprüngliche schuldrechtliche Erbanteilsabtretungsvertrag aufgehoben worden ist. Umso erstaunlicher ist es, dass das Gericht die Übertragung der Miterbenanteile durch den Erbteilkäufer an den Miterben in Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB einer Aufhebung des ursprünglichen Erbteilskaufvertrages gleichstellt und deshalb § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG entsprechend anwendet. Obwohl der BFH erkennt, dass die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts durch einen Miterben noch nicht zur Rückabwicklung des Erbteilskaufvertrages mit dem ursprünglichen Anteilsverkäufer führt, hält es das Gericht für entscheidend, dass der Erbteilsenerwerb bereits durch das Vorkaufsrecht belastet war und sich mit Ausübung des Vorkaufsrechts die von vornherein bestehende Möglichkeit realisiert, dass der Erwerber die Erbteile wieder herausgeben muss. Deshalb komme es nach Ansicht des BFH weder darauf an, ob ein Erbteilskaufvertrag unter der auflösenden Bedingung der Ausübung des Vorkaufsrechts stehe, noch darauf, ob dem Erwerber wegen der Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Anteilsverkäufer ein gesetzliches oder vertragliches Rücktrittsrecht zustehe.

Die Entscheidung ist insofern für den Steuerpflichtigen günstig, als hier – anders als bei sonstigen Vorkaufsrechten – keine Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrages verlangt wird. Bei gewöhnlichen Grundstückskaufverträgen wird die Grunderwerbsteuer erfahrungsgemäß erst dann dem Erstkäufer zurückerstattet, wenn er die Rückabwicklung des ursprünglichen schuldrechtlichen Kaufvertrages mit dem Verkäufer gegenüber dem Finanzamt darlegen kann. Deshalb bietet sich bei Grundstückskaufverträgen meines Erachtens nach wie vor folgender Textbaustein – zum Beispiel hinsichtlich gesetzlicher Vorkaufsrechte nach BauGB oder Landesnaturschutzgesetz – an:

Formulierungsvorschlag:

„Wird ein Vorkaufsrecht ausgeübt, soll mit Ausübung des Vorkaufsrechts und Zustandekommen des Kaufvertrags mit dem Vorkaufsberechtigten der gegenständliche Kaufvertrag unwirksam werden.“

Bei einer derartigen Formulierung kann der Erstkäufer nach Ausübung des Vorkaufsrechtes dem Finanzamt gegenüber ohne Weiteres nachweisen, dass der ursprüngliche schuldrechtliche Kaufvertrag (durch Eintritt einer auflösenden Bedingung) entfallen ist und somit die Voraussetzungen für die Rückerstattung der Grunderwerbsteuer (in der Regel bereits nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) vorliegen.

Bei Erbteilskaufverträgen ist in Anbetracht der vorstehenden BFH-Entscheidung eine derart vorsichtige Gestaltung nicht mehr geboten. Insoweit ist das Urteil durchaus zu begrüßen,

³⁴ Vgl. *Pahlke*, Grunderwerbsteuergesetz, § 3 Rdnr. 147; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 3 Rdnr. 22.

³⁵ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 14.10.1952, BReg. 2 Z 254 u. 255/51, BayObLGZ 1952, 247; MünchKommBGB/*Heldrich*, § 2034 Rdnr. 2.

³⁶ Vgl. MünchKommBGB/*Heldrich*, § 2034 Rdnr. 2.

³⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 8.5.1952, IV ZR 163/51, NJW 1952, 870.

³⁸ Die Rechte des Käufers bestimmen sich nach § 437 BGB. Soweit diese eine vom Schuldner zu vertretende Pflichtverletzung voraussetzen, ist zu berücksichtigen, dass der Verkäufer gegenüber dem Käufer den Rechtsmangel als solchen nicht zu vertreten hat, da dieser auf dem Gesetz beruht, vgl. MünchKommBGB/*Heldrich*, § 2034 Rdnr. 2 ff.

³⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 21.10.1954, IV ZR 128/54, BGHZ 15, 102.

wengleich es meines Erachtens einen gewissen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung zu § 16 GrEStG darstellt. Bislang ist immer die vollständige zivilrechtliche und wirtschaftliche Rückabwicklung des ursprünglichen Erwerbsverhältnisses verlangt worden. Für die zivilrechtliche Rückabwicklung war die Aufhebung des ursprünglichen Kausalverhältnisses zwingend notwendig gewesen. In der vorliegenden Konstellation des § 2035 BGB hat der BFH aber keine Notwendigkeit mehr gesehen, den ursprünglichen schuldrechtlichen Erbanteilskaufvertrag noch (ausdrücklich oder konkludent) aufzuheben, um in den Genuss des § 16 GrEStG zu gelangen.

XI. Die Stiftung als „long-term-RETT-Blocker“?

§ 1 Abs. 3a GrEStG wurde mit dem Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetz⁴⁰ in das Grunderwerbsteuerrecht als neuer Ergänzungstatbestand eingefügt und soll gemäß § 23 Abs. 11 GrEStG mit Wirkung ab dem 6.6.2013 die Gestaltungsstruktur des sog. „RETT-Blockers“ verhindern.⁴¹ Bis zum Inkrafttreten von § 1 Abs. 3a GrEStG war es möglich, die spezifische Besonderheit der gesellschaftsrechtlichen Betrachtung des Begriffs „Anteil“ in § 1 Abs. 3 GrEStG auszunutzen, um mit Hilfe einer zwischengeschalteten Personengesellschaft bei Unternehmenskäufen mit Grundbesitz den Anfall von Grunderwerbsteuer zu vermeiden.⁴²

§ 1 Abs. 3a GrEStG fingiert einen Rechtsvorgang im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG, wenn ein Rechtsträger unmittelbar oder mittelbar eine wirtschaftliche Beteiligung in Höhe von mindestens 95 % an einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft innehat. Eine wirtschaftliche Beteiligung wird in den Fällen begründet, in denen ein Gesellschafter durchgerechnet durch alle Beteiligungsstufen 95 % an der grundbesitzenden Gesellschaft innehat.⁴³

Bei der Suche nach Gestaltungen, die sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage einen grunderwerbsteuerbaren Tatbestand vermeiden, wird in Teilen der Literatur inzwischen auf Rechtsträger Bezug genommen, an denen keine gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen bestehen können. Als mögliche Gestaltung wird der Einsatz von Stiftungen vorgeschlagen.⁴⁴

Mit einer in die Unternehmens- bzw. Konzernstruktur eingefügten Stiftung soll sich dauerhaft der Anfall von Grunderwerbsteuer vermeiden lassen. Meines Erachtens besteht aber hier das Risiko, dass die Rechtsprechung bei der Ermittlung der wirtschaftlichen Beteiligung die Anteile, die die Stiftung hält, ähnlich wie eigene Anteile einer GmbH aus der Gesamtberechnung ausscheidet.⁴⁵ Im Hinblick auf diese Rechtsunsicherheit kann deshalb zu einer derartigen Gestaltung ohne vorherige verbindliche Auskunft beim Finanzamt nicht ohne Weiteres geraten werden.

⁴⁰ Vgl. AmtshilfeRLUMsG v. 7.6.2013, BGBl 2013 I, S. 1809.

⁴¹ Vgl. Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 400.

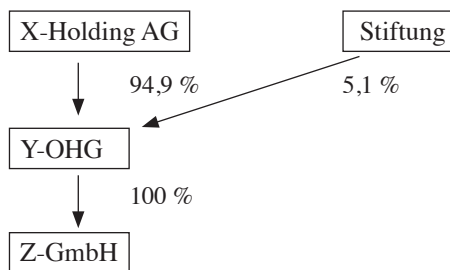
⁴² Vgl. Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 402 ff. Auf klassische RETT-Blocker-Strukturen soll nicht mehr näher eingegangen werden, da diese bereits Gegenstand der letzten Jahresarbeits-tagungen waren.

⁴³ Vgl. Egner/Geißler, DStZ 2015, 336.

⁴⁴ Bei diesen Gestaltungsvorschlägen sind jedoch die grunderwerbsteuer- und schenkungsteuerlichen Folgen der Übertragung der Beteiligung auf die Stiftung (als Kauf oder Schenkung) gesondert zu prüfen; vgl. hierzu Wachter, DStR 2012, 1902.

⁴⁵ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter vorstehender Ziffer II. zu BFH, Urteil vom 20.1.2015, II R 8/13, DStR 2015, 650.

Beispiel:



Im obigen Beispiel wird der Anfall von Grunderwerbsteuer nach der vorbezeichneten Literaturlösung im Rahmen des § 1 Abs. 3 bzw. Abs. 3a GrEStG angeblich verhindert, da kein Gesellschafter mindestens 95 % der Anteile an der grundstücksbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft innehat.⁴⁶ Eine missbräuchliche Gestaltung nach § 42 AO liege nach dieser Auffassung jedenfalls in den Fällen nicht vor, in denen die Implementierung einer Stiftung in die Konzernstruktur auch weitere außersteuerrechtliche Motive habe.⁴⁷ Meines Erachtens besteht aber in einer derartigen Konstellation die Gefahr, dass die Anteile der Stiftung – ähnlich wie eigene Anteile der Gesellschaft selbst – nicht in die Berechnung der 95 %-Quote einbezogen werden dürfen.

XII. Keine Verlängerung der Festsetzungsfrist bei leichtfertiger Verletzung der Anzeigepflicht eines Notars

Nach einem Urteil des BFH vom 3.3.2015⁴⁸ führt die leichtfertige Verletzung der einem Notar nach § 18 GrEStG obliegenden Anzeigepflicht nicht zu einer Verlängerung der Frist für die Festsetzung von Grunderwerbsteuer gegenüber dem Steuerpflichtigen auf fünf Jahre.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Sachverhalt:

Ein Steuerpflichtiger erwarb sämtliche Anteile an einer GmbH. Im Vertrag wurde angegeben, dass zum Vermögen der GmbH Grundbesitz gehöre. Der Notar übersandte den Geschäftsanteilsabtretungsvertrag unter Bezugnahme auf seine Anzeigepflicht gemäß § 54 EStDV an die Körperschaftsteuerstelle des Finanzamtes, wo er am 5.2.2002 einging. Am 27.3.2002 erstellte die Körperschaftsteuerstelle des Finanzamtes eine Kontrollmitteilung und fügte ihr den Vertrag bei. Ob diese Mitteilung bei der Grunderwerbsteuerstelle des Finanzamtes eingegangen ist, konnte nicht festgestellt werden. Der Erwerb der Anteile an der GmbH durch den Steuerpflichtigen wurde vielmehr erst im Rahmen einer Außenprüfung durch ein anderes Finanzamt festgestellt und der zuständigen Grunderwerbsteuerstelle im September 2009 mitgeteilt. Im Revisionsverfahren ging es um die Frage, ob sich die Festsetzungsfrist für den Grunderwerbsteuerbescheid wegen einer leichtfertigen Steuerverkürzung durch den Notar auf fünf Jahre verlängert hätte, so dass diese Frist bei Erlass der Bescheide am 22.2. und 20.4.2010 noch nicht abgelaufen gewesen wäre.

⁴⁶ Vgl. zu weiteren Einsatzmöglichkeiten der Stiftung als sog. long-term-RETT-Blocker Egner/Geißler, DStZ 2015, 333.

⁴⁷ Vgl. zu den Vorteilen unternehmensverbundener Stiftungen Heinzelmann, Die Stiftung im Konzern, 2002, S. 39.

⁴⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 3.3.2015, II R 30/13, BeckRS 2015, 49961.

Lösung:

Zunächst führte der BFH aus, dass die Anzeige grundsätzlich an die Grunderwerbsteuerstelle des zuständigen Finanzamts übermittelt werden müsse. Die vom Notar unter Bezugnahme auf die Anzeigepflicht gemäß § 54 EStDV ausdrücklich an die Körperschaftsteuerstelle des Finanzamts gerichtete Anzeige genüge nicht den gesetzlichen Anforderungen. Nach § 169 Abs. 2 Satz 2 AO beträgt die Festsetzungsfrist zehn Jahre, soweit eine Steuer hinterzogen, und fünf Jahre, soweit sie leichtfertig verkürzt worden ist. Nach § 378 Abs. 1 Satz 1 AO handelt ordnungswidrig, wer als Steuerpflichtiger oder bei Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Steuerpflichtigen eine der in § 370 Abs. 1 AO bezeichneten Taten leichtfertig begeht. Täter einer leichtfertigen Steuerverkürzung kann der Schuldner der Grunderwerbsteuer sein, nicht aber der Notar, der eine Anzeigepflicht nach § 18 GrEStG verletzt.⁴⁹ Der Notar ist weder Steuerpflichtiger noch nimmt er im Hinblick auf die Anzeigepflicht Angelegenheiten des Steuerpflichtigen wahr.

Nach § 33 Abs. 1 AO ist Steuerpflichtiger nur, wer eine Steuer schuldet, für eine Steuer haftet oder in dieser Vorschrift genannte oder ihm durch Steuergesetze auferlegte Verpflichtungen zu erfüllen hat. Steuerpflichtiger ist gemäß § 33 Abs. 2 AO nicht, wer in einer fremden Steuersache Auskünfte zu erteilen hat, Urkunden vorzulegen, ein Sachverständigengutachten zu erstatten oder das Betreten von Grundstücks-, Geschäfts- und Betriebsräumen zu gestatten hat. Über den zu engen Wortlaut der Vorschrift hinaus ist auch nicht Steuerpflichtiger, wer – wie etwa ein Notar nach § 18 GrEStG – eine Anzeige in einer fremden Steuersache zu erstatten hat, denn bei einer solchen Anzeigepflicht handele es sich ebenso wie bei den in § 33 Abs. 2 AO genannten Fällen um eine allgemeine verfahrensrechtliche Pflicht. Der Notar handele – laut BFH – bei der Anzeigerstattung nach § 18 GrEStG auch nicht in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Steuerpflichtigen im Sinne des § 378 Abs. 1 Satz 1 AO. Dieses Tatbestandsmerkmal setze vielmehr eine rechtsgeschäftliche Beauftragung durch den Steuerpflichtigen voraus; gesetzliche Pflichten wie etwa Auskunftspflichten genügten nicht. Vielmehr habe der Notar in § 18 GrEStG die Erfüllung einer eigenen, dem Finanzamt gegenüber bestehenden Pflicht nachzukommen. Eine Verletzung dieser Anzeigepflicht des Notars führe demgemäß auch nicht zu einer Anlaufhemmung gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO.

Da das Finanzgericht im konkreten Fall jedoch nicht geprüft hatte, ob *der Steuerpflichtige selbst* leichtfertig im Sinne des § 378 Abs. 1 Satz 1 AO gehandelt hatte, weil er ebenfalls keine Anzeige an die Grunderwerbsteuerstelle erstattet hatte, konnte vom BFH über die Angelegenheit nicht abschließend entschieden werden. Deshalb hat der BFH die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückverwiesen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, § 127 FGO).

Somit führt die leichtfertige Verkürzung der einem Notar nach § 18 GrEStG obliegenden Anzeigepflicht nicht zu einer Verlängerung der Frist für die Festsetzung der Grunderwerbsteuer gegenüber dem Steuerpflichtigen.⁵⁰

⁴⁹ Insoweit weicht das Urteil des BFH ausdrücklich von FG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.3.2004, 5 K 59/01, EFG 2004, 867, und von FG Münster, Urteil vom 24.9.2009, 8 K 2284/06, EFG 2010, 507, ab.

⁵⁰ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass durch das Steueränderungsgesetz 2015 die Befugnis des Notars nach dem Grunderwerbsteuerrecht zur Erteilung beglaubigter Abschriften und Ausfertigungen nach § 21 GrEStG rückwirkend verschärft wurde. Erforderlich ist nunmehr, dass die Anzeige „in allen Teilen vollständig (§§ 18 und 20)“ vorgenommen wurde. Vgl. BT-Drucks. 18/6094.

XIII. Verfassungswidrige Ersatzbemessungsgrundlage

Nach § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung, bei einem Kaufvertrag also beispielsweise nach dem Kaufpreis. Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 GrEStG wird die Steuer jedoch nach den Werten im Sinne des § 138 Abs. 2 bis 4 des BewG bemessen,

- wenn eine Gegenleistung nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln ist,
- bei Umwandlungen aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes, bei Einbringungen sowie bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage,
- in den Fällen des § 1 Abs. 2a, 3 und 3a.

Aufgrund zweier Vorlagen des BFH⁵¹ hat der Erste Senat des BVerfG entschieden, dass die Regelung über die Grunderwerbsteuerliche Ersatzbemessungsgrundlage (§ 8 Abs. 2 GrEStG i. V. m. § 138 Abs. 2 bis 4 BewG) in allen seit dem 1.1.1997 geltenden Fassungen mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes unvereinbar sei. Bringe der Gesetzgeber eine Ersatzbemessungsgrundlage zur Anwendung, so müsse diese, um dem Grundsatz der Lastengleichheit zu genügen, Ergebnisse erzielen, die denen der Regelbemessungsgrundlage weitgehend angenähert sind. Der Ersatzmaßstab des § 8 Abs. 2 GrEStG, der auf das BewG verweist, führe jedoch zu einer erheblichen und sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber dem Regelbemessungsmaßstab, der an die Gegenleistung des Erwerbsvorganges anknüpft. Der Gesetzgeber wurde deshalb durch das BVerfG verpflichtet, spätestens bis 30.6.2016 *rückwirkend zum 1.1.2009* eine Neuregelung zu treffen. Bis zum 31.12.2008 ist die Vorschrift weiterhin anwendbar. Durch das Steueränderungsgesetz 2015 hat der Gesetzgeber die Bemessungsgrundlage bei der Grunderwerbsteuer in den Fällen des § 8 Abs. 2 Satz 1 GrEStG bereits geändert und somit rückwirkend ab 1.1.2009 mit einer neuen gesetzlichen Grundlage versehen, indem nunmehr auf die Grundbesitzwerte im Sinne des § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GrEStG i. V. m. § 157 Abs. 1 bis 3 BewG verwiesen wird.⁵²

Altfälle vor dem 1.1.2009 werden also nicht neu festgesetzt. Ab dem 1.1.2009 ist dagegen die Neuregelung anzuwenden, die zu einer höheren Steuerbelastung führen dürfte. Für eine Weitergeltungsanordnung während dieses Zeitraums bis zum Inkrafttreten des Steueränderungsgesetzes 2015 habe nach

⁵¹ Vgl. BFH, Vorlage vom 2.3.2011, II R 23/10, DStR 2011, 808 und II R 64/08, BeckRS 2011, 95052.

⁵² Vgl. BT-Drucks. 18/6094. Das Steueränderungsgesetz 2015 beinhaltet darüber hinaus Änderungen bei § 1 Abs. 2a GrEStG bei mittelbaren Anteilseignerwechseln. Demnach sind mittelbare Änderungen im Gesellschafterbestand von den an einer Personengesellschaft beteiligten Personengesellschaften durch Multiplikation der Vmhundertsätze der Anteile am Gesellschaftsvermögen anteilig zu berücksichtigen. Ist dagegen eine Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt, gelten die Sätze 4 und 5 des § 1 Abs. 2a GrEStG. Bei mehrstufigen Beteiligungen gilt Satz 4 auf der Ebene jeder mittelbar beteiligten Kapitalgesellschaft entsprechend. Die Gesetzesänderung des § 1 Abs. 2a GrEStG erfolgte als Reaktion auf das Urteil vom 24.4.2013 des BFH zur rein wirtschaftlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „mittelbarer Anteilsübergang“ (vgl. BFH, Urteil vom 24.4.2013, II R 17/10, BStBl II 2013, S. 833). Durch die Gesetzesänderung soll die vormalige Ansicht der Finanzverwaltung (vgl. gleichlautende Ländererlasse vom 18.2.2014, T. Z.2.2., BStBl I 2014, S. 561 und Nichtanwendungserlass vom 9.10.2013, BStBl I 2013, S. 1278 zu BFH, Urteil vom 24.4.2013, BStBl II 2013, S. 833) wieder hergestellt werden. Vgl. hierzu *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl., Rdnr. 272.2 m. w. N.

Auffassung des BVerfG keine Rechtfertigung bestanden. Gesetzgeber, Verwaltung und Steuerpflichtigen hätte vielmehr nach dem Beschluss des BVerfG vom 7.11.2006 zur Erbschaftsteuer klar sein müssen, dass die Bewertungsregelungen der §§ 138 ff. BewG zu erheblichen Ungleichheiten führten, die mit großer Wahrscheinlichkeit auch die Grunderwerbsteuerbemessung betreffen würden.

Auf bereits bestandskräftige Steuerbescheide hat das Urteil zwar keine Auswirkungen, allerdings ergehen seit 2010 die Bescheide in dieser Frage (zum Beispiel bei Umwandlungen oder Einbringungen und anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage) nur noch vorläufig, so dass sämtliche seitdem erfolgten Vorgänge nachträglich mit einer nunmehr höheren Steuerpflicht belegt werden. Lediglich für bestandskräftige Steuerbescheide und für sämtliche Erwerbsvorgänge bis zum 31.12.2008 bleibt in jedem Fall das alte Recht weiterhin anwendbar.

XIV. Zusammenfassung

Im Berichtszeitraum 2014/2015 war die Grunderwerbsteuer wieder ziemlich in Bewegung.

1. Nach der Rechtsprechung des BFH kann sich eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG allein aus schuldrechtlichen Bindungen des Gesellschafters ergeben (Rückgriff auf § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO).
2. Bei der Frage, ob ein Gesellschafter mindestens 95 % der Anteile in seiner Hand vereinigt (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG), sind bei der Ermittlung der Prozentquote eigene Anteile der GmbH nicht mit zu berücksichtigen.
3. Aufschiebend bedingt gekaufte Grundstücke gehören erst ab Bedingungseintritt zum Vermögen der Gesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG. Umgekehrt gehört ein Grundstück solange zum Vermögen der Gesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG, bis die aufschiebende Bedingung seines Verkaufes eingetreten ist.
4. Die Finanzverwaltung hat eine umfangreiche Darstellung zur Abgrenzung des Grundvermögens von den Betriebsvorrichtungen veröffentlicht.
5. Ein Träger öffentlicher Verwaltung ist zu freigegebenen Vermögensverfügungen nicht befugt, so dass bei unentgeltlichen Vermögensübertragungen durch einen Träger öffentlicher Verwaltung in der Regel auch die grunderwerbsteuerliche Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht eingreift. Anders verhält es sich bei nichtstaatlichen Körperschaften wie zum Beispiel Kirchengemeinden.
6. Bei der Grundstücksübertragung zwischen Geschwistern, die auf einer Auflage eines Elternteils im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge beruht, kann im Wege einer interpolierenden Betrachtung der Vorschriften des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG i. V. m. § 3 Nr. 6 GrEStG eine Befreiung möglich sein.
7. In der Rechtsprechung ist es umstritten, ob die Instandhaltungsrücklage nach wie vor aus der grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage herauszurechnen ist.
8. In einzelnen Bundesländern haben sich die Steuersätze schon wieder erhöht.
9. Sofern beim Tausch mit dem Bauträger Ausweichgestaltungen gewählt werden, insbesondere eine Aufteilung des Grundstücks nach § 8 WEG durch den Verkäufer (und nicht den Bauträger) erfolgt, ist stets darauf zu achten, dass der Verkäufer nicht in den Bereich des gewerblichen Grundstücks-handels gerät.
10. Bei der Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs nach Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts durch einen Miterben reicht es für § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG aus, wenn die Übertragung der Miterbenanteile durch den Erbteilkäufer an den Miterben in Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB erfolgt. Eine Aufhebung des ursprünglichen Erbteilskaufvertrages ist somit nicht erforderlich.
11. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung könnten künftig verstärkt Stiftungen als sog. long-term-RETT-Blocker in Unternehmensstrukturen zum Einsatz kommen. Ob die Rechtsprechung dies akzeptiert, ist aber mehr als fraglich.
12. Die leichtfertige Verletzung der einem Notar nach § 18 GrEStG obliegenden Anzeigepflicht führt nicht zu einer Verlängerung der Frist für die Festsetzung von Grunderwerbsteuer gegenüber dem Steuerpflichtigen auf fünf Jahre.
13. Die grunderwerbsteuerliche Ersatzbemessungsgrundlage des § 8 Abs. 2 GrEStG ist mit Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz unvereinbar und deshalb verfassungswidrig. Durch das Steueränderungsgesetz 2015 hat der Gesetzgeber inzwischen eine Ersatzbemessungsgrundlage geschaffen. Meines Erachtens sollte sich der Gesetzgeber auf die bei der Reform der Grunderwerbsteuer im Jahr 1983 verfolgten Ziele zurückbesinnen und einer weiteren Zerfaserung und Verkomplizierung des Grunderwerbsteuerrechtes dringend entgegenwirken.

„Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I¹

Von Notar Dr. *Stefan Glöser*, Naila

Nachlassgegenstände haben zunehmend Bezug zur digitalen Welt. Der nachfolgende, zweiteilige Beitrag gibt im ersten Teil einen Überblick zum sog. „digitalen Nachlass“. Das Thema Vorsorge auf diesem Gebiet wird im zweiten Teil aufgegriffen.

I. Einführung²

„Was haben Sie denn zu vererben?“ „Welche Nachlassgegenstände müssen wir in Ihrem Testament berücksichtigen?“ Derartige Fragen kennen Notare aus ihrem Beratungsalltag. Ziel ist es, den künftigen Nachlass einschätzen zu können und eventuelle Vermächtnisse zu klären.

Und welche Antworten bekommt man darauf? Immobilien, Autos, Hausrat, Bar- und Sparvermögen, Betriebsvermögen. Schlagwortartig: Mein Haus, mein Auto und ggf. auch Boot.

Und was ist mit dem E-Mail-Postfach, dem Facebook- oder Messenger-Konto? Mit diesen manchmal nur einigen Megabytes großen Datenspeichern, die zeitlebens tagtäglich mehrfach erwartungsvoll auf Neuigkeiten kontrolliert werden? Neuigkeiten, die von Wochenend- oder Urlaubsgrüßen bis hin zu geschäftlicher Korrespondenz und Vertragsabschlüssen reichen können? Können die Erben des Inhabers („Nutzer“) unproblematisch darauf zugreifen, wenn nichts weiter geregelt ist?

Mit dieser „speziellen“ Art von Vorsorge haben sich bislang die wenigsten Erblasser beschäftigt.³ Doch so speziell ist diese Vorsorge nicht, wenn man sich vor Augen hält, dass beispielsweise im ersten Quartal 2014 in Deutschland fast 59 Millionen Menschen im Internet aktiv waren und fast alle davon E-Mail-Dienste genutzt haben.⁴

Zunächst ist im Rahmen einer „Bestandsaufnahme“ auf den Begriff des „digitalen Nachlasses“ einzugehen: Was genau zählt hierzu? Und umfasst dieser Begriff eigentlich die gesamte Bandbreite an Problemen, die das Leben mit E-Mail & Co. mit sich bringt? Anschließend wird das sog. „Zugriffsproblem“ näher betrachtet, d. h. die Frage, wer denn – abgesehen vom Nutzer persönlich – auf das Mail-Postfach zugreifen kann und darf. Abschließend werden noch Möglichkeiten aufgezeigt, wie man nach derzeitiger Rechtslage auf diesem Gebiet vorsorgen und der Notar dabei behilflich sein kann.

¹ Dieser Beitrag ist eine überarbeitete Fassung eines Vortrags zum gleichen Thema, den der Autor am 17.10.2015 auf dem Bayerisch-Pfälzischen Notartag in Hof gehalten hat.

² Sämtliche in diesem Beitrag zitierten Internetquellen wurden zuletzt am 22.11.2015 abgerufen.

³ Vgl. *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167: „In kaum einem Bereich der Nachfolgeplanung machen sich Erblasser, aber auch ihre Berater so wenig Gedanken wie bei den digitalen Hinterlassenschaften.“

⁴ *Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung 98/15 vom 16.3.2015, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/03/PD15_098_63931.pdf.pdf?__blob=publicationFile. Im Jahr 2010 waren es noch rund 50 Millionen Bürger, vgl. BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass v. 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Digitalen-Nachlassregeln/boxid/332988>.

II. Der „digitale Nachlass“

1. Tod und Geschäftsunfähigkeit in der digitalen Welt – ein Beispielfall

Folgender **Beispielfall** soll die Problematik verdeutlichen:

Ein verwitweter Erblasser hatte testamentarisch seine langjährige Lebensgefährtin zur Alleinerbin bestimmt. Seinen Sohn, sein einziges Kind, hat er enterbt. Der Erblasser hatte ein E-Mail-Konto, welches er jedenfalls zum privaten Austausch mit seiner Lebensgefährtin nutzte, daneben mehrere Konten bei sog. Online-Speicherdiensten („clouds“) sowie eine passwortgesicherte Sammlung von Digitalfotos auf seinem Heimserver, deren Inhalt niemand kennt. Die Zugangsdaten (Passwörter und ggf. Benutzernamen) sind ebenfalls nicht bekannt; Regelungen zum Umgang mit den elektronischen Daten hat er nicht getroffen. Die Alleinerbin fragt sich, wie sie an die Zugangsdaten gelangt. Der Sohn hingegen verlangt von ihr, jedweden Zugriff auf die Daten des Erblassers zu unterlassen – mit der Begründung, auf den sog. „digitalen Nachlass“ dürften nur Angehörige zugreifen, und das sei er und nicht die Lebensgefährtin.

Dieses Verlangen des Sohnes erscheint auf den ersten Blick befremdlich. Ein weiterer Punkt steht bei vielen derzeit geführten Diskussionen zum „digitalen Nachlass“ zu Unrecht im Abseits: die Geschäftsunfähigkeit⁵ – und damit ein Problem, das angesichts des demografischen Wandels von enormer Bedeutung sein wird. Man stelle sich vor, dass der Beispiels-Erblasser mehrere Monate vor seinem Tod geschäftsunfähig geworden ist, etwa infolge von Demenz. Eine Vorsorgevollmacht hat er nicht errichtet; die Lebensgefährtin wurde zum Betreuer bestellt. Bereits damals habe die Lebensgefährtin überlegt, wie sie an die Zugangsdaten gelangt.

Dieser Fall zeigt, dass der Begriff „digitaler Nachlass“ in der Praxis viel zu kurz greift. Besser wäre die Bezeichnung „digitales Vermögen“⁶. Dass im Folgenden trotzdem vom „digitalen Nachlass“ gesprochen wird, liegt daran, dass sich eben dieser Begriff mittlerweile in der Fachdiskussion eingebürgert hat.⁷

2. Begriff und Bestandteile des „digitalen Nachlasses“

Eine gesetzliche Definition des sog. „digitalen Nachlasses“ gibt es nicht.⁸ Nach *Deusch* umfasst er die „Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers betreffend informations-

⁵ Vgl. *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167 m. w. N., wonach Vorsorgemaßnahmen sich auf Tod und Geschäftsunfähigkeit beziehen sollten. Ähnlich *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265.

⁶ Vgl. *Brütigam* in *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 93 („Digitaler Nachlass“).

⁷ Eine Übersicht zu aktuellen Medienberichten findet sich bei *Kutscher*, *Der Digitale Nachlass*, 2015, S. 17 Fn. 17.

⁸ *Leeb*, K&R 2014, 693.

technische Systeme, einschließlich des gesamten elektronischen Datenbestands des Erblassers“⁹, wobei hinsichtlich des „Datenbestands“ auf die vererblichen Rechte¹⁰ des Erblassers daran abzustellen ist.

Und was bedeutet in diesem Zusammenhang die viel genutzte Bezeichnung „digital“? In der Computertechnik meint sie den diskreten, d. h. für den Computer unterscheidbaren¹¹ Zustand zwischen Null und Eins für die Darstellung beliebiger Daten im Binärsystem.¹² Man hat es hier also lediglich mit einem bestimmten Darstellungsmodus für Informationen zu tun. Dieser Darstellungsmodus kann wechseln: Zum einen, wenn beispielsweise eine Textdatei mit einem Textverarbeitungsprogramm geöffnet wird – dann werden keine Nullen und Einsen, sondern Klartext am Bildschirm angezeigt. Ein weiterer Wechsel, sogar des Mediums, geschieht beim Ausdrucken der Datei. Die Information bleibt dabei jeweils gleich. Die „digitale“ Besonderheit des „digitalen Nachlasses“ ist also der Gegenstand¹³ des vererblichen Rechts, nicht etwa das Recht selbst.

Damit gelangt man scheinbar zügig in bekanntes Fahrwasser: Vererbt wird zunächst das Eigentum an Datenträgern und EDV-Hardware.¹⁴ Bestehende Rechtsverhältnisse¹⁵ mit Online-Providern, zum Beispiel mit dem E-Mail-¹⁶ oder Cloudspeicheranbieter¹⁷, oder mit Anbietern sozialer Netzwerke¹⁸ gehen mitsamt daraus fließender Ansprüche wie etwa Hilfs-, Neben- und Auskunftsansprüchen und Gestaltungsrechten¹⁹ auf den Erben über. Dies gilt ebenso für gespeicherte Inhalte,²⁰ gleich ob online oder offline, etwa Urheberrechte²¹ an Texten

(§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG), Lichtbildrechte an Digitalfotos gemäß § 72 UrhG (vererblich jeweils wegen § 28 Abs. 1 UrhG)²² oder Nutzungsrechte²³ (im Sprachgebrauch auch „Lizenzen“ genannt²⁴) an fremden Werken (vgl. § 31 UrhG). Zu Letzteren gehören vor allem bei Onlinediensten erworbene Nutzungsrechte an Musikwerken („MP3’s“) sowie an Sprachwerken („E-Books“). Nicht zu vergessen sind Rechte an Domains und Websites²⁵ und Markenrechte (vgl. §§ 3 ff., 27 MarkenG).²⁶ Auch Vertragsverhältnisse, die über das Internet begründet worden sind (man denke an Online-Einkäufe), wird man zum „digitalen Nachlass“ im weiteren Sinne zählen müssen.²⁷

Und für alles gilt: Unvererbliches gehört nicht zum Nachlass.²⁸ Für den sog. „digitalen Nachlass“ bedeutsam sind hier vor allem auflösend befristete Nutzungsrechte (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG) an Sprach- und Musikwerken.²⁹ Ob die AGB der bekannten Anbieter die Vererblichkeit bereits ihrem Wortlaut nach ausschließen – bei *Amazon Music* wird beispielsweise von „nicht übertragbaren Rechten“³⁰ gesprochen – darf bezweifelt werden.³¹ Und selbst wenn dies so wäre, was grundsätzlich vereinbart werden könnte,³² ist weiter zu fragen, ob diese Einschränkung in AGB einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB standhält. Zweifel sind hier vor allem wegen des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes³³ und des gesetzlichen Leitbildes des § 1922 BGB³⁴ angebracht. Niemand hat bislang von Erben die Vernichtung von Musik-CDs verlangt, die der Erblasser rechtmäßig erworben hatte.

9 Deusch, ZEV 2014, 2, 2 f.

10 Vgl. auch Herzog, NJW 2013, 3745: Unter dem Begriff des „digitalen Nachlasses“ werde „eine Fülle unterschiedlicher Rechte“ zusammengefasst (vgl. auch Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 2015, 9. Kap. Rdnr. 2). In diese Richtung auch Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 115.

11 <https://de.wikipedia.org/wiki/Diskret>.

12 https://de.wikipedia.org/wiki/Digitale_Medien.

13 Burandt/Rojahn/Bräutigam, 2. Aufl. 2014, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 20; Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 82.

14 Statt vieler Brisch/Müller-ter Jung, CR 2013, 446; Herzog, NJW 2013, 3745; Leeb, K&R 2014, 693, 694.

15 Deusch, ZEV 2014, 2, 4; Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 2; Martini, JZ 2012, 1145, 1147; Solmeckel/Köbrich/Schmitt, MMR 2015, 291; Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 263.

16 Bleich, c't 2/2013, 62; Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 2; Pruns, NWB 2013, 3161, 3164.

17 Bleich, c't 2/2013, 62; Rott/Rott, NWB-EV 2013, 160, 166; vgl. Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 2; Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 263.

18 Bleich, c't 2/2013, 62; Brinkert/Stolze/Heidrich, ZD 2013, 153, 155 (mit Einschränkungen); Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 2; dies., NJW 2013, 3745, 3750.

19 Zum Ganzen (jeweils m. w. N.) Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 28 ff.; dies., NJW 2013, 3745, 3747; Pruns, NWB 2013, 3161, 3163. Hier wird man auch die von Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 2 genannten „Zugriffsrechte auf ausschließlich online verwahrte Dokumente“ (Herzog nennt die Telefonrechnungen als Beispiel) dogmatisch verorten können.

20 Burandt/Rojahn/Bräutigam, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 3; Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 1. Für die grundsätzliche Unterscheidung zwischen „Account“ und Inhalt auch Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 30.

21 Burandt/Rojahn/Bräutigam, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 3; Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 2; Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 263; vgl. Martini, JZ 2012, 1145, 1152; allgemein Gloser, DNotZ 2013, 497.

22 Hierzu Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 30.

23 Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 2; dies., NJW 2013, 3745, 3750.

24 Kritisch zur Verwendung dieses Begriffs im Urheberrecht Schrieker/Loewenheim/Schrieker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, Vor § 28 UrhG Rdnr. 49.

25 Bleich, c't 2/2013, 62, 63; Burandt/Rojahn/Bräutigam, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 3; Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 2; dies., NJW 2013, 3745, 3750; Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 263.

26 Burandt/Rojahn/Bräutigam, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 3.

27 Vgl. Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 8.

28 Vgl. allgemein Brisch/Müller-ter Jung, CR 2013, 446; Burandt/Rojahn/Große-Boymann, § 1922 BGB Rdnr. 11.

29 Burandt/Rojahn/Bräutigam, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 3. Zur Zulässigkeit zeitlicher Begrenzungen allgemein Schrieker/Loewenheim/Schrieker/Loewenheim, Urheberrecht, Vor § 28 UrhG Rdnr. 88.

30 <http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201380010>, dort Ziffer 2.1.

31 Zu Recht bezweifeln Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 265 (am Beispiel einer ähnlichen Formulierung in den Nutzungsbedingungen des Cloud-Dienstes *Apple iCloud*), dass hierin eine Beschränkung der Vererblichkeit liege, zumal die Vererblichkeit nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei. Ähnlich Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 127.

32 Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 265.

33 Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 265 f. (m. w. N. zum Streitstand) bringen den sog. Erschöpfungsgrundsatz ins Spiel, wonach das Verbreitungsrecht des Urhebers an einem Werkexemplar verbraucht ist, wenn es erstmalig mit dessen Zustimmung in Verkehr gebracht worden ist. Der Urheber könnte also an einer Verhinderung der Vererblichkeit (und in letzter Konsequenz auch an einer Verhinderung der Abtretung des rechtmäßig erworbenen Nutzungsrechts vom Erben an einen Vermächtnisnehmer) kein Interesse mehr haben. Vgl. allgemein Dopatka, NJW-aktuell Heft 49/2010, 14.

34 Pruns, NWB 2014, 2175, 2185 sieht Befristungen auf den Tod bei Telekommunikationsdiensten wegen Verstößes gegen das gesetzliche Leitbild des § 1922 BGB als unzulässig an. Im Übrigen sei eine Einzelfallprüfung angebracht. Ebenso zweifelnd Kroiß/Horn/Solomon/Herzog, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 92.

Man hat es hier lediglich mit einem Wechsel des Trägermediums zu tun.

Vereinzelt wurde auch die Frage aufgeworfen, ob das Rechtsverhältnis zwischen Nutzer und Diensteanbieter bezüglich E-Mail-Konten oder Konten bei sozialen Netzwerken als solches auf den Erben übergeht, also unabhängig vom Inhalt. Soweit dies verneint wurde, war Grund ein Vergleich mit dem Girokonto, bei welchem man zwischen Guthaben und Giroverhältnis unterscheidet.³⁵ Weder die genannten Online-Konten noch das Giroverhältnis hätten nach dieser Auffassung einen Vermögensbezug; bei Fortsetzung des Giroverhältnisses begründe der Erbe eine neue Rechtsbeziehung zur Bank.³⁶ Hier setzt die zutreffende Kritik an der Unvererblichkeit an: Beim Giroverhältnis wird erst durch die Nutzung des Girokontos durch den Erben eine neue, eigene Rechtsbeziehung zur Bank begründet; vorher gehört es zum Nachlass.³⁷ Die Nachlasszugehörigkeit muss erst recht für das Rechtsverhältnis zwischen Nutzer und Diensteanbieter gelten,³⁸ denn die Begründung eines Providervertrags erfolgt häufig ohne Rücksicht auf die Person und meist ohne Prüfung der Personenidentität.³⁹

3. Vorrang von Individualvereinbarungen

Auf eines ist gleich zu Beginn hinzuweisen: Individuelle Vereinbarungen zwischen Nutzer und Diensteanbieter gehen, soweit sie wirksam vereinbart sind, allen nachfolgend behandelten Grundsätzen vor.⁴⁰ Das ist im Erbfall vergleichbar mit den Grundsätzen zum Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall mit der Bank im Verhältnis zum Testament.⁴¹ Ist also beispielsweise vereinbart worden, dass ein Benutzerkonto nach dem Ableben des Nutzers (oder zu einem anderen definierten Zeitpunkt), ggf. auch samt aller darin gespeicherten Daten, vom Diensteanbieter zu löschen sei, so muss sich dieser daran halten.⁴² Wer anderen Zugriff auf seinen „digitalen Nachlass“ gewähren möchte, muss passende Regelungen mit seinem Diensteanbieter vereinbaren oder – im Falle starrer AGB – einen anderen Diensteanbieter wählen.

4. Notwendigkeit des Zugriffs

Sowohl im Erbfall als auch bei Geschäftsunfähigkeit besteht für Rechtsnachfolger bzw. Vertreter die dringliche⁴³ Notwen-

digkeit, auf Datenbestände zuzugreifen. Dies folgt zunächst ganz formal aus der Frist zur Erbausschlagung gemäß § 1944 BGB.⁴⁴ Unabhängig davon ist ein Zugriff beispielsweise zur Ermittlung von Verbindlichkeiten oder laufenden Vertragsverhältnissen erforderlich,⁴⁵ vor allem wenn es um die Einhaltung von Kündigungsfristen geht.⁴⁶ Nicht nur die papiernen Zeitschriftenabos des Erblassers sind zu kündigen, sondern auch dessen Online-Abos – man denke vor allem an kostenpflichtige E-Mail-Dienste bzw. sonstige Nachrichtendienste, Streaming-Portale wie *Spotify* oder *Apple Music* und überhaupt an alle sonstigen sog. Premium-Mitgliedschaften, welche in bestimmten Intervallen eine Zahlung des Nutzers verlangen und sich – je nach Vereinbarung – am Ende der jeweiligen Laufzeit automatisch verlängern.⁴⁷ Der Pflicht zur Anpassung des Impressums einer Homepage ist nachzukommen.⁴⁸ Eine besondere Rolle spielen Konten in sozialen Netzwerken: Hier besteht der Bedarf nach rascher Information der angeschlossenen („befreundeten“) Personen, etwa um Termine abzusagen, damit sich das Konto nicht – wie von *Bleich* einmal sehr treffend formuliert – zum „digitalen Zombie“ verwandelt,⁴⁹ der noch nach dem plötzlichen Tod des Erblassers munter und unaufhaltsam an dessen bevorstehende Partyeinladung erinnert.⁵⁰ Ein derartiges unkontrolliertes und aus den nachfolgend erläuterten Gründen oftmals unkontrol-

⁴⁴ *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7 f.; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 19; *Nieder/Kössinger/W. Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 1 Rdnr. 100; *Solmecke/Köbrich/Schmitt*, MMR 2015, 291, 292.

⁴⁵ *Bundesregierung*, Den digitalen Nachlass rechtzeitig regeln, abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/04/2015-04-24-digitaler-nachlass.html>; *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 154; *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449; *Dopatka*, NJW-aktuell Heft 49/2010, 14; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 4; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3746; *Internet Service Providers Austria (ispa)*, „Digitaler Nachlass“, S. 6, abrufbar unter https://www.ispa.at/filed/0/0/1448299273/97754d19a89e2956051771ec06f2a695c183f5b2/fileadmin/content/5_Wissenpool/Broschüren/Digitaler_Nachlass/Digitaler_Nachlass_2015.pdf („Zugang zu wichtigen Unterlagen“); *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160 („tickende Zeitbomben“ im digitalen Nachlass). Allgemein *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 19.

⁴⁶ *Meininghaus*, Pressemitteilung der Landesnotarkammer Bayern vom 5.5.2014, abrufbar unter <http://www.notare.bayern.de/presse/pressemitteilungen/sonstiges/pressemitteilung/article/ewiges-leben-im-netz-was-passiert-nach-dem-tod-mit-meinem-facebook-account.html>; Stiftung Warentest, test 3/2015, 49.

⁴⁷ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 7; ebenso *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 19; *Schweizer*, CHIP 10/2010, 86.

⁴⁸ *Bleich*, c't 2/2013, 62, 63; *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 10; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3746; *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2116 f.; *Meininghaus*, Pressemitteilung der Landesnotarkammer Bayern vom 5.5.2014, abrufbar unter <http://www.notare.bayern.de/presse/pressemitteilungen/sonstiges/pressemitteilung/article/ewiges-leben-im-netz-was-passiert-nach-dem-tod-mit-meinem-facebook-account.html>; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160 (und 166); *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 263.

⁴⁹ *Bleich*, c't 2/2013, 62.

⁵⁰ So das anschauliche Beispiel der Stiftung Warentest, test 3/2015, 49 (samt Abbildung eines Smartphones vor einer Traueranzeige); ähnlich *Bös*, FAZ. net vom 12.4.2013: „Was nach dem Tod mit E-Mail-Konten passiert“, abrufbar unter <http://www.faz.net/-gqm-78c4u>; vgl. *Bundesregierung*, Den digitalen Nachlass rechtzeitig regeln, abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/04/2015-04-24-digitaler-nachlass.html>; *Internet Service Providers Austria (ispa)*, „Digitaler Nachlass“, S. 6, abrufbar unter https://www.ispa.at/filed/0/0/1448299273/97754d19a89e2956051771ec06f2a695c183f5b2/fileadmin/content/5_Wissenpool/Broschüren/Digitaler_Nachlass/Digitaler_Nachlass_2015.pdf.

³⁵ *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 5 m. w. N.; *Leeb*, K&R 2014, 693, 694 f.; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 163.

³⁶ *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 5.

³⁷ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 27; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3747; *dies.* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 36 f.; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 101; *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3164 f. m. w. N.; *ders.*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris). Für Vererblichkeit auch *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114.

³⁸ *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3165; *ders.*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris).

³⁹ *Martini*, JZ 2012, 1145, 1147; ebenso *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 102.

⁴⁰ *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 448 und 454; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 128; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 263 (speziell zu Cloud-Anbietern).

⁴¹ Vgl. zu diesem Gedanken *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 152 ff.

⁴² Ähnlich und zutr., *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 448; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 128.

⁴³ Vgl. *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265.

liebareres „Eigenleben“ von Online-Konten kann die Trauer der Betroffenen empfindlich stören.⁵¹

III. Das doppelte Zugriffsproblem

Rechtsnachfolger oder Vertreter können also triftige Gründe für ihre Zugriffswünsche vortragen. Das wahrscheinlich größte Interesse besteht beim E-Mail-Konto („Mailbox“): Dieses ist immer noch⁵² „Dreh- und Angelpunkt privater Onlineaktivitäten“ (auch geschäftlicher), weil die Nutzung vieler Dienste im Internet sowohl die Angabe einer E-Mail-Adresse voraussetzt als auch über diese abgewickelt wird, etwa bei der Zurücksetzung von Passwörtern.⁵³ Fehlt eine Auflistung aller Internetkonten der betroffenen Person, hat man aber Zugriff auf das E-Mail-Konto, lässt sich zumeist herausfinden, welche weiteren Onlinekonten unterhalten worden sind.⁵⁴ Das E-Mail-Konto ist darüber hinaus auch im Hinblick auf das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG, § 88 TKG) von besonderem Interesse. Aus diesen Gründen wird im Folgenden schwerpunktmäßig auf die Rechtsfragen rund um E-Mail-Konten eingegangen; die Ergebnisse lassen sich aber auf andere Arten von Benutzerkonten wie beispielsweise Messenger und soziale Netzwerke übertragen.⁵⁵

Der Zugriff auf E-Mail-Konten gestaltet sich in zweierlei Hinsicht schwierig: Zunächst ist auf einer *ersten Ebene* zu untersuchen, wer überhaupt zugreifen *darf* – es ist unklar, ob dies in die Zuständigkeit der Erben oder der nächsten Angehörigen des Nutzers fällt. Wenn diese Frage geklärt ist, *kann* ein Zugriff auf einer *zweiten Ebene* nur mit den korrekten Zugangsdaten erfolgen.

1. Materielle Zugangsberechtigung von Rechtsnachfolgern oder Vertretern (erste Ebene)

a) Einführung

Bereits beim Überblick zum „digitalen Nachlass“ wurde auf einige unvererbliche Positionen hingewiesen. Ob hierzu der Zugriff der Erben auf das E-Mail-Konto des Erblassers sowie auf sonstige entfernt oder lokal⁵⁶ liegende Datenspeicher, die Sichtung privater Kommunikationsinhalte sowie etwaige damit zusammenhängende Herausgabeansprüche gegen Dritte gehören, ist derzeit umstritten. Diese Diskussion fußt auf dem hergebrachten Grundsatz, dass vermögensrechtliche Positionen in der Regel vererblich sind, nichtvermögensrechtliche in der Regel nicht.⁵⁷

Zur Verdeutlichung sei auf den Beispiels-Erblasser⁵⁸ zurückgekommen:

Er war Nutzer eines E-Mail-Kontos, wofür er mit seiner Lebensgefährtin und seinen Freunden private Nachrichten ausgetauscht hat. Daneben verhandelte er mit einem Dritten kurz vor seinem Tod per E-Mail über den Verkauf einer wertvollen Münzsammlung und versandte entsprechende Angebote.

Das Beispiel zeigt, dass E-Mails mehrere rechtliche Bereiche betreffen können: Die Angebote betreffen den vermögensrechtlichen Bereich des Erblassers, erlöschen nicht mit dessen Tod (§ 130 Abs. 2 BGB) und sind damit für den Erben von großem Interesse, weil sie auch jetzt noch angenommen werden können (§ 153 BGB).⁵⁹ Für den Fall der Geschäftsunfähigkeit würde nach diesen Vorschriften nichts anderes gelten. Bezüglich dieser E-Mails ist man sich im Ergebnis einig, dass diese (nur) die Erben angehen.⁶⁰

b) Differenzierende Auffassung

Probleme bereiten hingegen die persönlichen Nachrichten; hier werden mehrere Auffassungen vertreten: Insbesondere *Hoeren*⁶¹ vertritt eine persönlichkeitsrechtliche Sichtweise und differenziert zwischen privaten und geschäftlichen E-Mails: Bei geschäftlichen E-Mails und Daten stünde „der vermögensrechtliche Aspekt im Vordergrund“. Private E-Mails seien dagegen „den nächsten Angehörigen des Erblassers zuzuleiten“. Darauf aufbauend schlug *Martini*⁶² vor dem Hintergrund postmortalen Persönlichkeitssschutzes vor, E-Mails durch den Diensteanbieter oder einen Testamentsvollstrecker zu „sezieren“, um Erben und Angehörigen die ihnen jeweils angehenden E-Mails zuleiten zu können. Sogar das Nachlassgericht soll hierfür in Betracht kommen.⁶³ Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass nicht nur die gleiche Mailbox, sondern sogar die gleiche E-Mail sowohl persönlichkeits- als auch vermögensrechtliche Bereiche betreffen können („private Infektion“).⁶⁴

Folgt man dieser Auffassung, so erscheint das Verlangen des Sohnes des Erblassers im Beispiel, die Lebensgefährtin solle den Zugriff auf den „digitalen Nachlass“ unterlassen, auf einmal nicht mehr exotisch: Nachdem sich auch private Korrespondenz in der Mailbox des Erblassers befindet – oder wenigstens befinden kann! – müsste nach dieser Auffassung eine Lösung dahingehend gefunden werden, dass ein neutraler Dritter die E-Mails durchsieht und den jeweils berechtigten Empfängern zuleitet.

Wer genau die „nächsten Angehörigen“ sein sollen, ist nicht klar. Zumeist⁶⁵ wird auf § 22 Satz 4 KunstUrhG abgestellt: Danach fallen unter diesen Begriff „der überlebende Ehegatte

⁵¹ *Bleich*, c't 2/2013, 62.

⁵² *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3162 führt hier <http://www.computerbild.de/artikel/cb-News-Internet-E-Mail-ist-fuer-junge-Leute-bei-nahe-schon-veraltet-4578864.html> an, wonach junge Menschen mittlerweile eher Messenger oder soziale Netzwerke zur Kommunikation verwenden. Doch die Anmeldung zu solchen Diensten erfolgt meist wieder über die Angabe einer E-Mail-Adresse (vgl. *Pruns*, a. a. O.).

⁵³ *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3162; vgl. Stiftung Warentest, test 3/2015, 49, 50; SZ.de vom 16.4.2015: „Nachlässigkeit beim Nachlass: Digitales Erbe oft kein Thema“, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/news/wirtschaft/internet-nachlaessigkeit-beim-nachlass-digitales-erbe-oft-kein-thema-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-150408-99-06789>.

⁵⁴ *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3162.

⁵⁵ Ebenso *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 448.

⁵⁶ Vgl. *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114.

⁵⁷ Statt vieler *Martini*, JZ 2013, 1145, 1147. Grundlegend hierzu *Hoeren*, NJW 2005, 2113.

⁵⁸ Siehe oben Ziffer II 1.

⁵⁹ Vgl. *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449; *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 8; *dies.*, NJW 2013, 3745; *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2115; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 129.

⁶⁰ *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3750; *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2185; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 164.

⁶¹ *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114 ff.; ähnlich *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 155 sowie *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 163 ff.

⁶² *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152.

⁶³ Vgl. die Übersicht bei *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3747 m. w. N.

⁶⁴ Vgl. auch *Brütigam* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 24 f.; *Leeb*, K&R 2014, 693, 695; *Pruns*, AnwZert ErbR 15/2013 Anm. 1 (juris); *ders.*, NWB 2013, 3161, 3166; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 164.

⁶⁵ Zuweilen wird auch § 77 Abs. 2 StGB genannt (vgl. *Leeb*, K&R 2014, 693, 694), der im Gegensatz zu § 22 Satz 4 KunstUrhG auch noch Geschwister und Enkel einbezieht (wenngleich nachrangig nach den Eltern des Erblassers). Zu weiteren Vorschriften *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 161 m. w. N.

oder Lebenspartner und die Kinder (...) und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern (...).“

c) Erbrechtliche Betrachtungsweise

Die mittlerweile herrschende Meinung⁶⁶ geht von einer rein erbrechtlichen Sichtweise aus und unterwirft sämtliche Rechte an E-Mails (insbesondere das zur Durchsicht!) der Universalsukzession gemäß § 1922 BGB. Zu Recht:

Die E-Mail ist ein Ersatz für ansonsten mit der „klassischen“ Briefpost zu versendende Briefe oder besser – wegen der meist fehlenden Verschlüsselung – Postkarten.⁶⁷ Niemand ist bisher auf die Idee gekommen, die Postdienstleister zu verpflichten, im Erbfall Briefe zu öffnen und zu sortieren.⁶⁸ Es erscheint irrsinnig, das zu Lebzeiten des Erblassers hochgehaltene Postgeheimnis⁶⁹ (Art. 10 Abs. 1 GG, vgl. einfachengesetzlich § 39 PostG) nach dessen Tod dahingehend in das Gegenteil zu verkehren, dass nun Postdienstleister und/oder das Nachlassgericht und damit der Staat Kenntnis vom Inhalt der Kommunikation nehmen müssen.⁷⁰ Wie *Pruns*⁷¹ es auf den Punkt gebracht hat, hieße ein Sortieren von E-Mails, dass „der Diensteanbieter wohlmöglich (sic) viel mehr über den Erblasser erfährt als es seine Erben tun und es dem Erblasser recht gewesen wäre. Diese Unbekümmertheit gegenüber den Diensteanbietern und das gleichzeitige Misstrauen gegen die Erben überrascht.“⁷² Ganz zu schweigen von den praktischen Schwierigkeiten und unüberblickbaren Kosten, die mit derartigen Sortierungen verbunden wären.⁷³ Ein weiteres Problem stellt sich bei E-Mails mit „Mischcharakter“, die also sowohl persönlichkeits- als auch vermögensrechtliche Bereiche betreffen.⁷⁴ Soll hier etwa „auszugsweise“ sortiert werden? Streitigkeiten wären vorprogrammiert. Denken wir daran: Viele schreiben und empfangen jeden Tag nicht nur E-Mails, sondern beispielsweise auch Nachrichten im beliebten

Messenger-Dienst *Whatsapp*. Über die Jahre sind das tausende, zehntausende, hunderttausende ... Das kann eine einzelne Instanz nicht leisten.

Der Gesetzgeber hat an zwei „unauffälligen“⁷⁵ Stellen Position zur Zuordnung privater Dokumente zum *Nachlass* bezogen: Wenn in § 2373 Satz 2 BGB bestimmt ist, dass Familienpapiere und -bilder (hierzu zählen u. a. auch Korrespondenzen, Briefschaften und Tagebücher⁷⁶) im Zweifel im Rahmen eines Erbschaftskaufs nicht mitverkauft sind (aber eben sein könnten⁷⁷), müssen diese in den Nachlass fallen mit der Folge, dass zur Sichtung die Erben zuständig sind.⁷⁸ Ähnlich verhält es sich mit § 2047 Abs. 2 BGB: Wenn im Rahmen der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft „Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlass beziehen“, gemeinschaftlich bleiben sollen, müssen sie Teil des Nachlasses sein.⁷⁹ Warum dies bei E-Mails anders sein sollte, leuchtet nicht ein; vor allem nicht, wenn man bedenkt, dass die ausgedruckte E-Mail vorgenannten Grundsätzen direkt unterfallen würde. Oder anders ausgedrückt: Die „auf dem Dachboden aufgefundenen Briefe“⁸⁰ des Erblassers darf dessen Erbe ebenfalls lesen, warum sollte es also bei den E-Mails anders sein?⁸¹ Und noch eine Überlegung hierzu: Wäre die E-Mail mit den persönlichen Inhalten „besonders persönlich“ in Gedichtform verfasst und würde hieran ein Urheberrecht des Erblassers bestehen, wäre dieses nach dem Gesetz vererblich (§ 28 Abs. 1 UrhG) und damit die Erben zuständig.

Speziell der Zugriff durch Vertreter lässt sich mit einem Blick auf § 1896 Abs. 4 BGB rechtfertigen: Diese Vorschrift zeigt, dass Entscheidungen im Fernmelde- und Postverkehr, auch das Öffnen sämtlicher Post einschließlich der Überwachung „moderner elektronischer Kommunikationsformen“⁸², gerade nicht „höchstpersönlicher“ Natur sind. Was für den Vertreter gilt, muss erst recht für den Rechtsnachfolger gelten.

All dies spricht dafür, E-Mails den allgemeinen erbrechtlichen Regelungen zu unterwerfen.⁸³ Dogmatisch richtig ist aber nicht „die E-Mail“, sondern der Anspruch des Erblassers auf Übermittlung der E-Mail vererblich,⁸⁴ ebenso wie es der

⁶⁶ BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass v. 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neuemedien-ev/Digitalen-Nachlassregeln/boxid/332988>; *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang, Digitaler Nachlass, Rdnr. 8 und 10; *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 21 ff.; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3747 ff. (insbesondere 3749); *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 111 f.; *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3166 f.; *ders.*, AnwZert ErbR 16/2013 (juris), Anm. 2; *ders.*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris); *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 263; *Wunderlin/Bielajew*, IPRB 2014, 223, 225. Allgemein auch *Schweizer*, CHIP 10/2010, 86.

⁶⁷ Statt vieler vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/E-Mail#Vergleich_mit_der_Postkarte. Ebenso allgemein vergleichend *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449.

⁶⁸ Zutreffend *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3749; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 114. Für E-Mails zustimmend und mit dem Vermierter vergleichend *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449.

⁶⁹ Zu dessen (grundrechtlichem) Schutzbereich vgl. *Maunz/Dürig/Durner*, Grundgesetz-Kommentar, 73. EL 2014, Art. 10 GG Rdnr. 72 ff.

⁷⁰ *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449.

⁷¹ *Pruns*, AnwZert ErbR 16/2013 Anm. 2 (juris).

⁷² Zu Recht an diesem Punkt ebenfalls kritisch *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 45.

⁷³ *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang, Digitaler Nachlass, Rdnr. 10; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 45; *dies.* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 49; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 105 und 113; *Leeb*, K&R 2014, 693, 695 f. (zu sozialen Netzwerken).

⁷⁴ *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang, Digitaler Nachlass, Rdnr. 10. Zum Online-Konto als solchem *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 105.

⁷⁵ Vgl. *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3166: „versteckte“ Stelle.

⁷⁶ MünchKommBGB/*Musielak*, Bd. 9, 6. Aufl. 2013, § 2373 Rdnr. 5 m. w. N.

⁷⁷ *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3166.

⁷⁸ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 39; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3748 (je m. w. N.); *dies.* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 33; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 92; *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3166; *ders.*, AnwZert ErbR 16/2013 Anm. 2 (juris).

⁷⁹ Zutreffend *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3166; *ders.*, AnwZert ErbR 16/2013 Anm. 2 (juris); ebenso *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 39; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3748; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 92.

⁸⁰ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 40; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3750.

⁸¹ Ebenso und zutr. *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449; *Solmecke/Köbrich/Schmitt*, MMR 2015, 291; *Wunderlin/Bielajew*, IPRB 2014, 223, 225.

⁸² MünchKommBGB/*Schwab*, § 1896 Rdnr. 254.

⁸³ Dieses Ergebnis jüngst zusammenfassend *Pruns*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris).

⁸⁴ *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang, Digitaler Nachlass, Rdnr. 8 m. w. N., 11; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 29; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3749; *Pruns*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris); *ders.*, NWB 2014, 2175, 2178. Ebenso (mit Begründung über die Vererblichkeit des Nutzungsvertrags) *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 101 f. und 129.

Anspruch auf Herausgabe eines beförderten Briefs gegen die Post gemäß § 421 Abs. 1 Satz 1 HGB ist.⁸⁵ Dieser Übermittlungsanspruch ist das entscheidende vererbliche Recht, das neben etwaigen Rechten am Inhalt des Datenspeichers (zum Beispiel Urheberrechten) besteht und der Verwirklichung des Erbrechts im hier thematisierten Bereich dient.⁸⁶ Geht man, wie eingangs erläutert, richtigerweise davon aus, dass das Vertragsverhältnis mit dem E-Mail-Diensteanbieter auf den Erben übergeht (§ 1922 BGB), so ist dieser Befund die konsequente Folge.⁸⁷ Ist die E-Mail nach Abruf lokal gespeichert, ist – wie bei papiernen Aufzeichnungen – hinsichtlich der Befugnis zur Sichtung auf das Eigentum am Trägermedium abzustellen, sofern nicht ein anderer Erblasserwille vorliegt.⁸⁸

Einen Anspruch „nächster Angehöriger“ auf Datenzugang gibt es mangels Rechtsgrundlage nicht.⁸⁹ Den Angehörigen des Erblassers sind lediglich die Abwehransprüche bei Verletzung der Menschenwürde des Erblassers zuzuordnen, und hierzu zählt die Sichtung von Daten durch den Rechtsnachfolger nicht.⁹⁰ Erst recht könnte im *Beispiel* der Sohn des Erblassers von der Erbin keine Unterlassung des Datenzugriffs verlangen, wenn diese bereits nach dem vorstehend Gesagten zur Sichtung berechtigt ist.

d) Veröffentlichung von Bildnissen

Auch bei sog. „sozialen Netzwerken“ haben die Erben⁹¹ zu entscheiden, ob – und wenn ja, wie – die Profile Verstorbener im Rahmen zulässiger vertraglicher Regelungen fortzuführen sind. Speziell hier gibt es aber eine Besonderheit: Nach sämtlichen vorgestellten Auffassungen bedarf es gemäß § 22 Satz 3 KunstUrhG zur Veröffentlichung von Bildnissen des Erblassers bis zum Ablauf von zehn Jahren nach dem Erbfall der Einwilligung der Angehörigen (vgl. Satz 4) des Abgebildeten – und eben gerade nicht der Erben.⁹² Dieser Punkt spricht ebenfalls dafür, dass der Zugriff auf den „digitalen Nachlass“ grundsätzlich durch die Erben erfolgt und in diesem einen Ausnahmefall eben ein Zustimmungserfordernis der Angehörigen des Erblassers besteht.

⁸⁵ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 29; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3749 (in Anknüpfung an *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114); *dies.* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 52. Die Postbeförderung fällt unter die §§ 407 ff. HGB, *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 407 Rdnr. 6.

⁸⁶ Vgl. *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3749 f.

⁸⁷ *Pruns*, AnwZert ErbR 12/2013 Anm. 2 (juris).

⁸⁸ *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 11; *Haase*, DSRITB 2013, 379, 384 (jedenfalls aus erbrechtlicher Sicht); *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3749; *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114 (aber differenzierend nach Inhalt der E-Mail); *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 164.

⁸⁹ *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 10; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 51 m. w. N.; vgl. *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 116.

⁹⁰ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 49 ff. m. w. N.; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3750. Vgl. *Solmeckel/Köbrich/Schmitt*, MMR 2015, 291, 292.

⁹¹ In diesem Sinne auch BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass v. 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Digitalen-Nachlassregeln/boxid/332988>; a. A. wohl Stiftung Warentest, test 3/2015, 49, 51.

⁹² Vgl. BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass v. 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Digitalen-Nachlassregeln/boxid/332988> (dort ist allerdings von der Einwilligung der „Erben“ die Rede). Allgemein *Dopatka*, NJW-aktuell Heft 49/2010, 14.

2. Herausgabeanpruch bezüglich Zugangsdaten (zweite Ebene)

Die beste materielle Zugriffsberechtigung nützt nichts, wenn man tatsächlich mangels Zugangsdaten nicht zugreifen kann. Damit gelangt man zum zweiten „Zugriffsproblem“: Wie erhält der Berechtigte, beispielsweise ein Erbe oder Betreuer, tatsächlich die ihm unbekanntem Zugangsdaten? Hier lauern einige Untiefen, die es zu beachten gilt.

a) Telekommunikationsrechtliche Streitfragen⁹³

Die Zulässigkeit der Herausgabe von Zugangsdaten durch Diensteanbieter bzw. die Existenz eines derartigen Anspruchs wird nach einer Auffassung im Schrifttum unter Berufung auf das grundrechtlich (Art. 10 GG) und einfachgesetzlich⁹⁴ gesicherte Fernmeldegeheimnis (§ 88 TKG) verneint.⁹⁵ Es bedürfte stets einer Einwilligung aller an dem Kommunikationsvorgang beteiligten Personen.⁹⁶ Weiter wird vorgebracht, der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG erfasse alle E-Mails, solange sie auf dem Server des Providers gespeichert sind.⁹⁷ Damit wäre eine Herausgabe von Zugangsdaten und Inhalten durch Provider nicht möglich.⁹⁸ Ausnahmen im Hinblick auf das Erbrecht werden von den Vertretern dieser Auffassung nicht zugelassen.⁹⁹ Konsequenterweise müsste man dann auch eine Herausgabe zum Beispiel an Betreuer verneinen.

Legt man auch hier eine erbrechtliche Sichtweise an und zieht mit *Herzog*¹⁰⁰ einen Vergleich mit dem Postbrief, ergibt sich aus dem Vertrag mit dem E-Mail-Provider der bereits genannte vererbliche Primärleistungsanspruch auf Übertragung

⁹³ Vgl. hierzu bereits *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 5 ff. Eingehend hierzu *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 131 ff., insbesondere 135 ff.

⁹⁴ § 88 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) ist einfachgesetzliche Ausprägung des Fernmeldegeheimnisses und kann als Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrags aus Art. 10 GG verstanden werden, so *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 18; *Mayen* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 70; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 135 m. w. N.; vgl. *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2115.

⁹⁵ *Mayen* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 66 ff., insbesondere 69, 72, 74 und 75; ebenso *Leeb*, K&R 2014, 693, 696 f.; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 164 f.; zusammenfassend *Deusch*, ZEV 2014, 2, 5 f. Relativierend dagegen *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 450.

⁹⁶ *Mayen* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 76 (mit Verweis auf BVerfGE 85, 386, 399); *Leeb*, K&R 2014, 693, 697. Ebenso im Rahmen des § 88 TKG *Bock* in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 88 Rdnr. 28; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 165.

⁹⁷ *Deusch*, ZEV 2014, 2, 5 (mit Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG vom 16.6.2009, NJW 2009, 2431, 2432 f. = BVerfGE 124, 43); *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 60 m. w. N.; ebenso *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 16; *Leeb*, K&R 2014, 693, 697; *Martini*, JZ 2012, 1145, 1151.

⁹⁸ *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 164 f. („rechtliche Unmöglichkeit“). Vgl. *Deusch*, ZEV 2014, 2, 6. Näher zu § 88 TKG *Mayen* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 80 ff.

⁹⁹ *Mayen* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 81. *Mayen* lässt eine Herausgabe von E-Mails (die er als Verkehrsdaten i. S. d. § 3 Nr. 30 TKG einordnet) auch an den Datenschutzbestimmungen der §§ 91 ff. TKG, insbesondere § 96 TKG, scheitern. Vgl. *Deusch*, ZEV 2014, 2, 5.

¹⁰⁰ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 63; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3749 (in Anknüpfung an *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114).

der vorgehaltenen Daten¹⁰¹ samt eines Nebenanspruchs auf Auskunft bezüglich der Zugangsdaten.¹⁰² Dies scheint die zutreffende Lösung zu sein: Die „Verfügungsbefugnis“ über einen Postbrief geht im Innenverhältnis zwischen Absender und Empfänger mit der Zustellung auf letzteren über.¹⁰³ Übertragen auf die E-Mail ist das aber nicht der Zeitpunkt der Speicherung auf den lokalen PC¹⁰⁴ (was bei reinem Online-Zugriff ohnehin nur temporär im Arbeitsspeicher erfolgt!), sondern bereits der Eingang der E-Mail in dem E-Mail-Postfach.¹⁰⁵ Ebenso sehen dies *Brisch/Müller-ter Jung*, wenn sie das E-Mail-Postfach mit dem klassischen Post-Postfach vergleichen.¹⁰⁶ Festzuhalten bleibt, dass sich die Zugriffsmöglichkeiten auf den Briefkasten und das E-Mail-Postfach funktional nicht unterscheiden.

Jedenfalls ab dem Zeitpunkt des Einwurfs eines Briefes im Empfängerbriefkasten bzw. -postfach kann der Absender sein allgemeines Persönlichkeitsrecht in Form des Briefgeheimnisses nicht mehr geltend machen; der Empfänger kann bekanntlich auch einen Dritten mit der Öffnung seiner Post beauftragen.¹⁰⁷ Diesen Gedanken kann man auf die E-Mail ab dem Zeitpunkt ihrer Speicherung in der Empfängermailbox übertragen.¹⁰⁸

Auch das Datenschutzrecht steht nicht entgegen.¹⁰⁹ Es ist nicht dessen Zweck, persönliche Daten des Erblassers gegenüber dessen Erben zu schützen.¹¹⁰ Gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 BDSG findet der einschlägige Abschnitt keine Anwendung, wenn „die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten erfolgt“. So liegt es im Erbfall, wenn Rechtsnachfolger Zugriff auf E-Mail-Konten nehmen, um den Nachlass abzuwickeln.¹¹¹ Gleiches gilt beim Zugriff von Bevollmächtigten oder Betreuern.

101 *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *Martini*, JZ 2013, 1145, 1147 (für die rein erbrechtliche Sichtweise, vgl. *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3749); *Pruns*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris). Im Ergebnis ebenso BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass v. 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Digitalen-Nachlassregeln/boxid/332988>.

102 *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3749; vgl. *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2115.

103 *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2182; *ders.*, AnwZert ErbR 8/2014 Anm. 2 (juris); *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 165. Ebenso *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 68.

104 So aber *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 165.

105 *Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl. 2015, § 130 Rdnr. 7a m. w. N.

106 *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 451. Dem folgend auch *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 139 und 140.

107 *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2182; *ders.*, AnwZert ErbR 8/2014 Anm. 2 (juris). Ähnlich *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 68: Der Erblasser hätte „höchstpersönliche Schreiben jederzeit seinen späteren Erben (...) zeigen können“; vgl. *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 142.

108 *Pruns* (AnwZert ErbR 15/2014 Anm. 2 [juris]) geht darüber hinaus von einer „mutmaßlichen Einwilligung“ des Absenders einer E-Mail hinsichtlich der Kenntnisnahme durch die Erben des Empfängers aus. Einen Vergleich mit der Briefpost ziehen (zu Recht) auch *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 451.

109 Ebenso *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 450; *Pruns*, AnwZert ErbR 16/2013 Anm. 2 (juris) (gegen *Martini*, JZ 2012, 1145, 1148 ff.).

110 Zutreffend *Pruns*, AnwZert ErbR 16/2013 Anm. 2 (juris). A. A. *Haase*, DSRITB 2013, 379, 387 ff.

111 *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 155; *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 450 mit Verweis auf *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2115; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 134 f.

b) Internationale Rechtsdurchsetzung

Ein weiteres tatsächliches Problem besteht darin, dass viele Provider ihren Sitz im Ausland haben, was zusätzliche Barrieren sprachlicher und rechtlicher Art schaffen kann.¹¹² Als Beispiel wurde in vielen Diskussionsbeiträgen *Google* genannt. Einige Autoren empfehlen deswegen, insbesondere für E-Mail-Dienste möglichst inländische Anbieter zu wählen.¹¹³ Ob der „internetaffine Mandant“ diesem gut gemeinten Rat in der Praxis folgt, darf zu Recht bezweifelt werden:¹¹⁴ Genutzt wird bekanntlich das, was angesagt ist, und nicht immer das, was vernünftig ist.¹¹⁵ Hierin liegt übrigens auch der Grund, weshalb der Ruf nach dem (deutschen oder europäischen) Gesetzgeber im Rahmen des digitalen Nachlasses¹¹⁶ bestenfalls ein Tropfen auf den heißen Stein sein kann.¹¹⁷

c) Praktiken von Diensteanbietern

Einige Diensteanbieter haben sich bereits mit dem Problem des „digitalen Nachlasses“ befasst – wenngleich nicht immer mit transparenten und zufriedenstellenden Ergebnissen. Gelangt man beim Mailanbieter *GMX*¹¹⁸ nach Vorlage eines Erbscheins an den Inhalt des E-Mail-Kontos,¹¹⁹ behält sich *Google* das Letztentscheidungsrecht für die Herausgabe von Daten vor und regelt ein Verfahren¹²⁰ für „autorisierte Vertreter“ verstorbener Personen, wonach diverse Unterlagen zur Prüfung einzureichen sind. Das Thema (Vorsorge-)Vollmacht oder Betreuung wird in der *Google*-Hilfe nicht weiter behandelt. Es ist also keinesfalls sicher, dass man beispielsweise als Rechtsnachfolger schnell und unbürokratisch an die notwendigen Zugangsdaten gelangt.

Das Problem wird noch dadurch verschärft, dass einige AGB von Diensteanbietern die ersatz- und alternativlose Löschung von Konten verstorbener Benutzer samt Inhalten ohne vorherige Zugriffsmöglichkeit von Rechtsnachfolgern oder

112 Internet Service Providers Austria (ispa), „Digitaler Nachlass“, S. 5, abrufbar unter https://www.ispa.at/filed/0/0/1448299273/97754d19a89e2956051771ec06f2a695c183f5b2/fileadmin/content/5_Wissenspool/Broschüren/Digitaler_Nachlass/Digitaler_Nachlass_2015.pdf, weisen zu Recht auf „sprachliche Barrieren“ und „bürokratische Hürden“ hin. Vgl. Schleswig-Holsteinische Notarkammer, Markt für Ahrensburg, Bargteheide, Trittau v. 29.3.2014, S. 13: „Das Problem des ‚digitalen Nachlasses‘“.

113 *Holzer* in *Groll* (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl. 2015, Teil B XVII., Rdnr. 101; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

114 *Holzer* in *Groll* (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, Teil B XVII., Rdnr. 101; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

115 Ebenso *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 161.

116 Beispielsweise *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang, Digitaler Nachlass, Rdnr. 19; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 12; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 167 f.

117 Zu Recht kritisch gegenüber dem Ruf nach dem Gesetzgeber *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160. Ähnlich auch *Schulte*, zitiert in *Hiltsbömer*, Computerwoche vom 1.11.2013, abrufbar unter <http://www.computerwoche.de/a/was-mit-den-online-daten-verstorbener-geschicht,2548778>.

118 Vgl. <http://newsroom.gmx.net/2013/04/08/rechtzeitig-an-den-digitalen-nachlass-denken/>.

119 Vgl. statt vieler *Bleich*, c't 2/2013, 62, 64.

120 Zu weiteren Einzelheiten dieses Verfahrens siehe *Bräutigam* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 27 f.; *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 156; *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 448; *Deusch*, ZEV 2014, 2, 3 sowie *Bleich*, c't 2/2013, 62, 63 f., der Kritik daran übt, dass dieses Verfahren nicht über die Hamburger *Google*-Filiale abgewickelt werden kann. Zur Rechtsdurchsetzung in Auslandssachverhalten allgemein *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 161 f.

Vertretern vorsehen. Bekanntestes Beispiel ist hier *Yahoo*¹²¹. Eingangs¹²² wurde gesagt, dass individuelle Vereinbarungen mit Diensteanbietern grundsätzlich vorgehen. Ob dieser Grundsatz bei derartigen AGB gilt, ist zweifelhaft. Diese verstoßen wohl gegen § 307 Abs. 2 BGB: Zum einen, weil diese Praxis ungesehen sämtliche Zugriffsrechte vereitelt und damit die gesetzlichen Grundregelungen (§ 1922 BGB, aber auch §§ 164, 1896 Abs. 4 BGB) verkennt (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).¹²³ Zum anderen, weil dadurch der Zweck des Providervertrags gefährdet wird, konkret der Anspruch auf Herausgabe der Inhalte, zum Beispiel der E-Mails (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).¹²⁴ Diese Überlegungen lassen sich auf das Verfahren von *Google* übertragen.¹²⁵ Erst recht ist ein Verstoß gegen § 307 BGB anzunehmen, wenn eine Löschung von Daten – oder auch eine Herausgabe! – bereits aufgrund der Vorlage einer Sterbeurkunde oder Traueranzeige erfolgt, ohne dass ein Erbnachweis verlangt wird.¹²⁶

Hat der Diensteanbieter vollendete Tatsachen geschaffen und etwa anlässlich der ersten Anfrage eines Erben bereits alles gelöscht, sind die Inhalte unrettbar verloren.¹²⁷ Und selbst wenn noch keine Löschung erfolgt ist: eine Auseinandersetzung mit dem Diensteanbieter über die Zulässigkeit seiner AGB wird wertvolle Zeit kosten.

121 *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 448; *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 4; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 92; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 117; *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3163; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 164; *Stiftung Warentest*, test 3/2015, 49, 50. Siehe hierzu die *Yahoo*-Hilfeseite, abrufbar unter <https://de.hilfe.yahoo.com/kb/account/Mögliche-Optionen-wenn-ein-Yahoo-Account-Account-Inhaber-verstorben-ist-sln26120.html>.

122 Oben Ziffer II. 3.

123 *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 92; *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2185.

124 Ausführlich hierzu *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 121 ff., insbesondere 124 und 126 m. w. N. Zu diesem Anspruch allgemein *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 8; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 29; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3749; *Pruns*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris); *ders.*, NWB 2014, 2175, 2178. Ähnlich *Redeker* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 64 f. (Provider dürfe aber Zugriff auf E-Mails vom Einverständnis des Absenders abhängig machen, solange keine Klärung durch die Rechtsprechung vorliegt).

125 Vgl. *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2185; *Redeker* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 63 f. (Klausel sehr unbestimmt).

126 *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3751; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 125. Ebenso *Redeker* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 63 für den Fall, dass in AGB auf Familienangehörige statt auf Erben abgestellt wird.

127 Vgl. *Schulte*, zitiert in *Hülsbömer*, Computerwoche vom 1.11.2013, abrufbar unter <http://www.computerwoche.de/a/was-mit-den-online-daten-verstorbener-geschieht,2548778>.

d) Unkenntnis vorhandener Zugangsberechtigungen

Nicht wenige Internetnutzer verwenden zur Anmeldung insbesondere bei kostenlosen Online-Diensten Pseudonyme – mit der Folge, dass der wahre Nutzer derartiger Konten nicht bekannt ist.¹²⁸ Derartige Online-Konten sind samt ihres Inhalts im Erb- oder Vorsorgefall möglicherweise verloren, wenn die Zugangsdaten nicht fixiert sind; wenigstens aber wird sich der Provider zweifelsfrei von der Identität des Nutzers überzeugen müssen.¹²⁹ Taugliche Vorsorgelösungen zum „digitalen Nachlass“ müssen diese Problematik berücksichtigen.

e) „Zero Knowledge“

Folgender Punkt hat genau genommen nichts mit dem Internet zu tun, wird aber in diesem Zusammenhang an Bedeutung gewinnen: Im Eingangs-Beispiel hatte der *Beispiels-Erblasser* Digitalfotos auf seinem Heimserver verschlüsselt – etwa mit *TrueCrypt* oder *PGP*. Verschlüsseln kann man nicht nur lokale Daten, sondern auch Daten in der Cloud¹³⁰ oder E-Mails. Seit einiger Zeit bieten beispielsweise einige Mailanbieter die Verschlüsselung von E-Mails über *PGP* an.¹³¹ „Zero Knowledge“ oder „echte Ende-zu-Ende-Verschlüsselung“ nennt sich diese Technik, die kurz gesagt verhindert, dass der Diensteanbieter Zugang zu den gespeicherten oder versendeten Inhalten hat.¹³² In allen Fällen – also sowohl bei verschlüsselten E-Mails, Cloud-Daten wie auch lokal gespeicherten verschlüsselten Daten – sind diese bei ausreichend starker Verschlüsselung für Rechtsnachfolger und Vertreter verloren, wenn das Passwort unbekannt ist.¹³³ Hier gibt es keinen Provider, der Zugang gewähren könnte oder müsste. Man ist ausschließlich auf die Vorsorge des Nutzers angewiesen.

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

128 *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 451; *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 155, 156; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 6, 77; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3746.

129 *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 451; vgl. *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 77.

130 Ausführlich hierzu *Schüler*, c't 19/2015, 106 sowie *Schmidt/Schüler*, c't 19/2015, 114. Zur Begriffsdefinition und rechtlichen Einordnung näher *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 56 f.

131 Vgl. *Bleich/Kossel*, c't 19/2015, 40.

132 *Schmidt/Schüler*, c't 19/2015, 114.

133 Vgl. zu *GMX* etwa https://www.gmx.net/produkte/sicherheit/pgp/faq/#.sicherheit_pgp_details.teaser_6.1.sicherheit_pgp_faq (Unterpunkt „Ich habe mein Passwort vergessen [...]“).

Neues zur Auslandsvollstreckung aus notariellen Urkunden

Von Notar *Michael Volmer*, Starnberg*

Mit Inkrafttreten der in Deutschland sog. Brüssel-Ia-VO¹ zum 10.1.2015 unter gleichzeitiger Aufhebung der Brüssel-I-VO vom 22.12.2000² für Neufälle³ ist das europäische Regime zur grenzüberschreitenden Vollstreckung privatrechtlicher Titel innerhalb der EU⁴ in weiten Teilen auf eine neue Grundlage gestellt worden. Im Mittelpunkt des Regelungsinteresses der Brüssel-Ia-VO stehen zwar die internationale Zuständigkeit in streitigen Verfahren⁵ und die grenzüberschreitende Vollstreckung streitig ergangener Urteile.⁶ Indes fügt diese Verordnung auch der grenzüberschreitenden Durchsetzung vollstreckbarer öffentlicher Urkunden ein neues Mosaiksteinchen hinzu⁷ und sei deswegen aus notarieller Sicht genauer untersucht.⁸

I. Grenzüberschreitende Vollstreckung vs. grenzüberschreitende Zustellung

Dabei beschränkt sich diese Untersuchung auf die grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung, also die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedsstaat der EU als demjenigen, in dem der Vollstreckungstitel als Urkunde errichtet wurde oder als Urteil ergangen ist. Die bloß vollstreckungsvorbereitende Zustellung im Ausland mit nachfolgender Inlandsvollstreckung unterliegt weder der Brüssel-Ia-VO noch den anderen hier nachfolgend erörterten Verordnungen. Für die Abgrenzung können die Kriterien des § 750 ZPO als inhaltlich passend herangezogen werden, wenngleich natürlich der Rechtscharakter der Verordnungen als EU-Normen eine Auslegung nach den Vorgaben des deutschen nationalen Rechts verbietet. Die Darstellung der europäischen Zustellungsvorschriften⁹ muss einer späteren Ausarbeitung vorbehalten bleiben. Beim wichtigsten deutschen Anwendungsfall der notariellen Urkunde als Vollstreckungstitel, nämlich zur Verwertung einer Grundsuld als dinglichem Recht,¹⁰ sind die Verordnungen irrelevant, weil bei ihr die Rechtsdurchsetzung (durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) aufgrund § 1 Abs. 1 ZVG immer im In-

land stattfindet. Daran haben die Vorgaben der EU nichts geändert.¹¹

Anderes könnte für die Versteigerung aus einer Schiffshypothek gelten. Die Verwertung des Schiffes ist nicht exklusiv konzentriert auf den Heimathafen des Schiffes oder den Ort des Schiffsregisters, sondern findet gemäß § 163 Abs. 1 ZVG am jeweiligen Lageort des Schiffes statt. Damit wäre beispielsweise entlang der Rheinschiene die Verwertung eines in Deutschland registrierten Schiffes in den Niederlanden nicht schon aus Gründen der örtlichen Zuständigkeit ausgeschlossen, ebenso wenig eine Schiffsverwertung im Ausland entlang der Donau in Österreich oder Ungarn.

Außerhalb der heutigen Überlegungen stehen ferner der europäische Zahlungsbefehl¹² als von vornherein „europäischer Titel“, bei dem also nicht einem originär inländischen Titel Vollstreckungswirkung im Ausland zuerkannt werden müsste, sowie die Vorgaben der EU zur Vollstreckung selbst, hier insbesondere zur innergemeinschaftlichen Kontenpfändung.¹³

II. EU-Rechtsakte als Verordnung

Sämtliche nachfolgend erörterten EU-Rechtsakte sind als Verordnung erlassen und gelten damit im Inland unmittelbar.¹⁴ Gleichwohl wurden alle Verordnungen flankiert von deutschen Umsetzungsgesetzen, welche wesentliche ergänzende Regelungen zum Teil in die ZPO integriert,¹⁵ zum anderen Teil in eigenständige Gesetze formuliert haben.¹⁶

Aufgrund der sukzessiven Entstehung liegt den Verordnungen indes kein einheitliches Konzept zugrunde. Die heutige Struktur entstand durch tastendes Vorschreiten in verschiedene Richtungen, je nach Möglichkeit eines politischen Kompromisses.¹⁷ Brüche, die den Gesamteindruck des Mosaiks stören, sind dabei wohl unvermeidlich gewesen.¹⁸ Verständlich

* Die Überlegungen sind veranlasst durch Diskussionbeiträge auf der Tagung „Forderungsmanagement und Zwangsvollstreckung im Europäischen Rechtsraum“ am 6.3.2015 in Saarbrücken, ausgerichtet vom Rechtsanwaltsnetzwerk Eurojuris France unter freundlicher Unterstützung der Stiftung für kontinentales Recht, Fondation pour le droit continental, Paris. Über den Tagungsverlauf berichtet *Riedel*, Rpflegerblatt 2015, 43.

1 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 160, S. 37. Die abkürzende Terminologie ist europaweit uneinheitlich: Die deutsche Literatur spricht von Brüssel-Ia-VO oder EuGVVO (n. F.); der französische Sprachraum hingegen von „Brüssel-I-bis“.

2 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 12, S. 1.

3 Zur zeitlichen Anwendung siehe Art. 66 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO und unten bei Abschn. VI. 3.

4 Zur örtlichen Anwendung innerhalb der EU siehe unter VI. 1.

5 Kapitel II (= Art. 4-35) Brüssel-Ia-VO.

6 Kapitel III (= Art. 36-45) Brüssel-Ia-VO mit Formularanhang I.

7 Art. 58, 60 Brüssel-Ia-VO mit Formularanhang II.

8 Vgl. bereits *Fischer*, MittBayNot 2015, 184.

9 Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29.5.2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABI L 160, S. 37.

10 Auslandsvollstreckungen sind natürlich denkbar aus dem regelmäßig mitbeurkundeten Schuldanerkenntnis. In diesem Umfang kann eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung erteilt werden.

11 Vgl. auch Art. 24 Nr. 1 Brüssel-Ia-VO mit der Anerkennung des dinglichen Gerichtsstandes.

12 Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABI L 399, S. 1.

13 Verordnung (EU) Nr. 655/2014 des europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Einführung eines Verfahrens für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung im Hinblick auf die Erleichterung der grenzüberschreitenden Eintreibung von Forderungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 189, S. 59.

14 Art. 288 Abs. 2 AEUV.

15 § 794 Nr. 7, 8, 9 ZPO i. V. m. §§ 1079 ff., 1110 ff. ZPO.

16 So mit dem Auslandsunterhaltsgesetz – AUG v. 23.5.2011, dort insbesondere §§ 30, 71 AUG, als Begleitgesetz zur EuUntVO.

17 *Pabst in Rauscher*, EuZPR, 2014, Einleitung EuVTVO Rdnr. 6.

18 Dazu unten bei Fn. 39 und Fn. 45. Auch *Gössl*, NJW 2014, 3479, lässt bei ihrer Erörterung der Zinsvollstreckung gemäß der Brüssel-Ia-VO die zu EUUntVO und EuVTVO diskutierten Lösungen ganz außer Betracht. Immerhin: Schon in IPRax 2000, 188 konstatierte *Mankowski* einen Dschungel an internationalen Verträgen.

wird der heutige Rechtszustand am besten in der historischen Entwicklung.

III. Die historische Entwicklung

1. Die Brüssel-I-VO (2001)

Nach vorgängigen diversen völkerrechtlichen Verträgen vereinheitlichte erstmals die Brüssel-I-Verordnung¹⁹ innerhalb der Europäischen Union die internationale Zuständigkeit²⁰ in privatrechtlichen Streitigkeiten,²¹ wie auch die wechselseitige Anerkennung und Vollstreckung der daraus hervorgegangenen Titel. Zwischengeschaltet wurde ein Anerkennungsverfahren (Exequaturverfahren)²² im jeweiligen Vollstreckungsmitgliedstaat – bei beabsichtigter Vollstreckung in mehreren Staaten also auch mit dem Erfordernis mehrerer Anerkennungsverfahren.²³ Eine inhaltliche Überprüfung des Titels fand dabei nicht statt (Art. 45 Abs. 2 Brüssel-I-VO); rechtliches Gehör wurde dem Schuldner nicht gewährt (Art. 41 Satz 2 Brüssel-I-VO). Einem solchen Anerkennungsverfahren unterlagen auch notarielle Urkunden mit der Besonderheit, dass bei aus dem Ausland nach Deutschland kommenden Notarurkunden idealkonkurrierend zur gerichtlichen Zuständigkeit die Anerkennung auch von einem Notar hätte ausgesprochen werden können.²⁴

2. Die sukzessive Ersetzung des Exequaturverfahrens durch Vollstreckbarkeitsbescheinigungen

Die nachfolgende Rechtsentwicklung vereinfachte die Durchsetzung nochmals, indem auch das Anerkennungsverfahren im jeweiligen Vollstreckungsstaat für überflüssig erklärt und ersetzt wurde durch eine besondere Dokumentation des Ursprungsmitgliedstaats.²⁵ Diese zusätzliche Beschleunigung hielt der europäische Gesetzgeber angesichts des erreichten gegenseitigen Vertrauens in die ordnungsgemäße Rechtspflege aller Mitgliedsstaaten für gerechtfertigt.²⁶ Es fragt sich nur, ob dieses gegenseitige Vertrauen empirisch vorhanden oder politisch postuliert wird.²⁷ Sicher ist nämlich: Die Unterbindung von Torpedoklagen, die Unterbindung also eines missbräuchlichen Ausnutzens von offenbar tatsächlich vorhandenen erheblichen Unterschieden in der Verfahrensdauer war dem Gesetzgeber der Brüssel-Ia-VO jedenfalls ein deutliches Anliegen.

¹⁹ Auch EuGVVO (Fn. 2), in Kraft seit 1.3.2002 gemäß ihrem Art. 76 Abs. 1.

²⁰ Insbesondere zur Vermeidung von Doppelzuständigkeiten und doppelter Rechtshängigkeit.

²¹ Zum genaueren sachlichen Anwendungsbereich siehe unten Abschn. IV. 1.

²² In Deutschland gemäß AVAG, dabei insbesondere § 8 AVAG.

²³ Pabst, a. a. O. (Fn. 17), Einleitung EuVTVO Rdnr. 20.

²⁴ § 55 Abs. 3 AVAG sowie § 35 Abs. 3 AUG; dazu Seebach, MittBayNot 2013, 200.

²⁵ Zur Rechtsentwicklung auch Andrae in Rauscher, EuZPR (Fn. 17), Einleitung EG-UntVO Rdnr. 4 ff.; dies., a. a. O., Art. 40 Brüssel-IIa-VO Rdnr. 2, 3.

²⁶ Etwa ErwG 18 zur EuVTVO; Rauscher, EuZPR (Fn. 17), Art. 40 Brüssel-IIa-VO Rdnr. 4.

²⁷ Skepsis auch bei Pabst, a. a. O. (Fn. 17), Einleitung EuVTVO Rdnr. 15.

a) Kindesrückführung

Erstmals in der Verordnung (EG) 2201/2003²⁸ zu Ehe- und Kindschaftssachen wählte der Ordnungsgeber diesen Modus. In deren Art. 41, 42 Abs. 1 wurde nämlich eine direkte Durchsetzung von Titeln auf Umgang und auf Rückgabe des Kindes in Kindesentführungsfällen ohne weiteres Anerkennungsverfahren im Vollstreckungsmitgliedstaat statuiert. Für diese weitere Vereinfachung spricht gerade bei Umgangsstreitigkeiten, dass Zeitverlust den faktischen Zustand zu zementieren droht.

b) EuVTVO für unstreitige Titel

Notarpraktisch bedeutsam folgte 2004 die EuVTVO.²⁹ Nach ihr kann eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung für unbestrittene Geldforderungen (vgl. Art. 4 Nr. 2 EuVTVO) erteilt werden.

Bei gerichtlich erwirkten Titeln ist die Forderung unbestritten bei ausdrücklicher Zustimmung des Schuldners (Prozessvergleich, Anerkenntnis) wie auch „konkludent“ beim fehlenden Widerstand gegen die Klage, d. h. also in der deutschen Prozessrechtsterminologie bei Säumnis. Gerade die Einbeziehung von Säumnisverfahren und einer daraus folgenden erhöhten Wachsamkeitsobliegenheit des Beklagten sowie den Gefahren durch unerkannte Zustellungsfehler sind in der literarischen Aufarbeitung dieser Verordnung immer wieder in den Vordergrund gestellt worden.³⁰ Sie sind wohl auch nicht vollständig von der Hand zu weisen, wie ein jüngst ergangenes EuGH-Urteil zu einer unbemerkten Nichtzustellung eines europäischen Zahlungsbefehls zeigt.³¹ Für die Notarurkunde spielt das alles wegen der sowieso von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO verlangten ausdrücklichen Unterwerfungserklärung in Deutschland natürlich keine Rolle.

c) Unterhaltsansprüche

Das vorläufig fortdauernde Nebeneinander von Exequaturverfahren im Vollstreckungsmitgliedstaat und Vollstreckbarkeitsbescheinigung im Ursprungsmitgliedstaat als Modi zur Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Vollstreckung zeigt sich deutlich in der zeitlich kurz nachfolgenden EU-Unterhaltsverordnung.³²

Diese Verordnung vereinheitlicht einerseits das Internationale Privatrecht der teilnehmenden Mitgliedsstaaten dahingehend, dass Unterhaltsansprüche aller Art³³ vorrangig an den gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsschuldners anknüpfen. Die daraus folgenden Gestaltungsanforderungen zumal an Scheidungsvereinbarungen gemischtnationaler Ehen (mit

²⁸ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABI L 338, S. 1.

²⁹ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABI L 143, S. 15.

³⁰ Stadler, RIW 2004, 801, 802; auch Stein, EuZW 2004, 679, 680; Pabst, a. a. O. (Fn. 17), Einleitung EuVTVO Rdnr. 35; ders., Art. 3 EuVTVO Rdnr. 18.

³¹ EuGH, Urteil vom 4.9.2014, C-119/13, C-120/13, EuZW 2014, 916.

³² Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABI L 7, S. 1.

³³ In der deutschen Doktrin also Getrenntlebensunterhalt, naheheftlicher Unterhalt und Kindesunterhalt, auch Verwandtenunterhalt.

deswegen höherer Umzugswahrscheinlichkeit) bedürften gleichfalls genauerer Aufarbeitung.³⁴

Die EuUntVO regelt aber, soweit hier von Interesse, auch die internationale Durchsetzung von Unterhaltstiteln. Dabei unterscheidet sie zwischen

- Staaten, die durch das Haager Unterhaltsprotokoll³⁵ gebunden sind:³⁶ Innerhalb dieser wird vollstreckt aufgrund einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung des Ursprungsmitgliedstaats³⁷

und

- Staaten, die nicht durch jenes Abkommen gebunden sind: Dann ist ein Exequaturverfahren im Vollstreckungsstaat zu durchlaufen.³⁸

Dieses Nebeneinander beider Wege macht den Verordnungstext unübersichtlich.³⁹

Immerhin ist die EuUntVO innerhalb ihres sachlichen und räumlichen Anwendungsbereichs ausdrücklich *lex specialis* für Unterhaltsansprüche gemäß Art. 68 Abs. 2 EuUntVO.⁴⁰ Diesen Vorrangcharakter anerkennt auch die Brüssel-Ia-VO.⁴¹

d) Exequaturverfahren bei erbrechtlichen Ansprüchen

Die EuErbVO⁴² hingegen setzt für die grenzüberschreitende Vollstreckung künftiger Titel in „Erbsachen“ ausschließlich auf ein Exequaturverfahren (Art. 43-55 EuErbVO).⁴³

IV. Das Regelungsprogramm der Brüssel-Ia-VO

In diese Gemengelage aus sachlich, inhaltlich und zeitlich separaten, um nicht zu sagen: disparaten Verordnungen, gerade hinsichtlich des Rückschritts in der EuErbVO, fällt nun die Neufassung der Brüssel-Ia-VO.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die neu gefasste Brüssel-Ia-VO weicht im sachlichen Regelungsbereich nicht von ihrer Vorgänger-VO „Brüssel-I“ ab. Sie betrifft gleichfalls Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO), jedoch nicht, soweit hier vollstreckungsrechtlich von Interesse, Ansprüche aus ehelichem Güterrecht (Art. 1 Abs. 2 lit. a), Unterhaltspflichten (Art. 1 Abs. 2 lit. e)

³⁴ An dieser Stelle nur der Hinweis auf DNotI-Rep 2011, 57; *Schäuble*, NZFam 2014, 1071 sowie als Fallbeispiel bereits BGH, Urteil vom 26.6.2013, XII ZR 133/11, NJW 2013, 2662.

³⁵ Genauer Titel: Haager Protokoll vom 23.11.2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht.

³⁶ Das sind jedenfalls die EU-Mitgliedstaaten (außer Dänemark, Vereinigtem Königreich und Irland); siehe auch Abschn. VI. 1.

³⁷ Art. 17-22 EuUntVO.

³⁸ Art. 23-38 EuUntVO.

³⁹ Vgl. auch *Andrae/Schimrick* in *Rauscher*, EuZPR (Fn. 17), Rdnr. 1, 2 vor Art. 16 ff. EuUntVO.

⁴⁰ BeckOK-BGB/*Heidehoff*, Stand 1.5.2015, Art. 18 EGBGB Rdnr. 143. Für nicht HUP-gebundene Staaten (Großbritannien) kann hingegen der einverständlich titulierte Unterhalt nach EuVTVO als vollstreckbar bescheinigt werden.

⁴¹ ErwG 10 Brüssel-Ia-VO, ferner Art. 75 EuUntVO sowie deren ErwG 44.

⁴² Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines europäischen Nachlasszeugnisses.

⁴³ „Künftig“ hier i. S. d. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO, d. h. für Todesfälle ab 17.8.2015.

sowie erbrechtlich begründete Ansprüche (Art. 1 Abs. 2 lit. f). Diese Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs enthielt schon die EuVTVO, nur anders formuliert, in gleicher Weise. Diese Begrenzung des Anwendungsbereichs erscheint hinsichtlich der Zuständigkeitsvorschriften von Brüssel-I-VO und Brüssel-Ia-VO gerechtfertigt. Hier besteht, wie zur EuErbVO eingehend unter dem Stichwort der Vorfragenanknüpfung diskutiert,⁴⁴ die naheliegende Gefahr, über die Zuständigkeitsordnung auch Sachfragen des anzuwendenden Rechts mitzuentcheiden, die im Vorfeld nicht Gegenstand der rechtspolitischen Meinungsbildung waren (oder deren politische Diskussion den Gesetzgebungsprozess unabsehbar verzögert hätte). Da ist es tatsächlich besser, diese Fragen auszugliedern, wie mit EuUntVO oder EuErbVO in Teilbereichen geschehen.

Für die vollstreckungsrechtlichen Folgefragen ist diese Begrenzung jedoch äußerst misslich und nicht überzeugend,⁴⁵ zumal sie etwa von der EuVTVO übernommen wurde, obwohl diese gar nicht in die Zuständigkeitsordnung mit Auswirkungen auf Vorfragenentscheidungen eingreift.

Für das jeweilige Vollstreckungsorgan steht der Titel für sich. Von der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage ist der Titel abstrahiert;⁴⁶ eine fehlende Deckungsgleichheit kann, wenn überhaupt, nicht vollstreckungsintern, sondern nur durch neue Klage (§ 767 ZPO mit den darin bestimmten zeitlichen Grenzen) gerügt werden. Und wenn sich doch einmal aus dem Charakter des zugrundeliegenden materiellen Anspruchs eine Besonderheit für die Vollstreckung ergibt, läuft die Grenzziehung völlig anders als von der EU vorgegeben: Relevante Privilegien bestehen für Unterhaltsansprüche⁴⁷ (das wäre sogar aufgrund der Spezialregelung der EuUntVO nachvollziehbar) und für Ansprüche aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung.⁴⁸ Dafür gibt es aber in keiner einzigen VO ein Pendant.

Stattdessen führen die europäischen Vorgaben dazu, dass beispielsweise zu Scheidungsvereinbarungen und Scheidungsurteilen teils mehrere Vollstreckbarkeitsbescheinigungen erteilt werden müssen (nämlich nach EuUntVO bzgl. Unterhalt und EuVTVO/Brüssel-Ia-VO für Zahlungsansprüche aus einer Vermögensauseinandersetzung), teils weder Exequaturverfahren noch Vollstreckbarkeitsbescheinigung eröffnet sind, nämlich für den (güterrechtlichen) Zugewinnausgleich. Das beschwört diffizile Abgrenzungsprobleme herauf⁴⁹ und überzeugt auch aus Gerechtigkeitsgedanken nicht, wenn man sich bei einer typischen Scheidungsvereinbarung etwa vor Augen führt, dass die Zuordnung einer Zahlung im Gesamtpaket weitgehend willkürlich erfolgen bzw. verschoben werden kann, je nachdem, wie es die Ehegatten aus versicherungstechnischen, steuerlichen oder anderen Gründen für erforderlich halten.⁵⁰

⁴⁴ *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 358.

⁴⁵ Zweifelnd auch *Pabst*, a. a. O. (Fn. 17), Art. 4 EuVTVO Rdnr. 28.

⁴⁶ Das mit – u. a. – *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 14.4 ff. mit dem Begriff des vollstreckbaren Anspruchs.

⁴⁷ § 850d ZPO.

⁴⁸ § 850f Abs. 2 ZPO; § 302 Nr. 1 InsO.

⁴⁹ Vgl. *Pabst* (Fn. 17), Art. 4 EuVTVO Rdnr. 28.

⁵⁰ Ähnlich problematisch ist auch die Überleitungsvorschrift des Art. 66 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO zum zeitlichen Anwendungsbereich in streitigen Verfahren. Die Verfahrenseinleitung als maßgeblicher Zeitpunkt erscheint allein für die Bestimmung der Zuständigkeit geeignet, um nicht in bereits laufenden Verfahren nachträgliche Verweigerungen zu erzwingen. In der Vollstreckung stehen aber erhebliche Unsicherheiten im Raum, die in der deutschen Prozessrechtsterminologie mit den Begriffen von Rechtshängigkeit/Anhängigkeit und demnächstiger Zustellung (§ 167 ZPO) umrissen sind.

2. Brüssel-Ia-VO und EuVTVO im Vergleich

a) Idealkonkurrenz beider Verordnungen

Innerhalb dieses sachlichen Rahmens gibt es keine weitere Abgrenzung zwischen EuVTVO und Brüssel-Ia-VO. Beide Verordnungen stehen in Idealkonkurrenz nebeneinander. So war bisher anerkannt, dass der Titelgläubiger anstelle eines Antrags auf Erteilung einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung auch ein Exequaturverfahren gemäß Brüssel-I-VO im Vollstreckungsstaat durchführen konnte⁵¹ – man kann sich bloß schwer einen wirtschaftlichen oder anderen Vorteil für diese Vorgehensweise vorstellen. Dieses Nebeneinander beider Optionen besteht fort,⁵² nur mit der Folge, dass fortan nach beiden das Modell der Vollstreckbarkeitsbescheinigung vorgegeben wird.

b) Die Erweiterung auf alle Leistungspflichten

Vorteile verschafft die Brüssel-Ia-VO dem Titelgläubiger dort, wo er an andere Grenzen der EuVTVO stieß. Im Verhältnis zur fortbestehenden Vollstreckbarkeitsbescheinigung nach EuVTVO erweitert die neu gefasste Brüssel-Ia-VO die Möglichkeiten des Gläubigers in zweifach relevanter Weise.

Während die EuVTVO nur unstrittige Titel regelt, geht die Brüssel-Ia-VO deutlich darüber hinaus und ermöglicht die Erteilung einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung zu jedem streitig ergangenen Zivilurteil.⁵³ Das Exequaturverfahren wird in der Mehrzahl der Fälle hinfällig bzw. sogar unzulässig.⁵⁴ Darin liegt die wesentliche Bedeutung und vorrangige rechtspolitische Rechtfertigung dieser Verordnung für das Vollstreckungsrecht, auch wenn das Notariat davon nichts hat. Zweitens, und dies mit Bedeutung für die notarielle Praxis, erweitert die Brüssel-Ia-VO den Umfang der grenzüberschreitend vollstreckungsfähigen Leistungspflichten, indem sie die Beschränkung der EuVTVO auf Geldforderungen aufgibt und sämtliche titulierte Leistungspflichten allein aufgrund Vollstreckbarkeitsbescheinigung innerhalb der teilnehmenden Mitgliedstaaten vollstreckungsfähig macht. Wie Art. 55 Brüssel-Ia-VO voraussetzt, geht dies bis hin zur Vollstreckung (von Handlungs-, Duldungs- und Unterlassungspflichten) im Wege der Zwangsgeldfestsetzung und eröffnet damit erst recht die Vollstreckbarkeitsbescheinigung für andere Sachleistungspflichten als Geld.

3. Titelanpassung als Folge der Erweiterung

Das führt zu jedenfalls zwei Folgeproblemen, mit denen sich die EuVTVO aufgrund ihrer auf Zahlungen beschränkten Fokussierung gar nicht beschäftigen musste. Denn zur Vollstreckung einer Geldzahlung braucht es im Grunde nur die Angabe von Betrag, Zinssatz und Schuldner, und wesentlich mehr an Information verlangen die Mustervorgaben der EuVTVO auch nicht. Außerdem kann der Ordnungsgeber allein schon wegen der praktischen Häufigkeit davon ausgehen, dass alle Mitgliedstaaten eine Zahlungsvollstreckung kennen und sich allenfalls die jeweiligen Vollstreckungshandlungen (nicht aber Ziele) unterscheiden.

Andere, in der Brüssel-Ia-VO noch nicht einmal abschließend beschriebene Leistungspflichten sind hingegen im Vollstreckungsmitgliedstaat womöglich so gar nicht bekannt oder

durchsetzbar. Die VO verlangt dann eine Anpassung und hält dazu zumindest rudimentäre Verfahrensregelungen bereit (Art. 54 Brüssel-Ia-VO). Deutschland hat die daraus resultierenden Probleme mit § 1114 ZPO vollständig auf das jeweilige Vollstreckungsorgan verlagert.⁵⁵ Diese Lösung mag Unzulänglichkeiten aufweisen, war aber wohl kaum anders machbar, weil die Zwischenschaltung einer gerichtlichen Prüfung auf Anpassungsprobleme sowohl das ordnungsvorgegebene Verfahren europarechtswidrig entwertet wie auch zu Brüchen im deutschen Vollstreckungsrecht geführt hätte. Eine individuelle Weisung des titelschaffenden Prozessgerichts oder auch nur eine Leitung der Vollstreckung durch den Kammervorsitzenden sieht die ZPO ja nicht vor. Dieses Problem konnte früher im Exequaturverfahren womöglich behoben werden;⁵⁶ fortan ist das Verfahren aber schon nicht mehr existent. Ein Rückgriff auf die Brüssel-I-VO scheidet auch wegen deren Aufhebung für Neufälle aus; zwischen Brüssel-I/Ia besteht statt Idealkonkurrenz Exklusivität.

4. Übersetzungspflicht für Bescheinigung und Titel

Daneben muss in Betracht gezogen werden, dass die Leistungspflicht sich nicht in wenigen Worten beschreiben lässt und/oder sich einer formalen Katalogisierung entzieht. Ein solcher Fall mag aus notarieller Sicht zwar eher fern liegen, weil trotz Erweiterung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO durch die Novelle 1998 vorrangig doch nur Zahlungsansprüche vollstreckbar gestellt werden. Anschaulich wird aber dieser Gesichtspunkt sogleich, wenn man sich einmal den Tenor einer wettbewerbsrechtlichen Streitigkeit mit Unterlassungsausspruch⁵⁷ oder den Tenor eines Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung vor Augen führt oder auch nur den Leistungsausspruch eines durchentscheidenden Urteils des BGH in einer Revision: Das Revisionsurteil legt ja üblicherweise auch nicht die Leistungspflicht von Kläger und Beklagtem bzw. Revisionskläger und Revisionsbeklagtem aus sich heraus fest, sondern berücksichtigt die Urteile der Vorinstanzen, ändert diese aber ab und wird deswegen nur unter gleichzeitiger Heranziehung auch dieser vorinstanzlichen Aussprüche überhaupt erst verständlich.

Die Formularmuster zur Brüssel-Ia-VO enthalten deswegen neben strukturierten Feldern für Zahlungsverpflichtungen auch ein weiteres, nicht abschließendes Feld zur freien Ausformulierung sonstiger Leistungspflichten. Erstmals sieht deswegen die Brüssel-Ia-VO zudem die Möglichkeit vor, dass für Vollstreckungszwecke im Ausland nicht nur die Vollstreckbarkeitsbescheinigung, sondern ggf. auch das Urteil (bzw. der andere Titel) im Wortlaut übersetzt werden muss, sofern dies aus Sicht des Vollstreckungsorgans erforderlich erscheint (Art. 42 Abs. 4 Brüssel-Ia-VO). Dies greift den ähnlich auch im deutschen Vollstreckungsrecht zu Recht anerkannten Gedanken auf, dass zwar im Regelfall der Tenor aus sich heraus verständlich sein muss, im Einzelfall aber vor einer vollständigen Unbrauchbarkeit des Titels eine Auslegung unter Berücksichtigung der Urteilsgründe geboten ist.⁵⁸

⁵¹ Pabst, a. a. O. (Fn. 17).

⁵² Pabst, a. a. O. (Fn. 17), Art. 2 EuVTVO Rdnr. 3, 4.

⁵³ Immer natürlich innerhalb der sachlichen Begrenzung wie unter Abschn. IV. 1. dargestellt.

⁵⁴ Es bleibt für neue Titel nur erhalten nach EuErbVO sowie nach EuUntVO für nicht HUP-gebundene Staaten.

⁵⁵ Gössl, NJW 2014, 3479; Zöller/Geimer, ZPO, 31. Aufl. 2016, Art. 57 EuGVVO Rdnr. 2.

⁵⁶ Hau in Prütting/Helms, FamFG, Anh § 245 FamFG Rdnr. 149 mit Fällen aus der Rspr.

⁵⁷ Beispielsweise den sich über 1½ Seiten (im Layout des BGH) ziehenden Tenor im Verfahren I ZR 26/13, Urteil vom 6.11.2014 (insoweit in NJW 2015, 1960 nicht abgedruckt).

⁵⁸ BGH, Beschluss vom 4.3.1993, IX ZB 55/92, BGHZ 122, 16; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 704 Rdnr. 5.

Demgegenüber sah die EuVTVO nur im äußersten Fall⁵⁹ eine Übersetzung der Vollstreckbarkeitsbescheinigung vor, nie aber des Titels selbst. Dasselbe gilt für die EUUntVO.

In welchem Umfang künftig eine Übersetzung auch des Titels verlangt werden wird, lässt sich derzeit natürlich nicht absehen. Nach der Regelungskonzeption der Brüssel-Ia-VO ist die Übersetzung immerhin die besonders zu verlangende und zu begründende Ausnahme. Im Regelfall kann also die Durchsetzung im Vollstreckungsmitgliedstaat zunächst ohne Übersetzung beantragt werden. Die Äußerungen in den bisherigen Stellungnahmen zur EuVTVO gingen zudem in Richtung einer restriktiven Normanwendung hinsichtlich des Verlangens einer Übersetzung (hier aber: der Vollstreckbarkeitsbescheinigung).⁶⁰ Dies dürfte bei der Brüssel-Ia-VO und ihrer Zielsetzung einer zügigen, einfachen Auslandsvollstreckung ähnlich zu sehen sein. Die Übersetzung auch des Titels muss dem Vollstreckungsorgan einen Erkenntnisgewinn verschaffen, der über das aus der Vollstreckbarkeitsbescheinigung (ggf. unter Heranziehung von deren Übersetzung) verfügte Wissen hinausgeht. Außerdem dürfte sich im Umkehrschluss aus der Handhabung der EuVTVO ergeben, dass bei bloßen Zahlungsansprüchen eine Übersetzung weder der Vollstreckbarkeitsbescheinigung noch des Titels verlangt werden kann. Hier genügen die amtlichen Übersetzungsmuster.

Jedenfalls bei frei formulierten anderen Leistungsbeschreibungen wird hingegen im Regelfall eine Übersetzung jedenfalls der Vollstreckbarkeitsbescheinigung erforderlich sein. Deren Inhalt kann nämlich nicht aus amtlichen Mustern oder dem Zusammenhang erschlossen werden.

V. Erteilung der Vollstreckbarkeitsbescheinigung

1. Zustellung

Die Erteilung der Vollstreckbarkeitsbescheinigung ist in den jeweiligen Verordnungen und ergänzenden Vorschriften der ZPO geregelt. Die Muster sind selbsterklärend und für den Notar, der den Titel selbst beurkundet hat, problemlos handhabbar. Dieser⁶¹ ist auch innerstaatlich gemäß §§ 1110, 797 Abs. 2 ZPO ausschließlich zur Erteilung der Vollstreckbarkeitsbescheinigung zuständig. Die Kommission hat zu den Mustern online ausfüllbare PDF zur Verfügung gestellt, so auch für die Brüssel-Ia-Verordnung.⁶² Die Erteilung der Vollstreckbarkeitsbescheinigung erfolgt ohne vorherige Anhörung des Schuldners.⁶³ Nachträglich muss ihm die Bescheinigung von Amts wegen zugestellt werden. Das durchbricht das in der ZPO eigentlich vorgesehene Verfahren der Parteizustellung. Bei Auslandszustellung richtet sich das Verfahren nach der EUZustellVO.⁶⁴ Die Verordnungen sehen indes nicht vor, dass sich das jeweilige Vollstreckungsorgan von der ordnungsgemäßen Zustellung überzeugen muss. Für das deutsche nationale Recht gilt zwar § 750 ZPO. Wenn das

Vollstreckungsrecht anderer Mitgliedsstaaten eine parallele Vorschrift zu § 750 ZPO aber nicht enthält, kann die Vollstreckung völlig überraschend kommen.

2. Abgleich mit vollstreckbarer Ausfertigung

Keine Verordnung enthält einen Abgleich mit der Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen nach nationalem Recht, insbesondere hinsichtlich einer grundsätzlichen Beschränkung auf Erteilung lediglich einer vollstreckbaren Ausfertigung.⁶⁵ Überhaupt lassen die Verordnungen offen, wie sich die Vollstreckbarkeitsbescheinigung zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung im Inland verhält. Vielmehr hat sich der deutsche Gesetzgeber bewusst für die Vollstreckung allein auf Grundlage der Vollstreckbarkeitsbescheinigung unter Verzicht auf die Klauselbefügung entschieden. Damit sollten Kosten und Verzögerungen, die ein Zwischenverfahren verursacht hätten, vermieden werden.⁶⁶ Damit stehen indes auch §§ 726, 727 ZPO als systemimmanente Verfahrensbehelfe nicht zur Verfügung.⁶⁷ Eine andere Lösung wäre wohl nicht verordnungswidrig gewesen,⁶⁸ da eine Vollstreckungsklausel nicht zu einer inhaltlichen Prüfung des Titels führt,⁶⁹ sondern vielmehr erst die „Vollstreckungsgleichheit“ im Sinne des Art. 41 Abs. 1 EuUntVO hergestellt hätte.

Pragmatisch könnte die Vollstreckbarkeitsbescheinigung mit der vollstreckbaren Ausfertigung nach deutschem Recht verbunden werden. Das gewährleistet zudem über die entsprechende Aussage in der Bescheinigung den Nachweis, dass die Vollstreckung im Ursprungsmitgliedstaat möglich ist.

3. Leistungsanpassungsklausel

Unsicher in der Handhabung auch bei Geldforderungen sind Leistungsanpassungsklauseln oder auch nur Zinsen. Hier bleibt leider die Brüssel-Ia-VO noch hinter dem Stand der EuVTVO zurück. Das amtliche Bescheinigungsmuster zur EuVTVO sieht immerhin eine Verzinsung in Abhängigkeit des EZB-Basisatzes vor, der folglich als europaweit bekannt vorausgesetzt wird. Im Muster zur Brüssel-Ia-VO fehlt selbst das. Echtes Problembewusstsein findet sich nur in der EuUntVO mit der Möglichkeit einer Indexierung des Betrages sowie im deutschen Begleitgesetz dazu mit der Möglichkeit, einen prozentualen Mindestunterhalt in einen bezifferten Betrag überzuleiten (§ 72 AUG i. V. m. § 245 FamFG).⁷⁰

a) Teilvervollstreckbarkeitsbescheinigung

Sicher dürfte sein: Sämtliche Verordnungen lassen eine Teilvervollstreckbarkeitsbescheinigung zu. Auch wenn also Zinssatz-/Leistungsanpassungsklauseln nicht exportfähig sein sollten, bleibt immerhin der Hauptsachebetrag der Vollstreckbarkeitsbescheinigung zugänglich.⁷¹

⁵⁹ Zu eng *Pabst*, a. a. O. (Fn. 17), Art. 20 EuVTVO Rdnr. 14.

⁶⁰ *Rellermeyer*, Rpfleger 2005, 389. *Pabst*, a. a. O. (Fn. 17), Art. 20 EuVTVO Rdnr. 14, verlangt hingegen eine Übersetzung, sofern nicht die Sprache des Titels auch im Vollstreckungsstaat Amtssprache sei. Das ist aber mit dem Vereinfachungsgedanken der Verordnungen und dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2c EuVTVO nicht zu vereinbaren, der die Übersetzung als Ausnahme, nicht als Regel verlangt.

⁶¹ Im Falle seines Ausscheidens der urkundsverwahrende Notar bzw. die urkundsverwahrende Stellen § 797 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 51 BNotO.

⁶² URL.: https://ejustice.europa.eu/content_judgements_in_civil_and_commercial_matters_forms-273-de.do#action.

⁶³ *Papst*, a. a. O. (Fn. 17), Einleitung EuVTVO Rdnr. 19.

⁶⁴ Siehe bereits Fn 9.

⁶⁵ Obwohl dies jedenfalls der Idee nach auch anderen Rechtsordnungen bekannt ist. Zum Problem auch *Pabst*, a. a. O. (Fn. 17), Art. 28 EuVTVO Rdnr. 14; *Zöller/Geimer* (Fn. 55), Art. 39 EuGVVO Rdnr. 51.

⁶⁶ Für Unterhalt: *Andrae/Schimrick* in *Rauscher*, EuZPR (Fn. 17), Art. 17 EuUntVO Rdnr. 12; *dies.*, Art. 41 EuUntVO Rdnr. 4.

⁶⁷ *Andrae/Schimrick*, vorige Fn.

⁶⁸ *Andrae/Schimrick*, EuZPR (Fn. 17); ausführlich *dies.* in *Rauscher*, EuZPR (Fn. 17), Art. 41 EG-UntVO Rdnr. 4.

⁶⁹ Verboten nach Art. 42 EG-UntVO.

⁷⁰ *Pabst*, a. a. O. (Fn. 17), Art. 4 EuVTVO Rdnr. 17.

⁷¹ Etwa *Pabst*, a. a. O. (Fn. 17), Art. 8 EuVTVO Rdnr. 1.

b) Vollstreckbarkeit im Inland

Die Anpassungsklausel muss im Inland vollstreckbar – insbesondere bestimmt genug sein. Das ist in Deutschland bei Zinsen in Abhängigkeit vom Basiszins der Fall, auch bei direkter Anbindung einer Leistungsanpassung an den Verbraucherpreisindex. Andernfalls ist der Titel schon im Inland insoweit nicht vollstreckbar; eine Durchsetzung im Ausland entfällt dann.⁷²

c) Die Ideallösung

Die Ideallösung könnte natürlich nun darin bestehen, von vornherein den Titel in Abhängigkeit vom Hauptrefinanzierungssatz der EZB zu schaffen. Das dürfte aber mit den Vorgaben des § 247 BGB kollidieren. Außerdem stellt sich die Frage der Auslandsvollstreckung regelmäßig erst im Nachhinein. Sonst könnte ja immerhin die notarielle Vertragsgestaltung im Rahmen des AGB-rechtlich Zulässigen Vorkehrungen treffen, etwa durch vertragliche Vereinbarungen zum Verzugszins.

d) Umindexierung oder Anpassung

Gössl schließlich ordnet dieses Problem als Fall der Anpassung ein⁷³ und lässt das jeweilige Vollstreckungsorgan die Berechnung selbständig vornehmen⁷⁴, verlangt allerdings vom Vollstreckungsgläubiger, die nötigen Informationen bereitzustellen, um eine selbständige Berechnung zu ermöglichen. *Rellermeyer*⁷⁵ schlägt für die EuVTVO hingegen im Rahmen der Erteilung der Vollstreckbarkeitsbescheinigung eine Umindexierung jedenfalls eines basiszinsabhängigen Verzugszinses auf den Hauptrefinanzierungssatz der EZB vor. Dies hat natürlich den Charme, dass die Umrechnung im Inland unter voller Kenntnis des geltenden gesetzlichen Zinssatzes stattfindet und die Informationsverschaffung entfällt. Allerdings enthält die EuVTVO auch keine Möglichkeit zur Titelanpassung, so dass gar keine Alternativen bestünden. *Pabst* hingegen⁷⁶ lehnt auf der Grundlage der europäischen Rechtsvorschriften jede Umindexierung für den Anwendungsbereich der EuVTVO ab. Er hilft über eine analoge Anwendung des § 245 FamFG auf der Grundlage nationalen Rechts.⁷⁷ Welchen Weg die Rechtsprechung anerkennen wird, ist natürlich offen. Gegen die Analogie zu § 245 FamFG spricht der Sondercharakter der Norm, die aufgrund der Verweisung auf § 1612a BGB lediglich einen besonderen Anspruch privilegieren sollte. Von Vorteil wäre natürlich der dann zugleich über Abs. 3 eröffnete Instanzenzug zur Kontrolle der Entscheidung. Gründe der Beschleunigung sprechen eher für den Vorschlag von *Rellermeyer*, weil dann die Dynamik auch künftige Zinsänderungen erfasst. § 245 FamFG friert den Mindestunterhalt auf den Zeitpunkt der Konkretisierung ein; nachfolgende Änderungen müssten durch erneute Konkretisierungen gemäß § 245 FamFG erfolgen.

⁷² Die Vollstreckbarkeit im Inland muss ja ausdrücklich bestätigt werden.

⁷³ *Gössl*, NJW 2014, 3479.

⁷⁴ So auch *Andrae/Schimrick* in *Rauscher*, EuZPR (Fn. 17), Art. 42 EG-UntVO Rdnr. 5 für die Konkretisierung von Unterhaltspflichten. Immerhin kann bei diesem § 72 AUG helfen.

⁷⁵ *Rellermeyer*, Rpfleger 2005, 389.

⁷⁶ A. a. O. (Fn. 17), Art. 4 EuVTVO Rdnr. 11, 17.

⁷⁷ A. a. O. (Fn. 17), Art. 4 EuVTVO Rdnr. 22, 23.

5. Rückwirkung auf das Inland

Interessant ist diese Entwicklung aber noch aus einem anderen Grund: Sollte sich nämlich die Ansicht durchsetzen, dass im Anpassungsverfahren vom jeweiligen Vollstreckungsorgan die Kenntnisverschaffung mit anschließender selbständiger Berechnung verlangt werden kann, stellt sich für das nationale deutsche Recht die Frage, ob nicht künftig die vollstreckungsrechtliche Bestimmtheit dann auch bei solchen Leistungsanpassungsklauseln bejaht werden muss, bei denen sie bisher abgelehnt wird, schon um eine Inländerdiskriminierung zu vermeiden. Das beträfe etwa eine Unterhaltstitulierung unmittelbar nach Düsseldorfer Tabelle ohne zwischengeschaltete Umbasierung auf den Mindestunterhalt. Die Kenntnisverschaffung dieser Daten dürfte einem deutschen Vollstreckungsorgan nicht schwerer fallen als die Einarbeitung in den gesetzlichen Vorzugszins von Portugal oder Litauen.

VI. Entscheidungskriterien für eine Auswahl

Abschließend folgen einige Überlegungen zur Auswahl zwischen den mehreren Verfahrenswegen.

1. Vollstreckungsstaat

Ein Kriterium für den Gläubiger ist natürlich die Verwendbarkeit in dem Staat, in welchem wegen mutmaßlicher Vermögenswerte des Schuldners eine Vollstreckung versucht werden soll. Hier können sich Abweichungen in der Anwendbarkeit ergeben, insbesondere bezüglich Dänemark,⁷⁸ sowie im Hinblick auf das Vereinigte Königreich und Irland, die beide an der EU ErbVO nicht teilnehmen und in denen somit auch das Exequaturverfahren für „Erbsachen“ nicht eröffnet sein muss. Andererseits verlangt die Vollstreckbarkeitsbescheinigung keine Angabe zum avisierten Ort der Verwendung. Diese Überlegungen zum Teilnehmerstaat betreffen also nicht das Erteilungsorgan, sondern den Gläubiger und dessen Prozessbevollmächtigten.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Eindeutige Kriterien ergeben sich aus dem abschließenden sachlichen Anwendungsbereich von EUUntVO und EU-ErbVO. Wahlmöglichkeiten hin zu idealkonkurrierenden anderen Verfahren bestehen nicht.

3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Ein weiteres klares Kriterium ist die zeitliche Anwendbarkeit der Verordnungen. Aufgrund der fehlenden GesamtAbstimmung kann das nur für jede Verordnung im Einzelfall bestimmt werden. So gilt für die EU ErbVO der Stichtag des Erbfall, für die EU UntVO für HUP-gebundene Staaten die Verfahrenseinleitung bei streitigen Urteilen, für nicht HUP-gebundene Staaten hingegen das Datum der Entscheidung (Art. 75 Abs. 1, 2 EU UntVO), für die Brüssel-Ia-VO das Datum der Verfahrenseinleitung. Bei notariellen Urkunden zählt jeweils das Datum der Errichtung (Art. 75 Abs. 1 EU UntVO, Art. 66 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO). Deswegen bleibt beispielsweise die Brüssel-I-VO auch für ältere (vor dem 15.1.2015 errichtete) Titel derzeit noch von Bedeutung. Die Brüssel-Ia-VO tritt erst langsam in ihre volle praktische

⁷⁸ Dänemark nimmt unmittelbar an keiner der Verordnungen teil, hat aber aufgrund eines gesonderten Abkommens die Brüssel-Ia-VO für sich akzeptiert (ABI EU v. 10.7.2015, L.Nr. 182, 1) und damit den zur Brüssel-I-VO bestehenden Zustand fortgeschrieben.

Anwendung, wenn nämlich die vor dem 15.1.2015 eingeleiteten Verfahren abgearbeitet sind.⁷⁹

4. Leistungspflicht

Innerhalb der Idealkonkurrenz zwischen EuVTVO und Brüssel-Ia-VO⁸⁰ ergeben sich klare Kriterien für eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung nach Brüssel-Ia-VO aus dem Vorhandensein eines streitigen Urteils bzw. einer nicht auf Geldzahlung gerichteten Leistungspflicht. Beides kann nach der EuVTVO nicht zur Vollstreckung bescheinigt werden. Für nach dem 15.1.2015 errichtete notarielle Titel über eine Geldzahlung stehen beide Möglichkeiten offen. Meines Erachtens

⁷⁹ Pabst, a. a. O. (Fn. 17), Art. 27 EuVTVO Rdnr. 2.

⁸⁰ Pabst, a. a. O. (Fn. 17), Art. 27 EuVTVO Rdnr. 3 m. w. N., Rdnr. 9: beide Möglichkeiten können auch zeitlich parallel bestritten werden.

liegt eine leichte Präferenz auf der EuVTVO-Bescheinigung, weil bei ihr schon nach dem Verordnungswortlaut eine Übersetzung des Titels nie verlangt werden kann und zudem die Zinspflicht besser in das amtliche Muster eingefügt werden kann, sofern man sich für eine Umindexierung des Zinses entscheidet. Sollte eine Umbasierung des Zinses ausschließlich im Rahmen einer Titelanpassung erfolgen können, wird die Brüssel-Ia-VO-Bescheinigung künftig erste Wahl sein, weil die EuVTVO solches nicht zulässt.

5. Kosten

Bei den Kosten ergeben sich keine bedeutsamen Unterschiede. Bescheinigungen nach EUVTVO und Brüssel-Ia-VO werden nach GNotKG KV-Nr. 23804 beide jeweils mit 20 € Fixgebühr abgerechnet. Erstaunlicherweise gibt es die Bescheinigung für Unterhaltstitel gemäß GNotKG KV-Nr. 23807 mit 15 € noch billiger. Um 5 € komplexer ist die EuVTVO-Bescheinigung jedenfalls nicht.

BUCHBESPRECHUNGEN

Münch: Handbuch Familiensteuerrecht. Beck, 2015. 489 S., 99 €

Der Notar, der bereits seine familienrechtliche Praxis anhand der Standardwerke von *Christof Münch* bestreitet, wird womöglich von vornherein davon ausgehen, dass es sich bei dem nunmehr in 1. Auflage vorgelegten Werk „Handbuch Familiensteuerrecht“ um eine Fortsetzung handelt, die Notaren die steuermotivierte Gestaltung im Familienrecht nahebringt.

Dies ist an sich ein Irrtum, denn anders als „Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis“ oder „Ehebezogene Rechtsgeschäfte“ richtet sich dieses Werk nicht an Notare, sondern an Steuerberater. *Münch* geht davon aus, dass die Kommunikation zwischen steuerlichen und zivilrechtlichen Beratern dann erfolgversprechend ist, wenn beide Seiten die Sprache des jeweils anderen verstehen. Es ist also nicht damit getan, steuerliche Kenntnisse im notariellen Berufsstand zu verbreiten – ebenso müssen umgekehrt auch steuerliche Berater für zivilrechtliche Probleme und Notwendigkeiten sensibilisiert werden. Dieses Anliegen ist überaus berechtigt, erleben wir doch in der notariellen Praxis häufig Beteiligte, denen seitens anderer Berater Vorstellungen über einen abzuschließenden Ehevertrag „eingesimpft“ worden sind, die sich so – zum Beispiel wegen der Inhalts- und Ausübungskontrolle – gar nicht realisieren lassen. Hier setzt das Werk an und vermittelt einen Überblick über die grundlegenden zivilrechtlichen Fragen des Familienrechts. Dies betrifft die vermögensrechtlichen Aspekte des Eherechts (Teil 3) einschließlich Familienpoolgesellschaften (Teil 11) ebenso wie die Anforderungen an eine Scheidungsvereinbarung (Teil 4), das Recht der Minderjährigen (Teil 5), das Betreuungsrecht/Vorsorgevollmacht (Teil 10), Abstammungs- und Adoptionsfragen (Teil 6) sowie die Formen des Zusammenlebens in nichtehelicher Lebensgemeinschaft, Patchworkfamilie oder eingetragener Lebenspartnerschaft (Teile 7, 8 und 9).

Hat der (notarielle) Käufer des Werkes diese Zusammenhänge bemerkt, könnte er auf den Gedanken kommen, das Buch als Fehlinvestition zu verbuchen und dekorativ ins Regal zu stellen. Dies wäre in jedem Fall ein Fehler, denn vom Handbuch Familiensteuerrecht profitiert keineswegs nur der Steuerberater. Hierfür gibt es mehrere Gründe:

Zum einen ist anzumerken, dass die zivilrechtlichen Abschnitte des Werkes keineswegs nur lapidare Einführungen für Novizen sind, sondern auch für den zivilrechtlich vorbelasteten Leser von Interesse sein können. So kann man sich zum Beispiel auf den Seiten 174 ff. auf ca. zehn Seiten vergewissern, ob man in Sachen Unterhaltsrecht noch auf dem aktuellen Stand ist (hier hätten allerdings einige Berechnungsbei-

spiele gut getan) oder auf den Seiten 170 ff. eine Einführung in den Güterstand der Wahlzugewinnngemeinschaft erhalten.

Den Hauptnutzen aus dem Werk wird der notarielle Leser aber aus den Kapiteln ziehen, in denen *Münch* die Brücke zum Steuerrecht schlägt und steuerliche Zusammenhänge ebenso prägnant darstellt wie er interessante Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigt. Dies betrifft insbesondere den ca. 60 Seiten starken Abschnitt „Familie und Gestaltung“ in Teil 1 sowie die Kapitel „Steuerliche Themen rund um die Ehe“ (S. 224-250), „Schenkungssteuerliche Optimierung durch Eheverträge“ (S. 261 ff.), „Steuerliche Besonderheiten bei der Scheidung“ (S. 307 ff.) sowie „Nichteheliche Lebensgemeinschaft im Steuerrecht“ (S. 407 ff.).

Das Werk beschränkt sich dabei nicht auf steuerliche Bezüge, sondern bezieht auch erb- und pflichtteilsrechtliche Aspekte, gesellschaftsrechtliche Fragen sowie insolvenzrechtliche Rahmenbedingungen in die Betrachtung ein. Man findet beispielsweise den wertvollen Hinweis, dass mittels unterhaltsrechtlicher Taschengeldzahlungen im Laufe der Zeit unter Umständen erhebliche Vermögenswerte anfechtungsfest übertragen werden können (S. 18 f.) sowie fundierte Ausführungen zu den steuerlichen Folgen der Beendigung des Güterstandes (S. 22 ff.). Zu Recht versteht *Münch* die aktuelle Rechtsprechung des BFH dahingehend, dass die unentgeltliche Stundung einer Zugewinnausgleichsforderung eine schenkungssteuerpflichtige Zuwendung darstellt („Zins-schenkung“), damit aber zugleich dem Zugriff der Einkommensteuer entzogen ist (S. 26 f.). Die Ausführungen zum Wiesbadener Modell (S. 45 ff.) wären im Hinblick auf die jüngere Rechtsprechung des BGH in zivilrechtlicher Hinsicht sicher noch ausbaufähig (vgl. dazu *Kessler*, DStR 2015, 1189).

In vielen steuerlichen Detailfragen, die Notaren in der familienrechtlichen Praxis begegnen, erweist sich das Handbuch als eine ideale Quelle für die erste Orientierung. Dies gilt zum Beispiel für die immer wieder virulente Frage, welchem Ehegatten Steuererstattungsansprüche zustehen (S. 226 f.), oder für das Problem der Besteuerung von „Spekulationsgewinnen“ bei Scheidungsvereinbarungen (S. 312 ff.).

Dass dieses Werk angesichts der enormen thematischen Breite nicht alle Detailfragen in steuerlicher oder zivilrechtlicher Sicht abdecken kann, versteht sich von selbst. Es besticht aber durch die Praxisnähe und die gute Lesbarkeit der Ausführungen. Insofern kann es auch dem steuerlich interessierten Ziviljuristen (Notar, Fachanwalt für Familienrecht) uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden.

Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

Soutier: Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung (Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Band 43). Carl Heymanns, 2015. 370 S., 79 €

Die Umsetzung der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO) ist eine große Aufgabe für die (notarielle) Praxis. Zahlreiche Probleme werden sich erst in Jahren – ggf. nach Vorliegen von Entscheidungen des EuGH, der nach Art. 267 Abs. 2 AEUV über die einheitliche Auslegung der Verordnung wacht – endgültig lösen lassen. Ein sehr großer und wichtiger Beitrag zur Bewältigung der verschiedenen Zweifelsfälle stammt dabei erfreulicherweise von notarieller Seite. Hierfür ist auch die vorliegende Dissertation von *Soutier* zur Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung ein eindrucksvoller Nachweis.

Die Begriffe der Verordnung sind autonom auf der Grundlage eines europäischen Begriffsverständnisses auszulegen, also losgelöst von den nationalen Rechtsordnungen unter Berücksichtigung des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte, der Ziele und der Systematik des jeweiligen Rechtsaktes sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus der Gesamtheit der nationalen Rechtsordnungen ergeben. Die Kategorien des deutschen Rechts bilden dabei nur noch einen Teil dieser Gesamtheit. *Soutier* untersucht aus Sicht des deutschen Rechtsanwenders, ob und inwieweit die EuErbVO auf die deutsche Rechtsordnung einwirkt und welche Regelungen sich besonders auf die deutsche Rechtspraxis auswirken. Nahezu alle (derzeit) in diesem Zusammenhang bekannten Problemfelder werden dabei untersucht.

Nach einem Überblick über die Geschichte der EuErbVO behandelt *Soutier* zunächst die Auswirkungen des Wechsels vom Staatsangehörigkeitsprinzip in Art. 25 EGBGB a. F. zum Aufenthaltsprinzip in Art. 21 EuErbVO. Erhebliche Bedeutung werden die Anknüpfung des anwendbaren Erbrechts an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers sowie die Einführung einer Rechtswahlmöglichkeit durch Art. 22 EuErbVO haben. Die Arbeit beleuchtet weiter, welche Herausforderungen, aber auch Chancen und Gestaltungsmöglichkeiten hierdurch für Erblasser, Rechtsberater und Gerichte eintreten.

Die Arbeit widmet sich im Folgenden zahlreichen umstrittenen und komplex geregelten Fragen der EuErbVO, wie beispielsweise der Einordnung deutscher Erbverträge und gemeinschaftlicher Testamente. Uneingeschränkt zuzustimmen ist *Soutier* in der Feststellung, dass durch die Regelung in Art. 25 EuErbVO Erbverträge im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr (endlich) an Rechtssicherheit gewinnen. Sehr gelungen ist die ausführliche Untersuchung der Behandlung gemeinschaftlicher Testamente. *Soutier* gelangt hier zu dem (meines Erachtens zutreffenden) Ergebnis, dass deutsche gemeinschaftliche Testamente mit wechselbezüglichen Verfügungen unter den Erbvertragsbegriff des Art. 25 EuErbVO fallen. Mit einer im Vordringen befindlichen Auffassung ist er ferner der Meinung, dass die bisher unter Geltung von Art. 25, 26 EGBGB a. F. vorzunehmende Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Verboten gemeinschaftlicher Testamente unter Geltung der EuErbVO hinfällig ist.

Ungelöst und (auch innerhalb des notariellen Schrifttums) äußerst umstritten ist bisher, ob ein nach dem Errichtungssta-

tut wirksam geschlossener, nach dem tatsächlich im Todesfall anwendbaren Erbstatut aber verbotener oder unbekannter Erb- und Pflichtteilsverzicht ins Leere geht oder seine von den Beteiligten im Abschlusszeitpunkt vorgesehenen Wirkungen entfaltet. *Soutier* kommt hier zu letzterem, aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswerten – nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen aber leider nicht ohne Weiteres auf der Hand liegenden – Ergebnis. Die Frage ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn es durch einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers nach Abschluss des Verzichtsvertrages zu einem Statutenwechsel kommt.

Art. 35 EuErbVO enthält den verordnungsblichen *ordre-public*-Vorbehalt. Der Entwurf der Verordnung vom 14.10.2009 enthielt in Art. 35 Abs. 2 noch eine ausdrückliche Regelung, wonach eine ausländische, von der innerstaatlichen Regelung abweichende Pflichtteilsgestaltung allein keinen *ordre-public*-Verstoß darstellt. Zutreffend führt *Soutier* aus, dass aus der Streichung dieser Bestimmung nicht geschlossen werden kann, dass jede ausländische, abweichende Pflichtteilsregelung gegen den inländischen *ordre public* verstößt. Anders mag dies sein, wenn ein Recht zur Anwendung kommt, das gar kein Pflichtteilsrecht und auch keinen Ausgleich dieses Defizits durch andere Versorgungsansprüche zugunsten der nächsten Angehörigen kennt.

Bei der Abgrenzung des Erbstatuts von anderen Statuten darf das bereits als geradezu „klassisches“ Problem geltende Verhältnis zum Sachenrechtsstatut nicht fehlen. Hier folgt *Soutier* mit uneingeschränkt überzeugenden Begründungen dem gerade in der notariellen Literatur nahezu einhellig vertretenen Grundsatz „Immobilienstatut vor Erbstatut vor beweglichem Sachenrecht“.

Im letzten Teil behandelt *Soutier* das Verhältnis zwischen Europäischem Nachlasszeugnis (ENZ) und deutschem Erbschein. Große Probleme entstehen, wenn es durch das mögliche Nebeneinander von Erbschein und ENZ zu sich widersprechenden Erbnachweisen kommt, was etwa wegen der Vorrangigkeit von Staatsverträgen, unterschiedlicher Anknüpfung von Vorfragen oder bei unterschiedlicher Rechtsanwendung – z. B. unterschiedlicher Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts – durchaus der Fall sein kann. Da beide Nachlasszeugnisse gleichwertig sind und ein Rangverhältnis nicht gegeben ist, dürften – wie auch *Soutier* ausführt – in derartigen Fällen für beide Zeugnisse die Vermutungswirkungen und der Gutgläubensschutz entfallen.

Der Titel der Arbeit von *Soutier* täuscht etwas über deren tatsächlichen, viel umfassenderen Inhalt hinweg. Einige wichtige Aspekte konnten zwar wegen des Erscheinungszeitpunkts des Werks leider nicht mehr berücksichtigt werden, dies gilt etwa für die lange sehr kontrovers diskutierte Frage der möglichen Bindungswirkung von Rechtswahlen in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten, die nunmehr in § 2278 Abs. 2, § 2270 Abs. 3 BGB ausdrücklich geregelt ist. Dies soll jedoch nicht als Kritik verstanden werden. Insgesamt verbindet *Soutier* die dogmatische Tiefe eines wissenschaftlichen Werkes mit konkreten für die (notarielle) Praxis tauglichen Handlungsempfehlungen. Das Buch ist daher allen mit der Anwendung der EuErbVO im Berufsalltag befassten Praktikern uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar Dr. Christoph Döbereiner, München

Wachter (Hrsg.): Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts. 3. Aufl., ZAP, 2015. 3892 S., 218 €

Das Werk ist den Lesern unter dem bisherigen Titel „Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht“ bekannt. Es erscheint nach vier Jahren nunmehr in 3. Auflage im ZAP Verlag unter neuer Bezeichnung vollständig überarbeitet und erweitert auf dem Stand von Rechtsprechung und Gesetzgebung Anfang 2014. Ziel des Herausgebers war es, das Werk in seinem enormen Umfang einbändig zu halten, weshalb man sich zum Einsatz von so dünnem Papier entschied, das auf der Rückseite gedruckte Text stark durchscheint. In Kombination mit der gewählten geringen Schriftgröße macht das Lesen des Buches nicht wirklich Vergnügen.

Inhaltlich wird das Werk jedoch seinem selbst gesteckten Ziel, eine praxisorientierte Darstellung sämtlicher Bereiche des Handels- und Gesellschaftsrechts zu liefern, in ausgezeichneter Weise gerecht. Das Kompendium wendet sich dabei an Rechtsanwältinnen/-en, die täglich mit handels- und gesellschaftsrechtlichen Fragen beschäftigt sind oder die sich auf die Prüfung für den Fachanwaltstitel vorbereiten möchten sowie an die Notare/-innen. Alle seit Erscheinen der Voraufgabe in Kraft getretenen Gesetze einschließlich GNotKG wurden bereits berücksichtigt.

Die Gliederung in die drei Teile „Handelsrecht“, „Gesellschaftsrecht“ und „Berufsrechtliche Aspekte – Der Fachanwaltstitel“ erleichtert den Einstieg in das Werk. Der Fachanwaltsteil ist naturgemäß für die Leserschaft unter den Notaren nicht relevant, fällt aber mit ca. 250 Seiten nicht derart ins Gewicht, dass er gegen eine Anschaffung des Buchs sprechen könnte. Den einzelnen Kapiteln sind dann jeweils Inhaltsübersichten vorangestellt, um die gesuchten Stellen schnell auffindbar zu machen. Für den Praktiker besonders wichtig ist die Verknüpfung des Textteils mit den zur Verfügung gestellten Mustertexten. Hierfür gibt es im Buch nach dem Inhaltsverzeichnis eine Auflistung der „Muster und Formulierungsbeispiele“. Es enthält mehr als 500 Formulierungsbeispiele, häufig ergänzt um verschiedene Varianten. Zudem ist dem Werk eine CD beigelegt, von der alle Muster abgerufen werden können. Die Verwendung von Checklisten, Tabellen und Übersichtselementen kommt den Bedürfnissen der

Beratungs- und Kautelarpraxis besonders entgegen. Es finden sich auch viele Bezüge ins Steuerrecht sowie in das Zivilprozessrecht und das Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Besonders erwähnenswert ist in steuerrechtlicher Hinsicht, dass das Buch ein Kapitel zum Thema Betriebsaufspaltungen enthält, welches die Thematik in umfassender Weise darstellt und das Problembewusstsein des Gestalters schärft. Das kann helfen, den Eintritt einer sog. „unechten Betriebsaufspaltung“, die oft aus Unkenntnis gebildet wird, zu verhindern und so Haftungsgefahren für den Berater oder eine Beeinträchtigung des Mandatsverhältnisses zu vermeiden.

Es ist im Rahmen dieser Besprechung aus Raumgründen nicht möglich, sich vollständig mit dem Inhalt des Werks auseinanderzusetzen. Es sei nur so viel gesagt, dass im Teil „Handelsrecht“ die Einzeldarstellungen des Kaufmannsbegriffs, des Handelsregisters, des Firmenrechts, der Prokura und der Handlungsvollmacht besonders notarrelevant sind. Im zweiten Teil „Gesellschaftsrecht“ finden sich neben einer umfassenden Darstellung des Rechts der Personengesellschaft (einschließlich EWIV) und der Kapitalgesellschaft (einschließlich SE) auch vorzügliche Kapitel zur Stimmrechtsbindung, Poolverträgen im Familienverbund, Stiftungen und Unternehmen. Dargestellt wird auch das Recht der mittelbaren Gesellschaftsbeteiligungen (Stille Gesellschaft, Unterbeteiligung, Treuhandvertrag), des Unternehmenskaufs, des Konzernrechts, der Unternehmensumstrukturierungen (hier insbesondere Umwandlungsrecht), der Nachfolge in Gesellschaftsbeteiligungen, der Joint Ventures, der Schiedsgerichtsbarkeit und des Mitbestimmungs- und Arbeitsrechts sowie des Insolvenzrechts.

Wünschenswert wäre bei diesem Umfang nur eine umfassende Überarbeitung des Stichwortverzeichnisses, das es dem Leser an manchen Stellen nicht gerade einfach macht, das Gewünschte zu finden. Kleine Mängel wie dieser stehen jedoch einer im Übrigen hervorragenden Bewertung des Werks nicht entgegen. Die Anschaffung kann daher jedem empfohlen werden, der häufig mit handelsregister- oder gesellschaftsrechtlichen Fragen befasst ist.

Notar Dr. *Thomas Kilian*, Aichach

Grziwotz/Heinemann (Hrsg.): Beurkundungsgesetz. 2. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 740 S., 99 € inkl. Online-Ausgabe

Rund drei Jahre nach der Erstauflage erschien Ende 2014 die Zweitaufgabe des Kommentars zum BeurkG der Notare *Herbert Grziwotz* und *Jörn Heinemann*. Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur wurden bis zu diesem Zeitpunkt eingearbeitet. Der *Grziwotz/Heinemann* ist damit – nach dem 2015 in der 7. Auflage erschienenen Werk von *Armbrüster/Preuß/Renner* – der aktuellste gedruckte Kommentar zum BeurkG. Mit nunmehr 740 Seiten hat das Volumen des Werks gegenüber der Vorauflage um rund zehn Prozent zugenommen. Geschuldet ist dies unter anderem der Einarbeitung des Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.6.2013 (BGBl I, S. 1800), des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren vom 15.7.2013 (BGBl I, S. 2378) sowie des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes vom 23.7.2013 (BGBl I, S. 2586).

Dass die Autoren besonderen Wert auf die Verbraucherschützende Funktion der Notare legen, machen sie bereits in ihrem Vorwort deutlich und findet sich auch in der Kommentierung wieder. In der Neuauflage hinzugekommen ist hierzu etwa die Würdigung des Verhandlungsbegriffs (§ 8 Rdnr. 11). Freilich dürfen die Anforderungen an den Notar nicht überspannt werden (vgl. zum Beispiel die neuen Hinweise in § 17 Rdnr. 29 a. E. zur Frage der Zustimmungsbefähigung einer Grundschuldbestellung nach § 1365 BGB bzw. § 6 Satz 2 LPartG). Die Einarbeitung des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren sowie der aktuellen Entscheidungen zu § 17 Abs. 2a BeurkG haben zu umfangreichen Änderungen und Erweiterungen der Kommentierung zu § 17 geführt. So wurden die Ausführungen zu § 17 Abs. 2a Nr. 2 Satz 1 Hs. 2 BeurkG (Zurverfügungstellung des beabsichtigten Textes des Rechtsgeschäfts durch den beurkundenden Notar oder einen Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat) auf die neue Gesetzeslage angepasst und die Kommentierung zu § 17 Abs. 2a Nr. 2 Satz 2 BeurkG (Sachgründe,

die das Unterschreiten der Zweiwochenfrist rechtfertigen können) auf den aktuellen Stand der Diskussion gebracht (§ 17 Rdnr. 80-86) sowie die Belehrungsanforderungen ergänzt (§ 17 Rdnr. 117 f.).

Komplett neu ist die Kommentierung zur Zustellung von Erklärungen, wozu nach § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO auch Notare zuständig sind (§ 43 Rdnr. 20-29). Auch das Inkrafttreten der EuErbVO zum 17.8.2015 hat sich in der Kommentierung niedergeschlagen (zum Beispiel § 28 Rdnr. 25; § 56 Rdnr. 2, 9 f.). In der Neuauflage wurden ferner – soweit nicht bereits vorhanden – Randnummern eingefügt bzw. ergänzt, die die Konsequenzen von Verstößen gegen die entsprechenden Vorschriften des BeurkG behandeln (zum Beispiel § 28 Rdnr. 31; § 51 Rdnr. 54 f.). Das Gleiche gilt für Kostenhinweise (zum Beispiel § 34 Rdnr. 45; § 50 Rdnr. 19 f.). Die bewährte Verbindung praxisrelevanter Kommentierung mit gestaltenden Hinweisen wurde in der 2. Auflage beibehalten. Die Hinweise (zum Beispiel § 51 Rdnr. 19, 29) und Formulierungsmuster (zum Beispiel § 42 Rdnr. 35, 37) wurden erweitert. Weitere Änderungen bzw. Ergänzungen finden sich unter anderem in § 2 Rdnr. 11 (Urkundsakte eines deutschen Notars im Ausland), § 2 Rdnr. 17 (Auslandsbeurkundungen), § 10 Rdnr. 5 f. (Bezeichnung der Beteiligten), § 34a Rdnr. 14 (Hinweis- und Vermerkplichten), § 38 Rdnr. 4 ff. (Abnahme von

Eiden), § 42 Rdnr. 47 (Beweiskraft des Beglaubigungsvermerks), § 44 Rdnr. 6 (keine Analogiefähigkeit des § 44), § 44 Rdnr. 14-16 (Beschädigung der Verbindung) und § 53 Rdnr. 18, 22 (Vollzugsfragen).

Für den Notar, dessen Arbeitsabläufe durch die Bestimmungen im BeurkG vorgegeben werden, ist eine praxisrelevante Kommentierung derselben unerlässlich. Wie die Autoren in ihrem Vorwort schreiben, soll der Kommentar aber auch den Gerichten, Rechtsanwälten und Aufsichtsbehörden helfen, sich im ungeliebten Terrain der Formvorschriften für die notarielle Tätigkeit zurechtzufinden. Hierfür bietet das Werk eine kompakte Lösung, ohne dass es Inhalte vermissen lässt. Besonders hervorzuheben sind die bereits erwähnten zahlreichen (Praxis-)Hinweise und Formulierungsmuster. Angesichts des recht kleinen Kreises an Kommentaren zum BeurkG dürften im Berufsrecht der Notare tätige Juristen um eine Anschaffung des *Grziwotz/Heinemann* nicht herumkommen – in der Bibliothek des Notars sollte aufgrund der Voraufgabe ohnehin ein Platz reserviert sein. Wegen seines angenehmen Formats und seiner praxistauglichen Ausrichtung bietet sich der *Grziwotz/Heinemann* aber auch uneingeschränkt als „Eingangswerk“ an.

Notarassessor Dr. *Stephan Serr*, Würzburg

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 1090; GBO § 19 (*Eintragung einer Dienstbarkeit zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft zulasten eines Wohnungseigentums*)

Auf Antrag und Bewilligung eines Eigentümers kann zulasten seines Wohnungseigentums im Wohnungsgrundbuch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft eingetragen werden, die sie berechtigt, eine Übergabestation für den Anschluss an das Fernwärmenetz zu errichten, zu haben und dauernd zu belassen.

KG, Beschluss vom 29.9.2015, 1 W 10-12/15; mitgeteilt von *Ronny Müller*, Richter am KG

Zum Sondereigentum der im Beschlusseingang näher bezeichneten Wohnungseigentumsrechte gehört jeweils ein Abstellraum. Die Beteiligte zu 1 bewilligte und beantragte die Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit in den Wohnungsgrundbüchern zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft. Diese soll befugt sein, in den drei Abstellräumen eine Übergabestation für den Anschluss an das Fernwärmenetz sowie alle hierzu erforderlichen Anlagen und Einrichtungen zu errichten, zu haben und dauernd zu belassen. (...) Unter Hinweis auf § 18 GBO und Bestimmung einer Frist von einem Monat hat das Grundbuchamt mit Verfügung vom 8.1.2015 darauf hingewiesen, dass (...) die Wohnungseigentümergeinschaft nicht Berechtigte einer Dienstbarkeit sein könne. Vielmehr sei jeweils eine Grunddienstbarkeit zugunsten der jeweiligen Eigentümer aller nicht betroffenen Wohnungsgrundbuchblätter zu bewilligen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und begründet.

(...)

2. Darüber hinaus bestehen die in der Zwischenverfügung aufgeführten Eintragungshindernisse auch nicht.

(...)

b) Die – nicht näher belegte – Auffassung des Grundbuchamts, die Wohnungseigentümergeinschaft könne nicht Berechtigte einer – hier beschränkt persönlichen – Dienstbarkeit sein, teilt der Senat nicht.

aa) Eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit, § 1090 BGB, ist auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, im Grundbuch einzutragen, wenn sie derjenige, dessen Recht betroffen wird, bewilligt, § 19 GBO. Antrag und Bewilligung der Beteiligten zu 1 liegen vor. Sie ist als Eigentümerin der Wohnungseigentumsrechte von der beantragten Eintragung auch unmittelbar betroffen.

§ 19 GBO bringt das im Grundbuchverfahren grundsätzlich geltende formelle Konsensprinzip zum Ausdruck (*Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 1). In diesem Rahmen wird das Grundbuchamt von der Prüfung der regelmäßig zur Begründung dinglicher Rechte erforderlichen materiellrechtlichen Erklärungen, vgl. § 873 Abs. 1 BGB, befreit (*Kössinger in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 38). Diese müssen dem Grundbuchamt folglich nicht nachgewiesen werden. Die Prüfung des Grundbuchamts beschränkt sich darauf, ob die Eintragungsvoraus-

setzungen in grundbuchmäßiger Form, vgl. § 29 GBO, nachgewiesen sind (*Demharter*, a. a. O., Anh. zu § 13 Rdnr. 41).

bb) Voraussetzung der Eintragung eines hierdurch Begünstigten ist allerdings dessen Rechtsfähigkeit. Denn nur wer rechtsfähig ist, kann überhaupt Rechte erwerben und infolgedessen im Grundbuch eingetragen werden (vgl. BGH, NJW 2009, 594, 595 zur Grundbuchfähigkeit der teilrechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts).

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte erwerben und Pflichten eingehen. Sie ist Inhaberin der als Gemeinschaft gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Rechte und Pflichten, § 10 Abs. 6 Satz 1 und 2 WEG (BGH, NJW 2005, 2061). Insoweit kann die Wohnungseigentümergeinschaft als solche als Inhaberin in ihrer Person begründeter Rechte im Grundbuch eingetragen werden (BGH, a. a. O., 2065; OLG München, FGPrax 2010, 120).

Grundsätzlich besteht danach kein Anlass zu zweifeln, dass die Wohnungseigentümergeinschaft nicht auch Berechtigte einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sein kann (*Grzizowicz in Erman*, BGB, 10. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 4; *Dötsch in Timme*, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 466; *Böhringer*, NotBZ 2008, 179, 184; *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 338; *Rapp*, MittBayNot 2005, 449; DNotI-Gutachten vom 15.11.2013, Nr. 129175).

cc) Im Rahmen des formellen Konsensprinzips muss die Rechtsfähigkeit des von einer Eintragung Begünstigten dem Grundbuchamt nicht förmlich nachgewiesen werden. Ausreichend ist, dass nach dem Inhalt der Bewilligung die abstrakte Möglichkeit einer Rechtsfähigkeit des Begünstigten denkbar erscheint (*Böhringer in Meikel*, GBO, 11. Aufl., § 19 Rdnr. 165; *Kössinger*, a. a. O., § 19 Rdnr. 74; *Böhringer*, a. a. O., 185). Das aber ist vorliegend der Fall.

Die zur Eintragung beantragte beschränkt persönliche Dienstbarkeit soll die Wohnungseigentümergeinschaft berechtigen, in den drei Abstellräumen eine Übergabestation für den Anschluss an das Fernwärmenetz zu errichten, zu haben und dauernd zu belassen. Insoweit kann es sich ohne Weiteres um einen Gegenstand handeln, der dem Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft zuzuordnen ist (vgl. OLG Hamm, MittBayNot 2010, 470, 471; *Suilmann in Jennifsen*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 21 Rdnr. 101; *Hügel* in BeckOK-BGB, Stand August 2015, § 10 Rdnr. 44) und in dessen Zusammenhang sie – volle (vgl. *Böttcher*, a. a. O., Einl. C Rdnr. 60) – Rechtsfähigkeit besitzt.

2. BGB §§ 93, 94; WEG § 1 Abs. 4, §§ 3, 8 (*Begründung von Wohnungseigentum bei überhängendem Überbau*)

Ein sog. überhängender Überbau hindert die Begründung von Wohnungseigentum nicht.

KG, Beschluss vom 23.7.2015, 1 W 759/15

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1

Alt. 2 GBO veranlasst. Das aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht. Denn ein Überbau durch Erker (hier ab dem 2. Obergeschoss) steht der Begründung von Wohnungseigentum nach §§ 3, 8 WEG in keinem Fall entgegen.

Die Grenzüberschreitung des betroffenen Gebäudes hindert die Einbeziehung des übergebauten Gebäudeteils nicht, wenn der Überbau wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks ist. Dann bilden das Grundstück und das gesamte Gebäude eigentumsrechtlich eine Einheit, was für die Begründung von Wohnungseigentum genügt; ein Verstoß gegen § 1 Abs. 4 WEG liegt mangels Erfassung des Eigentums am Nachbargrundstück nicht vor (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., Anh. § 3 Rdnr. 7; Rpfleger 1983, 133, 134). Bei einem sog. überhängenden Überbau, etwa durch Erker oder Balkone, ist dessen rechtliche Zuordnung zum Stammgrundstück unabhängig davon gegeben, ob der Grenzüberbau rechtmäßig oder entschuldigt ist (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.10.2012, 14 Wx 7/11, juris; LG Bautzen, NJW-RR 2001, 591; *Erman/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl., § 1 WEG Rdnr. 12; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2817 a. E.; DNotI-Report 2002, 9, 10; *Tersteegen*, RNotZ 2006, 433, 454). Hier besteht kein Widerspruch zwischen dem Grundsatz der Gebäudeeinheit (§§ 93, 94 Abs. 2 BGB) und dem Grundsatz der Bodenakzession (§ 94 Abs. 1 Satz 1, § 946 BGB). Ragen Teile eines Gebäudes nur in den Luftraum über dem Nachbargrundstück hinein, besteht keine Bodenverbindung mit diesem Grundstück im Sinne von § 94 Abs. 1 BGB; auch der vorspringende Teil gehört gemäß § 94 BGB dem Eigentümer des Stammgrundstücks, von dem aus der Bau errichtet ist. Für diese Zuordnung ist es unerheblich, ob eine Duldungspflicht nach § 912 Abs. 1 BGB besteht. Das übersieht die vom Grundbuchamt herangezogene Entscheidung des LG Leipzig (NZM 2000, 393).

3. FamFG § 38 Abs. 3 Satz 3; BGB § 104 Nr. 2, § 105 Abs. 1, § 1896 Abs. 1 lit. a und Abs. 3; GBO § 18 Abs. 1 Satz 1, § 19 (*Selbständige Prüfung der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden durch Grundbuchamt*)

1. **Das Grundbuchamt hat die Geschäftsfähigkeit eines Vollmachtgebers eigenständig zu prüfen.**
2. **Nach Aufhebung einer Betreuung ist von der vollen Geschäftsfähigkeit der vormaligen Betreuten auszugehen, es sei denn, diese zeigt akute Symptome einer Geisteskrankheit.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Hamm, Beschluss vom 5.11.2014, 15 W 452/14

Aus den Gründen:

II.

Die namens der Beteiligten (§ 15 GBO) vom Notar eingelegte Beschwerde ist nach den §§ 71 ff. GBO zulässig und begründet. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben.

Nach § 19 GBO hat das Grundbuchamt bei der Eintragung aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht deren Wirksamkeit zu prüfen. Hierzu gehört daher auch die Prüfung, ob die Beteiligte zu 1 bei der Vollmachtserteilung ihres Sohnes am 5.5.2014 geschäftsfähig war (§ 104 Nr. 2, § 105 Abs. 1 BGB).

Die Geschäftsfähigkeit der Erklärenden hat das Grundbuchamt selbständig zu prüfen, ohne an die Beurteilung der Ge-

schäftsfähigkeit durch den beurkundenden Notar gebunden zu sein (BayObLGZ 1989, 111 ff. = MDR 1989, 748 = NJW-RR 1989, 910 f.; *Knothe in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 40; *Herrmann in Knothe/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 18 GBO Rdnr. 11). Dabei kann das Grundbuchamt von dem Erfahrungssatz ausgehen, dass die Geschäftsfähigkeit die Regel und die Geschäftsunfähigkeit die Ausnahme ist (BayObLG, a. a. O.; OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, 450 ff.; *Knothe*, a. a. O.). Bestehen aber ernsthafte Zweifel an der Geschäftsfähigkeit, die sich auch aus Vorgängen außerhalb der vorgelegten Eintragungsunterlagen ergeben können, liegt ein Eintragungshindernis im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO vor; die Zweifel müssen dann von dem Antragsteller so weit zerstreut werden, dass wieder von dem Grundsatz der Geschäftsfähigkeit ausgegangen werden kann (BayObLG, a. a. O.; OLG Frankfurt, a. a. O.; *Knothe*, a. a. O.; *Herrmann*, a. a. O.; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 18 Rdnr. 3).

Im vorliegenden Fall bestehen keine durchgreifenden Zweifel daran, dass die Beteiligte zu 1 im Zeitpunkt der notariell beurkundeten Vollmachtserklärung vom 5.5.2014 geschäftsfähig war. Das AG Hagen hatte in dem für die Beteiligte zu 1 geführten Betreuungsverfahren ein Gutachten des Arztes für Neurologie und Psychiatrie sowie Psychotherapie Dr. G vom 15.4.2014 eingeholt. Nach den Ausführungen des Gutachters, der die Beteiligte am 9.4.2014 untersucht hat, lässt sich nicht feststellen, dass diese zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung kognitiv so eingeschränkt gewesen war, um daraus eine Aufhebung des freien Willens des Beteiligten zu 1 ableiten zu müssen. In diesem zeitnah zu dem vorliegenden notariellen Vertrag erstellten Gutachten hat der Sachverständige ausgeführt, die Beteiligte zu 1 leide an einer chronifizierten paranoid-halluzinatorischen Psychose, wobei derzeit – und offensichtlich seit Jahren – kein Hinweis für eine akute Symptomatik bestehe. Insgesamt sei sie teilweise nicht in der Lage, die sie betreffenden Angelegenheiten zu regeln, wie u. a. finanzielle Angelegenheiten, Wohnungsangelegenheiten und Erbangelegenheiten. Hierzu hat der Sachverständige auf S. 11 seines Gutachtens aber darauf hingewiesen, dass die Beteiligte zu 1 selbst wisse, dass sie mit der Erbangelegenheit nach ihrem Bruder, die auch Gegenstand des notariellen Vertrages vom 16.6.2014 ist, überfordert sei und deshalb einen Rechtsanwalt beauftragt habe. Nach Einschätzung des Sachverständigen ist die Urteils- und Kritikfähigkeit zwar vermindert, aber nicht aufgehoben. Die Voraussetzungen für eine Betreuerbestellung gegen den Willen der Beteiligten zu 1 lägen nicht vor. Damit hat er § 1896 Abs. 1a BGB aufgegriffen, wonach gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden darf. Die Freiheit des Willens im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB bezieht sich zwar nicht auf die Geschäftsfähigkeit im Sinne des § 104 BGB, jedoch sind beide Bestimmungen im Kern deckungsgleich (vgl. BGH, FamRZ 2011, 630).

Der vom Grundbuchamt herangezogene Begriff der partiellen Geschäftsunfähigkeit kann hier nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Denn dieser Begriff beschränkt sich auf einen Ausschluss der freien Willensbestimmung, der auf einen bestimmten gegenständlich abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten begrenzt ist (BGH, NJW 1970, 1680). Wenn das Grundbuchamt die partielle Geschäftsunfähigkeit auf alle Angelegenheiten außerhalb von Alltagsgeschäften beziehen will, handelt es sich in Wahrheit nicht um eine solche gegenständliche Abgrenzung, sondern im Kern um die Annahme einer sog. relativen Geschäftsunfähigkeit für besonders schwierige Geschäfte, deren Anerkennung jedoch in der ständigen Rechtsprechung abgelehnt wird (vgl. etwa BGH,

a. a. O.). Für die Bejahung der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu 1 reicht es vielmehr aus, dass sie weiß, dass sie mit der Verwaltung der ihr angefallenen Erbschaft nach ihrem Bruder überfordert ist, und sie in der Lage ist, einer oder mehreren Personen ihres Vertrauens eine Vollmacht zur Regelung dieser Angelegenheiten zu erteilen. Wie sich im Rückschluss aus § 1896 Abs. 3 BGB ergibt, hängt die Wirksamkeit einer solchen Vollmachterteilung nicht davon ab, dass die Beteiligte zu 1 in der Lage ist, den oder die Bevollmächtigten in der Wahrnehmung der ihnen übertragenen Angelegenheiten substantiell zu überwachen.

Angesichts der zeitnahen ärztlichen Beurteilung bestehen keine objektivierbaren konkreten Anhaltspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit der Beteiligten zu 1 zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Bevollmächtigung ihres Sohnes. Dies hat in dem Betreuungsverfahren auch der Amtsrichter so gesehen aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen und der persönlichen Anhörung der Beteiligten zu 1 vom 21.2.2012 und daher die Betreuung aufgehoben. Eine abweichende Beurteilung würde im praktischen Ergebnis zum Ausschluss der Personen vom Rechtsverkehr führen, für die jemals ein Betreuer in der Vergangenheit bestellt worden war oder in der Gegenwart bestellt werden kann oder muss, und zwar entgegen dem der Regelung der § 104 Nr. 2, § 105 BGB zugrundeliegenden Erfahrungssatz.

Anmerkung:

In der Entscheidung geht es darum, ob das Grundbuchamt die Geschäftsfähigkeit eines Vollmachtgebers eigenständig prüfen darf und von dessen voller Geschäftsfähigkeit nach Aufhebung einer Betreuung ausgehen muss. Das OLG Hamm hat beide Fragen im Einklang mit Rechtsprechung¹ und Literatur² bejaht.

Dass die besprochene Entscheidung richtig ist, ergibt sich aus dem das Eintragungsverfahren der §§ 13 ff. GBO beherrschenden Zusammenspiel des grundbuchrechtlichen Legalitätsprinzips mit dem formellen Konsensprinzip. Weil das Legalitätsprinzip gegenüber dem formellen Konsensprinzip keinen Vorrang hat, ist grundsätzlich nur die Bewilligung auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen, nicht aber die dingliche Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB. Jedoch ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip auch die Pflicht des Grundbuchamts, das Grundbuch im Einklang mit der materiellen Rechtslage zu halten und nicht „sehenden Auges“ unrichtig zu machen.³ Eine Eintragung, die zur Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 894 BGB) führen würde, darf das Grundbuchamt demnach nicht vornehmen.⁴ Ausreichend sind bereits ernsthafte Zweifel an dem Vorliegen einer Eintragungsvoraussetzung,⁵ selbst wenn das Grundbuchamt diese aus Umständen außerhalb des Eintragungsverfahrens gewinnt.⁶

Die Geschäftsfähigkeit des Bewilligenden bzw. hier des Vollmachtgebers⁷ ist Voraussetzung für seine Verfahrensfähigkeit. Fehlt diese, ist die Eintragung materiell unrichtig. Von dem

Fehlen der Geschäftsfähigkeit ist allerdings im Regelfall nicht auszugehen; vielmehr hat der Senat zutreffend festgestellt, dass im Grundbuchrecht ein Erfahrungssatz gilt, nach dem die Geschäftsfähigkeit die Regel und die Geschäftsunfähigkeit die Ausnahme ist.⁸ Dieser Erfahrungssatz entbindet das Grundbuchamt jedoch nicht von einer eigenständigen Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen; es hat diese Prüfung nach dem Legalitätsprinzip zwingend vorzunehmen und darf sich nicht etwa darauf verlassen, dass der beurkundende Notar die Geschäftsfähigkeit nach § 11 Abs. 1 BeurkG ebenfalls zu prüfen hat.⁹

Das Grundbuchamt wird sich naturgemäß schwer damit tun, die von dem Notar bejahte Geschäftsfähigkeit in Zweifel zu ziehen. Andererseits wird sich das Grundbuchamt kaum über ernsthafte Zweifel hinsichtlich des Fehlens der Geschäftsfähigkeit hinwegsetzen können, die der Notar gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG in seiner Niederschrift festgehalten hat. Nur der Notar konnte sich einen persönlichen Eindruck von dem Beteiligten machen, so dass die in seiner Niederschrift enthaltenen Wahrnehmungen besondere Bedeutung für die Beurteilung des Grundbuchamts haben. Dass dies bei Unterschriftsbeglaubigungen nach § 40 BeurkG anders ist, hat seinen guten Sinn und es kann nicht davon ausgegangen werden, dass hierdurch dem Missbrauch durch unerkannt Geschäftsunfähige Vorschub geleistet werde.¹⁰

Ernsthaften Zweifeln des Grundbuchamts an der Geschäftsfähigkeit des Beteiligten – etwa aufgrund seines Aufenthalts in einer Heil- oder Pflegeanstalt¹¹ – wird dadurch Rechnung getragen, dass der Eintragungsantrag noch nicht vollzogen, sondern eine Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO erlassen wird, in der dem Antragsteller die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses aufzugeben ist. Dieses Zeugnis – beispielsweise ein nervenärztliches Gutachten – bedarf nicht der Form des § 29 GBO und dient auch nicht dazu, gegenüber dem Grundbuchamt den vollen Nachweis der Geschäftsfähigkeit zu führen. Vielmehr genügt es, durch das ärztliche Zeugnis die ernsthaften Zweifel so weit zu zerstreuen, dass das Grundbuchamt wieder von dem eingangs erwähnten Erfahrungssatz der Geschäftsfähigkeit ausgehen kann.¹²

Alleine der Umstand, dass für einen Beteiligten früher einmal eine Betreuung bestanden hat, kann ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht zur Annahme ernsthafter Zweifel an dessen Geschäftsfähigkeit führen. Dass andernfalls die Gefahr eines weitgehenden Ausschlusses dieses Personenkreises vom Rechtsverkehr bestünde, hat auch das OLG Hamm so gesehen. Es mag sein, dass in solchen Fällen ein gewisses Risiko für die Herbeiführung unrichtiger Eintragungen besteht. Jedoch dürfte dieses Risiko nicht allzu hoch sein, weil das AG die Betreuung ansonsten nicht aufgehoben hätte und derartige Entscheidungen normalerweise nicht ohne Hinzuziehung von Sachverständigen erfolgen.

Absolute Sicherheit über das Bestehen der Geschäftsfähigkeit kann zudem im Grundbuchverkehr nicht gefordert werden.¹³ Dies ist trotz der Geltung des Legalitätsprinzips eine Konsequenz des formellen Konsensprinzips, das im Interesse einer Erleichterung des Rechtsverkehrs von der Prüfung des materiellen Rechtsgeschäfts absieht und sich auf die der Grund-

¹ BayObLG, Beschluss vom 5.4.1989, 2 ZBR 33/89, MDR 1989, 748 = Rpfleger 1989, 396 (LS).

² *Bauer/v. Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 40; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 18 Rdnr. 3; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 7.

³ BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand 9/2015, § 19 Rdnr. 13 m. w. N.

⁴ BGH, Beschluss vom 28.4.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 140.

⁵ *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 3.

⁶ BeckOK-GBO/*Holzer*, § 19 Rdnr. 14.

⁷ Dazu *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 102 ff.; BeckOK-GBO/*Holzer*, § 19 Rdnr. 99.

⁸ *Bauer/v. Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 40.

⁹ BayObLG, Beschluss vom 5.4.1989, 2 ZBR 33/89, MDR 1989, 748.

¹⁰ So aber *Jurksch*, Rpfleger 2015, 129, 130.

¹¹ *Bauer/v. Oefele/Knothe*, GBO, § 29 Rdnr. 40.

¹² *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 3 m. w. N.

¹³ So aber *Jurksch*, Rpfleger 2015, 129, 130.

bucherklärungen beschränkt. Bei diesen darf man erfahrungsgemäß davon ausgehen, dass alles seine Richtigkeit hat. Insofern ist die Entscheidung des OLG Hamm ein Lehrstück dafür, dass im Grundbuchverfahren die Geschäftsfähigkeit nur ausnahmsweise auf den Prüfstand gestellt werden muss.

Regierungsdirektor Dr. *Johannes Holzer*, München

4. BGB § 1023 Abs. 1 (*Keine Verlegung der Ausübungsstelle einer bereits ausgeübten Dienstbarkeit*)

Eine entsprechende Anwendung von § 1023 BGB auf den Dienstbarkeitsberechtigten scheidet aus, wenn die Ausübungsstelle rechtsgeschäftlich zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht worden ist.

BGH, Urteil vom 12.12.2014, V ZR 36/14

Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks Flurstück 55 (nachfolgend: Grundstück), auf dem sich eine Werkstatthalle befindet. Mit notarieller Urkunde vom 29.6.1988 hatte eine Rechtsvorgängerin des Beklagten zugunsten der Kläger eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt, nach der diese berechtigt sein sollten, die Halle als Abstellfläche und Werkstatt für private Zwecke zu nutzen. In derselben Urkunde hatte sie eine weitere beschränkte persönliche Dienstbarkeit bewilligt, der zufolge die Kläger befugt sein sollten, „auf einem vier Meter breiten Streifen entlang der Grundstücksgrenze zum Grundstück Flst. 54 zu gehen und zu fahren, um von der K. Straße zur o. g. Halle zu gelangen und zurück“. Wegen des Verlaufs des Geh- und Fahrtrechts nimmt die Bewilligungsurkunde zudem auf einen Lageplan Bezug, der den Weg in roter Markierung unmittelbar an der Grundstücksgrenze verlaufend zeigt. Die Dienstbarkeiten sind im Grundbuch unter Bezugnahme auf diese Bewilligungen eingetragen.

Von der genannten Straße führt über das Grundstück ein vier Meter breiter befestigter Weg zur Halle, der überwiegend in einer Entfernung von mehr als vier Metern zur Grenze zum Flurstück 54 (nachfolgend: Nachbargrundstück) verläuft. Dieser Weg wurde von den Klägern seit jeher im Einvernehmen mit dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks genutzt, um zur Halle zu gelangen. Ein Zugang von der Straße zur Halle auf einem vier Meter breiten Streifen unmittelbar entlang der Grundstücksgrenze wäre nur nach Entfernung einer Mauer, von Bäumen und Rabatten sowie unter Versetzung des Halbleiters möglich.

Die Kläger haben mit ihrer Klage sinngemäß die Feststellung begehrt, dass sie eine dem tatsächlich vorhandenen Weg entsprechende Fläche als Zuweg und Zufahrt zur Halle zu nutzen berechtigt sind. Der Beklagte hat die Kläger widerklagend auf Unterlassung dieser Nutzung in Anspruch genommen. Das AG hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das LG hat umgekehrt entschieden und die Revision zugelassen, soweit der Widerklage stattgegeben worden ist. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter; der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Aus den Gründen:

II.

Das Berufungsgericht meint, dem Beklagten stehe ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Die Kläger seien Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, da sie kein Recht hätten, die Zuwegung wie in der Vergangenheit geschehen zu nutzen. Da sie dies in Abrede stellten, seien weitere Beeinträchtigungen zu besorgen. Der Unterlassungsanspruch sei nicht verwirkt. Denn der Beklagte habe gegenüber den Klägern zu keinem Zeitpunkt einen Vertrauenstatbestand gesetzt. Entsprechendes Verhalten seiner Rechtsvorgänger müsse er sich nicht zurechnen lassen. Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht könne die Verwirkung einem Sonderrechtsnachfolger nicht entgegengehalten werden. Der Anspruch des Beklagten ergebe sich zudem aus § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB.

III.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Prüfung im Ergebnis stand.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass dem Beklagten ein Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB gegen die Kläger zusteht, da die Benutzung des auf seinem Grundstück gelegenen Weges sein Eigentumsrecht beeinträchtigt und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Ein eigenes Recht der Kläger zur Nutzung des Weges, das den Beklagten zur Duldung der Eigentumsbeeinträchtigung gemäß § 1004 Abs. 2 BGB verpflichtet, besteht nicht.

(...)

3. Entgegen der Auffassung der Revision haben die Kläger gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf Verlegung der Ausübung der zu ihren Gunsten im Grundbuch eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf den Teil des Grundstücks, auf dem sich derzeit der Zuweg für die Halle befindet. Wäre dies der Fall, stellte sich die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch den Beklagten allerdings als rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB dar. Die Forderung einer Leistung ist unzulässig, wenn sie aus einem anderen Rechtsgrund an den Schuldner zurückerstattet werden muss (BGH, Urteil vom 21.12.1989, X ZR 30/89, BGHZ 110, 30, 33). Entsprechendes gilt, wenn jemand einen Unterlassungs- oder einen Beseitigungsanspruch geltend macht, obwohl die Gegenseite einen Anspruch auf Einräumung einer Rechtsposition hat, die den Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch ausschließt (vgl. Senat, Urteil vom 5.12.2003, V ZR 447/01, NJW 2004, 1798, 1802). Ein solcher Anspruch steht den Klägern jedoch nicht zu.

a) Die rechtskräftige Abweisung der Klage hinderte die Annahme eines Anspruchs auf Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit allerdings nicht. Fest steht hiernach nur, dass die Kläger an der Stelle des tatsächlich vorhandenen Weges derzeit kein Nutzungsrecht haben und sie deshalb auch nicht mehr geltend machen können, die zu ihren Gunsten im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit erstrecke sich auf diesen Weg. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Kläger einen Anspruch auf Verlegung der Ausübungsstelle der Dienstbarkeit auf eine andere, von der im Grundbuch eingetragenen abweichenden Stelle haben.

b) Das Gesetz sieht in § 1023 Abs. 1 BGB nur einen Anspruch des Eigentümers auf Verlegung der Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle vor, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist. Diese Regelung gilt gemäß § 1090 Abs. 2 BGB auch für den Eigentümer eines Grundstücks, das – wie hier – mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet ist. Ob auch dem Dienstbarkeitsberechtigten in entsprechender Anwendung von § 1023 Abs. 1, § 1090 Abs. 2 BGB oder aus § 242 BGB in Verbindung mit diesen Vorschriften ein Anspruch auf Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit auf eine andere Stelle des belasteten Grundstücks zustehen kann, ist umstritten.

aa) Nach einer vor allem im älteren Schrifttum vertretenen Auffassung soll nur der Eigentümer die Verlegung der Ausübung beanspruchen können (RGRK/*Busch*, BGB, 3. Aufl., § 1023 Rdnr. 2; *Loening/Basch/Straßmann*, BGB, § 1023 Anm. 1; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, § 107 II, S. 441; *Meisner/Stern/Hodes*, Nachbarrecht im Bundesgebiet [ohne Bayern], 5. Aufl., § 31 VI, S. 646; , 1981, § 1023 Rdnr. 14; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1023 Rdnr. 1). Die Vertreter dieser Ansicht sehen in § 1023 BGB (aus-

schließlich) eine besondere Ausprägung des Prinzips der schonenden Rechtsausübung – mithin einen Ausfluss der Rechte des Eigentümers aus § 1020 BGB (RGRK/Busch, BGB, 3. Aufl., § 1023 Rdnr. 2; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, § 107 II, S. 441; Staudinger/Ring, 1981, § 1023 Rdnr. 1; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1023 Rdnr. 1; so auch Goldmann/Lilienthal, BGB, Bd. II Sachenrecht, § 56 II 1 c, S. 390; Meisner/Stern/Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet [ohne Bayern], 5. Aufl., § 31 VI, S. 646).

bb) Nach der Gegenmeinung kann sich ein Anspruch des Dienstbarkeitsberechtigten auf Verlegung der Ausübung aus einer entsprechenden Anwendung des § 1023 BGB (MünchKommBGB/Joost, 6. Aufl., § 1023 Rdnr. 7; Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, 3. Aufl., § 1023 Rdnr. 10 und bereits Weimar, JW 1933, 189) bzw. aus § 242 BGB (Staudinger/Mayer, 2009, § 1023 Rdnr. 7; Palandt/Bassenge, 73. Aufl., § 1023 Rdnr. 3; RGRK/Rothe, BGB, 12. Aufl., § 1023 Rdnr. 3; Erman/Grziwotz, BGB, 13. Aufl., § 1023 Rdnr. 2; PWW/Prütting, BGB, 9. Aufl., § 1023 Rdnr. 4, die Anspruchsgrundlage offen lässt NK-BGB/Otto, 3. Aufl., § 1023 Rdnr. 1, 30; vgl. auch BayObLGZ 62, 24, 35 zu einer Gemeindeservitut alten Rechts) ergeben. § 1023 BGB sei Ausdruck des Gebots der schonenden Rechtsausübung (§ 1020 BGB), wie aber auch des Gebots der gegenseitigen Rücksichtnahme, das auf dem zwischen den Beteiligten bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis bei einer Grunddienstbarkeit basiere (MünchKommBGB/Joost, 6. Aufl., § 1023 Rdnr. 1; Staudinger/Mayer, 2009, § 1023 Rdnr. 1; NK-BGB/Otto, 3. Aufl., § 1023 Rdnr. 1, 30; so auch OLG Koblenz, NJW-RR 2014, 401, 402; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 121 IV 3 Rdnr. 21; juris-PK/Münch, 7. Aufl., § 1023 Rdnr. 7).

cc) Richtigerweise scheidet eine entsprechende Anwendung von § 1023 BGB auf den Dienstbarkeitsberechtigten aus, wenn die Ausübungsstelle – wie hier – rechtsgeschäftlich zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht worden ist.

(1) Die Ausübung einer Dienstbarkeit, die auf dem gesamten dienenden Grundstück lastet, kann auf den realen Teil des Grundstücks beschränkt werden. Dabei steht es grundsätzlich im Belieben der Beteiligten, ob sie die Bestimmung des Ausübungsorts der tatsächlichen Ausübung überlassen oder rechtsgeschäftlich zum Inhalt der Dienstbarkeit machen (Senat, Beschluss vom 16.2.1984, V ZB 8/83, BGHZ 90, 181, 183). Im zuletzt genannten Fall ist die Vereinbarung als Inhaltsbestimmung in das Grundbuch einzutragen. Eine Verlegung der Ausübungsstelle erfordert dann eine dingliche Einigung (§§ 873, 877 BGB) über die Änderung des Inhalts der Dienstbarkeit und deren Eintragung in das Grundbuch (vgl. Senat, Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04, NJW-RR 2006, 237 Rdnr. 15; Beschluss vom 16.2.1984, V ZB 8/83, BGHZ 90, 181, 183; Urteil vom 21.11.1975, V ZR 237/73, WM 1976, 274, 275). Die Vorschrift des § 1023 BGB, bei der es sich um einen besonderen Anwendungsfall der Schonpflicht aus § 1020 BGB handelt (vgl. Senat, Urteil vom 25.2.1959, V ZR 176/57, LM § 242 [D] BGB Nr. 31), sieht einen Verlegungsanspruch auch für den Fall vor, dass die Ausübungsstelle rechtsgeschäftlich bestimmt und damit Inhalt der Dienstbarkeit geworden ist (§ 1023 18 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sie legt dem Dienstbarkeitsberechtigten also nicht nur eine Änderung des tatsächlichen Verhaltens auf dem dienenden Grundstück auf, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit an der bisherigen Stelle für den Eigentümer besonderes beschwerlich ist, sondern kann auch seine Verpflichtung begründen, an einer Inhaltsänderung der Dienstbarkeit mitzuwirken (vgl. Senat, Urteil vom 21.11.1975, V ZR 237/73, WM 1976, 274, 275; RGRK-BGB/Rothe, 12. Aufl., § 1023 Rdnr. 4).

(2) Eine Grundlage, auch den Dienstbarkeitsverpflichteten in bestimmten Fällen zu einer Inhaltsänderung des Rechts zu zwingen, bietet § 1023 BGB indessen nicht.

(a) Es fehlt bereits an der für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift notwendigen planungswidrigen Regelungslücke (vgl. hierzu allgemein BGH, Urteil vom 14.12.2006, IX ZR 92/05, BGHZ 170, 187 Rdnr. 15). Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass dem Berechtigten, der einem Anspruch des Verpflichteten auf Verlegung eines vereinbarten Ausübungsorts ausgesetzt ist, eine Dienstbarkeit anderen Inhalts „aufgedrängt“ wird, und hat den Vorgang als „zivilrechtliche Zwangsentziehung“ bezeichnet (vgl. Motive III, S. 485 = Mugdan, Materialien, Bd. III, S. 270; Protokolle II, S. 314 ff. = Mugdan, Materialien, Bd. III, S. 735 ff.). Dies lässt den Ausnahmecharakter der Vorschrift erkennen und damit den Schluss zu, dass der Verlegungsanspruch bewusst nur für den Eigentümer geschaffen worden ist.

(b) Darüber hinaus fehlt es, wenn eine bestimmte Ausübungsstelle Inhalt der Dienstbarkeit geworden ist, an hinreichenden sachlichen Gründen für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift. Das Interesse des Berechtigten an einer Ausübung der Dienstbarkeit ohne Beschwerden rechtfertigt es nicht, deren Inhalt zu verändern. Ist ein bestimmter Ausübungsort Inhalt der Dienstbarkeit geworden, kann und muss er sich darauf einrichten, dass ein weitergehendes Recht zur Nutzung des dienenden Grundstücks als aus dem Grundbuch ersichtlich nicht besteht. Auf der anderen Seite muss sich der Eigentümer, der eine inhaltlich beschränkte Dienstbarkeit bewilligt hat, darauf verlassen können, dass die Beschränkung grundsätzlich Bestand hat. Deren Wirkungen (vgl. zum Beispiel § 1026 BGB) dürfen nicht durch einen Verlegungsanspruch des Berechtigten unterlaufen werden. Entsprechendes gilt für etwaige Rechtsnachfolger; auch ihr Vertrauen darauf, dass das Grundbuch die Ausübungsstelle der Dienstbarkeit verlässlich wiedergibt, ist grundsätzlich schutzwürdig.

(3) Das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme, aus dem ein Verlegungsanspruch des Dienstbarkeitsberechtigten entsprechend § 1023 BGB teilweise hergeleitet wird (siehe oben zu II. 3. b bb), vermag eine Inhaltsänderung der Dienstbarkeit gegen den Willen des Dienstbarkeitsverpflichteten nicht zu rechtfertigen. Der Senat hat bereits entschieden, dass das Begleitschuldverhältnis, welches als gesetzliche Folge der Bestellung einer Dienstbarkeit zwischen den Parteien entsteht (Senat, Urteil vom 28.6.1985, V ZR 111/84, BGHZ 95, 144, 146 f.) und eine Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme begründet, schon vom gedanklichen Ansatz her nicht zu einer Änderung des Inhalts der Dienstbarkeit verpflichten kann, da sich die Pflichten nach Inhalt und Zweck der Dienstbarkeit bestimmen (Senat, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 17). Dies muss in gleicher Weise für einen unmittelbar aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme abgeleiteten Verlegungsanspruch gelten.

dd) Ob und unter welchen Voraussetzungen der Dienstbarkeitsberechtigte in besonders gelagerten Ausnahmefällen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) doch einmal die Veränderung eines rechtsgeschäftlich bestimmten Ausübungsbereichs einer Dienstbarkeit verlangen kann, bedarf keiner Entscheidung. In Betracht käme dies jedenfalls nur unter der Voraussetzung, dass die Ausübung der Dienstbarkeit an der bisher vorgesehenen Stelle aufgrund nachträglich eingetretener, nicht auf einer willkürlichen Benutzungsänderung (vgl. dazu Senat, Urteil vom 2.10.1998, V ZR 301/97, NJW-RR 1999, 166, 167) beruhender Umstände für den Dienstbarkeitsberechtigten mit unzumutbaren Nachteilen verbunden ist. Bereits hieran fehlt es. Die Revision räumt ein, dass die

Erschwernisse, die eine Ausübung der Dienstbarkeit an der vereinbarten Stelle entlang der Grundstücksgrenze mit sich bringt, von Anfang an bestanden haben. Dann ist es aber nicht unbillig, wenn sich die Kläger an dem vereinbarten Inhalt der Dienstbarkeit festhalten lassen müssen.

(...)

5. GBO § 12 Abs. 1 (*Einsichtsrecht von Wohnungseigentümer und Verwalter ins Grundbuch*)

Das Recht des Wohnungseigentumsverwalters, zum Zweck der Anspruchsverfolgung Einsicht in das Wohnungsgrundbuch eines mit Wohngeldzahlungen rückständigen Miteigentümers zu nehmen, schließt regelmäßig eine Grundbucheinsicht durch einen anderen Wohnungseigentümer aus.

OLG Hamm, Beschluss vom 17.6.2015, I-15 W 210/14

Aus den Gründen:

II.

Das AG hat den Beteiligten die beantragte Grundbucheinsicht im Ergebnis zu Recht verweigert. Gemäß § 12 Abs. 1 GBO ist die Einsicht des Grundbuchs jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Ein berechtigtes Interesse ist gegeben, wenn der Antragsteller ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt; es müssen sachliche Gründe vorgetragen werden, welche die Verfolgung unberechtigter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen (so schon Senat OLGZ 1985, 148; KG, Beschluss vom 3.4.2014, 1 W 83/14, Rdnr. 2, juris; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 12 Rdnr. 7).

Dieser allgemeine Grundsatz findet auch auf Sondereigentümer innerhalb einer Gemeinschaft nach dem WEG Anwendung, soweit diese Einsicht in die Grundbücher anderer Sondereigentumseinheiten begehren. Zu prüfen ist daher stets, ob ein solches sachliches Interesse schlüssig dargelegt ist.

Hieraus erklärt sich, dass in der älteren Rechtsprechung (insbesondere OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 842) ein Einsichtsrecht im Hinblick auf die enge wirtschaftliche Verbundenheit der Miteigentümer – jedenfalls teilweise – als Grundsatz angesehen wurde. Von einem solchen Grundsatz kann man jedenfalls heute im Hinblick darauf, dass seit der WEG-Reform die wirtschaftlichen Beziehung nach § 10 Abs. 7 WEG nicht mehr unmittelbar zwischen den Wohnungseigentümern bestehen, sondern im Verhältnis zu der rechtsfähigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, nicht mehr ausgehen (so zutreffend KG, a. a. O.; *Hügel/Wilsch*, GBO, Stand 2015, § 12 Rdnr. 75; noch enger *Bauer/v. Oefe/le Maaß*, GBO, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 54). Allein die Stellung als Miteigentümer kann daher – bei entsprechendem Informationsbedarf – allenfalls einen Anspruch auf die Einsicht in das Bestandsverzeichnis und Abteilung I des Grundbuchs begründen.

Die Auffassung der Beteiligten, dass sich unabhängig von der Verwaltung der Gemeinschaft ein Einsichtsrecht bereits aus der Stellung als Miteigentümer ergebe, da sie insoweit ihr Eigentumsrecht wahrnehmen, wie zum Beispiel durch das Agieren in der Wohnungseigentümerversammlung, teilt der Senat in dieser Allgemeinheit nicht. Zunächst besagt die Stellung als Miteigentümer nichts über ein konkretes Informationsbedürfnis. Soweit ein solches hinsichtlich des sog.

sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Gemeinschaft im Einzelfall besteht, kann dem durch eine beschränkte Einsicht in das Bestandsverzeichnis und Abteilung I regelmäßig Rechnung getragen werden.

Die Einsicht in die Abteilungen II und III des Grundbuchs offenbart hingegen die Nutzungs- und Haftungsverhältnisse des fremden Sondereigentums und in Grenzen die wirtschaftlichen Verhältnisse des entsprechenden Eigentümers. Dabei ist den Beteiligten zuzugeben, dass die Kenntnis der Eintragungen in Abteilung II und III bei Wohngeldrückständen, mag deren Verfolgung auch bei der Gemeinschaft liegen, für den einzelnen Eigentümer als Grundlage seines Verhaltens in der Wohnungseigentümerversammlung von Interesse sein kann. Im Rahmen der gebotenen Abwägung zwischen diesem Informationsbedürfnis und dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Schuldners ist jedoch auch zu fragen, ob der einzelne Miteigentümer zur Erlangung der relevanten Informationen auf die Grundbucheinsicht angewiesen ist. Dies ist aus Sicht des Senats im Regelfall zu verneinen.

Wenn Hausgeldrückstände bestehen, zählt es zu den Aufgaben des Verwalters, für eine effektive Durchsetzung der Ansprüche der Gemeinschaft Sorge zu tragen (BGHZ 188, 157 ff.). Er muss daher, wenn Rückstände auflaufen und er durch die Gemeinschaftsordnung nicht allgemein ermächtigt ist, derartige Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, auf eine Entscheidung der Eigentümer über die gerichtliche Geltendmachung dringen. In beiden Alternativen stellt sich unter dem Gesichtspunkt einer effektiven Anspruchsverfolgung auch die Frage nach den (Vor-)Belastungen der Sondereigentumseinheit(-en) des Schuldners. Dementsprechend ist dem Verwalter in einer solchen Situation ein Einsichtsrecht nach § 12 Abs. 1 GBO zuzubilligen, da er zur Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft dann auf die Grundbucheinsicht angewiesen ist.

Auf der Grundlage der Auffassung des Senats können die einzelnen Wohnungseigentümer, so sie denn vor einer gerichtlichen Geltendmachung zu einer Beschlussfassung aufgerufen sind, über den Verwalter die notwendigen Informationen betreffend den Grundbuchinhalt erhalten. Ein individuelles Einsichtsrecht des einzelnen Miteigentümers würde, soweit es um die Verfolgung von Hausgeldansprüchen geht, dementsprechend die Darlegung eines besonderen Sachverhalts erfordern, aufgrund dessen feststellbar ist, dass der vorbeschriebene mittelbare Informationsfluss nicht umsetzbar oder unzumutbar ist, etwa weil der Verwalter sich hartnäckig weigert, hieran mitzuwirken. Die gerichtliche Erzwingung seiner Mitwirkung wäre hier, schon im Hinblick auf die Verjährbarkeit der Gemeinschaftsansprüche, regelmäßig unzumutbar.

Einen solchen Ausnahmesachverhalt haben die Beteiligten vorliegend jedoch nicht dargelegt. Vielmehr ergibt sich aus der Tatsache, dass die Verwalterin ihn (später) zur Grundbucheinsicht in ihrem Namen bevollmächtigt hat, dass diese durchaus zur Kooperation bereit ist. Soweit das Grundbuchamt nach den Darlegungen der Beteiligten auch diese Grundbucheinsicht nur eingeschränkt erteilt hat, ist dies nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

(...)

6. GBO § 12 Abs. 1 Satz 1; § 12c Abs. 4 Satz 2; LFGG BW § 33 Abs. 3 (*Berechtigtes Interesse eines Grundstücksnachbarn an der Grundbucheinsicht*)

1. Das bloße Bestehen einer Nachbarschaft begründet für sich genommen kein berechtigtes Interesse an der

Grundbucheinsicht im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO. Es müssen konkrete, in der räumlichen Nähe begründete Umstände dargelegt werden, aus denen das Interesse abgeleitet wird (Anschluss an OLG Köln, RNotZ 2010, 203).

2. **Das von einem Antragsteller vorgetragene Interesse, ein Grundstück erwerben zu wollen, rechtfertigt nach § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO eine Grundbucheinsicht oder -auskunft nicht, solange nicht dargelegt ist, dass bereits Kaufvertragsverhandlungen stattfinden (Anschluss an BayObLG, Beschluss vom 8.5.1991, BReg 2 Z 17/91). Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn der Antragsteller mit der Ortsgemeinde um den Ankauf von Waldgrundstücken konkurriert und diese amtliche Kenntnisse über die Eigentumsverhältnisse hat.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1.6.2015, 11 Wx 97/14

7. BGB §§ 1068, 1071; GBO § 53 Abs. 1 Satz 2 (*Löschung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen*)

Auch wenn nach der Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 25.1.2011, 34 Wx 148/10) die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung infolge Nießbrauchsbestellung als Belastung am Gesellschaftsanteil eines BGB-Gesellschafters im Grundbuch nach dem Rechtszustand vom 18.8.2009 (ERVGBG vom 11.8.2009 BGBI I, S. 2713) nicht mehr in Frage kommt, hat es – ohne Bewilligung von Betroffenen – bei vorgenommenen Alteintragungen zu verbleiben

OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 398/14

Im Grundbuch (Abt. I ffd. Nr. 1) waren als Miteigentümer von Grundbesitz eine Vielzahl natürlicher Personen, teils ihrerseits in Erbengemeinschaft, in Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) eingetragen. Der notarielle Vertrag vom 29.4.2014 hat die Überlassung eines zu einer Erbengemeinschaft gehörenden Gesellschaftsanteils an die Beteiligten zu 34–36 zum Gegenstand. In dessen Vollzug wurde angeregt, berichtend die Gesellschaft unter ihrem Namen mit den Namen der Gesellschafter einzutragen (§ 47 Abs. 2 Satz 1 GBO). Dem kam das Grundbuchamt mit der Eintragung vom 19.8.2014 nach, und zwar gebucht unter Nr. 2 mit den Gesellschaftern („bestehend aus“) gemäß Nr. 2.1–2.35. In Spalte 4 (Grundlage der Eintragung) ist vermerkt: „Wie vor 1 unter Berichtigung der Gesellschaftsbezeichnung.“ Hinsichtlich der eingetragenen Gesellschafter findet sich in derselben Spalte jeweils ein Verweis auf die vorherige Eintragung (zum Beispiel: „zu 2.3; wie vor zu 1 qIII und 1 af“). Die Eintragung des zugleich bestellten Nießbrauchs am übergebenen Gesellschaftsanteil wurde ausdrücklich nicht beantragt.

Die Zweite Abteilung des Grundbuchs enthält unter Nr. 18, 19, 22–25 Nießbrauchsrechte an Gesellschaftsanteilen. Diese waren zwischen 1993 und 2004 eingetragen worden. Mit Schreiben vom 27.8.2014 hat der Vollzugsnotar deren unterbliebene Löschung beantragt. Einzelne Anteile beständen entsprechend der aktuellen Eigentümereintragung nicht mehr fort. Das Grundbuch sei daher falsch und unklar, dies zumal deshalb, weil bei den einzelnen Nießbrauchsrechten auf die gelöschte Eigentümereintragung zu Nr. 1 verwiesen werde.

Auf ein formloses Schreiben des Grundbuchamts vom 3.9.2014, dass wegen geänderter Rechtsprechung für eine Löschung der Nießbrauchsrechte keine gesetzliche Grundlage bestehe, hat der Notar namens der Gesellschaft, der Beteiligten zu 1, Beschwerde eingelegt. Das Grundbuchamt hat hierauf mit förmlichem Beschluss vom 12.9.2014 den Antrag zurückgewiesen. Es führt ergänzend noch aus, dass die Nießbrauchsrechte wirksam entstanden seien. Sie hätten seinerzeit unter bestimmten Voraussetzungen im Grundbuch eingetragen werden können.

Auch gegen diesen Beschluss hat der Notar namens der Gesellschaft Beschwerde erhoben. Wenn die Neueintragung des Rechts nicht

möglich sei, sei auch der Bestand des Rechts nicht möglich. Nach Anhörung der Berechtigten seien die Rechte zu löschen. Aus der gegenwärtigen Eintragung sei zudem nicht klar, an welchen Gesellschaftsanteilen diese lasteten. Denn die laufende Nr. 1, auf die bei den Rechten verwiesen werde, sei gerötet.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel bleibt erfolglos.

(...)

2. In der Sache teilt der Senat die Ansicht des Grundbuchamts, dass eine Löschung nicht in Frage kommt. Zwar hat der Senat entschieden, dass nach dem Rechtszustand vom 18.8.2009 (ERVGBG vom 11.8.2009 BGBI I, S. 2713) die (Neu-)Eintragung einer Verfügungsbeschränkung infolge Nießbrauchsbestellung als Belastung am Gesellschaftsanteil eines BGB-Gesellschafters nicht mehr in Betracht kommt (Senatsbeschluss vom 25.1.2011, 34 Wx 148/10, FGPrax 2011, 268). Dies hat er damit begründet, dass das Grundbuch nach dem maßgeblichen Recht die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und nicht die ihrer Gesellschafter, damit auch nicht (mehr) etwaige Verfügungsbeschränkungen am Recht des Gesellschafters, wiederzugeben hat. Der Senat hat sich in der zitierten Entscheidung nicht mit dem Schicksal von bereits bestehenden Eintragungen befasst.

3. Indessen ergibt sich dieses aus allgemeinen Grundsätzen.

a) Gegenständlich kann im Beschwerdeverfahren nur die Frage sein, ob eine Löschung auf der Grundlage von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO vorzunehmen ist. Denn eine Weigerung des Grundbuchamts, im Amtsverfahren nach § 84 GBO zu löschen, wäre mit der Beschwerde schon nicht angreifbar (§ 85 Abs. 2 Hs. 2 GBO).

b) § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO erlaubt die Löschung von Eintragungen, die inhaltlich unzulässig sind. Dies ist der Fall, wenn ein Recht mit dem eingetragenen Inhalt oder in der eingetragenen Ausgestaltung aus Rechtsgründen nicht bestehen kann, wenn die Eintragung etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann oder wenn sie ein an sich eintragungsfähiges Recht mit einem gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlautbart (BGH, Entscheidung vom 16.2.2012, V ZB 204/11, BeckRS 2012, 06466 bei Rdnr. 13; *Meincke in Bauer/v. Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 99). Davon kann hier bereits keine Rede sein. Insbesondere ist der beschriebene Rechtszustand (Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil § 1068 BGB) rechtlich möglich; widersprüchlich ist die beibehaltene Verlautbarung im Grundbuch vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung in der gewählten Eintragungsform nicht (§ 9 Abs. 1 lit. d GBV; siehe dazu im Übrigen unter d).

c) Abgesehen von den verneinten Löschungsvoraussetzungen beurteilt sich der maßgebliche Zeitpunkt für die Zulässigkeit einer Eintragung im Grundbuch nach dem ihrer Vornahme. Deshalb ist auf das in diesem Zeitpunkt geltende Recht abzustellen, sofern es nicht durch neuere Gesetzgebung mit rückwirkender Kraft geändert worden ist (BayObLGZ 1987, 121/129; 1986, 89/95; KG OLGZ 1977, 6/8; *Demharter*, § 53 Rdnr. 50). Das heißt, dass in zulässiger Weise Eingetragenes auch inhaltlich zulässig bleibt (RGZ 98, 215/220), weshalb es regelmäßig – so auch hier – bei den vorgenommenen Eintragungen zu verbleiben hat.

(1) Bis zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR konnte nach herrschender Ansicht (ausführlich *Lindemeier*,

DNotZ 1999, 876) die Verfügungsbeschränkung, die eine im Einverständnis der Gesellschafter herbeigeführte Bestellung eines Nießbrauchs am Gesellschaftersanteil mit sich brachte (vgl. § 1071 BGB), im Grundbuch eingetragen werden (OLG Hamm, DNotZ 1977, 376; für rechtsgeschäftliche Verpfändung auch OLG Düsseldorf, FGPrax 2004, 98; *Demharter*, Anhang zu § 13 Rdnr. 33, siehe bereits RGZ 90, 232/235; BayObLGZ 1959, 50/57 f.). Dies beruhte darauf, dass als Eigentümer die Gesellschafter selbst in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit eingetragen waren.

Ist aber nach aktuellem Verständnis die GbR selbst der Rechtsträger und als Eigentümer im Grundbuch eingetragen (etwa BGH, NJW 2006, 2191; 3716; *Demharter*, § 19 Rdnr. 108), besteht für die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen (§§ 135, 136 BGB), die lediglich den Gesellschafter, nicht aber die Gesellschaft selbst betreffen und auf deren Vertretungsverhältnisse keinen Einfluss haben, grundsätzlich (Ausnahme: Insolvenzvermerk; siehe Senat vom 2.7.2010, 34 Wx 62/10, ZIP 2011, 375; *Demharter*, § 38 Rdnr. 8) kein Raum (Senat vom 25.1.2011; ebenso OLG Köln, FGPrax 2011, 62/65; OLG Celle, RNotZ 2011, 489; *Demharter*, Anhang zu § 13 Rdnr. 33; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1367). Diese Ansicht ist indessen nicht unumstritten (*Ulmer/Schäfer* in Münch-KommBGB, 6. Aufl., § 705 Rdnr. 97; *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., Gesellschaftsrecht Rdnr. 50, 92 mit 92.1; siehe auch die redaktionelle Anm. zu OLG Celle in RNotZ 2011, 489/490; die Kommentierungen bei *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 1069 Rdnr. 2, und *Köhler in Bauer/v. Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 78 sowie Rdnr. 72 befassen sich nicht mit möglichen Änderungen aus der Neukonzeption der GbR); eine höchstrichterliche Klärung steht – soweit ersichtlich – noch aus.

(2) Mit dem ERVGBG (vom 11.8.2009 BGBl I, S. 2713) wurde das Verfahrensrecht der veränderten Sichtweise angepasst. Leitmotiv des Gesetzgebers war es, die GbR im Wesentlichen weiterhin so zu behandeln wie vor Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch die Rechtsprechung (siehe Beschlussempfehlung und Begründung des Rechtsausschusses, Drucks. 16/12319, S. 28). Schon dieser Kontinuitätsgesichtspunkt spricht gegen eine Löschung aus den besonderen Umständen dessen, was jetzt Eintragungsinhalt ist. Dagegen spricht auch die Übergangsvorschrift des Art. 229 § 21 EGBGB. Hiernach gilt § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO einerseits nicht rückwirkend in dem Sinne, dass Alteintragungen einem Berichtigungszwang unterliegen (*Palandt/Bassenge*, Art. 229 § 21 Rdnr. 1 m. w. N.), andererseits verlautbart die bestehende Eintragung dasselbe wie die jetzt vorzunehmende Eintragung. Die Bestimmung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber so wenig wie möglich in bestehende Eintragungen eingreifen wollte. Für eingetragene Rechte Dritter (etwa hier der jeweiligen Nießbraucher) muss dies erst recht und namentlich dann gelten, wenn nicht auszuschließen ist, dass der Eintragung noch eine materielle Bedeutung (§ 1071 BGB) zukommen kann. Insoweit hat das schützenswerte Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit von – teils vieljährigen – Eintragungen ein hohes Gewicht (siehe BayObLGZ 1987, 121/129). Sofern nicht bereits die frühere vom RG entwickelte Rechtsprechung zum Gewohnheitsrecht erstarkt war, käme auch deshalb die Amtslöschung nicht mehr eintragungsfähiger Rechte oder Beschränkungen nicht in Frage, wenn man eine solche auch bei einer nachträglichen Rechtsprechungsänderung grundsätzlich für möglich hielte (*Meikel/Streck*, GBO, 10. Aufl., § 53 Rdnr. 106; *Reuter*, Rpfleger 1986, 285/288 f.; verneinend *Meincke in Bauer/v. Oefele*, § 53 Rdnr. 102).

d) Soweit die Fassung der Eintragung beanstandet wird, kann der Senat auch diesem Einwand nicht folgen. Eine Löschung des ursprünglichen mit Eintragung eines neuen Eigentümers hat nicht stattgefunden (vgl. § 46 Abs. 1 GBO); die vorgenommene Rötung ist keine Löschung (*Demharter*, § 46 Rdnr. 21); die aktuelle Verlautbarung der GbR als Eigentümerin bedeutet nur Richtigstellung (*Demharter*, § 47 Rdnr. 34; *Hügel/Kral*, Gesellschaftsrecht Rdnr. 44; BT-Drucks. 16/13437, S. 30). Denn unrichtige bzw. unvollständige Bezeichnungen der GbR als Eigentümerin – als solche war sie bereits unter der früheren Bezeichnung (nur) ihrer Gesellschafter eingetragen (BGH, NJW 2006, 3716; OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 22) – können richtiggestellt werden (zu allem Senat vom 27.4.2010, 34 Wx 32/10, FGPrax 2010, 179).

Indem das gegenständliche Grundbuch in der Veränderungsspalte (Nr. 4) zum jeweiligen aktuellen Gesellschafter (§ 47 Abs. 2 Satz 1 GBO) auf dessen frühere Eintragung mit seinem Anteil als Gesamthänder verweist, erscheint die Zuordnung der an dem jeweiligen Anteil bestellten Nießbrauchsrechte ohne Weiteres gewährleistet.

(...)

Anmerkung:

Die vorgenannte Entscheidung, in welcher das OLG München die nachträgliche Löschung der Nießbrauchsrechte an den Gesellschaftersanteilen der im Grundbuch eingetragenen GbR-Gesellschafter aus Anlass der Richtigstellung der Eigentümerbezeichnung (nunmehr Eintragung der GbR, bestehend aus bestimmten Gesellschaftern) ablehnt, verdient im Ergebnis Zustimmung. Die Voraussetzungen einer Amtslöschung (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) lagen aus den vom Senat aufgezeigten Gründen ersichtlich nicht vor, so dass die Nießbrauchsrechte an den GbR-Anteilen zu Recht im Grundbuch eingetragen blieben. Trotzdem gibt einem die Lektüre der Entscheidung einen „faden Beigeschmack“; es drängt sich die Frage auf, ob Nießbrauchsrechte an GbR-Anteilen nicht vielleicht doch sogar bei Neueintragungen weiterhin im Grundbuch eingetragen werden können, obwohl nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO jetzt die Gesellschaft selbst als Eigentümerin im Grundbuch zu vermerken ist. Der Hinweis des OLG München, die Frage sei nach wie vor umstritten und höchstrichterlich nicht geklärt, gibt Anlass, die These von der fehlenden Eintragungsfähigkeit des Anteilsnießbrauchs noch einmal in Zweifel zu ziehen.

I. Nach herrschender Meinung kann ein Nießbrauch an dem Gesellschaftersanteil eines GbR-Gesellschafters ohne Vollrechtsübertragung als dingliche Belastung bestellt werden, wenn alle Gesellschafter mitwirken oder die Verfügung über die Mitgliedschaft im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist.¹

1. Bis zur Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR wurde in der Literatur überwiegend – wenn gleich von Teilen der Literatur bestritten – vertreten, dass nicht die Gesellschaft, sondern deren Gesellschafter als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden, wenn ein Grundstück zum Gesamthandsvermögen der Gesellschaft erworben wird.² Ausgehend von dieser Prämisse wurde die Frage der Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs an der

¹ Statt aller: *Ulmer*, GbR und Partnerschaftsgesellschaft, 3. Aufl. 1997, § 705 Rdnr. 82; *Staudinger/J. Frank*, 2008, Anh. zu § 1068 f. Rdnr. 57.

² Zum damaligen Meinungsstand: BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225, 226.

Mitgliedschaft des Gesellschafters im Grundbuch bejaht, weil hierdurch der Gesellschafter in der Verfügung über das Grundstück als Bestandteil des Gesamthandsvermögens gemäß § 1071 BGB beschränkt wurde. Der Nießbrauch war in Abteilung II des Grundbuchs einzutragen, um einen gutgläubigen Erwerb gemäß § 135 Abs. 2, § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Nichtbeteiligung des Nießbrauchsberechtigten (§ 1071 BGB) auszuschließen.³

2. Das Meinungsbild änderte sich jedoch, nachdem der BGH zunächst die Rechts-⁴ und Grundbuchfähigkeit der GbR⁵ anerkannt und der Gesetzgeber sodann § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO in das Gesetz eingefügt hatte.⁶ Denn seitdem werden GbR-Gesellschafter nicht mehr wegen ihrer (vormaligen) Eigentümerstellung im Grundbuch eingetragen, sondern weil über ihre Eintragung die GbR als Eigentümerin identifiziert wird. Nach diesen durch Rechtsprechung und Gesetzgebung veranlassten Änderungen stellt sich der Meinungsstand zur Eintragungsfähigkeit eines Anteilsnießbrauchs wie folgt dar:

Nach der wohl überwiegenden Meinung, der sich das OLG München⁷ und das OLG Celle⁸ mittlerweile angeschlossen haben, kann ein Nießbrauch an der Mitgliedschaft einer grundbesitzenden GbR nun nicht mehr im Grundbuch eingetragen werden.⁹ Zwar würden die Gesellschafter seit der Verabschiedung des § 47 Abs. 2 GBO wieder im Grundbuch mit eingetragen werden. Der Eintragung eines Anteilsnießbrauchs stehe jedoch entgegen, dass Eigentümer des Grundbesitzes nicht mehr die einzelnen Gesellschafter seien (Gesamthandsvermögen), sondern Eigentümerin die aus ihnen bestehende GbR (Gesellschaftsvermögen) sei. Demzufolge könnten – so die Argumentation des OLG München und des OLG Celle weiter – Verfügungsbeschränkungen auf der Gesellschafterebene nicht mehr eingetragen werden, sofern sie nicht die Gesellschaft bei der Verfügung über das Grundstück beeinträchtigen. Letzteres sei deswegen nicht der Fall, weil die eingetragenen Gesellschafter durch einen Anteilsnießbrauch nicht in ihrer Rechtsmacht, die Gesellschaft zu vertreten, beeinträchtigt werden. Vielmehr sei nur die Verfügung über den Gesellschaftsanteil gemäß § 1071 BGB beschränkt. Da das Grundbuch nicht die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter – sondern nur die der Gesellschaft – verlaublich solle, sei ein Anteilsnießbrauch im Grundbuch nicht eintragungsfähig.

II. Die vorgenannte Ansicht, die bislang höchstrichterlich nicht bestätigt wurde, sollte allerdings nach wie vor nicht kritiklos übernommen werden. Denn in der Diskussion um die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs findet zum einen

die sog. Aushöhlungstheorie bisher wenig Beachtung, zum anderen werden bestimmte grundbuchverfahrensrechtliche Aspekte durch die OLGs und die betreffenden Literaturstimmen bislang ausgeblendet, die für eine Eintragungsfähigkeit des Anteilsnießbrauchs durchaus ins Feld geführt werden könnten.

1. Die sog. Aushöhlungstheorie wurde in der Vergangenheit vor allem in Bezug auf die Nießbrauchbestellung an einem Erbteil anerkannt.¹⁰ Obwohl sich auch hier das veräußerte Grundstück im Gesamthandsvermögen befindet, kann ein Anteilsnießbrauch deswegen im Grundbuch eingetragen werden, weil er unter bestimmten Umständen auch zu einer Verfügungsbeschränkung in Bezug auf einzelne Nachlassgegenstände führen kann.¹¹ Voraussetzung hierfür ist, dass durch die betreffende Verfügung Inhalt und Wert des Erbteils beeinträchtigt werden. In diesem Fall resultiert aus dem Nießbrauch eine relative Verfügungsbeschränkung gemäß § 1071 BGB, die sich nicht nur auf den Erbteil, sondern auf die gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis der Miterben gemäß § 2040 Abs. 1 BGB auswirkt – und zwar dergestalt, dass die Miterben nicht ohne Mitwirkung des Nießbrauchsberechtigten über einen einzelnen Nachlassgegenstand verfügen können (vgl. § 135 BGB).¹² Ihren Namen verdankt die Aushöhlungstheorie dem Umstand, dass mit der Verfügungsbeschränkung verhindert wird, dass die Miterben den Anteilsnießbrauch durch die Weggabe von Nachlassgegenständen wirtschaftlich aushöhlen.¹³

2. Gibt es in diesem Sinne eine erweiterte Auslöschungstheorie, die auch die GbR erfasst? Die Frage ist berechtigt, zumal auch andere Mitwirkungserfordernisse wie zum Beispiel dasjenige gemäß § 179a AktG in der Praxis einem weiten Anwendungsbereich zugeführt werden (obwohl § 179a AktG dem Kapitalgesellschaftsrecht entstammt, findet er im Personengesellschaftsrecht entsprechende Anwendung).¹⁴

a) Für eine Anwendung der Aushöhlungstheorie auf die GbR dürfte sprechen, dass auch hier der Nießbrauchsberechtigte schutzbedürftig ist, weil der mit dem Nießbrauch belastete Gesellschafter – ähnlich wie der belastete Erbe einer Erbengemeinschaft – im Verhältnis zum Nießbrauchsberechtigten eigene, den Interessen des Nießbrauchsberechtigten unter Umständen entgegenlaufende Interessen verfolgt. Diese Interessen des Gesellschafters können auf eine Aushöhlung des Nießbrauchsrechts hinauslaufen, dem durch eine analoge Anwendung des § 1071 BGB begegnet werden könnte. Hinzu kommen weitere Parallelen zur Erbengemeinschaft. So ist auch bei der GbR Gesamthandsvermögen betroffen. Träger des Gesamthandsvermögens sind zwar nicht die Gesamthänder (Erben), sondern das Gesamthandsvermögen ist der Gesellschaft zugeordnet; anders als bei den Personenhandels-gesellschaften können diese über Einzelgegenstände des Gesamthandsvermögens aber – ähnlich wie bei der Erbengemeinschaft – im Grundsatz nur gemeinschaftlich verfügen (vgl. § 125 HGB, §§ 709, 714, 2040 BGB).

³ Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, Anh. zu § 13 Rdnr. 33; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 10 GBV Rdnr. 34.

⁴ BGH, Beschluss vom 18.2.2002, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192 mit Anm. Ann.

⁵ BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 = MittBayNot 2009, 225.

⁶ Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs [...] (ERVGBG), BGBl 2009 I, S. 2713.

⁷ OLG München, Beschluss vom 25.1.2011, 34 Wx 148/10, MittBayNot 2011, 221.

⁸ OLG Celle, Beschluss vom 25.5.2011, 4 W 39/11, RNotZ 2011, 489.

⁹ Staudinger/J. Frank, Anh. zu § 1068 f. Rdnr. 93; MünchKommBGB/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1068 Rdnr. 85; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1367, 4289; BeckOK-GBO/Reetz, Stand 1.9.2015, § 47 Rdnr. 141; Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, Anh. zu § 13 Rdnr. 33; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 188 f.; Frank, MittBayNot 2010, 96, 97; Lautner, DNotZ 2009, 650, 670; Heinze, RNotZ 2010, 289, 306; jetzt auch BeckOK-GBO/Kral, Stand 1.9.2015, Gesellschaftsrecht Rdnr. 94.

¹⁰ Im Überblick: BeckOK-BGB/Reymann, Stand 22.10.2015, § 161 Rdnr. 34.1.

¹¹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1366, 1659 ff.; so in Bezug auf Erbteilspfandrechte: BayObLG, BReg. 2 Z 203/1958, BayObLGZ 1959, 50; Staudinger/Wiegand, 2009, § 1276 Rdnr. 8.

¹² Vgl. Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, Anh. zu § 13 Rdnr. 33; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 10 GBV Rdnr. 33.

¹³ Stürmer/Münch, WuB VI. E., § 859 ZPO 1.87, 1290; Lindemeier, DNotZ 1999, 876, 879.

¹⁴ Statt aller: BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DStR 1995, 424, 426 m. Anm. Goette: „allgemein für das Gesellschaftsrecht geltende[r] Gedanke“; K. Schmit, ZGR 1995, 675, 678 ff.

b) Dem steht als gewichtiges Gegenargument freilich gegenüber, dass formal nicht über den Gesellschaftsanteil, sondern über einen Gegenstand der GbR verfügt wird und man mit einer analogen Anwendung des § 1071 BGB die verschiedenen Ebenen der Vermögensträgerschaft (Gesellschafts- und Anteilsvermögen) vermischen würde. Im Gegensatz zur Erbengemeinschaft ist die GbR eben mittlerweile rechtfähig.¹⁵ Somit ist Träger des Gesamthandsvermögens und Verfügender (ähnlich wie bei oHG und KG) nicht der jeweilige Gesellschafter, sondern trotz des Wortlauts von § 718 Abs. 1 BGB die selbst rechtsfähige Gesellschaft, die ihrerseits durch die Gesellschafter lediglich vertreten wird. In Anbetracht dieses Paradigmenwechsels, den die GbR in den letzten Jahren durchlaufen hat, wäre die Aushöhlungstheorie als Rückschritt zu begreifen, der die Rechtspraxis mit einer nicht unerheblichen Rechtsunsicherheit konfrontieren würde.

c) Ob daher die Aushöhlungstheorie – ähnlich wie bei der Erbengemeinschaft – zu einer Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs im Grundbuch führt, um den Nießbrauchsberechtigten vor wertaushöhlenden Verfügungen zu schützen, muss aus Sicht der Praxis derzeit als eher zweifelhaft, letztlich aber als ungeklärt bezeichnet werden.

3. Wenig Honig für oder gegen eine Eintragungsfähigkeit lässt sich aus dem Wortlaut der GBO saugen. § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO sieht zwar ausdrücklich vor, dass die „für den Berechtigten geltenden Vorschriften ... entsprechend für die Gesellschafter [gelten]“, was bei unbefangener Betrachtung so zu lesen sein könnte, dass auch die Gesellschafterstellung beeinträchtigende Nießbrauchsrechte – weil sie die Stellung des „Berechtigten“ betreffen – im Grundbuch (weiter) eintragungsfähig sein müssen. Hiergegen spricht aber freilich, dass das Grundbuch selbst in Bezug auf die GbR kein Gesellschaftsregister ist, sondern die Eintragung der Gesellschafter in erster Linie der Identifizierung der Gesellschaft dient. Gleichwohl ist in teleologischer Hinsicht zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 47 Abs. 2 GBO durch das ERVGBG zumindest im Grundbuchverfahren den *status quo ante* wiederherstellen und die GbR im Wesentlichen wieder so behandeln wollte wie vor Anerkennung ihrer Rechts- und Grundbuchfähigkeit.¹⁶

a) Zwecks Wiederherstellung des *status quo ante* hat der Gesetzgeber auch die erweiternd wirkende Gutgläubensvorschrift des § 899a BGB eingeführt. Diese gewährt dem Erwerber eines GbR-Geschäftsanteils zwar mangels „Verfügung in Ansehung des eingetragenen Rechts“ nicht die Möglichkeit eines gutgläubigen Anteilerwerbs bzw. eines gutgläubigen lastenfreien Anteilerwerbs.¹⁷ Andererseits wird die GbR gemäß § 47 Abs. 2 GBO aber grundbuchverfahrensrechtlich über die Gesellschafter mediatisiert.¹⁸ In diesem Sinne stellt § 899a Satz 1 BGB auch im Anschluss an eine Anteilsübertragung gegenüber dem Grundbuchamt bei der Berichtigung der Gesellschafterstellung die Vermutung auf, dass die eingetragenen Gesellschafter im Verfahren nach § 22

GBO bewilligungsbefugt sind.¹⁹ Jedenfalls mit Blick auf diese Bewilligungsbefugnis ist es bei Nichteintragung eines Nießbrauchs – selbst wenn dieser nur an der Mitgliedschaft eines Gesellschafters lastet – denkbar, dass das Grundbuch eine unbeschränkte Bewilligungsbefugnis des belasteten GbR-Gesellschafters wiedergibt, obwohl sie in Wirklichkeit – wie zu zeigen sein wird – eingeschränkt ist.

b) Hierzu ein Beispielsfall: Tritt ein Gesellschafter, der bislang einen nießbrauchsbelasteten Anteil hielt, aus der Gesellschaft aus, ist das Grundbuch gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2, § 22 GBO zu berichtigen, nach § 82 Satz 3 GBO sogar im Wege eines Berichtigungszwangs. Das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters kann in diesem Fall grundsätzlich durch Bewilligung des ausscheidenden Gesellschafters und der verbleibenden Gesellschafter im Grundbuch vermerkt werden (§§ 22, 19 GBO).²⁰ Der Nießbrauchsberechtigte wäre zu beteiligen, wenn auch er im Sinne des § 19 GBO betroffen wäre. Betroffen wäre er, wenn ein Ausscheiden des belasteten Gesellschafters – respektive dessen Kündigung der Gesellschafterstellung – ggf. seiner Mitwirkung bedürfte. Wäre eine Mitwirkung der Nießbrauchsberechtigten hierzu erforderlich, würde die alleinige Eintragung des Gesellschafters (d. h. ohne dass der Nießbrauchsberechtigte im Grundbuch eingetragen ist) kraft § 899a Satz 1 BGB den unzutreffenden Rechtsschein erzeugen, dass der Gesellschafter im Anschluss an sein Ausscheiden ohne den Nießbraucher bewilligungsbefugt sei.

Materiellrechtlich ist hierbei zu beachten, dass eine Mitwirkung des Nießbrauchsberechtigten zumindest bei der ordentlichen Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses (wenn auch nicht bei der außerordentlichen Kündigung) für erforderlich gehalten wird, wenn der Nießbrauch nicht zulasten der Mitgesellschafter, denen der Anteil anwächst (§ 738 BGB), fortbesteht, sondern der Anteilsnießbrauch untergeht und sich im Wege der dinglichen Surrogation am Auseinandersetzungsguthaben fortsetzt.²¹ Im zweiten Fall der dinglichen Surrogation (Auseinandersetzungsguthaben als neues Belastungsobjekt) bedarf die ordentliche Kündigung der Mitwirkung des Nießbrauchsberechtigten (§ 1071 BGB), denn der Nießbraucher ist fortan nur noch an einer Geldforderung berechtigt (Abwertung des Nießbrauchs).²² Wirkt der Nießbrauchsberechtigte entgegen § 1071 BGB nicht mit, kann dies nach einer Ansicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen („Unwirksamkeitsdoktrin“)²³, nach anderer Ansicht macht sich der Gesellschafter bei einem Verstoß gegen § 1071 BGB lediglich im Innenverhältnis zum

¹⁵ Zur fehlenden Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft: BGH, Beschluss vom 17.10.2006, VIII ZB 94/05, DNotZ 2007, 134.

¹⁶ So Beschlussempfehlung, BT-Drucks. 16/13437, S. 24 re. Sp.; BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, BGHZ 189, 274 = MittBayNot 2011, 393; instruktiv: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4250 ff.

¹⁷ Statt aller: *jurisPK-BGB/Toussaint*, 7. Aufl. 2014, § 899a Rdnr. 34.

¹⁸ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4266, 4258 ff.

¹⁹ DNotI-Report 2010, 145; OLG München, Beschluss vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, MittBayNot 2011, 63; OLG München, Beschluss vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10, DNotZ 2011, 769; OLG München, Beschluss vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10, MittBayNot 2011, 224; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.10.2009, 3 W 116/09, NJW 2010, 384; a. A. lediglich *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 185 f.

²⁰ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4270; OLG Hamm, I-15 W 170/11, FGPrax 2011, 226.

²¹ *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 267 f.; vgl. auch MünchKommBGB/Schäfer, 6. Aufl. 2013, § 705 Rdnr. 98.

²² *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 82.

²³ *Staudinger/J. Frank*, Anh. zu §§ 1068 f. Rdnr. 101; *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 100 (jedenfalls wenn Gesellschaft Kenntnis vom Nießbrauch hat); *Sandhaus*, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel, 2007, S. 65 ff.; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 50, 53.

Nießbrauchsberechtigten schadensersatzpflichtig („Schadensersatzdoktrin“).²⁴

c) Folgt man der „Unwirksamkeitsdoktrin“, wäre es grundbuchverfahrensrechtlich nur konsequent, den Nießbrauchsberechtigten wegen seiner notwendigen Mitwirkung an der Kündigung (§ 1071 BGB) als Betroffenen im Sinne des § 19 GBO zu qualifizieren. Dabei käme es nicht auf eine Anwendung der Aushöhlungstheorie an, weil keine Verfügung über Gegenstände des Gesamthandsvermögens in Frage stünde, sondern es um die Grundbuchberichtigung im Anschluss an eine Veränderung der Gesellschafterstellung bzw. des Anteils im Sinne des § 1071 Abs. 2 BGB ginge (Ausscheiden des Gesellschafters durch Kündigung). Würde man sich dagegen der „Schadensersatzdoktrin“ anschließen, müsste eine Betroffenheit des Nießbrauchsberechtigten im Sinne des § 19 GBO im Grundbuchberichtigungsverfahren (§ 22 GBO) verneint werden, weil danach der Verstoß gegen § 1071 BGB die Wirksamkeit der Kündigung nicht beeinträchtigt und § 899a BGB ohne Eintragung des Nießbrauchsberechtigten auch im Grundbuchverfahren keinen falschen Rechtsschein erzeugt.

III. Das Fazit aus der OLG-München-Entscheidung fällt somit ambivalent aus. Selbst wenn man die Argumente gegen die Eintragungsfähigkeit in den Vordergrund stellt, bleibt ein gewisser Restposten des „faden Beigeschmacks“, dass das OLG München selbst nicht zweifellos überzeugt zu sein scheint, ein Nießbrauch an der Mitgliedschaft eines Gesellschafters sei nicht mehr eintragungsfähig. In seinen Ausführungen zur Amtslöschung (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) gibt es unter anderem zu bedenken, es sei „nicht auszuschließen, dass der Eintragung [des Nießbrauchs] noch eine materielle Bedeutung (§ 1071 BGB) zukommen kann“. Andererseits lässt sich aber durchaus plausibel begründen, warum der Nießbrauch nicht mehr eintragungsfähig sein soll. Will man vor diesem Hintergrund in der Praxis den sicheren Weg beschreiten, wird man es wohl auch in Zukunft mangels höchstrichterlicher Klärung in Erwägung ziehen können, vorsorglich zumindest einen Antrag beim Grundbuchamt hinsichtlich der Eintragung eines Anteilsnießbrauchs zu stellen. Im internationalen Vergleich ist das deutsche Grundbuch eine hervorragende Einrichtung, so dass man seine Aussagekraft in Zweifelsfällen nicht schwächen, sondern stärken sollte.

Notarassessor PD Dr. *Christoph Reymann*, Würzburg

8. BGB § 1896 Abs. 2 Satz 2; FamFG § 26 (*Verneinung der Erforderlichkeit einer Betreuung nur bei Bestehen der Möglichkeit der Bevollmächtigung einer Vertrauensperson*)

Eine Betreuung ist nur dann gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht erforderlich, wenn konkrete Alternativen im Sinne dieser Vorschrift bestehen. Die Möglichkeit einer Bevollmächtigung steht der Erforderlichkeit der Betreuung daher nur entgegen, wenn es tatsächlich mindestens eine Person gibt, welcher der Betroffene das für eine Vollmachterteilung erforderliche Vertrauen entgegenbringt und die zur Übernahme der anfallenden Aufgaben als Bevollmächtigter des Betroffenen bereit und in der Lage ist.

BGH, Beschluss vom 23.9.2015, XII ZB 225/15

²⁴ MünchKommBGB/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1068 Rdnr. 13; Sorgel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1071 Rdnr. 3; Erman/Bayer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 1071 Rdnr. 2; Barry, RNotZ 2014, 401, 413; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.9.1998, 3 Wx 209/98, NJW-RR 1999, 619, 620; OLG Hamm, Beschluss vom 13.11.1970, 15 W 280/70, BB 1971, 13.

Der Betroffene wendet sich dagegen, dass AG und LG ihm die Bestellung eines Betreuers versagt haben.

Auf Anregung des Vollstreckungsgerichts ist für den im Jahre 1950 geborenen Betroffenen ein Betreuungsverfahren eingeleitet worden, weil sich im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens Hinweise auf eine psychische Erkrankung des Betroffenen mit Suizidgefahr ergeben hatten. Der Betroffene hat auch selbst die Einrichtung einer Betreuung beantragt und zur Begründung ausgeführt, er sei insbesondere nicht in der Lage, seine finanziellen Angelegenheiten selbst zu erledigen.

Der von Vollstreckungsgericht und Betreuungsgericht beauftragte sozialpsychiatrische Dienst hat in einem amtsärztlichen Gutachten eine depressive Symptomatik diagnostiziert, derentwegen der Betroffene mit der Regelung seiner finanziellen und schriftlichen Angelegenheiten überfordert sei. Er sei aber zur Vollmachterteilung sowie dazu in der Lage, seinen Willen unbeeinflusst von dieser Beeinträchtigung zu bilden.

Das AG hat die Bestellung eines Betreuers abgelehnt, weil der Betroffene sich erforderliche Hilfen durch Erteilung einer (Vorsorge-) Vollmacht beschaffen könne. Die Beschwerde des Betroffenen ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen richtet sich seine Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FamFG ohne Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte (Senatsbeschluss vom 29.1.2014, XII ZB 519/13, FamRZ 2014, 652 Rdnr. 8) und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

1. Das Beschwerdegericht hat unter Bezugnahme auf die amtsgerichtliche Entscheidung zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Betroffene leide zwar an einer depressiven Episode. Er sei aber unbeschränkt geschäftsfähig und in der Lage, eine (Vorsorge-)Vollmacht zu erteilen. Von der Möglichkeit, eine Vollmacht zu erteilen, habe er im Übrigen sowohl im Betreuungsverfahren als auch im Zwangsversteigerungsverfahren Gebrauch gemacht. Gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB sei die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung nicht erforderlich, wenn ein Betroffener geschäftsfähig sei, Vollmachten erteilen und sich alternative Hilfen beschaffen könne. So liege es hier. Der Betroffene vermöge einer Person seines Vertrauens eine Vollmacht in den Angelegenheiten zu erteilen, die er selbst nicht erledigen könne. Dass eine solche Person nicht zur Verfügung stehe, sei nicht hinreichend dargetan. Der Vortrag, die Familienangehörigen hätten im Hinblick auf die damit verbundene Verantwortung Bedenken geäußert, sei jedenfalls nicht ausreichend.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts, wonach gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB die Betreuung nicht erforderlich ist, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Daher erübrigt sich eine Betreuungsanordnung jedenfalls dann, wenn der Betroffene noch in der Lage ist, eine Person seines Vertrauens mit der Wahrnehmung der Angelegenheiten zu beauftragen und ein besonderes Bedürfnis für die mit der Betreuung verbundene gerichtliche Kontrolle nicht ersichtlich ist (Senatsbeschluss vom 21.11.2013, XII ZB 481/12, FamRZ 2014, 294 Rdnr. 11 m. w. N.).

b) Die Annahme des Beschwerdegerichts, nach diesen Maßstäben sei eine Betreuung im vorliegenden Fall nicht erforderlich, hat hingegen keinen Bestand.

aa) Nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen leidet der Betroffene jedenfalls unter einer psychi-

schen Krankheit im Sinne des § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB, aufgrund derer er zumindest teilweise nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten zu besorgen. Er ist allerdings nach wie vor geschäftsfähig und damit in rechtlicher Hinsicht instande, Vollmachten zu erteilen.

Die von der Rechtsbeschwerde hiergegen geltend gemachten Verfahrensrügen greifen nicht durch. Insbesondere gehen die auf § 280 FamFG gestützten, gegen das amtsärztliche Gutachten und dessen Verwertung geführten Angriffe der Rechtsbeschwerde schon deshalb ins Leere, weil der Anwendungsbereich dieser Vorschrift mangels Bestellung eines Betreuers oder Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht eröffnet war. Auch ein Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG liegt insoweit nicht vor. Die von der Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang angeführten Umstände führen nicht dazu, dass das Beschwerdegericht zur Frage der Geschäftsfähigkeit weitere Ermittlungen hätte anstellen müssen.

bb) Das Beschwerdegericht hat aber zu Unrecht von der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen und der daraus folgenden Möglichkeit, eine (Vorsorge-)Vollmacht zu erteilen, darauf geschlossen, dass es an einem Betreuungsbedarf fehlt.

Ist ein Betroffener in der von § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB erfassten Art und Weise an der eigenverantwortlichen Erledigung seiner Angelegenheiten ganz oder teilweise gehindert und liegt ein Betreuungsbedürfnis vor, kann die Erforderlichkeit der Betreuung nur dann gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB verneint werden, wenn konkrete Alternativen im Sinne dieser Vorschrift bestehen. Daher ist das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen und die damit einhergehende rechtliche Möglichkeit der Bevollmächtigung nicht ausreichend. Vielmehr muss es auch tatsächlich mindestens eine Person geben, welcher der Betroffene das für eine Vollmachterteilung erforderliche Vertrauen entgegenbringt und die zur Übernahme der anfallenden Aufgaben als Bevollmächtigter bereit und in der Lage ist.

Hierzu fehlt es – wie die Rechtsbeschwerde zu Recht rügt – an ausreichenden tatrichterlichen Feststellungen. Der amtsgerichtliche Beschluss erwähnt zwar die „Familienangehörigen“, ohne sich aber zum Vertrauensverhältnis, zur Eignung als Bevollmächtigte und dazu zu verhalten, ob sie als solche zur Verfügung stehen würden. Das Beschwerdegericht wiederum beschränkt sich insoweit auf den Hinweis, das Fehlen einer zu bevollmächtigenden Person sei „nicht hinreichend dargetan“. Dabei geht es offensichtlich unzutreffend von einer entsprechenden Vortragslast des die Betreuung beantragenden Betroffenen aus und verkennt damit grundlegend die aus § 26 FamFG folgende Verpflichtung des Gerichts, von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. [15]. Die Sache ist gemäß § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG zur Nachholung der bislang unterbliebenen Feststellungen an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

(...)

9. BGB § 1767 Abs. 1, § 1768 Abs. 1, § 1770 (*Adoption der erwachsenen Nichte durch den Onkel*)

Zur sittlichen Rechtfertigung einer Erwachsenenadoption im Verhältnis von Onkel und Nichte.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.6.2015, 10 UF 272/15

Die im Jahr 1988 geborene Anzunehmende und der im Jahr 1959 geborene Annehmende, die beide deutsche Staatsangehörige sind,

haben mit notarieller Urkunde vom 17.10.2014 die Annahme als Kind beantragt.

Das Familiengericht hat den Adoptionsantrag nach Anhörung der Beteiligten zurückgewiesen. In den Gründen seiner Entscheidung hat das Gericht ausgeführt, dass das von den Beteiligten geschilderte gute Verhältnis sich nicht von dem eines gut gepflegten Verwandtschaftsverhältnisses unterscheidet und sich eine Adoption angesichts der guten Beziehung zu den leiblichen Eltern verbiete. Darüber hinaus sah das Familiengericht steuer- und erbrechtliche Motive im Vordergrund. Wegen der Einzelheiten wird auf die erstinstanzliche Entscheidung Bezug genommen.

Mit ihrer Beschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1 und 2 ihr Adoptionsanliegen weiter. Sie tragen vor, dass die Anzunehmende bereits seit Jahrzehnten ein tiefes und inniges Verhältnis zu dem Beteiligten zu 2, dem Bruder ihres Vaters, hat. Der Beteiligte zu 2 sei ledig und lebe in unmittelbarer Nachbarschaft im Haushalt seiner 81- bzw. 80-jährigen Eltern. Bereits als Kind sei die Beteiligte zu 1 in diesen Haushalt integriert gewesen und erledige jetzt die anfallenden Hausarbeiten. Die Anzunehmende habe von dem Beteiligten zu 2 intensive Unterstützung im schulischen und beruflichen Bereich erfahren; ohne diese wäre der berufliche Aufstieg bis zur Forschungsassistentin an der Ostbayerischen Technischen Hochschule nicht realisierbar gewesen. In ihrer Freizeit würde die Beteiligte zu 1 zusammen mit ihrem Onkel in dessen Forstwirtschaft arbeiten, wodurch ebenfalls eine enge Vater-Tochter-Beziehung entstanden sei. Die leiblichen Eltern der Beteiligten zu 1 seien mit der Adoption einverstanden; es sei sogar ein Umzug mit ihrem Lebensgefährten und den beiden gemeinsamen Kindern vom elterlichen Haus in ein renoviertes Bauernhaus des Beteiligten zu 2 geplant. Wegen der Einzelheiten wird auf den schriftlichen Sachvortrag verwiesen.

Der Senat hat die Beteiligten zu 1 und 2 persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Sitzungsvermerk vom 28.5.2015 Bezug genommen.

Die Eltern der Beteiligten zu 1 haben sich im vorliegenden Verfahren nicht geäußert.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde führt zur Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Annahme als Kind gemäß §§ 1767, 1770 BGB liegen vor.

Nach diesen Vorschriften kann ein Volljähriger als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entwickelt hat (§ 1767 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Anderenfalls muss bei objektiver Betrachtung bestehender Bindungen und ihrer Entwicklungsmöglichkeiten das Entstehen einer solchen Beziehung für die Zukunft zu erwarten sein (vgl. OLG Köln, FGPrax 2011, 297 m. w. N.). Das Erfordernis der sittlichen Rechtfertigung beruht darauf, dass die Herstellung familienrechtlicher Beziehungen nicht der freien Disposition der Beteiligten überlassen bleiben soll (vgl. *Palandt/Götz*, 74. Aufl., § 1767 Rdnr. 2).

Entscheidend kommt es auf die Herstellung eines sozialen Familienbandes an, das seinem Inhalt nach dem durch die natürliche Abstammung geschaffenen Band ähnelt, das unter Erwachsenen wesentlich durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand geprägt ist, den sich leibliche Eltern und Kinder typischerweise gegenseitig leisten (vgl. BayObLG, FamRZ 1980, 1158; BayObLGZ 2002, 243). Maßgebend ist eine dauernde innere seelisch-geistige Verbundenheit, wie sie zwischen Eltern und Kind auch nach dessen Volljährigkeit prägend bleibt.

Das familienbezogene Motiv muss entscheidender Anlass für die Annahme sein. Nebenzwecke schaden hierbei nicht, solange der familienbezogene Zweck überwiegt.

Der Senat ist insbesondere nach dem Ergebnis der persönlichen Anhörung der Beteiligten zu der Überzeugung gelangt, dass zwischen der Anzunehmenden und dem Annehmenden eine von gegenseitigem unbedingtem Beistand getragene dauernde Verbundenheit besteht. Beide haben übereinstimmend geschildert, dass die Anzunehmende sich bereits als Kind regelmäßig im Haushalt des Anzunehmenden aufgehalten und mit ihm zusammen die Schulaufgaben erledigt hatte. Die Anzunehmende hat geschildert, dass sie dem Annehmenden ihren schulischen und beruflichen Werdegang verdanke und von ihm in allen Lebenssituationen unterstützt worden sei. Sie unterstütze und helfe ihm nun ihrerseits, insbesondere bei der Hausarbeit und der Betreuung seiner hilfsbedürftigen Eltern. Für sie sei es auch selbstverständlich, ihren Onkel im Pflegefall zu versorgen, ebenso wie die Großeltern. Beide Beteiligten haben berichtet, dass sie gemeinsam die Forstwirtschaft des Annehmenden betreiben und die Begeisterung hierfür teilen. Auch seien sie derzeit dabei, ein im Eigentum des Annehmenden stehendes Bauernhaus zu renovieren und als Wohnhaus für die Anzunehmende und ihre Familie herzurichten.

Diese Erklärungen der Beteiligten weisen nach Auffassung des Senats auf eine anhaltende, von gegenseitiger Unterstützung geprägte innere Verbundenheit hin, die über die gewöhnliche Beziehung zwischen Onkel und Nichte hinausgeht und einer Familienbindung zwischen Eltern und erwachsenem Kind ähnelt.

Dass die Anzunehmende derzeit noch bei ihren leiblichen Eltern lebt und zu diesen nach wie vor gute Beziehungen pflegt, steht der sittlichen Rechtfertigung der Adoption nicht entgegen. Insbesondere ist zu sehen, dass bei einer Erwachsenenadoption die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen zu seinen Verwandten nicht berührt werden und auch die wechselseitigen Erb- und Unterhaltsansprüche zu den leiblichen Eltern bestehen bleiben. Da auch zwischen dem Annehmenden und den leiblichen Eltern der Beteiligten zu 1 ein gutes Verhältnis besteht, der Annehmende selbst keine Kinder hat, sind Loyalitätskonflikte nicht zu befürchten.

Auch liegt in dem Umstand, dass der Annehmende als tragende Erwägung für die Adoption anführt, jemanden im Alter haben zu wollen, der für ihn Sorge, kein sittlich missbilligenswerter Zweck, zumal die mit der Annahme als Kind bezweckte Etablierung einer Eltern-Kind-Beziehung gerade auch gegenseitigen Beistand und Unterstützung nicht nur in Notfällen beinhaltet.

Dass steuerliche oder finanzielle Aspekte allein oder überwiegende Beweggründe der Adoption sind, ist nicht erkennbar. Nebenzwecke, wie die Erwägung des Annehmenden, die Anzunehmende als Erbin und als Bezugsberechtigte seiner Lebensversicherungen einzusetzen, sind unschädlich, solange der familienbezogene Zweck überwiegt.

Nach Abwägung aller Umstände gelangt der Senat entgegen der Ansicht des Familiengerichts zu der Auffassung, dass die für die Adoption sprechenden Gründe deutlich überwiegen. Dass die Annahme dem Wohl der Anzunehmenden dient, ergibt sich bereits aus dem Antrag der Anzunehmenden (§ 1768 Abs. 1 BGB). Die Adoption ist daher sittlich gerechtfertigt.

Der Beschluss des Familiengerichts Regensburg war daher abzuändern und die Adoption auszusprechen.

(...)

10. BGB § 2077 Abs. 1 und 3, §§ 2079, 2080, 2270 (*Zum Anfechtungsrecht einer Erbeinsetzung der ersten Ehefrau durch die zweite Ehefrau*)

- 1. Die Bestimmung von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, dass ihre Verfügungen auch für den Fall der Ehescheidung gelten sollen, lässt nicht den Schluss darauf zu, dass die Verfügung auch für den Fall der Wiederverheiratung eines Ehegatten fortbestehen sollte.**
- 2. Die Anfechtung der Verfügung in dem gemeinschaftlichen Testament durch den zweiten Ehegatten ist nicht davon abhängig, dass die Anfechtung zur Wirksamkeit einer späteren testamentarischen Erbeinsetzung des zweiten Ehegatten führt.**

OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.2014, I-15 W 14/14

Die Beteiligte zu 1 ist die erste Ehefrau des Erblassers. Beide errichteten am 3.9.20.. ein handschriftliches und von beiden Ehegatten unterschriebenes Testament, in dem sie sich unter (1) gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzten und unter (2) „unseren Sohn N“ zum Erben des Zuletztversterbenden sowie zu Ersatzerben dessen Abkömmlinge bestimmten.

Am 20.10.20.. schlossen sie vor dem Notar T in F einen Ehevertrag, in dem es auszugsweise heißt:

„Die Erschienenen zu 1 und 2 haben am 4.6.19.. die Ehe geschlossen ...

Die Ehefrau ist die Mutter des Kindes N, geb. 20.01.19..

N ist von dem Ehemann rechtswirksam adoptiert worden.

Zur einverständlichen Regelung des Güterstandes und ihrer vermögensrechtlichen Verhältnisse treffen die Parteien die nachfolgende Regelung, die auch dann Bestand haben soll, wenn die Eheleute sich scheiden lassen, unbeschadet des Rechts der Eheleute, die Vereinbarung ganz oder zum Teil einverständlich aufzuheben und/oder abzuändern. ...

§ 6 *Erbrecht/Pflichtteilsrecht*. Der beurkundende Notar verwies die Beteiligten darauf, dass das gesetzliche Erb- bzw. Pflichtteilsrecht der Beteiligten bezüglich des Nachlasses des anderen mit der Ehescheidung, ggf. schon mit der Einreichung des Antrages auf Ehescheidung, entfällt. Der Notar belehrte des Weiteren darüber, dass testamentarische und erbvertragliche Regelungen zwischen Eheleuten ggf. auch schon mit Einreichung des Antrages auf Ehescheidung unwirksam werden.“

Am selben Tag, den 20.10.20..., fertigten der Erblasser und die Beteiligte zu 1 auf der Rückseite ihres am 3.9.20.. auf einem Blatt der Rechtsanwaltskanzlei „B und G“ – zu der u. a. der Notar T gehörte – errichteten Testaments einen handschriftlichen und von beiden Ehegatten unterschriebenen Nachtrag mit folgendem Wortlaut:

„Unsere vorstehenden umseitigen letztwilligen Verfügungen sollen auch für den Fall der Ehescheidung gelten.“

Die Ehe des Erblassers mit der Beteiligte zu 1 wurde am 26.9.20.. rechtskräftig geschieden.

Am 9.12.20.. heiratete der Erblasser die Beteiligte zu 2. Mit dieser errichtete er am 10.1.20.. ein gemeinsames notarielles Testament, in dem er und die Beteiligte zu 2 unter Nr. 1. „vorsorglich alle etwa bisher getroffenen von Todes wegen“ widerriefen. Unter 2. („Erster Erbfall“) bestimmte der Erblasser seinen Neffen T zu seinem alleinigen Erben und setzte zugunsten der Beteiligte zu 2 ein Vermächtnis aus, nachdem sie ein lebenslängliches, unentgeltliches Wohnungsrecht an sämtlichen Räumen des Hauses L-Straße in B erhalten sollte; die Beteiligte zu 2 setzte den Erblasser zu ihrem Schlusserben ein; die Erbeinsetzung des Erblassers durch die Beteiligte zu 2 und die Vermächtnisaussetzung zugunsten der Beteiligte zu 2 durch den Erblasser sollten wechselbezüglich sein. Unter 3. (Schlusserbfall) setzten beide Eheleute T ein und bestimmten, dass die Schlusserbeinsetzung nicht wechselbezüglich sein solle.

Nach dem Tod des Erblassers am 14.2.20.. eröffnete das Nachlassgericht am 21.3.20.. die beiden oben genannten Testamente. Am 9.4.20.. beantragte die Beteiligte zu 1 zur Niederschrift des Notars X in E die Erteilung eines Erbscheins, nachdem sie den Erblasser allein beerbt

hat. Dabei führte sie u. a. aus, ihrer Meinung nach sei der Widerruf ihrer Erbinsetzung in dem Testament des Erblassers vom 10.1.20.. wegen der Bindungswirkung des Testaments vom 3.9./20.10.20.. unwirksam.

Mit Schreiben vom 24.5.20.. erklärte die Beteiligte zu 2 gegenüber dem Nachlassgericht die Anfechtung des Testaments vom 3.9./20.10.20.. unter Berufung auf § 2079 Satz 1 BGB, weil sie als Pflichtteilsberechtigte übergangen worden sei, sowie auf § 2078 Abs. 1 BGB, weil der Erblasser mit seinem Testament vom 3.9./20.10.20.. keine Erklärung dahin habe abgeben wollen, dass dieses Testament auch dann gelten sollte, wenn ein Ehegatte nach Scheidung eine neue Ehe schließt. Nachdem er im Testament begünstigte T dieses Schreiben vom 24.5.20.. erhalten hatte, schlug er (...) die Erbschaft nach dem Erblasser aus. (...)

Mit Beschluss vom 15.11.2013 stellte das Nachlassgericht die zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1 am 9.4.2013 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen fest.

Gegen diese ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 19.11.20.. zugestellte Entscheidung richtet sich die am 19.12.20.. bei dem Nachlassgericht eingegangene Beschwerde der Beteiligten zu 2, die sich ihrerseits auf das gemeinschaftliche notarielle Testament vom 10.1.20.. des Erblassers mit ihr beruft. Hinsichtlich ihrer Beschwerdebefugnis macht sie u. a. geltend, aufgrund der Ausschlagungserklärung des T eine rechtliche Stellung als Miterbin zu haben.

Aus den Gründen:

II.

(...)

In der Sache ist die Beschwerde begründet und führt zur Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 1, weil das privatschriftliche Ehegattentestament, das der Erblasser am 3.9./20.10.20.. mit der Beteiligten zu 1 gefertigt hat, unwirksam ist.

In diesem gemeinschaftlichen Testament hatten sich die damaligen Eheleute H gegenseitig zu Vollerben eingesetzt und außerdem übereinstimmend den Sohn der Beteiligten zu 1, den der Erblasser adoptiert hat, als Schlusserben des zuletzt versterbenden Ehegatten bestimmt (§ 2269 Abs. 1 BGB, sog. Berliner Testament). Die in dem Testament verfügte Erbinsetzung der Beteiligten zu 1 durch den Erblasser ist im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB wechselbezüglich zu der letztwilligen korrespondierenden Verfügung der Beteiligten zu 1. Wechselbezüglichkeit im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die des anderen getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen Verfügung stehen oder fallen soll. Hiervon ist vorliegend mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen, vgl. § 2270 Abs. 2 1. Alt. 1 BGB.

a) Dieses Testament ist nicht aufgrund der Scheidung der Ehe des Erblassers mit der Beteiligten zu 1 unwirksam geworden. § 2077 Abs. 1 BGB enthält nämlich eine dispositive Auslegungsregel entsprechend dem vom Gesetz vermuteten wirklichen Willen des Erblassers, der auf Hinfalligkeit des den Ehegatten begünstigenden Testaments für den Scheidungsfall gerichtet ist. Ein hypothetischer Wille ist aber nur dann von Bedeutung, wenn ein irrtumsfreier Wille fehlt. Zur Weitergeltung der letztwilligen Verfügung ist erforderlich und genügend, wenn sie der Erblasser auch für den Fall der Eheauflösung getroffen hat oder hätte (BGH, FamRZ 1960, 28). Letzteres ist hier der Fall. Der Erblasser und seine damalige Ehefrau haben nämlich am 20.10.20.. ihr gemeinsames Testament entsprechend der Regelung in § 2077 Abs. 3 BGB ausdrücklich ergänzt.

b) Deshalb konnte sich der Erblasser von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments nur dadurch befreien,

dass er seine in dem gemeinschaftlichen Testament getroffene letztwillige Verfügung nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2296 BGB widerrief (§ 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zwar hat der Erblasser in dem notariellen Testament vom 10.1.20... vorsorglich alle bisher getroffenen Verfügungen von Todes wegen widerrufen. Gemäß § 2296 Abs. 2 BGB war diese beurkundungsbedürftige Widerrufserklärung aber der Beteiligten zu 1 gegenüber abzugeben. Die in Abwesenheit des Erklärungsempfängers abgegebene Erklärung bedurfte zu ihrer Wirksamkeit nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB des Zugangs bei der Beteiligten zu 1. Gemäß § 132 Abs. 1 BGB gilt eine Willenserklärung auch dann als zugegangen, wenn sie durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung zugestellt worden ist. Die Wirksamkeit einer solchen Zustellung setzt nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 31, 5 = NJW 1960, 33; BGHZ 36, 201 = NJW 1962, 736; BGHZ 48, 374 = NJW 1968, 496), der sich der Senat angeschlossen hat (NJW-RR 1991, 1480 = FamRZ 1991, 1486 m. w. N.), voraus, dass die Widerrufserklärung dem Erklärungsempfänger in (Urschrift oder) Ausfertigung übermittelt werden muss; die Übergabe einer beglaubigten Abschrift reicht hingegen nicht aus. Darüber hinaus kann jeder Ehegatte die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen grundsätzlich nur zu Lebzeiten des anderen Ehegatten frei widerrufen. Nach der Rechtsprechung des BGH (a. a. O.) ist § 130 Abs. 2 BGB im Falle der Zustellung einer Widerrufserklärung nach dem Tode des widerrufenden einschränkend dahin auszulegen, dass § 130 Abs. 2 BGB nur solche Fälle erfasst, bei denen sich diese Willenserklärung beim Tode des Erklärenden bereits „auf dem Weg“ zum Adressaten befindet und der Zugang alsbald nachfolgt. Dies hat seine Rechtfertigung darin, dass nach § 2271 Abs. 2 BGB das Widerrufsrecht des Überlebenden mit dem Tode des anderen Ehegatten erlischt, sofern es ihm nicht ausdrücklich vorbehalten worden war oder die in §§ 2294, 2335, 2336 BGB aufgeführten Gründe ihn auch noch nach diesem Zeitpunkt zum Widerruf berechtigen; die zeitlich begrenzte Widerrufsmöglichkeit des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB erstrebt also den Schutz des testamentstreuern Partners, in dessen Interesse möglichst bis zum Tode des Vorversterbenden die Frage der Testamentsfortdauer und -bindung geklärt sein soll (Senat a. a. O.). Vorliegend kann dahinstehen, ob die Widerrufserklärung der Beteiligten zu 1 formgerecht übermittelt worden ist. Jedenfalls befand sie sich nicht beim Tod des Erblassers auf dem Weg und ist damit verspätet der Beteiligten zu 1 übermittelt worden.

c) Das Testament vom 3.9./20.10.20.. ist aber unwirksam, weil die nach § 2080 Abs. 3, § 2079 Satz 1 BGB anfechtungsberechtigte Beteiligte zu 2 es wirksam angefochten hat. Die von ihr formgerecht gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2081 Abs. 1 BGB) am 24.5.20.. schriftlich erklärte Anfechtung führt gemäß § 142 Abs. 1 BGB dazu, dass die vom Erblasser im gemeinschaftlichen Testament vom 3.9./20.10.20.. verfügte Erbinsetzung der Beteiligten zu 1 als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Die Anfechtung ist auch fristgerecht. Die Jahresfrist gemäß § 2082 Abs. 1 BGB ist eingehalten, da diese Frist erst mit dem Tod des Erblassers am 14.2.2013 in Lauf gesetzt wurde (§ 2082 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Die Anfechtung ist sachlich begründet, weil der Anfechtungsgrund nach § 2079 Satz 1 BGB durchgreift. Nach dieser Vorschrift kann eine letztwillige Verfügung u. a. dann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, der erst nach der Errichtung pflichtteilsberechtigter geworden ist. Der Tatbestand dieses Anfechtungsgrundes liegt hier zweifelsfrei vor, weil die Beteiligte zu 2 erst dadurch pflichtteilsberechtigt

geworden ist, dass sie am 9.12.20.. die Ehe mit dem Erblasser geschlossen hat (§ 2303 Abs. 2 BGB). Die so begründete Anfechtung ist nach § 2079 Satz 2 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde. Diese Vorschrift begründet eine gesetzliche Vermutung dafür, dass der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage den neu hinzugekommenen Pflichtteilsberechtigten nicht übergangen hätte, seine Unkenntnis also kausal für die getroffene Verfügung war. Das Vorbringen der Beteiligten gibt keinen konkreten Anhaltspunkt für die Annahme, dass der Erblasser, hätte er seine Wiederverheiratung vorausgesehen, die Beteiligte zu 2 als seine neue Ehefrau gleichwohl weiterhin von der Erbfolge hätte ausschließen wollen. Eine solche Annahme lässt sich insbesondere nicht auf den Nachtrag zum gemeinschaftlichen Testament vom 20.10.20.. stützen, der eine Fortgeltung der gemeinschaftlichen Verfügungen auch für den Fall der Ehescheidung vorsieht. Denn die Begründung einer weiteren ehelichen Lebensgemeinschaft ist eine völlig neue Lebenssituation. Mag der Erblasser für den Fall der Scheidung seiner ersten Ehe seine letztwillige Verfügung hat fortbestehen lassen wollen, so spricht nach der Lebenserfahrung nichts dafür, dass er auch im Falle einer Wiederverheiratung seine neue Ehefrau erbrechtlich übergehen wollte. Gerade diese Lebenserfahrung drückt sich auch in dem Anfechtungsgrund des § 2079 Satz 1 BGB aus. Darüber hinausgehende tatsächliche Anknüpfungspunkte für eine abweichende subjektive Bewertung seiner Lebenssituation durch den Erblasser bezogen auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung lassen sich auch dem eigenen Vorbringen der Beteiligten zu 1 nicht entnehmen. Die Kausalität seiner fehlenden Voraussicht einer künftigen Eheschließung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Erblasser die Beteiligte zu 2 in seinem Testament vom 10.1.20.. nicht als Erbin eingesetzt hat. Denn es steht fest, dass der Erblasser die Beteiligte zu 2 als seine zweite Ehefrau maßgeblich an seinem Nachlass durch die Zuwendung eines Wohnrechts an seiner Eigentumswohnung hat beteiligen wollen. Der Gesichtspunkt, dass er dafür die Form eines Vermächtnisses gewählt hat, ändert nichts an seinem erkennbaren Willen, die ausschließliche, gerade nicht durch ein Vermächtnis belastete Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 nicht fortbestehen lassen zu wollen. Es gibt keinen tragfähigen Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung am 3.9./20.10.20.. bei Voraussicht seiner künftigen Lebensentwicklung eine andere Bewertung vorgenommen hätte.

Die gesetzliche Vorschrift des § 2079 BGB sieht keine Beschränkung des Anfechtungsrechts vor, die über den vorstehend beschriebenen Gesichtspunkt einer im Verfahren etwa festzustellenden Kausalität der Fehlvorstellung des Erblassers hinausgeht. Das Anfechtungsrecht der Beteiligten zu 2 ist nach § 2080 Abs. 1 BGB lediglich davon abhängig, dass ihr die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustattenkommt. Dies ist durch einen Vergleich mit der Rechtslage zu beurteilen, wie sie sich infolge der Anfechtung darstellen würde (BGH, NJW 1985, 2025). Dafür reicht hier aus, dass die Beteiligte zu 2 bei Unwirksamkeit des Testamentes vom 3.9./20.10.20.. als gesetzliche Miterbin berufen ist. Denn für die Annahme, dass der Erblasser in seinem Testament vom 10.1.20.. anstelle seines durch Ausschlagung weggefallenen Neffen T einen Ersatzerben hat berufen wollen, fehlt jeglicher Anhaltspunkt. Demgegenüber erhielt die Beteiligte zu 2 bei Wirksamkeit des Testamentes vom 3.9./20.10.20.. nichts, weil dann die Wechselbezüglichkeit der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 zur Unwirksamkeit der Vermächtniszurwendung an die Beteiligte zu 2 führen würde (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB analog). Der Senat kann deshalb nicht der Auffassung des AG folgen, dass die Wirksamkeit der Anfechtung davon abhängig

ist, dass diese zur Wirksamkeit einer späteren testamentarischen Erbeinsetzung des Anfechtungsberechtigten führt.

(...)

Anmerkung:

I. Eine unüberlegte Gestaltung als Basis von allem, Lücken in der Argumentation des Gerichts und am Ende das aus meiner Sicht richtige Ergebnis:

1. Den grundlegenden Fehlgriff begingen die Rechtsberater der Ehegatten, als sie ihre Klienten nicht von dem nur aus einem Satz bestehenden Testament vom 20.10.2003 abhielten, ihnen wahrscheinlich sogar bei der Errichtung dieses Testaments halfen: Welchem nicht durch juristische Ausdrucksweisen Vorbelasteten würde eine Formulierung wie „unsere vorstehenden umseitigen letztwilligen Verfügungen...“ einfallen?

Dieses Testament musste nach der Ehescheidung beim Tod des erstversterbenden Ehegatten geradezu zwangsläufig zu einem Rechtsstreit führen, denn es hinterließ jeden Ehegatten in der Hoffnung, der Überlebende zu sein, entweder (meines Erachtens wenig wahrscheinlich) in Kenntnis der zweifelhaften Rechtslage als Partner eines seltsamen Spekulationsgeschäfts, oder (eher wahrscheinlich) in völliger Ahnungslosigkeit zu den beiden Fragen, wie jeder selbst von dem Testament vom 3.9.2003 loskommen konnte und inwieweit der jeweils andere Ehegatte an dieses Testament gebunden war. Die gleichzeitig in § 6 des Ehevertrags gegebenen Hinweise waren für den konkreten Fall nicht nur unbrauchbar, sondern führten eher sogar in die Irre.

2. Die unglücklichen Lücken gehen auf Rechnung des OLG Hamm: Das OLG stützt seine Feststellung, dass das Testament vom 3.9.2003/20.10.2003 trotz der Ehescheidung weitergilt, auf § 2077 Abs. 3 BGB, obwohl § 2268 BGB als besondere Vorschrift für das gemeinschaftliche Testament mit weitergehenden Rechtsfolgen § 2077 BGB insgesamt als *lex specialis* vorgeht.¹ Die Feststellung des OLG Hamm, die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten gälten als wechselbezügliche Verfügungen trotz Ehescheidung weiter, mündet aber in eine nach dem Urteil des BGH vom 7.7.2004² mögliche Auslegung des § 2268 Abs. 2 BGB. Von diesem Ausgangspunkt aus führt die Anfechtung der zweiten Ehefrau etwas zu einfach zur Unwirksamkeit der Erbeinsetzung im gemeinschaftlichen Testament.

3. Im Ergebnis ist die Entscheidung aus meiner Sicht richtig, weil bei Unwirksamkeit oder nach wirksamem Widerruf des Testamentes vom 3.9.2003 die erste Ehefrau des Erblassers erst recht nicht Alleinerbin geworden wäre; mehr wurde nicht entschieden.

II. Nach § 2268 Abs. 1 BGB wird ein gemeinschaftliches Testament durch die Ehescheidung in der Regel „seinem ganzen Inhalt nach“ unwirksam. Nach § 2268 Abs. 2 BGB bleiben die Verfügungen „insoweit wirksam, als anzunehmen ist, dass sie auch für diesen Fall getroffen sein würden“.

¹ So jedenfalls die ganz überwiegende Meinung: *Muscheler*, DNotZ 1994, 733, 735 f.; *J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2268 BGB Rdnr. 2; *NK-BGB/Radlmayr*, 4. Aufl., § 2268 Rdnr. 2; *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2268 Rdnr. 1 (entgegen der dort vertretenen Meinung, es handle sich bei § 2268 um eine widerlegbare Auslegungsregel, dürfe ihr Charakter als dispositive Vorschrift die stärkeren Argumente für sich haben, s. zuletzt *J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2268 Rdnr. 3); a. A. OLG Hamm, OLGZ 1992, 272, 278.

² BGH, Urteil vom 7.7.2014, IV ZR 187/03, BGHZ 160, 33 = ZEV 2004, 423 = DNotZ 2005, 51.

Ob wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament nach § 2268 Abs. 2 BGB überhaupt als wechselbezügliche Verfügungen wirksam bleiben können, ist umstritten.³ Das ist ausgiebig erörtert und bedarf hier keiner Darlegung, weil der historische Gesetzgeber schon allgemein Verfügungen nach § 2268 Abs. 2 BGB nur unter ganz engen Voraussetzungen aufrechterhalten wollte: Der Entwurf I zum BGB enthielt in § 1913 noch eine ausdrückliche Vorschrift, dass mehrere Personen nicht gemeinsam testieren können. Das gemeinschaftliche Testament wurde durch die II. Komm. in das Gesetz aufgenommen.⁴ Zunächst war von der II. Komm. eine Vorschrift vorgesehen, dass das gemeinschaftliche Testament mit der Auflösung der Ehe zwingend seine Gültigkeit verlor.⁵ Die Mehrheit der Kommission wollte es bei diesem strikten Wortlaut belassen, kam dann jedoch der Minderheit entgegen: „Man hatte erwogen, dass in dem gemeinschaftlichen Testamente letztwillige Verfügungen getroffen sein könnten, die außer jedem Zusammenhange mit der Ehe der Erblasser ständen und daher nach dem Willen der Erblasser auch dann bestehen sollten, wenn die Ehe vor ihrem Tode aufgelöst werde. Dem beschloß man durch einen dem § 1783 Abs. 3 entsprechenden Zusatz Rechnung zu tragen.“⁶ Und das alles zu einer Zeit, zu der als „ordentliche Testamentsform“ nur gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgesehen war (denn das eigenhändige Testament wurde erst durch die Reichstagskommission in das Gesetz aufgenommen⁷).

An die „Auspielung“ der beiderseitigen Vermögen der inzwischen geschiedenen Ehegatten auf den Tod des Erstversterbenden von ihnen (mit beiderseitigem Recht zur „Kündigung“ unter Aufgabe der eigenen „Gewinnchance“ in der Form des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB⁸) war jedenfalls nicht gedacht.

III. Wenden wir den Blick vom Gesetz und von der Absicht des Gesetzgebers zur Interessenlage der damaligen Ehegatten

3 Dafür BGH, Urteil vom 7.7.2004, IV ZR 187/03, BGHZ 160, 33 = ZEV 2004, 423 = DNotZ 2005, 51 mit zust. Anm. von Musielak, LMK 2004, 208 und Schlitt, ZEV 2005, 96, 98; Müller, Rpfleger 2005, 493; Zimmer in der zust. Anm. zum Beschl. des OLG Hamm, Beschluss vom 24.4.2015, I-15 W 455/14; ErbR 2015, 258. Dagegen Muscheler, DNotZ 1994, 733; Kuchinke, DNotZ 1996, 306; Kanzleiter, ZEV 2005, 182; Klein, Das gemeinschaftliche Testament: Form und Bindung, 2015, S. 348 ff. (Diss. Bochum, 2014); Erman/M. Schmidt, BGB, § 2268 Rdnr. 5; jurisPk-BGB/Reymann, 6. Aufl., § 2268 Rdnr. 16; ausführlich J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2268 BGB Rdnr. 12 ff. m. w. N. in Fn. 52. Vermittelnde Lösung, auch über das Weiterbestehen der Wechselbezüglichkeit entscheide der Wille der Ehegatten, Keim, ZEV 2004, 425; Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, § 2268 Rdnr. 9; „wenn überhaupt, dann jedenfalls nur so“, J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, a. a. O., § 2268 BGB Rdnr. 17. Wenn eine Verfügung nach der Ehescheidung als wechselbezügliche Verfügung weiterbestehen würde, ergäbe sich aus § 2271 BGB, dass sie nicht durch einfaches neues Testament widerrufen werden könnte.

4 Prot. V, S. 424 ff.

5 Prot. V, S. 425, 446: „Das gemeinschaftliche Testament verliert seine Gültigkeit, wenn die Ehe der Erblasser anders als durch den Tod gelöst wird.“

6 Prot. V, S. 448; § 1783 Abs. 3 des Entwurfs I lautete: „Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Wille des Erblassers erhellt, dass die letztwillige Verfügung auch in dem eingetretenen Falle Geltung haben soll.“

7 Siehe nur Planck/Ritgen, BGB, 1. und 2. Aufl., Vorbem. II vor § 2229.

8 Die ganze Diskussion über die Möglichkeit wechselbezüglicher Verfügungen nach der Ehescheidung wollte ich nicht wiederholen. Wenn § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB weiterhin herangezogen werden müsste: Ist § 2271 Abs. 1 BGB nicht in einer Weise formuliert, die darauf hindeutet, dass dem Gesetzgeber der Gedanke einer eventuellen Wechselbezüglichkeit nach der Ehescheidung fremd war?

und zu deren Überlegungen, als sie am 20.10.2003 testierten: „Unsere vorstehenden umseitigen letztwilligen Verfügungen sollen auch für den Fall der Ehescheidung gelten.“

Der gleichzeitig geschlossene Ehevertrag macht deutlich, dass sie eine Scheidung ihrer Ehe für möglich hielten. Offensichtlich wollten sie, dass ihr gemeinschaftliches Testament mit der gegenseitigen Erbeinsetzung auch über eine Scheidung hinaus inhaltlich weiter gültig bleiben sollte. Über die inhaltliche Regelung der Nachfolge hinaus hat die Anordnung einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament die (weitere) Rechtsfolge, dass der andere Ehegatte vor einem heimlichen Widerruf des gemeinschaftlichen letzten Willens durch § 2271 Abs. 1 BGB geschützt ist. Dieser gegenseitige Schutz des Vertrauens beruht zweifellos auf der zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung bestehenden Ehe. In seinem Urteil vom 7.7.2004⁹ hat der BGH in einem Fall, in dem es um die Zuwendung an ein gemeinschaftliches Kind ging, die Auffassung vertreten, dass die Wechselbezüglichkeit und ihre Folgen und damit der Vertrauensschutz nach der Ehescheidung unverändert fortbestehen. Aber dieses „Alles oder Nichts-Prinzip“ entspricht schon nicht dem Wortlaut des § 2268 Abs. 2 BGB („insoweit“) und würde regelmäßig nach dem Regel (Abs. 1)–Ausnahme (Abs. 2)–Verhältnis zur Folge der Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments insgesamt führen. Denn welcher vernünftige Ehegatte möchte sich nach der Ehescheidung, die nach Jahren eingetreten ist – im konkreten Fall nach acht –, um die Formalien des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments mit dem geschiedenen Ehegatten kümmern müssen, denen er sich damals (ohne konkretes Wissen) unterworfen hat?¹⁰ Schon die schlichte Anwendung von § 2268 Abs. 2 BGB führt deshalb in aller Regel zu dem Ergebnis, dass nur der sachliche Inhalt von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten nach der Ehescheidung wirksam bleibt, wenn das dem Willen oder dem hypothetischen Willen der Ehegatten entspricht.¹¹

IV. Aufgrund von § 2268 BGB ist das Vertrauen der damaligen Ehefrau auf ihre Erbeinsetzung im Testament vom 3.9.2003/20.10.2003 nicht mehr geschützt. Mit der Ehe ist die Basis für das gemeinschaftliche Testament entfallen, das Vertrauen in dessen Wirkungen deshalb nicht mehr schutzwürdig.

Selbst wenn die Bindung aus dem gemeinschaftlichen Testament weiterbestehen würde, müsste jeder Ehegatte damit rechnen, dass der andere Ehegatte (unter Verzicht auf seine „Gewinnchance“ für den Fall des Überlebens) das Testament nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB widerrufen würde. Im konkreten Fall hat die Ehefrau vom Willen ihres verstorbenen Ehemannes zum Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments und außerdem von dessen Anfechtung rechtzeitig Kenntnis erhalten, so dass sie ihrerseits über ihre Beerbung neu nachdenken konnte. Dass sich die Möglichkeit zur Anfechtung nach §§ 2078 ff. BGB, vor allem nach § 2079 BGB, auch gegen gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag richtet (siehe auch § 2281 BGB), räumt dem Willen des Erblassers und den Interessen neuer Pflichtteilsberechtigter im Rahmen

9 Siehe oben Fn. 2.

10 Auch die Anwendung von § 2270 Abs. 1 BGB könnte zu Erstaunen führen, wenn der andere Ehegatte nach der Ehescheidung widerruft; nicht in unserem Fall der gegenseitigen Einsetzung der Ehegatten, umso mehr aber, wenn beide Ehegatten jeweils die gemeinsamen Kinder eingesetzt haben.

11 Die strenge Auffassung des Gesetzgebers – siehe oben unter II. – hat in der Formulierung des § 2268 Abs. 2 BGB durchaus ihren Niederschlag gefunden.

dieser Vorschriften gegenüber den Interessen derjenigen den Vorrang ein, die in früheren bindenden Verfügungen bedacht wurden, und relativiert damit das Gewicht des Vertrauensschutzes insgesamt.

V. Die Entscheidung des OLG Hamm ist natürlich nur ein Zwischenschritt. Die rechtlichen Zweifel und die Meinungsverschiedenheiten über die Beerbung des Verstorbenen bestehen weiter.

1. Für denjenigen, der – wie ich – davon ausgeht, dass das gemeinschaftliche Testament vom 3.9.2003/20.10.2003 durch die Ehescheidung insgesamt unwirksam oder jedenfalls widerrufen worden ist, war das Testament des verstorbenen Ehemannes mit seiner zweiten Ehefrau vom 10.1.2012 wirksam. Nachdem der in diesem Testament eingesetzte Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hat und keine Anhaltspunkte für die Einsetzung von Ersatzerben bestehen, sind der Adoptivsohn des Erblassers und dessen zweite Ehefrau gesetzliche Erben je zur Hälfte geworden und der zweiten Ehefrau steht das Vermächtnis im Testament vom 10.1.2012 zu.

2. Für diejenigen, die – wie das OLG Hamm – gegen die Bindung an das gemeinschaftliche Testament erst die Anfechtung durch die zweite Ehefrau durchgreifen lassen, ist maßgebend, wie weit die Wirkungen der Anfechtung gehen:¹² vollständige Unwirksamkeit der angefochtenen Verfügung (wieder gesetzliche Erbfolge mit Vermächtnis für die zweite Ehefrau)? Unwirksamkeit nur zugunsten des gesetzlichen Erbteils der Anfechtenden? Unwirksamkeit nur insoweit, dass die spätere Verfügung zugunsten der Pflichtteilsberechtigten wirksam ist (also doch die erste Ehefrau als Alleinerbin, belastet mit dem Vermächtnis zugunsten der zweiten Ehefrau)?

Mit der Frage nach den Folgen der erfolgreichen Anfechtung hat sich das OLG Hamm nicht aufgehalten und deshalb die letzte Variante nicht in Betracht gezogen.

VI. Das „Kurztestament“ vom 20.10.2003 hat Hoffnungen geweckt und später Enttäuschungen und Verdruss verursacht. Es hat zur Folge, dass die Ressourcen der Rechtsprechung unnötig verschwendet wurden und werden. Dass die Rechtsbeschwerde zum BGH nicht zugelassen wurde, entspricht dem Bemühen der OLG, den BGH nicht unnötig zu belasten. Das Erbscheinsverfahren ist inzwischen wohl mit einem neuen Versuch wieder gestartet worden.

Ein Richter aus dem romanischen Rechtskreis würde – ohne eine Sekunde zu zögern – den Versuch einer Bindung über die Ehescheidung hinaus in einem solchen „Kurztestament“ als sittenwidrig einstufen (wenn nach seiner Rechtsordnung eine bindende Verfügung von Todes wegen nicht sowieso „verboten“ wäre). Deutsche Gerichte sollten im Interesse der Rechtssicherheit und zum Schutz der Beteiligten vor unerfreulichen Überraschungen und Enttäuschungen § 2268 Abs. 2 BGB auf die Fälle beschränken, die der Gesetzgeber des BGB im Auge hatte. Und die deutschen Rechtsberater sollten Ehegatten, die auch für die Zeit nach der Ehescheidung bindende Verfügungen von Todes wegen treffen wollen, zum Abschluss eines Erbvertrages raten, mit Regelung der Bindungswirkungen, mit Regelung der Rücktrittsmöglichkeiten und mit Regelung der Anfechtungsvoraussetzungen und deren Rechtsfolgen.

Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Ulm

¹² Siehe etwa MünchKommBGB/Leipold, 6. Aufl., § 2079 Rdnr. 22 ff.; MünchKommBGB/Musielak, 6. Aufl., § 2281 Rdnr. 19; J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2281 Rdnr. 47, 49; Staudinger/Otte, 2013, § 2079 Rdnr. 14 ff.; Tiedtke, JZ 1988, 649.

11. BGB §§ 133, 2084, 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 2, §§ 2353, 2359 (*Freie Verfügungsmöglichkeit unter Lebenden als Indiz für wechselbezüglichen Bindungswillen des Erblassers bzgl. der Schlusserbeinsetzung*)

1. **Zur Bindung des überlebenden Ehegatten an eine Erbeinsetzung in einem Ehegattentestament (hier der Nichten der Ehefrau nach dem Letztversterbenden) wegen Wechselbezuges.**
2. **Aus der Bestimmung im Ehegattentestament, dass der „Überlebende ... über das gesamte Vermögen unter Lebenden (soll) frei verfügen“ können, kann sich ein Indiz für einen Bindungswillen des Erblassers im Sinne einer Wechselbezüglichkeit in Bezug auf die Schlusserbeinsetzung ergeben.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.9.2014, I-3 Wx 128/13

Der am 24.2.1927 geborene, am 16.11.2011 verstorbene Erblasser und seine vorverstorbenen Ehefrau A. hatten keine Kinder; die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Töchter der Schwester der Ehefrau des Erblassers; die am 16.4.1980 verstorbene H. D. war die Mutter des Erblassers und ist von diesem beerbt worden. Die Beteiligte zu 3 ist die vom Erblasser adoptierte Tochter seiner Lebensgefährtin.

Die Eheleute errichteten am 25.5.1975 ein u. a. wie folgt lautendes gemeinschaftliches Testament:

„(...)

- 1.) Wir setzen uns gegenseitig zum Alleinerben ein.

Der Überlebende kann über das gesamte Vermögen unter Lebenden frei verfügen.

- 2.) Nach dem Tode des Letztlebenden von uns erhält:

Frau H. D. geb. B., ... das Barvermögen (ausgestellte Bankvollmachten).

Unsere Nichten U. K., ... und A. Kü. das Erbteil B.-str. (die Häuser Nr. 138 + 144 und 1/3-Anteil der Erbengemeinschaft) je zur Hälfte.

Frau H. D. ... erhält das Haus in Kr.-Fo., einschließlich allen Hab und Gutes.

(...)

- 4.) Zur Testamentsvollstreckerin bestimmen wir:

Frau H. D. ...

- 5.) Sollte die Testamentsvollstreckerin versterben, geht alles von uns vererbte Hab und Gut an unsere Nichten U. K. ... und A. K. je zur Hälfte, auch das von uns vermachte Barvermögen. ...“

Nachdem seine Ehefrau 1976 an Krebs erkrankt und am 5.8.1979 verstorben war, wandte sich der Erblasser 1987 einer neuen Lebensgefährtin, der Mutter der Beteiligten zu 3, zu.

Der Erblasser errichtete zu Urk.-R.-Nr. .../2010 des Notars Dr. O. in V. vom 15.7.2010 ein Testament u. a. folgenden Wortlauts:

„(...)

1. ... Hiermit widerrufe ich alle in dem voraufgeführten Testament von mir als Längstlebenden getroffenen Verfügungen von Todes wegen.

Die in dem voraufgeführten Testament von dem Längstlebenden getroffenen Verfügungen sind nicht wechselbezüglich, sondern einseitig getroffen worden.

2. Vorsorglich widerrufe ich hiermit alle etwaigen weiteren früheren Verfügungen von Todes wegen dem gesamten Inhalt nach, soweit dies gesetzlich zulässig ist. (...)

§ 2 (...)

1. Hiermit bestimme ich zu meinem Erben meine Tochter ... S. ... M. ...

2. Sollte meine Tochter vor mir versterben oder sonstwie fortfallen, so bestimme ich für den Fall zum Ersatzerben

... A. P. ...

Sollte auch ... A. P. vor mir versterben oder sonstwie fortfallen, so bestimme ich zum weiteren Ersatzerben

... J. M., ...“

Die Beteiligte zu 1 hat unter dem 10./16.1.2012 die Unwirksamkeit des Testaments vom 11.8.2010 (richtig: 15.7.2010) reklamiert und, gestützt auf das gemeinschaftliche Testament der Eheleute vom 25.5.1975 am 1.3.2012 einen Erbschein beantragt, der als Erben nach dem Erblasser zu 1/2-Anteil sie sowie ihre Schwester, die Beteiligte zu 2, ausweist.

Die Beteiligte zu 3 ist dem entgegen getreten und hat geltend gemacht, ihre Begünstigung durch das Testament vom 15.7.2010 sei wirksam, insbesondere stehe eine die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben begünstigende wechselbezügliche Verfügung aus dem Ehegattentestament vom 25.5.1975 nicht entgegen; es habe schon zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung eine nähere persönliche Beziehung der Eheleute zu den Beteiligten zu 1 und 2 nicht bestanden; das in den Nachlass fallende Vermögen sei nicht von der Ehefrau, sondern allein vom Erblasser erwirtschaftet worden.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 28.12.2012 die zur Begründung des Antrags der Beteiligten zu 1 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, die sofortige Wirkung des Beschlusses ausgesetzt und die Erteilung des beantragten Erbscheins bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurückgestellt.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Beteiligten zu 1 und 2 hätten den Erblasser zu jeweils 1/2 beerbt, was sich aus Ziffer 5 des Ehegattentestaments vom 25.5.1975 ergebe. Die Regelung sei dahin auszulegen, dass sie auch den hier eingetretenen Fall des Versterbens der als Testamentsvollstreckerin eingesetzten Mutter des Erblassers, Frau H. D., nach dem Erstversterbenden, aber vor dem Letztversterbenden regelt. Die Regelung sei nicht dahin zu interpretieren, dass sie nur den Fall des Todes der Testamentsvollstreckerin auch nach dem Letztversterbenden regelt; eine solche Einschränkung lasse sich Ziffer 5 nicht entnehmen; diese Regelung bringe nur zum Ausdruck, dass bei Versterben der Mutter des Erblassers (wann auch immer) eine „Anwachsung“ zugunsten der weiteren testamentarischen Erbinnen dahingehend gewollt war, dass sie jeweils zu 1/2 erben.

Der Erblasser habe die Erbfolge durch das Testament vom 15.7.2010 gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB nach dem Versterben seiner Ehefrau nicht mehr zugunsten der Beteiligten zu 3 abändern können. Die Erbeinsetzung in Ziffer 5 sei nämlich wechselbezüglich im Sinne von § 2270 BGB zu der vom Erblasser getroffenen Erbeinsetzung in Ziffer 1 des gemeinschaftlichen Testaments und damit nach dem Tod der Erstversterbenden für ihn bindend. Dies folge aus § 2270 Abs. 2 BGB, wonach Wechselbezüglichkeit im Zweifel anzunehmen sei, wenn ein Verwandter des Erstversterbenden als Erbe nach dem Überlebenden bedacht ist. So liege der Fall hier. Die Verfügung der kinderlosen Ehegatten, durch die sie mit den Beteiligten zu 1 und 2 zwei Verwandte (Nichten, § 1589 Abs. 1 Satz 2 BGB) der vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers bedacht hätten, sei wechselbezüglich zu der Erbeinsetzung des Erblassers durch seine Ehefrau und habe nach dem Tod der Erstversterbenden nicht geändert werden können.

Die Zweifelsregel in § 2270 Abs. 2 BGB sei hier anwendbar, weil ausreichende Anhaltspunkte für eine Auslegung entgegen der Annahme einer Wechselbezüglichkeit nicht ersichtlich seien. Der Passus „Der Überlebende kann über das gesamte Vermögen unter Lebenden frei verfügen.“ in Ziffer 2 des gemeinschaftlichen Testaments treffe keine Aussage dahin, dass nach dem Tode des Erstversterbenden frei testiert werden könne. Es handele sich ausdrücklich nur um eine Regelung für Verfügungen unter Lebenden, nicht um eine Regelung für Verfügungen von Todes wegen. Der zweite Satz in Ziffer 2 spreche eher dafür, dass, anders als Verfügungen unter Lebenden, letztwillige Verfügungen ausgeschlossen sein sollten. Andere Gesichtspunkte, die gegen eine Wechselbezüglichkeit sprechen könnten, seien nicht ersichtlich.

Die Beteiligte zu 3 legt hiergegen Beschwerde ein und macht geltend, die behauptete enge Verbindung des Erblassers bzw. seiner vorverstorbenen Ehefrau zu den Beteiligten zu 1 und 2 habe nicht bestanden; sie seien weder „Ersatzkinder“ der Ehefrau des Erblassers gewesen, noch habe ein „Vater-Kind-Verhältnis“ zum Erblasser bestanden. Dies zeige sich auch darin, dass die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse unrichtig wiedergegeben würden. Bei zutreffender Auslegung, die das Nachlassgericht nicht vorgenommen habe, könne

von einer wechselbezüglichen Verfügung zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 nicht die Rede sein. Die tatsächlichen Lebensverhältnisse der Erblasser, das Verhältnis der Beteiligten zu 1 und 2 zu den Testierenden und die Vermögensverhältnisse seien nicht berücksichtigt, ebenfalls nicht die Lebenserfahrung. Aus dem Verhältnis der Eheleute zueinander, aus dem eher oberflächlichen Kontakt der Erblasserin zu ihren Nichten und dem eher gleichgültigen Verhältnis des Erblassers zu den Nichten seiner Ehefrau ergebe sich, dass die jeweilige Erbeinsetzung des einen Ehegatten zugunsten des anderen mit der Erbeinsetzung der Nichten als Erben bzw. Ersatzerben nicht im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehe. Es sei nicht ersichtlich, warum der deutlich vermögendere Ehegatte sich an die Erbeinsetzung von Personen hätte binden sollen, zu denen er nur sporadischen Kontakt gehabt habe.

Die Beteiligte zu 1 bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Sie verteidigt die Auslegung des Nachlassgerichts und macht geltend, dafür, dass die Beteiligte zu 2 und sie „wie eigene Kinder“ des Erblassers und seiner Ehefrau gewesen seien, fänden sich viele Indizien und seien Zeugen benannt.

Mit weiterem Beschluss vom 5.7.2013 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf mit einer wie folgt lautenden Begründung zur Entscheidung vorgelegt:

Insbesondere der Vortrag im Schriftsatz vom 25.3.2013 führe zu keiner anderen Beurteilung. Das Nachlassgericht halte daran fest, dass die in Ziffern 2 und 5 des gemeinschaftlichen Testaments vom 25.5.1975 getroffene Erbeinsetzung wechselbezüglich sei. Auch die vorrangige Auslegung der getroffenen Verfügungen von Todes wegen lege dies nahe. Nicht nachzuvollziehen sei dagegen die Annahme, nur die gegenseitige Erbeinsetzung sei wechselbezüglich im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB, weil außer der Mutter des Erblassers nur die beiden Nichten als Erben benannt worden seien. Selbst wenn hier kein besonderes Näheverhältnis bestand, so deute die Einsetzung von Verwandten des anderen Ehegatten, zu denen ein „normales“ Verhältnis bestehe, regelmäßig auf die Wechselbezüglichkeit einer Verfügung von Todes wegen hin.

Zu Unrecht beanstande die Beteiligte zu 3, der Auslegungsgrundsatz der allgemeinen Lebenserfahrung sei nicht berücksichtigt worden. Auch wenn die Eheleute D. zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung erst ein Alter von Ende 40 erreicht hatten, hätten sie realistischere nicht mehr damit rechnen können, eigene Kinder zu bekommen. Die Erbeinsetzung von Verwandten, die ein Alter haben, das zum Zeitpunkt der Errichtung dem eigener Kinder entspricht, lege daher die Vermutung nahe, dass diese ersatzweise als Kinder, die die testierenden Eheleute selbst nicht hätten haben können, bedacht werden sollen.

Auch aus der Systematik der testamentarisch getroffenen Anordnungen ergäben sich deutliche Indizien für eine Wechselbezüglichkeit. Indem die Eheleute D. die Mutter des Erblassers zur Testamentsvollstreckerin einsetzten und für deren Vorversterben auch in diesem Fall die Erbfolge innerhalb der zur Zeit der Errichtung vorhandenen Familie anordneten, komme deutlich zum Ausdruck, dass letztlich die Nichten der Ehefrau des Erblassers zum Zuge kommen sollten. Es sei auch davon auszugehen, dass diese Bindungswirkung dem Willen beider Eheleute entsprochen habe. Dass die Ehefrau des Erblassers ihre Schwiegermutter als Erbin im Gegenzug zur Begünstigung ihrer (Bluts-)Verwandten eingesetzt hat, liege selbst dann nahe, wenn zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 1 nur ein „normales“ Verwandtschaftsverhältnis bestand, da ein sonstiges Interesse für die Erbeinsetzung nicht ersichtlich sei.

(...)

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 2, § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 und 2, § 352 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 3 hat keinen Erfolg.

1. Das Nachlassgericht hat dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht zu erteilen, § 2353 BGB. Der Erbschein

bezeugt demnach das Erbrecht zur Zeit des Erbfalles (*Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2353 Rdnr. 2). Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 2359 BGB.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Beteiligte zu 3 gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts, die zur Begründung des Antrags der Beteiligten zu 1, ihr und ihrer Schwester, der Beteiligten zu 2, einen Erbschein zu je 1/2-Anteil zu erteilen, erforderlichen Tatsachen für festgestellt zu erachten (§ 352 Abs. 1 FamFG).

Das Nachlassgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 gemeinschaftliche Erben zu 1/2-Anteil nach dem Erblasser aufgrund einer im gemeinschaftlichen Testaments vom 25.5.1975 zu ihren Gunsten enthaltenen bindenden wechselbezüglichen Schlusserbenerregelung geworden seien.

a) Das Nachlassgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 in dem gemeinschaftlichen Testament vom 25.5.1975 als Erben nach dem Letztversterbenden eingesetzt sind.

„Zur Testamentsvollstreckerin bestimmen wir: Frau H. D.“ heißt, die Mutter des Erblassers sollte die letztwilligen Verfügungen der Eheleute zur Ausführung bringen (§ 2203 BGB), nämlich nach dem Tode des letztversterbenden Ehegatten den Nachlass an sich selbst und die Nichten der Ehefrau aufteilen. „Sollte die Testamentsvollstreckerin versterben“ als Voraussetzung für den Übergang („alles von uns vererbte Hab und Gut ..., auch das von uns vermachte Barvermögen ...“) auf die Beteiligten zu 1 und 2, erscheint nicht von vornherein eindeutig und damit der Auslegung zugänglich.

„Sollte die Testamentsvollstreckerin versterben“ kann vom Wortlaut her zwar auch bedeuten, in ihrer Funktion als Testamentsvollstreckerin versterben, also erst nach dem Tod des letzten der beiden Ehegatten, hier des Erblassers, wobei dieser Fall hier nicht eingetreten wäre.

Hier sollte aber nach dem Willen der Eheleute – wie das Nachlassgericht es gesehen hat – und es ihm folgend der Senat beurteilt – ihr gesamtes vererbbares Vermögen letztlich den Beteiligten zu 1 und 2 zukommen. Bei verständiger Betrachtung der Intention der Eheleute ging ihr Wille nicht dahin, allein einen Ausschnitt aus dem Regelungsbedarf, nämlich den Fall zu regeln, dass H. D. das Testamentsvollstreckeramt nach dem Tode des Letztversterbenden wegen ihres eigenen Todes nicht antreten oder fortsetzen kann, sondern sollte bei ihrem Tod in jedem Fall der Übergang stattfinden, das heißt, die Beteiligten zu 1 und 2 sollten in jedem Fall Ersatzerben an Stelle der H. D. werden. Demnach sollte die Bezeichnung als „Testamentsvollstreckerin“ an dieser Stelle lediglich ein Synonym für „Frau H. D.“ sein, was hier zum Beispiel zur Folge hat, dass die Beteiligten zu 1 und 2 wegen des Versterbens der H. D. vor dem Erblasser – mittelbar (über den Erblasser) ggf. auch das Vermögen der H. D. erben.

b) Diese Erbeinsetzung konnte der Erblasser nach dem Tode seiner Ehefrau durch sein (...) Testament nicht wirksam widerrufen, wenn sie wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB zu einer Verfügung seiner Ehefrau war; in diesem Fall war der Erblasser gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB nach dem Tode seiner Ehefrau an einem Widerruf dieser in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügung gehindert. Die Feststellungslast tragen insoweit die ihr Erbrecht auf die Wechselbezüglichkeit stützenden Beteiligten zu 1 und 2 (vgl. Senat, NJW-RR 2008, 236, 238; *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2270 Rdnr. 4).

c) Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend getroffen, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (Senat, a. a. O., mit Nachw.), wobei der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgeblich ist (BGH, NJW 1991, 169; Senat, NJW-RR 2008, 236, 238).

Enthält das gemeinschaftliche Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, so ist diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert zu ermitteln (BGH, NJW-RR 1987, 1410; OLG Hamm, FGPrax 2010, 136). Kann der Wille der testierenden Ehegatten im Wege der Auslegung nicht zuverlässig festgestellt werden, so ist die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB heranzuziehen (OLG Hamm, a. a. O.), wonach im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen ist, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht. Diese Auslegungsregel ist erst dann heranzuziehen, wenn nach Überprüfung aller inner- und außerhalb des Testaments liegenden Umstände verbleibende Zweifel nicht zu beseitigen sind (Senat, a. a. O. n. N.; *Zimmer*, NJW 2009, 2364, 2365).

3. Diesen Anforderungen trägt die Entscheidung des Nachlassgerichts im Ergebnis Rechnung.

a) Die erbrechtliche Bindung des Erblassers in Bezug auf seine wechselbezüglichen Erklärungen im Ehegattentestament vom 25.5.1975 ist durch den Tod seiner Ehefrau eingetreten, § 2271 Abs. 2 BGB.

Dies hat zur Folge, dass Verfügungen in dem von ihm errichteten Testament insoweit und solange unwirksam sind, wie sie die Rechte eines aufgrund einer wechselbezüglichen Verfügung Bedachten beeinträchtigen (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB analog; *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2271 Rdnr. 12).

Die Rechte der Beteiligten zu 1 und 2 als im Ehegattentestament vom 25.5.1975 eingesetzte (Schluss-)Erben werden zweifellos beeinträchtigt, weil sie in der nachfolgenden Verfügung des Erblassers als Erben nicht mehr bedacht sind.

Fraglich kann nur sein, ob das Testament vom 15.7.2010 eine die Beteiligten zu 1 und 2 begünstigende Verfügung des Ehegattentestaments vom 25.5.1975 mit Wechselbezug beeinträchtigt.

b) Wechselbezug zur Einsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 als (Schluss-)Erben durch den Erblasser kann gegeben sein im Verhältnis zur Einsetzung des Erblassers als Alleinerben durch seine Ehefrau oder der Mutter des Erblassers durch seine Ehefrau.

In keinem der genannten Verhältnisse führt die Auslegung (§§ 133, 2084 BGB) zu einem eindeutigen Wechselbezug im Rechtssinne.

aa) Dass die vorverstorbene Ehefrau den Erblassers nur deshalb als ihren Alleinerben eingesetzt hat, weil er ihre Nichten, die Beteiligten zu 1 und 2, als (Schluss-) Erben eingesetzt hat, kann nicht festgestellt werden. Insbesondere sprechen hierfür nicht die besonderen Lebensumstände.

Soweit erhebliche Unterschiede in den Vermögensverhältnissen der Ehegatten einen Hinweis darauf geben können, dass zumindest der Ehegatte, der nach der testamentarischen Regelung erheblich geringere Zuwendungen zu erwarten hat als der andere, nicht daran interessiert ist, seine Verfügung von der seines Partners abhängig sein zu lassen (Münch-KommBGB/*Musielak*, § 2270 Rdnr. 7) und erhebliche Unterschiede in der Lebenserwartung aufgrund der Alters- oder Gesundheitsverhältnisse der Ehegatten, der Wunsch, den Partner materiell zu sichern oder eine Dankeschuld für geleistete Dienste abzutragen, ebenfalls gegen Wechselbezüglichkeit sprechen können (*Musielak*, a. a. O.), lassen sich die Voraussetzungen nicht feststellen.

(a) Dass zum Zeitpunkt der Errichtung des Ehegattentestaments das Vermögen des Erblassers dasjenige seiner Ehefrau bei Weitem überstieg, bzw. die Ehefrau kein nennenswertes Vermögen besaß, lässt sich nicht feststellen; immerhin hatte sie Grundbesitz in die Ehe eingebracht, so dass sich aus den Vermögensverhältnissen ein Indiz gegen die Bindung des Erblassers im Sinne eines Wechselbezuges nicht herleiten lässt.

(b) Nahmen die Eheleute seinerzeit an, dass der Erblasser seine Ehefrau wegen ihrer Erkrankung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge überleben werde, so könnte dies für einen Wechselbezug sprechen, da es im Falle einer nicht gewollten Bindung des Erblassers an die von ihm erklärte Schlusserbeneinsetzung einer solchen Erklärung womöglich nicht bedurft hätte. Dass allerdings die Eheleute bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments vom 25.5.1975 davon ausgingen, die Ehefrau befinde sich in Todesnähe, ist mit Blick darauf, dass die Krebserkrankung der Ehefrau (1976) bei Errichtung des Ehegattentestaments (1975) noch nicht bekannt war, nicht ersichtlich.

(c) Ebenso wenig deutet – so zutreffend das Nachlassgericht – das Alter der Eheleute zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung von 48 (Erblasser) bzw. 49 Jahren (Ehefrau) auf einen Ausschlusswillen eines der Partner in Bezug auf die Wechselbezüglichkeit seiner Verfügungen hin.

(d) Für das Verhältnis der Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Alleinerben gegenüber der Einsetzung des Schluss-erben gibt es keine Regel, die Schlüsse auf eine bestimmte Willenslage beider Ehegatten zuließe (BayObLG, BeckRS 1994, 31023028). Es gibt auch keine allgemeine Lebenserfahrung, dass jeder der sich gegenseitig bedenkenden Ehegatten den Schlusserben nur deshalb bedenken will, weil auch der andere dies tut (BayObLG, a. a. O.).

Für eine Willensauslegung im Sinne eines solchen Wechselbezuges ergibt die für jede einzelne Beziehung gesondert vorzunehmende individuelle Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 2084 BGB) keinen Anhalt, insbesondere nicht in Gestalt einer Andeutung im gemeinschaftlichen Testament.

Die Motivation der Ehefrau des Erblassers, ihn als Alleinerben einzusetzen, dürfte eher darin gelegen haben, dass auch er, der über nicht unerhebliche finanzielle Mittel verfügte, sie zur Alleinerbin eingesetzt hat und nicht in der „Belohnung“ der Erbinsetzung ihrer Nichten durch den Erblasser.

bb) Sodann stellt sich die Frage, ob – wie vom Nachlassgericht in seiner Nichtabhilfeentscheidung angesprochen – die vorverstorbene Ehefrau die Mutter des Erblassers nur bedacht hat, weil der Erblasser seinerseits ihre Nichten, nämlich die Beteiligten zu 1 und 2, eingesetzt hat.

Hierfür könnte sprechen, dass ansonsten ein Grund für die Ehefrau des Erblassers, ihre Schwiegermutter zu bedenken,

nicht ersichtlich war, was es nahe legen könnte, die Verfügung als wechselbezüglich zu der ihre Nichten bedenkenden letztwilligen Verfügung des Erblassers anzusehen. Andererseits setzt die Erlangung der Schlusserbenstellung gerade voraus, dass die Mutter des Erblassers verstorben; diesen Fall aber haben die Eheleute im Testament bedacht und geregelt.

(cc) Ein weiteres Indiz für einen Bindungswillen des Erblassers im Sinne einer Wechselbezüglichkeit in Bezug auf die Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 kann sich aus dem Ehegattentestament selbst ergeben, hier aus der Bestimmung, dass der „Überlebende ... über das gesamte Vermögen unter Lebenden (soll) frei verfügen“ können. Die Bedeutung einer solchen Formulierung ist umstritten.

(a) Während *Litzenburger* (BeckOK-BGB, Stand 1.5.2014, § 2270 Rdnr. 11) – ohne hierfür eine Begründung zu geben – meint, das Hervorheben der lebzeitigen Verfügungsbefugnis des Längstlebenden in einem Berliner Testament rechtfertigt für sich allein nicht den Umkehrschluss, dass damit die erbrechtliche Verfügungsfreiheit ausgeschlossen sein soll, hält das BayObLG (Beschluss vom 25.2.1994, BeckRS 1994, 31023028) den aus dem Umstand, dass der überlebende Ehegatte zu seinen Lebzeiten frei über den Nachlass soll verfügen können, gezogenen Umkehrschluss, dass dem überlebenden Ehegatten nur zu seinen Lebzeiten, dagegen nicht von Todes wegen ein freies Verfügungsrecht habe eingeräumt werden sollen, für möglich und nahe liegend.

(b) Es spricht einiges dafür, der letzteren Meinung den Vorrang zu geben, weil es ansonsten keinen plausiblen Grund gäbe, hinsichtlich der freigestellten Verfügungen entsprechend zu differenzieren. So aber liegt der nachvollziehbare Grund der Differenzierung allgemein – und so auch hier – darin, es einerseits dem überlebenden Ehegatten zu Lebzeiten zu ermöglichen, ohne eine Schlusserbenstellung (der Beteiligten zu 1 und 2) berücksichtigen zu müssen, sein Leben nach Belieben wirtschaftlich zu gestalten und hierbei auch das Erbe zu verbrauchen – von seiner Verfügungsbefugnis in diesem Sinne hatte der Erblasser bereits Gebrauch gemacht, indem er der Beteiligten zu 3 eines der Grundstücke verkauft hat –, andererseits aber nicht „fremdnützig“ über den eigenen Tod hinaus zu verfügen.

Hierin zeigt sich zugleich, dass weder eine nachhaltige Absicherung der Beteiligten zu 1 und 2 noch ein Abtragen einer (angebliehen) Schuld des Erblassers gegenüber der Mutter der Beteiligten zu 1 und 2 im Plan der testierenden Eheleute gestanden hat, sondern dass das nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten verbleibende „Restvermögen“ nicht in (familien-)fremde Hände gelangt.

Ob aber hieraus indes bereits zwingend folgt, dass die Ehefrau den Erblasser hinsichtlich der Schlusserben endgültig hat binden und unabänderlich hierauf hat festlegen wollen, bedarf letztlich nicht der Entscheidung.

Denn selbst wenn nach den vorangegangenen Ausführungen nicht mehr als Anhaltspunkte für eine Wechselbezüglichkeit gegeben sind und diese nicht als ausreichend angesehen werden, um den im Testament vom 25.5.1975 geäußerten Willen der Testierenden verlässlich im Sinne einer Wechselbezüglichkeit auszulegen, namentlich dahin, dass der Erblasser durch eine wechselseitige Verfügung zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 daran gehindert war bzw. sein sollte, neu zugunsten der Beteiligte zu 3 zu testieren, führt dies nicht zur Verneinung des Wechselbezuges.

Lässt sich nämlich der Wille der testierenden Eheleute dem Testament insoweit im Wege der Auslegung nicht zuverlässig entnehmen, so ist zu prüfen, ob eine Wechselbezüglichkeit

nach § 2270 Abs. 2 BGB anzunehmen ist. Die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB ist – entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts – nicht bereits anwendbar, wenn ausreichende Anhaltspunkte für eine Auslegung „entgegen der Annahme einer Wechselbezüglichkeit nicht ersichtlich“ sind, sondern nur heranzuziehen, wenn die Auslegung durch Willenserforschung weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt (*Staudinger/Kanzleiter*, 2013, § 2270 Rdnr. 26a mit Nachweisen).

dd) Nach § 2270 Abs. 2 BGB ist Wechselbezüglichkeit der Verfügungen im Zweifel anzunehmen, wenn die Ehegatten einander gegenseitig bedenken oder wenn ein Ehegatte den anderen bedenkt und dieser für den Fall seines Überlebens einen Dritten bedenkt, der mit dem Erstgenannten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht.

Nach der Zweifelsregel ist also davon auszugehen, dass beim Fehlen verwandtschaftlicher Beziehungen zwischen dem testierenden Ehegatten und dem eingesetzten Schlusserben der eine Ehegatte dem anderen regelmäßig das Recht belassen will, die Schlusserbeneinsetzung nach dem Tod des Erstversterbenden jederzeit zu ändern (OLG Hamm, FamRZ 2001, 1647 f.; *Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., Rdnr. 31b), nicht so im Zweifel, wenn der vorverstorbene Ehegatte – wie hier die Ehefrau des Erblassers mit den Beteiligten zu 1 und 2 – mit dem Schlusserben verwandt ist (§ 1589 Abs. 1 Satz 2 BGB); in diesem Fall geht die Lebenserfahrung nicht dahin, dass der Vorversterbende bei seinem Tod dem anderen Ehegatten die jederzeitige Änderungsbefugnis überlassen wollte.

Hiernach ist das Rechtsmittel der Beteiligten zu 3 mit der Kostenfolge des § 84 FamFG zurückzuweisen.

(...)

Anmerkung:

1. Die Feststellung der Wechselbezüglichkeit durch Auslegung

Das Ergebnis des Beschlusses ist sicherlich vertretbar. Es macht aber auch deutlich, wie rechtspolitisch fragwürdig die Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB zur Wechselbezüglichkeit in gemeinschaftlichen Ehegattentestamenten ist. Die entscheidende Frage war, ob die in dem ursprünglichen gemeinschaftlichen Testament getroffene Schlusserbeneinsetzung der Nichten der Ehefrau durch den überlebenden Ehemann wechselbezüglich zu seiner Alleinerbeneinsetzung durch seine vorverstorbene Ehefrau war, oder mit anderen Worten, ob die Ehefrau nur deshalb ihren Ehemann zum Alleinerben bestimmt hat, weil letzterer seinerseits ihre Nichten eingesetzt hat. Obwohl die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB erst heranzuziehen ist, wenn die individuelle Auslegung zu keinem zweifelsfreien Ergebnis führt,¹ zeigt der Beschluss geradezu exemplarisch, dass es mangels ausreichender Anhaltspunkte häufig doch auf die Anwendung der Vorschrift des § 2270 Abs. 2 BGB hinausläuft.

Das OLG Düsseldorf hat sich immerhin ernsthaft um eine Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments bemüht. Dabei ist dem Gericht recht zu geben, wenn es als Indiz für eine Wechselbezüglichkeit wertet, dass die Erblasser bestimmt hatten, der Überlebende könne unter Lebenden frei verfügen, denn ohne eine gewisse Bindung für Verfügungen von Todes wegen ergibt diese Bestimmung keinen rechten Sinn. Zwingend ist diese Auslegung allerdings – wie der Senat richtiger-

weise selbst ausführt – nicht. Wenn man sich vergegenwärtigt, wie viele Floskeln ohne eigenständige Bedeutung vor allem in eigenhändigen Testamenten enthalten sind, könnte es sich hier durchaus auch um eine beispielsweise aus einem Muster ohne weitere Überlegungen achtlos übernommene Formulierung gehandelt haben. Unergiebig ist die in dem Testament enthaltene gegenständliche Verteilung des Nachlasses zwischen der Mutter des Erblassers und den Nichten der Ehefrau. Hieraus lassen sich kaum Rückschlüsse zur Abhängigkeit von getroffenen Verfügungen ziehen, da die Eheleute damit rechnen mussten, dass die Mutter vor ihnen versterben werde.

2. Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB

Gäbe es die Vorschrift des § 2270 Abs. 2 BGB nicht, wäre das nicht eindeutige Auslegungsergebnis zulasten der ursprünglich bedachten Nichten ausgegangen, da derjenige die Beweislast trägt, der sein Erbrecht auf die Wechselbezüglichkeit stützt.² Weil es sich aber bei den im gemeinschaftlichen Testament bedachten Schlusserben um Verwandte des vorverstorbenen Ehepartners handelte, war deren Erbeinsetzung gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel wechselbezüglich zur Erbeinsetzung des Ehemannes durch seine Ehefrau. Anders wäre dies allerdings dann gewesen, wenn es sich bei den Bedachten um Verwandte (nur) des zuletzt verstorbenen Teils gehandelt hätte, da in solchen Fällen regelmäßig davon auszugehen ist, dass der zuerst verstorbene Ehepartner kein besonderes Interesse daran hat, seinen Partner insoweit zu binden.³ Allerdings kann auch ein zu weitläufiges Verwandtschaftsverhältnis des Erstversterbenden zum eingesetzten Schlusserben dazu führen, dass die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB entkräftet ist. So hatte dies das OLG Hamm in einem Beschluss aus dem Jahr 2001 bei einer Schlusserbeneinsetzung des Großcousins des vorverstorbenen Ehemannes zu Recht angenommen.⁴ Damit ist die Einsetzung der Nichten aber wohl nicht vergleichbar. Wenn zusätzlich ein gewisses Näheverhältnis des zuerst verstorbenen Ehepartners zu ihnen bestand, ist in einem solchen Fall der Rückgriff § 2270 Abs. 2 BGB sicher vertretbar. Es fragt sich jedoch ganz allgemein bei der Anwendung der Vorschrift, ab wann die Verwandtschaft so weit entfernt ist, dass allein dadurch die Zweifelsregelung entkräftet ist. Hierbei fällt ein gewisser Wertungswiderspruch bei der Auslegung der beiden Alternativen des § 2270 Abs. 2 BGB auf, da die Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen stellt, wenn die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung einer Person begründet werden soll, die mit dem Vorverstorbenen nicht verwandt ist, sondern ihm nur sonst nahesteht.⁵ Angesichts der zumindest im städtischen Milieu abnehmenden Bedeutung der Verwandtschaft gegenüber sonstigen persönlichen Beziehungen verliert die Vorschrift damit zusätzlich an rechtspolitischer Überzeugungskraft.

3. Anfechtung nach §§ 2281, 2079 BGB?

Schließlich fragt man sich, warum in dem entschiedenen Fall von dem später eingesetzten Adoptivsohn des Erblassers nicht versucht worden ist, die ursprüngliche Schlusserbeneinset-

² J. Mayer in *Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2270 BGB Rdnr. 76.

³ MünchKommBGB/*Musielak*, § 2270 Rdnr. 14.

⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 12.6.2001, 15 W 127/00, FamRZ 2002, 202, 204.

⁵ BayObLG, Beschluss vom 10.4.1991, BReg. 1 Z 60/90, FamRZ 1991, 1232, 1234; BayObLG, Entscheidung vom 23.7.1993, 1 Z BR 26/93, FamRZ 1994, 191, 193; OLG Hamm, Beschluss vom 10.12.2009, 15 Wx 344/08, FamRZ 2010, 1201, 1203.

¹ MünchKommBGB/*Musielak*, 6. Aufl. 2013, § 2270 Rdnr. 9.

zung wegen des Übergehens eines später hinzugekommenen Pflichtteilsberechtigten gemäß §§ 2281, 2079 BGB anzufechten. Mit Eintritt der Bindungswirkung durch den Tod eines Ehegatten gemäß § 2271 Abs. 2 BGB sind auf die wechselbezüglichen Verfügungen die Regelungen zum Erbvertrag anwendbar, also auch die Vorschriften zur Anfechtung durch den Erblasser.⁶ Möglicherweise waren die Anfechtungsfristen aber schon abgelaufen, als das neue Testament notariell beurkundet wurde. Die Selbstanfechtung durch den Erblasser kann nur binnen Jahresfrist ab dem Zeitpunkt erfolgen, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt, § 2283 Abs. 1, 2 BGB. Dabei konnte der Erblasser sich möglicherweise darauf berufen, er habe von einer Bindungswirkung des Ehegattentestaments keine Kenntnis gehabt, so dass die Anfechtungsfrist noch nicht beginnen konnte. Auch ein Rechtsirrtum ist grundsätzlich geeignet, die Kenntnis des Erblassers vom Vorliegen eines Anfechtungsgrundes zu verhindern. Es muss allerdings differenziert werden: Nach herrschender Meinung ist ein Rechtsirrtum nur beachtlich, wenn er die Unkenntnis einer die Anfechtung begründenden Tatsache zur Folge hat, er ist dagegen unbeachtlich, wenn es sich um eine rechtsirrtümliche Beurteilung des Anfechtungsstatbestandes selbst handelt.⁷ Die Formel ist in der Praxis jedoch wenig hilfreich: So hat es das BayObLG als beachtlichen Irrtum gewertet, wenn der Erblasser annimmt, ein gemeinschaftliches Testament sei infolge Wiederverheiratung ohne Weiteres Zutun ungültig geworden.⁸ Ein Irrtum über eine Bindungswirkung, über die Notwendigkeit der Anfechtung oder darüber, dass ein gemeinschaftliches Testament vom Erblasser angefochten werden kann, stellt nach Auffassung des gleichen Gerichts dagegen eine für den Fristbeginn unbeachtliche Fehlvorstellung über den Anfechtungsstatbestand selbst dar.⁹ Mit Ablauf der Anfechtungsfrist für den Erblasser war auch die Frist für eine spätere Anfechtung durch Dritte abgelaufen, § 2285 BGB.

Noter Prof. Dr. Christopher Keim, Bingen

⁶ Palandt/Weidlich, 74. Aufl. 2015, § 2271 Rdnr. 9.

⁷ BGH, Beschluss vom 9.3.2011, IV ZB 16/10, ZEV 2011, 422.

⁸ BayObLG, Beschluss vom 28.4.1992, IZ BR 17/92, NJW-RR 1992, 1223, 1224.

⁹ So beispw. BayObLG, Beschluss vom 3.12.1990, BReg. 1 a Z 70/88, NJW-RR 1991, 454, 455; BayObLG, Beschluss vom 30.10.1989, BReg. 1a Z 19/88, NJW-RR 1990, 200; Staudinger/Kanzleiter, 2014, § 2283 Rdnr. 8.

Norm in diesem Fall auch dann zu erteilen, wenn dem Pflichtteilsberechtigten keine Anhaltspunkte für konkrete Schenkungen zur Verfügung stehen.

OLG Schleswig, Urteil vom 2.9.2014, 3 U 3/14

Der Kläger begehrt als Pflichtteilsberechtigter im Wege der Stufenklage auf der ersten Stufe Auskunft über den Bestand des Nachlasses des am 4.10.2012 im Alter von 83 Jahren verstorbenen Herrn A durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses. Kläger und Beklagte sind die beiden Kinder des Erblassers und seiner am 4.11.2009 vorverstorbenen Ehefrau B. Der Erblasser und seine Ehefrau hatten am 15.8.2008 ein gemeinschaftliches Testament errichtet ... Darin setzten sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben und ihre beiden Kinder zu gleichen Teilen als Schlusserben nach dem Tod des Letztversterbenden. Außerdem beschwerten sie die Schlusserben mit einem Vermächtnis, wonach die Beklagte das Hausgrundstück in der X-Straße ... zu Alleineigentum und beide Kinder das Hausgrundstück in der Y-Straße ... zu je ½ ideellen Miteigentumsanteil erhalten sollten. Es war der Wunsch der Eltern, dass die beiden Grundstücke im Familienbesitz verbleiben sollten. Mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 13.11.2012 hat der Kläger „die Erbschaft aus allen Berufsgründen“ ausgeschlagen. Auch die beiden Kinder des Klägers haben die Erbschaft aus allen Berufsgründen ausgeschlagen, und zwar am 28.11.2012.

Hinsichtlich des Wortlauts des gemeinschaftlichen Testaments vom 15.8.2008 sowie des Sachverhalts und des Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich ihrer dortigen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das LG hat entschieden, dass die Stufenklage zulässig und mit ihrem Auskunftsbegehren in der ersten Stufe auch begründet sei. Die Beklagte sei als Erbin gegenüber dem Kläger als Pflichtteilberechtigtem gemäß § 2314 BGB auskunftspflichtig. Gemäß § 2306 BGB könne auch ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlage, sofern dieser zum Beispiel mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert sei. Der Kläger sei im Verhältnis zur Beklagten beschwert, da sie einen größeren Anteil an den zur Erbmasse gehörenden Immobilien erhalte. Der Pflichtteilsanspruch des Klägers sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil er die Ausschlagung „aus allen Berufsgründen“ erklärt habe. Eine derartige Ansicht werde lediglich vereinzelt in der Literatur geäußert. Die Entscheidung des OLG Celle vom 6.7.2006 sei hier nicht heranzuziehen, da ihr kein Fall des § 2306 BGB zugrunde liege. Der Kläger sei sowohl als gesetzlicher als auch als eingesetzter Erbe durch das Vermächtnis beschwert, wobei die rechtliche Einordnung als Vermächtnis oder Auflage dahingestellt bleiben könne, da sich daraus im Hinblick auf § 2306 BGB keine Unterschiede ergäben. Gemäß § 2161 BGB sei davon auszugehen, dass das Vermächtnis auch nach der Ausschlagung wirksam bleibe. Die Auslegung des Testaments führe somit dazu, dass der Kläger sowohl als gesetzlicher als auch als gewillkürter Erbe mit Beschränkungen im Sinne von § 2306 BGB belegt gewesen sei, so dass er trotz Ausschlagung der Erbschaft aus allen Berufsgründen einen Anspruch auf den Pflichtteil habe. Daher stehe ihm auch der Auskunftsanspruch gemäß § 2314 BGB mit den von ihm geltend gemachten Bestandteilen zu.

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingereichte und begründete Berufung der Beklagten. Die Beklagte macht zur Begründung ihrer Berufung geltend: Der Kläger sei als Erbe nicht pflichtteilsberechtigt gewesen und sei dies nach der Ausschlagung auch nicht gemäß § 2306 BGB geworden. Da der Kläger aus allen Berufsgründen die Erbschaft ausgeschlagen habe, habe er damit zu verstehen gegeben, dass er aus allen ihm bekannten und unbekanntenen Gründen auf die Erbschaft verzichte und auf keinen Fall (Mit-)Erbe sein wolle. Derjenige, der aus allen Berufsgründen ausschlage, verliere auch seinen Pflichtteilsanspruch, da sich dieser nach dem gesetzlichen Erbteil berechne, auf den der Ausschlagende ebenfalls verzichtet habe. Außerdem sei der Kläger weder durch das Erbe noch durch das Vermächtnis beschwert worden. Der Anteil des Klägers an dem Vermächtnis sei nicht bedeutend geringer als ihr Anteil. Dies ergebe sich aus dem unterschiedlichen Wert der beiden Immobilien. Weiter sei festzustellen, dass der Kläger das Vermächtnis angenommen habe. Er habe die Annahme des Vermächtnisses zu keinem Zeitpunkt ausgeschlagen. Die Annahme des Vermächtnisses verhindere den Auskunftsanspruch des Klägers. Das Auskunftsbegehren sei im Übrigen auch unbillig und treuwidrig, da der Kläger die begehrten Auskünfte als Miterbe (vor der Ausschlagung) problemlos

12. BGB § 2306 Abs. 1, § 2314 Abs. 1 (*Erbausschlagung „aus allen Berufsgründen“ und Pflichtteil*)

- Die Wirkungen der Erbausschlagung „aus allen Berufsgründen“ im Hinblick auf den Pflichtteilsanspruch sind im Einzelfall festzustellen. Das in § 2306 Abs. 1 BGB eingeräumte Wahlrecht besteht nur dann, wenn alle dem Erben hinterlassenen Erbteile, also sowohl der Erbteil aufgrund letztwilliger Verfügung als auch der Erbteil kraft gesetzlicher Erbfolge, mit Beschränkungen und Beschwerden verbunden sind.**
- Will der Pflichtteilsberechtigte die Frage klären, ob der Erbe Schenkungen vom Erblasser erhalten hat, steht ihm § 2314 Abs. 1 BGB zur Verfügung, auch wenn der geltend gemachte Anspruch Ausforschungscharakter hat. Auskunft ist nach Sinn und Zweck der**

selbst hätte erlangen können. Sie bzw. ihr Ehemann hätten dem Kläger auch Adresse und Telefonnummer des zuständigen Steuerberaters in Lübeck genannt. Im Hinblick auf die Auskunftserteilung über sämtliche Schenkungen sei der Tenor des Urteils viel zu weit gefasst worden, da sie bestenfalls über die Schenkungen innerhalb der letzten zehn Jahre Auskunft zu leisten hätte. Der Kläger müsste im Übrigen Hinweise auf derartige Schenkungen vortragen, was aber nicht geschehen sei. Schließlich habe das LG Tatsachen falsch festgestellt, da einerseits im Tatbestand von einer Annahme des Vermächtnisses die Rede sei, später aber offenbar von einer Ausschlagung des Vermächtnisses ausgegangen werde.

Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des am 18.12.2013 verkündeten Urteils des LG Lübeck – 4 O 39/13 – die Klage abzuweisen. (...)

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger tritt der Berufungsbegründung mit folgenden Erwägungen entgegen: Er sei pflichtteilsberechtigt, nachdem er das Erbe, nicht aber das Vermächtnis, ausgeschlagen habe. Damit stehe ihm als Pflichtteilsberechtigtem auch der Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB zu. Die Beklagte habe selbst ausgeführt, dass es unklar sei, welchen Wert der Nachlass habe, woraus bereits folge, dass der Auskunftsanspruch begründet sei. Die Ausschlagung der Erbschaft aus allen Berufungsgründen stelle keinen Pflichtteilsverzicht dar. Der Pflichtteilsanspruch habe seine Begründung nicht als Erbteil, sondern als Teilhabeanspruch. Ausschlagung und Pflichtteilsverzicht hätten unterschiedliche Zielrichtungen und Adressaten. Ein Pflichtteilsverzicht sei gemäß § 2346 Abs. 2 BGB ein Vertrag unter Lebenden zwischen Erblasser und gesetzlichen Erbberechtigten. Er müsse ausdrücklich erklärt und in notarieller Form abgegeben werden. Er, der Kläger, sei durch das Vermächtnis auch beschwert worden. Dies ergebe sich nicht nur aus einer wertmäßigen Betrachtung, sondern auch aus der Verwaltungsanordnung durch die Beklagte und deren Ehemann, aus der Anordnung, die Grundstücke dürften nicht veräußert werden, und aus der Regelung, dass im Fall einer Belastung des Grundstückes durch einen Erben der eine Vermächtnisnehmer die Immobilie unentgeltlich auf den anderen Vermächtnisnehmer zu übertragen habe. Die Darstellung der Beklagten, dass ihm das Vermächtnis erhebliche Vermögensvorteile bringen würde, gehe fehl. Ein treuwidriges Verhalten sei ihm nicht vorzuwerfen. Die Informationserteilung sei Sache der Beklagten als Erbin. Bei der Auskunftserteilung hinsichtlich der Schenkungen seien auch Schenkungen, die länger als zehn Jahre zurückliegen, zu berücksichtigen. Dem LG sei auch nicht eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung vorzuwerfen.

(...)

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber im Wesentlichen nicht begründet.

Dem Kläger steht ein Anspruch gegen die Beklagte auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines notariellen Bestandsverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 BGB zu.

1. Der Kläger ist pflichtteilsberechtigt. Gemäß § 2306 Abs. 1 BGB kann ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter, der durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Kläger ist als Sohn des Erblassers pflichtteilsberechtigt nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB. Er wurde durch das Testament vom 15.8.2008 gemeinsam mit der Beklagten als Schlusserbe eingesetzt und durch das in diesem Testament vorgesehene Vermächtnis beschwert. Durch die Erklärung vom 13.11.2012 hat der Kläger die Erbschaft fristgerecht ausgeschlagen. Auch der als Erbe berufene Pflichtteilsberechtigte kann nach der Ausschlagung die in § 2314 Abs. 1 BGB genannten Aus-

kunftsansprüche geltend machen (OLG Brandenburg, Urteil vom 7.1.2004, 13 U 25/03, bei juris, Rdnr. 26; BayObLG, Beschluss vom 6.3.1959, BReg. 1 Z 184/58, NJW 1959, 1734).

2. Der Pflichtteilsanspruch des Klägers ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass er die Ausschlagung „aus allen Berufungsgründen“ erklärt hat (...). Diese umfassende Ausschlagungserklärung kann nicht so verstanden werden, dass der Kläger einen Verzicht auf jede Beteiligung am Nachlass und damit auch auf den Pflichtteil erklärt hat.

a) Entgegen der Auffassung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten lässt sich aus der umfassenden Ausschlagungserklärung des Klägers kein Pflichtteilsverzicht herleiten. Ein Pflichtteilsverzicht im Sinne von § 2346 Abs. 2 BGB kommt ohnehin nicht in Betracht, da dafür ein Vertrag mit dem Erblasser erforderlich gewesen wäre, der hier nicht vorhanden ist. Aber auch ein ausdrücklicher Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch nach dem Erbfall liegt nicht vor. Der BGH hat in seinem Urteil vom 13.11.1996, IV ZR 63/96, auf die Unterschiede zwischen einem Pflichtteilsverzicht im Sinne von § 2346 Abs. 2 BGB zu Lebzeiten des Erblassers und einem Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch nach dem Erbfall, der Gegenstand eines Erlassvertrages mit den Erben sein kann, hingewiesen (bei juris, Rdnr. 15). Auch an einen solchen Pflichtteilsverzicht sind angesichts des Verfassungsstands des Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge (BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 232) sehr strenge Anforderungen zu stellen. Bei der notariell beurkundeten Erklärung des Klägers handelt es sich aber weder überhaupt um einen Vertrag mit der verbliebenen Erbin noch enthält sie ausdrücklich einen Pflichtteilsverzicht.

b) Ein Pflichtteilsverzicht des Klägers lässt sich auch nicht aus seiner Erbausschlagung „aus allen Berufungsgründen“ herleiten. Die Entscheidungen des OLG Celle vom 6.7.2006, 6 U 53/06, und des OLG Hamm vom 17.2.2011, 15 W 167/10, auf die sich die Beklagte beruft, lassen sich auf den hier zu entscheidenden Fall nicht übertragen (dazu unter aa)). In der Literatur ist die Frage, ob eine umfassende Erbausschlagung nach § 2306 Abs. 1 BGB zum Ausschluss auch des Pflichtteilsanspruchs führe, bisher lediglich vereinzelt erörtert worden (dazu unter bb)).

aa) Das OLG Celle vertritt in seinem Urteil vom 6.7.2006, 6 U 53/06, die Auffassung, dass § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB insofern restriktiv auszulegen sei, als „er Auskunftsrechte nur einräumt dem von Hause aus enterbten pflichtteilberechtigten Nichterben, nicht aber dem Miterben, der durch Ausschlagung die Stellung eines pflichtteilsergänzungsbedürftigen Nicht-mehr-Erben wählt“ (bei juris, Rdnr. 4). Die Ausschlagung dürfe nicht dazu dienen, die Stellung des ausschlagenden Miterben gegenüber dem Erben zu verbessern und ihm Rechte einzuräumen, die ihm in seiner Stellung als Miterbe nicht zustünden.

Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass die Entscheidung, die im Übrigen in der Literatur ein kritisches Echo gefunden hat (*Damrau*, ZEV 2006, 557 f.; *Damrau* zustimmend: *Palandt/Edenhofer*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 2314, Rdnr. 3; *Palandt/Weidlich*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2314 Rdnr. 3; kritisch zum Urteil des OLG Celle auch: *Uta Heidenreich*, Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche des Pflichtteilsberechtigten, Diss. Gießen, Frankfurt/Main 2010, 72 f.), überhaupt einen Fall des § 2306 BGB a. F. betrifft. Darauf hat auch schon das LG Lübeck zu Recht hingewiesen. Von Beschränkungen und Beschränkungen der als Erbin berufenen Pflichtteilsberechtigten und Klägerin ist in der ganzen Entscheidung nicht die Rede; auch wird § 2306 BGB an keiner Stelle erwähnt. Sollte es sich

um eine Ausschlagung ohne die erforderlichen Beschränkungen oder Beschwerungen im Sinne von § 2306 BGB handeln, leuchtet die Argumentation des OLG Celle ein und ist es nur folgerichtig, der Klägerin keinen Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB zu gewähren.

Der Beschluss des OLG Hamm vom 17.2.2011, 15 W 167/10, betrifft einen Sonderfall. Das OLG Hamm geht in seinem Beschluss zwar davon aus, dass eine ausdrückliche Ausschlagung einer Erbschaft „aus allen Berufungsgründen“ so zu verstehen sei, dass dem Erklärenden der Berufungsgrund gleichgültig gewesen sei und er auf eine – wie auch immer geartete – Beteiligung am Nachlass keinen Wert lege. Zum einen geht es in diesem Fall aber eindeutig nicht um eine Anwendung des § 2306 BGB. Zum anderen und vor allem hatte der Ausschlagende deutlich gemacht, dass er als Kind der Erblasserin in jedem Fall auf jede – wie auch immer geartete – Beteiligung am Nachlass keinen Wert legte (bei juris, Rdnr. 10). „Gleichsam zur Sicherheit“ wollte der Ausschlagende die Ausschlagung aus allen Berufungsgründen erklären, um so zum Ausdruck zu bringen, dass er auf keinen Fall (Mit-)Erbe werden wollte (ebd.). Im Übrigen macht die Entscheidung des OLG Hamm deutlich, dass derjenige, der ausdrücklich „aus allen Berufungsgründen“ die Erbschaft ausschlägt, zum Ausdruck bringt, „dass er die Erbschaft in jedem Fall ausschlagen will und dass ihm der Berufungsgrund gleichgültig ist“ (ebd., m. w. N.). Diese Auslegung ist richtig, aus ihr lässt sich aber nicht ohne Weiteres ein gleichzeitiger Pflichtteilsverzicht herleiten.

bb) In der Literatur werden zu den Wirkungen einer Erbausschlagung „aus allen Berufungsgründen“ nach § 2306 Abs. 1 BGB drei Ansichten vertreten:

(1) *De Leve* ist der Meinung, dass eine derartige umfassende Ausschlagungserklärung auch den Berufungsgrund der gesetzlichen Erbfolge einschließt, der gerade Grundlage für die Zuerkennung eines Pflichtteilsanspruchs sei. Ohne den von der allumfassenden Ausschlagungserklärung erfassten gesetzlichen Erbteil gebe es keinen Pflichtteil. *De Leve* empfiehlt daher, wie folgt zu formulieren, um den Pflichtteil zu erhalten: „... schlage ich die mir hinterlassene Erbschaft aus, um den Pflichtteil geltend machen zu können (§ 2306 BGB)“ (*de Leve*, ZEV 2010, 184, 185).

(2) Dem hält *Sachs* entgegen, dass die umfassende Lossagung des Erben von der Erbschaft durch eine Ausschlagung nicht zugleich auch eine Lossagung vom Pflichtteilsanspruch bedeute. Erbenstellung und bloße Pflichtteilsberechtigung unterschieden sich bekanntlich gravierend. *Sachs* plädiert daher stets für eine umfassende Ausschlagungserklärung (*Sachs*, ZEV 2010, 556, 557).

(3) Soweit die Frage überhaupt in den Kommentaren behandelt wird, sprechen sich die Autoren für eine differenzierende Sichtweise aus. Eine abstrakt-generelle Aussage, ob die hinterlassene Erbschaft immer nur nach dem Berufungsgrund der gesetzlichen bzw. der testamentarischen Erbfolge oder umgekehrt stets umfassend auszuschlagen ist, wird abgelehnt (MünchKommBGB/*Lange*, BGB, 6. Aufl. 2013, § 2306, Rdnr. 19). Vielmehr sei auf den Einzelfall abzustellen: Schlage der als testamentarischer Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte aus dem Berufungsgrund der testamentarischen Erbfolge aufgrund der in § 2306 Abs. 1 BGB genannten Belastungen aus, verbiete es sich, ihm die Möglichkeit zu eröffnen, den Pflichtteil verlangen zu können, sofern er nach den allgemeinen Regeln unbeschränkter und unbeschränkter Erbe aufgrund gesetzlicher Erbfolge werde, da er dann nicht schutzwürdig sei. Daher sei es nicht überzeugend, stets eine umfassende Ausschlagung zu verlangen (so die Argumenta-

tion von *Lange*, a. a. O.). Danach besteht das in § 2306 Abs. 1 BGB eingeräumte Wahlrecht nur dann, wenn alle dem Erben hinterlassenen Erbteile, also sowohl der Erbteil aufgrund letztwilliger Verfügung als auch der Erbteil kraft gesetzlicher Erbfolge, mit Beschränkungen und Beschwerungen verbunden sind. Deshalb seien in jedem Einzelfall die Auswirkungen zu prüfen, die sich nach den allgemeinen Regeln nach Ausschlagung eines durch letztwillige Verfügung zugewendeten belasteten Erbteils hinsichtlich der Beschränkungen und Beschwerungen für den gesetzlichen Erbteil ergeben (juris-Pk/*Birkenheier*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 2306, Rdnr. 93; *Langel/Honzen*, Folgeprobleme der Erbrechtsreform im Pflichtteilsrecht (1), ZErB 2011, 289 ff.; *Palandt/Weidlich*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2306 Rdnr. 2).

cc) Der Senat ist der Ansicht, dass der differenzierenden, auf den Einzelfall abstellenden Sichtweise der Vorzug zu geben ist. Gegen die Auffassung *de Leves* sprechen vor allem die drei folgenden Argumente:

- Die Ausschlagung der Erbschaft wirkt *ex tunc*, der Anfall der Erbschaft gilt gemäß § 1953 Abs. 1 BGB als nicht erfolgt. Der Senat hat dementsprechend in einem Urteil vom 5.11.2002 entschieden, in den Fällen der §§ 2306 f. BGB bewirke die Ausschlagung der Erbschaft, dass der Ausschlagende rückwirkend zum Pflichtteilsberechtigten werde (3 U 184/00, bei juris, Rdnr. 10, mit Hinweis auf *Pentz*, NJW 1966, 1648). Demnach ist der Pflichtteilsberechtigte, der zum Erben berufen war, aber ausgeschlossen hat, nie Erbe gewesen (*Damrau*, a. a. O., 557; ebenso *Heidenreich*, a. a. O., 72). Ein Pflichtteilsverzicht wird mit der Ausschlagung nicht erklärt.
- Es ist nicht einzusehen, wieso der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte, der die Erbschaft ausschlägt, zwar nach § 2306 Abs. 1 BGB den Pflichtteil verlangen darf, ihm aber der Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 BGB nicht zustehen soll. Dies würde dazu führen, dass es Pflichtteilsberechtigte mit umfassenden und mit eingeschränkten Rechten geben würde, wofür es aber keinen plausiblen Grund gibt. Der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte, der die Erbschaft ausschlägt, macht lediglich von einer ihm durch das Gesetz gewährten Möglichkeit Gebrauch, ihm ist weder eine Gesetzesumgehung noch sittenwidriges Verhalten vorzuwerfen (so *Damrau*, a. a. O., 558; ebenso *Heidenreich*, a. a. O., 72). Im vorliegenden Fall ist zudem auf die Pflichtteils Klausel im Testament hinzuweisen: Wenn diese Klausel eingegriffen hätte, hätte der Kläger ebenfalls den Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB geltend machen können. Es ist nicht ersichtlich, wieso ihm dieser Anspruch, der ihm bei einer Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs in dem in Ziffer V. des gemeinschaftlichen Testaments genannten Fall zugestanden hätte, nach der Ausschlagung der Erbschaft nicht gewährt werden sollte.
- Entgegen *de Leve* enthält § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB nur eine Regelung über die Höhe der Pflichtteilsquote (Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils). Hingegen kann der Norm nicht eine Wertentscheidung in dem Sinn entnommen werden, dass Grundlage des Pflichtteilsrechts der gesetzliche Erbteil sei und es deshalb ohne den durch eine umfassende Ausschlagungserklärung erfassten gesetzlichen Erbteil auch keinen Pflichtteil gebe (a. a. O., 185). Diese Argumentation, für die *de Leve* keinen Nachweis nennt, ist unzutreffend. Das Pflichtteilsrecht hat nicht seine Grundlage in der gesetzlichen Erbfolge, vielmehr wurzeln Pflichtteilsrecht und gesetzliche Erbfolge jeweils in dem Prinzip der Familienerbfolge, das der Tes-

tierfreiheit gegenübersteht. Die Ausprägung des gesetzlichen Erbrechts als Familienerbrecht und das ebenfalls auf diesem Prinzip basierende Pflichtteilsrecht sind verfassungsrechtlich über Art. 14 Abs. 1 GG (i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG) geschützt und auch jeweils garantiert (grundlegend zur verfassungsrechtlichen Garantie des Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge: BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 232). Auch wenn somit gesetzliche Erbfolge und Pflichtteilsrecht eine gemeinsame gedankliche Grundlage haben, so handelt es sich doch um unterschiedliche Regelungsbereiche, so dass man aus einer Ausschlagung der gesetzlichen Erbfolge keineswegs automatisch auf einen Verlust des Pflichtteilsrechts schließen kann. Dies gilt umso mehr, als der aus dem Pflichtteilsrecht hergeleitete Pflichtteilsanspruch kein Erbrecht ist, sondern ein auf eine Mindestteilhabe am Nachlass gerichteter schuldrechtlicher Anspruch gegen den Erben. Lediglich für die Berechnung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs wird auf den Wert des gesetzlichen Erbrechts Bezug genommen.

c) Dem Kläger steht ein Pflichtteilsanspruch und damit auch ein Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB zu, da die vom Erblasser angeordneten Belastungen nicht nur bei der Erbfolge aufgrund letztwilliger Verfügung, sondern auch für den gesetzlichen Erbfall gelten sollen.

Als Beschränkung bzw. Belastung kommt hier die im Testament als „Vermächtnis“ bezeichnete Regelung in Betracht. Ob es sich dabei um ein Vermächtnis, eine Auflage oder eine Teilungsanordnung handelt, kann, wie das LG zutreffend gesehen hat, offenbleiben, da es sich in jedem Fall um Beschränkungen bzw. Belastungen im Sinne von § 2306 Abs. 1 BGB handelt.

Der Kläger ist insofern beschwert, als das Testament genaue Anordnungen hinsichtlich der Aufteilung der beiden zum Nachlass gehörenden Immobilien enthält und der dadurch auf die Beklagte entfallende Anteil deutlich größer ist, auch wenn man bedenkt, dass sie und ihr Ehemann die Hausverwaltung für beiden Häuser weiterhin durchführen sollen. Immerhin erhält die Beklagte zusätzlich zum hälftigen Miteigentumsanteil an der Immobilie Y-Straße auch noch das Alleineigentum an dem Hausgrundstück X-Straße. Auch die Regelung, wonach eine Belastung oder Veräußerung des Objektes in der Y-Straße ohne Zustimmung des anderen Vermächtnisnehmers praktisch ausgeschlossen werden soll, stellt eine Beschwerde dar, auch wenn sie beide Kinder in gleicher Weise trifft.

Gemäß § 2161 BGB bleibt ein Vermächtnis wirksam, wenn der Beschwerter nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, sofern kein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Der Kläger ist aufgrund der Ausschlagung nicht Erbe geworden. Das LG hat das Testament dahingehend ausgelegt, dass der Erblasser und seine Frau vor allem den Wunsch hatten, die beiden Grundstücke im Familienbesitz zu erhalten. Dieser Wunsch wird ausdrücklich ausgesprochen. Die Auslegung des LG, dass dieser Wunsch auch gelten sollte, wenn einer der beiden Schlusserben die gewillkürte Erbfolge ausschlagen sollte und sodann als gesetzlicher Erbe ebenfalls einen Anspruch auf das Erbe hätte, ist lebensnah und plausibel. Daher wäre der Kläger auch als gesetzlicher Erbe durch das Vermächtnis belastet gewesen. Dementsprechend musste er die Erbschaft aus allen Berufungsgründen ausschlagen.

3. Der vom Prozessbevollmächtigten der Beklagten ins Spiel gebrachte Gedanke eines treuwidrigen Verhaltens des Klägers ist nicht stichhaltig. Das Gesetz gewährt allen Erben die sechswöchige Ausschlagungsfrist (§ 1944 Abs. 1 BGB). In dieser (ohnehin recht knappen) Frist mussten beide Miter-

ben damit rechnen, dass eine/r von ihnen möglicherweise die Erbschaft ausschlagen würde. Dass der Kläger in dieser Überlegungsphase zwischen Annahme und Ausschlagung hin- und herschwankte, wird man ihm kaum vorhalten können, zumindest sind nicht hinreichende Anhaltspunkte dafür vorgetragen worden, dass die Schwelle zu einem treuwidrigen Verhalten im Sinne eines *venire contra factum proprium* überschritten sein könnte.

4. Eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung durch das LG hinsichtlich der Frage, ob der Kläger das Vermächtnis angenommen habe, ist nicht ersichtlich. Im (unstreitigen) Tatbestand wird auf diese Frage gar nicht eingegangen. Eine Ausschlagung des Vermächtnisses durch den Kläger ist nicht vorgetragen worden. Daher ist davon auszugehen, dass die Ausschlagung des vom Erblasser mit dem Vermächtnis belasteten Erbteils durch den Kläger zu einem Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB führt, auf den das angenommene Vermächtnis anzurechnen ist (vgl. § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2307 Rdnr. 5). Der volle Pflichtteilsanspruch stünde dem Kläger nur dann zu, wenn er Vermächtnis und den belasteten Erbteil ausgeschlagen hätte, was aber hier nicht der Fall ist.

5. Soweit die Beklagte mit ihrer Berufung die vom LG zuerkannte Reichweite des Auskunftsanspruchs nach § 2314 BGB angreift, sind ihre Rügen im Wesentlichen unbegründet. Lediglich der Anspruch nach Ziffer 1. d) des Urteilstenors auf Auskunft über die vom Erblasser zu seinen Lebzeiten zugunsten Dritter getätigten Zuwendungen ist dahingehend zu präzisieren, dass er sich auf den Zeitraum von zehn Jahren vor dem Erbfall bezieht.

Der Auskunftsanspruch ist hinsichtlich der Schenkungen an die Beklagte nicht auf einen Zeitraum von zehn Jahren zu begrenzen. Die Auskunft bezieht sich nämlich nicht nur auf pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkungen im Sinne des § 2325 BGB, sondern auch auf die anrechnungs- und ausgleichungspflichtigen Zuwendungen im Sinne der §§ 2315, 2316, 2052 und 2055 BGB. Letztere finden auch über einen Zehn-Jahres-Zeitraum hinweg Berücksichtigung (*Bittler in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, 371, Rdnr. 19 f.). Zuwendungen im Sinne der §§ 2315, 2316, 2052 und 2055 BGB können jedoch nur zugunsten der Beklagten, nicht aber zugunsten Dritter getätigt worden sein. Insofern ist die Auskunftsverpflichtung hinsichtlich der vom Erblasser zugunsten Dritter getätigten Zuwendungen auf einen Zeitraum von zehn Jahren zu begrenzen.

Die weitere Rüge der Berufung, dass eine Auskunftsverpflichtung hinsichtlich der Schenkungen an die Beklagte nur dann bestehe, wenn der Kläger insoweit Anhaltspunkte für die Schenkungen des Erblassers im fraglichen Zeitraum nachweise, greift nicht durch. Zwar wird in der Literatur immer wieder darauf hingewiesen, dass eine Verdachtsausforschung im Rahmen des § 2314 Abs. 1 BGB unzulässig sei (*Münch-KommBGB/Lange*, a. a. O., § 2314 Rdnr. 8; *Staudinger/Haas*, BGB, Neubearb. 2006, § 2314 Rdnr. 13; *Bittler*, a. a. O., 371 f., Rdnr. 23; *Baumgärtel* in FS Heinz Hübner, 1984, 395, 402), die in diesem Zusammenhang regelmäßig zitierten Gerichtsentscheidungen bestätigen jedoch die Aussage, dass der Auskunftsanspruch keinen Ausforschungscharakter habe, in dieser Allgemeinheit nicht. So betreffen die Urteile des BGH vom 2.6.1993, IV ZR 259/92, des OLG Düsseldorf vom 23.9.1994, 7 U 198/93, und des Senats vom 15.8.2007, 3 U 3/05, jeweils den Sonderfall des Wertermittlungsanspruchs. Die Urteile des BGH vom 21.12.1964, III ZR 226/62, und vom 9.11.1983, IVa ZR 151/82, sowie des OLG Düsseldorf vom 18.12.1998, 7 U 78/98, beziehen sich jeweils auf

den Sonderfall konkreter Veräußerungsgeschäfte, über die der Pflichtteilsberechtigte wegen des Verdachts der Schenkung Auskunft begehrt und bei denen der Grundsatz gilt, dass er gewisse Anhaltspunkte für die von ihm behauptete unentgeltliche Verfügung des Erblassers darlegen muss. Hingegen ist § 2314 Abs. 1 BGB dann, wenn es allgemein um die Frage geht, ob der Erbe Schenkungen vom Erblasser erhalten hat, gerade ein Anspruch mit Ausforschungscharakter, so dass diese Auskunft auch dann zu erteilen ist, wenn der Pflichtteilsberechtigte keine Anhaltspunkte für konkrete Schenkungen nachweisen kann (ebenso: *Dieckmann*, NJW 1988, 1809, 1812; *Schindler*, ZEV 2007, 279; siehe auch *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Bd. II, 2. Teilband, 1993, 394, der zwischen einem Auskunftsanspruch gegen den Erben, der keinen Einschränkungen unterliegt, und einem Auskunftsanspruch gegen den Beschenkten, der die Darlegung gewisser Umstände erfordert, die das Vorliegen einer Schenkung nahelegen, differenziert und im Übrigen lediglich als allgemeine Begrenzung „die prinzipiell jedem Auskunftsanspruch eigene Vermeidung von Ausforschung und Missbrauch“ sieht, ebd., 396). Auch das OLG Frankfurt am Main vertritt die Ansicht, dass der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, der nicht Erbe ist, bezüglich etwaiger Schenkungen nicht davon abhängt, dass Anhaltspunkte für solche bestünden (Beschluss vom 2.5.2011, 1 U 249/10, ZEV 2011, 379; ebenso: *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2314 Rdnr. 9).

(...)

Anmerkung:

Meist liest man in notariell beglaubigten Erbausschlagungserklärungen und ebenso in einschlägigen Formularbüchern den Passus, dass die Erbschaft nach dem Erblasser „aus allen Berufungsgründen“ ausgeschlagen werde. Uneingeschränkt zutreffend ist diese Formulierung sicher in den praxishäufigen Fällen der Ausschlagung wegen Überschuldung des Nachlasses. Daneben gibt es aber auch Konstellationen, in denen die unreflektierte Ausschlagung einer Erbschaft „aus allen Berufungsgründen“ problematisch, wenn nicht gar fatal sein kann. Dies zeigt das hier zu besprechende Urteil des OLG Schleswig.

I. Sachverhalt

Der verwitwete Erblasser war unter Hinterlassung zweier Kinder verstorben. Nach dem vorliegenden gemeinschaftlichen Testament waren beide Kinder zu gleichen Teilen als Schlusserben eingesetzt. Die Schlusserben wurden zudem mit einem (Voraus-)Vermächtnis dergestalt beschwert, dass die Tochter die eine Immobilie und Sohn und Tochter zu je hälftigem Miteigentum die andere Immobilie des Erblassers erhalten sollten. Der Sohn schlug die ihm hinterlassene Erbschaft „aus allen Berufungsgründen“ aus und machte seiner Schwester gegenüber den Pflichtteil geltend. Im Klagewege begehrt er Auskunft über den Bestand des Nachlasses (§ 2314 BGB).

II. Problembeschreibung

Pflichtteilsberechtigt ist ein Abkömmling nach § 2303 Abs. 1 BGB nur dann, wenn er durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurde. Grundsätzlich kein Pflichtteilsrecht hat demgemäß ein Abkömmling, der die ihm hinterlassene Erbschaft (freiwillig) ausschlägt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht § 2306 BGB. Ist der zum Erben eingesetzte Abkömmling durch die Einsetzung eines

Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er ausnahmsweise den Pflichtteil auch dann verlangen, wenn er den belasteten Erbteil ausschlägt. Ein solcher Fall lag auch der Entscheidung des OLG Schleswig zugrunde. Der Erbteil des Sohnes war durch die Vermächtnisanordnung beschwert.

Schlägt ein eingesetzter Erbe seinen testamentarischen Erbteil aus, so kann es insbesondere bei Fehlen einer Ersatzerbenregelung dazu kommen, dass ihm die Erbschaft kraft gesetzlicher Erbfolge erneut zufällt. Das Gesetz gibt dem Erben in § 1948 BGB ausdrücklich das Wahlrecht, als eingesetzter Erbe auszuschlagen und das gesetzliche Erbe anzunehmen oder aber die Erbschaft insgesamt – und damit aus allen Berufungsgründen – abzulehnen. Letzteres tat der Sohn im vorliegenden Fall.

Die Problematik besteht nun darin, dass bislang höchststrichterlich noch nicht geklärt ist, ob der auszuschlagende Erbteil im Sinne des § 2306 BGB stets nur der testamentarisch hinterlassene Erbteil sein darf mit der Konsequenz, dass eine Ausschlagung aus allen Berufungsgründen zum Wegfall auch des Pflichtteilsanspruchs nach § 2306 BGB führen würde.¹ Die Gegenansicht² geht davon aus, dass auch der gesetzliche Erbteil jedenfalls im Einzelfall ausgeschlagen werden kann und muss, um in den Genuss des Pflichtteilsanspruchs gemäß § 2306 BGB zu gelangen. Das OLG Schleswig hat sich – ich meine zu Recht – im Ergebnis der zuletzt genannten vermittelnden Auffassung in der Literatur angeschlossen.

III. Würdigung durch das Gericht

Das OLG Schleswig bejaht im Ergebnis die Pflichtteilsberechtigung des klagenden Sohnes und gibt der von ihm erhobenen Auskunftsklage statt.

Ein Pflichtteilsverzicht des Sohnes oder ein Erlassvertrag über den Pflichtteilsanspruch lägen nicht vor. Beides hätte eines wirksamen Vertragsschlusses mit dem Vater bzw. den Erben bedurft, wofür vorliegend jedoch nichts ersichtlich sei.

Die Richter prüfen sodann weiter, ob ein Pflichtteilsanspruch vielleicht deshalb ausgeschlossen sein könnte, weil der Kläger die Erbschaft nach seinem Vater „aus allen Berufungsgründen“ ausgeschlagen hat. Die Frage, ob eine umfassende Erbausschlagung nach § 2306 BGB zum Abschluss auch des Pflichtteilsrechts führe, sei in der Literatur bislang lediglich vereinzelt erörtert worden. Nach kurzem Hinweis auf zwei nicht für einschlägig gehaltene Entscheidungen des OLG Celle und des OLG Hamm wendet sich das OLG Schleswig den zu diesem Problemfeld bislang bekannt gewordenen Literaturmeinungen zu. Während *de Leve* die Auffassung vertrete, eine umfassende Ausschlagungserklärung lasse stets auch den Pflichtteilsanspruch entfallen, stehe *Sachs* auf dem Standpunkt, es müsse stets umfassend ausgeschlagen werden, um den Pflichtteilsanspruch aus § 2306 BGB geltend machen zu können. Differenzierter sehe die Kommentarliteratur diese Frage. Hiernach sei im Einzelfall darauf abzustellen, ob der Erbe bei Ausschlagung lediglich des belasteten testamentarischen Erbteils unbelasteter gesetzlicher Erbe würde. Schläge der Erbe in einem solchen Fall gleichwohl auch den gesetzlichen Erbteil aus, sei er nicht schutzwürdig und könne daher

¹ So *de Leve*, ZEV 2010, 184; *ders.*, ZEV 2010, 557; *ders.*, ZEV 2015, 113.

² *Sachs*, ZEV 2010, 556; *Lange/Honzen*, ZErB 2011, 289; Münch-KommBGB/*Lange*, § 2306 Rdnr. 19; BeckOK-BGB/*J. Mayer*, Stand: 1.5.2015, § 2306 Rdnr. 9.

keinen Pflichtteilsanspruch nach § 2306 BGB geltend machen. Setzen sich die Beschwerden indes am gesetzlichen Erbteil fort, könne und müsse der Erbe auch diesen Erbteil ausschlagen, um den Pflichtteilsanspruch geltend machen zu können. Dieser letztgenannten Ansicht sei – so das OLG Schleswig – der Vorzug zu geben. Insbesondere lasse sich § 2306 BGB entgegen *de Leve* nicht eine Wertentscheidung in dem Sinne entnehmen, dass Grundlage des Pflichtteilsrechts der gesetzliche Erbteil sei und es deshalb ohne den durch eine umfassende Ausschlagungserklärung erfassten gesetzlichen Erbteil auch keinen Pflichtteil gebe.

Lasse sich somit im vorliegenden Fall ein Pflichtteilsanspruch des Klägers bejahen, da sich das angeordnete Vermächtnis auch auf den gesetzlichen Erbteil bezogen hätte (§ 2161 BGB) und der Kläger somit auch diesen Erbteil im Rahmen des § 2306 BGB ausschlagen musste, so stehe ihm folgerichtig auch ein umfassender Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB zu.

IV. Stellungnahme

Das Urteil des OLG Schleswig betrifft den (Sonder-)Fall, dass der Erbe nicht wegen Überschuldung des Nachlasses ausschlägt, sondern wegen angeordneter Beschränkungen oder Beschwerden seines Erbteils (zum Beispiel durch Vermächtnis, Auflage, Testamentsvollstreckung etc.). Für diese Konstellation hat das OLG Schleswig im Ergebnis zutreffend entschieden, dass nur eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise zu sachgerechten Ergebnissen führt.

Ins Rollen gebracht hat die Diskussion ein Kurzbeitrag von *de Leve* im Jahr 2010.³ Unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut von § 2306 Abs. 1 BGB a. F., wonach „der hinterlassene Erbteil“ ausgeschlagen werden musste, vertritt der Autor auch für § 2306 Abs. 1 BGB n. F., der nur noch von „dem Erbteil“ spricht, dass sich die Ausschlagungserklärung konkret nur auf die zugewandte Erbschaft beziehen dürfe. Werde dagegen „aus jedem Berufungsgrunde“ ausgeschlagen, entfalle mit dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbfolge auch die Grundlage für die Zuerkennung eines Pflichtteilsanspruchs. Dieser Sichtweise ist *Sachs* mit dem Argument entgegengetreten, dass unter Zugrundelegung der Auffassung *de Leves* der lediglich den testamentarischen Erbteil Ausschlagende in zahlreichen Fällen nicht nur seinen Pflichtteil auf Grundlage des § 2306 BGB erhalte, sondern zudem auch noch gesetzlicher (Mit-)Erbe werden könne, wenn es hinsichtlich des ausgeschlagenen Erbteils an einer Ersatzerbfolge fehle und auch keine Anwachsung eintrete.⁴ Daraufhin hat *de Leve* seinen Standpunkt weiter präzisiert und ausgeführt, dass § 2306 BGB insoweit *lex specialis* sei, als der den testamentarischen Erbteil Ausschlagende von vornherein (nur) den Pflichtteilsanspruch erhalte und der Anfall eines (zusätzlichen) gesetzlichen Erbteils ausgeschlossen sei.⁵ Zu einer Doppelbegünstigung des Ausschlagenden kommt es somit auch nach *de Leve* nicht.

Ich persönlich halte die Auffassung *de Leves* für nicht stichhaltig. Bei unbefangener Lektüre des Gesetzestextes („Ist ein *als Erbe berufener* Pflichtteilsberechtigter ...“, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er ausschlägt“; *Hervorh. d. Verf.*) mag man zwar geneigt sein, als „Erbteil“ zunächst nur den testamentarischen Erbteil anzusehen. Sinn und Zweck des § 2306 BGB ist es jedoch, die Mindestbeteiligung des pflichtteilsberechtigten Erben am Nachlass sicherzustellen, der zwar

einen Erbteil erhalten hat, der aber mit Beschränkungen oder Beschwerden belastet ist, die faktisch wie rechtlich zu einer Verminderung der Nachlassbeteiligung unter den Pflichtteilsanspruch führen können.⁶ Hier soll es dem pflichtteilsberechtigten Erben ermöglicht werden frei zu wählen, ob er den belasteten Erbteil akzeptiert oder ob er ausschlägt und seinen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch geltend macht. Die Norm erweitert folglich die Handlungsmöglichkeiten des pflichtteilsberechtigten Erben. Die *ratio legis* greift allerdings dann nicht ein, wenn der Erbe seinen testamentarischen Erbteil ausschlägt und hierdurch unbeschränkter gesetzlicher Erbe wird, insbesondere weil keine Ersatzerben benannt sind, die Auslegungsregeln der §§ 2069, 2094 BGB nicht eingreifen und sich die Beschwerden ausnahmsweise (vgl. §§ 2161, 2192 BGB) nicht auch auf den gesetzlichen Erbteil erstrecken. Hier verbleibt es trotz Ausschlagung des testamentarischen Erbteils beim (unbelasteten) gesetzlichen Erbteil (§ 1948 Abs. 1 BGB). Für einen zusätzlichen Pflichtteilsanspruch aus § 2306 BGB besteht kein Raum. Der Ausschlagende erhält bereits mehr als den Pflichtteil. Würde man dagegen mit *de Leve* in § 2306 BGB eine *lex specialis* erblicken, würde die Ausschlagung des testamentarischen Erbteils zwangsläufig (nur) zur Entstehung des Pflichtteilsanspruchs führen. Eine taktische Ausschlagung zur Erlangung des unbelasteten gesetzlichen Erbteils wäre dagegen von vornherein nicht möglich. Diese Konsequenz dürfte mit dem vom Gesetzgeber geschaffenen Wahlrecht, der damit verbundenen Stärkung des pflichtteilsberechtigten Erben und mit § 1948 BGB nicht in Einklang zu bringen sein.

V. Konsequenzen für die (notarielle) Praxis

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Erbe stets den bzw. die Erbteile ausschlagen muss, die den angeordneten Beschränkungen oder Beschwerden unterliegen. Da in der Regel davon auszugehen ist, dass sich testamentarisch angeordnete Beschränkungen oder Beschwerden auch auf den gesetzlichen Erbteil erstrecken (vgl. §§ 2161, 2192 BGB), muss der Erbe regelmäßig auch diesen ausschlagen („aus allen Berufungsgründen“), um nach § 2306 BGB zu seinem Pflichtteilsanspruch zu kommen. Soweit im Einzelfall aber Beschränkungen oder Beschwerden tatsächlich nur für den testamentarischen Erbteil gelten sollten, darf dagegen nur dieser ausgeschlagen werden. Der Ausschlagende erhält dann – insbesondere bei (ggf. stillschweigender) Anordnung einer Ersatzerbfolge – seinen Pflichtteil nach § 2306 BGB oder er wird unbeschränkter gesetzlicher Erbe. Würde im zuletzt genannten Fall auch der unbeschränkte gesetzliche Erbteil ausgeschlagen, wäre der Ausschlagende im Hinblick auf einen Pflichtteilsanspruch aus § 2306 BGB nicht schutzwürdig.⁷ Er würde daher komplett leer ausgehen. In Ausschlagungsfällen nach § 2306 BGB mag es daher in der Praxis ratsam sein, in die Ausschlagungserklärung den unmissverständlichen Hinweis aufzunehmen, dass die Ausschlagung zur Geltendmachung des Pflichtteils erfolgt.⁸

Notar Dr. *Christoph Röhl*, Hauzenberg und Wegscheid

⁶ MünchKommBGB/Lange, § 2306 Rdnr. 1.

⁷ So im Ergebnis auch die zutreffende h. M., vgl. *Sachs*, ZEV 2010, 556; *Lange/Honzen*, ZErB 2011, 289; MünchKommBGB/Lange, § 2306 Rdnr. 19; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2306 Rdnr. 9; *Litzenburger*, FD-ErbR 2014, 364678. A. A. jüngst erneut *de Leve*, ZEV 2015, 113.

⁸ Vgl. auch den Formulierungsvorschlag von *Horn* in Beck'sche Online-Formulare Erbrecht, 7. Edition 2015, Stand: 1.4.2015, 5.4.4.

³ *De Leve*, ZEV 2010, 184.

⁴ *Sachs*, ZEV 2010, 556.

⁵ *De Leve*, ZEV 2010, 557.

13. BGB § 2314 Abs. 1 Satz 1, § 2325 (*Anspruch auf Auskunft wegen Pflichtteilsansprüchen; Wirksamkeit des Erbverzichts- und Abfindungsvertrages*)

1. **Der Erbverzichts- und Abfindungsvertrag ist wirksam vereinbart worden, wenn keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine mangelnde Geschäftsfähigkeit des klagenden Sohnes bestehen, weil sich auch für den Fall eines erheblichen Alkoholgenusses in der Nacht und eines kurzen Schlafes durchaus keine zwingenden Schlussfolgerungen zur geistigen Aufnahmefähigkeit des Sohnes zum späteren Beurkundungstermin am selben Tag ableiten lassen. Ein fehlender Vermerk seitens des Notars zur Geschäftsfähigkeit in der Urkunde begründet nicht die Annahme, der Notar habe nicht auf erkennbare Ausfallerscheinungen oder Konzentrationsprobleme geachtet.**
2. **Sofern der vereinbarte Abfindungsbetrag in erheblichem Maße unter einem möglichen Pflichtteilsanspruch liegt, rechtfertigt dieser Umstand noch keine Sittenwidrigkeit des Vertrages, insbesondere dann nicht, wenn der Sohn Kenntnis über die Vermögenssituation seines Vaters hat.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

LG Düsseldorf, Urteil vom 29.1.2014, 7 O 132/13

Die Parteien streiten im Rahmen der Stufenklage in erster Stufe um einen Anspruch auf Auskunft wegen Pflichtteilsansprüchen sowie im Wege der Zwischenfeststellungsklage um das Bestehen solcher Ansprüche dem Grunde nach.

Der Kläger wurde als Kind von dem im Zeitraum 4. bis 6.5.2010 verstorbenen Erblasser Ludwig L und dessen damaliger Ehefrau adoptiert und ist dessen einziger Abkömmling. Auch nach der Trennung seiner Eltern verbrachte der Kläger noch regelmäßig Zeit bei seinem Vater, der eine Villa inmitten einer parkähnlichen Gartenanlage bewohnte, in der der Kläger aufgewachsen war. Er erhielt noch zu Lebzeiten des Erblassers diverse finanzielle Zuwendungen, deren Umfang und Höhe zwischen den Parteien im Einzelnen streitig sind.

Am 17.5.2004 unterschrieb der damals 19-jährige Kläger einen notariellen Erbverzichts- und Abfindungsvertrag. Danach war die Wirksamkeit des Verzichts bedingt durch vollständige Zahlung der in drei Raten zu 10.000 € und zweimal 20.000 € geschuldeten Abfindung.

Der Erblasser ist gemäß Testament vom 20.3.2010 von der Beklagten, seiner zweiten Ehefrau, allein beerbt worden. Der Kläger erhielt eine Immobilie in München als Vermächtnis ausgesetzt, die er zwischenzeitlich für 1,85 Mio. € veräußerte. In den Nachlass fielen jedenfalls noch eine Mehrheitsbeteiligung des Erblassers an der C & E GmbH & Co. KG, eine Beteiligung an der H GmbH & Co. KG sowie neben der als Vermächtnis ausgesetzten Immobilie noch drei weitere Objekte. Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.6.2012 erklärte der Kläger die Anfechtung des Erbverzichts- und Abfindungsvertrages.

Der Kläger behauptet, er habe die Abfindungszahlungen nie erhalten, so dass der Erbverzichts- und Abfindungsvertrag bereits nicht wirksam geworden sei. Soweit von der Beklagten eine Quittung vorgelegt werde, müsse es sich um eine vormals erteilte Blankounterschrift handeln. Er behauptet ferner, bei der notariellen Beurkundung wegen exzessiven Alkoholkonsums in der Nacht davor, nicht geschäftsfähig gewesen zu sein. Außerdem habe er sich in einem Irrtum über die Tragweite seiner Erklärung befunden, da ihm nicht bewusst gewesen sei, auf welche Werte er als Pflichtteilsberechtigter verzichtet habe. Der Vertrag sei zudem auch wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Der Erblasser habe selber gegenüber einem Zeugen zugegeben, den Kläger „über den Tisch gezogen“ zu haben. Es sei auch keine Belehrung gemäß § 17 BeurkG durch den Notar erfolgt. Hilfsweise erklärt er wegen Nichterfüllung den Rücktritt vom Erbverzichts- und Abfindungsvertrag.

Der Kläger beantragt,

- 1) festzustellen, dass der Kläger nach seinem Vater Ludwig L, gestorben am 4./6.5.2010, pflichtteilsberechtigt ist, und zwar mit einer Pflichtteilsquote von 25 %;

2) die Beklagte zu verurteilen, durch Vorlage eines Verzeichnisses nach § 260 BGB, bei dessen Aufnahme der Kläger hinzugezogen worden ist, Auskunft über den Bestand des Nachlasses des am 4./6.5.2010 verstorbenen Ludwig L zum Zeitpunkt seines Todes zu erteilen, und zwar in privatschriftlicher Form gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Verzeichnis muss insbesondere sämtliche bei dem Erbfall vorhandenen Immobilien, Sachen, Gesellschaftsbeteiligungen und Forderungen (Aktiva) und Nachlassverbindlichkeiten (Passiva) enthalten, und zwar unabhängig von der internationalen Belegenheit der Aktiv- und Passivpositionen. Auch ist mitzuteilen, ob und ggf. wem der Erblasser Vollmacht erteilt hat, über sein Vermögen, insbesondere über seine Bankkonten, zu verfügen und ob in diesem Zusammenhang Forderungen des Nachlasses gegen Bevollmächtigte bestehen. Bei Kapitalvermögen ist die Mitteilung an die Erbschaftsteuerstelle gemäß § 33 ErbStG vorzulegen.

Es sind alle lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers innerhalb von zehn Jahren vor dessen Todestag anzugeben (§ 2325 BGB), also insbesondere Schenkungen, auch gemischte Schenkungen bzw. durch vorweggenommene Erbfolge erfolgte Zuwendungen, Erlass von bzw. Verzicht auf Forderungen, Lebensversicherungen und sonstige Verträge zugunsten Dritter, und zwar unter Benennung des Datums des Zuwendungsvollzugs (Eigentumsübergang). Diese Angaben sind unabhängig von einer Frist zu erteilen, wenn der Erblasser

- sich Nutzungsrechte wie einen Nießbrauch oder ein Wohnungsrecht vorbehalten hat,
- den Gegenstand tatsächlich nutzt,
- Widerrufs- oder Rückübertragungsrechte vereinbart hat oder
- diese Zuwendungen an seinen Ehegatten gewährt hat.

Sämtliche Auskünfte haben unter Belegvorlage (Kopien) zu erfolgen.

Der Beklagte hat auch Auskunft zu erteilen über erklärte Erbverzichte möglicher gesetzlicher Erben, ggf. unter Beifügung von Vertragsurkunden;

3) die Beklagte zu verurteilen, sofern der Kläger dies nach Erteilung der im Antrag zu 2) beantragten Auskünfte verlangt, die in dem Antrag zu 2) geforderten Auskünfte durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Bestandsverzeichnisses zu erteilen, bei dessen Aufnahme der Kläger hinzugezogen worden ist (§ 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB);

4) die Beklagte zu verurteilen, zu Protokoll des Gerichts an Eides statt zu versichern, dass sie in dem unter Antrag zu 2) bzw. zu 3) geforderte Nachlassverzeichnis den Bestand des realen und fiktiven Nachlasses des Erblassers Ludwig L nach bestem Wissen so vollständig angegeben hat, wie sie dazu in der Lage ist;

5) die Beklagte zu verurteilen, den Wert der nach Erteilung der Auskünfte aus dem Antrag zu 2) und ggf. zu 3) noch zu benennenden Gegenstände des realen und fiktiven Nachlasses zu ermitteln;

6) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in nach Auskunftserteilung und Wertermittlung zu bestimmender Höhe nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, jedoch nach Abzug von 1.850.000 €.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie beruft sich zum Nachweis der Erfüllung des Erbverzichts- und Abfindungsvertrages auf eine Quittung vom 10.5.2006. Außerdem habe der Kläger den Erhalt gegenüber dem Steuerberater des Erblassers bestätigt. Auch ansonsten sei der Vertrag wirksam, insbesondere habe eine ausreichende Belehrung stattgefunden. Der Kläger habe aufgrund des Lebensstils des Erblassers auch durchaus eine hinreichende Vorstellung von dessen Vermögensverhältnissen gehabt. Der Entzug des Pflichtteils habe sowohl der Sicherung der Unternehmensnachfolge gedient, als auch zur pädagogischen Einwirkung auf den Kläger in Hinblick auf dessen eigenen Lebensstil.

Aus den Gründen:

II.

Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist der Antrag zu 1) als sog. Zwischenfeststellungsklage neben der mit den weiteren Anträgen verfolgten Stufenklage zulässig.

Die Klage ist indes nicht begründet.

Dem Kläger stehen gegen die Beklagte keine Pflichtteilsansprüche zu, so dass sowohl der darauf gerichtete Feststellungsantrag nebst Auskunftsverlangen, als auch die Stufenklage insgesamt abzuweisen waren.

1. Der Erbverzichts- und Abfindungsvertrag ist wirksam vereinbart worden.

a) Es bestehen keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine mangelnde Geschäftsfähigkeit des Klägers.

Soweit es die Geschäftsfähigkeit des Klägers betrifft, hat dieser lediglich Beweis für seine Verfassung zum Zeitpunkt des Aufweckens durch den Erblasser an Morgen angetreten. Auch für den Fall eines erheblichen Alkoholgenusses in der Nacht und eines kurzen Schlafes lassen sich daraus jedoch keine zwingenden Schlussfolgerungen zur geistigen Aufnahmefähigkeit des Klägers zum späteren Beurkundungstermin am selben Tag ableiten. Zwar hat der beurkundende Notar keinen ausdrücklichen Vermerk über die Geschäftsfähigkeit in die Urkunde aufgenommen, wie dies häufig bei letztwilligen Verfügungen älterer Personen geschieht, jedoch legt dies nicht die Annahme nahe, der Notar habe nicht auf erkennbare Ausfallerscheinungen oder Konzentrationsprobleme geachtet und sich bei der Beurkundung darüber hinweg gesetzt.

Auch wenn der Kläger später gegenüber Zeugen erklärt haben sollte, dass er nur einen vorübergehenden Verzicht unterschrieben habe, so ließe eine fehlerhafte Erfassung des Vertragsinhalts nicht zugleich schon den Rückschluss auf eine mangelnde Geschäftsfähigkeit zu.

b) Der Vertrag war auch nicht sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB.

Der bloße Umstand, dass der vereinbarte Abfindungsbetrag i. H. v. 50.000 € deutlich unter einem möglichen Pflichtteilsanspruch liegt, den der Kläger auf etwa 5 Mio. € schätzt, rechtfertigt für sich gesehen noch nicht das Verdikt der Sittenwidrigkeit. Vielmehr kann die Bereitstellung eines verhältnismäßig geringen Betrages, die dafür aber zeitnah erfolgt, gleichwohl für einen jungen Menschen attraktiv und für dessen Lebensplanung sinnvoll sein.

Der Fall ist auch nicht vergleichbar mit dem vom LG München entschiedenen Fall (ZEV 2006, 313). Im Rahmen der dort vom OLG gewerteten Gesamtumstände hat das Gericht insbesondere darauf abgestellt, dass der Erbe im Rahmen der Vertragsvorgespräche und bei der Berechnung des Abfindungsbetrages über die Berechnungsgrundlagen getäuscht wurde. Das ist vorliegend nicht erkennbar. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger über den finanziellen Wert der Erklärung getäuscht wurde. Zwar ist in der notariellen Urkunde der Kostenwert des Verzichts mit 70.000 € angegeben worden, jedoch kann daraus nicht schon auf eine Täuschung des Klägers geschlossen werden. Unstreitig kannte der Kläger die Lebens- und Wohnverhältnisse des Erblassers, die unzweifelhaft auf eine gewisse vermögende Stellung schließen ließen. Der Kläger räumt selber ein, dass er aufgrund der finanziellen Unterstützung seines Vaters ein Leben führen konnte, das in finanzieller Hinsicht großzügiger ausgestaltet war, als das seiner Alterskameraden. Der Kläger hat neben den Unterhaltszahlungen zudem Schenkungen des Erblassers im vierstelligen Bereich erhalten. Er hatte auch Kenntnis von der Mehrheitsbeteiligung des Erblassers. Der Kläger wusste demnach, dass sein Vater vermögend war. Eine genaue Kenntnis der Vermögensverhältnisse und des Wertes seines Pflichtteilsanspruches ist demgegenüber nicht erforderlich.

Darauf, ob der Erbverzicht zugleich auch zur Sicherung der Unternehmensnachfolge oder für den Bestand der beiden Unternehmen geboten war – dazu hat die Beklagte nur ansatzweise vorgetragen – kommt es demnach nicht mehr an.

c) Aus den vorgenannten Gründen scheidet auch eine Anfechtung wegen Irrtums über den Wert des Pflichtteilsanspruches aus. Überdies ist dem Kläger eine Abschrift der Urkunde im Jahr 2004 an die Adresse seiner Mutter zugesandt worden, die ihn nach seinem eigenen Vortrag über die Konsequenzen der Erklärung aufgeklärt haben soll. Bei lebensnaher Betrachtung ist davon auszugehen, dass die geschiedene Ehefrau des Erblassers dabei auch den finanziellen Rahmen mit dem Kläger erörtert hat. Die Anfechtung vom 25.6.2012 wäre danach ohnehin verfristet.

2. Der Erbverzichts- und Abfindungsvertrag ist auch hinsichtlich der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Abfindungsbetrages wirksam geworden.

(...)

Anmerkung:

Nach den grundlegenden Entscheidungen des BGH zur Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen machte sich unter den Kautelarjuristen eine gespannte Unsicherheit breit: was darf man noch – und wie lange wird man es noch dürfen? Ein ähnliches Gefühl beschlich den Leser erbrechtlicher Literatur in den letzten Jahren bisweilen im Zusammenhang mit Erb- und Pflichtteilsverzicht. Zwar ist die Literatur zur Inhalts- und Ausübungskontrolle im Erbrecht¹ nicht annähernd so umfangreich wie diejenige zu den Eheverträgen, und auch Rechtsprechung hierzu liegt, soweit ersichtlich, nicht vor.² Doch wird mit einem gewissen Schaudern in der Stimme immer wieder die Frage gestellt, ob die vom BGH im Bereich des Ehevertrages aufgestellten Grundsätze zu einer anderen Beurteilung auch von Erb- und Pflichtteilsverzicht führen. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des LG Düsseldorf, auch wenn (oder gerade weil) sie sich mit der genannten Diskussion nicht beschäftigt, eine Wohltat. Stellt sie doch klar, was man schon immer dachte: Die Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichts ist die Ausnahme und auf besonders schwere Fälle zu begrenzen.

Der Erbverzicht ist ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft.³ Er und eine etwa zu erbringende Gegenleistung brauchen, um kondiktionsfest zu sein, ein schuldrechtliches Kausalgeschäft.⁴ Dieses Kausalgeschäft kann vor oder mit dem Erbverzicht geschlossen werden. Gerade beim entgeltlichen Verzicht wird dieses Kausalgeschäft in der Regel konkludent geschlossen sein, wenn es nicht ausdrücklich in der Urkunde erwähnt wird. Dieses Kausalgeschäft ist, anders als das Verfügungsgeschäft, gegenseitiger Vertrag im Sinne der

¹ Vgl. nur *Bengel*, ZEV 2006, 192; *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385; *Münch*, ZEV 2008, 571, und die Übersichten in den gängigen Kommentierungen zu § 2346 BGB.

² Auch die beiden wohl „prominentesten“ Entscheidungen zum Pflichtteilsverzicht der letzten Jahre (OLG München, Urteil vom 25.1.2006, 15 U 4751/04, MittBayNot 2006, 428 und BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, DNotZ 2011, 381) haben sich mit der Frage der Übertragung der Grundsätze zur Inhalts- und Ausübungskontrolle auf den Pflichtteilsverzicht nicht beschäftigt; diskutiert wurde vielmehr die Frage der Sittenwidrigkeit wegen Täuschung des Verzichtenden (OLG München, a. a. O.) bzw. wegen Benachteiligung von Sozialhilfeträgern (BGH, a. a. O.).

³ *MünchKommBGB/Wegerhoff*, 6. Aufl. 2013, § 2346 Rdnr. 2, 3; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2346 Rdnr. 4.

⁴ Vgl. nur *BeckOK-BGB/J. Mayer*, § 2346 Rdnr. 26 m. w. N.

§§ 320 ff. BGB. Somit findet das allgemeine Leistungsstörungenrecht Anwendung; eine Anpassung aufgrund Störung der Geschäftsgrundlage ist nach den in § 313 BGB geregelten Grundsätzen möglich.⁵ Darüber hinaus können der Verzicht und die Gegenleistung durch Bedingungen kausal verknüpft werden; dies ist gerade beim entgeltlichen Verzicht praktisch häufig der Fall. Schließlich können sowohl das Grundgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft nach den allgemeinen Vorschriften unwirksam sein bzw. beseitigt werden. In Betracht kommen vor allem die Unwirksamkeit aufgrund Geschäftsunfähigkeit (§ 105 Abs. 1 BGB), Anfechtung (§ 142 BGB) oder Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Zu beachten ist dabei, dass sich Anfechtungs- oder Sittenwidrigkeitsgründe wegen der Wertneutralität des Erbverzichtes⁶ mit wenigen Ausnahmen aus dem Kausalgeschäft ergeben. Nur bei der Vereinbarung von Bedingungsbeziehungen, einheitlichen Rechtsgeschäften im Sinne des § 139 BGB⁷ und in Fällen der Fehleridentität schlägt die Unwirksamkeit des Kausalgeschäftes auf das Verfügungsgeschäft durch.

Neben diesen allgemeinen Instituten zur „Inhaltskontrolle“⁸ braucht es keine Übertragung der Grundsätze zur Überprüfung von Eheverträgen auf den Erb- und Pflichtteilsverzicht. Eine solche Übertragung ist wegen der Verschiedenheit der zu beurteilenden Sachverhalte auch nicht möglich.⁹ Ein Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts, und damit eine Unwirksamkeit auf der Ebene der sog. Wirksamkeitskontrolle, ist nicht denkbar; der Erbteil entfällt nach § 1933 BGB spätestens mit Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses kraft Gesetzes. Auch die Ausübungskontrolle greift nicht. Hier wird geprüft, ob ein Festhalten an der von den Beteiligten vereinbarten Abweichung vom gesetzlichen Typus des Scheidungsfolgenrechts unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls noch verlangt werden kann oder ob dieses Festhalten einen Missbrauch darstellt. Der Erbverzicht ist von seiner Konzeption her als aleatorisches Rechtsgeschäft angelegt. Eine Änderung der (Vermögens-)Verhältnisse in einer Art und Weise, die die Beteiligten nicht bedacht haben, kann daher grundsätzlich nicht als Argument für einen Anpassungsbedarf herangezogen werden.¹⁰ Besonderheiten des Einzelfalls sind deshalb vor allem über § 138 BGB, die Anfechtung oder die Grundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage zu regeln, einer richterliche Überprüfung nach Billigkeitsgesichtspunkten, wie sie die Ausübungskontrolle letztlich darstellt, braucht es nicht.¹¹

Dies vorausgeschickt hat das LG Düsseldorf alles richtig gemacht.

1. Das BGB regelt in den §§ 104 ff. nur die Ausnahmen von der Geschäftsfähigkeit; grundsätzlich sieht es also jeden Menschen als geschäftsfähig an.¹² Wer sich auf Ausnahmen beruft, hat diese zu beweisen. Auch der (fehlende) Vermerk des beurkundenden Notars ist insoweit kein Indiz. Vorgeschrieben ist

dieser Vermerk nach dem Beurkundungsgesetz nur für Verfügungen von Todes wegen (§ 28 BeurkG¹³) oder bei konkreten Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit (§ 11 Abs. 1 BeurkG). Und selbst wenn der Vermerk angezeigt gewesen wäre und unterblieben ist, hat dies auf die Wirksamkeit der Urkunde keinen Einfluss.¹⁴ Es fehlt in diesem Fall nur ein Beweismittel zur Beurteilung der Geschäftsfähigkeit.¹⁵

2. Auch die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes ist die Ausnahme. Eine solche kommt in Frage, wenn entweder der Inhalt eines Rechtsgeschäftes mit grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar ist oder eine Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäftes unter Einbeziehung von Inhalt, Beweggrund und Zweck diese Wertung rechtfertigt.¹⁶ Da der Erb- und Pflichtteilsverzicht vom Gesetzgeber als Gestaltungsmittel vorgesehen ist, kann sein Inhalt allein eine Sittenwidrigkeit nicht begründen. In Betracht kommt damit nur eine Umstandssittenwidrigkeit, die sich aus dem Gesamtcharakter des Verpflichtungsgeschäftes ergibt und die möglicherweise auf den Verzicht als Verfügungsgeschäft durchschlägt. Die Dominanz eines Vertragsteils reicht dafür nicht aus. Vielmehr muss er diese Dominanz konkret missbrauchen, zum Beispiel durch Täuschung oder Nötigung.¹⁷ Daher kann auch die bloße Unkenntnis des Verzichtenden im Hinblick auf das Vermögen nicht ausreichen. Um von einer Sittenwidrigkeit zu sprechen, muss zu dieser Unkenntnis ein Verhalten des Erblassers hinzukommen, das ihm zum Vorwurf gemacht werden kann (wofür der vom LG geschilderte Sachverhalt keine Anhaltspunkte liefert). Das Anbieten einer zu niedrigen Abfindung allein kann diesen Vorwurf nicht begründen. Zu beachten ist nämlich, dass die für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht zu leistende Abfindung schwer zu ermitteln ist. Zwischen Abschluss des Vertrages und dem Erbfall kann sich die Zusammensetzung des Vermögens ändern. Auch hat die sofortige Auszahlung eines genau definierten Geldbetrages einen Wert gegenüber der späteren Auszahlung eines ungewissen Geldbetrages. Dies gilt umso mehr, wenn der Verzichtende, wie hier, aufgrund der Lebensumstände des Erblassers wissen musste, dass der Betrag der Abfindung und der (theoretische) Pflichtteil nicht übereinstimmen.

3. Eine Anfechtung greift ebenfalls nicht durch. Sowohl der Erbverzicht als auch das Grundgeschäft sind Rechtsgeschäfte unter Lebenden.¹⁸ Auf die Anfechtung finden daher die §§ 119 ff. BGB Anwendung. Da für eine Täuschung oder Drohung im Sinne des § 123 BGB keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, bleibt nur eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB und zwar als ausnahmsweise beachtlichem Motivirrtum.¹⁹ Dieser setzt voraus, dass ein Irrtum über wesentliche wertbildende Elemente des gegenwärtigen Vermögens des Erblassers vorgelegen hat und dass die irriige Vorstellung dem Verzichtenden als Berechnungsgrundlage gedient hat.²⁰ Die bloße Fehlvorstellung ist damit nicht ausreichend.

Notar *Christian Braun*, Erlangen

⁵ Beispiele bei MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2346 Rdnr. 24a.

⁶ BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2346 Rdnr. 40.

⁷ Was nach h. M. auch beim Erbverzicht möglich ist, BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2346 Rdnr. 36 m. w. N.

⁸ J. Mayer in BeckOK-BGB, § 2346 Rdnr. 39, spricht plastisch davon, dass bei der Diskussion letztlich nur das Schlagwort neu sei und nicht die Inhalte.

⁹ Dies schließt natürlich nicht aus, dass bei der Überprüfung eines Ehevertrages ein dort zusätzlich vereinbarter Erb- oder Pflichtteilsverzicht im Rahmen der Abwägung eine Rolle spielt.

¹⁰ Umfassend dazu BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2346 Rdnr. 39 und die in Rdnr. 1 zitierte Literatur.

¹¹ BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2346 Rdnr. 41.

¹² Palandt/Ellenberger, Einf. vor § 104 Rdnr. 2.

¹³ Da allerdings immer und nicht nur, so wie es das LG Düsseldorf ausführt, bei letztwilligen Verfügungen älterer Personen. Ein Erb- und Pflichtteilsverzicht ist nicht Verfügung von Todes wegen i. S. d. Beurkundungsgesetzes, Winkler, Beurkundungsgesetz, 17. Aufl. 2013, vor §§ 27 ff. Rdnr. 3.

¹⁴ Winkler, a. a. O., § 11 Rdnr. 19 und § 28 Rnr. 16.

¹⁵ Winkler, a. a. O., § 28 Rdnr. 16.

¹⁶ Palandt/Ellenberger, § 138 Rdnr. 7 f.

¹⁷ BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2346 Rdnr. 42; allgemein auch Palandt/Ellenberger, § 138 Rdnr. 8.

¹⁸ Palandt/Weidlich, § 2346 Rdnr. 5 f.

¹⁹ Palandt/Ellenberger, § 119 Rdnr. 23.

²⁰ MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2346 Rdnr. 24.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. BGB §§ 133, 157, 242, 705 ff. (*Gesellschafterliche Treuepflicht stets in Gesellschaftsverhältnissen enthalten*)

Der Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft muss für eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu seinem Ausscheiden aus gesellschaftlicher Treuepflicht in besonders gelagerten Ausnahmefällen keine ausdrückliche Regelung enthalten, weil diese Treuepflicht jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent ist. Ein Gesellschaftsvertrag kann allerdings diese Treuepflicht ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierende Regelungen enthalten, die insbesondere die aus der Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht für bestimmte Sachverhalte einschränken oder an weitere Voraussetzungen knüpfen (Fortführung von BGHZ 183, 1 = NZG 2009, 1347 – Sanieren oder Ausscheiden; BGH, NZG 2011, 510).

BGH, Urteil vom 9.6.2015, II ZR 420/13

Die Klägerin, ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, verlangt von dem Beklagten mit der Begründung, dieser sei zum 31.3.2011 aus der Gesellschaft ausgeschieden, Zahlung des sich zu seinen Lasten aus der Auseinandersetzungsbilanz ergebenden Fehlbetrags i. H. v. 29.040,01 €.

Die Klägerin wurde 1995 gegründet. Ihr traten circa 600 Gesellschafter mit einem Eigenkapital von 38.373.400 € bei. Die Immobilien des Fonds, jeweils ein Objekt in B. – R. und eines in B. – H., wurden in den Jahren 1995 bis 1996 errichtet. Hieraus erzielte die Klägerin Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und konnte grundsätzlich Mittel aus öffentlicher Förderung durch das Land B. beanspruchen.

Der Beklagte trat der Klägerin mit Zeichnungsschein vom 13./25.11.1996 mit einer Beteiligungssumme von 50.000 DM bei.

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen des Fonds, die der Beklagte mit seiner Beitrittserklärung als verbindlich anerkannt hat, bestehen ausweislich der Präambel aus folgenden Regelungswerken:

- I. Auftrag, Vollmacht und Genehmigung
- II. Gesellschaftsvertrag
- III. Geschäftsbesorgungsvertrag
- IV. Grundbuchtreuhand
- V. Treuhandbankvertrag
- VI. Schlussbestimmungen.

Gemäß den Schlussbestimmungen stellen diese Regelungswerke ein einheitliches Vertragswerk dar.

Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin (künftig: AVB II) enthält u. a. folgende Regelungen:

„§ 3 Beitragspflicht und sonstige Pflichten der Gesellschafter

1. Jeder Gesellschafter ist verpflichtet,
 - den in der Zeichnungserklärung übernommenen Beitrag an die Gesellschaft zu leisten (...)
 - die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu übernehmen und Nachschüsse bei fehlender Liquidität zu leisten, jedoch stets nur quotale entsprechend seiner Beteiligung an der Gesellschaft. (...)
3. Erfüllt ein Gesellschafter seine Pflichten nicht, kann er aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (§ 14 AVB II).

§ 4 Beteiligung an der Gesellschaft

1. Die Beteiligung eines jeden Gesellschafters an der Gesellschaft ergibt sich aus dem Verhältnis seiner in der Beitrittserklärung übernommenen Beitragspflicht (Nominalbeteiligung) zur Summe aller von den Gesellschaftern übernommenen Beitragspflichten. Ein Aufgeld wird nicht berücksichtigt.

2. Es ist vorgesehen, so viele Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen, dass eine Gesamtbeitragspflicht von 73.795.000 DM besteht. Die Gesamtbeitragspflicht entspricht dem für die Finanzierung des Investitionsvorhabens geplanten Eigenkapital (Nominalkapital der Gesellschaft). Zu einer notwendigen Nachfinanzierung kann das Nominalkapital um bis zu 10 % erhöht werden durch Beitragserhöhung der Gesellschafter oder durch Aufnahme weiterer Gesellschafter.

3. Die Beitragspflicht kann geringer als der Nennwert der Nominalbeteiligung festgelegt werden, wenn Neugesellschafter für Ausgeschiedene aufgenommen werden.

4. Durch sukzessiven Gesellschafterbeitritt kann die Beteiligungsquote zunächst höher sein, sofern durch eine Beitragsgarantie zum 31.12. des Jahres der Fertigstellung die angestrebte Quote sichergestellt ist.

5. Die Beteiligungsquote kann sich verringern, sofern der Gesellschafter bei einer Beitragserhöhung nach Abs. 2 nicht mitwirkt.

§ 8 Gesellschafterbeschlüsse

8. Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Der Gesellschaftsvertrag kann nur mit mindestens 75 % der abgegebenen Stimmen geändert werden. (...)

10. (...) Der Inhalt der Niederschrift gilt als anerkannt, wenn nicht innerhalb von 4 Wochen nach Absendung der Niederschrift an die Gesellschafter eine mit Gründen versehene Einwendung erhoben wurde. Nach Fristablauf ist jede Beanstandung ausgeschlossen.

§ 11 Gewinn- und Verlustbeteiligung, Ausschüttungen

2. Treten die Gesellschafter bis zur vollständigen Zeichnung des Nominalkapitals zu unterschiedlichen Zeitpunkten bei oder wird ein Neugesellschafter als Ersatz für einen ausgeschiedenen Gesellschafter innerhalb der Bauerrichtungsphase aufgenommen, so sind die später beitretenden Gesellschafter verpflichtet, von den zukünftigen Verlusten der Gesellschaft vorab so viel zu tragen, bis alle Verlustanteile der Gesellschafter den Beteiligungsquoten gleichermaßen entsprechen. Es kann hiervon eine abweichende Regelung getroffen werden.

§ 14 Ausschluss eines Gesellschafters

1. Die Gesellschafter können durch Beschluss einen Gesellschafter aus wichtigem Grunde aus der Gesellschaft ausschließen.
2. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn
 - a) (...)
 - b) (...)
 - c) ein Gesellschafter seiner Nachschusspflicht nach § 3 Abs. 1 AVB II nicht nachkommt;
3. Ein Gesellschafter scheidet aus in den Fällen des
 - a) und b) rückwirkend mit dem Tage des Beitritts,
 - c) an dem Tag, an dem ein Dritter an der Stelle des ausgeschlossenen in die Gesellschaft aufgenommen wurde (...).“

Im Geschäftsbesorgungsvertrag (AVB III) findet sich u. a. folgende Regelung:

„§ 5 Schlussrechnung

1. Der Geschäftsbesorger ist verpflichtet, nach Fertigstellung des Bauvorhabens bzw. der Anerkennung der Schlussabrechnung durch die Investitionsbank B. unverzüglich die Schlussabrechnung vorzulegen.
3. Zur Abdeckung von Mehrkosten ... ist der Geschäftsbesorger ohne besonderen Gesellschafterbeschluss berechtigt, das Nominalkapital der Gesellschaft durch Aufnahme von Neugesellschaftern um höchstens 10 % zu erhöhen. Die Gesellschafter haben ein Vorzeichnungsrecht.“

Im Jahre 2009 erzielte die Klägerin nach ihren Angaben bei Inrechnungstellung sämtlicher Einnahmen, d. h. auch der Förderung, gerade noch ein ausgeglichenes Ergebnis, sie war jedoch überschuldet. Die

Bankverbindlichkeiten beliefen sich auf 66.911.000 € und damit auf das 28,8-fache der Jahressollmiete ohne öffentliche Förderung und rund 172 % des Eigenkapitals der Gesellschaft. Demgegenüber standen Vermögenswerte in Höhe von insgesamt 16.837.000 €. Wegen der problematischen Vermietungssituation, der Beendigung des Generalmietvertrags für die Gewerbefläche zum 31.8.2010 und des absehbaren Wegfalls der öffentlichen Fördermittel schaltete die Klägerin die K. GmbH als Sanierungsberaterin zur Erarbeitung eines Sanierungskonzepts ein.

Nach Erörterung verschiedener Handlungsoptionen und des erarbeiteten Sanierungskonzepts wurde auf einer Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 2.12.2009 die Sanierung der Gesellschaft nach dem Modell „Sanieren oder Ausscheiden“ beschlossen. Danach wurde das bestehende und vollständig verbrauchte Nominalkapital der Gesellschaft von 38.373.400 € um 38.335.026,60 € auf 38.373,40 € (1 Promille) herabgesetzt und sodann eine Kapitalerhöhung um den erforderlichen Sanierungsbetrag um bis zu 36.454.730 € auf 36.493.103,40 € beschlossen. Die Gesellschafter wurden zur freiwilligen Übernahme der Kapitalerhöhung entsprechend ihrer vor der Kapitalherabsetzung bestehenden quotalen Beteiligung aufgefordert. Weiter wurde folgender Beschluss mit einer Mehrheit von 90,71 % gefasst:

„Gesellschafter, die bis zum Einzahlungsstichtag – spätestens jedoch bis zum Sanierungsstichtag – nicht nach Maßgabe der Bestimmungen zu 7.3.2 einen Anteil in Höhe ihres jeweiligen Gesellschafterbeitrags auf den Erhöhungsbetrag übernommen und (durch Zahlung oder Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung) bewirkt haben, scheiden mit dinglicher Wirkung mit dem Ablauf des Sanierungsstichtags, mit schuldrechtlicher Wirkung mit dem auf den Sanierungsstichtag vorangehenden Tag, 24.00 Uhr, aus der Gesellschaft aus, ohne dass es einer weiteren Erklärung der Gesellschaft bedarf.“

Der Beklagte stimmte dem Beschluss nicht zu und beteiligte sich nicht an der von der Gesellschafterversammlung der Klägerin beschlossenen freiwilligen Übernahme der Kapitalerhöhung. Die auf den Sanierungsstichtag, den 31.3.2011, durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellte Auseinandersetzungsbilanz ergab einen Bilanzfehlbetrag von 42.061.540,54 €. Entsprechend seiner zum Sanierungsstichtag bestehenden Beteiligung von 0,067755 % ergibt sich hieraus ein Fehlbetrag zulasten des Beklagten i. H. v. 29.040,01 €.

Das LG hat die auf Zahlung dieses Fehlbetrags gerichtete Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht (OLG München, ZIP 2014, 1172 ff.) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Der Beklagte sei nicht aufgrund des Beschlusses vom 2.12.2009 aus der Klägerin ausgeschieden, sondern weiterhin Gesellschafter. Er sei daher nicht verpflichtet, den von der Klägerin geltend gemachten Fehlbetrag der Auseinandersetzungsbilanz zum 31.3.2011 zu zahlen. Zwar teile das Berufungsgericht nicht die Auffassung des LG, wonach eine Zustimmungspflicht des Beklagten zu dem Beschluss vom 2.12.2009 aus Treuepflichtgesichtspunkten bereits deshalb zu verneinen sei, weil im Streitfall zum Zeitpunkt der Beschlussfassung zwar eine Überschuldung der Klägerin, nicht jedoch bereits Zahlungsunfähigkeit vorgelegen habe; eine drohende Zahlungsunfähigkeit reiche zur Annahme der Sanierungsbedürftigkeit aus.

Ob die Klägerin sanierungsbedürftig gewesen sei, könne jedoch offenbleiben, weil der Beklagte aus anderen Gründen nicht zur Zustimmung zu dem Ausschließungsbeschluss vom 2.12.2009 verpflichtet gewesen sei. Anders als das LG ge-

meint habe, folge dies jedoch nicht aus den Regelungen in § 4 Abs. 2, Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags, da diese nur die Investitionsphase betreffen, in der Bewirtschaftungsphase jedoch nicht unmittelbar anwendbar seien.

Gleichwohl habe vorliegend nach dem Gesellschaftsvertrag keine eine Zustimmungspflicht des Beklagten begründende, berechnete Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter bestanden. Zwar enthalte der Gesellschaftsvertrag in § 3 Abs. 1 eine Regelung, die eine Erwartungshaltung, dass jeder Gesellschafter in der finanziellen Schieflage der Gesellschaft weiteres Risiko auf sich nehme und sich an einer Kapitalerhöhung beteilige, bei Wirksamkeit dieser Regelung rechtfertige. Diese Regelung sei jedoch unwirksam, weil sie keine Begrenzung nach oben enthalte und damit Ausmaß und Umfang der möglichen zusätzlichen Belastung für den einzelnen Gesellschafter nicht erkennen lasse. Die angesichts dieser Unwirksamkeit bestehende Regelungslücke sei entweder durch die analoge Anwendung der Regelung in § 4 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags oder durch Anwendung der dispositiven Regelung des § 707 BGB zu schließen. Beides führe dazu, dass der Beklagte infolge der verweigten Zustimmung zu den mehrheitlich gefassten Beschlüssen vom 2.12.2009 lediglich eine Verwässerung seines Gesellschaftsanteils hinnehmen müsse.

II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsgerichtlichen Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Klägerin sanierungsbedürftig war. Revisionsrechtlich ist zugunsten der Klägerin deren Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit sowie ein dem Beklagten zuzumutendes Ausscheiden zu unterstellen. Dann war der Beklagte aus gesellschaftlicher Treuepflicht verpflichtet, dem Beschluss über die Ausschließung der nicht sanierungswilligen Gesellschafter, mithin dem Beschluss über seine Ausschließung, zuzustimmen.

1. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Grundsätze über die aus Treuepflichtgesichtspunkten folgende Zustimmungspflicht nicht nur bei Publikumspersonengesellschaften in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft, sondern auch – wie im hier gegebenen Fall – bei Publikumsgesellschaften in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Anwendung finden (BGH, Urteil vom 25.1.2011, II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 ff. zur Anwendung dieser Grundsätze auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts; *Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl., § 105 Rdnr. 105; *Oetker/Weitemeyer*, HGB, 4. Aufl., § 109 Rdnr. 22 m. w. N.).

2. Ebenso frei von Rechtsfehlern hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats angenommen, dass zur Annahme der Sanierungsbedürftigkeit der Klägerin nicht erforderlich ist, dass sie im Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits zahlungsunfähig war; vielmehr reicht eine in absehbarer Zeit konkret drohende Zahlungsunfähigkeit, wie sie hier von der Klägerin zum Ende des Jahres 2010 behauptet worden und zu ihren Gunsten revisionsrechtlich zu unterstellen ist, aus (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.2011, II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rdnr. 1, 24).

3. Da das Berufungsgericht insoweit keine Feststellungen getroffen hat, ist zugunsten der Klägerin weiter revisionsrechtlich zu unterstellen, dass sie sanierungsfähig war, d. h., dass im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Versuch, die Gesellschaft unter Aufbringung neuen Kapitals zu sanieren, verglichen mit den Folgen der ansonsten unvermeidlichen Zerschlagung wirtschaftlich sinnvoll war, und dass der Beklagte infolge seines Ausscheidens finanziell nicht schlechter

gestellt ist als im Falle der Zerschlagung der Klägerin (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rdnr. 25 ff. – Sanieren oder Ausscheiden).

4. Anders als das Berufungsgericht meint, war der Beklagte aus gesellschaftlicher Treuepflicht zur Zustimmung zu der von der Gesellschafterversammlung mit der erforderlichen Mehrheit von über 75 % beschlossenen Sanierungsregelung und der damit verbundenen Ausscheidensfolge verpflichtet und muss sich daher so behandeln lassen, als hätte er ihr zugestimmt. Der Beklagte handelt treupflichtwidrig, wenn er zwar an den Sanierungsbemühungen der Klägerin nicht teilnimmt, aber in der Gesellschaft bleiben will.

a) Der Entzug der Gesellschafterstellung durch zwangsweises Ausscheiden ist nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters möglich. Die Zustimmung kann dabei sowohl antizipiert durch eindeutige Regelung im Gesellschaftsvertrag erfolgen als auch durch Zustimmung zu einem Beschluss, durch den – nachträglich – eine Ausschlussregelung in den Gesellschaftsvertrag eingefügt wird (BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rdnr. 16 – Sanieren oder Ausscheiden; Urteil vom 25.1.2011, II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rdnr. 18). Beide Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Weder enthielt der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag eine Regelung über das Ausscheiden bei der Nichtteilnahme an einer Kapitalerhöhung noch hat der Beklagte einer solchen Regelung nachträglich zugestimmt. Die Versäumung der Anfechtungsfrist durch den Beklagten ersetzt diese Zustimmung – wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat – nicht (BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rdnr. 16 m. w. N. – Sanieren oder Ausscheiden).

b) Der Gesellschafter ist zwar im Allgemeinen nicht verpflichtet, einem auf sein Ausscheiden gerichteten Beschluss der Gesellschafterversammlung zuzustimmen. Der Senat geht aber in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich in besonders gelagerten Ausnahmefällen für jeden einzelnen Gesellschafter aus der gesellschaftlichen Treuepflicht etwas Abweichendes ergeben kann. Eine Zustimmungspflicht kommt danach in Betracht, wenn sie mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis oder auf die bestehenden Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander dringend erforderlich ist und die Änderung dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar ist. Die Verpflichtung eines einzelnen Gesellschafters, einer notwendig gewordenen Änderung zuzustimmen, ist daher anzunehmen, wenn dem schützenswerte Belange des einzelnen Gesellschafters nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rdnr. 23 – Sanieren oder Ausscheiden; Urteil vom 25.1.2011, II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rdnr. 20, jeweils m. w. N.; *Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl., § 105 Rdnr. 104 f.; *Oetker/Weitemeyer*, HGB, 4. Aufl., § 105 Rdnr. 57; *Olzen/Loschelder in Staudinger*, 2015, § 242 Rdnr. 1006; *Sassenrath in Westermann/Wertenbruch*, Handbuch der Personengesellschaften, Stand: 5/2015, § 26 Rdnr. 587b; grds. zustimmend auch MünchKommBGB/Schäfer, 6. Aufl., § 707 Rdnr. 11, jeweils m. w. N.; siehe auch *Grunewald* in FS G. H. Roth, 2011, S. 187 ff.; *K. Schmidt*, JZ 2010, 125 ff.; a. A. *T. Schöne*, ZIP 2015, 501 ff.; *ders.*, GmbHR 2015, 337 ff.).

c) Der Gesellschaftsvertrag bildet die Grundlage der gesellschaftlichen Treuepflicht und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang; der einzelne Gesellschafter ist nur insoweit verpflichtet, wie er es im Gesellschaftsvertrag versprochen hat (BGH, Urteil vom 25.1.2011, II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rdnr. 21 m. w. N.). Der Gesellschaftsvertrag muss jedoch für eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu

seinem Ausscheiden aus gesellschaftlicher Treuepflicht in besonders gelagerten Ausnahmefällen keine ausdrückliche Regelung enthalten. Diese Treuepflicht ist jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent. Ein Gesellschaftsvertrag kann allerdings diese Treuepflicht ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierende Regelungen enthalten, die insbesondere die aus der Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht für bestimmte Sachverhalte einschränken oder an weitere Voraussetzungen knüpfen. Enthält ein Gesellschaftsvertrag solche die Zustimmungspflicht einschränkende oder modifizierende Regelungen, dürfen die Mitgesellschafter nicht ohne Weiteres darauf vertrauen, dass sie einen Gesellschafter ohne seine Zustimmung ausschließen können. Erlaubt das eingegangene Gesellschaftsverhältnis insoweit keine berechnete Erwartungshaltung gegenüber einzelnen Gesellschaftern, besteht auch keine Treuepflicht, diese zu erfüllen.

Eine die Zustimmungspflicht des nicht sanierungswilligen Gesellschafters ausschließende Regelung hat der Senat im Wege der Auslegung den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages entnommen, der seiner Entscheidung vom 25.1.2011 (II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 ff.) zugrunde lag.

d) Im Gesellschaftsvertrag der Klägerin fehlt eine solche, der Zustimmungspflicht des Beklagten zu seinem Ausscheiden entgegenstehende Regelung. Dies kann der Senat feststellen, da die Auslegung des Gesellschaftsvertrags einer Publikums-Gesellschaft objektiv zu erfolgen hat (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 15.11.2011, II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rdnr. 17 m. w. N.).

aa) Noch zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass einer berechtigten Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter auf eine Zustimmung der nicht zu Sanierungsbeiträgen bereiten Gesellschafter zum Beschluss vom 2.12.2009 die Regelungen in § 4 Nr. 2, Nr. 5 AVB II nicht entgegenstehen. Die Regelungen in § 4 AVB II betreffen lediglich eine 10 %ige Erhöhung des Eigenkapitals und deren Auswirkung auf die Beteiligungsquoten der beigetretenen Gesellschafter in der Bauerrichtungsphase, die sich nicht auf eine später erforderliche Kapitalerhöhung in einer Sanierungssituation übertragen lassen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 4 AVB II und ergibt sich zudem auch aus dem Vertragszusammenhang.

In § 4 Nr. 2 AVB II wird eine Verbindung hergestellt zwischen dem in der Investitionsphase aufgrund einer Planungsrechnung für erforderlich, aber auch ausreichend gehaltenen, von den Gesellschaftern aufzubringenden Eigenkapital und einem in dieser Phase notwendig werdenden Nachfinanzierungsbedarf, sollte sich die Planungsrechnung als fehlerhaft erweisen und deshalb ein höheres Eigenkapital erforderlich werden. Pflichten der Gesellschafter werden in § 4 AVB II nicht geregelt – weder die Pflicht zur Beitragszahlung, die sich in § 3 Nr. 1 AVB II findet, noch die Pflicht, sich an der Nachfinanzierung zu beteiligen. Vielmehr enthält § 4 AVB II eine bloße Beschreibung dessen, was im Falle einer erforderlichen Nachfinanzierung, im Falle eines Gesellschafterwechsels und infolge sukzessiver Gesellschafterbeitritte auf die Gesellschafter hinsichtlich ihrer nach der grundsätzlichen Regelung in § 4 Nr. 1 AVB II ermittelten Beteiligungsquote an Änderungen zukommen kann. Lediglich für die eventuell erforderliche Nachfinanzierung, also für eine Kapitalerhöhung in der Bauerrichtungsphase, wird dem schon beigetretenen Gesellschafter erläutert, dass er in diesem Fall mit einer Verwässerung seiner Beteiligungsquote um bis zu 10 % rechnen muss – zum Beispiel wegen des Beitritts neuer Gesellschafter.

Demgegenüber befasst sich § 3 AVB II allgemein mit den Pflichten der Gesellschafter – einerseits zur Beitragsleistung,

d. h. zur Aufbringung des Eigenkapitals, die, wie aus § 4 Nr. 1 und Nr. 2 Satz 1 und 2 AVB II folgt, in der Investitionsphase zu erfüllen ist, andererseits zur Leistung von Nachschüssen bei fehlender Liquidität – und trifft in § 3 Nr. 3 AVB II mit dem Ausschluss nichtzahlender Gesellschafter nach § 14 AVB II eine eigenständige Regelung zu den Folgen der Nichtzahlung der Beiträge und der Nachschüsse. Anders als im Fall der Senatsentscheidung vom 25.1.2011 (II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 ff.) wird in § 3 AVB II hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Nichtzahlung nicht auf § 4 Nr. 5 AVB II verwiesen und umgekehrt verweist § 4 AVB II für die Rechtsfolgen der nicht als Gesellschafterpflicht ausgestalteten Nachfinanzierung nicht auf die Rechtsfolgen des § 3 AVB II. Regelungen zu einer nach der Bauerrichtungsphase erforderlich werdenden Kapitalerhöhung finden sich weder in § 3 noch in § 4 AVB II.

Die Auslegung, dass § 4 AVB II lediglich eine allein eine begrenzte Kapitalerhöhung in der Bauerrichtungsphase betreffende Regelung enthält, ergibt sich über den Wortlaut hinaus auch aus dem Vertragszusammenhang. § 11 Nr. 2 AVB II befasst sich ausdrücklich mit der Aufbringung des Nominalkapitals in der Bauerrichtungsphase und durch den Bezug zu § 4 Nr. 4 AVB II mit den Folgen für die in dieser Phase sukzessive beitretenden Gesellschafter bzw. durch Bezug zu § 4 Nr. 3 AVB II für die für Ausgeschiedene aufgenommenen Neugesellschafter. § 5 Nr. 3 AVB III bestimmt, dass der Geschäftsbesorger im Rahmen der von ihm nach Fertigstellung des Bauvorhabens zu erstellenden Schlussabrechnung berechtigt sein soll, das Nominalkapital – wie in § 4 Nr. 2 AVB II geregelt – ohne besonderen Gesellschafterbeschluss durch Aufnahme neuer Gesellschafter zu erhöhen. Dadurch, dass den bereits Beigetretenen dort ein Vorzeichnungsrecht eingeräumt wird, wird erneut bestätigt, dass eine Pflicht zur Beteiligung an der 10 %igen Kapitalerhöhung nicht besteht.

bb) Das Berufungsgericht hat im Ansatz weiter zutreffend erkannt, dass aufgrund der Regelung in § 3 Nr. 3 AVB II jeder Gesellschafter damit rechnen musste, im Falle der Weigerung, bei fehlender Liquidität Nachschüsse zu leisten, aus der Gesellschaft ausgeschlossen zu werden, womit spiegelbildlich die eine Treuepflicht des Beklagten rechtfertigende Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter begründet wurde, dass der Beklagte sich bei einer finanziellen Schiefelage der Gesellschaft einem finanziellen Beitrag entweder nicht verweigern oder ausscheiden würde.

Der Ansicht der Revisionserwiderung, aus dem Prospekt ergebe sich, dass die Satzung der Gesellschaft keine Ausscheidensregelung für die Zeit nach Fertigstellung des Bauvorhabens enthalte, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil der Prospekt zur objektiven Auslegung des Gesellschaftsvertrags nur dann herangezogen werden kann, wenn er im Vertrag in Bezug genommen worden ist (BGH, Urteil vom 4.7.2005, II ZR 354/03, ZIP 2005, 1455, 1456 m. w. N.); eine solche Bezugnahme zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. Im Übrigen trifft ihre Ansicht auch nicht zu. Im Prospekt wird auf Seite 4/5 eine Nachschusspflicht der Gesellschafter – auch – in der Zeit nach Fertigstellung des Bauvorhabens vorausgesetzt. Der Prospekt enthält auch keine abweichenden Angaben zu den Rechtsfolgen der Nichtzahlung des § 3 Nr. 3 AVB II, sondern es werden vielmehr die möglichen Folgen für die nachschussbereiten Gesellschafter aufgezeigt, die u. a. darin bestehen sollen, „den Anteil des säumigen Gesellschafters und dessen Nachschusspflicht“ zu übernehmen, was aber zwangsläufig mit einem Ausscheiden des nicht zahlenden Gesellschafters verbunden ist.

cc) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die gesellschaftliche Treuepflicht des Beklagten, seinem Aus-

scheiden zuzustimmen, nicht deshalb zu verneinen, weil die Regelung über die Verpflichtung zur Nachschusszahlung in § 3 Nr. 1 AVB II, gemessen an den Grundsätzen der Senatsrechtsprechung (vgl. nur BGH, Urteil vom 25.5.2009, II ZR 259/07, ZIP 2009, 1373 Rdnr. 18 m. w. N.), den Anforderungen an eine hinreichende Grundlage für die Einforderung von Nachschüssen nicht genügt, wenn ein Gesellschafter einem darauf gerichteten Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht zustimmt oder – hier – der Aufforderung des Geschäftsbesorgers nicht nachkommt. Darauf, dass ein auf dieser Grundlage mit der nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen Mehrheit gefasster Nachschussbeschluss zwar den zustimmenden Gesellschaftern gegenüber wirksam ist, die zustimmende Gesellschaftermehrheit aber nicht berechtigt, die nicht zustimmenden Gesellschafter wegen der Nichtzahlung auszuschließen (vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rdnr. 17 ff. – Sanieren oder Ausscheiden), kommt es hier nicht an.

Der Umstand, dass die Nachschussregelung des Gesellschaftsvertrags aus dem Jahre 1995 nach der Rechtsprechung des Senats (grundlegend: BGH, Urteil vom 4.7.2005, II ZR 342/03, ZIP 2005, 1455, 1456) – für alle Gesellschafter unerkannt – keine hinreichende Grundlage für die Einforderung von Nachschüssen ohne Zustimmung der Gesellschafter bietet, ist in diesem Zusammenhang entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bedeutungslos. Zum einem geht es im vorliegenden Verfahren, in dem die Klägerin die Zahlung des Auseinandersetzungsfehlbetrags fordert, nicht um die Frage einer (wirksamen) Erhöhung der Beitragspflicht durch antizipierte Zustimmung im Gesellschaftsvertrag, sondern um die Folgen des Ausscheidens des Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rdnr. 21 – Sanieren oder Ausscheiden). Zum anderen enthält der Gesellschaftsvertrag der Klägerin zwar auch keine den Anforderungen an eine antizipierte Zustimmung genügende Regelung zur Ausschließung eines nicht zahlungsbereiten Gesellschafters bei einer finanziellen Schiefelage der Gesellschaft. Wenn aber, wie oben unter Ziffer II. 4. lit. c ausgeführt, die Zustimmungspflicht auch ohne eine (ausdrückliche) Regelung im Gesellschaftsvertrag unter den in der Senatsrechtsprechung genannten Voraussetzungen schon aus der allgemeinen gesellschaftlichen Treuepflicht folgt, dann ist es unschädlich, wenn der Gesellschaftsvertrag zwar Regelungen zur Nachschusspflicht und zum Ausschluss bei Nichterfüllung der Nachschusspflicht enthält, diese den Anforderungen an eine antizipierte Zustimmung aber nicht genügen. Allein dadurch werden Umfang und Inhalt der sich aus der gesellschaftlichen Treuepflicht ergebenden Verpflichtungen des einzelnen Gesellschafters in der Krisensituation der Gesellschaft nicht verändert. Jedenfalls kann ihnen keine die aus der gesellschaftlichen Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht einschränkende Wirkung zukommen. Solange der Gesellschaftsvertrag, wie hier – anders als im Fall der Senatsentscheidung vom 25.1.2011 (II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 ff.) und auch nach Ansicht des Berufungsgerichts – keine die Erwartungshaltung der sanierungswilligen Gesellschafter einschränkende Regelung bezüglich der Zustimmung der nicht sanierungswilligen Gesellschafter zu ihrem Ausscheiden enthält, bleibt es vielmehr bei dem Grundsatz, dass die gesellschaftliche Treuepflicht in jedem Gesellschaftsverhältnis auch ohne entsprechende Regelung ergeben kann, dass die Gesellschafter in besonders gelagerten Ausnahmefällen verpflichtet sind, einem ihre Gesellschafterstellung aufhebenden Beschluss der Gesellschafterversammlung zuzustimmen.

dd) Gegen die Treuepflicht des Beklagten zur Zustimmung zu seinem Ausscheiden spricht entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auch nicht der Umstand, dass dann,

wenn der Gesellschafter – wie hier in § 4 Nr. 5 AVB II geregelt – schon in der Situation des möglichen Scheiterns des Vorhabens in der Investitionsphase nicht mit einem Ausschluss im Falle der Nichtteilnahme an einer Kapitalerhöhung habe rechnen müssen, dies erst recht nicht für die weniger risikoreiche Bewirtschaftungsphase nach Abschluss des Bauvorhabens gelten könne. Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen sind hier in den Regelungen des Gesellschaftsvertrages selbst angelegt und daher von allen Gesellschaftern mit ihrer Beitrittsentscheidung in Kauf genommen worden.

III.

Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

(...)

15. FamFG § 378 Abs. 2, § 382 Abs. 4; GmbHG § 8 Abs. 4 Nr. 1; HGB § 31 (*Zur Zulässigkeit eines c/o-Zusatzes in der Geschäftsanschrift einer GmbH*)

Ein c/o-Zusatz in der Geschäftsanschrift einer GmbH ist nicht schlechthin unzulässig (hier: inländische Geschäftsanschrift des gemäß § 378 Abs. 2 FamFG für die GmbH handelnden Notars).

OLG Hamm, Beschluss vom 7.5.2015, 27 W 51/15

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde ist begründet. Der begehrten Eintragung stehen die vom Registergericht angenommenen Einwände nicht entgegen.

Entgegen der Auffassung des Registergerichts ist ein c/o-Zusatz in der gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG, § 31 HGB anzugebenden Geschäftsanschrift einer GmbH nicht schlechthin unzulässig, wenn unter der angegebenen Anschrift kein Geschäftsraum der Gesellschaft und keine Wohnung ihres gesetzlichen Vertreters bestehen. Dieser Zusatz ist vielmehr eintragungsfähig, solange davon auszugehen ist, dass er der besseren Auffindbarkeit der zur Annahme einer Zustellung befugten Person dient und nicht der Verschleierung der Zustellmöglichkeiten oder dem Vortäuschen einer solchen Möglichkeit. Insbesondere ist eine realistische Zustellmöglichkeit anzunehmen, wenn der c/o-Zusatz tatsächlich auf einen Zustellungsbevollmächtigten verweist (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2011, 685; OLG Rostock, NZG 2011, 279; Bayer in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 8 Rdnr. 20; Veil in *Scholz*, GmbHG, 11. Aufl., § 8 Rdnr. 33; Fastrich in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 8 Rdnr. 17; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 340). Der vom Registergericht angeführte Beschluss des Senats vom 23.12.2014 (27 W 154/14) ist bereits deshalb nicht einschlägig, weil der c/o-Zusatz in dem dort zugrundeliegenden Sachverhalt keine (zustellungsbevollmächtigte) Person erkennen ließ.

Vorliegend hat die Beteiligte, eine im Liquidationsstadium befindliche GmbH, als inländische Geschäftsanschrift mit dem Zusatz „c/o“ den gemäß § 378 Abs. 2 FamFG für sie handelnden Rechtsanwalt und Notar und dessen Kanzlei anschrift angemeldet. An den obigen Grundsätzen gemessen sind jedenfalls derzeit (vgl. § 65 Abs. 3 FamFG) Zustellungsprobleme nicht zu erwarten.

16. BGB §§ 1068 ff.; HGB §§ 105, 106, 164 (*Eintragungsfähiger Nießbrauch an einem Kommanditanteil*)

Der Nießbrauch an einem Kommanditanteil kann in das Handelsregister eingetragen werden (Anschluss an OLG Stuttgart, NZG 2013, 432).

OLG Oldenburg, Beschluss vom 9.3.2015, 12 W 51/15

Die Antragstellerin ist eine im Handelsregister des AG Aurich eingetragene Kommanditgesellschaft. Einzige Kommanditisten sind Frau A. mit einer Kommanditeinlage von 122.500 € sowie Herr B. mit einer Kommanditeinlage i. H. v. 127.500 €. Mit Erklärung vom 27.11.2014 haben die Gesellschafter der Antragstellerin eine teilweise Übertragung der Kommanditeinlage der Gesellschafterin A. i. H. v. 72.500 € auf ihren Mitgesellschafter B. angemeldet. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass der Kommanditist A. an dem Kommanditanteil ihres Mitgeschafters B. in Höhe einer Einlagesumme von 72.500 € ein Nießbrauchsrecht eingeräumt worden sei. Die Antragstellerin beantragt, sowohl die teilweise Übertragung der Kommanditeinlage als auch die quotale Belastung der Kommanditbeteiligung ihres Geschafters B. mit einem Nießbrauchsrecht in das Handelsregister einzutragen.

Das Registergericht hat diesen Antrag mit Beschluss vom 9.1.2015 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Eintragung eines Nießbrauchsrechts an einem Gesellschaftsanteil gesetzlich nicht vorgesehen sei. Das Handelsregister solle bezüglich der Eintragung der Geschafters lediglich die Haftungslage wiedergeben. Da der Nießbraucher nicht nach § 128 HGB gegenüber Dritten hafte, habe die Eintragung des Nießbrauchs zu unterbleiben. Mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts sei bei der Bejahung gesetzlich nicht geregelter Eintragungen äußerste Zurückhaltung geboten. Lediglich diejenigen Tatsachen und Rechtsverhältnisse, für deren Eintragung ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs bestehe, dürften eingetragen werden. Ein berechtigtes Interesse des Rechtsverkehrs an der Eintragung des Nießbrauchs fehle schon deshalb, weil die Anmeldungen oft zeitlich sehr verzögert eingereicht würden, so dass das Handelsregister über eine solche Rechtsbeziehung keine verbindliche Auskunft geben könne.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde.

II.

Die nach § 58 Abs. 1 FamFG statthafte Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und begründet. Die vom Registergericht gegen die beantragte Eintragung eines Nießbrauchsrechts an einem Kommanditanteil vorgebrachten Bedenken bestehen nicht.

Die Frage der Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil ist allerdings in der Literatur sehr umstritten. Die unterschiedlichen Auffassungen der Gegner einerseits (*Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 770; MünchKommHGB/Langhein, 3. Aufl., § 106 Rdnr. 24; MünchKommHGB/Schmidt, 3. Aufl., vor § 230 Rdnr. 16; *Wertenbruch* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl., § 105 Rdnr. 238) und der Befürworter andererseits (*Frank* in *Staudinger*, Anhang zu § 1068 Rdnr. 92; *Lindemeier*, RNotZ 2001, 155, 157 f.; MünchKommBGB/Pohlmann, 6. Aufl., § 1068 Rdnr. 83; *Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., § 105 Rdnr. 44; *Schön*, ZHR 158, 229, 256; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1068 Rdnr. 7g; *Staub/Schäfer*, HGB, 5. Aufl., § 105 Rdnr. 128) gründen sich dabei weniger auf registerrechtlichen Erwägungen, sondern haben ihren Ausgangspunkt in unterschiedlichen Auffassungen zur recht-

lichen Stellung des Nießbrauchsberechtigten eines Gesellschaftsanteils. Diejenigen, die diesem eine dem Gesellschafter angeglichene Stellung zubilligen, namentlich eine eigene Haftung des Berechtigten befürworten und für diesen ein eigenes Stimmrecht bejahen, treten auch für eine Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchsrechtes ein und bejahen teilweise sogar eine Eintragungspflicht. Die Gegenstimmen befürworten eine Beschränkung des Nießbrauchsrechtes auf einen reinen Ertragsnießbrauch, ohne eigene Haftung oder eigene Verwaltungsrechte des Nießbrauchsberechtigten. Sie sehen damit auch keine Notwendigkeit für eine Eintragung des Nießbrauchs im Handelsregister.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung hat sich bislang das OLG Stuttgart mit der Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs eines Gesellschaftsanteils befasst und diese bejaht (ZIP 2013, 624, zitiert aus juris Rdnr. 9). Hierbei hat es eine entsprechende Rechtsprechung der früher in Beschwerdeverfahren zuständigen LG fortgesetzt (vgl. Nachweise bei OLG Stuttgart, a. a. O., Rdnr. 8). Auch der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an.

Zutreffender Ansatzpunkt ist dabei der auch vom Registergericht beachtete Grundsatz, dass zur Wahrung der Registerklarheit nicht jede die Gesellschaft oder deren Gesellschafter betreffende Tatsache eingetragen werden kann. Neben den ausdrücklich gesetzlich angeordneten Fällen können lediglich solche Tatsachen und Rechtsverhältnisse eingetragen werden, für deren Eintragung ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht (BGH, ZIP 2012, 623, zitiert aus juris Rdnr. 16). Derartige Bedürfnisse reduzieren sich aber nicht allein auf die Kenntnis der Haftungsverhältnisse. Das Handelsregister soll auch Auskunft über diejenigen Personen liefern, die an der Gesellschaft beteiligt sind und deren Geschicke maßgeblich mitbestimmen können (vgl. BGH, a. a. O., Rdnr. 21). Der Rechtsverkehr hat ein berechtigtes Interesse daran, zu erfahren, wer innerhalb der Gesellschaft an Beschlussfassungen mitwirken kann. Dies gilt nicht zuletzt auch für das Registergericht selbst, welches nur mithilfe dieser Informationen die Wirksamkeit gesellschaftsintern gefasster Beschlüsse überprüfen kann (vgl. OLG Stuttgart, a. a. O., Rdnr. 13 f.).

Vor diesem Hintergrund ist auch die Eintragung eines Nießbrauchsrechtes an einem Gesellschaftsanteil zuzulassen. Der Nießbrauchsberechtigte hat jedenfalls bei Grundsatzentscheidungen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung innerhalb der Gesellschaft. Insoweit ist zwar inzwischen höchstrichterlich geklärt, dass ihm bei derartigen Beschlussgegenständen, die eine Änderung des Gesellschaftsvertrages verfolgen, kein eigenes Stimmrecht zusteht (vgl. BGH, NJW 1999, 571, zitiert aus juris Rdnr. 12). Änderungen des Gesellschaftsvertrages haben aber Einfluss auf die Mitgliedschaft des Gesellschafters und damit mittelbar auch auf den Bestand des Nießbrauchsrechtes. Insoweit wird der Nießbrauchsberechtigte über § 1071 BGB geschützt und an der Entscheidungsfindung beteiligt. Die Zustimmung des Gesellschafters, dessen Anteil mit einem Nießbrauchsrecht belastet ist, zur Änderung des Gesellschaftsvertrages ist hiernach ihrerseits nur mit Zustimmung des Nießbrauchsberechtigten möglich (OLG Stuttgart, a. a. O., Rdnr. 13). Diese Einflussmöglichkeit des Nießbrauchsberechtigten insbesondere auf Grundsatzentscheidungen der Gesellschaft rechtfertigt bereits die Eintragung seiner Rechtsstellung in das Handelsregister. Keiner Entscheidung bedarf daher die in Rechtsprechung und Literatur sehr umstrittene Frage, ob dem Nießbraucher darüber hinaus auch ein eigenes Stimmrecht bei Beschlussfassungen der Gesellschafter über die laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft zukommt (so OLG Stuttgart, a. a. O., Rdnr. 12;

Baumbach/Roth, a. a. O., Rdnr. 46; Schön, ZHR 158, 229 (261 f.); Staub/Schäfer, a. a. O., Rdnr. 126; Staudinger/Habermeier, 2003, § 717 Rdnr. 7; ablehnend dagegen OLG Koblenz, NJW 1992, 2163, zitiert aus juris Rdnr. 21; Hadding/Kießling in Soergel, BGB, 13. Aufl., § 717 Rdnr. 18; Heymann/Emmerich, HGB, 2. Aufl., § 105 Rdnr. 68; MünchKommBGB/Pohlmann, a. a. O., Rdnr. 71 ff.; Staudinger/Frank, a. a. O., Rdnr. 72; Wertensbruch, a. a. O., Rdnr. 235). Einem derart abgespaltenen Stimmrecht käme bei dem hier vereinbarten Nießbrauch an einer Kommanditbeteiligung ohnehin kaum Bedeutung zu. Schon die Rechtsstellung als Kommanditist schließt gemäß § 164 HGB einen Einfluss auf Geschäftsführungsentscheidungen weitestgehend aus.

Ein berechtigtes Interesse des Rechtsverkehrs an der Eintragung ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil Registeranmeldungen nach den praktischen Erfahrungen des Registergerichts oft zeitlich verzögert eingereicht werden, so dass das Handelsregister über die aktuell geltenden Verhältnisse keine verbindliche Auskunft geben kann. Würde man dieser Argumentation folgen, wären sämtliche Umstände, deren Eintragung in das Handelsregister keine konstitutive Wirkung hat, nicht eintragungsfähig. Der Gesetzgeber hat diesem Umstand vielmehr mit den unterschiedlichen Publizitätswirkungen des Registers für eintragungspflichtige Tatsachen einerseits (§ 15 Abs. 1 und 3 HGB) und bloß eintragungsfähigen Tatsachen andererseits (§ 15 Abs. 2 HGB) Rechnung getragen.

Anmerkung:

Das OLG Oldenburg hat sich für die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil in das Handelsregister ausgesprochen; die Entscheidung verdient im Ergebnis und im Begründungskern Zustimmung. Einzubeziehen sind sachen-, register- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen sowie der Vergleich mit der GmbH-Gesellschafterliste und dem Aktienregister.

1. Der Kreis der in das Handelsregister eintragungsfähigen Tatsachen

Ob eine Tatsache in das Handelsregister eingetragen werden kann, unterliegt keinem positivrechtlichen *numerus clausus*.¹ Die Eintragungsfähigkeit, sogar eine Eintragungspflicht muss sich keinesfalls stets auf eine kodifizierte Norm stützen lassen. Ergänzend zu den gesetzlichen Regelungen ist vielmehr auf ein materielles und wertungsoffenes Kriterium abzustellen, das an Sinn und Zweck des Handelsregisters anknüpft: Eintragungsfähig sind letztlich alle Tatsachen, deren Offenlegung für den Rechtsverkehr derart bedeutsam ist, dass ihre Aufnahme in das Handelsregister gerechtfertigt erscheint.² Ob die Tatsache lediglich eintragungsfähig oder auch – mit den Publizitätsfolgen des § 15 HGB – eintragungspflichtig ist, richtet sich regelmäßig nach der gesetzlichen Anordnung, basiert aber ausnahmsweise auch auf richterlicher Rechtsfortbildung.³ Als praxisbedeutsames und nahezu paradigmatisches Beispiel einer solchen richterrechtlich entwickelten Eintragungspflicht hat die Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Verbot des Selbstkontrahierens weitgehende Anerkennung gefunden.⁴

¹ A. A. noch RGZ 85, 138, 141 f.; RGZ 132, 138, 140.

² Vgl. dazu BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 15/11, MittBayNot 2012, 304; OLG München, Beschluss vom 14.4.2009, 15 Wx 241/08, FGPrax 2009, 231 m. w. N.

³ MünchKommBGB/Krebs, 3. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 25.

⁴ BGH, Beschluss vom 28.2.1983, II ZB 8/82, BGHZ 87, 59, 60 ff.; BGH, Urteil vom 9.10.2003, VII ZR 122/01, NJW-RR 2004, 120.

Ein bedeutendes Interesse des Rechtsverkehrs in Bezug auf Tatsachen, die Gesellschaften betreffen, bezieht sich auf das Bestehen einer potentiellen Außenhaftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Allerdings erschöpft sich das berechnete Offenlegungsinteresse des Rechtsverkehrs nicht in den Haftungsverhältnissen, sondern erstreckt sich auch auf die Beteiligungsverhältnisse an und die Machtverhältnisse in der Gesellschaft. Dieses Interesse wird von der Rechtsordnung im Fall einer Kommanditgesellschaft über eine Handelsregistereintragung (§ 162 Abs. 1, § 161 Abs. 2, § 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB) reflektiert. Bei der GmbH besteht es trotz der unterschiedlichen Haftungsverhältnisse (§ 13 Abs. 2 GmbHG versus § 161 Abs. 2, §§ 128 ff., 171 ff. HGB) ebenfalls, ohne dass jedoch eine Eintragung der Gesellschafter unmittelbar in das Handelsregister vorgesehen ist.⁵ Stattdessen hat sich der MoMiG-Gesetzgeber für eine Aufnahme der GmbH-Gesellschafter in die Gesellschafterliste entschieden (§ 40 GmbHG), die lediglich in den Registerordner abgelegt wird.

2. Die Rechtsstellung des Nießbrauchsberechtigten

Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil berührt allerdings die Beteiligungsverhältnisse nicht. Der Nießbrauchsberechtigte wird nicht Gesellschafter, sondern erlangt lediglich ein Nutzungsrecht an der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung (§ 1030 BGB). Die Zulässigkeit der Nießbrauchsbestellung an Gesellschaftsbeteiligungen ist dem Grunde nach inzwischen weitgehend anerkannt.⁶ Ein breitgefächertes Meinungsstand⁷ hat sich jedoch in Bezug auf die Verteilung der Mitwirkungsrechte innerhalb der Gesellschaft herausgebildet. Überwiegend wird davon ausgegangen, das Stimmrecht stelle keine Nutzung (§§ 99, 100 BGB) des Gesellschaftsanteils dar⁸ und stehe daher weiterhin dem Gesellschafter zu.⁹ Um die Rechtsposition des Nießbrauchsberechtigten durch die Zuerkennung von gesellschaftsrechtlichen Verwaltungsbefugnissen aufzuwerten, bedürfe es einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Gesellschafter.¹⁰ Dennoch kommen auch bei Fehlen einer solchen Abrede dem Nießbrauchsberechtigten aufgrund seiner dinglichen Berechtigung am Gesellschaftsanteil eigene Befugnisse innerhalb und gegenüber der Gesellschaft zu. Beschränkt auf sein Nutzungsrecht am Gesellschaftsanteil und dessen Geltendmachung steht ihm ein Auskunftsanspruch gegen die Gesellschaft zu.¹¹ Vor allem aber folgt aus § 1071 BGB, dass beeinträchtigende Änderungen des Gesellschaftsvertrags einer Zustimmung des Nießbrauchsberechtigten bedürfen.¹² Auch sind an eine solche Zustimmung die ordentliche Kündigung der durch den Nießbrauch belasteten Mitgliedschaft¹³ und die gänzliche Auflösung der Gesellschaft gebunden.¹⁴

⁵ Vgl. zu Ansätzen de lege ferenda *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 96 ff.

⁶ *Frank*, MittBayNot 2010, 96 m. w. N.

⁷ Dazu MünchKommBGB/*Pohlmann*, 6. Aufl. 2013, § 1068 Rdnr. 69 f. m. w. N.

⁸ *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 248 f.

⁹ Stellvertretend *Lindemeier*, DNotZ 1999, 876, 894 ff.; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 75; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 61 II 3; *Staudinger/Frank*, 2009, Anh. zu §§ 1068, 1069 Rdnr. 72; *Soergel/Stürner* § 1068 Rdnr. 7e, 7f., jeweils m. w. N.

¹⁰ *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 75 f.

¹¹ *Staudinger/Frank*, 2009, Anh. §§ 1068, 1069 Rdnr. 74, 98; tendenziell auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 61 II 3.

¹² *Staudinger/Frank*, 2009, Anh. §§ 1068, 1069 Rdnr. 76.

¹³ *Staudinger/Frank*, 2009, Anh. §§ 1068, 1069 Rdnr. 76.

¹⁴ *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 269.

3. Die Entscheidung des OLG Oldenburg

Zutreffend geht das OLG Oldenburg mit der – im Beschluss im Einzelnen nachgewiesenen – inzwischen herrschenden Ansicht in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur davon aus, das registerrechtlich hinreichende Informationsinteresse des Rechtsverkehrs knüpfe lediglich an die Personen der maßgeblichen Akteure der Gesellschaft an. Die Eintragungsfähigkeit der Belastung eines Kommanditanteils mit einem Nießbrauch besteht unabhängig von einer Haftung des Nießbrauchsberechtigten im Außenverhältnis. Zu den Personen, welche die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich mitbestimmen können, zählen neben den Gesellschaftern auch die Nießbrauchsberechtigten, da sie nach § 1071 BGB über einen weitreichenden Zustimmungsvorbehalt verfügen. Sofern eine Außenhaftung des Nießbrauchsberechtigten bestünde, wäre sogar eine Eintragungspflicht zu bejahen. Daran ändert im Ergebnis der Umstand nichts, dass die belastete Kommanditbeteiligung grundsätzlich (§ 163 HGB) keine Geschäftsführungsbefugnisse vermittelt (§ 164 Satz 1 Hs. 1 HGB) und der Kommanditist selbst die Rolle eines Kapitalgebers übernimmt. Die Sperrbefugnis aus § 1071 BGB insbesondere für nachteilige Änderungen des Gesellschaftsvertrags genügt.

4. Vergleich mit GmbH-Gesellschafterliste und Aktienregister

Eine Gegenüberstellung des Handelsregisters mit der GmbH-Gesellschafterliste und dem Aktienregister zeigt, dass die Transparenz von dinglichen Belastungen wie dem Nießbrauch je nach der gesetzlichen Konzeption des betroffenen Registers bzw. Verzeichnisses divergiert. Die in die Gesellschafterliste der GmbH aufzunehmenden Tatsachen lassen sich § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG abschließend entnehmen. Eine Aufnahme von Belastungen des Geschäftsanteils ist de lege lata ausgeschlossen;¹⁵ der Nießbrauch an Geschäftsanteilen lässt sich daher weder über die Gesellschafterliste noch unmittelbar über das Handelsregister offenlegen. Daran ändert auch ein erhebliches Interesse des Rechtsverkehrs an einer solchen Publizität nichts. Anders als im Handelsregisterrecht lässt die höchstrichterliche Rechtsprechung¹⁶ eine Erweiterung des Eintragungsumfangs über den positivrechtlich festgelegten Umfang hinaus nicht zu.

Abweichend stellt sich die Rechtslage bei der Namensaktie in Bezug auf den Inhalt des Aktienregisters dar. Das Aktienregister dient gesellschaftsinternen Legitimationszwecken und damit im Gegensatz zur Gesellschafterliste nicht als Rechtscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb der Mitgliedschaft durch Dritte. Zwar ist das Aktienregister ausweislich von § 67 Abs. 4 Satz 2 AktG nicht auf eine vollständige Transparenz des Gesellschafterkreises ausgelegt. Dennoch ist über den Wortlaut von § 67 Abs. 2 AktG hinaus der Nießbrauch an einer Namensaktie in das Aktienregister eintragungsfähig.¹⁷

¹⁵ BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rdnr. 22; *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812; *Wegen* in FS Hans-Jochem Lüer, 2008, S. 321, 331 f.; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 688; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 386 ff.; *ders.*, DNotZ 2012, 179, 181; a. A. *Reymann*, WM 2008, 2095, 2102.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rdnr. 10; kritisch in Bezug auf die verneinte Eintragungsfähigkeit des Anwartschaftsrechts am GmbH-Geschäftsanteil *Omlor* in *Schröder/Kanzleiter* (Hrsg.), 3 Jahre nach dem MoMiG, 2012, S. 27, 36 ff.

¹⁷ MünchKommAktG/*Bayer*, 3. Aufl. 2008, § 67 Rdnr. 30, 32 ff. m. w. N.

5. Fazit und Ausblick

Die sich mit der Entscheidung des OLG Oldenburg verfestigende herrschende Meinung zur Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil bringt erneut zum Vorschein, dass ein erhebliches praktisches Bedürfnis nach einer Transparenz der dinglichen Belastungen einer Beteiligung an Personenhandels- und Kapitalgesellschaften besteht. Die gesetzgeberische Entscheidung, im Gegensatz zum Handels- und Aktienregister die GmbH-Gesellschafterliste für solche Tatsachen nicht zu öffnen, erscheint nicht überzeugend und bedarf einer Korrektur.¹⁸ Es fehlt an durchgreifenden Differenzierungsgründen, die formalisierte Offenlegung von dinglichen Belastungen eines Kommanditanteils und einer Namensaktie, nicht aber eines GmbH-Geschäftsanteils zuzulassen.

Prof. Dr. *Sebastian Omlor*, LL.M., Marburg

¹⁸ *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 530 f.

Internationales Privatrecht

17. BGB § 1943 (*Anwendbares Recht für Ausschlagung der Erbschaft nach österreichischem Staatsangehörigen*)

Die Ausschlagung einer Erbschaft ist erbrechtlich und nicht sachenrechtlich zu qualifizieren. Bei österreichischem Erbstatut unterliegt die Ausschlagung der Erbschaft dem österreichischen Recht auch dann, wenn sich Nachlassgrundstücke in Deutschland befinden und sich der Eigentumserwerb der Erben an diesen Grundstücken nach deutschem Recht (*lex rei sitae*) richtet.

OLG Köln, Beschluss vom 25.3.2015, 2 Wx 63/15

Der zwischen dem 9.6.2014 und dem 16.6.2014 verstorbene österreichische Staatsangehörige F. K. (im Folgenden: Erblasser) war ledig. Er hinterließ einen nichtehelichen Sohn, den Beteiligten zu 1. Der Erblasser hatte am 12.7.2011 vor einem österreichischen Notar ein vom Nachlassgericht in Köln am 12.8.2014 eröffnetes Dreizeugentestament errichtet, in welchem er die Beteiligte zu 3 als Alleinerbin und die Beteiligte zu 2 als Ersatzerbin eingesetzt hatte.

Die Beteiligte zu 3 hat die Erbschaft mit einer am 14.8.2014 beim Nachlassgericht eingegangenen notariell beglaubigten Erklärung vom 6.8.2014 die Erbschaft ausgeschlagen. Die Beteiligte zu 2 hat mit Schreiben vom 16.9.2014, das am oder vor dem 7.10.2014 zur Akte des Nachlassgerichts gelangt ist, erklärt, „auf die Nachlassenschaft zu verzichten“.

Am 21.11.2014 hat der Beteiligte zu 1 die Erteilung eines gegenüber beschränkten Erbscheins beantragt, wonach er den Erblasser hinsichtlich des in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen beweglichen und unbeweglichen Nachlasses kraft gesetzlichen österreichischen Erbrechts allein beerbt habe.

Das Nachlassgericht hat den Antrag des Beteiligten zu 1 vom 21.11.2014 durch am 2.2.2015 erlassenen Beschluss vom 29.1.2015 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass für die Frage, wer zum Erben berufen sei, zwar österreichisches Recht zur Anwendung komme, für die Frage des Übergangs des unbeweglichen in Deutschland belegenen Vermögens auf die Erben dagegen gemäß Art. 31, 32 IPRG, Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB deutsches Recht. Damit komme es hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Nachlasses eines Österreicherers zum Vonselbsterwerb. Um den Erbschaftsanfall zu beseitigen, müsse der Anfall nach dem insoweit maßgeblichen deutschen Recht wirksam nach § 1942 BGB ausgeschlagen werden. Nach deutschem Recht sei die schriftliche Ausschlagungserklärung der Beteiligten zu 2 vom 16.9.2014 gemäß § 125 BGB formunwirksam, weil sie nicht den Anforderungen des § 1945 BGB entspreche. Zwar komme alternativ auch die Ortsform in Betracht (Art. 11 Abs. 1 EGBGB). Da die Erklärung aber in

Deutschland abgegeben worden sei, komme auch insoweit österreichisches Recht nicht zur Anwendung, sondern ebenfalls deutsches Recht. Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 29.1.2015 Bezug genommen.

Gegen diesen dem Beteiligten zu 1 am 4.2.2015 zugestellten Beschluss richtet sich seine Beschwerde vom 6.2.2015. Zur Begründung trägt er vor, dass es bezüglich des anwendbaren Erbrechts nicht zu einer Rückverweisung auf das deutsche Recht komme. Die Art. 31, 32 IPRG würden nur das Sachenrecht betreffen, nicht aber das materielle Erbrecht. Es gebe keine materielle Nachlassspaltung bei dem Nachlass eines österreichischen Erblassers mit deutschem Immobilienbesitz. Dies entspreche allgemeiner Meinung. Wäre die Rechtsauffassung des Nachlassgerichts zutreffend, würde es jedoch zu einer Nachlassspaltung kommen, weil sich das Ausschlagungsrecht bezüglich des in Deutschland befindlichen Immobilienbesitzes nach deutschem Erbrecht, das Ausschlagungsrecht bezüglich des sonstigen Besitzes dagegen nach österreichischem Recht richten würde. Dass das Ausschlagungsrecht dem jeweiligen Erbstatut zuzuordnen sei und nicht dem Sachenrechtsstatut, sei ganz herrschende Meinung. Im Übrigen sei auch die Ortsform gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB gewahrt, weil die Beteiligte zu 2 ihre Ausschlagungserklärung auch während des Verlassenschaftsverfahrens in Österreich abgegeben habe. Bezüglich der weiteren Einzelheiten seines Vorbringens wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 18.2.2015 Bezug genommen.

Durch am 6.3.2015 erlassenen Beschluss vom 26.2.2015 hat das Nachlassgericht der Beschwerde des Beteiligten zu 1 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Das Nachlassgericht hat es zwar versäumt, den Eingang des Beschwerdeschreibens in der Akte zu vermerken. Da aber die der Beschwerdeeinlegung nachfolgende am 26.2.2015 beim Nachlassgericht eingegangene Beschwerdebegründung vom 18.2.2015 noch innerhalb der Frist zur Einlegung der Beschwerde von einem Monat nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses am 4.2.2015 eingereicht worden ist, ist die Frist jedenfalls gewahrt.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Der Beschwerdeführer ist als einziges Kind des ledigen Erblassers kraft gesetzlicher Erbfolge Alleinerbe. Die Beteiligten zu 2 und 3, die der Erblasser testamentarisch zu seinen Erben bestimmt hatte, haben die Erbschaft beide wirksam ausgeschlagen.

Es kommt österreichisches Erbrecht zur Anwendung. Da die EuErbVO gemäß Art. 83 Abs. 1 EuErbVO noch nicht eingreift, vorrangige Staatsverträge im Verhältnis zu Österreich im Bereich des Erbrechts nicht vorhanden sind und eine Rechtswahl gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB nicht getroffen wurde, richtet sich die Erbfolge gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes. Diese Gesamtverweisung nimmt das gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB berufene österreichische Kollisionsrecht gemäß § 28 Abs. 1 öster. IPRG an, da es ebenfalls auf die letzte Staatsangehörigkeit des Erblassers abstellt. Es kommt daher – für den gesamten Nachlass – österreichisches Nachlassrecht zur Anwendung.

Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts richtet sich daher auch die Frage, ob die Beteiligten zu 2 und 3 wirksam ausgeschlagen haben, grundsätzlich allein nach österreichischem Recht. Denn es entspricht allgemeiner Meinung, dass die Ausschlagung und Annahme einer Erbschaft erbrechtlich zu qualifizieren sind und daher dem Erbstatut unterliegen (statt vieler: BayObLGZ 1994, 40; *Erman/Hohloch*, EGBGB, 14. Aufl. 2014, Art. 25 Rdnr. 25; *Staudinger/Dörner*, EGBGB,

2007, Art. 25 Rdnr. 112; *Palandt/Thorn*, EGBGB, 74. Aufl. 2015, Art. 25 Rdnr. 10).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht gemäß §§ 31 Abs. 1, 32 öster. IPRG. Nach § 31 Abs. 1 öster. IPRG sind der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrundeliegenden Sachverhalts befinden. Nach § 32 öster. IPRG ist § 31 für dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache auch dann maßgebend, wenn diese Rechte in den Anwendungsbereich einer anderen inländischen Verweisungsnorm fallen. Nach dieser Bestimmung ist das Erbstatut „eine andere inländische Verweisungsnorm“, welche durch die *lex rei sitae* ausgeschlossen wird. Jedenfalls ist anerkannt, dass §§ 31 Abs. 1, 32 öster. IPRG so zu verstehen sind, dass sich der Eigentumserwerb an Grundstücken im Erbgang nach der *lex rei sitae* richtet (sog. „modus“), während es für die Berufung zum Erben beim Erbstatut gemäß Art. 28 Abs. 1 öster. IPRG (sog. „titulus“) bleibt (OGH, Beschluss vom 8.10.1991, 4 Ob 522/91, IPRax 1992, 328, 329; OLG Köln, FamRZ 1997, 1176; *Staudinger/Hausmann*, EGBGB, 2013, Anh. zu Art. 4 Rdnr. 296, 311 „Österreich“).

Das bedeutet – wie das Nachlassgericht zunächst zu Recht feststellt –, dass es bei Anwendung österreichischen Erbrechts bezüglich des Eigentumserwerbs eines Grundstücks in Deutschland zu einer partiellen Rückverweisung auf das deutsche Recht kommt, die das deutsche Recht gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB auch annimmt (vgl.: OLG Köln, FamRZ 1997, 1176; *Staudinger/Hausmann*, EGBGB, 2013, Anh. zu Art. 4 Rdnr. 296, 311 „Österreich“). Dem Nachlassgericht ist indes entgegenzuhalten, dass diese partielle Rückverweisung nur die Frage betrifft, ob sich der Eigentumserwerb an einem Grundstück nach § 1922 Abs. 1 BGB richtet (Vonselbsterwerb) oder ob es zusätzlich eines Einantwortungsbeschlusses nach österreichischem Verlassenschaftsrecht bedarf (OLG Köln, FamRZ 1997, 1176; BayObLG, ZEV 1999, 485; *Staudinger/Hausmann*, EGBGB, 2013, Anhang zu Art. 4 Rdnr. 296, 311 „Österreich“), sowie zum Beispiel die Frage, ob ein Vermächtnis dinglich oder nur schuldrechtlich wirkt (hierzu: BGH, NJW 1995, 58 ff.). Dem liegt die Abgrenzung zwischen dem Erbstatut gemäß Art. 25 EGBGB und dem Sachenrechtsstatut gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB zugrunde. Dieses Abgrenzungsproblem ist nach deutschem Verständnis dergestalt zu lösen, dass der Eigentumserwerb, d. h. die Frage, ob es einer Einantwortung bedarf oder nicht, dem Sachenrecht unterliegt (Art. 43 Abs. 1 EGBGB), die Frage der Ausschlagung indes dem Erbrecht (Art. 25 EGBGB). Nach österreichischem Recht ist diese Qualifikationsfrage nicht anders zu behandeln. Hierfür spricht schon die Gesetzessystematik. Denn ebenso wie im deutschen Recht der Art. 43 EGBGB sind auch die §§ 31, 32 öster. IPRG unter der Überschrift „Sachenrecht“ zu finden. Die Übereinstimmung ist aber auch inhaltlicher Natur. So hat der Oberste Gerichtshof zur Auslegung des § 32 öster. IPRG ausgeführt (OGH, Beschluss vom 8.10.1991, 4 Ob 522/91, IPRax 1992, 328, 329):

„Der Erbschaftserwerb dinglicher Nachlassrechte an Liegenschaften ist daher nach dem Recht des Lageortes zu beurteilen (...). Unter „Erwerb“ ist dabei nach den Materialien (RV 785 BlgNR 14. GP 47) nur der sachenrechtliche Erwerbsakt (Modus), nicht aber auch der Erwerbstitel gemeint. § 32 IPRG bezieht sich also auch im Erbrecht nur auf den erforderlichen Modus des dinglichen Erbschaftserwerbs (also auf die Frage, ob unmittelbarer Übergang auf den Berechtigten stattfindet oder Einantwortung bzw. sonstige Übergabe oder Registereintragung für den Nachlasserbwerb notwendig sind).“

Die beiden Ausschlagungserklärungen der Beteiligten zu 2 und 3 sind nach österreichischem Recht wirksam. Ausschlagungserklärungen liegen vor. Soweit die Beteiligte zu 2 in ihrem Schreiben vom 16.9.2014 den „Verzicht auf die Nachlassenschaft“ des Erblassers erklärt hat, ist dies als Ausschlagungserklärung auszulegen. Die Ausschlagungserklärungen sind nach österreichischem Recht nicht annahmepflichtig (*Ferid/Fischling/Lichtenberger*, Internationales Erbrecht, 2014, Österreich, Rdnr. 394 ff.). Unabhängig davon sind die Ausschlagungen seitens der Beteiligten zu 2 und 3 sowohl dem Nachlassgericht in Köln als auch dem Nachlassgericht in Österreich gegenüber erklärt worden. Die Ausschlagungsfrist ist gewahrt, da eine Frist nicht gesetzt wurde und die Frist daher noch gar nicht zu laufen begonnen hatte (§ 157 öster. AußStrG [Außerstreitgesetz]).

Die Ausschlagungen sind auch formgerecht erfolgt. Das auf die Form einer Ausschlagungserklärung anwendbare Recht bestimmt sich nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB (BayObLGZ 1994, 40; *Staudinger/Dörner*, EGBGB, 2007, Art. 25 Rdnr. 116; BeckOK/Lorenz, EGBGB, Art. 25 Rdnr. 35). Nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB ist ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, hier das österreichische Recht, oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird. Dabei kann offen bleiben, ob die von der Beteiligten zu 2 am 16.9.2014 erklärte Ausschlagung in Deutschland vorgenommen worden ist, weil sie in Deutschland abgegeben worden ist. Denn die beiden Ausschlagungen der Beteiligten zu 2 und 3 erfüllen jedenfalls die Formvorschriften des österreichischen Rechts. Nach österreichischem Recht reicht schon eine schriftliche Erklärung aus (*Ferid/Fischling/Lichtenberger*, Österreich, Stand 2014, Rdnr. 395). Dies ergibt sich infolge Auslegung von §§ 157, 159 Abs. 3 öster. AußStrG. Nach § 157 AußStrG wird der mögliche Erbe unter Setzung einer Frist von mindestens vier Wochen aufgefordert zu erklären, ob er die Erbschaft antritt oder ausschlägt. In § 159 Abs. 3 öster. AußStrG ist geregelt, dass die Antrittserklärung in schriftlicher Form mit Unterschrift zu erfolgen hat. Daraus ist zu folgern, dass dieses Schriftformerfordernis auch für die Ausschlagung gilt, zumal nach österreichischem Recht die Versäumung der Frist oder schlichte Untätigkeit gemäß § 157 Abs. 2 und 3 öster. AußStrG nicht als Ausschlagung zu werten sind (*Ferid/Fischling/Lichtenberger*, Österreich, Stand 2014, Rdnr. 395). Daher sind die notariell beglaubigte Ausschlagungserklärung der Beteiligten zu 3 vom 6.8.2014 und die schriftliche Ausschlagungserklärung der Beteiligten zu 2 vom 16.9.2014 formwirksam erfolgt.

Da die eingesetzten Erbinnen beide weggefallen sind, ist der Beteiligte zu 1 als einziges Kind gesetzlicher Alleinerbe. Dafür, dass der Erblasser den Beteiligten zu 1 auch für den Fall enterben wollte, dass die Beteiligten zu 2 und 3 nicht Erbinnen werden können oder wollen, gibt es in dem Testament keine Anhaltspunkte. Hierfür spricht insbesondere nicht, dass in dem Testament erwähnt wird, dass dem Erblasser die Pflichtteilsberechtigung des Beteiligten zu 1 bekannt war.

(...)

Anmerkung:

Der Beschluss des OLG Köln ist eine Paradeentscheidung im Internationalen Privatrecht. So einfach der Sachverhalt, so klar die Entscheidung:

Ein österreichischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in Deutschland hatte im Jahr 2011 ein Testament errichtet und

seine Nichte als Erbin sowie seine Lebensgefährtin als Ersatzerin eingesetzt. Die Erbin sowie die Ersatzerbin haben beide nach dem Ableben des Erblassers im Jahre 2014 die Erbschaft ausgeschlagen, die Erbin in notariell beglaubigter Form vor einem österreichischen Notar, die Ersatzerbin privatschriftlich, beide fristgerecht zugegangen beim zuständigen Nachlassgericht in Köln. Der nichteheliche Sohn des Erblassers beantragt nunmehr vor einem deutschen Notar die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins, wonach er – beschränkt auf den in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Nachlass – gesetzlicher Alleinerbe des Erblassers nach österreichischem Recht sei.

In Verknüpfung der Rechtslage hat das Nachlassgericht diesen Antrag zurückgewiesen, und zwar mit der Begründung, dass zwar grundsätzlich österreichisches Erbrecht anwendbar sei („*Titulus*“), jedoch für die Frage des Übergangs des Nachlasses, also des „*Wie*“ des Erbgangs („*Modus*“) gemäß §§ 31 und 32 österr. IPRG i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB deutsches Recht zur Anwendung gelange. Hiernach sei die privatschriftlich abgegebene Ausschlagungserklärung der Ersatzerbin gemäß § 125 BGB formunwirksam, so dass die Ersatzerbin und nicht das nichteheliche Kind Alleinerbe nach dem Erblasser geworden sei. Das aufgrund Beschwerde angerufene zuständige OLG Köln hat die Rechtslage richtig und vor allem klar und präzise lehrbuchartig zusammengefasst.

1. Da der Erbfall vor dem 17.8.2015 eingetreten ist, kommt die EU-ErbVO noch nicht zum Tragen (Art. 83 Abs. 1 EU-ErbVO). Vorrangige Staatsverträge existieren nicht. Eine Rechtswahl hat der Erblasser ausweislich des Sachverhalts in seinem Testament nicht getroffen.

2. Gemäß Art. 25 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 28 Abs. 1 österr. IPRG wird aus deutscher Sicht im Wege der Gesamtnormverweisung auf österreichisches Kollisionsrecht verwiesen, welches die Verweisung annimmt: Als Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers kommt österreichisches Erbrecht für den gesamten Nachlass zur Anwendung.

Aus Sicht des österreichischen Rechts gelangt man zum gleichen Ergebnis (§ 28 Abs. 1, § 9 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und 2 österr. IPRG).

Das Erbstatut umfasst die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge, Pflichtteilsansprüche, Pflichtteilsergänzung, die Fragen der Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft etc.

3. Die Nachlassabwicklung nach österreichischem internationalen und internen Erbrecht unterliegt jedoch Besonderheiten.

a) Auf den Nachlass eines österreichischen Erblassers mit gewöhnlichem Aufenthalt und/oder Vermögen im Ausland ist entsprechend des Vorstehenden grundsätzlich insgesamt österreichisches Recht anwendbar (– das „*Ob*“ des Erbfalls – *titulus*). Für die Frage, „*wie*“ das Eigentum an dem Nachlass dann konkret erworben wird (*modus*), wird allerdings wie folgt unterschieden: Der Eigentumserwerb von unbeweglichem Vermögen (Grundbesitz) unterliegt gemäß §§ 31, 32 österr. IPRG dem Staat der Belegenheit dieses Grundbesitzes. Das bedeutet: Hinterlässt der österreichische Erblasser Grundbesitz in Deutschland, erfolgt das „*Wie*“ des Erwerbs nach deutschem Recht.¹ Hierbei handelt es sich aus deutscher

Sicht um eine gegenständlich und funktionell beschränkte Rückverweisung auf das deutsche Recht, welches dies annimmt, Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. Für bewegliches Vermögen verbleibt es dagegen auch für die Frage des Eigentumserwerbs bei der allgemeinen erbrechtlichen Anknüpfungsregel, d. h. der Anknüpfung an das Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers.

b) Anders als im deutschen Recht geht nach österreichischem Recht der Nachlass nicht direkt und von selbst auf die Erben über, sondern der Nachlass bildet eine eigene juristische Person. Erst mit einer gerichtlichen Einantwortung auf Basis eines Beschlusses des Verlassenschaftsgerichts (= Nachlassgericht) nach Annahme der Erbschaft durch sog. Erbantrittserklärung der Erben geht der Nachlass auf diese über. Hierzu wird ein Verlassenschafts- und Abhandlungsverfahren durchgeführt.² Ohne Erbantrittserklärung und ohne Durchführung dieses Verfahrens ist keine Einantwortung möglich und der Nachlass geht nicht auf die Erben über.

c) Möchte der an sich Erbberechtigte die Erbschaft ausschlagen, kann er dies gegenüber dem Verlassenschaftsgericht durch ausdrückliche und unwiderrufliche Ausschlagungserklärung gemäß § 805 österr. ABGB tun. Diese Ausschlagungsmöglichkeit ist nicht fristgebunden und ist schriftlich möglich. Sie ist so lange möglich, wie die Einantwortung nicht erfolgt ist. Die Einantwortung erfolgt dann ausschließlich zugunsten der verbliebenen Erben.³

d) Auf den konkreten Fall angewendet bedeutet dies: Grundsätzlich bedarf es auf Basis des anwendbaren österreichischen Erbrechts eines Verlassenschaftsverfahrens mit anschließender Einantwortung, damit der Nachlass auf den Erben übergehen kann. Dies gilt auch für das in Deutschland belegene Vermögen – mit Ausnahme des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens des Erblassers. Dieses geht gemäß § 31 österr. IPRG ipso iure gemäß § 1922 BGB auf den Erben über – vorausgesetzt, der Erbe hat die Erbschaft nicht ausgeschlagen. Eine Einantwortung und ein entsprechendes Verlassenschaftsverfahren sind nicht notwendig. Für den in Deutschland belegenen beweglichen Nachlass dagegen gilt § 31 IPRG nicht, so dass diesbezüglich österreichisches Erbrecht auch für den Modus des Erwerbs anwendbar und somit weiterhin die Einantwortung erforderlich ist. Für diesen beweglichen Nachlass kann ein deutscher Erbschein erst nach Vorliegen des Einantwortungsbeschlusses des österreichischen Verlassenschaftsgerichts erteilt werden.

4. Das Nachlassgericht hat im konkreten Fall in Anwendung von §§ 31 und 32 österr. IPRG für die Nachlassabwicklung hinsichtlich des in Deutschland belegenen Grundbesitzes richtig deutsches Erbrecht angewandt. In weiterer Folge hat das Nachlassgericht jedoch die Frage, ob eine wirksame Ausschlagung erfolgt ist, ebenfalls dem deutschen Erbrecht als Modus des Erbrechtserwerbs zugeordnet und – insofern natürlich konsequent – die Ausschlagung der ersten Erbin mangels Formwirksamkeit gemäß § 1942 BGB für nichtig erklärt. Genau diese Konsequenz war jedoch nicht richtig:

Die Frage der Annahme oder Ausschlagung des Nachlasses betrifft gerade nicht die Frage des Eigentumserwerbs des Nachlasses (Frage des *modus*), sondern unterfällt dem *titulus*, also dem anwendbaren Recht. Die partielle Rückverweisung auf deutsches Recht gemäß § 31 österr. IPRG betrifft nur die Frage, ob sich der Eigentumserwerb an dem Grundstück nach deutschem Recht – und damit im Wege des Vonselbsterwerbs

¹ Art. 31 Abs. 1 österr. IPR-Gesetz lautet: Der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrundeliegenden Sachverhalts befinden. Art. 32 lautet: Für dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache ist der § 31 auch dann maßgebend, wenn diese Rechte in den Anwendungsbereich einer anderen inländischen Verweisungsnorm fallen.

² § 799 österr. ABGB.

³ Zum Ganzen *Ehren/Zweig/Kralig*, System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts, Band 4 – Erbrecht, 3. Aufl. 1983, S. 49.

– richtet oder ob es hierfür zusätzlich eines Einantwortungsbeschlusses nach dem österreichischem Verlassenschaftsverfahren bedarf. Dem liegt die Abgrenzung zwischen dem Erbstatut gemäß Art. 25 EGBGB – bzw. aus österreichischer Sicht nach § 28 IPRG – und dem Sachenrechtsstatut gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB – unter diese werden im österreichischen IPRG auch §§ 31 und 32 österr. IPRG subsumiert – zugrunde, wie das OLG Köln deutlich in seinem Beschluss ausführt. Der österreichische Oberste Gerichtshof hat dies mit Beschluss vom 8.10.1991⁴ ebenfalls entsprechend bestätigt.

Die Frage der Annahme oder der Ausschlagung einer Erbenstellung betrifft weder die Abgrenzung zwischen Erb- und Sachenrechtsstatut, noch fällt sie unter das Sachenrecht, sondern unterliegt nach ganz einhelliger Meinung sowohl aus deutscher Sicht als auch aus österreichischer Sicht dem Erbrecht. Anwendbares Erbrecht ist das österreichische Recht. Die beiden Ausschlagungserklärungen sind nach österreichischem Recht wirksam und fristgerecht erklärt worden.⁵

Die Ausschlagungen sind nach den Ausführungen des OLG Köln auch formgerecht erfolgt: Gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB ist ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn es das Formerfordernis des Rechts, das auf den Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, erfüllt. Rechtsgeschäft im Sinne des Art. 11 EGBGB ist auch die Ausschlagungserklärung. Das Recht des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ist im vorliegenden Fall österreichisches (Erb-)Recht, nach welchem die schriftliche Ausschlagungserklärung ausreichend ist.⁶ Auf die Frage, ob die Ausschlagung auch aus deutscher Sicht wirksam wäre, kommt es im konkreten Fall nicht an.

Aufgrund der wirksamen Ausschlagungen der testamentarisch eingesetzten Erbin und Ersatzerbin ist der nichteheliche Sohn gesetzlicher Alleinerbe geworden. Der Erbschein war daher antragsgemäß zu erteilen.

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, wie tückisch das Internationale Privatrecht im Detail ist und umso wichtiger die exakte Abgrenzung und Subsumtion auch einzelner Detailfragen ist.

Seit dem 17.8.2015 ist die Europäische Erbrechtsverordnung auf die ab diesem Tag erfolgten Erbfälle anwendbar. Zumindest die vorstehenden Fragestellungen gibt es in ihrem Anwendungsbereich nicht mehr. Wie sind sie aber dann im Anwendungsbereich der Verordnung zu beantworten?

a) Gemäß Art. 21 EU-ErbVO unterliegt der Erbfall dann mangels Rechtswahl des Rechts für Staatsangehörigkeit (Art. 22 EU-ErbVO) einheitlich dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers zum Zeitpunkt seines Ablebens. Dem Sachverhalt zufolge dürfte dies Deutschland gewesen

⁴ Oberster Gerichtshof, Beschluss vom 8.10.1991, 4 Ob 522/91, IPRax 1992, 328, 329.

⁵ Im Detail 57 Abs. 1 und 2 österr. AußStrG: (1) Der Gerichtskommissär hat die nach der Aktenlage als Erben in Frage kommenden Personen nachweislich aufzufordern, zu erklären, ob und wie sie die Erbschaft antreten oder ob sie diese ausschlagen wollen. Die Aufforderung hat einen Hinweis auf die Rechtsfolgen des Abs. 3 und – soweit diese Personen nicht von einem Rechtsanwalt oder Notar vertreten sind – eine Belehrung über die Rechtsfolgen der Abgabe der unbedingten und bedingten Erbantrittserklärung sowie über die Möglichkeit der Antragstellung nach 84 Abs. 3 zu enthalten. (2) Zur Abgabe der Erbantrittserklärung ist den als Erben in Frage kommenden Personen eine angemessene Frist von mindestens vier Wochen zu setzen. Aus erheblichen Gründen kann ihnen auch eine Bedenkzeit eingeräumt werden, die insgesamt ein Jahr nicht überschreiten darf.

⁶ S. 59 Abs. 3 AußStr: Die Erklärung ist vom Erbsprecher oder seinem ausgewiesenen Vertreter eigenhändig zu unterschreiben.

sein. Auf den Erbfall findet damit grundsätzlich deutsches Erbrecht Anwendung. Gemäß Art. 23 Abs. 1 lit. e EU-ErbVO richtet sich „der Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte, (...), einschließlich der Bedingungen für die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses und deren Wirkungen“, nach dem gemäß Art. 21 oder 22 anzuwendenden Recht. Art. 28 EU-ErbVO beinhaltet eine Sonderanknüpfung hinsichtlich der Formgültigkeit von Annahme- und Ausschlagungserklärungen:

„Die Erklärung über die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft, eines Vermächtnisses oder eines Pflichtteils oder eine Erklärung zur Begrenzung der Haftung des Erklärenden ist hinsichtlich ihrer Form wirksam, wenn diese den Formerfordernissen entspricht a) des nach den Art. 21 oder 22 auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts oder b) des Staates, in dem der Erklärende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.“

Art. 28 der Verordnung verlängert damit den favor negotii des Art. 27 EU-ErbVO auch – in den Anknüpfungspunkten allerdings eingeschränkter als jener – für die Formgültigkeit der Annahme und Ausschlagung.

b) Voraussetzungen, Inhalt und Möglichkeiten der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, eines Vermächtnisses oder einer sonstigen Erbberechtigung richten sich entsprechend vorstehender Unterscheidung nach dem allgemeinen Erbstatut und nicht nach Art. 28 der Verordnung. Unter das allgemeine Erbstatut fallen auch die Auslegung sowie die Anfechtung von Annahme- und Ausschlagungserklärungen, die Bestimmungen über die Handlungen und Tätigkeiten des Ausschlagenden in der Schwebezeit, Ansprüche zwischen dem zur Ausschlagung Berechtigten und dem Ausschlagenden sowie die Folgen und Wirkungen für den Ausschlagenden und die Nachbenannten, ferner die Fragen, wem gegenüber die Erklärungen abzugeben sind und deren Empfangsbedürftigkeit. Auch die Frage, welche Voraussetzungen der Ausschlagende hinsichtlich seiner Rechts- und Geschäftsfähigkeit zur Abgabe dieser Erklärung mitbringen muss, beantwortet das allgemeine Erbstatut bzw. die allgemeinen Regeln zur Rechts- und Erbfähigkeit. Ersteres hat auch zu klären, ob bzw. inwieweit das Schweigen als Annahme oder Ausschlagung gilt und ob noch weitere verfahrensrechtliche Erklärungen abzugeben sind, damit der Erbe tatsächlich die Erbenstellung erhält, wie bspw. die Einantwortung nach österreichischem Recht. Entgegen vorheriger verschiedentlich Anregung wurden in den Anwendungsbereich des Art. 28 auch nicht die sonstigen Erklärungen hinsichtlich des Verzichts auf das Erbe einbezogen, wie einseitige Erb- und Pflichtteilsverzichtserklärungen oder Erb- und Pflichtteilsverzichtverträge vor dem Ableben des Erblassers, sondern tatsächlich nur die echte Ausschlagung nach seinem Ableben.⁷

c) Auf den ersten Blick unklar ist die Einordnung der Problematik der Frist zur Annahme bzw. Ausschlagung. Nach wohl herrschender Meinung ist die Frist aber keine bloße Formalität, sondern Teil der materiellen Erklärung und unterliegt damit ebenfalls dem allgemeinen Erbstatut und nicht Art. 28 EU-ErbVO.⁸

d) In sachlicher Hinsicht umfasst das Sonderformstatut des Art. 28 damit tatsächlich nur die rein formale Frage, in wel-

⁷ Frank/Döbereiner, Nachlassfälle mit Auslandsbezug, 2015, S. 177-179, Rdnr. 608-615.

⁸ Frank/Döbereiner, Nachlassfälle mit Auslandsbezug, 2015, S. 177-179, Rdnr. 608-615; MünchKommBGB/Dutta, Art. 28 EU-ErbVO, Rd. 7.

cher Form die Ausschlagungserklärung verkörpert und beweisbar abzugeben ist. Ergänzt wird die Vorschrift durch Art. 13 EU-ErbVO, der für die Abgabe dieser Erklärungen einen besonderen Gerichtsstand schafft. Alternative Anknüpfungsmomente der Formgültigkeit von Annahme- und Ausschlagungserklärungen sind das allgemeine Erbstatut der Art. 21 und 22 EU-ErbVO, also gewöhnlicher Aufenthalt des Erblassers oder, bei Rechtswahl, dessen Staatsangehörigkeit, sowie der gewöhnliche Aufenthalt des Erklärenden. Maßgeblich hierfür ist der Zeitpunkt bei Abgabe der Erklärung, nicht des Erbfalls. Nach Art. 34 Abs. 2 EU-ErbVO enthält Art. 28 lit. b EU-ErbVO eine Sachnormverweisung, Art. 28 lit. a EU-ErbVO dagegen im Umfang des Art. 34 Abs. 1 EU-ErbVO eine Gesamtnormverweisung.

e) Damit ist auch die Frage, ob die Ausschlagung wirksam geworden ist, grundsätzlich nach deutschem Erbrecht zu beurteilen. Von der fristgemäßen Abgabe ist auszugehen. Für die Form der Ausschlagung gilt im Anwendungsbereich der Verordnung Art. 28 EU-ErbVO: Danach müsste die Ausschlagung nach dem deutschen Erbrecht als „des nach den Art. 21 oder 22 auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts oder b) Recht des Staates, in dem der Erklärende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“, formwirksam sein. Die eingesetzte Erbin hat die Erbschaft ausweislich des Sachverhalts in notariell beglaubigter Form und damit formwirksam im Sinne des deutschen Rechts als anwendbarem Erbrecht gemäß Art. 28 lit. a EU-ErbVO abgegeben. Hinsichtlich der Ersatzerbin ist der Sachverhalt meines Erachtens nicht ganz eindeutig. Zu entnehmen ist, dass diese Ausschlagungserklärung schriftlich erklärt worden und dem deutschen Nachlassgericht zugegangen ist. Jedoch geht aus dem Beschluss nicht eindeutig hervor, wo die Ersatzerbin ihren gewöhnlichen Aufenthalt, also in Deutschland oder in Österreich, hat. Nur in letzterem Falle, also wenn dieser in Österreich läge, wäre die Ausschlagung formwirksam nach österreichischem Recht und damit im Sinne von Art. 28 lit. b EU-ErbVO, wohingegen nach deutschem Erbrecht gerade keine Formwirksamkeit bestünde.

f) Auch was die Beantragung des Erbscheins betrifft, ergeben sich aufgrund der Verordnung Neuerungen: Anstelle des deutschen Erbscheins kann der ersteheliche Sohn als gesetzlicher Alleinerbe alternativ auch ein Europäisches Nachlasszeugnis gemäß Art. 62 ff. EU-ErbVO beantragen. Zuständig ist gemäß Art. 64 i. V. m. Art. 4 EU-ErbVO das deutsche Nachlassgericht

Notarin Dr. *Susanne Frank*, Licencié en droit
(Paris II/Assas), München

Beurkundungs- und Notarrecht

18. GG Art. 12; AEUV Art. 49, 56; BNotO § 11a Satz 3 und 4
(Keine Inlandsbeurkundung durch ausländischen Notar)

1. **Die Befugnisse eines nach dem Recht von England und Wales bestellten Notary Scrivener bestimmen sich bei notarieller Urkundstätigkeit im Geltungsbereich der Bundesnotarordnung ausschließlich gemäß § 11a Satz 3 und 4 BNotO.**
2. **Mit § 11a Satz 3 und 4 BNotO verbundene Beschränkungen der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sowie der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) sind durch zu schützende Gemeinwohlbelange in Gestalt der Sicherung**

der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege gerechtfertigt.

BGH, Beschluss vom 20.7.2015, NotZ (Brfg) 13/14

Der Kläger ist Rechtsanwalt und war bis zu seinem durch Erreichen der Altersgrenze (§ 47 Nr. 1, § 48a BNotO) im Mai 2013 bewirkten Erlöschen des Amtes Notar im Bezirk des Kammergerichts. Er ist außerdem Barrister-at-law und Scrivener Notary in England und Wales.

Im Juli 2013 wandte er sich mit der Bitte an die Beklagte, ihm schriftlich zu bestätigen, dass diese der Erbringung von notariellen Dienstleistungen unter englischem Siegel durch ihn in Deutschland nicht entgegengetreten werde. Mit Schreiben vom 3.9.2013 teilte die Beklagte mit, diesem Ersuchen nicht entsprechen zu können. Als Notary Public nach dem Recht von England und Wales unterliege der Kläger nicht ihrer Dienstaufsicht. Sie wies „rein deklaratorisch“ auf § 11a Satz 3 BNotO hin und äußerte die Rechtsansicht, sie halte die genannte Vorschrift nicht für europarechtswidrig.

Mit seiner Klage hat der Kläger im ersten Hauptantrag begehrt, die Beklagte zu verurteilen, ihm unter Aufhebung der „Verfügung“ vom 3.9.2013 das Führen seines englischen notariellen Siegels in Deutschland zu gestatten, hilfsweise das Führen zu dulden. Mit einem zweiten Hilfsantrag hat er feststellen lassen wollen, dass er berechtigt sei, sein englisches Siegel in Deutschland zu führen. Mit dem zweiten Hauptantrag hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, in Bezug auf die Ausübung notarieller Tätigkeiten des Klägers unter seinem englischen Siegel von Maßnahmen jeglicher Art Abstand zu nehmen, die den Kläger in seiner freien notariellen Berufsausübung einzuschränken geeignet sind.

Die Klage ist erfolglos geblieben. Das KG hat die Klageanträge bis auf den zweiten Hilfsantrag für unzulässig gehalten. Diesen Antrag hat es als allgemeine Feststellungsklage für zulässig, aber unbegründet erachtet. Da der Kläger kein in Deutschland bestellter Notar (mehr) sei, dürfe er auch als in England und Wales zugelassener Notary Scrivener außerhalb des Anwendungsbereichs von § 11a Satz 3 BNotO keine notariellen Amtstätigkeiten im Inland vornehmen. Die damit verbundene Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit des Klägers ist nach der Rechtsauffassung des KG sowohl mit dem Recht der Europäischen Union als auch mit nationalem Verfassungsrecht vereinbar.

Aus den Gründen:

II.

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist unbegründet. Ein Grund für die Zulassung der Berufung besteht nicht. Die Frage, ob sich die Hauptsache erledigt hat, kann offen bleiben.

1. Der Zulassungsgrund aus § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) – ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils – ist nur gegeben, wenn der Kläger im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt hat (BVerfGE 110, 77, 83 Rdnr. 52; BVerfGE 125, 104, 140 Rdnr. 96; BVerfG, Beschluss vom 20.12.2010, 1 BvR 2011/10, juris Rdnr. 17; Beschluss vom 16.7.2013, 1 BvR 3057/11, juris Rdnr. 36). Zweifel an der Richtigkeit einzelner Rechtssätze oder tatsächlicher Feststellungen füllen den Zulassungsgrund aber dann nicht aus, wenn solche Zweifel nicht auch die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10.3.2004, 7 AV 4/03, NVwZ-RR 2004, 542 f.; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 16.7.2013, 1 BvR 3057/11, juris Rdnr. 40).

An diesen Grundsätzen gemessen bestehen keine Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils.

a) Soweit das KG die beiden Hauptanträge und den ersten Hilfsantrag des Klägers mit jeweils ausführlichen Begründungen als unzulässig bewertet hat, sind ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung nicht ersichtlich und werden von dem Kläger auch nicht aufgezeigt.

b) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen auch nicht, soweit das KG eine Berechtigung des Klägers als Scrivener Notary englischen Rechts verneint hat, unter seinem englischen Siegel notarielle Tätigkeiten in Deutschland auszuüben. Die fehlende Berechtigung des Klägers zur Vornahme notarieller Urkundstätigkeit (§ 10a Abs. 2, §§ 20-22 BNotO), auf die das Begehren des Klägers abzielt, ergibt sich – wie vom KG rechtsfehlerfrei dargelegt – aus § 1 und § 11a Satz 3 BNotO.

aa) Die Beurkundung von Rechtsvorgängen ist nach dem deutschen Recht Teil der Berufsausübung des Notars. Eine solche Beurkundung ist ihm als unabhängigem Träger eines öffentlichen Amtes gemäß § 1 BNotO als Hauptaufgabe zugewiesen; Berufsausübungsregelungen dazu finden sich u. a. in §§ 10, 10a und § 11 BNotO (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 9.8.2000, 1 BvR 647/98, Rdnr. 18), aber auch in § 11a BNotO. Die Ausübung von Urkundstätigkeit im Sinne von § 10a Abs. 2 BNotO auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland insgesamt ist nach § 1 BNotO von der Bestellung (§ 12 BNotO) zum Notar abhängig. Die Amtstätigkeit des bestellten Notars ist dabei gemäß § 10a BNotO grundsätzlich auf die Urkundstätigkeit (§ 20-22 BNotO) in seinem Amtsbereich (§ 10a Abs. 1 Satz 1 BNotO) beschränkt. Ein – wie hier der Kläger – ausschließlich nach ausländischem Recht bestellter Notar kann gemäß § 11a Satz 3 BNotO im Geltungsbereich der BNotO lediglich auf das Ersuchen eines nach deutschem Recht bestellten Notars und auch dann lediglich zu dessen Unterstützung (§ 11a Satz 3 BNotO: „kollegiale Hilfe“) tätig werden (zu den Anforderungen siehe *Frenz in Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 11a BNotO Rdnr. 10 i. V. m. Rdnr. 7-9). In der Bundesrepublik Deutschland dürfen durch den ausländischen Notar hoheitliche Funktionen nicht ausgeübt werden (vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 23). Das einfache Gesetzesrecht der BNotO schließt daher die von dem Kläger begehrte eigenständige und nicht vom Ersuchen eines inländischen Notars abhängige Urkundstätigkeit aus.

bb) Eine andere Betrachtung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Kläger bis zum Erreichen der Altersgrenze als Notar im Bezirk des KG bestellt war. Sein Amt als inländischer Notar ist erloschen (§ 47 Nr. 1, § 48a BNotO). Als lediglich noch nach dem Recht von England und Wales bestellter Notary Scrivener bestimmt sich seine Rechtsstellung bei Beurkundungen im Geltungsbereich der BNotO ausschließlich gemäß § 11a Satz 3 und 4 BNotO.

cc) Gegen die Beschränkung des Tätigwerdens eines im Ausland bestellten Notars auf einen inländischen Notar unterstützende und zudem von dessen Ersuchen abhängige Betätigung bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das gilt auch dann, wenn wie hier ein deutscher Staatsangehöriger nach dem Recht eines ausländischen Staates zum dortigen Notar bestellt worden ist.

(1) Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich bei der Tätigkeit des Notars um einen staatlich gebundenen Beruf, bei der der Notar als selbständiger Berufsträger Aufgaben wahrnimmt, die der Gesetzgeber auch dem eigenen Verwaltungsapparat vorbehalten könnte (BVerfGE 73, 280, 292; BVerfGE 131, 130, 139 m. w. N.). Die Zuordnung der Tätigkeit des Notars zu den staatlich gebundenen Berufen, die eine Nähe zum öffentlichen Dienst aufweisen, beruht auf einer Würdigung der Aufgaben, der Amtsbefugnisse und der Rechtsstellung der Notare in der Ausgestaltung, die diese in der deutschen Rechtsordnung durch das einfache Gesetzesrecht erfahren haben (vgl. BVerfGE 73, 280, 292; BVerfGE 110, 304, 321; BVerfGE 131, 130, 139). Zwar fällt auch ein

solcher Beruf – jedenfalls in Bezug auf deutsche Staatsangehörige (zum Diskussionsstand über die Einbeziehung von EU-Ausländern siehe *Ruffert in Epping/Hillgruber*, GG, 2. Aufl., Art. 12 Rdnr. 35-37) – in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG (st. Rspr.: etwa BVerfGE 73, 280, 12292; BVerfGE 112, 255, 262; BVerfGE 131, 130, 139). Allerdings lässt die sachliche Nähe staatlich gebundener Berufe zum öffentlichen Dienst Sonderregelungen zu (BVerfGE 73, 301, 315; BVerfGE 80, 257, 265; BVerfGE 110, 304, 321; BVerfGE 131, 130, 139 m. w. N.).

Wie das KG zutreffend ausgeführt hat, halten die einfachgesetzlichen Regelungen wie etwa diejenigen über den Zugang zum Notarberuf lediglich aufgrund einer Bestellung gemäß § 4 BNotO nach den Anforderungen einer geordneten Rechtspflege (vgl. BVerfGE 73, 280, 292 ff.), über das Erlöschen des Amtes bei Erreichen der Altersgrenze (siehe BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 27.6.2014, 1 BvR 1313/14, Rdnr. 6 ff.; Senat, Beschluss vom 24.11.2014, NotZ (Brfg) 5/14, NJW-RR 2015, 310, 311) und die im Grundsatz bestehende Beschränkung der Urkundstätigkeit auf den Amtsbezirk (§ 11 BNotO; siehe nur Senat, a. a. O., und Senat, Urteil vom 4.3.2013, NotZ (Brfg) 9/12, BGHZ 196, 271, 275 ff. Rdnr. 16 ff.) einer verfassungsrechtlichen Überprüfung anhand von Art. 12 Abs. 1 GG stand. Gleiches gilt auch für § 5 BNotO, der den Kreis derjenigen, die zum Notar bestellt werden können, auf Personen mit der Befähigung zum Richteramt begrenzt (BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 24.9.2007, 1 BvR 2319/07, Rdnr. 10; siehe auch bereits BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 26.9.2001, 1 BvR 1740/98, NJW-RR 2002, 492, 493). Die mit der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Notarwesens einhergehenden Einschränkungen der Berufsfreiheit sind jeweils geeignet und erforderlich, um die zu schützenden Gemeinwohlbelange in Gestalt der Sicherung der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu gewährleisten (exemplarisch BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 24.9.2007, 1 BvR 2319/07, Rdnr. 11 bzgl. § 5 BNotO).

(2) Diese Gemeinwohlbelange legitimieren auch die Begrenzung der Berufsfreiheit des Klägers in seiner Eigenschaft als Notary Scrivener englischen Rechts hinsichtlich der Ausübung von Urkundstätigkeit im Geltungsbereich der BNotO durch § 11a Satz 3 und 4 BNotO. Wie der Senat bereits in Bezug auf das Amtsbezirksprinzip des § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO ausgeführt hat, dienen die dort enthaltenen Beschränkungen der Berufsausübung nach deutschem Recht bestellter Notare der Sicherung der Lebensfähigkeit und gleichbleibenden Leistungsfähigkeit der Notarstellen und der insgesamt bedarfsgerechten und flächendeckenden Organisation des Notariats (Senat, Urteil vom 4.3.2013, NotZ (Brfg) 9/12, BGHZ 196, 271, 279 Rdnr. 23 m. w. N.). Unter den nach deutschem Recht bestellten Notaren soll ein „Reisenotariat“ verhindert werden, das die Fundamente des Zulassungswesens unterminieren würde (Senat, a. a. O.). Das Zulassungswesen seinerseits mit seinen einfachgesetzlichen Ausprägungen, unter anderem der bedarfsgerechten Bestellung von Notaren (§ 4 BNotO) und dem Amtsbezirksprinzip (§ 11 BNotO), ist wiederum ein zentrales Element zur Sicherung der Gemeinwohlbelange in Gestalt der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die mit der Notarverfassung des deutschen Rechts angestrebte Gewährleistung eines leistungs- und funktionsfähigen Notariats bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben würde durch die Zulassung inländischer notarieller Urkundstätigkeit durch nach dem Recht eines ausländischen Staates zugelasse-

nen Notaren über den in § 11a BNotO zugelassenen Umfang hinaus in vergleichbarer Weise beeinträchtigt wie bei einer über § 11 Abs. 2 BNotO hinausgehenden Gestattung von Auslandsbeurkundungen durch in Deutschland bestellte Notare (vgl. *Geimer*, NJW 2013, 2625, 2626; siehe auch *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481, 485 f.; *Spickhoff*, JZ 2012, 333, 337). Mit einer nicht an das Zulassungswesen des inländischen Notarrechts geknüpften Urkundstätigkeit von nach ausländischem Recht zugelassenen Notaren im Inland ginge die Gefahr einer Überversorgung mit notariellen Leistungen in bestimmten, wirtschaftlich lukrativen Bezirken einher. Überversorgung ihrerseits bringt typischerweise aber Gefährdungen der Interessen der Rechtsuchenden und der geordneten vorsorgenden Rechtspflege mit sich. Die Erhöhung der Zahl notarielle Dienste anbietender Notare über die nach Bedarfsgrundsätzen (§ 4 BNotO) ermittelte Anzahl pro Amtsbezirk kann eine Wettbewerbssituation hervorbringen, die Urkundstätigkeit ausübende Notare dazu veranlassen kann, um im Wettbewerb bestehen zu können, die Amtstätigkeit nicht stets in einer den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Weise zu erfüllen. Zudem gewährleistet die Einrichtung von Notarstellen nach den Bedürfnissen einer geordneten Rechtspflege in aller Regel, dass die im jeweiligen Amtsbezirk bestellten Notare ausgelastet sind und wirtschaftlich bestehen können (Senat, a. a. O., BGHZ 196, 271, 275 Rdnr. 16). Das gesetzgeberische Ziel der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen für die bestellten Notare würde grundlegend in Frage gestellt, wenn eine über § 11a Satz 3 und 4 BNotO hinausgehende Urkundstätigkeit nach ausländischem Recht bestellter Notare zu gestatten wäre.

(3) Die durch § 11a BNotO bewirkte enge Beschränkung inländischer Urkundstätigkeit nach dem Recht eines ausländischen Staates bestellter Notare wird auch unter einem weiteren Aspekt durch Gemeinwohlbelange getragen. Die Anknüpfung der zulässigen Inlandstätigkeit eines im Ausland bestellten Notars an das Ersuchen eines inländischen Notars sichert die Einhaltung der unter anderem in § 5 BNotO zum Ausdruck kommenden Anforderungen an die berufsbezogenen Qualifikationen des Notars. Sie ist zum Schutz der dahinterstehenden Gemeinwohlbelange gleichfalls geeignet und erforderlich. § 11a Satz 3 BNotO schließt eine Urkundstätigkeit nach ausländischem Recht bestellter Notare im Geltungsbereich der BNotO nicht vollständig aus, sondern bindet diese an die in der Vorschrift genannten Voraussetzungen. Damit kann auf der einen Seite die Sicherung der Belange vorsorgender Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit gewährleistet werden. Auf der anderen Seite wird sichergestellt, dass bei inländischer Urkundstätigkeit mit Bezügen zu ausländischen Rechtsordnungen die Kenntnis von Inhalt und Anwendung dieses Rechts durch die Hinzuziehung eines nach dem Recht des entsprechenden ausländischen Staates bestellten Notars vermittelt werden kann, um eine umfassende Beratung der Urkundsbeteiligten zu ermöglichen und so wiederum die vorsorgende Rechtspflege auf hohem qualitativen Niveau zu garantieren.

(4) In Bezug auf den Kläger gilt hinsichtlich der in § 11a Satz 3 BNotO enthaltenen Beschränkung nach ausländischem Recht bestellter Notare nichts anderes. Zwar erfüllt er die Voraussetzungen von § 5 BNotO in eigener Person. Da er wegen Überschreitens der Altersgrenze für die Ausübung des inländischen Notaramts dieses nicht mehr ausüben kann, stützen mit Ausnahme des Erfordernisses der Befähigung zum (inländischen) Richteramt alle übrigen für die Begrenzung der Urkundstätigkeit ausländischer Notare im Inland bestehenden Gründe die Anwendung von § 11a Satz 3 BNotO auch auf den Kläger in seiner Funktion als Notary Scrivener.

(5) § 11a Satz 3 BNotO steht mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgenden allgemeinen Bestimmtheitsgebot ebenfalls in Einklang. Die Vorschrift lässt unmissverständlich erkennen, dass im Ausland bestellte Notare lediglich auf das Ersuchen eines inländischen Notars und auch dann allein zu dessen Unterstützung („kollegiale Hilfe“) im Inland tätig werden dürfen. Als Unterstützung kommt dabei regelmäßig die Vermittlung der Kenntnisse der Rechtsordnung des Staates in Betracht, nach dessen Recht der ausländische Notar bestellt worden ist (vgl. *Püls in Schippell/Bracker*, BNotO, 9. Aufl., § 11a Rdnr. 10 i. V. m. Rdnr. 11). Ungewissheit über die Reichweite der gemäß § 11a Satz 3 BNotO gestatteten Betätigung des im Ausland bestellten Notars im Inland besteht mithin nicht.

Entgegen der vom Kläger vertretenen Rechtsauffassung ist § 11a Satz 3 BNotO verfassungsrechtlich nicht an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen. Dessen Schutzbereich umfasst im Hinblick auf die Tatbestandsbestimmtheit lediglich solche Vorschriften, die als Rechtsfolge staatliche Maßnahmen androhen, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten darstellen (st. Rspr.; siehe nur BVerfGE 128, 326, 392 f.; näher m. w. N. *Radtke in Epping/Hillgruber*, a. a. O., Art. 103 Rdnr. 19). Dazu gehört § 11a Satz 3 BNotO ersichtlich nicht. Das gilt auch unter dem Aspekt einer einen Blankettstrafatbestand ausfüllenden Norm (dazu *Radtke*, a. a. O., Art. 103 Abs. 2 Rdnr. 29.1 m. w. N.). Weder § 132 StGB noch § 132a StGB, die der Kläger bei einer gesetzeswidrigen inländischen notariellen Urkundstätigkeit verwirklichen könnte, sind Blankettstrafatbestände. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit nach diesen Vorschriften ergeben sich vielmehr aus den Straftatbeständen vollständig selbst.

dd) § 11a Satz 3 BNotO steht auch mit dem Recht der Europäischen Union in Einklang. Regelungen des Primärrechts der Europäischen Union stehen weder einer Anwendung der Vorschrift auf die inländische Urkundstätigkeit nach ausländischem Recht bestellter Notare entgegen noch bedarf es einer unionsrechtskonformen Auslegung mit dem Ziel der Zulassung solcher Urkundstätigkeit über das in der Vorschrift gestattete Maß hinaus. Um dies beurteilen zu können, ist es unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zur Auslegung von Vorschriften des Primär- oder Sekundärrechts der Europäischen Union (zu den nach Art. 267 Abs. 1 AEUV zulässigen Auslegungsfragen *Gaitanides in von der Groeben/Schwarzel/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Art. 267 AEUV Rdnr. 17-25 m. w. N.) veranlasst, ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV einzuleiten.

(1) Soweit die von dem Kläger für sich beanspruchte inländische Urkundstätigkeit als nach englischem Recht bestellter Notary Scrivener überhaupt in den Schutzbereich der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV fiel, handelt es sich bei der aus § 11a Satz 3 BNotO folgenden Begrenzung solcher Urkundstätigkeit um eine unionsrechtlich zulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Grundfreiheiten wie die Niederlassungsfreiheit dürfen zulässig beschränkt werden, wenn dies aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, die Begrenzung zu der Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks geeignet ist und sie nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgeht (siehe zusammenfassend nur *Tiedje in von der Groeben/Schwarzel/Hatje*, a. a. O., Art. 49 AEUV Rdnr. 115). In Bezug auf die notarielle Tätigkeit hat der Gerichtshof der Europäischen Union bereits in seinem noch auf der Grundlage von Art. 43 EG (= Art. 49 AEUV) ergangenen Urteil vom 24.5.2011 (C-54/08 Slg. I-4355, 4385 f.) festgestellt, dass mit

notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden. Diese dienen insbesondere dazu, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten. Solche Ziele stellen einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der etwaige Beschränkungen von Art. 43 EG (= Art. 49 AEUV) rechtfertigen könne, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben, wie etwa die für die Notare aufgrund der Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden Vorgaben, der Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit oder auch der Regelung ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und ihrer Unabsetzbarkeit, soweit die genannten Beschränkungen zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sind (EuGH, a. a. O., Slg. I 4385 Rdnr. 98).

Das BVerfG (BVerfGE 131, 130, 140) und diesem folgend der Senat (BGHZ 196, 271, 282 Rdnr. 30; Beschluss vom 24.11.2014, NotZ (Brfg) 5/14, NJW-RR 2015, 310, 311) haben unter Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union bereits entschieden, dass das Unionsrecht in Gestalt der Niederlassungsfreiheit nicht zur Unanwendbarkeit der inländischen Regelungen über die notarielle Amtsführung führen (siehe auch *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481, 484 f.). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat damit, auch wenn es sich in dem Urteil vom 24.5.2011 nicht um tragende Erwägungen handelt (*Preuß*, ZNotP 2011, 322, 324; *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481, 484), ausdrücklich die Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen – jeweils Zwecke notarieller Amtstätigkeit – als zwingendes Allgemeininteresse im Sinne zulässiger Beschränkung der Niederlassungsfreiheit anerkannt (vgl. BVerfG, a. a. O., Rdnr. 46 am Ende; Senat, a. a. O., BGHZ 196, 282 Rdnr. 30; NJW-RR 2015, 310, 311). Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, notarielle Tätigkeit unter den Rahmenbedingungen des inländischen Notarrechts nicht als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG (= Art. 51 Abs. 1 AEUV) zu bewerten, schließt lediglich aus, die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) für die Bestellung in das Notaramt im Inland durch das Erfordernis inländischer Staatsangehörigkeit zu begrenzen (BVerfGE 131, 130, 140).

Die Beschränkungen der Urkundstätigkeit ausländischer Notare durch § 11a Satz 3 BNotO erfüllen dagegen die unionsrechtlichen Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundfreiheiten. Wie bereits im Rahmen der Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 12 GG näher ausgeführt, ist die Regelung geeignet und erforderlich, um die zu schützenden Gemeinwohlbelange in Gestalt der Sicherung der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu gewährleisten. Auf die dortigen Ausführungen (oben Rdnr. 16-19) wird Bezug genommen.

(2) Aus den entsprechenden Gründen ist auch die mit § 11a Satz 3 BNotO verbundene Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV unionsrechtlich unbedenklich. Dafür braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob die von dem Kläger angestrebte Urkundstätigkeit in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV fällt und ob die Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 i. V. m. Art. 62 AEUV eingreift oder nicht (siehe bereits Senat, a. a. O., BGHZ 196, 271, 277 Rdnr. 20). Auch bezüglich dieser Grundfreiheit sind Einschränkungen lediglich dann unionsrechtswidrig, wenn für die Beschränkung kein Allgemeininteresse besteht (*Tiedje*, a. a. O., Art. 56 AEUV Rdnr. 78 m. w. N.). Geht es um die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, so ist

diese in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union als Allgemeininteresse anerkannt (vgl. EuGH, Urteil vom 12.12.1996, C-3/95 Slg. 1996, I-6511, 6538 und 6539). Selbst wenn es sich bei notarieller Urkundstätigkeit nach unionsrechtlicher Bewertung nicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV handelt, nehmen bei der Ausgestaltung des Notarrechts nach deutschem Recht die Notarinnen und Notare im Bereich vorsorgender Rechtspflege Staatsaufgaben wahr, die richterlichen Funktionen nahe kommen (BVerfGE 131, 130, 141; siehe auch bereits BVerfGE 17, 371, 377). Die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen vorsorgenden Rechtspflege durch notarielle Urkundstätigkeit ist damit ein zwingendes Allgemeininteresse, das die in § 11a Satz 3 BNotO statuierten Beschränkungen der Urkundstätigkeit nach ausländischem Recht bestellter Notare auch unter dem Aspekt des damit möglicherweise verbundenen Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) unionsrechtlich zu rechtfertigen vermag.

2. Der Kläger kann sich für sein Begehren auch nicht auf Art. 15, 16 und 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.12.2007 (Abl. Nr. L 303 S. 1, GRC) stützen. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 17.3.2014 (NotZ (Brfg) 21/13, ZNotP 2014, 111, 112) ausgeführt hat, dürfte der Anwendungsbereich der Charta selbst unter Berücksichtigung der Auslegung von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC durch den Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 26.2.2013 (C-617/10, *Akerberg Fransson*, NJW 2013, 1415 Rdnr. 17 ff.) nicht eröffnet sein, weil die Zuständigkeit für das Berufsrecht der Notare nicht auf die Union übertragen ist (so auch bereits Senat, Beschlüsse vom 22.3.2010, NotZ 16/09, BGHZ 185, 30 Rdnr. 14 und vom 26.11.2007, NotZ 23/07, BGHZ 174, 273 Rdnr. 27). Die notarielle Tätigkeit dürfte zudem nicht vom Schutzbereich der Art. 16 und 17 GRC erfasst sein. Art. 16 GRC garantiert die unternehmerische Freiheit – auch – nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Die notarielle Tätigkeit in Deutschland ist jedoch entgegen dem Verständnis des Klägers keine unternehmerische Betätigung, sondern ein öffentliches Amt (§ 1 BNotO; näher BVerfGE 131, 130, 139 f.). Dies wird durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 24.5.2011 (C-54/08, NJW 2011, 2941) nicht in Frage gestellt, das die Urkundstätigkeit der deutschen Notare nicht als die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG (= Art. 51 Abs. 1 AEUV) qualifiziert hat (näher Senat, a. a. O., BGHZ 196, 271, 276 f. Rdnr. 19 m. w. N.). Unter anderem der (schlicht) hoheitliche Charakter der notariellen Amtstätigkeit dürfte ihrer Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GRC entgegenstehen, der das private Eigentum garantiert. An dieser Bewertung hält der Senat fest.

Selbst wenn aber die Anwendbarkeit der EU-Grundrechtecharta auf den vorliegenden Sachverhalt und die Einbeziehung der notariellen Tätigkeit in die Schutzbereiche sämtlicher vom Kläger angeführter Grundrechte unterstellt wird, würde sich hieraus ein Widerspruch zu § 11a Satz 3 BNotO nicht ergeben. Vielmehr beinhalten diese Bestimmungen eine nach Art. 52 Abs. 1 GRC zulässige Einschränkung der – unterstellt – betroffenen, aus der Charta folgenden Rechte. Nach dieser Vorschrift muss jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein, deren Wesensgehalt achten und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten Anderer tatsächlich entsprechen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Ge-

richtshofs der Europäischen Union zur Verhältnismäßigkeit des festgestellten Eingriffs dürfen nicht die Grenzen dessen überschritten werden, was zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei zu beachten ist, dass dann, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist und die verursachten Nachteile nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen dürfen (zum Beispiel EuGH, Urteil vom 22.1.2013, C-283/11, K&R 2013, 176 Rdnr. 50 m. w. N.). Damit unterscheiden sich die unionsrechtlich zulässigen Beschränkungen der durch die Charta gewährleisteten, hier unterstellt eingreifenden Grundrechte nicht von den für die Grundfreiheiten in Gestalt der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit maßgeblichen Voraussetzungen zulässiger Beschränkungen. Aus den vorstehend in Rdnr. 21-25 dargestellten Gründen erfüllt die in § 11a Satz 3 BNotO normierte Begrenzung inländischer Urkundstätigkeit nach ausländischem Recht bestellter Notare die nach dem Recht der Europäischen Union erforderlichen Voraussetzungen für die Beschränkung von unionsrechtlichen Grundfreiheiten.

3. Es bedarf keines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV, um dem Senat die Entscheidung zu ermöglichen, ob unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 49 und Art. 56 AEUV oder Art. 15-17 GRC an der Richtigkeit des Urteils des KG bei der Anwendung des inländischen Notarrechts ernstliche Zweifel im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) bestehen. Die Voraussetzungen für ein Vorabentscheidungsersuchen liegen nicht vor.

Die für die Entscheidung über das Begehren des Klägers, sein englisches notarielles Siegel auch in Deutschland zu führen und dementsprechend ohne die Voraussetzungen des § 11a Satz 3 BNotO als ausländischer Notar Urkundstätigkeit im Inland vorzunehmen, maßgeblichen unionsrechtlichen Rechtsvorschriften sind im Sinne der *acte-clair*-Doktrin (dazu BVerfG, Beschluss vom 29.4.2014, 2 BvR 1572/10, NJW 2014, 2489, 2490; *Gaitanides in von der Groeben/Schwarze/Hatje*, a. a. O.; AEUV Art. 276 Rdnr. 66 m. w. N.) in ihren Inhalten eindeutig. Der Senat nimmt insoweit auf seine Ausführungen in den Beschlüssen vom 22.3.2010, NotZ 16/09, Rdnr. 32 ff., vom 25.11.2013, NotZ (Brfg) 11/12, Rdnr. 14 und NotZ (Brfg) 12/13, Rdnr. 14, sowie vom 24.11.2014, NotZ (Brfg) 5/14, Rdnr. 11 Bezug. Wie dargelegt hat der Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen der Auslegung von Art. 43 EG (= Art. 49 AEUV) bereits entschieden, dass mit den notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden und es sich bei der Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und der Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses handelt, der Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen kann (EuGH, a. a. O., Rdnr. 98). Zu den dadurch legitimierbaren Beschränkungen können die mitgliedstaatlichen Regelungen über das Recht der Notare, u. a. die Voraussetzungen ihrer Bestellung, der Begrenzung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit, gehören (EuGH, a. a. O., Rdnr. 98). Diese Grundsätze hat der Gerichtshof etwa in seinem Urteil vom 6.11.2012, C-286/12, Rdnr. 60 ff. bestätigt. Damit sind die unionsrechtlichen Grundsätze für die Überprüfung mitgliedstaatlicher Vorschriften über die Berufsausübung des Notaramtes eindeutig.

Die Anwendung des Unionsrechts auf die Entscheidung über den Antrag des Klägers auf Zulassung seiner Berufung aufgrund des Zulassungsgrundes gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 1

VwGO (i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) führt zu dem bereits dargelegten Ergebnis (oben Rdnr. 21-27).

4. Der Zulassungsgrund aus § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO (i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) greift ebenfalls nicht ein. Besondere rechtliche Schwierigkeiten sind gegeben, wenn die Rechtssache eine Qualität hat, bei der keine hinreichend sichere Erfolgsaussicht der Berufung prognostiziert werden kann (BayVGH, Beschluss vom 15.6.2015, 21 ZB 15.933, Rdnr. 18; *Happ in Eyermann*, VwGO, 14. Aufl., § 124 Rdnr. 27 ff.).

Dies ist nach den vorstehenden Ausführungen zu dem Zulassungsgrund aus § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) nicht der Fall. Die einfachgesetzliche Regelung über die inländische Urkundstätigkeit nach ausländischem Recht bestellter Notare in § 11a Satz 3 BNotO ist inhaltlich eindeutig. Dass es sich dabei um eine verhältnismäßige Einschränkung sowohl der im Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte als auch der möglicherweise einschlägigen unionsrechtlichen Gewährleistungen des Primärrechts handelt, ergibt sich ohne Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung aufgrund der zum Notarrecht ergangenen Rechtsprechung des BVerfG und des Gerichtshofs der Europäischen Union. Auf die vorstehenden Ausführungen wird verwiesen.

5. Die Rechtssache weist auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) auf. Dieser Zulassungsgrund ist erfüllt, wenn es im konkreten Fall auf eine konkrete Tatsachen- oder Rechtsfrage ankommt, die über den von der ersten Instanz entschiedenen Fall hinausgeht und an deren Klärung daher im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts auch für vergleichbare Fälle ein Interesse besteht (BVerfG, NVwZ 2010, 434, 641; BVerwG, NVwZ 2005, 709; *Dietz in Gärditz*, VwGO, § 124 Rdnr. 40 m. w. N.). Diese Voraussetzungen sind gerade nicht gegeben, wenn die Streitfrage bereits in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt ist (Senat, Beschluss vom 24.11.2014, NotSt (Brfg) 5/14, Rdnr. 18; *Dietz*, a. a. O.).

Wie sich aus den Erwägungen zu den Zulassungsgründen aus § 124 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VwGO (jeweils i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) ergibt, sind die für die Entscheidung über diese Rechtssache maßgeblichen Rechtsfragen durch die Rechtsprechung des BVerfG und des Gerichtshofs der Europäischen Union sowie des Senats zu den Voraussetzungen und Grenzen der notariellen Amtstätigkeit auf der Grundlage der BNotO geklärt.

6. Der Zulassungsgrund aus § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO (i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) greift ebenfalls nicht ein. Er setzt voraus, dass das erstinstanzliche Urteil von einer Entscheidung eines in der Bestimmung genannten Gerichts abweicht und es auf dieser Abweichung beruht. Eine Abweichung liegt vor, wenn das Gericht der ersten Instanz mit einem seine Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz von einem in der Rechtsprechung der genannten Gerichte aufgestellten ebensolchen Rechtssatz in Anwendung derselben oder einer inhaltsgleichen Rechtsvorschrift ausdrücklich oder konkludent abrückt. Zwischen den Gerichten muss ein prinzipieller Auffassungsunterschied über den Bedeutungsgehalt einer bestimmten Rechtsvorschrift oder eines Rechtsgrundsatzes bestehen (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 27.10.2014, 2 B 52/14, juris Rdnr. 5 ff. und vom 12.9.2014, 5 PB 8/14, juris).

Daran fehlt es ersichtlich. Abgesehen davon, dass der Gerichtshof der Europäischen Union nicht zu den in § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO (hier i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) genannten

Gerichten gehört, ist das KG auch nicht in einem tragenden abstrakten Rechtssatz von der Entscheidung eines in der Vorschrift genannten Gerichts abgewichen. Vielmehr hat es die Auslegung des anwendbaren einfachen Gesetzesrechts gerade anhand der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Ausgestaltung notarieller Urkundstätigkeit und der maßgeblichen Rechtsprechung des Senats vorgenommen.

(...)

Anmerkung:

Dem vorliegenden Beschluss des BGH ist uneingeschränkt zuzustimmen. Er stellt sich als weiterer Pfeiler in der Bewahrung und Stabilisierung des deutschen Notarwesens dar und komplettiert eine ganze Serie an „erzwungenen“ höchstrichterlichen Entscheidungen zum notariellen Berufsrecht, die in der Folge des „Notar-Urteils“ des EuGH vom 24.5.2011¹ ergangen sind und sich – in unterschiedlichen Schattierungen – stets mit der Frage zu befassen hatten, ob die deutsche Notariatsverfassung weitestgehend unberührt bleiben kann oder wegen der Anwendung europäischer Grundfreiheiten liberalisiert werden muss.

I. Zum Sachverhalt

Der Kläger des vorliegenden Beschlusses ist Rechtsanwalt und ehemaliger (Anwalts-)Notar in Berlin; zudem hat er in Großbritannien den Titel des „Scrivener Notary“ erworben. Er ist bereits seit vielen Jahren, lange vor dem „Notar-Urteil“ des EuGH, für eine Deregulierung des Notariats eingetreten; das EuGH-Urteil hat er als besondere Aufbruchsstimmung in diese Richtung gewertet.² In der Folge beschäftigte er in den Jahren 2012–2015 dreimal den BGH, unterlag allerdings in allen drei Fällen mit seinem jeweiligen Ansinnen. Auch die jeweils beantragte und erhoffte Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV unterblieb.

Im *ersten Fall*³ wollte der Kläger, damals noch bestellter (Anwalts-)Notar in Berlin, als deutscher Notar unter Berufung auf die europäische Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) Vorsorgevollmachten im niederländischen Den Haag beurkunden. Der Erfolg blieb dem Kläger in der Vorinstanz wie auch beim BGH verwehrt. Im *zweiten Fall*⁴ griff der nahe an das 70. Lebensjahr herangerückte Kläger die Altersgrenze (§ 48a BNotO) an und beantragte die Feststellung, über die Vollendung des 70. Lebensjahres hinaus in Deutschland als Notar beurkunden zu dürfen. Die Klage blieb ohne Erfolg. Im – vorliegenden – *dritten Fall* wollte der Kläger, der zwischenzeitlich aufgrund Erreichens der Altersgrenze aus dem Notardienst ausgeschieden war, unter Berufung auf die europäische Dienstleistungsfreiheit als britischer Scrivener Notary notarielle Beurkundungen in Deutschland vornehmen. Auch insoweit ist dem Kläger der Erfolg verwehrt geblieben; auch die beantragte Vorlage an den EuGH wurde abgelehnt.

II. Zur rechtlichen Einordnung

Die Bedeutung des vorliegenden BGH-Beschlusses für das notarielle Berufsrecht im europäischen Kontext kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Er markiert einen vorläufigen

gen Höhepunkt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum „europäischen Berufsrecht“ deutscher Notare seit dem EuGH-Urteil vom 24.5.2011.

1. Der EuGH hat mit seinem Urteil vom 24.5.2011 auch für das deutsche Notariat die europäische Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) eröffnet.⁵ In der Folge ist von einigen – wenigen, aber lautstarken – Stimmen der deutschen Literatur gleichsam ein Abgesang auf das deutsche Notariat der hergebrachten Form angestimmt worden: So wurde der EuGH als „Motor der Europäischen Integration“ gelobt,⁶ eine „Entstaatlichung der deutschen Notariatsverfassung“ angekündigt,⁷ erhebliche Auswirkungen des Urteils auf die Bedürfnisprüfung, die Beurkundungsbedürftigkeit von Rechtsgeschäften und das zwingende Gebührenrecht prophezeit,⁸ die Wirksamkeit einer durch einen inländischen Notar im Ausland erstellten Urkunde bejaht⁹ und der neue „Geist der Freiheit“ mit dem Hinweis verbunden, „wegducken [helfe] nicht“.¹⁰ Schließlich pries auch der Kläger selbst das Urteil als „Startschuss für die Befreiung des Notariats im örtlichen, nationalen und internationalen Kontext“,¹¹ zudem beklagte derselbe, dass „nur Europa (...) die wirkliche Europäisierung der EU-Notare erreichen [könne], über den EuGH, die EU-Kommission und die Europäische Grundrechtecharta“, und rief dazu auf, diese Europäisierung „individuell in Musterprozessen“ zu „erstreiten“.¹²

Die weit überwiegende Ansicht in der Literatur ist den vorgenannten Abgesängen auf die deutsche Notariatsverfassung mit überzeugenden Sachargumenten entgegengetreten. Grundtenor der fundierten, die Rechtslage differenziert darstellenden Abhandlungen ist (bei aller Unterschiedlichkeit in Intensität und Schattierung der jeweiligen Argumentation): Die Strukturen der BNotO könnten bzw. sollten weitestgehend unangetastet bleiben, da deren Beschränkungen selbst bei unterstellter Geltung der Grundfreiheiten aufgrund des überragenden Ziels eines funktionstüchtigen Notarwesens und damit einer geordneten Rechtspflege jedenfalls gerechtfertigt seien.¹³

Gesetzgebende und rechtsprechende Gewalt haben sich der überzeugenden herrschenden Meinung angeschlossen: Der deutsche Gesetzgeber und die Bundesregierung haben sich bei der Revision der Berufsqualifikationsrichtlinie (RL 2005/36/EG) mit Erfolg für eine Ausnahme des Notariats aus deren Anwendungsbereich eingesetzt; das BVerfG hat in

⁵ Zur Dienstleistungsfreiheit hat er indes ausdrücklich keine Aussage getroffen, Rdnr. 76 des Urteils.

⁶ *Altemeier*, AnwBl 2011, 573.

⁷ *Ritter*, EuZW 2011, 707.

⁸ *Schmidl/Pinkl*, NJW 2011, 2928; in diese Richtung teilw. auch *Kortel/Steiger*, NVwZ 2011, 1243, 1246.

⁹ *Pohl*, EWS 2011, 353, 358 f.

¹⁰ *Hamacher*, AnwBl 2011, 913.

¹¹ *Heinz*, AnwBl 2011, 664.

¹² *Heinz*, AnwBl 2012, 733.

¹³ *Bengel*, DNotZ 2012, 26; *Bracker*, MittBayNot 2011, 429; *Bredthauer*, ZEuP 2012, 171; zurückhaltend *Dederer*, EuR 2011, 865, und *Frenz*, DVBl 2011, 887; *Eickelberg*, NotBZ 2012, 338; *Fuchs*, EuZW 2011, 468; *Gärditz*, EWS 2012, 209; *Grabenwarter*, NZ (Österreich) 2011, 289; *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481; *Henssler/Kilian* in FS Günter Brambring, 2012, S. 145; *Holley*, ÖJZ (Österreich) 2011, 621; *Huttenlocher/Wohlrab*, EuZW 2012, 779; *Löwer* in Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts, FS Meinhard Schröder, 2012, S. 219; *Lorz*, DNotZ 2011, 491; *Lorz*, NJW 2012, 3406; *Preuß*, ZNotP 2011, 322; *Roth*, EuZW 2015, 734; *Schumacher*, GPR 2012, 54; *Schwarze*, EuR 2013, 253; *Spickhoff*, JZ 2012, 333; *Volmer*, EWIR 2011, 703; *Waldhoff*, ZZZ 127 (2014), 3; *Wolff*, JURA 2012, 714.

¹ EuGH, Urteil vom 24.5.2011, Rs. C-54/08, NJW 2011, 2941.

² Vgl. nur *Heinz*, AnwBl 2011, 664.

³ BGH, Urteil vom 4.3.2013, NotZ (Brfg) 9/12, DNotZ 2013, 630.

⁴ BGH, Beschluss vom 17.3.2014, NotZ (Brfg) 21/13, DNotZ 2014, 553.

seiner DONot-Entscheidung¹⁴ auch in Ansehung des EuGH-Urteils vom 24.5.2011 die Amtsträgereigenschaft des deutschen Notars bejaht, der BNotO volle Geltung zugesprochen und der Tätigkeit des Notars hoheitlichen Charakter attestiert.¹⁵ Auch der BGH hat in zahlreichen Entscheidungen die Amtsträgereigenschaft des Notars unterstrichen und der BNotO uneingeschränkte Geltung zugesprochen;¹⁶ Hauptargument war jeweils, dass die Beschränkungen durch die BNotO die Funktionsfähigkeit des Notariats als Element der vorsorgenden Rechtspflege überhaupt erst möglich machten, der Sicherung der Lebensfähigkeit und gleichbleibenden Leistungsfähigkeit der Notarstellen und damit der bedarfsgerechten und flächendeckenden Organisation des Notariats dienen, dass der Gesetzgeber zur Sicherstellung qualifizierten Nachwuchses auch eine geordnete Altersstruktur im Notariat und somit die Planbarkeit der Notarernennung anstreben dürfe und dass diese und weitere Erwägungen jeweils als zwingende Gründe des Allgemeininteresses auch geeignet seien, eventuell geltende Grundfreiheiten in dem durch die BNotO vorgesehenen Umfang einzuschränken.

2. Insbesondere auch die den Kläger betreffenden Entscheidungen des BGH belegen eindrucksvoll die Beständigkeit des deutschen Notarsystems und den Wert, den auch der BGH einem funktionstüchtigen Notarwesen als Teil der vorsorgenden Rechtspflege zubilligt.

a) Im *ersten Fall*¹⁷, bei dem der Kläger als dienstleistender deutscher Notar Beurkundungen in den Niederlanden vornehmen wollte, versagte ihm der BGH den Erfolg unter Hinweis darauf, dass die Schranke des § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO (Bindung an den Amtsbezirk) auch für eine angestrebte Tätigkeit im Ausland gelte. Schutzzweck von § 11 Abs. 2 BNotO sei die Sicherung der Lebensfähigkeit und gleichbleibenden Leistungsfähigkeit der Notarstellen und der insgesamt bedarfsgerechten und flächendeckenden Organisation des Notariats, wodurch ein „Reisenotariat“ verhindert werden solle, das die Fundamente des Zulassungswesens unterminieren würde.¹⁸ Dem ist uneingeschränkt beizupflichten; allenfalls am Rande ist hinzuzufügen, dass der deutsche Gesetzgeber gerade für die Konstellation erwünschter Beurkundungstätigkeiten nach deutschem Recht im Ausland abschließende Regelungen in den §§ 2, 10 ff. Konsulargesetz getroffen hat.

b) Im *zweiten Fall*¹⁹, in dem der Kläger die notarielle Altersgrenze angriff, attestierte der BGH der Vorschrift des § 48a BNotO unangetasteten Bestand unter Hinweis unter anderem auch auf die von den Gerichten aus Gründen der Gewaltenteilung zu respektierende Einschätzungsprärogative der Legislative und deren Gestaltungsspielraum.²⁰ Die Grund-

freiheiten wie auch die Europäische Grundrechtecharta – deren jeweilige Geltung unterstellt – stünden dem nicht entgegen. Auch hier hat der BGH uneingeschränkten Zuspruch verdient.

c) Im vorliegenden *dritten Fall*, in dem der Kläger sein vermeintliches Recht erstreiten wollte, als britischer Scrivener Notary in Deutschland nach britischem Recht Urkunden zu errichten (als „hereinkommender Dienstleister“), hat der BGH unter Hinweis auf § 11a Satz 3 BNotO ausgeführt, dass der deutsche Gesetzgeber die Tätigkeit ausländischer Notare in Deutschland beschränkt habe. Dass diese Beschränkung einem legitimen, zwingenden Grund des Allgemeinwohls entspreche, ergebe sich sogar a minore ad maius zur Umkehrkonstellation („hinausgehender Dienstleister“)²¹: Es müsse die Sicherung der Lebensfähigkeit und gleichbleibenden Leistungsfähigkeit der Notarstellen und der insgesamt bedarfsgerechten und flächendeckenden Organisation des Notariats sichergestellt, ein „Reisenotariat“ verhindert und eine Überversorgung mit notariellen Leistungen in bestimmten, wirtschaftlich lukrativen Bezirken vermieden werden. Eine solche Überversorgung führe zu Wettbewerbssituationen, die typischerweise Gefährdungen der Interessen der Rechtssuchenden mit sich brächten.²² Diese Aussage lässt an Klarheit nichts zu wünschen übrig. Hinzu tritt auch noch Folgendes: Ein ausländischer „Dienstleistungs-Notar“ würde sich jeder staatlichen Aufsicht entziehen, denn die deutsche Notaraufsicht wäre unzuständig, die heimatische Notaraufsicht (so es denn eine gibt) hätte kaum ein besonderes Interesse an der Ahndung von Verstößen und würde zudem faktisch mangels Kenntniserlangung leerlaufen. Ein ausländischer „Wandernotar“ würde sich zudem der Urkundsgewährungspflicht des Notars entziehen und obendrein das fein austarierte Gefüge des notariellen Kostenrechts aus dem Gleichgewicht bringen, indem er die Rosinen aus dem „Kostenkuchen“ picken könnte und würde. Der ausländische Wandernotar entzöge sich schließlich – nach der jüngsten Verschärfung von § 17 Abs. 2a BeurkG geradezu grotesk! – den Schutzmechanismen des deutschen Verfahrensrechts; insbesondere der Verbraucherschutz, der durch diese Anpassung des § 17 Abs. 2a BeurkG neu konturiert wurde, würde so vollständig konterkariert. All dies kann nicht gewünscht sein. Insofern decken sich die Gesetzesanwendungen durch die Rechtsprechung und das rechtspolitisch Erforderliche uneingeschränkt.

III. Vorlage zum EuGH

Die vom Kläger jeweils angestrebte Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV konnte aufgrund der sog. acte-clair-Doktrin unterbleiben. Nachdem bereits das BVerfG (wohl) unter Anwendung der acte-clair-Doktrin²³ von einer Vorlage an den EuGH abgesehen hatte, stellte in der Folge der BGH in all seinen Entscheidungen in erfrischender Klarheit fest, dass seine jeweiligen Einschätzungen zur Vereinbarkeit der BNotO mit dem europäischen Recht so eindeutig seien, dass eine Vorlage an den EuGH trotz Letztinstanzlichkeit (Art. 267 Abs. 3 AEUV) wegen des acte-clair unterbleiben könne. Auch insoweit ist dem BGH uneingeschränkt beizupflichten.

IV. Ausblick

Das Arsenal im Köcher des Klägers dürfte nunmehr einigermaßen erschöpft sein; zumindest aus dieser Richtung muss

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, MittBayNot 2012, 497.

¹⁵ BVerfG vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, NJW 2012, 2639 Rdnr. 46, 49.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 23.7.2012, NotZ (Brfg) 15/11, DNotZ 2013, 76; BGH, Beschluss vom 25.11.2013, NotZ (Brfg) 8/13, BeckRS 2014, 00526; BGH, Beschluss vom 25.11.2013, NotZ (Brfg) 11/13, DNotZ 2014, 313; BGH, Beschluss vom 25.11.2013, NotZ (Brfg) 12/13, BeckRS 2014, 00823; BGH, Beschluss vom 21.7.2014, NotZ (Brfg) 15/13, MittBayNot 2015, 67; BGH, Beschluss vom 24.11.2014, NotZ (Brfg) 5/14, DNotZ 2015, 227; BGH, Beschluss vom 16.3.2015, NotZ (Brfg) 10/14, DNotZ 2015, 633.

¹⁷ Siehe oben Fn. 3.

¹⁸ BGH, Urteil vom 4.3.2013, NotZ (Brfg) 9/12, DNotZ 2013, 630 Rdnr. 21.

¹⁹ Siehe oben Fn. 4.

²⁰ BGH, Beschluss vom 17.3.2014, NotZ (Brfg) 21/13, DNotZ 2014, 553 Rdnr. 6.

²¹ BGH, Urteil vom 4.3.2013, NotZ (Brfg) 9/12, DNotZ 2013, 630.

²² BGH, Beschluss vom 17.3.2014, NotZ (Brfg) 21/13, DNotZ 2014, 553 Rdnr. 15 f.

²³ Hierzu bereits *Huttenlocher/Wohlrab*, EuZW 2012, 779, 782.

derzeit aufgrund der klaren Rechtsprechung wohl nicht mit weiteren substantiellen Angriffen auf die deutsche Notariatsverfassung gerechnet werden. Und auch rechtspolitisch ist in Deutschland wohlthuende Ruhe um das „europäische Berufsrecht“ des deutschen Notarwesens eingekehrt. Allerdings: Aus den Augen verlieren sollte man dieses „europäische Berufsrecht“ ganz sicher nicht. So besteht nicht nur die Möglichkeit von EuGH-Vorlagen durch Gerichte anderer Mitgliedstaaten, sondern es steht auch die Revision der – in der geltenden Fassung mit Notarausnahme versehenen – Dienstleistungsrichtlinie²⁴ kurz bevor. Die Standesvertretung wird hierauf ein wachsames Auge haben.

Notar Dr. Peter Huttenlocher, LL.M. (London), München

24 Richtlinie 2006/123/EG.

19. BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 (i. d. F. v. 23.7.2002) (Amtspflichtverletzung bei Unterschreitung der Zwei-Wochen-Frist trotz freiem Rücktrittsrecht)

1. **Die Vereinbarung eines freien Rücktrittsrechts in einem notariellen Kaufvertrag rechtfertigt es nicht, dass der Notar die Beurkundung ohne Einhaltung der Regelfrist von zwei Wochen nach § 17 Abs. 2a 2 Nr. 2 BeurkG (hier: in der Fassung vom 23.7.2002) vornimmt.**
2. **Nimmt der Notar die Beurkundung trotzdem vor, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Käufer, wenn der Notar die Beurkundung abgelehnt hätte, diese nach Ablauf der Regelfrist genauso wie geschehen hätte vornehmen lassen.**

BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14

Der Kläger nimmt den beklagten Notar auf Schadensersatz wegen Verletzung seiner Amtspflichten im Zusammenhang mit einer notariellen Beurkundung in Anspruch.

Der Beklagte beurkundete am 14.10.2006 einen Vertrag, durch den der Kläger von der iM. GmbH & Co KG eine Eigentumswohnung in der S. Straße in D. zum Preis von 107.590 € kaufte. Vom Inhalt des Vertrags erhielt der Kläger erstmals im Beurkundungstermin Kenntnis. Im Vertrag hieß es insoweit einleitend auf Seite 3:

„Der Notar belehrte über § 17 Abs. 2a Beurkundungsgesetz, wonach dem Käufer zwei Wochen vor Beurkundung der Vertragstext zur Verfügung gestellt werden soll. Der Käufer verzichtet hiermit auf die Einhaltung der 14-Tages-Frist und bestand auf sofortiger Beurkundung.“

Nach dem Inhalt des notariellen Vertrags waren beide Parteien bis zum 20.11.2006 zum Rücktritt berechtigt.

Am 11.11.2006 besichtigte der Kläger erstmals die streitgegenständliche Wohnung. Anschließend unterschrieb er folgende Erklärung:

„Bestätigung zur Besichtigung S. Straße

Ich, Herr R. O., bestätige, am 11.11.2006 o. g. Wohnung besichtigt und für in Ordnung gemäß Notarvertrag befunden zu haben. ...“

In der Folgezeit zahlte der Kläger den Kaufpreis und wurde im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Der Kläger hat den Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz i. H. v. 107.590 € Zug um Zug gegen lastenfremde Übertragung des Eigentums an der gekauften Wohnung in Anspruch genommen. Der Beklagte sei ohne ausreichenden Grund von den nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten stehenden Vorgaben des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG abgewichen. Bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten hätte er die Wohnung nicht gekauft.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung hat das OLG durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Klägers.

Aus den Gründen:

II.

(...)

1. Nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der bis zum 30.9.2013 geltenden und für die streitgegenständliche Beurkundung maßgeblichen Fassung des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes vom 23.7.2002 (BGBl I, S. 2850) soll der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, geschieht dies in der Regel dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

Diese Vorgaben hat der Beklagte nicht eingehalten. Ein rechtfertigender Anlass, bereits am 14.10.2006 die Beurkundung vorzunehmen, bestand nicht. Die vom Beklagten in den notariellen Vertrag aufgenommene Verzichtserklärung des Klägers ist insoweit nach der Senatsrechtsprechung ohne Bedeutung (Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, BGHZ 196, 166 Rdnr. 19 f.).

a) Die nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG einzuhaltende Regelfrist von zwei Wochen zwischen der Zurverfügungstellung des Vertragsentwurfs und der Beurkundung steht in einem Spannungsverhältnis zu § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Denn nach dieser Vorschrift darf der Notar seine Urkundstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Den Beteiligten steht insoweit ein Anspruch auf die Amtstätigkeit des Notars zu.

Dieses Spannungsverhältnis ist mit dem Gesetzeszweck des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG aufzulösen. Dem Gesetzgeber stand bei der Neuregelung des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG vor Augen, dass die Möglichkeiten der Aufklärung durch den Notar anlässlich einer Beurkundung nicht ausreichend genutzt werden, wenn Verbraucher unvorbereitet zum Notartermin erscheinen. Nicht selten würden Terminabsprachen sehr kurzfristig erfolgen und die Beurkundung dann vorgenommen werden, ohne dass sich der Verbraucher mit dem Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts vertraut machen und sich überlegen könne, welche Fragen er an den Notar richten wolle. Oft erfahre der Verbraucher auch erst im Notartermin, dass der Notar einige für ihn ausschlaggebende Fragen gar nicht zu prüfen habe. Viele Verbraucher scheuten sich dann, einen Termin „platzen zu lassen“. Im Ergebnis bleibe dann das Aufklärungspotenzial des Beurkundungsverfahrens ungenutzt (vgl. BT-Drucks. 14/9266, S. 50).

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ist der Zweck des Gesetzes, den Verbraucher vor unüberlegtem Handeln zu schützen, regelmäßig erreicht, wenn er nach Mitteilung des Textes des beabsichtigten Rechtsgeschäfts eine Überlegungsfrist von zwei Wochen hat. Diese Frist ist als Regelfrist ausgestaltet; sie kann im Einzelfall unterschritten werden, in besonderen Fällen kann aber auch ein Überschreiten dieser Frist geboten sein (BT-Drucks., a. a. O., S. 51). Durch diese flexible Ausgestaltung kann und soll zwar (auch) vermieden werden, dass sich die Zwei-Wochen-Frist als unnötige „Beurkundungssperre“ auswirkt. Andererseits darf der Gedanke des Verbraucherschutzes nicht in den Hintergrund treten. Ein Ab-

weichen von der Regelfrist kommt nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein sachlicher Grund für ihre Abkürzung. Der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz muss auf andere Weise als durch die Einhaltung der Regelfrist gewährleistet sein. Die Einhaltung der Frist steht nicht zur Disposition der Beteiligten. Dabei ist auch im Blick zu behalten, dass sich jemand, der sich überhastet zu einem Grundstückskaufvertrag überreden und unmittelbar die Beurkundung bei einem Notar durchführen lässt, ohne sich hinreichend mit dem Gegenstand des Vertrags vertraut zu machen, auch dazu drängen lassen wird, auf die Einhaltung der Pflichten aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu verzichten. Der vom Gesetzgeber bezweckte Verbraucherschutz ist daher nur dann ausreichend gewahrt, wenn dem Notar, so die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen ist und die Zwecke dieser Wartefrist auch nicht anderweitig erfüllt sind, die Amtspflicht auferlegt wird, eine Beurkundung trotz eines entgegenstehenden Wunsches der Urkundsbeteiligten abzulehnen (vgl. nur Senat, a. a. O.).

b) Im vorliegenden Fall hat nach den Feststellungen der Vorinstanzen vor der Beurkundung keine hinreichende Auseinandersetzung des Klägers mit dem Kaufvertrag stattgefunden. Der Beklagte hätte deshalb die Beurkundung nicht durchführen dürfen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lag kein sachlicher Grund für eine Abweichung von den Vorgaben des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vor.

aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass es – entgegen der Auffassung des Klägers – für eine zulässige Abweichung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht nötig ist, dass in einem Fall, in dem der gesetzlich geforderte Übereilungsschutz in ausreichendem Maße anderweitig gewährleistet ist, zusätzlich (kumulativ) ein sachlicher Grund für die Abweichung vorliegen muss; bei Erfüllung des Gesetzeszwecks besteht kein Anlass für eine weitergehende Prüfung (siehe auch Senat, a. a. O.; vgl. auch BT-Drucks. 14/9266, S. 51, wonach ein Abweichen von der Frist möglich sein soll, „wenn der Verbraucher den Text schon vorher vom Unternehmer erhalten hat oder wenn im Einzelfall Eile geboten, aber überlegtes Handeln gleichwohl sichergestellt ist“.)

bb) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht aber angenommen, dass der Beklagte angesichts des vertraglich dem Kläger eingeräumten Rücktrittsrechts die Beurkundung am 14.10.2006 vornehmen durfte. Nach ganz herrschender Meinung, der sich der Senat anschließt, genügt die Einräumung eines Rücktrittsrechts im Vertrag nicht, um den Notar von der Einhaltung der Regelfrist von zwei Wochen freizustellen (vgl. nur Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 20/2003 vom 28.4.2003 S. 9; *Ganter* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rdnr. 1441; *Soergel/Mayer*, BGB, 13. Aufl., Bd. 22, § 17 BeurkG Rdnr. 53; *Staudinger/Hertel*, Neubearb. 2012, Vorbem. zu §§ 127a, 128 (BeurkG) Rdnr. 530; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 17 Rdnr. 182; *Bücker/Viefhues*, ZNotP 2008, 106, 107; *Grziwotz*, ZIP 2002, 2109, 2111 und ZfIR 2009, 627, 630; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 335; großzügiger *Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 6. Aufl., § 17 BeurkG Rdnr. 230; andere Ansicht wohl *Strunz*, ZNotP 2002, 389). Zweck des Gesetzes ist es, das Aufklärungspotenzial des Beurkundungsverfahrens zu optimieren (siehe BT-Drucks. 14/9266, a. a. O.). Dem Verbraucher soll unter anderem ermöglicht werden, sich frühzeitig mit den rechtlichen Beson-

derheiten des abzuschließenden Rechtsgeschäfts vertraut zu machen und zu überlegen, welche Fragen und/oder ggf. Änderungswünsche er in das Beurkundungsverfahren einbringen möchte. Auch kann bereits im Vorfeld der Beurkundung durch solche Fragen geklärt werden, dass der Notar für manche Themen – wie zum Beispiel grundsätzlich für wirtschaftliche, steuerliche oder bautechnische Fragen – nicht zuständig ist, so dass der Verbraucher dann bei Bedarf versuchen kann, diese noch rechtzeitig anderweitig zu klären. Diese Ziele werden verfehlt, wenn der Notar entgegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG beurkundet; sie können durch ein Rücktrittsrecht auch nicht ausreichend nachträglich erfüllt werden. Das dem Verbraucher insoweit eingeräumte Lösungsrecht hat eine andere Qualität („Alles-oder-Nichts“) als eine vorangehende Überlegungsfrist, die zur inhaltlichen Gestaltung des beabsichtigten Vertrags genutzt werden kann. Auch ist durch den Vertragsschluss zunächst eine vertragliche Bindung des Verbrauchers eingetreten, die der Gesetzgeber ohne entsprechende Vorbereitung des Verbrauchers gerade vermeiden will. Weder das Risiko einer Belastung mit den Kosten der Beurkundung noch eine psychologische Hemmschwelle bestehen aber, wenn der Verbraucher den Vertragsentwurf vor der Beurkundung übersandt erhält. Auch trägt der Verbraucher anderenfalls das Risiko des rechtzeitigen Rücktritts. Dass sich – worauf das Berufungsgericht hinweist – der Gesetzgeber bei der Länge der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG an der Frist orientiert hat, die für die Widerrufsrechte des § 355 BGB a. F. vorgesehen war (vgl. BT-Drucks. a. a. O., S. 51), ist insoweit ohne Bedeutung. Denn der Gesetzgeber hat sich zum Schutz des Verbrauchers gerade nicht für eine Rücktritts- oder Widerrufslösung, sondern für die vorherige, rechtzeitige Unterrichtung des Verbrauchers entschieden. Auch vor diesem Hintergrund reicht es nicht, dass der Kläger – worauf das Berufungsgericht abstellt – die Möglichkeit gehabt hätte, etwaige Fragen nach Vertragsschluss noch innerhalb der großzügigen Rücktrittsfrist zu klären.

2. Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht im Hinblick auf die Hilferwägungen des Berufungsgerichts zur Kausalität der streitgegenständlichen Amtspflichtverletzung als im Ergebnis richtig dar (§ 561 ZPO). Der Vortrag des Klägers war insoweit ausreichend. Auch hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die Darlegungs- und Beweislast verkannt.

Der Beklagte hätte, da am 14.10.2006 die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen war und die Zwecke dieser Wartefrist auch nicht anderweitig erfüllt waren, die ihm angetragene Beurkundung ablehnen müssen. Seine Amtspflichtverletzung liegt mithin entscheidend darin, dass er die Beurkundung, obwohl der Zweck der Wartefrist auch nicht anderweitig erfüllt war, trotzdem durchgeführt hat. Zwischen dieser Amtspflichtverletzung und dem vom Kläger geltend gemachten Schaden – Abschluss des notariellen Kaufvertrags – besteht notwendigerweise ein kausaler Zusammenhang (siehe auch Senat, Urteil vom 7.2.2013, a. a. O., Rdnr. 25 in Verbindung mit Rdnr. 15, 21). Allerdings geht der Zweck des Gesetzes zu verhindern, dass der Verbraucher durch einen übereilten Entschluss ein ihm nachteiliges Geschäft abschließt, nicht soweit, den Notar zum „Ausfallbürgen“ des Verbrauchers für fehlgeschlagene wirtschaftliche Investitionen zu machen (vgl. *Soergel/Mayer*, a. a. O., § 17 BeurkG Rdnr. 38 Fn. 308). Der Notar kann sich also darauf berufen, der Käufer hätte, wenn der Notar die Beurkundung abgelehnt hätte, diese dann nach Ablauf der Regelfrist genauso wie geschehen vornehmen lassen. Für diesen hypothetischen Verlauf trifft aber den Notar die Darlegungs- und Beweislast, das heißt Zweifel gehen zu seinen Lasten (anders *Soergel/Mayer*, a. a. O.; *Winkler*,

a. a. O., § 17 Rdnr. 204; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 606). Allerdings dürfen die Anforderungen an die Beweisführung nicht überspannt werden; auch insoweit gilt (zugunsten des Schädigers) das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO (*Wöstmann* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, a. a. O., Rdnr. 2206).

Vorliegend hat der Kläger von dem ihm vertraglich – mit einer die gesetzliche Zwei-Wochen-Frist um mehr als das Doppelte überschreitenden Frist – eingeräumten Rücktrittsrecht nicht Gebrauch gemacht, und zwar auch dann nicht, als er sich durch Besichtigung einen eigenen Eindruck von der gekauften Wohnung verschafft hatte. Diesen Umstand wird das Berufungsgericht, auch wenn – wie ausgeführt – die Einräumung dieses Rücktrittsrechts der Sicherstellung der Überlegungsfrist von zwei Wochen nicht gleichwertig ist, bei der Beantwortung der Frage, wie sich der Kläger bei gesetzmäßigem Vorgehen des Beklagten verhalten hätte, zu berücksichtigen haben.

3. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und das Verfahren insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da die Sache noch nicht zur Entscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

Anmerkung:¹

Nach dem Urteil vom 7.2.2013² hatte der III. Zivilsenat des BGH vorliegend erneut Gelegenheit, zu den Anforderungen an § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG im Rahmen einer Haftungsentscheidung Stellung zu nehmen. Da die streitgegenständliche Beurkundung am 14.10.2006 erfolgte, war zwar § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in seiner Fassung vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren³ zugrunde zu legen. Die Bewertung durch den BGH hat dennoch uneingeschränkte Gültigkeit für die aktuelle Gesetzeslage.

1. Die Entscheidung dreht sich im Kern um die Abweichung von der Zwei-Wochen-Frist. Dem Verbraucher-Käufer war vor der Beurkundung des Kaufvertrages über eine Eigentumswohnung kein Entwurf zur Verfügung gestellt worden. Ihm (und auch dem Unternehmer-Verkäufer) war jedoch im Vertrag ein freies Rücktrittsrecht mit einer Frist von über fünf Wochen eingeräumt. Der BGH geht mit der ganz überwiegenden Auffassung davon aus, dass ein Rücktrittsrecht die Abweichung von der Regelfrist nicht kompensieren kann. Die Begründung überrascht nicht und überzeugt: § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bestimmt, dass dem Verbraucher ausreichend Gelegenheit gegeben werden muss, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtigen Verbraucherverträgen geschieht dies im Regelfall dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird. Das Gesetz ist angetreten, um das Aufklärungspotential der Beurkundungsverhandlung zu stärken.⁴ Der Verbraucher soll die Möglichkeit haben, sich anhand des erhaltenen Entwurfs auf die Beurkundung vorzubereiten (Was will ich den Notar fragen?).⁵ Da der Notar insbesondere zu wirtschaftlichen

Dimensionen des Vertragsgegenstands aufgrund seiner Neutralitätspflicht nicht Stellung nehmen darf,⁶ besteht ferner die Chance, im Vorfeld der Beurkundung entsprechende Fragen zu klären (Was muss ich noch vor dem Notartermin erledigen?).⁷

Der Verbraucher war in der zugrundeliegenden Entscheidung nicht schutzlos, sondern hatte die Möglichkeit, sich – ohne weitere Voraussetzungen einhalten zu müssen – durch Rücktritt vom Vertrag wieder zu lösen. Wie der BGH zutreffend ausführt, ist dabei jedoch ein struktureller Unterschied zwischen Überlegungs-, Prüfungs- und Einflussmöglichkeiten vor bzw. während der Beurkundung einerseits und einem Lösungsrecht nach erfolgter Beurkundung andererseits auszumachen. Mag die Rücktrittsfrist vorliegend auch mehrere Wochen betragen – und somit sogar deutlich länger als die Regelfrist von zwei Wochen gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG sein – kann der Verbraucher gewonnene Erkenntnisse nicht mehr zur Abänderung des Vertrages nutzen; ihm bleibt nur die Wahl zwischen vollem Festhalten und vollständiger Lösung durch Ausübung des Rücktrittsrechts. Diese Situation bedingt auch die vom BGH beschriebene psychologische Hemmschwelle: Es wird Beteiligten regelmäßig schwerer fallen, von einem geschlossenen Vertrag zurückzutreten, als von einem in Erwägung gezogenen Vertrag Abstand zu nehmen bzw. Änderungen hierzu zu verlangen. Die Auffassung wird durch die klare gesetzgeberische Entscheidung für den der Beurkundung vorgelagerten Schutz unterstrichen. Das (nachsorgende) Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen mag zwar mit seiner Widerrufsfrist (§ 355 Abs. 2 Satz 1 BGB) für die Länge der Regelfrist Pate gestanden haben⁸ und ebenfalls verbraucherschützende Wirkungen entfalten.⁹ Die Argumentation des BGH zeigt aber anschaulich, dass Rücktritts- und Widerrufslösungen ein aliud im Verhältnis zum früher ansetzenden § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG darstellen.

Zur Ehrenrettung des beurkundenden Notars ist anzumerken, dass das Rücktrittsrecht wohl nicht schematisch zum Einsatz gekommen ist. In dem dem Unternehmer-Verkäufer am Tag vor Beurkundung zur Verfügung gestellten Entwurf war noch ein Rücktrittsrecht für den Fall des Scheiterns der Finanzierung enthalten.¹⁰ Dieses war während der Beurkundung zugunsten eines freien Rücktrittsrechts abgeändert worden. Es ist anzunehmen, dass angesichts der fehlenden Besichtigung des Vertragsobjekts das freie Rücktrittsrecht während der Beurkundungsverhandlung oder kurz zuvor zwischen den Beteiligten thematisiert und anschließend eingefügt worden war. Die Berufungsinstanz, das OLG Dresden, ging deshalb davon aus, dass sich der Käufer vor diesem Hintergrund der Möglichkeit des Abstandsnehmens vom Vertrag bewusst gewesen und er gleichermaßen vor Übereilung geschützt gewesen sein muss.¹¹ Wurde bereits bisher grundsätzlich vor einer Unterschreitung der Zwei-Wochen-Frist gegen Kompensation durch ein Widerrufs- bzw. Rücktrittsrecht gewarnt,¹² so kann

¹ Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verf. wieder.

² BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, MittBayNot 2013, 325 m. Anm. *Rieger* = BGHZ 196, 166.

³ G. v. 15.7.2013 BGBl I, S. 2378.

⁴ BT-Drucks. 14/9266, S. 50.

⁵ Kritisch zum Normzweck *Bohrer*, DNotZ 2002, 579, 585.

⁶ *Terner*, NJW 2013, 1404, 1405.

⁷ *Staudinger/Hertel*, Neubearbeitung 2012, Vorbem. zu §§ 127a, 128 (BeurkG), Rdnr. 526.

⁸ BT-Drucks. 14/9266, S. 51.

⁹ Vgl. dazu *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 607.

¹⁰ „Beide Parteien sind bis zum (...) zum Rücktritt für den Fall des Scheiterns der Finanzierung berechtigt.“; vgl. OLG Dresden, Hinweisbeschluss vom 23.6.2014, 17 U 520/14, BeckRS 2015, 12588.

¹¹ OLG Dresden, Hinweisbeschluss vom 23.6.2014, 17 U 520/14, BeckRS 2015, 12588.

¹² Vgl. nur Würzburger Notarhandbuch/*Limmer*, 4. Aufl. 2015, Teil 1 Kap. 2 Rdnr. 161; a. A. *Strunz*, ZNotP 2002, 389.

die Entscheidung des BGH für die notarielle Praxis nur bedeuten, dass selbst für Sonderkonstellationen – eine hinreichende Vorbereitung des Verbrauchers ist gewährleistet und nur noch ein Punkt ist zu klären; dafür wird ein Rücktrittsrecht eingeräumt – von dieser Gestaltung abzuraten ist.¹³

2. Das vorliegende Judikat enthält auch – über den konkreten Fall hinaus – Ausführungen, wann eine Ausnahme von der Regelfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG in Betracht kommt.¹⁴ Der BGH-Entscheidung vom 7.2.2013¹⁵ war nicht eindeutig zu entnehmen, ob neben dem erfüllten Übereilungs- und Überlegungsschutz zusätzliche Anforderungen zu stellen sind. Das KG war 2008 von einer zweistufigen Prüfung ausgegangen und hatte kumulativ nachvollziehbare Gründe für eine Fristverkürzung gefordert.¹⁶ In diese Richtung weist auch die Gesetzesbegründung, die eine Ausnahme anerkennen will, wenn im Einzelfall Eile geboten ist, aber überlegtes Handeln sichergestellt ist.¹⁷ Der BGH stellt mit knappen Worten nun klar, dass bei erreichtem Übereilungsschutz keine weiteren Anforderungen einzuhalten sind.

§ 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG begründet keine Beurkundungssperre¹⁸ und auch keine Pflicht des Verbrauchers, eine fixe Zeitspanne bis zur Beurkundung zuzuwarten. Es besteht auch keine Pflicht des Verbrauchers, sich ausreichend zu informieren oder den Entwurf überhaupt zu lesen.¹⁹ Normadressat ist ausschließlich der Notar, der dem Verbraucher den Boden für eine reiflich überlegte Vorbereitung und Entscheidung bereiten muss. Wie aktiv und ob überhaupt hiervon Gebrauch gemacht wird, bleibt Gegenstand der privatautonomen Entscheidung des Verbrauchers.

Der Gesetzgeber sieht bei gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtigen Verträgen im Regelfall eine Frist von zwei Wochen als angemessen an. Die Regelanordnung bezieht sich dabei zunächst gleichermaßen auf alle denkbaren Vertragskonstellationen. § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ist nicht im Wege der teleologischen Reduktion auf Extremfälle zu begrenzen,²⁰ die Anlass waren, die Norm zu schaffen. Auch wenn sich das Rechtsverhältnis vom Phänotyp „Verbraucherkauf“ entfernt, etwa weil der Verbraucher gerade nicht auf der Käuferseite steht, sondern eine Immobilie an einen Unternehmer verkauft, erscheint eine Fristunterschreitung nicht eher zulässig.²¹ Entscheidend für eine individuelle, kürzere Bemessung kann nur sein, dass der Verbraucher auch binnen kürzerer Zeit eine reiflich überlegte Entscheidung treffen kann. Dabei kommt dem Umstand Bedeutung zu, ob die Zwei-Wochen-Frist knapp oder um mehrere Tage unterschritten wird. Der Verbraucher muss Gelegenheit haben, sich aus-

reichend auf die Beurkundung vorzubereiten. Den Notar trifft insofern eine Erfolgspflicht.²² Ist dies gegeben, sind aufgrund des erreichten Schutzzwecks keine weiteren Anforderungen zu stellen. Es handelt sich dabei nicht um einen nach allgemeiner Meinung²³ unzulässigen (Teil-)Verzicht, sondern um eine kürzere Frist, die in der konkreten Situation für den Verbraucher ausreichend erscheint.

Die Anforderungen an Ausnahmefälle, in denen von der Zwei-Wochen-Frist abgewichen werden kann, sind hoch.²⁴ Wann der Notar – bereits vor Ablauf der Zwei-Wochen-Frist – davon ausgehen darf, dass dem Verbraucher eine überlegte Entscheidung möglich ist, ist eine Frage des Einzelfalles. Vergegenwärtigt man sich, dass während der „cooling-off-Periode“ gerade auch Gelegenheit bestehen soll, Aspekte zu klären, die nicht den Vertragsentwurf selbst betreffen, kommt der Art des Rechtsgeschäftes wichtige Bedeutung zu: Erwirbt der Verbraucher ein Objekt zu Zwecken der Kapitalanlage, wird die Beratung durch einen Steuerberater näher liegen als bei geplanter Eigennutzung. Die mögliche Zuziehung eines technischen Sachverständigen hängt davon ab, ob der Vertragsgegenstand bereits errichtet ist.²⁵ Neben einer besonderen Geschäftserfahrung des Verbrauchers²⁶ sowie einer anwaltlichen Beratung²⁷ kann mitunter eine Ausnahme gemacht werden, wenn sich der Verbraucher bereits vor der Konkretisierung auf das Vertragsobjekt geraume Zeit intensiv mit einem spezifischen Immobilienmarkt befasst hat.²⁸ Zu denken ist etwa an einen Verbraucher, der in bestimmter Lage ein Objekt sucht und deswegen über das Angebots- und Preisgefüge sehr gut Bescheid weiß.²⁹ Äußerste Zurückhaltung ist jedoch geboten, wenn der Verbraucher, wie im vorliegenden Fall des BGH, das Objekt mangels Besichtigung überhaupt nicht kennt.³⁰ Der Kaufgegenstand soll aufgrund Lage, Ausstattung und Größe sein Geld wert sein;³¹ nur wer diesen gesehen hat, kann dies gewöhnlich beurteilen. Gleiches gilt, wenn die wirtschaftliche Durchführbarkeit nicht gesichert ist, da keine Finanzierungszusage vorliegt. Anlass zur Einführung der Zwei-Wochen-Frist waren gerade unseriöse Vertriebsstrukturen,³² bei denen Verbraucher oft den Kaufgegenstand überhaupt nicht kannten und aufgrund des rasch abgeschlossenen Geschäfts erst im Nachgang die Fremdfinanzierung geklärt werden konnte.

In den Darstellungen zu § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG werden verschiedene Fallgruppen (u. a. anstehende Steuererhöhung; längere Abwesenheit; Erwerberkonkurrenz; Bagatellgeschäfte) diskutiert,³³ in denen sachliche Gründe für

¹³ A. A. *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 17 BeurkG Rdnr. 230. Nichts spricht aber dagegen, als „flankierenden Verbraucherschutz“ ein zusätzliches Rücktrittsrecht einzuräumen; vgl. *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 182.

¹⁴ In besonders gelagerten Fällen kann auch eine längere Frist einzuhalten sein. *Litzenburger*, RNotZ 2006, 180, 186 nennt den Beitritt zu einer Grundstücksgesellschaft mit umfangreichen Vertragsunterlagen als Beispiel.

¹⁵ BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, MittBayNot 2013, 325 m. Anm. *Rieger* = BGHZ 196, 166.

¹⁶ KG, Beschluss vom 27.6.2008, 9 W 133/07, DNotZ 2009, 47 m. Anm. *Armbrüster*, NotBZ 2009, 54.

¹⁷ BT-Drucks. 14/9266, S. 51.

¹⁸ *Staudinger/Hertel*, Neubearbeitung 2012, Vorbem. zu §§ 127a, 128 (BeurkG), Rdnr. 529.

¹⁹ *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 186.

²⁰ *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 334; für eine teleologische Reduktion wohl *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 606.

²¹ In diesem Sinne aber *Philippson*, NotBZ 2003, 137, 145.

²² So auch *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 323.

²³ BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, MittBayNot 2013, 325, 327 f. m. w. N.; a. A. *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280, 283.

²⁴ BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 185.

²⁵ Vgl. *Weber*, NJW 2015, 2619, 2622 der darauf hinweist, dass auch die Zwei-Wochen-Frist regelmäßig nicht zur Einschaltung eines Sachverständigen verwendet wird.

²⁶ *Litzenburger*, RNotZ 2006, 180, 185; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 191; kritisch *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 2012, § 17 Rdnr. 87.

²⁷ *Bohrer*, DNotZ 2002, 579, 591; *Helms*, ZNotP 2005, 13, 15; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 191.

²⁸ *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 323; in diesem Sinne auch *Rieger*, MittBayNot 2013, 329, 330; a. A. *Junglas*, NJOZ 2012, 561, 565.

²⁹ *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 290.

³⁰ *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 334.

³¹ *Junglas*, NJOZ 2012, 561.

³² Zur Entstehungsgeschichte siehe *Schmucker*, DNotZ 2002, 510.

³³ Überblick bei BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 BeurkG Rdnr. 186; *Diehl/Seeger*, BNotO, 2015, § 14 Rdnr. 12 ff.

eine Fristunterschreitung vorliegen können. Folgt man der Auffassung des BGH und sieht neben dem Erreichen des Fristzwecks kein Erfordernis für einen weiteren sachlichen Grund, erübrigt sich in der notariellen Praxis die Einstufung in die genannten Gattungen. Dies bringt einen Vorteil, da die genannten Fälle keineswegs immer klare Voraussetzungen aufweisen und einzelnen Kategorien teilweise die Eignung als sachlicher Grund abgesprochen wird.³⁴ Wie schwierig die Lage ist, zeigt etwa der Fall des Verbrauchers, der eine vorzeitige, anderweitige Veräußerung des Vertragsobjekts befürchtet. Ist dabei auf eine objektive Drittveräußerungsgefahr³⁵ oder – wohl zutreffend – auf die Vorstellungen des Verbrauchers abzustellen?³⁶ Ersteres wird der Notar kaum überprüfen können. Das Abstellen auf die subjektive Sicht des Verbrauchers birgt hingegen die Gefahr, dass der unter Umständen nur vorgespiegelte Zeitdruck aus der Sphäre des Unternehmer-Verkäufers stammt.

Auch ohne Notwendigkeit eines sachlichen Grundes wird in der notariellen Praxis die Erörterung (weiterer) Motive für eine gewünschte Fristunterschreitung nicht entfallen. Die Verantwortung für die Einhaltung von § 17 Abs. 2a BeurkG und somit für die Gewährleistung effektiven Verbraucherschutzes trägt der Notar. Der Notar hat den Sachverhalt aufzuklären, den die Beteiligten regeln wollen.³⁷ Der Notar kann sich dabei auf die nachvollziehbaren Angaben der Beteiligten verlassen,³⁸ ohne dass ihn Nachforschungspflichten treffen.³⁹ Als Herr des Beurkundungsverfahrens muss er sich auch über Umstände unterrichten, die den Anwendungsbereich von Verfahrensvorschriften betreffen. Für die Frage, ob ein Verbrauchervertrag gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG vorliegt, sind folglich die maßgeblichen Begleitumstände zu ermitteln.⁴⁰ Gleiches gilt für die Frage, ob im Anwendungsbereich dieser Norm ein Ausnahmefall von der Zwei-Wochen-Frist anzunehmen ist. Dies bedeutet aber nicht, dass der Notar die maßgeblichen Tatsachen selbst beibringen muss. Die Parteien haben die entscheidenden Umstände vorzutragen.⁴¹ Die Äußerung des Willens der Beteiligten zur Fristunterschreitung dürfte dabei regelmäßig mit einer weiteren Sachverhaltsschilderung einhergehen. Es können dabei von Verbraucherseite rechtfertigende Gründe oder bloße Motive genannt werden. Bei der umfassenden Erörterung der Abweichungsvoraussetzungen mit dem Notar dürften Aspekte beider Kategorien zur Sprache kommen. Es liegt nahe, dass Verbraucher häufiger vorrangig anführen werden, warum beim Abschluss des Rechtsgeschäfts Eile geboten sei (Motive). Es ist dann die Aufgabe des Notars, die Aufklärung auf die Umstände zu richten, die eine Fristunterschreitung rechtfertigen können (Gründe). Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren sind gemäß § 17 Abs. 2a Satz 4 BeurkG in der Niederschrift die Gründe für eine Fristunterschreitung anzugeben. Folgt man der Auffassung des BGH, erscheint es konsequent, dass sich die Dokumentation der Gründe in der Urkunde darauf richten muss, warum dem Verbraucher trotz Fristunterschreitung eine überlegte Entscheidung möglich war. Wichtig ist dabei, dass die individuell ermittelten, fallbezogenen

Aspekte ausführlich niedergelegt werden. Darüber hinaus spricht nichts dagegen, gewonnene Sachverhaltserkenntnisse nach den Motiven des Verbrauchers (zum Beispiel geplanter längerer Auslandsaufenthalt) ergänzend in die Urkunde aufzunehmen.⁴²

3. Im Anschluss an die Bejahung einer Verletzung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG wegen der Vornahme der Beurkundung, obwohl der Zweck der Wartefrist nicht erfüllt war, äußert sich der BGH zur haftungsausfüllenden Kausalität. Der Notar haftet gemäß § 19 Abs. 1 BNotO für Schäden, die er in zurechenbarer Weise verursacht hat. Es ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Notar die Pflichtverletzungen nicht begangen, sondern pflichtgemäß gehandelt hätte.⁴³ Der Notar kann anführen, der Verbraucher hätte nach Ablehnung der Beurkundung und ordnungsgemäßem Ablauf der Zwei-Wochen-Frist die Beurkundung in gleicher Gestalt verlangt. Der BGH ist der Auffassung, dass den Notar „für diesen hypothetischen Verlauf“ die Darlegungs- und Beweislast trifft und Zweifel zu seinen Lasten gehen. Dies kann nicht überzeugen. Mit hypothetischer Kausalität wird allgemein beschrieben, dass sich der Schädiger darauf berufen will, der durch ihn verursachte Schaden wäre aufgrund eines anderen Ereignisses ohnehin eingetreten.⁴⁴ Abgesehen von besonderen Schadenanlagen des Geschädigten⁴⁵ wird die Berücksichtigung solcher Reserveursachen zurückhaltend gesehen.⁴⁶ Die Verletzung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG liegt anders. Die Frage, ob eine ausreichende Wartefrist tatsächlich dazu genutzt worden wäre, den Vertragsschluss nochmals zu überdenken, fügt dem realen Schadensverlauf keinen weiteren Gesichtspunkt hinzu, sondern betrifft ausschließlich die konkrete Lage des Verbrauchers, wenn ihm eine ausreichende Gelegenheit zum Überlegen eingeräumt worden wäre. Die Argumentation des BGH erinnert an den Anscheinsbeweis aufgrund der Vermutung belehrungsgerechten Verhaltens,⁴⁷ geht aber aufgrund der angenommenen Beweislastumkehr sogar noch darüber hinaus. Wenn die Amtspflichtverletzung in einer unterlassenen Belehrung besteht, kann ein Anscheinsbeweis vorliegen, wenn nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit in Betracht kommt.⁴⁸ § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG kann hingegen dem Verbraucher immer nur die Chance eröffnen, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Für die Nutzung dieser Gelegenheit gibt es ganz unterschiedliche Möglichkeiten; in welcher Form und wie intensiv dies geschieht, hängt allein von individuellen Entscheidungen des Verbrauchers ab. Die Vielgestalt möglicher Verhaltensmuster auf Seiten des Verbrauchers erfordert es demnach, auch künftig strenge Anforderungen an die Kausalität zu stellen.⁴⁹ Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass der Verbraucher bei

⁴² Vgl. zum Beispiel den umfassenden Formulierungsvorschlag bei *Diehl/Seeger*, BNotO, § 14 Rdnr. 130.

⁴³ BGH, Urteil vom 8.2.1990, IX ZR 63/89, DNotZ 1990, 661, 663 (st. Rspr.).

⁴⁴ BGH, Urteil vom 13.4.2000, IX ZR 432/98, NJW 2000, 2110; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 19 Rdnr. 153.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 11.7.1996, IX ZR 116/95, DNotZ 1997, 70, 77 f.; *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 2206.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 1.2.1994, VI ZR 229/92, NJW 1994, 999, 1000; *Diehl/Sandkühler*, BNotO, 2015, Rdnr. 91.

⁴⁷ Umfassend *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 977 ff.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 13.4.2000, IX ZR 432/98, NJW 2000, 2110, 2111 m. w. N. (st. Rspr.).

⁴⁹ Vgl. *Soergel/Mayer*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 17 BeurkG Rdnr. 38 Fn. 208; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 205.

³⁴ Ablehnend zu Steuererhöhungen *Junglas*, VuR 2013, 114, 116; insgesamt kritisch *Grziwotz*, notar 2013, 343, 345.

³⁵ *Junglas*, VuR 2013, 114, 116.

³⁶ *Heinze*, ZNotP 2013, 122, 123 f.

³⁷ *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 213.

³⁸ *Böhringer*, BWNNotz 2003, 6, 8.

³⁹ *Grziwotz*, ZfIR 2009, 627, 630.

⁴⁰ *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 218.

⁴¹ *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 2012, § 17 Rdnr. 15.

Beachtung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vom Vertragsschluss Abstand genommen hätte. *Schlick* hat zutreffend hierzu ausgeführt, dass eine Beweislastumkehr ausscheidet, insbesondere sei bis zum Beweis des Gegenteils nicht davon auszugehen, dass es bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars nicht mehr zur Beurkundung gekommen wäre.⁵⁰

4. Die Entscheidung des BGH unterstreicht nochmals, wie sorgsam mit § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der notariellen Praxis umzugehen ist und welche haftungsrechtlichen Konsequenzen entstehen können.⁵¹ Sieht der BGH bei Unterschreitungen der Zwei-Wochen-Frist, neben der anderweitigen Gewährleistung des Übereilungsschutzes, vom kumulativen Erfordernis eines weiteren Sachgrundes ab, ist darin keine partielle Absenkung der Anforderungen an Fristunterschreitungen zu sehen. Vielmehr richtet der BGH den Fokus stärker auf den Schutzzweck der Norm, den Verbraucher auch bei kürzerer Zeitspanne individuell vor Übereilung zu schützen. Dies hat der Notar bei der Begleitung von Ausnahmefällen und bei deren Dokumentation in der Niederschrift zu beachten.

Notar a. D. Dr. Florian *Meininghaus*, München

⁵⁰ *Schlick*, ZNotP 2013, 362, 366.

⁵¹ Daneben sind Ahndungen mit Mitteln des Disziplinarrechts möglich. Seit dem 1.10.2013 besteht ferner bei wiederholt groben Verstößen die Möglichkeit der Amtsenthebung (§ 50 Abs. 1 Nr. 9 b) BNotO).

Kostenrecht

20. GNotKG § 3c; BGB § 241 (*Zur Gesamtschuldnerschaft bei Notargebühren*)

1. **Der Notar darf seine Gebühren nach seinem Belieben von jedem der Gesamtschuldner komplett einfordern. Ihm kann schuldrechtlich kein bestimmter Kostenschuldner vorgegeben werden.**
2. **Mit dem Notar kommt kein Vertrag zustande, sondern nur eine öffentlichrechtliche Rechtsbeziehung.**

OLG Jena, Beschluss vom 1.9.2014, 7 W 340/12

Die Kostenschuldner wenden sich gegen eine Notarkostenrechnung des Kostengläubigers vom 13.7.2011. Das LG hat ihren Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 27.1.2012 zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Kostenschuldner mit der Beschwerde.

Die Kostenschuldner beabsichtigten, ihr Hausgrundstück an den Kaufinteressenten S. T. zum Kaufpreis von 250.000 € zu verkaufen. In einer privatschriftlichen Vollmachtsurkunde vom 6.5.2011 ermächtigten beide – Kostenschuldner und Kaufinteressent – die Maklerin B. C. dazu, dem Kostengläubiger einen Auftrag zur Vorbereitung einer notariellen Kaufvertragsurkunde zu erteilen. In der Vollmacht heißt es:

„Kommt es nicht zur Unterzeichnung der vorbereiteten Urkunde, ist die Vertragspartei zur Übernahme etwaiger Notariatsgebühren verpflichtet, die die Unterzeichnung unterlässt.“

Die Vollmacht trägt die Unterschriften von Kostenschuldner und Kaufinteressent.

Der Kostengläubiger erstellte einen entsprechenden Grundstückskaufvertragsentwurf vom 18.5.2011, 11-1305-he, der an diesem Tag beurkundet werden sollte. Zu dem Beurkundungstermin kam es nicht, da der Kaufinteressent sein Kaufinteresse zurücknahm.

Der Kostengläubiger rechnete mit Kostenrechnung vom 13.7.2011 seine Gebühren wie folgt ab:

- Vertragsentwurf mit Beurkundungsauftrag § 145 Abs. 3 Kostenordnung, Wert 250.000 €: 432 €
- Dokumentenpauschale, § 136 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4, 152 Abs. 1 KostO: 22 €
- Auslagen §§ 152 Abs. 2, 137 Abs. 1 Nr. 2 KostO: 4,35 €
- Zwischensumme: 458,35 €
- 19 % Mehrwertsteuer gemäß § 151a Abs. 1 KostO: 87,09 €
- Summe: 545,44 €.

Die Kostenschuldner haben hiergegen mit Schreiben vom 27.1.2012, eingegangen am gleichen Tag, Antrag auf gerichtliche Entscheidung beim LG Erfurt gestellt. Sie haben geltend gemacht, aufgrund der Vereinbarung mit dem Kaufinteressenten in der Vollmachtsurkunde nicht zur Bezahlung der Kostenrechnung verpflichtet zu sein.

Das LG hat eine Stellungnahme der Ländernotarkasse vom 30.3.2012 und eine Stellungnahme der Bezirksrevisorin des LG Erfurt vom 8.5.2012 eingeholt und – ihnen folgend – den Antrag auf gerichtliche Entscheidung durch Beschluss vom 30.5.2012 zurückgewiesen.

Gegen den ihnen am 1.6.2012 zugestellten Beschluss haben die Kostenschuldner mit Schreiben vom 3.6.2012, eingegangen am gleichen Tag, Beschwerde eingelegt. Sie halten an ihrer Ansicht fest, wonach nicht sie, sondern der Kaufinteressent T. zur Bezahlung der Notarkosten verpflichtet sei.

Das LG hat der Beschwerde durch Beschluss vom 29.6.2012 nicht abgeholfen und sie dem Thüringer OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Beschwerde der Kostenschuldner ist zulässig. Sie ist gemäß § 156 Abs. 3 KostO statthaft. Nach dieser Vorschrift findet gegen die Entscheidung des LG ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes die Beschwerde statt. Sie ist seit 1.9.2009 nicht mehr an eine Zulassung durch das LG gebunden (*Bengel/Tiedtke in Korintenberg, Lappe u. a.*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 156 Rdnr. 67a, 70). Sie ist auch form- und fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses des LG eingelegt worden (§ 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 63 Abs. 1, 3, 64 Abs. 2 FamFG). Ein Anwaltszwang besteht nicht (*Bengel/Tiedtke in Korintenberg, Lappe u. a.*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 156 Rdnr. 20, 77).

2. Die Beschwerde ist in der Sache unbegründet. Denn der angefochtene Beschluss des LG Erfurt vom 30.5.2012 ist rechtmäßig. Die Kostenschuldner sind nach §§ 141, 2 Nr. 1 KostO verpflichtet, die Kostenrechnung vom 13.7.2011 zu bezahlen. Denn sie haben zusammen mit dem Kaufinteressenten T. mittels Vollmacht vom 6.5.2011 die Maklerin C. schriftlich angewiesen, beim Kostengläubiger einen Vertragsentwurf in Auftrag zu geben. Diesen Auftrag hat die Maklerin dem Kostengläubiger vollmachtsgemäß erteilt. Die Kostenschuldner sind daher Auftraggeber eines Vertragsentwurfs und schulden infolgedessen die entsprechenden Notargebühren (vgl. zum Vertragsentwurf: *Lappe in Korintenberg, Lappe u. a.*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 46).

§ 5 Abs. 1 Satz 1 KostO ordnet bei mehreren Auftraggebern eine Gesamtschuldnerschaft an. Das bedeutet, dass der Notar seine Gebühren zwar nur einmal bekommen kann, sie aber nach seinem Belieben von jedem der Gesamtschuldner komplett einfordern darf (siehe Wortlaut des § 421 BGB). So ist es im vorliegenden Fall geschehen. Die Kostenschuldner sind verpflichtet, die gesamte Kostenrechnung des Notars zu begleichen. Diese gesetzliche Regelung kann nicht durch eine Absprache zwischen den Auftraggebern ausgehebelt werden. Die hier in der Vollmachtsurkunde getroffene Absprache zwischen den Beschwerdeführern und dem Kaufinteressenten gestattet es den Beschwerdeführern möglicherweise, den

Kaufinteressenten in Regress zu nehmen. Darüber wäre ggf. in einem gesonderten Regressklageverfahren gegen den Kaufinteressenten zu entscheiden, nicht aber im vorliegenden Beschwerdeverfahren.

Dem Kostengläubiger kann mittels der Vollmachtsurkunde kein bestimmter Kostenschuldner schuldrechtlich vorgegeben werden. Denn durch die Beauftragung eines Notars kommt kein Vertrag mit dem Notar zustande, dessen Vertragsinhalt frei vereinbart werden könnte. Wenn auch einzelne Vorschriften des Schuldrechts entsprechende Anwendung finden, wie zum Beispiel § 278 BGB, oder auch der Mandant des Notars oft als „Auftraggeber“ bezeichnet wird (§ 19 Abs. 1 BNotO), ferner das Notarverhältnis als „vertragsähnlich“ angesehen wird, so kommt doch mit dem Notar kein Vertrag zustande, sondern nur eine öffentlichrechtliche Rechtsbeziehung (Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 1 ff.; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Aufl. 1998, Rdnr. II 2; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Aufl. 2012, § 24 Rdnr. 3; Wöstmann in Ganter/Hertel/Wöstmann, Hdb. d. Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 296). Dies gilt sogar bei betreuender Tätigkeit im Sinne von § 24 BNotO (Arndt/Lerch/Sandkühler, a. a. O.; Wöstmann, a. a. O.). Dementsprechend haftet ein Notar bei Pflichtverletzungen nicht aus Vertrag, sondern ausschließlich aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Man spricht insoweit von „Amtspflichtverletzung“, nicht von „Vertragspflichtverletzung“. Ein Notar ist insoweit kein Vertragspartner, sondern eine Amtsperson.

Die Gebührenhöhe ist zutreffend berechnet und wird mit der Beschwerde nicht angegriffen. Kostengläubiger ist bei einer Notarsozietät nur der beurkundende Notar (Bengel/Tiedtke in Korintenberg, Lappe u. a., KostO, 18. Aufl. 2010, § 154 Rdnr. 6).

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss bestätigt die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse (siehe Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 1956 mit Hinweis auf BayObLG, Beschluss vom 6. 2. 1992, BReg. 3 Z 179/91, DNotZ 1992, 591 = MittBayNot 1992, 231)

Öffentliches Recht

21. GBO § 22, GrdstVG § 2 Abs. 2 Nr. 2 (Grundbucheintragsvoraussetzung: Erfordernis einer Grundstücksverkehrsgenehmigung bei Erbanteilsveräußerung)

Eine Erbanteilsveräußerung kann, auch wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG nicht vorliegen, dann genehmigungsbedürftig sein, wenn diese Vertragsform allein deshalb gewählt wurde, um die Genehmigungspflicht einer von den Vertragsparteien bezweckten Veräußerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke zu umgehen.

Thüringer OLG, Beschluss vom 24.2.2015, 3 W 591/14

Mit notarieller Urkunde des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 19.5.2014 verkauften die Beteiligten zu 2 und 3 ihren Erbanteil nach H K an den Beteiligten zu 1 und übertrugen ihn mit sofortiger dinglicher Wirkung. Die Beteiligten zu 2 und 3 bewilligten die Eintragung der Erbteilsübertragung im Wege der Berichtigung im Grundbuch. Zum Nachlass gehört eine Vielzahl in der Urkunde im Einzelnen bezeichneter landwirtschaftlicher Grundstücke, die teilweise größer,

teilweise kleiner als 0,25 ha sind. Der verfahrensberechtigte Notar beantragte mit Schriftsatz vom 10.10.2014 unter anderem die entsprechende Grundbuchberichtigung. Die Grundbuchrechtspflegerin erließ zunächst am 10.11.2014 eine Zwischenverfügung, mit der sie die fehlende Vorlage des Erbscheins nach G K beanstandete. Der Notar wies mit Schreiben vom 14.11.2014 darauf hin, eine Ausfertigung dieses Erbscheins bereits 1998 zum Grundbuch von E eingereicht zu haben. Am 26.11.2014 ging beim Grundbuchamt ein als Amtshilfeersuchen bezeichnetes Schreiben des Landwirtschaftsamts Bad S vom 24.11.2014 ein, in dem darauf hingewiesen wurde, dass der Beteiligte zu 1 an einer Vielzahl von Erbteilsübertragungen beteiligt sei, bei denen zum Nachlass vor allem landwirtschaftliche Grundstücke gehörten. Es bestehe der Verdacht der Umgehung der Genehmigungspflicht nach dem Grundstücksverkehrsgesetz. Die Grundbuchrechtspflegerin erließ am 10.12.2014 eine weitere Zwischenverfügung – nach dem Wortlaut in Ergänzung der vom 10.11.2014 – und gab unter Fristsetzung die Vorlage der Genehmigung nach § 2 GrdstVG bzw. eines entsprechenden Negativattestes auf. Für den Fall der nicht fristgerechten Beseitigung „der Eintragungshindernisse“ kündigte sie die Zurückweisung der Anträge an. Der Notar legte gegen beide Zwischenverfügungen Beschwerde ein. Er wies erneut auf die bereits erfolgte Vorlage des Erbscheins nach G K hin. Die Übertragung von Erbanteilen sei nur genehmigungsbedürftig, wenn der Nachlass im Wesentlichen aus einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb bestehe, was nicht der Fall sei.

Die Grundbuchrechtspflegerin half der Beschwerde mit Beschluss vom 18.12.2014 nicht ab und legte sie dem OLG vor. Ob der Vertrag genehmigungspflichtig sei, weil der Nachlass im Wesentlichen aus einem landwirtschaftlichen Betrieb bestehe, könne das Grundbuchamt ohne eigene Ermittlungen, zu denen es nicht verpflichtet sei, nicht feststellen. Der Notar hat zur Nichtabhilfeentscheidung Stellung genommen. Dass ein landwirtschaftlicher Betrieb nicht zum Nachlass der 1982 verstorbenen H K gehören könne, sei offenkundig, weil zum damaligen Zeitpunkt im Hinblick auf das seinerzeit geltende LPG-Gesetz private landwirtschaftliche Betriebe, die hätten vererbt werden können, nicht existierten. Für ein Umgehungsgeschäft bestünden schon deshalb keine Anhaltspunkte, weil der Beteiligte zu 1 leistungsfähiger Landwirt sei. Im Übrigen seien dem Grundbuchamt über den Urkundsinhalt hinausgehende Ermittlungen im Rahmen des formellen Konsensprinzips nicht erlaubt.

Aus den Gründen:

II.

Die Zwischenverfügung vom 10.11.2014 sieht der Senat, nachdem der Notar hinsichtlich des betroffenen Erbscheins in zulässiger Weise auf die Akten desselben Grundbuchamts verwiesen hat (Demharter, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr. 24 m. w. N.), als gegenstandslos an. Im Hinblick auf die zitierte missverständliche Formulierung in der Zwischenverfügung vom 10.12.2014, die den Eindruck erwecken konnte, die Grundbuchrechtspflegerin halte gleichwohl an ihrer Forderung auf erneute Vorlage des Erbscheins fest, hat der Senat eine entsprechende – deklaratorische – Feststellung im Tenor seiner Entscheidung getroffen.

Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 10.12.2014 ist nach den §§ 71 ff. GBO an sich statthaft und auch sonst zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

Das vorliegende Verfahren betrifft die Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO aufgrund einer Berichtigungsbevollmächtigung der betroffenen Beteiligten zu 2 und 3. In diesem Fall bedarf die Berichtigung des Grundbuchs zunächst der Bewilligung des Eingetragenen bzw. dessen Erben. Diese Bewilligung liegt in grundbuchmäßiger Form vor; sie ist auch nicht Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung. Geht es wie hier um die Berichtigung der Eintragung des Eigentümers, bedarf es nach soweit ersichtlich einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zusätzlich nicht des Unrichtigkeitsnachweises, sondern lediglich der schlüssigen Darlegung, dass das Grundbuch derzeit falsch ist und es durch die beantragte Berichtigung richtig wird (OLG

München, FGPrax 2011, 69; OLG Jena, FGPrax 2001, 125; Demharter, a. a. O., § 22 Rdnr. 31b; Hügel, GBO, § 22 Rdnr. 71; Meikell/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 22 Rdnr. 109; Kohler in Bauer/von Oefele, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 13, jeweils m. w. N.). Schlüssig dargelegt in diesem Sinne ist ein Berichtigungsantrag, wenn das tatsächliche Vorbringen, die Richtigkeit unterstellt, den Antrag rechtfertigt. Auch diese Schlüssigkeitsdarlegung ist hier durch die Vorlage des Erbteilübertragungsvertrages erfolgt, weil der Erbteilserwerber, wovon ersichtlich auch das Grundbuchamt ausgeht, durch die Übertragung in die vermögensrechtliche Stellung des Veräußerers am Nachlass eintritt; gehören wie hier Grundstücke zum Nachlass, ist die Übertragung im Wege der Grundbuchberichtigung einzutragen, weil sich der Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs vollzieht (Palandt/Weidlich, 74. Aufl., § 2033 Rdnr. 6, 13 m. w. N.). In einem solchen Fall hat das Grundbuchamt die vorgetragenen Tatsachen und die materielle Unrichtigkeit des Grundbuchs grundsätzlich nicht zu prüfen. Nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung darf es die Berichtigung nur ablehnen, wenn es die auf Tatsachen gegründete sichere Kenntnis hat, dass entweder das Grundbuch nicht unrichtig ist oder aber durch die beantragte Berichtigung nicht richtig wird (OLG München, RNotZ 2012, 286; Demharter, a. a. O., Rdnr. 31c; Hügel, a. a. O., Rdnr. 72). Nach anderer Auffassung reichen bereits durch konkrete Tatsachen oder Tatsachenbehauptungen begründete Zweifel aus, die ggf. durch Zwischenverfügung auszuräumen sind (OLG Jena, a. a. O.; Meikell/Böttcher, a. a. O., Rdnr. 114; Kohler, a. a. O., Rdnr. 12). Nach beiden Auffassungen genügen jedenfalls bloße Zweifel und Vermutungen nicht. Der vorliegende Fall erfordert keine Entscheidung, welcher Auffassung der Vorzug gebührt. Der Unrichtigkeit des Grundbuchs entgegenstehen könnte allein die (schwebende) Unwirksamkeit des Erbteilübertragungsvertrages, wenn er nach § 2 GrdstVG genehmigungsbedürftig wäre. Das ist dem Grundbuchamt aber weder positiv bekannt, noch gibt es dafür hinreichend konkrete Tatsachen oder Tatsachenbehauptungen.

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG sind Erbanteilsveräußerungen nur dann nach § 2 Abs. 1 GrdstVG genehmigungsbedürftig, wenn sie wie hier an einen anderen als einen Miterben erfolgen und der Nachlass im Wesentlichen aus einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb besteht. Hinsichtlich der letzteren Voraussetzung liegt weder positive Kenntnis des Grundbuchamts vor, noch bestehen hierfür auch nur ansatzweise auf Tatsachen gegründete Anhaltspunkte. Allein aus der Zahl oder der Größe der zum Nachlass gehörenden Grundstücke lässt sich für diese Voraussetzung der Genehmigungsbedürftigkeit noch nicht einmal eine Vermutung ableiten; zudem weist der verfahrensbevollmächtigte Notar mit Recht darauf hin, dass aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse in der DDR mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Nachlass der 1982 verstorbenen Antragstellerin kein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb gehörte. Derartige Betriebe befanden sich nicht in Privathand, sondern waren entweder Volkseigentum oder LPGen.

Allerdings kann eine Erbanteilsveräußerung, auch wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG nicht vorliegen, dann genehmigungsbedürftig sein, wenn diese Vertragsform allein deshalb gewählt wurde, um die Genehmigungspflicht einer von den Vertragsparteien bezweckten Veräußerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke zu umgehen; an die Feststellung eines solchen Umgehungsgeschäftes sind hohe Anforderungen zu stellen (BGH, RdL 2013, 128 ff.). Das Schreiben des Landwirtschaftsamts B S vom 24.11.2014 enthält keinerlei konkrete Tatsachen, die Rückschlüsse auf ein

Umgehungsgeschäft gestatten. Daraus wie auch aus der Mitteilung des Grundbuchamts im Zusammenhang mit der vorliegenden Beschwerde lässt sich lediglich entnehmen, dass der Beteiligte zu 1 in einer Mehrzahl von Fällen, in denen zum Nachlass landwirtschaftliche Grundstücke gehören, Erbanteile erworben hat oder das beabsichtigt. Daraus allein kann indessen nicht auf ein Umgehungsgeschäft geschlossen werden, weil es niemandem von vornherein verwehrt ist, von denjenigen Gestaltungsmöglichkeiten, die das Gesetz zur Verfügung stellt, auch Gebrauch zu machen. Anhaltspunkte in der notariellen Urkunde vom 19.5.2014, die auf ein Umgehungsgeschäft schließen lassen, liegen anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall (BGH, a. a. O.) nicht vor.

(...)

Steuerrecht

22. ErbStG ab 2009 § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c, § 13c; BewG ab 2009 § 181 Abs. 1 Nr. 1-5 (Steuerbefreiung für ein Familienheim oder ein zu Wohnzwecken vermietetes Grundstück im Fall der Erbaueinandersetzung)

- Ein Familienheim im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG setzt unter anderem voraus, dass der begünstigte Erwerber nach dem Erbfall die in einem bebauten Grundstück im Sinne des § 181 Abs. 1 Nr. 1-5 BewG befindliche Wohnung unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern zur Selbstnutzung für eigene Wohnzwecke bestimmt. Dazu muss der Erwerber innerhalb einer angemessenen Zeit nach dem Erbfall die Absicht zur Selbstnutzung der Wohnung fassen und durch den Einzug in die Wohnung tatsächlich umsetzen.**
- Erwirbt ein Miterbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses das Alleineigentum an einem Familienheim im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG oder an einem zu Wohnzwecken vermieteten Grundstück im Sinne des § 13c Abs. 3 ErbStG, erhöht sich sein begünstigtes Vermögen unabhängig davon, ob die Vereinbarung über die Erbaueinandersetzung zeitnah, d. h. innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall erfolgt.**

BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) ist neben seiner Schwester (S) zur Hälfte Miterbe seines am 24.12.2010 verstorbenen Vaters (V).

Zum Nachlass gehörte neben weiteren Grundstücken das mit einem Zweifamilienhaus bebaute Grundstück R. Eine Wohnung in dem Zweifamilienhaus wurde von V und S gemeinsam und nach dem Tod des V von S alleine genutzt; Ende 2011 zog der Kläger zusammen mit seiner Ehefrau in diese Wohnung ein. Die andere Wohnung in dem Gebäude war fremdvermietet.

Mit notariell beurkundetem Erbaueinandersetzungs- und Grundstücksübertragungsvertrag vom 23.3.2012 hoben der Kläger und S die Erbengemeinschaft an dem von V erworbenen Grundbesitz in der Weise auf, dass der Kläger das Grundstück R und S die restlichen Grundstücke (u. a. Grundstück X und Grundstück Y) jeweils als Alleineigentümer erhielten. Die festgestellten Bedarfswerte betragen für das Grundstück R 326.996 € und für die Grundstücke X und Y insgesamt 336.128 €.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) setzte mit Bescheid vom 15.6.2012 gegen den Kläger Erbschaftsteuer fest, wobei die Steuerbefreiungen nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c des ErbStG in der ab 2009 geltenden Fassung (ErbStG) für die selbst genutzte Wohnung und nach § 13c ErbStG für die vermietete Wohnung entspre-

chend der Beteiligung des Klägers als Miterbe jeweils ausgehend vom hälftigen Wert des Grundstücks R berechnet wurden.

Der Einspruch, mit dem der Kläger geltend machte, die Steuerbefreiungen seien wegen des im Rahmen der Erbauseinandersetzung erhaltenen Alleineigentums am Grundstück R unter Berücksichtigung des gesamten Grundstückswerts zu gewähren, blieb ohne Erfolg. Das FA setzte in der Einspruchsentscheidung die Erbschaftsteuer auf ... € fest.

Das FG gab der Klage statt. Zur Begründung führte es aus, dass die Begünstigung des bei der Nachlassenteilung erworbenen Vermögens nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 und § 13c Abs. 2 Satz 3 ErbStG nicht von einer zeitnahen Auseinandersetzung über den Nachlass innerhalb eines halben Jahres nach dem Erbfall abhängig sei. Das Urteil ist in EFG 2013, 2032 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt das FA die Verletzung von § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c und § 13c ErbStG.

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 unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO). Das FG hat zutreffend entschieden, dass sich das nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c und § 13c ErbStG steuerbefreite Vermögen des Klägers aufgrund des bei der Erbauseinandersetzung erworbenen Alleineigentums am Grundstück R erhöht und die Steuerbefreiungen ausgehend vom gesamten Wert dieses Grundstücks zu berücksichtigen sind.

1. Steuerfrei ist nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG unter anderem der Erwerb von Todes wegen des Eigentums oder Miteigentums an einem im Inland belegenen bebauten Grundstück im Sinne des § 181 Abs. 1 Nr. 1–5 des Bewertungsgesetzes (in der ab 2009 geltenden Fassung – BewG) durch Kinder im Sinne der Steuerklasse I Nr. 2 und der Kinder verstorbener Kinder der Steuerklasse I Nr. 2, soweit der Erblasser darin bis zum Erbfall eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat oder bei der er aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert war, die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist (Familienheim) und soweit die Wohnfläche der Wohnung 200 qm nicht übersteigt.

Die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG erfasst – unter weiteren Voraussetzungen – unter anderem eine Wohnung in einem mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstück im Sinne des § 181 Abs. 1 Nr. 1 BewG, wenn die Wohnung beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist. Begünstigt ist der Erwerb von Todes wegen, bei einem Miterben also der Erwerb entsprechend seiner Erbquote.

Das FA hat die zunächst von V und später vom Kläger selbst zu Wohnzwecken genutzte Wohnung auf dem Grundstück R als Familienheim angesehen und die Steuerbefreiung für den hälftigen Anteil des Klägers am Wert des Familienheims beschränkt für eine Wohnfläche von 200 qm gewährt.

2. Eine Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c ErbStG kann der Kläger auch insoweit beanspruchen, als er im Rahmen der Erbauseinandersetzung über seine Beteiligung als Miterbe hinaus das Alleineigentum an dem Familienheim erhalten hat.

a) Überträgt ein Erbe erworbenes begünstigtes Vermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Dritten und gibt der Dritte dabei diesem Erwerber nicht begünstigtes Ver-

mögen hin, das er vom Erblasser erworben hat, erhöht sich insoweit der Wert des begünstigten Vermögens des Dritten um den Wert des hingegebenen Vermögens, höchstens jedoch um den Wert des übertragenen Vermögens (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG).

Diese Regelung ermöglicht einen Begünstigungstransfer beim Erwerb von begünstigtem Vermögen (vgl. *Kobor in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 43; *Steiner*, Der Erb-StB 2009, 123, 128; *St. Viskorf/Haag*, DStR 2012, 219, 223). Unter den in der Vorschrift bestimmten Voraussetzungen erhöht sich der Wert des begünstigten (steuerbefreiten) Vermögens. Der Dritte, der für den Erwerb des begünstigten Vermögens anderes aus demselben Nachlass stammendes Vermögen hingibt, soll so gestellt werden, als habe er von Anfang an begünstigtes Vermögen erhalten (BT-Drucks. 16/11107, S. 9). Entsprechendes gilt auch, wenn ein Erbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses seinen erworbenen Anteil am begünstigten Vermögen auf einen Miterben überträgt (BT-Drucks. 16/11107, S. 9); der Miterbe wird so behandelt, als habe er insoweit von Anfang an begünstigtes Vermögen erhalten.

b) § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG steht im Zusammenhang mit den Regelungen in § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 2 und 3 ErbStG. Danach kann ein Erwerber die Steuerbefreiung nicht in Anspruch nehmen, soweit er das begünstigte Vermögen aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Erblassers oder einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers auf einen Dritten übertragen muss (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 2 ErbStG). Gleiches gilt, wenn ein Erbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses begünstigtes Vermögen auf einen Miterben überträgt (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 3 ErbStG).

Dies bedeutet, dass bei einer Übertragung des begünstigten Vermögens aufgrund einer vom Erblasser begründeten Verpflichtung oder im Rahmen der Teilung des Nachlasses die Steuerbefreiung nicht dem Ersterwerber zusteht. Die Steuerbefreiung kann vielmehr nur der nachfolgende Erwerber beanspruchen, wenn die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG erfüllt sind (*Viskorf in Viskorf/Knobell/Schuck/Wälzholz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 4. Aufl., § 13 ErbStG Rdnr. 80).

c) Die Erhöhung des Werts des begünstigten Vermögens nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG beim Dritten ist von mehreren Voraussetzungen abhängig.

aa) Im Rahmen der Teilung des Nachlasses muss ein Erbe begünstigtes Vermögen, das er vom Erblasser erworben hat, auf einen Dritten übertragen. Dritter in diesem Sinne ist auch ein Miterbe (vgl. *Steiner*, Erb-StB 2009, 123, 128). Begünstigtes Vermögen ist das Eigentum an einem Familienheim im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG.

bb) § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG setzt weiter voraus, dass der Dritte (Miterbe) dem Erben (Miterben) nicht begünstigtes, vom Erblasser erworbenes Vermögen überträgt. Nicht begünstigtes Vermögen sind diejenigen Vermögensgegenstände, für deren Erwerb vom Erblasser dem Dritten (Miterben) keine Steuerbefreiung für ein Familienheim nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG zusteht. Dazu gehören zum Beispiel Bankguthaben oder zu Wohnzwecken vermietete Grundstücke. Ob Vermögen begünstigt oder nicht begünstigt ist, bestimmt sich nach den Verhältnissen beim Dritten, der im Rahmen der Nachlassenteilung Vermögensgegenstände erwirbt.

cc) Für den Begünstigungstransfer nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG ist erforderlich, dass für das bei der Nachlassenteilung erworbene Vermögen die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG greift. Der Erwerb muss

deshalb eine Wohnung betreffen, die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung bestimmt ist (Familienheim). Dabei ist – wie sich aus § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG ergibt – für die unverzügliche Bestimmung zur Selbstnutzung die zeitliche Nähe zum Erbfall maßgebend.

aaa) Eine Wohnung ist zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt, wenn der Erwerber die Absicht hat, die Wohnung selbst zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen, und diese Absicht auch tatsächlich umsetzt (vgl. *Kobor*, a. a. O., § 13 Rdnr. 42). Die Absicht des Erwerbers zur Selbstnutzung des Hauses lässt sich als eine innere Tatsache nur anhand äußerer Umstände feststellen. Dies erfordert, dass der Erwerber in die Wohnung einzieht und sie als Familienheim für eigene Wohnzwecke nutzt (vgl. *Jülicher* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 13 Rdnr. 70; *Viskorf*, a. a. O., § 13 ErbStG Rdnr. 73; *Geck* in *Kapp/Ebeling*, § 13 ErbStG Rdnr. 40.7; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 16. Aufl., § 13 Rdnr. 28).

bbb) Der Erwerber muss die Wohnung unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) zur Selbstnutzung für eigene Wohnzwecke bestimmen (vgl. *Jochum* in *Wilms/Jochum*, EStG, § 13 Rdnr. 91, 83; *Jülicher*, a. a. O., § 13 ErbStG Rdnr. 70; *Viskorf*, a. a. O., § 13 ErbStG Rdnr. 73). Unverzüglich erfolgt eine Handlung nur, wenn sie innerhalb einer nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessenden Prüfungs- und Überlegungszeit vorgenommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 28.6.2012, VII ZR 130/11, NJW 2012, 3305 m. w. N.). Dies bedeutet, dass ein Erwerber zur Erlangung der Steuerbefreiung für ein Familienheim innerhalb einer angemessenen Zeit nach dem Erbfall die Absicht zur Selbstnutzung des Hauses fassen und tatsächlich umsetzen muss.

Angemessen ist regelmäßig ein Zeitraum von sechs Monaten nach dem Erbfall. Zieht der Erwerber innerhalb dieses Zeitraums in die Wohnung ein, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass eine unverzügliche Bestimmung der Wohnung zur Selbstnutzung als Familienheim vorliegt. Den durch § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 1 ErbStG begünstigten Erwerbern ist eine gewisse Zeit einzuräumen, damit sie prüfen können, ob sie in die Wohnung einziehen. Hat der Erwerber nach der ihm zuzubilligenden Bedenkzeit den Entschluss zum Einzug gefasst, benötigt er weitere Zeit für eine eventuelle Renovierung bzw. Gestaltung der Wohnung für eigene Wohnzwecke sowie für die notwendige Durchführung des Umzugs. Unter Berücksichtigung dieser gesamten Umstände erscheint ein Zeitraum von bis zu sechs Monaten nach dem Erbfall als erforderlich. Ein kürzerer Zeitraum von nur ein paar Wochen mag im Einzelfall unter günstigen Bedingungen ausreichend sein. Im Regelfall wird aber der Erwerber, der die Wohnung bis zum Ableben des Erblassers noch nicht für eigene Wohnzwecke genutzt hat, nicht in der Lage sein, die Wohnung schon innerhalb einiger Wochen nach dem Erbfall zu nutzen.

Wird die Selbstnutzung der Wohnung erst nach Ablauf von sechs Monaten aufgenommen, kann ebenfalls eine unverzügliche Bestimmung zur Selbstnutzung vorliegen. Allerdings muss der Erwerber in diesem Fall darlegen und glaubhaft machen, zu welchem Zeitpunkt er sich zur Selbstnutzung der Wohnung für eigene Wohnzwecke entschlossen hat, aus welchen Gründen ein tatsächlicher Einzug in die Wohnung nicht früher möglich war und warum er diese Gründe nicht zu vertreten hat. Solche Gründe können zum Beispiel vorliegen, wenn sich der Einzug wegen einer Erbauseinandersetzung zwischen Miterben oder wegen der Klärung von Fragen zum Erbanfall und zu den begünstigten Erwerbern über den Sechsmonatszeitraum hinaus um einige weitere Monate verzögert.

Umstände im Einflussbereich des begünstigten Erwerbers, die nach Ablauf des Sechsmonatszeitraums zu einer längeren Verzögerung des Einzugs führen (wie zum Beispiel eine Renovierung der Wohnung), sind nur unter besonderen Voraussetzungen nicht dem Erwerber anzulasten. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich die Renovierung deshalb länger hinzieht, weil nach Beginn der Renovierungsarbeiten ein gravierender Mangel der Wohnung entdeckt wird, der vor dem Einzug beseitigt werden muss. Je größer der zeitliche Abstand zwischen dem Erbfall und dem tatsächlichen Einzug des Erwerbers in die Wohnung ist, umso höhere Anforderungen sind an die Darlegung des Erwerbers und seine Gründe für die verzögerte Nutzung der Wohnung für eigene Wohnzwecke zu stellen.

dd) Nutzt der erwerbende Dritte (Miterbe) die vormalig vom Erblasser genutzte Wohnung innerhalb angemessener Zeit für eigene Wohnzwecke, ist der Begünstigungstransfer nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG unabhängig davon zu gewähren, ob die Erbauseinandersetzung zeitnah zum Erbfall erfolgt (*St. Viskorf/Haag*, DStR 2012, 219, 223; a. A. R E 13.4 Abs. 5 Satz 11 der ErbStR 2011; *Geck*, a. a. O., § 13 ErbStG Rdnr. 40.11). Eine zeitliche Nähe zum Erbfall ist für die Teilung des Nachlasses nicht vorgeschrieben. Entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung kann deshalb bei einer freien Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften eine Begünstigung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG auch zu gewähren sein, wenn die Auseinandersetzungsvereinbarung nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall geschlossen wird (entgegen H E 13.4 „Freie Erbauseinandersetzung“ Hinweise zu den ErbStR 2011).

d) § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG führt zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Steuerbefreiung und nicht zu einer Veränderung der Zurechnung der Erwerbsgegenstände (vgl. *Geck*, a. a. O., § 13 ErbStG Rdnr. 40.12; R E 13.4 Abs. 5 Satz 9 ErbStR 2011). Für die Erbschaftsteuer gilt nach § 11 ErbStG das Stichtagsprinzip; maßgebend für die Wertermittlung ist der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer, also regelmäßig der Zeitpunkt des Todes des Erblassers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Werden nach dem Tod des Erblassers Nachlassgegenstände im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Miterben übertragen, beeinflusst dies weder die Zurechnung der Gegenstände zum Nachlass noch den anteiligen der Erbschaftsteuer unterliegenden Erwerb der jeweiligen Miterben. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 4 ErbStG wird nur ursprünglich nicht begünstigtes Vermögen eines Miterben als zum Zeitpunkt des Erbfalls begünstigtes Vermögen behandelt.

e) Der Senat hat erhebliche Zweifel, ob die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c ErbStG verfassungsgemäß ist (vgl. BFH, Entscheidung vom 27.9.2012, II R 9/11, BFHE 238, 241, BStBl II 2012, S. 899 Rdnr. 150; vom 18.7.2013, II R 35/11, BFHE 242, 153, BStBl II 2013, S. 1051, zu § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ErbStG vor 2009; vom 3.6.2014, II R 45/12, BFHE 245, 374, BStBl II 2014, S. 806 Rdnr. 26, zu § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. b Satz 1 ErbStG m. w. N.).

Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG zur Einholung einer Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c ErbStG kommt jedoch schon deshalb nicht in Betracht, weil das BVerfG mit Beschluss vom 17.12.2014 (1 BvL 21/12, BStBl II 2015, S. 50) trotz festgestellter Verfassungsverstöße durch § 13a und § 13b jeweils i. V. m. § 19 Abs. 1 ErbStG die Weitergeltung des ErbStG bis zu einer Neuregelung angeordnet hat und die Neuregelung spätestens bis zum 30.6.2016 zu treffen ist (vgl. auch BFH, BFHE 242, 153, BStBl II 2013, S. 1051 Rdnr. 12).

f) Im Streitfall erhöht sich das nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c ErbStG steuerbegünstigte Vermögen des Klägers. Der Kläger hat im Rahmen der Teilung des Nachlasses das Alleineigentum am Grundstück R und damit auch am Familienheim erworben. Im Gegenzug war er damit einverstanden, dass S das Alleineigentum an den Grundstücken X und Y erhält, wobei deren hälftiger Wert insgesamt (= Wert des vom Kläger hingegebenen Vermögens) den hälftigen Wert des Grundstücks R (= Wert des an den Kläger übertragenen Vermögens) übersteigt.

Die selbstgenutzte Wohnung im Grundstück R erfüllt die Voraussetzungen eines Familienheims. Der Kläger hat die Wohnung unverzüglich nach dem Ableben des V am 24.12.2010 zur Selbstnutzung zu Wohnzwecken bestimmt. Er ist zusammen mit seiner Ehefrau Ende 2011 in die Wohnung eingezogen. Das FG hat im Einzelnen die Umstände gewürdigt, die dazu geführt haben, dass die Selbstnutzung erst zu diesem Zeitpunkt erfolgen konnte. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch das FA hat für den von Todes wegen erworbenen Anteil des Klägers die Steuerbegünstigung für ein Familienheim gewährt; es ist also ersichtlich davon ausgegangen, dass eine unverzügliche Bestimmung der Wohnung zur Selbstnutzung vorliegt. Unmaßgeblich ist, dass die Vereinbarung über die Erbauseinandersetzung erst am 23.3.2012 und damit nach Ablauf von ca. 15 Monaten nach dem Erbfall abgeschlossen wurde.

3. Dem Kläger steht der verminderte Wertansatz für die vermietete Wohnung auf dem Grundstück R nach § 13c Abs. 1 und 3 ErbStG auch insoweit zu, als er im Rahmen der Erbauseinandersetzung über seinen Anteil als Miterbe hinaus das Alleineigentum am Zweifamilienhaus auf dem Grundstück R erhalten hat.

a) Nach § 13c Abs. 1 und 3 ErbStG sind bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs bebaute Grundstücke oder Grundstücksteile mit 90 % ihres Werts anzusetzen, wenn sie 1. zu Wohnzwecken vermietet werden, 2. im Inland, in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums belegen sind und 3. nicht zum begünstigten Betriebsvermögen oder begünstigten Vermögen eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des § 13a ErbStG gehören.

Ein Erwerber kann den verminderten Wertansatz nicht in Anspruch nehmen, soweit er erworbene Grundstücke aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Erblassers oder einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers oder Schenkers auf einen Dritten übertragen muss (§ 13c Abs. 2 Satz 1 ErbStG). Gleiches gilt, wenn ein Erbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses Vermögen im Sinne des § 13c Abs. 3 ErbStG auf einen Miterben überträgt (§ 13c Abs. 2 Satz 2 ErbStG). Überträgt ein Erbe erworbenes begünstigtes Vermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Dritten und gibt der Dritte dabei diesem Erwerber nicht begünstigtes Vermögen hin, das er vom Erblasser erworben hat, erhöht sich insoweit der Wert des begünstigten Vermögens des Dritten um den Wert des hingegebenen Vermögens, höchstens jedoch um den Wert des übertragenen Vermögens (§ 13c Abs. 2 Satz 3 ErbStG).

b) Die Regelungen in § 13c Abs. 2 Satz 1-3 ErbStG zum verminderten Wertansatz eines zu Wohnzwecken vermieteten Grundstücks entsprechen den Bestimmungen in § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 2-4 ErbStG zur Steuerbefreiung für ein Familienheim. Aus diesem Grund gelten die Ausführungen unter II.2. zu den Voraussetzungen und Folgen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Satz 2-4 ErbStG entsprechend für die Anwendung des § 13c Abs. 2 Satz 1-3 ErbStG.

c) Eine Erhöhung des Werts des begünstigten Vermögens nach § 13c Abs. 2 Satz 3 ErbStG ist insbesondere möglich, wenn bei einer – wie im Streitfall – aus zwei Miterben bestehenden Erbengemeinschaft ein Miterbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses das Alleineigentum an einem vermieteten Grundstück im Sinne des § 13c Abs. 3 ErbStG, also begünstigtes Vermögen, erhält und hierfür dem übertragenden Miterben das Alleineigentum an einem anderen Grundstück überlässt. Das gilt selbst für den Fall, dass das andere Grundstück ebenfalls ein zu Wohnzwecken vermietetes Grundstück im Sinne des § 13c Abs. 3 ErbStG ist. Nach der Überlassung des Grundstücks im Rahmen der Teilung des Nachlasses an einen Miterben kann der überlassende Miterbe die Begünstigung nicht mehr in Anspruch nehmen (§ 13c Abs. 2 Satz 2 ErbStG); insoweit ist das Grundstück nunmehr nicht begünstigtes Vermögen des überlassenden Miterben.

(...)

23. EStG § 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 5; HGB § 255 Abs. 1 Satz 1 (*Übertragung eines GmbH-Anteils unter Vorbehaltsnießbrauch*)

1. Zahlungen für die Ablösung eines (Vorbehalts-)Nießbrauchs an einer Beteiligung im Sinne des § 17 EStG stellen im Rahmen der Ermittlung der Einkünfte nach § 17 EStG nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung dar.

2. Eine unentgeltliche Übertragung nach § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG liegt auch bei der Übertragung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft unter Vorbehaltsnießbrauch vor.

BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 49/13

Die Beteiligten streiten darüber, ob im Fall des Erwerbs eines mit einem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Anteils an einer Kapitalgesellschaft die vom Rechtsnachfolger fortzuführenden Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers anteilig um den Wert des Nießbrauchs zu kürzen sind.

Der Beigeladene, der Vater des Klägers und Revisionsbeklagten (Kläger), war im Jahr 2001 mit 90 % an einer GmbH mit einem Stammkapital von 70.000 DM beteiligt. Der Beigeladene schenkte dem Kläger im Jahr 2001 einen Teilgesellschaftsanteil im Nennwert von 21.000 DM. Im März 2004 übertrug der Beigeladene dem Kläger drei weitere Gesellschaftsanteile im Nennwert von insgesamt 23.700 €. Die Anschaffungskosten des Beigeladenen für diese Anteile betragen 293.270,11 €. Der Beigeladene behielt sich den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch an den zuletzt übertragenen Beteiligungen vor. Dem Nießbraucher gebührten danach unter anderem die während des Nießbrauchs auf die Beteiligungen entfallenden ausgeschütteten Gewinnanteile.

Im November 2006 verkauften der Kläger und der Beigeladene ihre Anteile für 3.220.000 €. Anlässlich der Veräußerung verzichtete der Beigeladene auf seinen Nießbrauch. Als Gegenleistung sollte der Kläger an den Beigeladenen einen Betrag i. H. v. 1.679.800 € zahlen, der vom Erwerber unmittelbar auf das Konto des Beigeladenen gezahlt werden sollte. Die Zahlung entsprach dem kapitalisierten Wert des Nießbrauchs.

Im ersten Rechtszug kam es im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG zwischen dem Kläger und dem Beklagten und Revisionskläger (Finanzamt – FA) zum Streit um die Behandlung der Zahlung der 1.679.800 € als nachträgliche Anschaffungskosten. Das Finanzgericht (FG) gab der Klage mit der in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2011, 131 veröffentlichten Entscheidung insoweit statt. Der Senat hob mit Entscheidung vom 24.1.2012, IX R 51/10 (BFHE 236, 356, BStBl II 2012, S. 308) die Entscheidung auf. Das FG sei von einem unentgeltlichen Erwerb der Gesellschaftsanteile durch den Kläger nach § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG

ausgegangen, ohne zu prüfen, ob dem Kläger oder dem Beigeladenen die Gesellschaftsanteile nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zuzurechnen seien. Der Senat gab dem FG auf, nähere Feststellungen dazu zu treffen, wem das wirtschaftliche Eigentum an den Nießbrauchsbelasteten Anteilen zugestanden habe. Denn stehe dies weiterhin dem Nießbrauchsberechtigten Beigeladenen zu, habe der Kläger mit der Ablösezahlung im Jahr 2007 ein Entgelt geleistet. Dann liege kein unentgeltlicher Erwerb mehr vor und eine Anwendung von § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG sei nicht möglich.

Im zweiten Rechtszug klärte das FG nach Durchführung der Beiladung des Rechtsvorgängers die Frage dahingehend, dass nach seinen Feststellungen der Kläger bereits anlässlich der Übertragung 2004 das wirtschaftliche Eigentum an den Nießbrauchsbelasteten Anteilen erlangt habe. § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG sei daher anwendbar. Im Rahmen der Berechnung des Veräußerungsgewinns berücksichtigte das FG mit seiner in EFG 2014, 447 veröffentlichten Entscheidung die Zahlung der 1.679.800 € als nachträgliche Anschaffungskosten des Klägers und rechnete diese den vom Beigeladenen übernommenen Anschaffungskosten i. H. v. 293.270,11 € hinzu.

Mit seiner Revision bringt das FA vor, die ungeschmälernte Übernahme der Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers sei bei einer Übertragung von Anteilen unter Nießbrauchsvorbehalt nicht möglich. Werde ein GmbH-Anteil unentgeltlich übertragen und behalte sich der Übergeber ein Nießbrauchsrecht vor, erhalte der neue Anteilseigner nur das belastete, um das Nutzungsrecht geminderte zivilrechtliche und wirtschaftliche Eigentum an dem Gesellschaftsanteil. Da der Übergeber nur die Substanz des GmbH-Anteils übertrage und die Nutzungsmöglichkeit daran zurückbehalte, gehe auch nur jener Teil der Anschaffungskosten auf den Anteilserwerber über, der auf den belasteten Gesellschaftsanteil entfalle. Dieser errechne sich nach dem Verhältnis des Verkehrswerts des belasteten Anteils zum Verkehrswert des unbelasteten Anteils im Zeitpunkt der Ablösung. Soweit der Erwerber des Gesellschaftsanteils durch Zahlungen an den Rechtsvorgänger nachträglich eigene Anschaffungskosten aufwende, müssten beim Erwerber die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers verdrängt werden. Rechtssystematische Bedenken stünden dem nicht entgegen. Komme es nicht zur entgeltlichen Ablösung des Nießbrauchs, komme es nicht zu einer Verrechnung und es bleibe beim vollständigen Übergang der Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers auf den unentgeltlichen Erwerber. Daher sehe auch die Weisungslage der Finanzverwaltung eine Kürzung der vom Rechtsvorgänger übernommenen Anschaffungskosten vor (vgl. Verfügung des Bayerischen Landesamts für Steuern vom 28.1.2011 S 2196.1.1-2/1 St 32, juris).

Das FA beantragt, das Urteil des FG vom 26.4.2013, 1 K 1143/12 E aufzuheben und die Einkommensteuer 2007 dahingehend festzusetzen, dass die vom Rechtsvorgänger des Klägers nach § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG übernommenen Anschaffungskosten nur in dem Verhältnis übernommen werden, in dem der Verkehrswert des Anteils im Zeitpunkt der Ablösezahlung die Ablösezahlung übersteigt.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen.

Das FG hat zutreffend die Zahlung für die Ablösung des Nießbrauchs im Rahmen der Ermittlung der Einkünfte nach § 17 EStG als nachträgliche Anschaffungskosten eingestuft (1.). Weiter hat das FG zutreffend auf der Grundlage von § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG die Anschaffungskosten des Beigeladenen dem Kläger als unentgeltlichem Rechtsnachfolger zugerechnet (2.). Der Umstand, ob ggf. eine Erfassung der Ablösezahlung beim Beigeladenen als Entschädigung für die entgangenen Dividendenansprüche nach § 24 Nr. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, Abs. 2a Satz 3 EStG oder als Einkünfte aus einer ehemaligen Tätigkeit nach § 24 Nr. 2, § 17 Abs. 2 EStG in Betracht kommt, führt im Revisionsverfahren nicht zur Aufhebung der Ausgangsentscheidung und kann daher unentschieden bleiben (3.).

1. Die Zahlung für die Ablösung des Nießbrauchs ist vom FG zutreffend beim Kläger im Rahmen der Ermittlung der Einkünfte nach § 17 EStG als nachträgliche Anschaffungskosten eingestuft worden.

a) Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb – unter weiteren, hier vorliegenden Voraussetzungen – auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft. Veräußerungsgewinn ist gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt. Anschaffungskosten sind nach § 255 Abs. 1 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben. In diesem Sinne angeschafft – mit der Folge weiterer nachträglicher Anschaffungskosten – wird ein GmbH-Anteil auch dann, wenn der Gesellschafter das daran bestehende dingliche Nutzungsrecht eines Dritten, wie zum Beispiel einen Nießbrauch, ablöst. Denn erwirbt ein Steuerpflichtiger ein mit einem dinglichen Nutzungsrecht belasteten Gegenstand, so erhält er zunächst um das Nutzungsrecht gemindertes Eigentum. Seine Rechte als Eigentümer sind durch das Nutzungsrecht begrenzt. Löst er das Nutzungsrecht ab, so verschafft er sich die vollständige Eigentümerbefugnis an dem Gegenstand. Daher sind Aufwendungen zur Befreiung von einem Nießbrauch als nachträgliche Anschaffungskosten einzustufen (vgl. u. a. BFH, Urteile vom 21.12.1982, VIII R 215/78, BFHE 138, 44, BStBl II 1983, S. 410; vom 15.12.1992, IX R 323/87, BFHE 169, 386, BStBl II 1993, S. 488 m. w. N., betreffend ein dingliches Wohnrecht; vom 22.2.2007, IX R 29/05, BFH/NV 2007, 1100, und vom 26.1.2011, IX R 24/10, BFH/NV 2011, 1480; *Wertz*, Der Erbschaft-Steuer-Berater 2005, 286, 288). Besteht zudem kein erkennbarer sachlicher Zusammenhang zwischen der zunächst erfolgten Übertragung der Anteile unter Nießbrauchsvorbehalt und der später für die Ablösung des Nießbrauchsrechts geleisteten Zahlung, ist der entgeltliche Verzicht auf das Nutzungsrecht als selbständiges Rechtsgeschäft einzustufen, das auf die zuvor erfolgte unentgeltliche Übertragung des Nießbrauchsbelasteten Wirtschaftsguts keinen Einfluss hat (vgl. BFH, Urteil vom 14.6.2005, VIII R 14/04, BFHE 210, 278, BStBl II 2006, S. 15 m. w. N.; H 17 Abs. 4 – Vorbehaltsnießbrauch – des Amtlichen Einkommensteuer-Handbuchs 2012).

b) Daran gemessen hat das FG zu Recht infolge der Ablösung des Nießbrauchs nachträgliche Anschaffungskosten i. H. v. 1.679.800 € im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns angesetzt. Denn in dieser Höhe hat der Kläger eine Zahlung zur Ablösung des Nießbrauchs an den Beigeladenen geleistet. Es sind nach den tatsächlichen Feststellungen des FG auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Nießbrauch gezielt vereinbart wurde, um im Fall der Ablösung nachträgliche Anschaffungskosten zu schaffen.

Das FG konnte auch zutreffend in der Folge der Entscheidung in BFHE 236, 356, BStBl II 2012, S. 308 das wirtschaftliche Eigentum dem Kläger und damit diesem die Aufwendungen für die Ablösung des Nießbrauchs als nachträgliche Anschaffungskosten zurechnen. Zwar hätten die tatsächlichen Feststellungen des FG im ersten Rechtszug nach Auffassung des Senats in der Entscheidung in BFHE 236, 356, BStBl II 2012, S. 308 auch die Schlussfolgerung zugelassen, das wirtschaftliche Eigentum an den Gesellschaftsanteilen sei auch nach 2004 beim Beigeladenen verblieben. Dann wäre bei diesem im Jahr 2007 ein Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG entstanden. Die – auf dem insoweit übereinstimmenden Tatsachenvortrag der Beteiligten beruhende und nicht mit Verfahrensrügen angegriffene – Würdigung des FG im zwei-

ten Rechtszug, das wirtschaftliche Eigentum sei bereits 2004 auf den Kläger übergegangen, ist aber ebenfalls möglich und in sich schlüssig. Sie verstößt auch nicht gegen Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder gesetzliche Auslegungsregeln. Der BFH ist daher an diese Gesamtwürdigung des FG gebunden (vgl. § 118 Abs. 2 FGO).

2. Das FG hat dem Kläger auch zu Recht die (ursprünglichen) Anschaffungskosten des Beigeladenen in voller Höhe zugerechnet.

a) Nach § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG führt im Fall der unentgeltlichen Rechtsnachfolge der Rechtsnachfolger die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers ohne jede Einschränkung (durch Nießbrauchsrechte o. ä.) fort. Ziel der Vorschrift ist, die Wertsteigerungen steuerlich zu erfassen, die während der Besitzzeit des Rechtsvorgängers entstanden sind. Durch die Anordnung der Fortführung der Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers soll der unentgeltliche Erwerb eines Kapitalgesellschaftsanteils dem unentgeltlichen Erwerb eines Mitunternehmeranteils gleichgestellt werden, bei dem der Rechtsnachfolger über § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG ebenfalls an die Anschaffungskosten bzw. die fortgeschriebenen Buchwerte des Rechtsvorgängers gebunden ist (BT-Drucks. IV/2400, S. 70; Bericht der Einkommensteuerkommission, Untersuchungen zum Einkommensteuerrecht unter besonderer Berücksichtigung textkritischer, rechtssystematischer und verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 7, S. 186; *Rapp in Littmann/Bitz/Pust*, Das Einkommensteuerrecht, § 17 Rdnr. 218).

Eine unentgeltliche Rechtsnachfolge liegt auch vor, wenn die GmbH-Anteile unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen werden. Insoweit entspricht es der gefestigten Rechtsprechung des BFH, dass die Übertragung eines Wirtschaftsguts unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts die Unentgeltlichkeit der Vermögensübertragung unberührt lässt. Vielmehr erwirbt der Erwerber von vornherein nur den mit dem Nießbrauch belasteten Gesellschaftsanteil (vgl. BFH, Urteile vom 28.7.1981, VIII R 124/76, BFHE 134, 130, BStBl II 1982, S. 378; in BFHE 210, 278, BStBl II 2006, S. 15 m. w. N.). Die mit der Bestellung des Vorbehaltsnießbrauchs verbundene Auszahlung der zukünftigen Gewinnansprüche an den Beigeladenen und Nießbrauchsberechtigten wirkt sich daher auf die nach § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG kraft Gesetzes vom Rechtsnachfolger weiterzuführenden Anschaffungskosten nicht aus. Denn die unentgeltliche Einräumung eines Nießbrauchs ohne Verschaffung des wirtschaftlichen Eigentums bedeutet nicht die Abgabe von Vermögenssubstanz.

b) Daran gemessen hat das FG zu Recht die Anschaffungskosten des Beigeladenen i. H. v. 293.270,11 € in vollem Umfang dem Kläger als den Veräußerungsgewinn mindernde Anschaffungskosten zugerechnet. Soweit das FA eine Kürzung der vom Rechtsvorgänger übernommenen Anschaffungskosten nach dem Verhältnis des Verkehrswerts des belasteten Anteils zum Verkehrswert des unbelasteten Anteils zum Zeitpunkt der Ablösung des Nießbrauchs vorschlägt und danach im Fall des unentgeltlichen Erwerbs unter Nießbrauchsvorbehalt der Erwerber die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers nur anteilig übernehmen soll (so auch *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 33. Aufl., § 17 Rdnr. 182; *Paus*, Deutsche Steuer-Zeitung 2006, 112), ist dem nicht zu folgen. Dieser Auffassung steht der eindeutige Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG und die bisher ergangene Rechtsprechung entgegen, die im Fall der Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt eine unentgeltliche Übertragung angenommen hat (vgl. BFH, Urteil in BFHE 134, 130, BStBl II 1982, S. 378). § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG gibt bei der unentgeltlichen

Übertragung eines GmbH-Anteils die Übernahme der Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers bindend vor, ohne Einschränkungen bei der Vorbehaltung von Nutzungsrechten zu machen. Geht daher wie hier nach den tatsächlichen Feststellungen des FG das wirtschaftliche Eigentum an dem nießbrauchsbelasteten Gesellschaftsanteil nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO auf den Rechtsnachfolger über und ist der Anteil demzufolge nicht mehr dem Nießbrauchsberechtigten zuzurechnen, übernimmt der Rechtsnachfolger die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers.

Soweit das FA zur Begründung seiner Argumentation auf das Schreiben des Bayerischen Landesamts für Steuern vom 28.1.2011 (juris) verweist und eine Aufteilung der vom Rechtsvorgänger übergehenden Anschaffungskosten vorschlägt, bezieht sich dieses Schreiben auf die entgeltliche Ablösung des Vorbehaltsnießbrauchs eines vermieteten Grundstücks. Hinsichtlich der unentgeltlichen Übertragung eines Grundstücks regelt sich die Übernahme der Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers durch den Rechtsnachfolger – für Zwecke der Absetzung für Abnutzung – jedoch nach der EStDV und nicht nach der hier einschlägigen Vorschrift des § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG.

3. Es kann offenbleiben, ob ggf. eine Erfassung der Ablöszahlung beim Beigeladenen als Entschädigung für die entgangenen Dividendenansprüche nach § 24 Nr. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, Abs. 2a Satz 3 EStG oder nach § 24 Nr. 2, § 17 Abs. 2 EStG in Betracht kommt (vgl. BFH, Urteile vom 25.11.1992, XStBl II 1996, S. 663 unter II.1. b und vom 23.5.2012, IX R 32/11, BFHE 237, 234, BStBl II 2012, S. 675). Denn dies führt im Revisionsverfahren nicht zur Aufhebung der Ausgangsentscheidung, da die Einkommensteuerfestsetzung des Beigeladenen nicht Streitgegenstand ist.

Anmerkung:

Das Besprechungsurteil stellt für die notarielle Praxis wichtige Rechtsgrundsätze bei der Übertragung eines GmbH-Anteils unter Vorbehaltsnießbrauch klar. Nach dem BFH liegt eine unentgeltliche Übertragung nach § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG auch bei der Übertragung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft unter Vorbehaltsnießbrauch vor. Die Zahlungen für die Ablösung eines (Vorbehalts-)Nießbrauchs an einer Beteiligung im Sinne von § 17 EStG stellen im Rahmen der Ermittlung der Einkünfte nach § 17 EStG nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung dar.

1. Nießbrauch an einem GmbH-Anteil

Die Übertragung eines Anteils an einer GmbH unter Nießbrauchsvorbehalt wird sowohl von der Rechtsprechung¹ als auch von der Finanzverwaltung² anerkannt.

In der Praxis ist hingegen fraglich, ob die Bestellung eines Zuwendungsnießbrauchs an einem GmbH-Gesellschaftsanteil steuerlich anerkannt wird. Die höchstrichterliche Rechtsprechung³ lehnt die steuerliche Berücksichtigung eines Zuwendungsnießbrauchs im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab, da dieser Nießbrauch letztlich einer Abtretung der Gewinnansprüche gleichkomme. Dem folgt auch die Fi-

¹ Vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 28.1.1992, VIII R 207/85, BFHE 167, 90, BStBl II 1992, S. 605.

² Schreiben des Bundesministerium der Finanzen vom 23.11.1983, IV B 1-S 2253-103/83, BStBl I 1983, S. 508 Tz. 55.

³ Vgl. BFH, Urteil vom 14.12.1976, VIII R 146/73, BFHE 121, 53, BStBl II 1977, S. 115.

nanzverwaltung⁴. Diese Auffassung erscheint angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG in der Fassung seit VZ 2009 fraglich.⁵ Danach sind die Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG dem Nießbraucher zuzurechnen, ohne dass der Gesetzgeber zwischen dem Vorbehaltsnießbrauch und dem Zuwendungsnießbrauch unterscheidet. Da in diesem Bereich Rechtsunsicherheit herrscht, ist es in der Praxis geboten, eine verbindliche Auskunft beim zuständigen Finanzamt zu beantragen.

2. Zurechnung der Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers

Wenn die GmbH-Anteile – wie im Besprechungsfall – unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen werden, liegt eine unentgeltliche Rechtsnachfolge vor. Die Übertragung der GmbH-Anteile unter Vorbehalt eines Nießbrauchs lässt die Unentgeltlichkeit der Vermögensübertragung unberührt. Vielmehr erhält der Empfänger nach der Rechtsprechung des BFH⁶ von vornherein nur den mit dem Nießbrauch belasteten Gesellschaftsanteil. Geht das wirtschaftliche Eigentum an dem nießbrauchsbelasteten Gesellschaftsanteil nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO auf den Rechtsnachfolger über und ist der Anteil demzufolge nicht mehr dem Nießbrauchsberechtigten zuzurechnen, übernimmt der Rechtsnachfolger die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers (§ 17 Abs. 2 Satz 5 EStG). Es ist beim Erwerber keine Kürzung der vom Rechtsvorgänger übernommenen Anschaffungskosten nach dem Verhältnis des Verkehrswerts des belasteten Anteils zum Verkehrswert des unbelasteten Anteils zum Zeitpunkt der Ablösung des Nießbrauchs vorzunehmen.

Abweichend von dem im Besprechungsfall für das Revisionsgericht bindend festgestellten Sachverhalt ist in der Praxis aber zu berücksichtigen und zu prüfen, ob das wirtschaftliche Eigentum an den nießbrauchsbelasteten GmbH-Anteilen nicht beim Nießbrauchsberechtigten verblieben ist, was bei Anteilen an einer GmbH nicht selten der Fall sein dürfte.

3. Aufwendungen zur Befreiung von einem Nießbrauch

Eine Anteilsveräußerung liegt auch dann nicht vor, wenn das Nießbrauchsrecht später abgelöst wird und der Nießbraucher für seinen Verzicht eine Abstandszahlung erhält, sofern der Verzicht auf einer neuen Entwicklung der Verhältnisse beruht (Ablehnung des sog. Surrogationsprinzips).⁷ Das Besprechungsurteil bestätigt diesen Grundsatz. Löst der Gesellschafter das Nutzungsrecht ab, so verschafft er sich die vollständige Eigentümerbefugnis an dem Gegenstand. Daher sind die Aufwendungen zur Befreiung von einem Nießbrauch beim

⁴ Schreiben des Bundesministerium der Finanzen vom 23.11.1983, IV B 1-S 2253-103/83, BStBl I 1983, S. 508 Tz. 56 ff.

⁵ Ebenso *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 33. Aufl. 2014, § 20 Rdnr. 176.

⁶ Vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 14.6.2005, VIII R 14/04, BFHE 210, 278, BStBl II 2006, S. 15.

⁷ Vgl. bereits BFH, Urteil vom 14.6.2005, VIII R 14/04, BFHE 210, 278, BStBl II 2006, S. 15.

Gesellschafter im Rahmen seiner Ermittlung der Einkünfte nach § 17 EStG als nachträgliche Anschaffungskosten (vgl. § 255 HGB) einzustufen.

Würde hingegen – anders als im Besprechungsfall – ein Vorbehaltsnießbrauch lediglich deswegen vereinbart, um ihn kurze Zeit später durch Abfindungszahlung abzulösen, dann wird regelmäßig bereits die steuerliche Anerkennung der Nießbrauchsbestellung zweifelhaft sein, weil sie nicht ernsthaft gewollt ist. Die Anerkennung der Nießbrauchsbestellung dürfte in diesen Fällen in der Regel an den Grundsätzen für Angehörigenverträge oder am Missbrauchsverbot von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO scheitern.

4. Steuerliche Behandlung der Ablösezahlung beim Nießbrauchsberechtigten

Im Besprechungsfall war nicht zu entscheiden und konnte daher offenbleiben, ob ggf. eine Erfassung der Ablösezahlung beim Nießbrauchsberechtigten als Entschädigung für die entgangenen Dividendenansprüche nach § 24 Nr. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, § 20 Abs. 2a Satz 3 EStG oder nach § 24 Nr. 2, § 17 Abs. 2 EStG in Betracht kommt.

Entschädigungen im Sinne des § 24 Nr. 1 lit. a EStG sind Leistungen, die als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen gewährt werden, d. h. an die Stelle weggefallener oder wegfallender Einnahmen treten. Der Nießbrauchsberechtigte müsste einen Schaden durch Wegfall von Einnahmen erlitten haben und die Zahlung muss unmittelbar dazu bestimmt sein, diesen Schaden auszugleichen, d. h. die Abfindungszahlung müsste an die Stelle der ursprünglichen Nießbrauchvereinbarung treten. Ferner setzt eine Entschädigung im Sinne des § 24 Nr. 1 lit. a EStG voraus, dass der Ausfall der Einnahmen entweder von dritter Seite veranlasst wurde oder, wenn er vom Steuerpflichtigen selbst oder mit dessen Zustimmung herbeigeführt worden ist, dieser unter rechtl. wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck stand.⁸ Es ist ungeklärt und bleibt abzuwarten, ob die weitere Rechtsprechungsentwicklung Ablösezahlungen als Entschädigungen im Sinne des § 24 Nr. 1 lit. a EStG ansehen wird. Dafür könnte sprechen, dass mit der Ablösezahlung wirtschaftlich die aus dem GmbH-Anteil resultierenden Ansprüche auf die Dividenden abgegolten werden sollen. Nach § 20 Abs. 2a Satz 3 EStG steht der Nießbrauchsberechtigte hinsichtlich der Erfassung der Dividenden dem Anteilseigner gleich.

Eine steuerliche Erfassung der Ablösezahlung nach § 24 Nr. 2, § 17 Abs. 2 EStG würde u. a. voraussetzen, dass Einkünfte aus einer „ehemaligen Tätigkeit“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 gegeben wären. Die unentgeltliche Übertragung unter Vorbehaltsnießbrauch kann aber kaum als solche „ehemalige Tätigkeit“ angesehen werden.

Richter am Bundesfinanzhof Dr. *Harald Schießl*

⁸ Vgl. die st. Rspr. des BFH, zum Beispiel Urteil vom 29.2.2012, IX R 28/11, BFHE 237, 56, BStBl II 2012, S. 596 m. w. N.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

2015

Stand: 1.10.2015

Tabelle zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBI 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2015 für Gebäude 17,0

Anleitung

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, 5604-VI-4032/04.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	13,464	13,464	13,464	13,328	13,192
2	13,328	13,464	13,192	13,056	12,648
3	13,192	13,328	13,056	12,784	12,240
4	13,056	13,328	12,920	12,512	11,832
5	12,920	13,192	12,784	12,240	11,288
6	12,784	13,192	12,512	11,968	10,880
7	12,648	13,056	12,376	11,696	10,472
8	12,512	13,056	12,240	11,424	9,928
9	12,376	12,920	12,104	11,152	9,520
10	12,240	12,784	11,832	10,880	9,112
11	12,104	12,784	11,696	10,608	8,568
12	11,968	12,648	11,560	10,336	8,160
13	11,832	12,648	11,424	10,064	7,752
14	11,696	12,512	11,152	9,792	7,208
15	11,560	12,376	11,016	9,520	6,800
16	11,424	12,376	10,880	9,248	6,392
17	11,288	12,240	10,744	8,976	5,848
18	11,152	12,104	10,472	8,704	5,440
19	11,016	12,104	10,336	8,432	5,032
20	10,880	11,968	10,200	8,160	4,488
21	10,744	11,832	10,064	7,888	und darüber (Restwert = 30 %): 4,080
22	10,608	11,832	9,792	7,616	
23	10,472	11,696	9,656	7,344	
24	10,336	11,560	9,520	7,072	
25	10,200	11,424	9,384	6,800	
26	10,064	11,424	9,112	6,528	
27	9,928	11,288	8,976	6,256	
28	9,792	11,152	8,840	5,984	
29	9,656	11,016	8,704	5,712	

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
30	9,520	10,880	8,432	5,440	
31	9,384	10,880	8,296	5,168	
32	9,248	10,744	8,160	4,896	
33	9,112	10,608	8,024	4,624	
34	8,976	10,472	7,752	4,352	
35	8,840	10,336	7,616	und darüber (Restwert = 30 %): 4,080	
36	8,704	10,336	7,480		
37	8,568	10,200	7,344		
38	8,432	10,064	7,072		
39	8,296	9,928	6,936		
40	8,160	9,792	6,800		
41	8,024	9,656	6,664		
42	7,888	9,520	6,392		
43	7,752	9,384	6,256		
44	7,616	9,248	6,120		
45	7,480	9,112	5,984		
46	7,344	8,976	5,712		
47	7,208	8,840	5,576		
48	7,072	8,704	5,440		
49	6,936	8,568	5,304		
50	6,800	8,432	5,032		
51	6,664	8,296	4,896		
52	6,528	8,160	4,760		
53	6,392	8,024	4,624		
54	6,256	7,888	4,352		
55	6,120	7,752	4,216		
56	5,984	7,616	und darüber (Restwert = 30 %): 4,080		
57	5,848	7,480			

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
58	5,712	7,344			
59	5,576	7,208			
60	5,440	7,072			
61	5,304	6,936			
62	5,168	6,800			
63	5,032	6,664			
64	4,896	6,528			
65	4,760	6,256			
66	4,624	6,120			
67	4,488	5,984			
68	4,352	5,848			
69	4,216	5,712			
70	und darüber (Restwert = 30 %): 4,080	5,440			
71		5,304			
72		5,168			
73		5,032			
74		4,896			
75		4,624			
76		4,488			
77		4,352			
78		und darüber (Restwert = 30 %): 4,216			
79					
80					

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 18.1.2016:
Notarin Dr. Yvonne van Eickels, Karlstadt

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.2.2016:
Notar Klaus Unckrich, Bad Dürkheim
Notar Hans-Peter Rüth, München
Mit Wirkung zum 1.3.2016:
Notarin Maria Lauckner, Hollfeld

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.1.2016:
Wörth a. d. Donau der Notarassessorin
 Sandra Wenger
 (bisher in Landsberg am Lech,
 Notarstellen
 Kuhn/Regensburger)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Sebastian Schmitt, Regensburg
(Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer), ab 1.12.2015
in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)
Amtfrau i. N. Christine Reindl, Fürth (Notarstellen
Dr. Fleischer/Walter), ab 1.10.2015 in Nürnberg
(Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel)
Inspektor i. N. Stefan Berger, Fürstfeldbruck
(Notarstellen Schüßler/Langnau), ab 1.1.2016
in München (Prüfungsabteilung der
Notarkasse A. d. ö. R.)
Inspektorin i. N. Jessica von Zimmermann,
Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Dr. Hamberger),
ab 18.1.2016 in München
(Notarstellen Kärtner/Dr. Huttenlocher)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektor i. N. Johannes Thoma, München
(Notarstellen Dr. Götte/Lautner),
zum 31.12.2015 ausgeschieden

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.1.2016:
Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):
Helmut Jauß, Kaiserslautern (Notarstelle Naumann)
*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N.
(Entgeltgruppe 12)*
Paulina Oberfichtner, Nürnberg (Notarstelle Busse)
Christine Weidenegger, Mühldorf a. Inn
(Notarstellen Dr. Weishäupl/Hain)
Bernhard Wolf, Kandel/Pfalz
(Notarstellen Dr. Kiefer/Dr. Pohl)
Bernd Zimmermann, Pirmasens (Notarstelle Oltmanns)
*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N.
(Entgeltgruppe 11):*
Andreas Böhm, Starnberg
(Notarstellen Klöcker/Volmer)
Jörg Hörchner, Nürnberg
(Notarstellen Dr. Adrian/Kroier)
Adelgunde Kienberger, Türkheim (Notarstelle Albrecht)
Uwe Lenz, Hof (Notarstelle Dr. Suttmann)
Elke Murke, Lauf a. d. Pegnitz
(Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Feierlein)
Marion Reif, Nürnberg (Notarstelle Weser)
Roland Wiedenmann, Friedberg
(Notarstellen Deutrich/Dr. Ihrig)
Jürgen Zeller, Kaufbeuren (Notarstelle Gürtler)
*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N.
(Entgeltgruppe 10):*
Jörg Bayer, Günzburg (Notarstellen Wachter/Dr. Braun)
Angela Bissinger, Augsburg (Notarstelle Röder)
Frank Fritz, Alzenau
(Notarstellen Dr. Bleifuß/Dr. Pötting)
Anja Herzog, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel)
Michael Kerres, München
(Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)
Susanne Lechner, Augsburg
(Notarstellen Michelfeit/Dr. Moes)
Beatrice Meister, Ansbach (Notarstelle Appel)
Robert Ortlaf, Eltmann (Notarstelle Dr. Berger)
Brita Ringling-Gläser, Bayreuth (Notarstelle Tafelmeier)
Lucia Schütz, Regensburg
(Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)
Michael Spranger, München (Notarstelle Dr. Schuck)
Jürgen Wittmann, Ingolstadt
(Notarstellen Prof. Dr. Wegmann/Dr. Auktor)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.
(Entgeltgruppe 9 Stufe 4–5):*

Katharina Fritsch, Augsburg (Notarstelle Feist/Kristic)

Katharina Jenewein, Höchstädt a. d. Donau
(Notarstelle Schmid)

Monika Kampfhammer, Rotthalmünster
(Notarstellen Färber/Dr. Huber)

Verena Riepl, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Carina Romano, Augsburg (Notarstellen Feist/Kristic)

Jessica von Zimmermann, Bischofsheim a. d. Rhön
(Notarstelle Dr. Hamberger)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

München, Notarstelle Dr. Schaub
Marienplatz 4, 80331 München (ab 18.1.2016)

Würzburg, Notarstellen Dünninger/Adam
E-Mail: info@notare-eichhornstrasse7.de

SONSTIGES

8. Kolloquium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

„Digitaler Nachlass“

Freitag, 29. Januar 2016, 15.30 Uhr, im Luthersaal des Evangelischen Augustinerklosters zu Erfurt,
Augustinerstraße 10, 99084 Erfurt

Das Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena richtet am 29. Januar 2016 im Luthersaal des Evangelischen Augustinerklosters zu Erfurt, Augustinerstraße 10, 99084 Erfurt sein 8. Kolloquium zum Thema „Digitaler Nachlass“ mit anschließendem Neujahrsempfang aus.

Referieren werden hierzu Herr Prof. Dr. *Christian Alexander*, Friedrich-Schiller-Universität Jena: „Digitaler Nachlass als Rechtsproblem? Überlegungen aus persönlichkeitsrechtlicher, datenschutzrechtlicher und vertragsrechtlicher Sicht“ sowie Herr Notar Dr. *Stefan Gloser*, Naila: „Der ‚digitale Nachlass‘ in der notariellen Praxis“.

Die Teilnahme an der Veranstaltung ist kostenfrei. Anmeldungen sind bis zum 8. Januar 2016 zu richten an das Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, Telefax 03641 942512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de. Weitere Informationen siehe unter http://www.rewi.uni-jena.de/Institut_fuer_Notarrecht_Aktuelles.html.

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele
Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller

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, bezogen werden.

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:
Universal Medien GmbH, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Intensivkurs Erbrecht
(*Frenz*)
11.–12.1.2016 in Oldenburg
2. Zwangsversteigerungsrecht in der notariellen Vertragsgestaltung
(*Franck*)
29.1.2016 in Bochum
3. Das GNotKG in der Praxis
(*Tondorf*)
29.1.2016 in Trier
4. 27. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts; Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht; Allgemeine Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung und der Zwangsvollstreckung in Grundstücke; Wohnungseigentumsrecht; Bauträgervertragsrecht, Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit
(*Block/Huttenlocher/Monreal/Naumann/Rapp/Sikora/Simon*)
15.–20.2.2016 in Berlin
5. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2015/2016
(*Hertel/Herrler/Kessler*)
18.2.2016 in Heusenstamm
6. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2015/2016
(*Hertel/Herrler/Kessler*)
19.2.2016 in Köln
7. Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis
(*Hartmann/Piltz*)
19.2.2016 in Westerstede
8. Aktuelles Steuerrecht für Notare
(*Wälzholz*)
26.2.2016 in Bochum

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. Arndt/Lerch/Sandkühler: Bundesnotarordnung. 8. Aufl., Heymanns, 2016. 1056 S., 164 €
2. Bärman: Wohnungseigentumsgesetz. 13. Aufl., Beck, 2015. 1844 S., 139 €
3. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: 74. Aufl., Beck, 2016. 3471 S., 169 €
4. Bork/Schäfer (Hrsg.): GmbHG. 3. Aufl., RWS, 2015. 1428 S., 124 €
5. Bürgers/Fett: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. 2. Aufl., Beck, 2015. 817 S., 179 €
6. Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg.): EU ErbVO. Nomos, 2015. 763 S., 148 €
7. Fuhrmann/Wälzholz (Hrsg.): Formularbuch Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., Schmidt, 2015. 2894 S., 169 €
8. Hüßtege/Mansel (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch: Band 6: Rom-Verordnungen – EuErbVO – HUP. 2. Aufl., Nomos, 2015. 1204 S., 138 €
9. Münch: Vereinbarungen zum reformierten Versorgungsausgleich. 2. Aufl., Beck, 2015. 286 S., 39 €
10. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil. 7. Aufl., Beck, 2016. 3073 S., 289 €
11. Ries (Hrsg.): Praxis- und Formularbuch zum Registerrecht. 3. Aufl., RWS, 2015. 696 S., 84 €
12. Roth/Altmeppen: GmbHG. 8. Aufl., Beck, 2015. 1445 S., 99 €
13. Stöber/Otto: Handbuch des Vereinsrechts. 11. Aufl., Schmidt, 2016. 924 S., 84,80 €
14. Zöller: ZPO. 31. Aufl., Schmidt, 2016. 3502 S., 169 €

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