

2 MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2013

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Dr. Bernadette Bord,
Notarassessorin

Boris Pulyer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Ihle: Umsatzsteuerrechtliche Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Erbringung notarieller Dienstleistungen 97

Demharter: Änderungen des Gesetzes über das Unschädlichkeitszeugnis 104

Sagmeister: Pflichtteilsrechtliche und erbschaftsteuerliche Probleme bei trans-/postmortalen Vollmachten 107

Rechtsprechung

Erstattung von Notarkosten bei Ausübung eines Vorkaufsrechts (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.4.2012, 16 U 226/10) 125 mit Anmerkung *Schermaier* 127

Kostenregelung hinsichtlich Balkonteilen (BGH, Urteil vom 16.11.2012, V ZR 9/12) 128 mit Anmerkung *Kreuzer* 129

Verwalterzustimmung nach Beendigung des Verwalteramts (BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12) 130 mit Anmerkung *Kreuzer* 132

Sondernutzungsrecht zugunsten Miteigentumsanteils (BGH, Beschluss vom 10.5.2012, V ZB 279/11) 133 mit Anmerkung *Kühnlein* 134

Verrechnungsvereinbarung bzgl. Beamtenversorgungsanrechten (OLG Celle, Beschluss vom 10.8.2012, 10 UF 139/12) 138 mit Anmerkung *Münch* 140

Ergänzungsanspruch des noch nicht Pflichtteilsberechtigten (BGH, Urteil vom 23.5.2012, IV ZR 250/11) 143 mit Anmerkung *Röhl* 146

Beginn der Ausschlagungsfrist für den minderjährigen Erben (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.7.2012, 21 W 22/12) 150 mit Anmerkung *Kölmel* 153

Prüfung einer Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung (BGH, Beschluss vom 16.5.2012, I ZB 65/11) 163 mit Anmerkung *Volmer* 164

Belehrungspflicht bei der Annahme ohne Vorlage des Angebots (BGH, Urteil vom 8.12.2011, III ZR 225/10) 168 mit Anmerkung *Sorge* 170

Verwertbarkeit eines selbst genutzten, mit einem Wohnrecht belasteten Hausgrundstücks (BSG, Urteil vom 12.7.2012, B 14 AS 158/11 R) 174 mit Anmerkung *Grziwotz* 176

Inhalt

Aufsätze

Ihle: Umsatzsteuerrechtliche Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Erbringung notarieller Dienstleistungen **97**

Demharter: Änderungen des Gesetzes über das Unschädlichkeitszeugnis **104**

Sagmeister: Pflichtteilsrechtliche und erbschaftsteuerliche Probleme bei trans-/postmortalen Vollmachten **107**

Tagungsberichte

Stretz: Die neue Erbrechtsverordnung **115**

Buchbesprechungen

Grziwotz (Hrsg.): MaBV (*Kilian*) **119**

Demharter: Grundbuchordnung (*Krafka*) **120**

Horn/Kroiß: Testamentsauslegung (*Seitz*) **120**

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 1: Handelsstand, §§ 1-104a (*Bauer*) **121**

Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch (*Hantke*) **122**

Limmer (Hrsg.): Handbuch der Unternehmensumwandlung (*Schaub*) **123**

Handzik: Erbschaft- und Schenkungsteuer (*Wartenburger*) **124**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Erstattung von Notarkosten bei Ausübung eines Vorkaufsrechts (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.4.2012, 16 U 226/10) **125**
mit Anmerkung *Schermaier* **127**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Kostenregelung hinsichtlich Gemeinschaftseigentum an Balkonteilen (BGH, Urteil vom 16.11.2012, V ZR 9/12) **128**
mit Anmerkung *Kreuzer* **129**
3. Wirksamkeit der Verwalterzustimmung auch bei Beendigung des Verwalteramts vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt (BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12) **130**
mit Anmerkung *Kreuzer* **132**
4. Sondernutzungsrecht zugunsten Miteigentumsanteils an Wohnungs- oder Teileigentumseinheit (BGH, Beschluss vom 10.5.2012, V ZB 279/11) **133**
mit Anmerkung *Kühnlein* **134**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

5. Zulässige Vereinbarung über die Verrechnung von Beamtenversorgungsanrechten (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 22.10.2012, 10 UF 137/12) **136**
6. Zulässige Vereinbarung über die Verrechnung von Beamtenversorgungsanrechten (OLG Celle, Beschluss vom 10.8.2012, 10 UF 139/12) **138**
mit Anmerkung *Münch*
(zugleich Anmerkung zu Schleswig-Holsteinischem OLG, Beschluss vom 22.10.2012, 10 UF 137/12) **140**
7. Unzulässige Vereinbarung über die Verrechnung von Beamtenversorgungsanrechten (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 18.11.2011, 13 UF 72/11) **141**

Erbrecht

8. Pflichtteilergänzungsanspruch für zum Zeitpunkt der Schenkung nicht Pflichtteilsberechtigten (BGH, Urteil vom 23.5.2012, IV ZR 250/11) **143**
mit Anmerkung *Röhl* **146**
9. Mitwirkung des Nacherben bei der Löschung eines Grundpfandrechts (OLG Hamm, Beschluss vom 20.7.2012, I-15 W 486/11) **148**
mit Anmerkung *Keim* **149**
10. Beginn der Ausschlagungsfrist für den minderjährigen Erben (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.7.2012, 21 W 22/12) **150**
mit Anmerkung *Kölmel* **153**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. Zur Aufhebung von qualifizierten Mehrheitserfordernissen nach dem Gesellschaftsvertrag bei Publikumsgesellschaften (*nur Leitsatz*) (BGH, Urteil vom 16.10.2012, II ZR 251/10) **155**
12. Auf der Mitgliedschaft beruhende Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an einzelne Gesellschafter in der Regel keine Schenkung (BGH, Urteil vom 18.9.2012, II ZR 50/11) **156**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. Zwangsvollstreckung durch Rechtsnachfolger aufgrund Eintragung in Genossenschaftsregister (BGH, Beschluss vom 8.11.2012, V ZB 124/12) **160**
14. Prüfungskompetenz des Vollstreckungsgerichts bei Vorlage einer einfachen Vollstreckungsklausel (BGH, Beschluss vom 25.10.2012, VII ZB 57/11) **162**
15. Prüfung einer Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung allein im Klauselerteilungsverfahren (BGH, Beschluss vom 16.5.2012, I ZB 65/11) **163**
mit Anmerkung *Volmer* **164**
(zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.11.2012, V ZB 124/12, und zu BGH, Beschluss vom 25.10.2012, VII ZB 57/11)

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

16. Unwirksame Ermächtigung des Urkundsnotars zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers
(BGH, Beschluss vom 10.10.2012, IV ZB 14/12) **166**
17. Belehrungspflicht bei Beurkundung einer Annahme ohne Vorlage des Angebots
(BGH, Urteil vom 8.12.2011, III ZR 225/10) **168**
mit Anmerkung *Sorge* **170**

Kostenrecht

18. Gebühren und Geschäftswert für Berichtigung des Grundbuchs bei GbR-Gesellschafterwechsel
(OLG München, Beschluss vom 19.7.2012, 34 Wx 522/11 Kost) **171**
mit Anmerkung *Tiedtke* **173**

Öffentliches Recht

19. Verwertbarkeit eines selbst genutzten, mit einem Wohnungsrecht belasteten Hausgrundstücks im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende
(BSG, Urteil vom 12.7.2012, B 14 AS 158/11 R) **174**
mit Anmerkung *Grziwotz* **176**

Steuerrecht

20. Verkauf von Betriebsvermögen des Gesellschafters an ZedraGesellschaft; keine Aufdeckung stiller Reserven entsprechend betrieblicher Beteiligung
(BFH, Urteil vom 26.4.2012, IV R 44/09) **179**
mit Anmerkung *Gutfried* **181**

Standesnachrichten **184**

Sonstiges **III**

2 | MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2013 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Bernadette Bord,
Boris Pulyer
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Umsatzsteuerrechtliche Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Erbringung notarieller Dienstleistungen

Von Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Umsatzsteuerrechtliche Gesichtspunkte spielen in der notariellen Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Da der Notar selbst aber Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG ist, hat er zumindest bei der Abrechnung seiner ausgeführten Leistungen auch die Anforderungen des Umsatzsteuerrechts zu berücksichtigen. Vom Notar ausgestellte Kostenrechnungen müssen hierbei den Vorgaben des § 14 UStG genügen. Insbesondere muss aus der Rechnung der richtige Leistungsempfänger des Notars hervorgehen. Ist das nicht der Fall, ist der Notar zur Korrektur der Gebührenrechnung verpflichtet.

Der Beitrag zeigt anhand von Beispielfällen die Schwierigkeiten auf, die bei der Ermittlung des notariellen Leistungsempfängers auftreten können. Zugleich werden Kriterien entwickelt, anhand derer die umsatzsteuerlichen Leistungsbeziehungen zwischen dem Notar und den Beteiligten beurteilt werden können.

I. Problemstellung

Der Gebührenanspruch des Notars entsteht mit Verwirklichung eines Gebühren- oder Auslagentatbestands der Kostenordnung, insbesondere der §§ 36 ff. KostO. Wer die Kosten schuldet, ist ebenfalls in der Kostenordnung geregelt.¹ Wem gegenüber der Notar eine Rechnung über die von ihm erbrachten Leistungen erteilen muss und ob dies mit oder ohne Umsatzsteuerausweis zu geschehen hat, beurteilt sich indes nach den Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes (UStG).

Für den Notar stellt sich damit die umsatzsteuerrechtliche Frage, wer eigentlich Empfänger seiner notariellen Dienstleistung (= „sonstige Leistung“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 i. V. m. § 3 Abs. 9 Satz 1 UStG) ist und ob sein Kostenschuldner und Leistungsempfänger auch unterschiedliche Personen sein können. Die folgenden Beispielfälle veranschaulichen die Problematik:

Beispiel 1 (Fall nach FG Nürnberg):²

Der Notar beurkundet einen Grundstückskaufvertrag. Der Käufer, der sich vertraglich zur Übernahme der Beurkundungskosten verpflichtet hat, erwirbt das Grundstück zur Bewirkung steuerpflichtiger Vermietungsumsätze. Das Finanzamt vertritt die Auffassung, dass der Notar seine in der Beurkundung liegende Leistung zu gleichen Teilen auch gegenüber dem Verkäufer erbracht hat. Es hat daher den vom Käufer begehrten Vorsteuerabzug aus der ihm erteilten Rechnung des Notars um die Hälfte gekürzt.

Beispiel 2:

Der zum Vorsteuerabzug berechtigte Unternehmer U verkauft seine Beteiligung an einer GmbH an einen Nichtunternehmer. Entsprechend der Kostentragsregelung im Anteilskaufvertrag soll der Notar die Beurkundungsgebühr nebst Umsatzsteuer dem Verkäufer in Rechnung stellen.

Abwandlung des Beispiels 2:

Bei dem Verkäufer der Beteiligung handelt es sich um ein in den USA ansässiges Unternehmen. Der Erwerber ist ein Unternehmer mit Sitz im Inland.

Beispiel 3:

Der Notar beurkundet einen Ehevertrag. Die darin enthaltenen Regelungen zur Herausnahme der GmbH-Beteiligung der

¹ Vgl. §§ 2 ff. KostO.

² FG Nürnberg, Urteil vom 24.7.1990, II 61/87, EFG 1991, 50.

Ehefrau aus dem Zugewinnausgleich dienen der Erfüllung einer entsprechenden Verpflichtung der Ehefrau aus dem Gesellschaftsvertrag der GmbH. Die GmbH bittet den Notar um Ausstellung der Kostenrechnung auf ihren Namen.

Beispiel 4:

Der Notar beurkundet eine Vollmacht. Der Vollmachtgeber bittet den Notar, die Rechnung auf den Bevollmächtigten auszustellen.

Beispiel 5:

Der Eigentümer eines Grundstücks (=Nichtunternehmer) bestellt eine Grundschuld für eine Bank als Sicherheit für deren Forderungen gegen eine GmbH. An der GmbH ist der Grundschuldbesteller zu 100 % beteiligt. Die Rechnung soll auf die GmbH ausgestellt werden, die sich gegenüber dem Notar zur Übernahme der Kosten bereit erklärt hat.

II. Bedeutung des Leistungsempfängers im Umsatzsteuerrecht

Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG kann ein Unternehmer die gesetzlich geschuldete Steuer für eine notarielle Leistung, die für sein Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG ausgeführt wurde,³ als Vorsteuer abziehen. Das Recht zum Vorsteuerabzug steht allerdings nur dem Leistungsempfänger zu, der im Besitz einer alle Pflichtangaben nach § 14 UStG enthaltenden Rechnung mit gesondertem Umsatzsteuerausweis ist (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 UStG). Nach § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UStG muss der Notar in der Kostenrechnung unter anderem den Namen und die Anschrift des tatsächlichen Leistungsempfängers vollständig angeben.⁴ Ist die Angabe des Leistungsempfängers in der Rechnung unrichtig, ist diese zu korrigieren. Bis dahin ist ein Vorsteuerabzug aus der falschen Rechnung ausgeschlossen.⁵ Mit der Angabe des Leistungsempfängers soll somit sichergestellt werden, dass der Vorsteuerabzug nur vom Anspruchsinhaber geltend gemacht wird und dieser von der Finanzverwaltung ohne Weiteres ermittelt werden kann.⁶

Mit der Vorsteuerabzugsberechtigung des Leistungsempfängers korrespondiert auf der Seite des leistenden Notars dessen Recht, dem Leistungsempfänger gegenüber mit gesondertem Steuerausweis abzurechnen und nach § 151a KostO Ersatz der auf seine Kosten entfallenden Umsatzsteuer zu verlangen.⁷ Sollte der in Anspruch genommene Kostenschuldner ausnahmsweise nicht der Empfänger der notariellen Dienstleistung sein, muss aus dem Inhalt der Gebührenrechnung (oder aus anderen Unterlagen, auf die in der Rechnung hingewiesen wird), Name und Anschrift des umsatzsteuerlichen

Leistungsempfängers eindeutig hervorgehen.⁸ Die Bestimmung des Leistungsempfängers ist daher für die umsatzsteuerlich korrekte Ausstellung der Kostenrechnung unverzichtbar.

Die umsatzsteuerrechtliche Ermittlung des Leistungsempfängers ist darüber hinaus in Fällen mit Auslandsberührung vorgreiflich für die Beurteilung, ob eine notarielle Leistung überhaupt steuerbar ist und ob der Notar bei der Vornahme „grenzüberschreitender“, im Inland nicht steuerbarer Amtsgeschäfte besondere Melde- und Hinweispflichten zu beobachten hat.⁹ Dies gilt vor allem dann, wenn der Ort der notariellen Leistung von der Unternehmereigenschaft des Leistungsempfängers abhängt.¹⁰

III. Allgemeine Grundsätze zur Bestimmung des Leistungsempfängers

Eine Leistung wird grundsätzlich an diejenige Person ausgeführt, die aus dem Schuldverhältnis, welches dem Leistungsaustausch zugrunde liegt, berechtigt und verpflichtet ist.¹¹ Leistungsempfänger ist somit regelmäßig der Auftraggeber oder Besteller der Leistung.¹² Insoweit kommt es maßgeblich auf die zivilrechtlichen Vereinbarungen der Beteiligten bei der Auftragsvergabe und nicht auf die tatsächliche Abwicklung an.¹³

Für wessen Rechnung die Leistung ausgeführt wird oder wem die Leistung in wirtschaftlicher Hinsicht zugutekommt, ist demgegenüber unerheblich. Auch Entgeltzahlungen oder die Übernahme von Kosten durch einen Dritten machen diesen nicht zum Leistungsempfänger.¹⁴ Geschäfte für Rechnung eines Dritten können diesem umsatzsteuerrechtlich nicht zugerechnet werden, wenn sie nicht in seinem Namen erfolgen.¹⁵ Von einem Leistungsbezug durch denjenigen, der im eigenen Namen und für fremde Rechnung handelt, ist auch bei Strohmann- und Treuhandgeschäften auszugehen.¹⁶

Eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip besteht lediglich beim sog. Geschäft für den, den es angeht.¹⁷ Hier ist eine Offenlegung des Vertreterwillens nicht erforderlich, da der Gegenpartei die Person des Vertragspartners gleichgültig ist.¹⁸ Diese Voraussetzung ist in der Regel nur bei Bargeschäften des täglichen Lebens gegeben, sicherlich aber nicht bei der Vornahme notarieller Tätigkeiten.

Die allgemeine Anknüpfung des Umsatzsteuerrechts an das Zivilrecht bei der Bestimmung des Leistungsempfängers liegt

⁸ Abschnitt 15.2 Abs. 20 Satz 3 UStAE.

⁹ Eingehend dazu *Ihle*, notar 2010, 75 ff.; *Masuch*, notar 2010, 257 ff.; DNotI-Report 2010, 173 ff.

¹⁰ Vgl. hierzu § 3a Abs. 1, 2, 4 Satz 1 und 2 Nr. 3 UStG.

¹¹ BFH, Beschluss vom 13.9.1984, V B 10/84, BStBl II 1985, S. 21; BFH, Urteil vom 24.8.2006, V R 16/05, DStR 2006, 2249; BFH, Urteil vom 23.9.2009, XI R 14/08, DStR 2009, 2667.

¹² Abschnitt 15.2. Abs. 16 Satz 2 UStAE.

¹³ Siehe auch BFH, Beschluss vom 2.11.2011, V B 46/11, BFH/NV 2012, 801.

¹⁴ Vgl. BFH, Urteil vom 24.3.1987, X R 27/81, BFH/NV 1987, 473; *Sölch/Ringleb/Wagner*, Umsatzsteuer, 67. Aufl. 2012, § 15 UStG Rdnr. 170.

¹⁵ Vgl. dazu auch die Regelungen zu Kommissionsgeschäften in § 3 Abs. 3, 11 UStG; BFH, Urteil vom 20.10.1994, V R 96/92, BFH/NV 1995, 459.

¹⁶ BFH, Urteil vom 18.2.2009, V R 82/07, DStRE 2009, 739 m. w. N.

¹⁷ BFH, Urteil vom 23.9.2009, XI R 14/08, DStR 2009, 2667.

¹⁸ Vgl. *Palandt/Ellenberger*, 71. Aufl. 2012, § 164 Rdnr. 8.

³ Zur Prüfung, ob eine Leistung für das Unternehmen bezogen ist, vgl. BFH, Urteil vom 27.1.2011, V R 38/09, DStR 2011, 454; BFH, Urteil vom 13.1.2011, V R 12/08, DStR 2011, 465; BMF-Schreiben vom 2.1.2012, IV D 2 – S 7300/11/10002, BStBl I 2012, S. 60.

⁴ Siehe dazu auch § 31 Abs. 2 Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung (UStDV) i. V. m. Abschnitt 14.5 Abs. 2 Umsatzsteuer-Anwendungserrlass (UStAE); BFH, Urteil vom 2.4.1997, V B 26/96, DStRE 1997, 498; BFH, Urteil vom 5.10.1995, V R 113/92, BB 1996, 413.

⁵ Vgl. dazu *Sölch/Ringleb/Wagner*, Umsatzsteuer, 67. Aufl. 2012, § 14c UStG Rdnr. 213.

⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 23.9.2009, XI R 14/08, DStR 2009, 2667; *Sölch/Ringleb/Wagner*, Umsatzsteuer, 67. Aufl. 2012, § 14 UStG Rdnr. 245.

⁷ Zu diesem Zusammenhang vgl. BFH, Urteil vom 26.11.1987, V R 85/83, BStBl II 1988, S. 158.

auch im Interesse des leistenden Unternehmers. Denn die zivilrechtliche Rechtslage ist grundsätzlich auch maßgeblich dafür, wem gegenüber der Leistende eine Rechnung über die von ihm ausgeführte Leistung erteilen muss.¹⁹

IV. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf notarielle Amtsgeschäfte

Eine unmittelbare Anwendung der allgemeinen umsatzsteuerrechtlichen Prinzipien auf die Ermittlung des Empfängers notarieller Leistungen erweist sich jedoch in mehrfacher Hinsicht als schwierig.

1. Notare als öffentliche Amtsträger

Grund dafür ist in erster Linie, dass der Notar nach § 1 BNotO bei der Beurkundung von Rechtsvorgängen und der Wahrnehmung anderer Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege als Träger eines ihm vom Staat verliehenen öffentlichen Amtes handelt.²⁰ Dies gilt zuvorderst für die „Urkundstätigkeit“ des Notars im engeren Sinne. Dazu zählen gemäß § 10a Abs. 2 BNotO die in §§ 20-22 BNotO geregelten Amtsgeschäfte des Notars wie Beurkundungen und Beglaubigungen, die Vornahme von Verlosungen und Auslosungen, die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen, die Durchführung von Versteigerungen, die Erstellung von Bescheinigungen aus amtlichen Registern, die Abnahme von Eiden und die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen.

Zur Amtstätigkeit des Notars rechnen ferner Verwahrungs- und Treuhandverfahren im Sinne des § 23 BNotO, zu deren Übernahme der Notar von Gesetzes wegen – anders als bei den vorbezeichneten Urkundsgeschäften – nicht verpflichtet ist. Die aus Verwahrungs- und Treuhandtätigkeiten resultierenden Pflichten des Notars beurteilen sich ausschließlich nach öffentlichem Recht.²¹ So handelt es sich bei dem Antrag an den Notar auf Verwahrung von Geld und der Anweisung zur Durchführung des notariellen Anderkontenverfahrens gemäß §§ 54a ff. BeurkG um öffentlichrechtliche Verfahrenserklärungen, die von der privatrechtlichen Hinterlegungsabrede der Parteien zu unterscheiden ist.²²

Zum Aufgabengebiet des Notars gehört nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO auch die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Dazu zählen insbesondere die in der Vorschrift ausdrücklich genannte Fertigung von Urkundsentwürfen oder die selbständige Beratung der Beteiligten. Unter § 24 Abs. 1 Satz 1 BeurkG fallen aber auch die eigenständigen Betreuung- und Vollzugstätigkeiten, die der Notar (etwa zur Abwicklung eines Grundstückskauf-

vertrags) übernimmt, um den mit der Beurkundung bezweckten rechtlichen Erfolg und die damit verbundene Förderung der wirtschaftlichen Ziele der Beteiligten zu sichern.²³ Die Übernahme solcher Tätigkeiten setzt voraus, dass dem Notar ein entsprechender Auftrag erteilt wird, was auch konkludent (z. B. im Rahmen eines Beurkundungsauftrags) geschehen kann.²⁴

Die Amtsstellung des Notars, die ihn von den Angehörigen aller anderen rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen unterscheidet, spiegelt sich auch im Kostenrecht wieder. Die Gebühren, die dem Notar für die Vornahme seiner Amtshandlungen zufließen, haben ihre Grundlage nicht in einem bürgerlichrechtlichen Vertragsverhältnis. Stattdessen ist der Gebührenanspruch des Notars öffentlichrechtlicher Natur, der dadurch entsteht, dass der Notar auf das öffentlichrechtliche „Ansuchen“ eines Beteiligten hin einen Gebühren- oder Auslagatbestand der KostO verwirklicht.²⁵

2. Haftung des Notars gegenüber seinen „Auftraggebern“

Der umsatzsteuerrechtliche Leistungsempfänger des Notars kann auch nicht mit dessen „Auftraggeber“ im haftungsrechtlichen Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO gleichgesetzt werden. Die Verwendung des aus dem Schuldrecht stammenden Begriffs des „Auftraggebers“²⁶ in § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO erklärt sich aus der Geschichte des notariellen Berufsrechts und gilt dogmatisch als verfehlt.²⁷ „Auftraggeber“ im Sinne dieser Amtshaftungsregelung ist in erster Linie derjenige, der den Notar um seine Amtstätigkeit gemäß §§ 23, 24 BNotO ersucht.²⁸ „Auftraggeber“ des Notars nach den haftungsrechtlichen Maßstäben des § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO können aber auch Personen sein, denen gegenüber der Notar ausdrücklich und selbständig Amtspflichten übernimmt.²⁹ Der Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes wird dadurch jedoch nicht zum „Beauftragten“, der bei der Durchführung des Amtsgeschäfts an die Weisungen seiner „Auftraggeber“ gebunden ist.³⁰ Die Beteiligten treten dem Notar nicht als Vertragspartner gegenüber, sondern als Verfahrensbeteiligte im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses.

3. Auseinanderfallen von Kostenschuldner und Leistungsempfänger des Notars

Die §§ 2 ff. KostO regeln ein öffentlichrechtliches Kostenschuldverhältnis zwischen dem Notar als Kostengläubiger und dem Kostenschuldner.³¹ Die kostenrechtlichen Vorschriften

¹⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 7.11.2000, V R 49/99, DStR 2001, 212. Zu Fällen, in denen das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ausnahmsweise von öffentlichrechtlichen Vorschriften geprägt ist, siehe BFH, Urteil vom 30.3.2011, XI R 12/08, DStR 2011, 1270.

²⁰ Näher dazu BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, NJW 2012, 2639, 2640 f. = MittBayNot 2012, 497; *Starke* in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, Kap. L II, Rdnr. 4 ff.; *Schippel/Bracker/Bracker*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 1 Rdnr. 7 f.

²¹ BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, NJW 2012, 2639, 2641 f. = MittBayNot 2012, 497; *Schippel/Bracker/Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 24 Rdnr. 25.

²² Näher hierzu *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451, 453 ff.; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 23 BNotO Rdnr. 11; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl. 2012, § 23 Rdnr. 34; vgl. auch BGH, Beschluss vom 28.7.2005, III ZR 416/04, DNotZ 2005, 56, 57; BGH, Urteil vom 10.7.1996, IX ZR 116/95, NJW 1996, 3343; BGH, Urteil vom 17.2.1994, IX ZR 158/93, NJW 1994, 1403 = MittBayNot 1994, 214.

²³ *Schippel/Bracker/Reithmann*, a. a. O. (Fn. 21), § 24 Rdnr. 16.

²⁴ *Schippel/Bracker/Reithmann*, a. a. O. (Fn. 21), § 24 Rdnr. 6; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 24 BNotO Rdnr. 8.

²⁵ Vgl. §§ 145, 146, 147 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 153 Abs. 1 Satz 1 KostO; siehe dazu auch *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl. 2010, vor §§ 154-157 Rdnr. 1.

²⁶ Vgl. §§ 662 ff. BGB.

²⁷ Vgl. *Zugehör*, ZNotP 1997, 42, 45 f.

²⁸ BGH, Urteil vom 21.11.1996, IX ZR 182/95, DNotZ 1997, 221, 227.

²⁹ Zur Primärhaftung des Notars gegenüber diesen Personen in Fällen fahrlässiger Amtspflichtverletzung vgl. BGH, Urteil vom 21.11.1996, IX ZR 182/95, DNotZ 1997, 221, 227; BGH, Urteil vom 15.4.1999, IX ZR 328/97, NJW 1999, 2183, 2184.

³⁰ Vgl. *Schippel/Bracker/Schramm*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 19 Rdnr. 7 m. w. N.

³¹ Vgl. *Korintenberg/Lappe*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 1, 98.

ten können jedoch nicht ohne Weiteres für die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung herangezogen werden, gegenüber welchen Personen und in welchem Umfang der Notar bei der Vornahme eines Amtsgeschäftes eine Leistung erbringt.³²

Kostenschuldner des Notars ist nach § 141 i. V. m. § 2 Nr. 1 KostO zunächst jeder, der mit seinem Ansuchen die notarielle Tätigkeit veranlasst hat. Dabei ist umstritten, ob als (Mit-) Veranlasser nach § 2 Nr. 1 KostO auch nicht formell Beteiligte im Sinne des § 6 Abs. 2 BeurkG angesehen werden können, deren Erklärungen nicht beurkundet und für die in der Urkunde auch keine Erklärungen abgegeben wurden.³³ Jedenfalls können nach herrschender Meinung auch Dritte ihre Zahlungspflicht einfach dadurch begründen, dass sie gemäß § 3 Nr. 2 KostO die Kosten durch eine Erklärung gegenüber dem Notar übernehmen.³⁴ Umsatzsteuerrechtlich gilt indes grundsätzlich, dass die Abgabe einer Kostenübernahmeerklärung durch einen Dritten nicht zu einem Wechsel in der Person des Leistungsempfängers und damit zu einem möglichen Vorsteuerabzug des Dritten führt.³⁵

Dass Kostenschuldner und Leistungsempfänger des Notars auseinanderfallen können, zeigt sich ferner in der Kostentragungspflicht des Haftungsschuldners nach § 3 Nr. 3 KostO. Nach dieser Vorschrift ist Kostenschuldner des Notars auch derjenige, der aufgrund einer Norm des Privatrechts für die Kostenschuld eines anderen eintreten muss.³⁶ Der Haftungsschuldner haftet zusammen mit dem originären Kostenschuldner gemäß § 5 Satz 1 KostO i. V. m. §§ 421 ff. BGB gesamtschuldnerisch für den Kostenbetrag. Haftungsschuldner im Sinne des § 3 Nr. 3 KostO sind beispielsweise der persönlich haftende Gesellschafter einer OHG und der – auch ausgeschiedene – Gesellschafter einer GbR, die beide für die Kostenschuld der Personengesellschaft nach §§ 128, 130 BGB (analog) persönlich haften.³⁷ Eine haftungsrechtliche Inanspruchnahme des Gesellschafters durch den Notar ändert in diesen Fällen nichts daran, dass der Notar seine Leistung nur gegenüber der Gesellschaft erbracht hat.³⁸

³² Insoweit zutreffend FG Nürnberg, Urteil vom 24.7.1990, II 61/87, EFG 1991, 50.

³³ In diesem Sinne BayObLG, Beschluss vom 17.3.1988, BReg. 3 Z 199/87, MittBayNot 1988, 140, zur Kostenschuldnerschaft des Angebotsempfängers für die Beurkundung eines Kaufvertragsangebots; OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.7.1979, 1 W 39/79, DNotZ 1980, 437 f., zur Kostenschuldnerschaft des Grundschuldgläubigers; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 30.11.1993, 9 W 158/93, DNotZ 1994, 721, 722 f.; für eine Begrenzung der Schuldnerschaft auf materiell Beteiligte *Korintenberg/Lappe*, a. a. O. (Fn. 31), § 2 Rdnr. 40.

³⁴ Vgl. nur OLG Schleswig, Beschluss vom 15.2.1988, 9 W 13/88, DNotZ 1989, 711; a. A. dagegen *Korintenberg/Lappe*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 3 Rdnr. 10, 54.

³⁵ Vgl. BFH, Beschluss vom 22.2.2008, XI B 189/07, BFH/NV 2008, 830; BFH, Urteil vom 29.1.1987, V R 112/77, BFH/NV 1987, 472; BFH, Urteil vom 24.3.1987, X R 27/81, BFH/NV 1987, 473; *Sölch/Ringleb/Wagner*, a. a. O. (Fn. 14), § 15 UStG Rdnr. 170.

³⁶ Näher hierzu *Korintenberg/Lappe*, a. a. O. (Fn. 34), § 3 Rdnr. 26 f.

³⁷ Zur Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten einer GbR vgl. BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, DNotZ 2001, 234, 244; BGH, Urteil vom 24.2.2003, II ZR 385/99, NJW 2003, 1445, 1446 f.; BGH, Urteil vom 17.1.2012, II ZR 197/10, ZIP 2012, 369.

³⁸ Zur umsatzsteuerrechtlichen Anerkennung einer GbR als Leistungsempfänger vgl. *Sölch/Ringleb/Wagner*, a. a. O. (Fn. 14), § 15 UStG Rdnr. 175; BFH, Beschluss vom 16.5.2002, V B 165/01, BFH/NV 2002, 1061; BFH, Urteil vom 5.11.1998, V R 45/96, BFH/NV 1999, 835.

V. Bestimmung des Leistungsempfängers unter Berücksichtigung der Rechtsnatur notarieller Amtshandlungen

Die Formulierung der Kriterien, nach denen die Person des Leistungsempfängers des Notars zu ermitteln ist, kann somit nur mit Blick auf den besonderen Charakter der notariellen Tätigkeit gelingen. Ausgangspunkt ist dabei stets die konkrete Amtshandlung, die der Notar auf Ansuchen der Beteiligten vornimmt.

1. Begrenzung der umsatzsteuerlich relevanten Leistungsbeziehungen durch den Gegenstand der Amtshandlung

Jede Amtshandlung bezieht sich auf die „Angelegenheit“ einer oder mehrerer Personen. In § 3 BeurkG wird dieser Begriff verwendet, um die Sachverhalte zu bezeichnen, bei denen der Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken soll.³⁹ Eine Person wird durch eine notarielle Amtshandlung immer dann in ihren Angelegenheiten berührt, wenn die Rechte und Pflichten der Person durch den Urkundsvorgang unmittelbar betroffen werden.⁴⁰ Diese Definition kann auch für die umsatzsteuerrechtliche Bestimmung des notariellen Leistungsempfängers fruchtbar gemacht werden.

Der jeweilige Lebenssachverhalt, der zur Beurteilung der Leistungsbeziehungen zwischen dem Notar und den Beteiligten heranzuziehen ist, wird durch den Beurkundungsauftrag begrenzt. Der Leistungsempfänger des Notars ergibt sich danach aus dem konkreten, der Amtshandlung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Leistungsempfänger können nur diejenigen Personen sein, die durch das Rechtsverhältnis, auf das sich die Amtshandlung bezieht, unmittelbar berechtigt oder verpflichtet werden.

Lediglich mittelbare Auswirkungen der Beurkundung auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen Dritter genügen nicht, die Leistungsempfängerschaft des Dritten zu begründen. Der Notar erbringt auch keine Leistungen gegenüber Personen, deren Rechte, Pflichten oder Verbindlichkeiten durch die Amtshandlung bloß faktisch beeinflusst werden. Die Einbeziehung solcher Angelegenheiten in den sachlichen Anwendungsbereich der Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG mag nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift geboten sein.⁴¹ Umsatzsteuerrechtlich wird jedoch niemand allein deswegen zum Leistungsempfänger, weil er durch die Amtshandlung des Notars (nur) tatsächlich in seinen Interessen tangiert wird.

Beispielhaft erwähnt sei hier der Makler, der damit beauftragt ist, den Verkauf eines Grundstücks zu vermitteln. Die Beurkundung des Grundstückskaufvertrags liegt sicherlich in seinem Interesse, weil davon die Entstehung seines Provisi-

³⁹ Die Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG gelten für die gesamte Urkundstätigkeit des Notars einschließlich Unterschrifts- und Abschriftsbeglaubigungen nach §§ 40 ff. BeurkG, vgl. *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 3 Rdnr. 16 f. § 16 Abs. 1 BNotO erstreckt die Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG darüber hinaus auf alle Amtsgeschäfte, die nicht in einer Beurkundung bestehen.

⁴⁰ *Winkler*, a. a. O. (Fn. 39), § 3 Rdnr. 24; *Armbrüster/Leske*, ZNotP 2001, 450, 453; *Harborth/Lau*, DNotZ 2002, 412, 414; vgl. auch BGH, Urteil vom 25.5.1984, V ZR 13/83, DNotZ 1985, 231, 232 f.; *Eylmann/Vaasen/Eylmann*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 3 BeurkG Rdnr. 8.

⁴¹ Vgl. *Armbrüster/Leske*, ZNotP 2001, 450, 453; *Winkler*, a. a. O. (Fn. 39), § 3 Rdnr. 25; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 16.

anspruchs abhängt.⁴² Durch den Kaufvertrag selbst, auf den sich die Beurkundung bezieht, werden jedoch nur der Verkäufer und der Käufer berechtigt und verpflichtet. Der Notar führt daher durch die Beurkundung des Kaufvertrags keine Leistung gegenüber dem Makler aus.

Anders verhält es sich indes, wenn nach Übersendung des Kaufvertragsentwurfs an den Makler die Beurkundung später ausbleiben sollte. In diesem Fall beschränkt sich die Leistung des Notars auf die Aushändigung des Vertragsentwurfs. Demzufolge kann hier für die Bestimmung des Leistungsempfängers nicht auf den Gegenstand der Amtshandlung abgestellt werden. Stattdessen kommt es darauf an, wer dem Notar den Auftrag zur Entwurfsanfertigung erteilt hat. Nach der auch im Umsatzsteuerrecht entsprechend anwendbaren Regelung des § 164 Abs. 1 BGB⁴³ hängt die Zurechnung des Leistungsbezugs davon ab, ob der Makler gegenüber dem Notar im eigenen Namen oder berechtigterweise im Namen eines Anderen aufgetreten ist. Hat der Makler den Notar im eigenen Namen mit der Fertigung des Entwurfs beauftragt, ist er somit nicht nur Kostenschuldner,⁴⁴ sondern auch Leistungsempfänger des Notars.

Gleiches gilt, wenn der Makler den Auftrag zur Aushändigung des Urkundsentwurfs zwar im Namen der am Abschluss des Kaufvertrags Interessierten erteilt hat, dabei aber ohne Vollmacht handelte und das Erfordernis des Entwurfs auch nicht nachträglich genehmigt wurde. Kostenrechtlich haftet der Makler für den Anfall der Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 KostO als Vertreter ohne Vertretungsmacht analog § 179 BGB.⁴⁵ Auch aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht hat der Notar dann die Leistung der Entwurfsanfertigung ausschließlich gegenüber dem Makler erbracht. Folglich steht auch dem Makler als Leistungsempfänger des Notars das Recht zum Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG aus der notariellen Kostenrechnung zu.

2. Die Beurkundung durch den Notar als umsatzsteuerrechtlich einheitliche Leistung

Um die Frage nach der Person des Leistungsempfängers des Notars beantworten zu können, ist noch zu klären, ob der Notar mit der Ausführung einer bestimmten Amtshandlung eine einheitliche Leistung oder mehrere selbständige, umsatzsteuerlich getrennt zu würdigende Einzelleistungen erbringt. Diese Abgrenzung richtet sich grundsätzlich nach dem Wesen bzw. den charakteristischen Merkmalen des fraglichen Umsatzes.⁴⁶

In der Regel ist jede Dienstleistung als eigene selbständige Leistung zu betrachten. Dass für mehrere selbständige Einzelleistungen unter Umständen ein Gesamtentgelt zu entrichten ist, reicht nicht aus, sie umsatzsteuerrechtlich als Einheit zu behandeln. Entscheidend ist vielmehr der „wirtschaftliche Gehalt“ der erbrachten Leistungen.⁴⁷ Ein einheitlicher wirtschaft-

licher Vorgang darf dabei nicht in mehrere Leistungen aufgeteilt werden, und zwar auch dann nicht, wenn sich die Abnehmer dem leistenden Unternehmer gegenüber mit einer solchen Aufteilung einverstanden erklären.⁴⁸ Um nach diesen Kriterien ermitteln zu können, ob ein Unternehmer mehrere selbständige Leistungen oder eine einheitliche Leistung erbringt, ist auf die Sicht des „Durchschnittsverbrauchers“ abzustellen.⁴⁹

Bei einer Beurkundung ist die Leistung des Notars im Kern darin zu erblicken, dass er eine amtliche Zeugnisurkunde herstellt, in dem er in amtlicher Eigenschaft die Wahrnehmung bestimmter Vorgänge bezeugt.⁵⁰ Die Beurkundung zielt auf die Errichtung einer öffentlichen Urkunde ab, die nach § 415 Abs. 1, § 418 Abs. 1 ZPO den vollen Beweis für die Abgabe der beurkundeten Erklärungen und der bezeugten Tatsachen erbringt.⁵¹ Mit der Unterzeichnung der Niederschrift durch den Notar ist der Beurkundungsvorgang abgeschlossen. Aus Sicht der Beteiligten stellt die Beurkundung daher prinzipiell eine einheitliche Leistung des Notars dar, die nicht künstlich in mehrere Einzelleistungen geteilt werden kann. Eine solche Aufspaltung wäre mit dem Wesen der notariellen Beurkundung unvereinbar. Dies gilt auch dann, wenn der Notar in der Urkunde mehrere zusammenhängende Erklärungen protokolliert, die als „Leistungs-bündel“ erst in ihrer Gesamtheit den Inhalt des beurkundeten Rechtsverhältnisses ausmachen. Dem entsprechend hat auch das FG Nürnberg⁵² entschieden, dass der Notar, der einen Kaufvertrag beurkundet, gegenüber den Vertragsparteien eine einheitliche Leistung erbringt.

Eine davon abweichende Behandlung erscheint allerdings geboten zu sein, wenn die Urkunde mehrere Gegenstände im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO enthält. Derselbe Gegenstand ist nach der Rechtsprechung⁵³ gegeben, wenn sich die Erklärungen der Beteiligten auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen oder – sofern mehrere Rechtsverhältnisse (z. B. Kauf und Auflassung) vorliegen – wenn sich aus der Gesamtheit der Erklärungen ein Hauptgeschäft heraushebt und das weitere Rechtsgeschäft mit diesem in einem engen inneren Zusammenhang steht. Danach betreffen sämtliche zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses, einschließlich aller Erfüllungs- und Sicherungsgeschäfte auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen, denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO.⁵⁴ Beurkundet der Notar mehrere solcher gegenstandsgleichen Erklärungen in einer Verhandlung, kann auch umsatzsteuerlich eine einheitliche Hauptleistung angenommen werden.

Stehen dagegen mehrere gleichzeitig beurkundete Rechtsverhältnisse in keinem inneren Zusammenhang, ist deren Beurkundung in mehrere selbständige Hauptleistungen des Notars zu zerlegen, denen aus Sicht der an dem jeweiligen Rechtsverhältnis beteiligten Personen ein eigenständiger (Beweis-) Wert zukommt. Damit korrespondiert die kostenrechtliche Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 2 KostO, wonach sich die Haf-

⁴² Zum Verbot der Mitwirkung des Notars nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG bei der Beurkundung eines von ihm als Makler vermittelten Grundstückskaufvertrags vgl. BGH, Urteil vom 25.5.1984, V ZR 13/83, DNotZ 1985, 231, 232 f.

⁴³ Siehe dazu BFH, Urteil vom 23.9.2009, XI R 14/08, DStR 2009, 2667; BFH, Urteil vom 24.8.2006, V R 16/05, DStR 2006, 2249; BFH, Urteil vom 2.6.1988, V R 33/99, ZfIR 2002, 158.

⁴⁴ Vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 145 Rdnr. 70 m. w. N. zur Rechtsprechung.

⁴⁵ Vgl. nur KG, Beschluss vom 8.4.2003, 1 W 67/01, MittBayNot 2004, 141.

⁴⁶ Abschnitt 3.10 Abs. 2 UStAE.

⁴⁷ Abschnitt 3.10 Abs. 2 UStAE.

⁴⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 20.10.1966, V 169/63, DB 1967, 230.

⁴⁹ BFH, Urteil vom 8.9.2011, V R 5/10, DStRE 2012, 434; BFH, Urteil vom 2.3.2011, XI R 25/09, DStRE 2011, 956, jeweils m. w. N.

⁵⁰ *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 2.

⁵¹ Näher zur Beweiskraft durch den Notar errichteter Urkunden *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 1 BeurkG Rdnr. 7.

⁵² Urteil vom 24.7.1990, II 61/87, EFG 1991, 50.

⁵³ BGH, Urteil vom 9.2.2006, V ZB 172/05, DNotZ 2006, 715, 716 = MittBayNot 2006, 525.

⁵⁴ So BGH, Urteil vom 21.11.2002, V ZB 29/02, DNotZ 2003, 297, 299 = MittBayNot 2003, 235 m. w. N.

tung eines von mehreren Kostenschuldern auf den Gegenstand beschränkt, auf den sich seine Erklärung bezieht.⁵⁵ Liegen nach diesen Kriterien verschiedene Gegenstände und somit auch mehrere selbständige Einzelleistungen vor, ist für jede von ihnen gesondert zu prüfen, wer Empfänger der notariellen Dienstleistung ist und an welchem Ort diese in Fällen mit Auslandsberührung ausgeführt werden.

3. Festlegung des Leistungsempfängers bei mehreren Beteiligten durch den Notar

Bei einer gemeinschaftlichen Auftragserteilung durch mehrere Personen, die lediglich gemeinschaftlich miteinander verbunden sind, ist grundsätzlich jeder Gemeinschaftler mit dem für ihn vereinbarten Anteil als Leistungsempfänger anzusehen.⁵⁶ Beispielsweise hat der BFH entschieden, dass Ehegatten, die auf einem in ihrem Miteigentum stehenden Grundstück ein Gebäude errichten, als Empfänger der Bauleistungen anzusehen sind, wenn die Ehegattengemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit handelt und als solche keine unternehmerische Tätigkeit ausübt.⁵⁷ In diesem Fall ist jeder unternehmerisch tätige Miteigentümer (Ehegatte) bis zur Höhe seines Miteigentumsanteils vorsteuerabzugsberechtigt, soweit das Gebäude tatsächlich auch für unternehmerische Zwecke verwendet wird.⁵⁸

Den Mitgliedern einer solchen Gemeinschaft steht es jedoch frei, zum Leistungsbezug abweichende Vereinbarungen zu treffen. Insbesondere kann das einzelne Mitglied einer nicht unternehmerisch tätigen Gemeinschaft einen Auftrag allein erteilen und damit zum alleinigen Leistungsempfänger werden.⁵⁹ Dem Umsatzsteuerrecht ist es also nicht fremd, dass mehrere Personen durch eine entsprechende Vereinbarung und deren Durchführung einem von ihnen das Recht zum Vorsteuerabzug auf die geschuldete oder entrichtete Steuer für eine Dienstleistung verschaffen.

Unter sich können auch die Beteiligten, deren Rechtsverhältnis durch eine notarielle Amtshandlung unmittelbar berührt wird, vereinbaren, wer von ihnen die dadurch ausgelösten Beurkundungskosten tragen soll. Nimmt der Notar daraufhin die Person, die sich zur Kostenübernahme verpflichtet oder bereit erklärt hat, als Kostenschuldner in Anspruch, wird diese Person durch diese Auswahl zu seinem einzigen Leistungsempfänger. Die Bestimmung des Empfängers einer notariellen Dienstleistung ist also nicht nur mit der konkreten Amtshandlung, sondern auch mit der Anwendung der kostenrechtlichen Vorschriften, insbesondere der Inanspruchnahme eines von mehreren Gesamtschuldern durch den Notar, verknüpft. Der Notar ist dabei nicht verpflichtet, mehrere Kostenschuldner in einer bestimmten Reihenfolge⁶⁰ oder nur anteilig heranzuziehen. Vielmehr steht es nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO i. V. m. § 421 Satz 1 BGB grundsätzlich in seinem Belieben, welchen der ihm gesamtschuldnerisch haftenden Kostenschuldner er in Anspruch nimmt.⁶¹

⁵⁵ Siehe auch *Korintenberg/Lappe*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 5 Rdnr. 13 f.

⁵⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 7.11.2000, V R 49/99, DStR 2001, 212.

⁵⁷ BFH, Urteil vom 6.10.2005, V R 40/01, NJW 2006, 543.

⁵⁸ Zur Anwendung dieses Urteils durch die Finanzverwaltung vgl. BMF-Schreiben vom 1.12.2006, IV A 5 – S 7300 – 90/06, BStBl I 2007, S. 90.

⁵⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 7.11.2000, V R 49/99, DStR 2001, 212.

⁶⁰ Bei einem Grundstückskaufvertrag etwa vorrangig wegen § 448 Abs. 2 BGB den Käufer.

⁶¹ Zu der Frage eines hierbei auszuübenden Verwaltungsermessens vgl. *Korintenberg/Lappe*, a. a. O. (Fn. 55), § 5 Rdnr. 17.

Umsatzsteuerrechtlich ist diesen Besonderheiten des notariellen Kostenrechts dadurch Rechnung zu tragen, dass dem vom Notar ausgewählten Kostenschuldner bei Vorliegen der übri- gen Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG der volle Vorsteuerabzug aus der Gebührenrechnung zustehen muss. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁶² soll durch die Regelung über den Vorsteuerabzug der Unternehmer vollständig von der im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit geschuldeten oder entrichteten Mehrwertsteuer entlastet werden. Das gemeinsame Mehrwertsteuersystem gewährleistet dadurch die Neutralität hinsichtlich der steuerlichen Belastung aller wirtschaftlichen Tätigkeiten.⁶³ Dieser Neutralitätsgrundsatz des Mehrwertsteuersystems gebietet es, den Kostenschuldner des Notars, der die Gebühr für die Beurkundung zu zahlen hat, in vollumfänglich von der Umsatzsteuer zu entlasten, sofern er an dem beurkundeten Rechtsverhältnis unmittelbar beteiligt ist. Eine Kürzung des Vorsteuerabzugs mit der Begründung, der Notar erbringe seine Leistung auch gegenüber den anderen an der Beurkundung Beteiligten, wäre damit nicht vereinbar.⁶⁴

VI. Einzelfälle möglicher Leistungsempfänger des Notars

1. Zwei- und mehrseitige Rechtsgeschäfte

Bei der Beurkundung von zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften sind mögliche Leistungsempfänger des Notars alle daran beteiligten Vertrags- bzw. Geschäftsparteien. Wer von ihnen tatsächlich Empfänger der notariellen Dienstleistung wird, richtet sich danach, wen der Notar als seinen Kostenschuldner in Anspruch nimmt.

Lösung des Beispiels 1:

Mit der Beurkundung des Grundstückskaufvertrags kann der Notar grundsätzlich eine Leistung sowohl gegenüber dem Verkäufer als auch gegenüber dem Käufer erbringen. Beide haften dem Notar als Antragsteller (§ 2 Nr. 1 KostO) auch für die gesamten Beurkundungskosten. Durch die kostenrechtliche Inanspruchnahme des Käufers wird dieser jedoch zum alleinigen Leistungsempfänger des Notars. Wenn und soweit die notarielle Dienstleistung für das Unternehmen des Käufers ausgeführt wird, steht diesem aus der Rechnung des Notars der Vorsteuerabzug gemäß § 15 Abs. 1 UStG in voller Höhe zu.

Sollte der Notar seine Kosten beim Käufer nicht betreiben können, ist er kostenrechtlich befugt, den Verkäufer als weiteren Gesamtschuldner (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KostO) und neuen Leistungsempfänger in Anspruch zu nehmen. Die Leistungsempfängerschaft der Beteiligten kann sich somit auch noch nach Erbringung der Leistung durch den Notar ändern.

Lösung des Beispiels 2 und dessen Abwandlung:

Dadurch, dass der Notar die Beurkundungsgebühr entsprechend der vertraglichen Kostentragungsregelung von dem Verkäufer U erhebt, wird dieser zu seinem Leistungsempfänger (mit Vorsteuerabzugsberechtigung). Die Leistung ist im

⁶² Vgl. EuGH, Urteil vom 22.2.2001, Rs. C-408/98, *Abbey National*, Slg. 2001, I-1361, Rdnr. 24; EuGH, Urteil vom 6.7.2006, Rs. C-439/04 und 440/04, *Kittel und Recolta Recycling*, Slg. 2006, I-6161, Rdnr. 48.

⁶³ Siehe auch BFH, Urteil vom 13.5.2009, XI R 84/07, DStR 2009, 1533.

⁶⁴ Vgl. dazu auch FG Nürnberg, Urteil vom 24.7.1990, II 61/87, EFG 1991, 50.

Inland steuerpflichtig, so dass der Notar in seiner Rechnung Umsatzsteuer auszuweisen hat.

Bei der Abwandlung des Beispiels führt der Notar seine Leistung dagegen bei Rechnungserteilung an das US-amerikanische Unternehmen nach dem Empfängerortprinzip (§ 3a Abs. 2 UStG) im Ausland (Drittlandsgebiet) aus. Es fällt damit zumindest keine inländische Umsatzsteuer an.⁶⁵

Durch einen beurkundeten Vertrag werden prinzipiell nur die Geschäftspartner berechtigt und verpflichtet, nicht jedoch sonstige Dritte.

Lösung des Beispiels 3:

Der vom Notar beurkundete Ehevertrag begründet ausschließlich Rechte und Pflichten für die beteiligten Vertragsparteien. Dagegen wirkt sich der Abschluss des Ehevertrags auf die Rechtsstellung der GmbH, an der die Ehefrau beteiligt ist, nicht unmittelbar aus. Die Rechnung, die der Notar nach § 3 Nr. 2 KostO auch auf die GmbH ausstellen kann, muss deshalb einen Hinweis auf die Leistungsempfängerschaft der urkundsbeteiligten Eheleute enthalten. Ein Vorsteuerabzug der GmbH aus der Gebührenrechnung des Notars scheidet aus.

2. Einseitige Willenserklärungen

Einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen sind auch eine „Angelegenheit“ des Adressaten, an den sie gerichtet sind.⁶⁶ Leistungsempfänger kann bei einem Vertragsangebot oder einer Annahmeerklärung, die der Notar beurkundet hat, auch der jeweils andere Teil sein. Gleiches gilt für einen Bevollmächtigten, dem eine notariell beurkundete Vollmacht erteilt wurde.

Lösung des Beispiels 4:

Durch die Erteilung der Vollmacht wird die Rechtsmacht des Bevollmächtigten erweitert. Indem der Notar wunschgemäß die Rechnung auf den Bevollmächtigten ausstellt, wird dieser umsatzsteuerrechtlich zum Empfänger der Beurkundungsleistung.

Bei der Beurkundung einer Grundschuldbestellung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erbringt der Notar eine Leistung auch gegenüber dem an der Verhandlung formell nicht beteiligten Gläubiger. Demgegenüber kann die Beurkundung einer Grundpfandrechtsbestellung zur Sicherung einer fremden Schuld grundsätzlich nicht als Leistung des Notars an den Forderungsschuldner qualifiziert werden, der an dem schuldrechtlichen Grundgeschäft nicht beteiligt ist.

Lösung des Beispiels 5:

Der Notar erbringt durch die Beurkundung der Grundschuldbestellung nur eine Leistung an den Eigentümer (Sicherungsgeber) und Sicherungsnehmer, von der die GmbH nur indirekt profitiert. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Grundschuldbestellung der Erfüllung einer entsprechenden Verpflichtung aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Forderungsschuldner und dem Sicherungsgeber dient. Der Notar muss deshalb in der auf die GmbH ausgestellten Rechnung auf die Leistungsempfängerstellung der materiell Beteiligten hinweisen. Ein Vorsteuerabzug der GmbH aus der Rechnung ist ausgeschlossen.

⁶⁵ Näher zu dieser Fallgruppe *Ihle*, notar 2010, 75, 77.

⁶⁶ Vgl. dazu auch *Eylmann/Vaasen/Eylmann*, a. a. O. (Fn. 40), § 3 BeurkG Rdnr. 10; *Schippel/Bracker/Schäfer*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 18.

3. Rechtsgeschäfte mit Wirkungen für Dritte

Als Leistungsempfänger kommen im Übrigen aber auch dritte Personen in Frage, für oder gegen die das beurkundete Rechtsgeschäft wirkt. Beispiele dafür sind der durch einen Vertrag zugunsten Dritter Begünstigte oder Personen, die infolge einer Erbausschlagung Erbe werden.⁶⁷ Die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung betrifft alle, deren Rechtsstatus davon berührt wird.⁶⁸ Bei der Beurkundung eines Antrags auf Ausstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder auf Erteilung eines Erbscheins können Leistungsempfänger des Notars daher außer dem Antragsteller auch die Erben bzw. übrigen Miterben sein.

4. Rechtsgeschäfte von juristischen Personen und Personengesellschaften, Versammlungsbeschlüsse

Mit der Beurkundung eines Rechtsgeschäftes einer juristischen Person führt der Notar keine Leistung gegenüber deren Mitgliedern aus, wenn diese an dem Rechtsgeschäft nicht beteiligt sind. Nicht anders beurteilt werden kann die Errichtung einer Urkunde über ein Rechtsverhältnis mit einer Personengesellschaft, von dem ihre Gesellschafter nicht betroffen werden. Personengesellschaften sind von ihren Gesellschaftern zu unterscheidende, selbständige Rechtssubjekte, die eigene Rechte und Verbindlichkeiten haben können.⁶⁹ Der Umstand, dass die Gesellschafter einer OHG und einer GbR nach § 128 Satz 1 HGB (analog) persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, führt nicht dazu, in der Vornahme der Beurkundung für eine Personengesellschaft auch eine Leistung an ihre (persönlich haftenden) Gesellschafter zu erblicken. Eine solche Leistung kann nur angenommen werden, wenn in der notariellen Urkunde auch Regelungen mit Wirkung für und gegen die Personengesellschafter getroffen werden.

Im Unterschied dazu erbringt der Notar mit der Beurkundung eines Versammlungsbeschlusses einer juristischen Person eine Leistung nicht nur gegenüber der juristischen Person, sondern auch gegenüber ihren in der Versammlung anwesenden oder vertretenen Mitgliedern. Je nach vereinbarter Kostentragung kann somit sowohl der juristischen Person als auch jedem Mitglied die notarielle Kostenrechnung mit daraus resultierender Vorsteuerabzugsberechtigung übersandt werden. Als Leistungsempfänger des Notars kann darüber hinaus jeder angesehen werden, für den aufgrund des Beschlusses Rechte und Pflichten im Verhältnis zu der juristischen Person begründet werden.⁷⁰

5. Beglaubigungen

Eine Unterschriftsbeglaubigung, gleichgültig ob mit oder ohne Entwurf, ist nicht nur eine Angelegenheit des Unterzeichners, sondern auch desjenigen, gegenüber dem die in der Urkunde abgegebene Erklärung Rechtswirkungen entfalten

⁶⁷ Zur materiellen Sachbeteiligung dieser Personen vgl. auch *Eylmann/Vaasen/Eylmann*, a. a. O. (Fn. 40), § 3 BeurkG Rdnr. 14.

⁶⁸ Siehe dazu *Eylmann/Vaasen/Eylmann*, a. a. O. (Fn. 40), § 3 BeurkG Rdnr. 20.

⁶⁹ Vgl. § 124 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB. Auch eine GbR ist nach der BGH-Rechtsprechung rechtsfähig, soweit sie als Außengesellschaft durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, vgl. BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, DNotZ 2001, 234 = MittBayNot 2001, 192.

⁷⁰ So führt der Notar auch eine Leistung gegenüber dem Geschäftsführer einer GmbH aus, wenn er den Gesellschafterbeschluss über dessen Bestellung mitbeurkundet.

soll.⁷¹ Bei der Beglaubigung einer Abschrift gemäß § 42 BeurkG erbringt der Notar seine Leistung dagegen nur gegenüber dem Antragsteller, ohne dass es auf den Inhalt des Schriftstückes und dessen Bezug zu anderen Personen ankommt.

VII. Ergebnis

Bei der umsatzsteuerrechtlichen Beurteilung, wer Leistungsempfänger des Notars ist, sind die Besonderheiten notarieller Amtsgeschäfte zu berücksichtigen. Dazu gehört, dass der Notar bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben als Träger eines öffentlichen Amtes auf „Ersuchen“ der Beteiligten und nicht als deren Auftragnehmer handelt. Dabei ist in der Regel davon auszugehen, dass die Vornahme einer Beurkundung eine einheitliche Leistung des Notars darstellt. Eine Zerlegung in mehrere, umsatzsteuerrechtlich selbständige Einzelleistungen kann allerdings dann geboten sein, wenn der Notar in einer Verhandlung mehrere Erklärungen beurkundet, die sich auf

⁷¹ Aus beurkundungsrechtlicher Sicht vgl. *Armbrüster/Leske*, ZNotP 2001, 450, 455 f.; *Schippel/Bracker/Schäfer*, a. a. O. (Fn. 66), § 16 Rdnr. 21.

verschiedene Gegenstände im Sinne des § 44 Abs. 2 KostO beziehen.

Die umsatzsteuerlichen Leistungsbeziehungen zwischen dem Notar und den Beteiligten hängen maßgeblich von dem konkreten Gegenstand der Amtshandlung ab. Als mögliche Empfänger der Notarleistung kommen ausschließlich Personen in Betracht, die durch das Rechtsverhältnis, das durch die Amtshandlung begründet, festgestellt, anerkannt, übertragen, aufgehoben, erfüllt oder gesichert wird, unmittelbar berechtigt oder verpflichtet werden. Aus diesem Kreis wird letztlich nur die Person zum Leistungsempfänger des Notars, die er als seinen Kostenschuldner nach den §§ 2 ff. KostO auswählt und in Anspruch nimmt.

Stellt der Notar seine Rechnung dagegen gemäß § 3 Nr. 2, § 3 Nr. 3 KostO auf einen Kosten- oder Haftungsschuldner aus, dessen Rechte und Pflichten durch die Amtshandlung nicht unmittelbar betroffen werden, muss er in der Rechnung zwingend auf das Auseinanderfallen von Kostenschuldner und Leistungsempfänger hinweisen. Ein Vorsteuerabzug des Rechnungsempfängers nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG ist damit ausgeschlossen. Auf diese steuerlichen Rechtsfolgen sollte der Notar vorsorglich vor Ausstellung der Rechnung hinweisen.

Änderungen des Gesetzes über das Unschädlichkeitszeugnis

Von Richter am BayObLG a. D. *Johann Demharter*, München

Das Gesetz über das Unschädlichkeitszeugnis von 1898 (UnschZG) hat zum Ziel, bei Veräußerung einer Grundstücksteilfläche die lastenfreie Abschreibung im Grundbuch zu erleichtern. Unter bestimmten Voraussetzungen kann durch die gerichtliche Feststellung ihrer Unschädlichkeit für die Berechtigten deren Zustimmung ersetzt werden. Der Anwendungsbereich des Gesetzes wurde in der Folgezeit erheblich erweitert. Zuletzt wurde das Gesetz im Jahr 2003 in größerem Umfang geändert. Das Gericht wurde verpflichtet, die Berechtigten grundsätzlich anzuhören. Nunmehr liegt ein weiteres Änderungsgesetz vor. Eine Erleichterung bringt die Regelung, dass beim Wohnungseigentum die Unschädlichkeit für sämtliche Berechtigten in einem einzigen Verfahren festgestellt wird. Erschwert wird das Verfahren dagegen durch die nunmehr mögliche Anfechtung der Unschädlichkeitsfeststellung durch die Berechtigten.

I. Anwendungsbereich des UnschZG

Soll eine Grundstücksteilfläche veräußert und frei von den bestehenden dinglichen Belastungen abgeschrieben werden, wird dadurch der Wert des Gegenstands der Haftung und Rechtsausübung der dinglich Berechtigten geschmälert. Von einer lastenfreien Abschreibung sind diese damit grundsätzlich nachteilig betroffen. Das hat zur Folge, dass zu der Veräußerung materiellrechtlich ihre Zustimmung¹ und grundbuchverfahrensrechtlich ihre Bewilligung² erforderlich ist. Dies gilt unabhängig von der Größe der Teilfläche im Verhältnis zu der des Restgrundstücks und von der bei diesem entstehenden Wertminderung. Bei der nicht selten größeren Zahl dinglich Berechtigter kann die Beibringung der notwendigen Zustimmungs- und Bewilligungserklärungen mit einem erheblichen Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden sein, die in keinem angemessenen Verhältnis zu der Beeinträchtigung der Berechtigten stehen. Dies gilt insbesondere für Straßengrundabtretungen oder Grenzberichtigungen, von denen in

der Regel nur Grundstücksteilflächen von geringer Größe betroffen sind.

Eine erhebliche Erleichterung des Rechtsverkehrs bringt insoweit die Möglichkeit, ein gerichtliches Zeugnis zu erlangen, das die Unschädlichkeit der lastenfreien Abschreibung für die Berechtigten feststellt und deren Zustimmung und Bewilligung ersetzt. Rechtsgrundlage dafür ist der landesrechtliche Vorbehalt in Art. 120 EGBGB.³ Unberührt blieb danach in Bayern das Gesetz, das Unschädlichkeitszeugnis betreffend vom 15.6.1898.⁴ Das inzwischen über 100 Jahre alte Gesetz erfasste zunächst von den dinglichen Rechten nur Grundpfandrechte und Reallasten.⁵ Im Jahr 1923 wurden Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten einbezogen.⁶ Von den in Betracht kommenden Vorgängen

¹ § 875 Abs. 1, § 876 Satz 1, § 877 BGB.

² § 19 GBO.

³ Ergänzt für das Grundbuchverfahren durch § 143 GBO.

⁴ BayRS 403-2-J; siehe zu diesem Sprau, Justizgesetze in Bayern, Teil 4.

⁵ Art. 1 Abs. 1 UnschZG.

⁶ Art. 2a UnschZG, eingefügt durch das Gesetz vom 14.7.1923, GVBl S. 280.

nannte das Gesetz in seiner ursprünglichen Fassung in Art. 1 Satz 1 UnschZG nur die Veräußerung der Teilfläche eines Grundstücks. In der Folgezeit wurde der Anwendungsbereich durch die Rechtsprechung erheblich erweitert und auf grundstücksgleiche Rechte wie das Erbbaurecht, insbesondere aber auf das im Jahr 1951 geschaffene WEG⁷ erstreckt. Einbezogen wurde nicht nur die Veräußerung eines Teils des im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücks, sondern auch die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum und umgekehrt und insbesondere die nachträgliche Begründung von Sondernutzungsrechten.⁸ Das letzte größere Änderungsgesetz aus dem Jahr 2003⁹ hat den Anwendungsbereich des Gesetzes entsprechend ausgeweitet.¹⁰ Eingefügt wurde aber auch Art. 4a UnschZG, der grundsätzlich die Anhörung der dinglich Berechtigten vorschreibt. Durch diese verfassungsrechtlich gebotene Verpflichtung des Gerichts¹¹ wurde es erschwert, das mit dem Gesetz verfolgte Ziel zu erreichen, das Verfahren zu erleichtern und zu beschleunigen.

II. Änderungsgesetz vom 9.11.2012

Nunmehr liegen weitere Änderungen des Gesetzes von 1898 vor.¹² Sie sind am 1.12.2012 in Kraft getreten.

1. Redaktionelle Änderung

Die Unschädlichkeit wird vom AG als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nicht als Grundbuchamt festgestellt.¹³ Soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, gelten für das Verfahren gemäß Art. 34 AGGVG die §§ 2 bis 110 FamFG. Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird von dem Grundsatz der Amtsermittlung beherrscht. Eingeleitet wird das Verfahren jedoch nicht in jedem Fall von Amts wegen. Gemäß Art. 4 UnschZG ist hierzu ein Antrag erforderlich. Im weiteren Verfahren hat das Gericht sodann gemäß § 26 FamFG von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Eine wichtige Hilfe ist dabei die Anhörung der Beteiligten. Sie entbindet das Gericht aber keineswegs von der Verpflichtung, die Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln. Der gegenteilige Eindruck könnte aber durch Art. 4a Satz 3 UnschZG entstehen, der bestimmt, dass § 12 FGG zur Anwendung kommt, wenn von der Anhörung abgesehen wird.¹⁴

Die Vorschriften des FGG sind ab 1.9.2009 durch die des FamFG ersetzt worden.¹⁵ An die Stelle des § 12 FGG, der das Gericht zur Amtsermittlung verpflichtete, ist der nahezu wortgleiche § 26 FamFG getreten. Durch das Änderungsgesetz wird die Verweisung auf § 12 FGG durch die inhaltliche Wiedergabe des § 26 FamFG ersetzt.¹⁶

2. Verfahrensrechtliche Änderungen

a) Veräußerung einer Teilfläche beim Wohnungs- und Miteigentum

Wird von einem Grundstück, an dem Wohnungseigentum begründet ist, eine Teilfläche veräußert, sind von einer lastenfreien Abschreibung grundsätzlich alle dinglich Berechtigten sämtlicher Wohnungseigentumsrechte nachteilig betroffen. Ihre Bewilligung ist daher zum Grundbuchvollzug erforderlich. Entsprechendes gilt für ein Grundstück, an dem schlichtes Miteigentum besteht. Bei Veränderungen der rechtlichen Verhältnisse innerhalb der Gemeinschaft, z. B. bei Umwandlung von Sondereigentum eines Wohnungseigentümers in Gemeinschaftseigentum, werden jedoch nicht immer alle Berechtigten betroffen. Ob eine Veräußerung oder eine Veränderung der rechtlichen Verhältnisse der Gemeinschaft für die Berechtigten unschädlich ist, beurteilt sich grundsätzlich unabhängig davon, welche und wie viele Berechtigte betroffen sind. Die Unschädlichkeit kann daher einheitlich in einem einzigen Verfahren für alle Berechtigten festgestellt werden. Würde die Unschädlichkeit für jeden Wohnungs- oder Miteigentümer in einem gesonderten Verfahren festgestellt, vervielfachten sich die Kosten, ohne dass dem ein wesentlich höherer Aufwand bei dem Gericht gegenüberstünde.

Das Änderungsgesetz bestimmt daher, dass beim Wohnungs- oder Miteigentum die Unschädlichkeit in einem einzigen Verfahren festgestellt wird.¹⁷ Damit fällt die Gebühr des Art. 21 Abs. 2 UnschZG nur einmal an, ohne dass sich der zugrunde zu legende Wert in jedem Fall erhöht. Die Regelung schafft Klarheit bei der bisher unterschiedlich beantworteten Frage, ob die Unschädlichkeit für alle Berechtigten in einem einzigen Verfahren festgestellt werden kann.¹⁸ Sie führt außerdem zu einer nicht unerheblichen Minderung der anfallenden Kosten.

b) Anfechtbarkeit der Unschädlichkeitsfeststellung

Nach bisherigem Recht konnte nur die Ablehnung des Antrags, die Unschädlichkeit festzustellen, mit der Beschwerde angefochten werden. Die Feststellung der Unschädlichkeit konnte gemäß Art. 8 UnschZG a. F. keiner Überprüfung durch ein Rechtsmittelgericht zugeführt werden. Der Antragsteller konnte die Ablehnung seines Antrags mit der Beschwerde anfechten, die innerhalb einer Frist von einem Monat beim AG eingelegt werden musste.¹⁹ Das verlangte, dass der Beschluss des AG gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG dem Antragsteller durch Zustellung bekannt gemacht und gemäß § 39 FamFG mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen wurde. Zur Entscheidung über die Beschwerde war gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG das OLG berufen. Gegen dessen Entscheidung war die Rechtsbeschwerde zum BGH statthaft, sofern sie das OLG zugelassen hatte.²⁰ Der die Unschädlichkeit feststellende Beschluss wurde, weil er die Zustimmung der dinglich Berechtigten ersetzte, erst mit der Rechtskraft wirksam.²¹ Da eine Anfechtung ausgeschlossen war, trat die Rechtskraft des Beschlusses mit seinem Erlass durch Übergabe an die Geschäftsstelle zur Bekanntgabe an die Beteiligten ein.²² Damit konnte das Grundbuchamt die lastenfreie Abschreibung der

⁷ Gesetz vom 15.3.1951, BGBl I, S. 175.

⁸ Vgl. z. B. BayObLG, MittBayNot 1993, 368.

⁹ Gesetz vom 7.8.2003, GVBl S. 512. Siehe dazu Demharter, MittBayNot 2004, 17, und Rpfleger 2004, 406; Kirchmayer, Rpfleger 2004, 203.

¹⁰ Anfügung von Art. 2 Abs. 2 UnschZG und Art. 2a Hs. 2 UnschZG.

¹¹ Siehe BayVerfGH, MittBayNot 1970, 140.

¹² Gesetz vom 9.11.2012, GVBl S. 534.

¹³ BayObLG, MittBayNot 1981, 136.

¹⁴ Siehe dazu Demharter, MittBayNot 2004, 17, 19.

¹⁵ Art. 1 FGG-Reformgesetz vom 17.12.2008, BGBl I, S. 2586.

¹⁶ Neufassung des Art. 4a Satz 3 UnschZG.

¹⁷ Art. 5 Abs. 4 UnschZG.

¹⁸ Begründung des Gesetzentwurfs der Staatsregierung zur Änderung des Art. 5 UnschZG, LT-Drucks. 16/12191.

¹⁹ § 58 Abs. 1, § 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1 FamFG.

²⁰ § 70 Abs. 1 FamFG.

²¹ § 40 Abs. 3 Satz 1 FamFG.

²² § 38 Abs. 3 Satz 3, § 45 FamFG; Keidel/Engelhardt, FamFG, 17. Aufl., § 45 Rdnr. 8.

Teilfläche oder die sonstige Rechtsänderung im Grundbuch vollziehen.

Das Gesetz vom 9.11.2012 änderte Art. 8 UnschZG dahin, dass gegen die Entscheidung des AG die Beschwerde an das LG zulässig ist und eine Rechtsbeschwerde nicht stattfindet. Damit ist jetzt auch die Feststellung der Unschädlichkeit und nicht nur die Antragsabweisung anfechtbar. Beschwerdegericht ist abweichend von § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG das LG, dessen Entscheidung nicht mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden kann. Die Änderung geht auf den Antrag einiger Abgeordneter zurück. Die dafür gegebene Begründung erschöpft sich in der Wiedergabe des Wortlauts der vorgeschlagenen Änderung.²³ Verfassungsrechtliche Gründe hätten jedenfalls nicht angeführt werden können.

Für die Anfechtung der Antragsabweisung bleibt nach der Änderung des Art. 8 UnschZG im Wesentlichen alles beim Alten. Lediglich die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts hat sich geändert und eine Rechtsbeschwerde ist ausgeschlossen. Demgegenüber hat die eröffnete Möglichkeit einer Anfechtung auch der Unschädlichkeitsfeststellung erhebliche Auswirkungen auf das Verfahren. Sie hat zur Folge, dass die Rechtskraft des Beschlusses, sofern er nicht angefochten wird, erst mit Ablauf der am längsten laufenden Rechtsmittelfrist von einem Monat²⁴ für einen der Beteiligten eintritt. Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Berechtigten, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses. Dies setzt eine Zustellung des Beschlusses an alle betroffenen Berechtigten voraus.²⁵ Die mit der Notwendigkeit, die Beteiligten anzuhören verbundene Erschwerung und Verzögerung des Verfahrens setzt sich mit der erforderlichen Zustellung des Beschlusses an sie fort. Nach Art. 4a UnschZG kann die Anhörung allerdings unterbleiben, wenn sie zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens führen oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Wenn der Beschluss auch in den Fällen den Berechtigten zugestellt werden müsste, in denen sie nicht angehört werden müssen, würde die mit der Aussetzung der Anhörungspflicht erstrebte Erleichterung und Beschleunigung des Verfahrens wieder aufgehoben. In diesen Fällen wird daher auch von einer Zustellung abgesehen werden können. Die Gründe, die es rechtfertigen, von einer Anhörung abzusehen, können in gleicher Weise für ein Unterbleiben der Bekanntgabe angeführt werden. Das Recht der Berechtigten, die nicht angehört werden und denen der

Beschluss nicht bekannt gegeben wird, diesen mit der Beschwerde anzufechten, wird davon aber nicht berührt.

Das Grundbuchamt kann die lastenfreie Abschreibung einer Teilfläche oder eine sonstige Veränderung der Rechtsverhältnisse im Grundbuch erst vollziehen, wenn ihm die Rechtskraft des Unschädlichkeitszeugnisses nachgewiesen ist, das die erforderliche Bewilligung der dinglich Berechtigten ersetzt. Der Nachweis kann durch ein Rechtskraftzeugnis gemäß § 46 FamFG geführt werden, das zwar die Rechtskraft nur deklaratorisch feststellt, aber als öffentliche Urkunde Beweiskraft gemäß § 418 Abs. 1 ZPO hat. Das Rechtskraftzeugnis hat die Geschäftsstelle des AG auszustellen. Wenn ein Berechtigter am Verfahren nicht beteiligt wurde, er also weder angehört noch ihm die Entscheidung bekannt gegeben wurde, tritt die Rechtskraft mit Ablauf der am längsten laufenden Rechtsmittelfrist für einen tatsächlich Beteiligten ein.²⁶ Diese mit den Erfordernissen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit begründete Ansicht ist allerdings umstritten.²⁷ Die Möglichkeit, das Verfahren dadurch zu beschleunigen, dass die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung gemäß § 40 Abs. 3 Satz 2 FamFG angeordnet wird, dürfte ausscheiden, weil eine dafür erforderliche Gefahr im Verzug kaum vorstellbar ist. Die durch das Änderungsgesetz geschaffene Anfechtungsmöglichkeit auch der Unschädlichkeitsfeststellung wird zu einer nicht unerheblichen Erschwerung des Verfahrens führen.

3. Kostenrechtliche Änderung

Die Kostenregelung des Art. 21 UnschZG beruht im Wesentlichen auf Änderungen durch das Gesetz vom 7.8.2003. Vorgesehen ist für das Verfahren vor dem AG und vor dem LG die Erhebung je einer doppelten Gebühr, mindestens 100 € und bei Antragsrücknahme eine halbe Gebühr, mindestens 25 €. Das vorliegende Änderungsgesetz erhöht die Mindestgebühren auf 120 € bzw. 30 €. Soweit im Übrigen die Vorschriften der KostO zur Anwendung kommen, steht dies unter dem Vorbehalt einer Anpassung an die Umgestaltung des Kostenrechts durch das im Gesetzgebungsverfahren befindliche Zweite Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, das die KostO durch das Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare (GNotKG) ablöst.²⁸

²³ LT-Drucks. 16/13959.

²⁴ § 63 Abs. 1 FamFG.

²⁵ Vgl. § 41 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, § 63 Abs. 3 FamFG.

²⁶ OLG Hamm, Rpfleger 2011, 87; KG, NotBZ 2012, 132; *Keidell Sternal*, FamG, 17. Aufl., § 63 Rdnr. 45.

²⁷ Siehe dazu einerseits *Heggen*, NotBZ 2011, 47, und andererseits *Kölmel*, ZNotP 2011, 59.

²⁸ BR-Drucks. 517/12; BT-Drucks. 17/11471.

Pflichtteilsrechtliche und erbschaftsteuerliche Probleme bei trans-/postmortalen Vollmachten

Von Notarassessor Dr. *Holger M. Sagmeister*, LL.M. (Yale), München

Die sog. Vorsorgevollmacht erfreut sich in den letzten Jahren zunehmender Beliebtheit. Standardmäßig sind solche Vollmachten als transmortale Vollmachten ausgestaltet. Der Beitrag soll darlegen, dass entgegen der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur bei Geschäften nach dem Tod des Vollmachtgebers nicht dessen Wille, sondern der Wille der Erben für die Wirksamkeit der postmortalen Verfügung entscheidend sein muss. Andernfalls käme es zu pflichtteilsrechtlichen wie erbschaftsteuerlichen Problemen, die kaum in den Griff zu bekommen wären.

I. Einführung

Ausgangspunkt soll folgender Fall sein:

E ist verwitwet, 85 Jahre alt und schwer krank. Er hat nur noch wenige Tage zu leben. E hat zwei Kinder, einen Sohn S und eine Tochter T. Als einzig nennenswertes Vermögen hat E ein Wohnhaus (Wert: ca. 1 Mio. €). Weil T weit von ihrem Vater entfernt wohnt, erteilt E im Krankenhaus seinem Sohn S eine notariell beglaubigte transmortale Vorsorgevollmacht.

Variante 1: S wird zu sämtlichen Rechtsgeschäften (ohne nähere Konkretisierung) ermächtigt ohne die Beschränkung des § 181 BGB (allgemeine Vollmacht).

Variante 2: S wird ausdrücklich ermächtigt, auch das Wohnhaus (auch nach dem Tod von E) auf sich selbst oder eines seiner Kinder (unentgeltlich) zu übertragen, wenn er, S, dies möchte (spezielle Vollmacht).

Weitere Erklärungen, insbesondere ein notarielles Schenkungsversprechen, wollte E vor dem Notar ausdrücklich nicht abgeben: „S solle alles entscheiden.“¹

Zwei Tage nach Erteilung der Vollmacht verstirbt E. S überträgt das Wohnhaus zwei Wochen nach dem Tod des E unentgeltlich auf sich. E hatte vor Jahren ein notarielles Testament errichtet, in dem er seine beiden Kinder zu seinen Erben zu je ein Halb eingesetzt hat. Wochen später erfährt T, dass sich das Haus nicht mehr im Nachlass befindet.

Es stellen sich folgende Fragen:

- (1) Sind die Verfügungen über das Wohnhaus im Außenverhältnis wirksam?
- (2) Darf S das Wohnhaus auch gegenüber T behalten?
- (3) Ergeben sich Konsequenzen für das Pflichtteils- oder Steuerrecht?

Ausdrücklich ausgeblendet werden sollen im Folgenden sämtliche Fälle von Schenkungen auf den Todesfall (z. B. Schenkungen von Todes wegen nach § 2301 BGB, auf den Tod befristete Schenkungen nach § 516 BGB oder Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall gemäß § 331 BGB). E hat kein Schenkungsversprechen abgeben wollen. Er hat gerade eine Vollmacht erteilt, damit der Bevollmächtigte selbst ent-

scheiden kann.² Hier geht es also nicht um die Fälle, in denen ein bereits durch den Erblasser abgegebenes (ggf. formnichtiges) Schenkungsversprechen nach dem Tod mit Hilfe einer postmortalen Vollmacht vollzogen werden soll. Gegenstand dieses Aufsatzes sind ausschließlich die Fälle, in denen durch Vollmacht nach dem Tod des Erblassers eine neue, eigenständige Verfügung getroffen und auch der jeweilige Rechtsgrund hierfür begründet wird. Einem Bevollmächtigten kann unzweifelhaft auch gestattet sein, einen Schenkungsvertrag (auch mit sich selbst) abzuschließen. § 2301 BGB wäre ohnehin nicht einschlägig, weil es im vorliegenden Fall an einer Überlebensbedingung im Sinne dieser Vorschrift fehlt.³ Selbst wenn man beide Konstellationen – das durch den Erblasser selbst abgegebene lebzeitige Schenkungsversprechen einerseits und die erst durch den Bevollmächtigten postmortal eigenständig vorgenommene Schenkung andererseits – trotz aller Unterschiede gleich behandeln wollen würde, käme man zu derselben nachfolgend diskutierten Frage, ob der Bevollmächtigte sich nach dem Tod des Vollmachtgebers noch an dessen Willen oder an den Willen dessen Erben zu orientieren hat.⁴ Mit Hilfe postmortaler Vollmachten lassen sich nämlich formunwirksame, auf den Tod befristete Schenkungen nachträglich, auch durch den Beschenkten selbst,⁵ noch vollziehen und damit gemäß § 518 Abs. 2 BGB heilen.⁶

² Der Beispielsfall ist gerade anders als der vom BGH in NJW 1983, 840, entschiedene Fall: In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es darum, dass die Erblasserin noch zu ihren Lebzeiten dem bevollmächtigten Pflegesohn schriftlich eine Schenkung zugesagt hatte, die der Pflegesohn aber erst nach dem Tod der Erblasserin mit Hilfe seiner ihm erteilten Vollmacht vollzog. Vgl. auch BGH, NJW 1988, 2731 = MittBayNot 1988, 185. Der vorliegende Fall ähnelt eher BGH, NJW 1969, 1245 (postmortale teilentgeltliche Verfügung mit Hilfe einer transmortalen Vollmacht).

³ Vgl. zu dieser Voraussetzung Prot. V, S. 460. Vgl. auch BGH, NJW 1983, 840; NJW 1988, 2731 = MittBayNot 1988, 185; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand 1.8.2012, § 2301 Rdnr. 5; MünchKommBGB/Musielak, 6. Aufl. 2012, § 2301 Rdnr. 11.

⁴ Das in Ziffer IV. 2 aufgezeigte steuerrechtliche Problem wäre dagegen entschärft, weil die Causa bereits vor dem Tod des Erblassers gesetzt worden wäre und es auf die Formunwirksamkeit des vermeintlichen Schenkungsversprechens im Steuerrecht wegen § 41 Abs. 1 AO nicht ankäme.

⁵ Wohl unstrittig, sofern eine Befreiung von § 181 BGB vorliegt, vgl. statt vieler BGH, NJW 1983, 840; NJW 1986, 2107 = MittBayNot 1986, 172; NJW 1988, 2731 = MittBayNot 1988, 185; *Derleder*, NJW 2012, 2689, 2692; MünchKommBGB/J. Koch, a. a. O. (Fn. 3), § 518 Rdnr. 14.

⁶ Vgl. statt vieler BeckOK-BGB/Gehrlein, a. a. O. (Fn. 3), § 518 Rdnr. 6; MünchKommBGB/J. Koch, a. a. O. (Fn. 3), § 518 Rdnr. 14; MünchKommBGB/Musielak, a. a. O. (Fn. 3), § 2301 Rdnr. 24 m. w. N. Interessant ist, dass eine nachträgliche Heilung bei § 2301 BGB nicht mehr absichtlich durch Handlungen von Boten oder Bevollmächtigten herbeigeführt werden könne, so ausdrücklich BGH, NJW 1986, 2107 = MittBayNot 1986, 172; NJW 1987, 1487; NJW 1987, 2731 = MittBayNot 1988, 185 m. w. N. auch zur Gegenansicht. Vgl. zum Ganzen ausführlich *Nieder*, BWNZ 1996, 129 ff.

¹ In der Praxis handelt es sich meistens um die Fälle einer versäumten lebzeitigen Übergabe. Der potentielle Übernehmer soll mit der speziellen Vollmacht in die Lage versetzt werden, den Gegenstand später auch ohne den Übergeber auf sich selbst zu übertragen. Eine sofortige Beurkundung der Übergabe ist in diesen Fällen oftmals nicht möglich, weil der Übernehmer selbst noch nicht weiß, ob er den Gegenstand überhaupt haben will (z. B. weil Geschwister evtl. zu hohe Ausgleichszahlungen verlangen) oder noch sonstige wesentliche Fragen zuvor abgeklärt werden müssen.

II. Wirksamkeit im Außenverhältnis

1. Eine wirksam erteilte Vollmacht erlischt grundsätzlich nicht mit dem Tod des Vollmachtgebers (vgl. für den Auftrag § 672 Satz 1 BGB).⁷ Bei den rein abstrakten Vollmachten – wie dies regelmäßig bei Vorsorgevollmachten der Fall ist – sollte dies in der Urkunde jedoch klargestellt werden.⁸ Rein materiellrechtlich ist für die Wirksamkeit einer Vollmacht im Grundsatz keine bestimmte Form vorgeschrieben (vgl. § 167 Abs. 2 BGB). Soll jedoch über Grundstücke verfügt werden können, muss aus rein grundbuchrechtlichen Gründen (vgl. § 29 GBO) die Vollmacht wenigstens notariell beglaubigt sein.⁹

2. Ein Bevollmächtigter handelt im Falle einer trans-/postmortalen¹⁰ Vollmacht entweder im Namen des Vollmachtgebers – falls er keine Kenntnis von dessen Tod hat – oder bereits im Namen der Erben des Vollmachtgebers – falls ihm der Tod des Vollmachtgebers bekannt ist.¹¹ Die Erben müssen dabei nicht namentlich genannt sein.¹² Der Bevollmächtigte vertritt die Erben, jedoch beschränkt auf den Nachlass.¹³ Diese Beschränkung muss der Bevollmächtigte hinreichend darlegen, um nicht seine Vertretungsmacht zu überschreiten.¹⁴ Die Befugnis des Bevollmächtigten leitet sich noch vom Erblasser ab.¹⁵ Im Außenverhältnis ist eine post-/transmortale Vollmacht also ohne Weiteres zum Vollzug eines Grundstücksgeschäfts geeignet. Auf eine erbrechtliche Legitimation, z. B. einen Erbschein, kommt es

nicht an.¹⁶ S konnte im vorliegenden Fall daher auch unter Aufdeckung des Todes des Vaters ohne Erbschein verfügen. Auch ist wegen § 40 GBO entgegen § 39 GBO eine Umschreibung zunächst auf die Erben im Grundbuch nicht erforderlich.¹⁷ Selbst wenn bereits ein Erbschein vorgelegen hätte und das Grundbuch bereits umgeschrieben (oder ein Testamentsvollstreckervermerk)¹⁸ eingetragen gewesen wäre, hätte S bis zum Widerruf der Vollmacht durch die Erben (oder den Testamentsvollstrecker) weiterhandeln können.¹⁹ Ein Widerruf durch die Erben²⁰ (oder den Testamentsvollstrecker)²¹ bleibt möglich, sofern ein solcher nicht ausgeschlossen wurde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Widerrufsabschluss alleine zulasten der Erben unzulässig ist.²² Eine anders lautende Klausel wäre wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Universalsukzession unwirksam.

Streitig ist, ob auch eine bloße Berichtigung des Grundbuchs mit Vollmacht zulässig ist. Nach Ansicht des Verfassers ist dies abzulehnen.²³ Der Vollmachtgeber hätte eine solche nämlich selbst auch nicht vornehmen können, weil die Berichtigung zwingend den Tod des Erblassers voraussetzt. Zudem erfordert eine Berichtigung gerade, dass die einzutragenden

⁷ Allgemeine Meinung, vgl. statt vieler *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 168 Rdnr. 29 m. w. N.; *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 30 m. w. N.

⁸ Ausführlich hierzu *Mensch*, BWNNotZ 2012, 15. Vgl. auch *Reetz* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, F Vollmacht Rdnr. 9.

⁹ Zu sonstigen Formzwängen vgl. *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 167 Rdnr. 15 m. w. N. Ist der Widerruf der Vollmacht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen, muss die Vollmacht sogar notariell beurkundet werden, vgl. RGZ 62, 335, 336; 76, 182, 183; BGH, NJW 1952, 1210; *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 167 Rdnr. 16 ff. m. w. N.; BeckOK-BGB/*Valenthin*, a. a. O. (Fn. 3), § 167 Rdnr. 9 m. w. N. Vgl. auch BGH, DNotZ 1966, 92, 96; BayObLG, DNotZ 1981, 561, 567; OLG Schleswig, DNotZ 2000, 775; in *MünchKommBGB/Gehrlein*, a. a. O. (Fn. 3), § 311b Rdnr. 17. Zum Ganzen *Ritzinger*, BWNNotZ 1987, 28 ff. m. w. N. Im vorliegenden Fall ließe sich sogar vertreten, dass die bloß notariell beglaubigte Vollmacht formunwirksam war, weil E aufgrund seines Gesundheitszustands faktisch an einem Widerruf gehindert gewesen wäre.

¹⁰ Bei der transmortalen Vollmacht besteht die Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus, bei der postmortalen Vollmacht ausschließlich nach dem Tod des Vollmachtgebers. Ansonsten unterliegen beide Vollmachtsarten den gleichen Bestimmungen. Vgl. zum Ganzen *Staudinger/Reimann*, 13. Aufl. 2003, Vorbem. zu §§ 2197 ff. Rdnr. 5.

¹¹ Vgl. LG Stuttgart, BWNNotZ 2007, 119, 120; *Reetz*, a. a. O. (Fn. 8), F Vollmacht Rdnr. 44.

¹² Vgl. OLG Hamburg, DNotZ 1967, 31; OLG Frankfurt, BWNNotZ 2012, 13; LG Stuttgart, BWNNotZ 2007, 119, 120; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2008, 552, 563. Etwas anders gilt aus grundbuchrechtlichen Gründen nur dann, wenn im Namen der Erben Grundstücke erworben werden sollen, vgl. OLG Frankfurt, BWNNotZ 2012, 13 m. Anm. *Mensch*.

¹³ Allgemeine Meinung, vgl. statt vieler BGH, NJW 1983, 1487, 1489; OLG Hamburg, DNotZ 1967, 31; *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 30 f. Ausführlich zum Ganzen DNotI-Rep. 1998, 171, 172.

¹⁴ Vgl. *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 33.

¹⁵ Allgemeine Meinung, vgl. statt vieler die in den Fn. 13 Genannten.

¹⁶ Allgemeine Meinung, vgl. statt vieler RGZ 88, 345; 106, 185; KG, DNotZ 1935, 600; OLG Frankfurt, BWNNotZ 2012, 13; OLG Dresden, ZEV 2012, 339; LG Stuttgart, BWNNotZ 2007, 119, 120; LG Neuruppin, MittBayNot 2004, 46; *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 30; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3571.

¹⁷ Vgl. OLG Hamburg, DNotZ 1967, 31; OLG Frankfurt, BWNNotZ 2012, 13 ff.; OLG Dresden, ZEV 2012, 339; LG Stuttgart, ZEV 2008, 198; *Findelee*, ZErB 2007, 172 ff.; *Mensch*, BWNNotZ 2012, 15. Ausführlich zum Ganzen *Milzer*, DNotZ 2009, 325. Für die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld ist eine Voreintragung jedoch zwingend, vgl. RGZ 88, 345, 349; *Findelee*, ZErB 2007, 172 ff.; *Ivo*, ZErB 2006, 7; *Kurze*, ZErB 2008, 399, 401; *Schöner/Stöber*, a. a. O. (Fn. 16), Rdnr. 142; *Zeiser* in BeckOK-GBO, 6/2012, § 40 Rdnr. 24. Kritisch dagegen *Milzer*, DNotZ 2009, 325. Diese Einschränkung gilt jedoch nicht bei Handeln aufgrund Vollmacht.

¹⁸ Das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und trans-/postmortalen Vollmacht ist sehr umstritten. Nach wohl h. M. besteht die Vollmacht neben der Testamentsvollstreckung fort, vgl. OLG München, DNotZ 2012, 303 = MittBayNot 2012, 227; *Merkel*, WM 1987, 1001, 1004. Nach a. A. wird die Vollmacht durch die Testamentsvollstreckung beschränkt, vgl. *Staudinger/Reimann*, a. a. O. (Fn. 10), Vorbem. §§ 2197 ff. Rdnr. 68. Nach einer dritten Ansicht sei die zeitliche Abfolge der Anordnung entscheidend, vgl. *Bengel* in *Bengel/Reimann*, 4. Aufl. 2009, Kap. 1, Rdnr. 36. Guter Überblick in DNotI-Rep. 1998, 171, 172.

¹⁹ Die Eintragung der Erben wäre also auch nicht hinderlich, da der Bevollmächtigte nach dem Tod des Erblassers eben die Erben vertritt, vgl. *Bestelmeyer*, Rpfleger 2008, 552, 563; *Zeiser*, a. a. O. (Fn. 17), § 40 Rdnr. 40. Der entgegengesetzte, nicht amtliche Leitsatz des LG Stuttgart, BWNNotZ 2008, 119, ist insoweit missverständlich.

²⁰ Zum Widerruf befugt ist jeder einzelne Miterbe, vgl. KG, DNotZ 1937, 813; *Bengel* in *Bengel/Reimann*, a. a. O. (Fn. 18), Kap. 1 Rdnr. 56; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl. 2012, Einf. vor § 2197 Rdnr. 13; *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 36. Nach a. A. müssen alle Miterben widerrufen, vgl. mit guten Argumenten *Madaus*, ZEV 2004, 448 ff.

²¹ Vgl. *MünchKommBGB/Brandner*, a. a. O. (Fn. 3), vor § 2197 Rdnr. 15; *Palandt/Weidlich*, a. a. O. (Fn. 20), Einf. vor § 2197 Rdnr. 13.

²² Vgl. BGH, WM 1976, 1130, 1132; *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 38.

²³ So wie hier BayObLG, NJW-RR 1994, 914; OLG Stuttgart, DNotZ 2012, 371; OLG Schleswig, NJOZ 2012, 1104; LG Heidelberg, MittBayNot 1973, 209; *Reetz*, a. a. O. (Fn. 8), Sonderbereich Vertretungsmacht, Rdnr. 44; *Schöner/Stöber*, a. a. O. (Fn. 16), Rdnr. 3571. A. A. RGZ 88, 345; OLG Dresden, ZEV 2012, 339; *Herrmann* in *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, 6. Aufl., § 39 Rdnr. 20.

vermeintlichen Erben auch tatsächlich Erben geworden sind; dies kann jedoch grundbuchrechtlich nur mit einem Erbschein (oder notariellen Testament mit Eröffnungsniederschrift) nachgewiesen werden. Mit einer Vollmacht ließe sich das jeweilige Grundstück ohne Erbnachweis lediglich auf die vermeintlichen Erben übertragen. Da in diesem Fall dann aber gerade keine bloße Berichtigung mehr vorliegt, ist der Kostenvorteil bei bloßer Umschreibung innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall nicht mehr erreichbar (vgl. § 60 Abs. 4 KostO).²⁴ Schließlich ist, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe geworden ist, die Vollmacht ohnehin im Wege der Konsolidierung erloschen.²⁵

Als Ergebnis bleibt also festzuhalten, dass mit einer post-/transmortalen Vollmacht im Außenverhältnis auch nach dem Tod des Vollmachtgebers Verfügungen wirksam getroffen und Kausalgeschäfte wirksam begründet werden können. Sind an dem Geschäft Dritte beteiligt (z. B. Vertragspartner, Grundbuchamt, Notar), müssen diese nicht Rücksprache mit den Erben halten, sofern nicht der seltene Fall des evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht vorliegt.²⁶

Wenigstens in Variante 2 wurde der Sohn S also Eigentümer des Wohnhauses. In dieser Variante kann schon deshalb nicht von einem evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht ausgegangen werden, weil die Vollmacht gerade ausdrücklich zur unentgeltlichen Übertragung ermächtigt hat. In der Variante 1 ist dagegen zweifelhaft, ob bei einem reinen Insichgeschäft die mögliche Verletzung im Innenverhältnis (dazu sogleich) nicht direkt auf das Außenverhältnis durchschlägt. Dies gilt vor allem deshalb, weil bei einem reinen Insichgeschäft kein Dritter existiert, der eines besonderen Schutzes bedarf. Dies kann man sicherlich auch so sehen.²⁷ Gleichwohl wird vorliegend vertreten, dass auch in diesen Fällen die Verfügungen im Außenverhältnis wirksam sind und lediglich im Innenverhältnis gegenüber dem Bevollmächtigten Regressansprüche bestehen. Zum einen führt dies in den allermeisten Fällen ohnehin zum gleichen Ergebnis, zum anderen vermeidet man damit, dass Dritte, wie Grundbuchämter und Notare, sich entgegen des weiten Wortlauts der Vollmacht genötigt sähen, allzu häufig doch das Innenverhältnis zu prüfen und die Vollmacht dann ggf. zurückzuweisen. Dies würde die Funktion von Vollmachten zu stark einschränken. Nach vorliegender Ansicht ist S sowohl in der ersten²⁸ als auch in der zweiten Variante²⁹ Eigentümer des Wohnhauses geworden.

III. Rechtliche Wirksamkeit im Innenverhältnis

Eine ganz andere Frage ist es, ob im vorliegenden Fall der Sohn S gegenüber seiner Schwester T das Wohnhaus auch be-

halten darf. Insoweit kommt es darauf an, ob S nicht nur im Außenverhältnis über das Wohnhaus verfügen konnte, sondern ob er im Innenverhältnis auch darüber verfügen durfte. Neben der abstrakten Vollmacht besteht zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten in aller Regel ein Auftragsverhältnis.³⁰ Aus diesem Auftragsverhältnis ergibt sich, ob der Bevollmächtigte auch gegenüber dem Vollmachtgeber zur Verfügung über den Gegenstand berechtigt ist oder ob er sich mit der Verfügung nach §§ 667, 280 Abs. 1 BGB, ggf. auch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB, schadensersatzpflichtig macht. Hierbei ist entscheidend, ob nach dem Tod des Erblassers auf dessen Interesse oder auf das Interesse dessen Erben an der jeweiligen Verfügung abzustellen ist. Eng damit im Zusammenhang steht die Frage, ob, sofern es auf das Interesse des Erblassers ankommt, dessen Wille in einer gewissen Form geäußert worden sein muss.

1. Ebenso wie die abstrakte Vollmacht geht auch das der Vollmacht zugrundeliegende Auftragsverhältnis auf die Erben über (vgl. § 672 Satz 1 BGB). Der Bevollmächtigte und Auftragnehmer kann und muss daher auch nach dem Tod des Vollmacht- und Auftraggebers den ihm erteilten Auftrag erfüllen. Er hat stets im Interesse seines Auftraggebers zu handeln. Unproblematisch sind daher all die Fälle, bei denen das Interesse des Erblassers und das seiner Erben übereinstimmen. Dies sind zum einen die Sachverhalte, bei denen der Bevollmächtigte selbst Alleinerbe geworden ist oder sich mit den Erben abgestimmt hat (und die Erben selbst nicht handeln können, weil z. B. der notwendige Erbschein noch nicht erteilt ist). Zum anderen sind auch die Sachverhalte unproblematisch, bei denen der Bevollmächtigte lediglich bereits bestehende Nachlassverbindlichkeiten erfüllen will. Diese müssten nämlich ohnehin von den Erben beglichen werden. Schließlich bereiten auch die Fälle keine Sorgen, bei denen der Bevollmächtigte sich zwar nicht zuvor mit den Erben abgestimmt hat (z. B. weil er nicht weiß, dass der Vollmachtgeber verstorben oder wer Erbe geworden ist), er jedoch auch aus der Sicht eines objektiven Dritten entsprechend dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Erben handelt (vgl. den Rechtsgedanken der §§ 677 ff. BGB). Dies gilt insbesondere bei der Notgeschäftsführung (vgl. § 672 Satz 2 BGB).³¹ An der vorstehenden Aufzählung sieht man bereits, dass die Erteilung trans-/postmortaler Vollmachten in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle sinnvoll ist und auch bei Befolgung der nachfolgend dargestellten Ansicht des Verfassers sinnvoll bleibt und nicht überflüssig wird.

Variante 1 des obigen Beispielsfalls (allgemeine Vollmacht) ist demnach dahingehend zu lösen, dass der Sohn S nach dem Tod des Vaters das Hausgrundstück nicht auf sich selbst hätte übertragen dürfen, weil dies zum einen nicht dem Interesse der Erben, zum anderen aber auch nicht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprach. Bei einer allgemeinen post-/transmortalen Vollmacht ohne ausdrückliche Befreiung im Innenverhältnis (!), Schenkungen vornehmen zu dürfen, muss mit der herrschenden Meinung davon ausgegangen werden, dass unentgeltliche Übertragungen an sich selbst oder einen Dritten nicht vom Auftragsverhältnis gedeckt sind, obgleich von der Vollmacht im Außenverhältnis unentgeltliche Verfü-

²⁴ Um Kosten zu sparen, kann auch ein Erbschein lediglich für Grundbuchzwecke beantragt werden, vgl. § 107 Abs. 3 KostO.

²⁵ Vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, a. a. O. (Fn. 3), § 2136 Rdnr. 6; J. Mayer, ZEV 2000, 1, 5; Palandt/Ellenberger, a. a. O. (Fn. 20), § 168 Rdnr. 4. Kritisch Kurze, ZErB 2008, 399, 405. A. A. LG Bremen, Rpfleger 1993, 235, 236.

²⁶ So BGH, NJW 1995, 250; Kurze, ZErB 2008, 399, 402 f.; Palandt/Weidlich, a. a. O. (Fn. 20), Einf. v. § 2197 Rdnr. 10; Münch-KommBGB/Schramm, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 49 (anders aber in Rdnr. 35 bei einer allgemeinen trans-/postmortalen Vollmacht). A. A. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, § 51 Ziffer 5; Krampe, ZEV 1995, 189; Schulz, NJW 1995, 3345.

²⁷ So OLG Stuttgart, NJOZ 2010, 2177.

²⁸ Dieser Fall ist angelehnt an BGH, NJW 1995, 250 = MittBayNot 1995, 29 (postmortale Abhebung mit Kontovollmacht).

²⁹ Dieser Fall ist angelehnt an BGH, NJW 1969, 1245 (postmortale teilentgeltliche Verfügung zugunsten eines Dritten).

³⁰ Teilweise wird auch angenommen, dass im nahen Familienbereich lediglich ein reines Gefälligkeitsverhältnis vorliege. In diesem Fall bestehen meist nur bereicherungsrechtliche Rückübertragungsansprüche. Vgl. hierzu ausführlich Horn/Schabel, NJW 2012, 3473.

³¹ Ausführlich hierzu Kurze, ZErB 2008, 399, 404. So auch Flume, a. a. O. (Fn. 26), § 51 Ziffer 5.

gungen ermöglicht werden.³² Aus diesem Grund hält es der Verfasser auch für äußerst problematisch, wenn in manchen Mustern von Vorsorgevollmachten selbst im Innenverhältnis unentgeltliche Übertragungen pauschal gestattet werden. Fragt man bei den Mandanten nämlich nach, ob sie tatsächlich wollen, dass der Bevollmächtigte nach ihrem Tod faktisch die Erbfolge ändern können soll, wird dies eigentlich immer verneint. In der Variante 1 des Beispielsfalls fehlt es also an einem Behaltensgrund. Das Grundstück muss auf die Erbengemeinschaft zurückübertragen werden. Nach der sicherlich auch vertretbaren Ansicht des OLG Stuttgart³³ wäre in der Variante 1 des Beispielsfalls die Übertragung an S dagegen bereits im Außenverhältnis gescheitert, weil bei einem bloßen Insichgeschäft die Verletzung des Innenverhältnisses stets auf das Außenverhältnis durchschlage und damit schon gar keine wirksame Vollmacht vorliege.

Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass bei allgemein gehaltenen trans-/postmortalen Vollmachten (s. Variante 1 des Beispielsfalls) der Bevollmächtigte zwar möglicherweise im Außenverhältnis zu einer Übertragung auf sich oder Dritte berechtigt, aber wenigstens im Innenverhältnis dazu nicht befugt ist. Eine entsprechende Belehrung des Bevollmächtigten durch den Notar vor der Vornahme einer solchen postmortalen Verfügung ist zwar rechtlich wohl nicht geboten, aber empfehlenswert. Überdies sollte eine Befugnis zu unentgeltlichen Übertragungen im Innenverhältnis aus den vorstehenden Gründen nur ausnahmsweise erteilt werden.

2. Probleme bereiten lediglich die wenigen Fälle, in denen der Erblasser eine trans-/postmortale Vollmacht erteilt, in der er ausdrücklich auch im Innenverhältnis dazu ermächtigt, vor, oder auch nach seinem Tod, einen bestimmten Gegenstand entgeltlich oder unentgeltlich auf eine Person zu übertragen und diese Übertragung dem Interesse der in der letztwilligen Verfügung eingesetzten Erben widerspricht (sog. spezielle Vollmacht, siehe Variante 2 des Beispielsfalls).

a) Erfolgt die Übertragung vor dem Tod des Erblassers, ist die Verfügung auch im Innenverhältnis unstreitig wirksam. Erfolgt sie nach dem Tod des Erblassers, ist die Verfügung im Innenverhältnis, selbst wenn sie dem Interesse der Erben zuwiderläuft, ebenfalls unstreitig wirksam, wenn zum Zeitpunkt der Übertragung der Bevollmächtigte im guten Glauben war, dass der Erblasser lebt oder, bei Kenntnis dessen Todes, die Verfügung dem mutmaßlichen Interesse der Erben entspricht (vgl. wiederum den Rechtsgedanken der §§ 677 ff. BGB): Durch die abstrakte Vollmacht kann der Bevollmächtigte nämlich erstens nach außen hin wirksam Verfügungen treffen und auch den notwendigen Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB für das Behaltendürfen (auch in Form eines Schenkungsvertrages) schaffen. Zweitens können die Erben, solange ein Bevollmächtigter im guten Glauben gehandelt hat, gegen diesen auch keine Schadensersatzansprüche aus dem übergeleiteten Auftragsverhältnis (§ 280 Abs. 1 BGB) oder Delikt (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB) geltend machen.³⁴ Das Geschäft ist damit wirksam.

³² Wohl h. M., vgl. statt vieler *Erman/Palm*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 168 Rdnr. 5; *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 35 m. w. N.; *Staudinger/Schilken*, a. a. O. (Fn. 10), § 168 Rdnr. 32 m. w. N. Vgl. auch BGH, NJW-RR 2007, 488. Ausführlich bei lebzeitigen Verfügungen *Derleder*, NJW 2012, 2689. Vgl. auch BGH, NJW 1995, 250.

³³ So OLG Stuttgart, NJOZ 2010, 2177.

³⁴ So auch BGH, NJW 2006, 986. Lesenswert hierzu, auch zu weiteren Haftungsgrundlagen *Derleder*, NJW 2012, 2689 und *Horn/Schabel*, NJW 2012, 3473. Denkbar wäre auch ein Anspruch nach § 670 BGB auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten.

b) Wenn der Bevollmächtigte (wie in der zweiten Variante des Beispielsfalls) aber nicht im guten Glauben gehandelt hat, weil er weiß, dass die Verfügung dem Interesse der Miterben widerspricht, oder der Bevollmächtigte bei Zweifeln nicht bei den ihm bekannten Erben nachfragt³⁵, stellt sich nun die entscheidende Frage, ob es für die Wirksamkeit des Geschäfts auf das Interesse des Erblassers oder auf das der Erben ankommt:

Nach Ansicht des BGH³⁶ und der wohl überwiegenden Meinung im Schrifttum³⁷ sei in einer solchen Konstellation einzig auf das Interesse des Erblassers abzustellen, welches die Erben gleichsam miterbten. Der Erbe trete in die Rechtsposition des Erblassers ein; einzig dessen Interesse sei entscheidend, solange die Vollmacht nicht von den Erben widerrufen worden ist. In einer ähnlichen Konstellation wie in Variante 2 des Beispielsfalls hat der BGH ausdrücklich entschieden:³⁸ „[...] denn sowohl die Generalvollmacht als auch der Auftrag blieben, [...] über den Tod hinaus wirksam. Handelten somit die Beauftragten bei Abschluss des [...]vertrages³⁹ nach Maßgabe der Weisungen, die sie von der Erblasserin erhalten hatten und an die sie bis auf weiteres, d. h. bis der Auftrag widerrufen wurde, gebunden waren, so begingen sie keine positive Vertragsverletzung.“ Dies ist nach wohl ganz herrschender Meinung auf die Fälle des Insichgeschäfts eins zu eins übertragbar. Es macht nämlich keinen Unterschied, ob ein Bevollmächtigter ermächtigt wird, einen Gegenstand postmortal unentgeltlich an einen Dritten oder – unter Befreiung von § 181 BGB – unentgeltlich auf sich selber überträgt, sofern dies vom Willen des Erblassers gedeckt war.⁴⁰

Dieser gesamten BGH-Rechtsprechung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Ein irgendwie geartetes Interesse des Erblassers gibt es nach dessen Tod schlicht nicht mehr. Der Erblasser ist tot! Mit dem Tod geht der komplette Nachlass im Wege der Universalsukzession auf die Erben über, die nun die komplette Nachfolge des Erblassers antreten. Wie oben gezeigt, handelt der Bevollmächtigte ab dem Tod des Erblassers ja auch nicht mehr in Vertretung des Erblassers, sondern in Vertretung der Erben. Es ist systematisch schwer nachzuvollziehen, wie ein Bevollmächtigter zwar im Namen der Erben, aber im Interesse des Erblassers tätig werden können soll. *Flume* weist zu Recht darauf hin, dass ab dem Tod des Erblassers dessen Erbe „dominus negotii“ ist.⁴¹ Dies ist der Grund, warum bei der Ausführung eines Auftrags nun auch auf das Interesse der Erben und nicht auf das des

³⁵ So auch *Kurze*, ZErB 2008, 399, 404.

³⁶ Vgl. BGH, NJW 1969, 1245; NJW 1995, 250 = MittBayNot 1995, 29; NJW 1995, 953 m. w. N. Vgl. auch BGH, FamRZ 1985, 693, und BGHZ 127, 239, 245.

³⁷ Vgl. *MünchKommBGB/J. Koch*, a. a. O. (Fn. 3), § 518 Rdnr. 16; *Madaus*, ZEV 2004, 448; *MünchKommBGB/Schramm*, a. a. O. (Fn. 3), § 168 Rdnr. 34 m. w. N.; *Soergel/Leptien*, a. a. O. (Fn. 7), § 168 Rdnr. 31; *Staudinger/Reimann*, a. a. O. (Fn. 10), Vorbem. zu §§ 2197-2228 Rdnr. 73; *Staudinger/Schilken*, a. a. O. (Fn. 10), § 168 Rdnr. 32 ff. m. w. N.

³⁸ BGH, NJW 1969, 1245.

³⁹ Bei dem der BGH-Entscheidung zugrundeliegenden Fall ging es um ein teilentgeltliches Geschäft: Die Bevollmächtigte sollte postmortal ein Grundstück zum bloßen Einheitswert auf einen Dritten übertragen, was einer – wie die Erben monierten – fast vollständigen Schenkung gleichkam.

⁴⁰ Vgl. statt vieler BGH, NJW 1983, 840; NJW 1986, 2107 = MittBayNot 1986, 172; NJW 1988, 2731 = MittBayNot 1988, 185; *Derleder*, NJW 2012, 2689, 2692; *MünchKommBGB/J. Koch*, a. a. O. (Fn. 3), § 518 Rdnr. 14.

⁴¹ *Flume*, a. a. O. (Fn. 26), § 51 Ziffer 5.

Erblassers abzustellen ist.⁴² Der Bevollmächtigte hat ggf. bei den Erben nachzufragen.⁴³ Einzige Möglichkeit des Erblassers, seine Wünsche auch nach dem Tod erfüllt zu wissen, ist, entsprechende letztwillige Verfügungen zu treffen, insbesondere Testamentsvollstreckung anzuordnen. Hierfür hat der Gesetzgeber zu Recht strenge Formvorschriften erlassen.⁴⁴ Nur letztwillige Verfügungen stellen mit ausreichendem Schutz sicher, dass der vermeintlich geäußerte Wille des Erblassers auch dessen tatsächlichen Willen entspricht. Andernfalls könnte man durch einfache Vollmachten (mit bloßer Unterschriftsbeglaubigung) letztwillige Verfügungen unterlaufen.⁴⁵ Das von der Gegenansicht vorgebrachte Argument, dass mit hier vertretener Meinung trans-/postmortale Vollmachten überflüssig würden, überzeugt, wie vorstehend dargelegt, nicht. Vorsorgevollmachten dienen nach Ansicht des Verfassers lediglich der Abwicklung und Verwaltung des Nachlasses. Durch sie soll der Nachlass jedoch nicht materiell anders verteilt werden können. Dem Missbrauch wäre andernfalls Tür und Tor geöffnet. Verfügungen gegenüber Dritten, also im Außenverhältnis, bleiben trotzdem wirksam (siehe oben Ziffer II.), sofern nicht ein seltener Fall des evidenten Missbrauchs der Vollmacht vorliegt. Dass die Erben durch die Möglichkeit eines Widerrufs ausreichend geschützt seien,⁴⁶ widerspricht den Erfahrungen in der Praxis.

In beiden Varianten des Beispielsfalls steht das Wohnhaus ab dem Erbfall im Eigentum der Erbengemeinschaft (bestehend aus Sohn S und Tochter T). Sie entscheiden, was mit dem Wohnhaus künftig geschehen soll. Will der Erblasser das Wohnhaus einzig seinem Sohn überlassen, so muss er die Erbfolge ändern oder das Haus noch zu seinen Lebzeiten auf den Sohn übertragen. Eine Vollmacht kann und darf hierfür schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht ausreichen.⁴⁷ In der Variante 2 des Beispielsfalls (spezielle Vollmacht) darf nach vorliegender Ansicht der Sohn das Wohnhaus also auch nicht behalten. In der Praxis muss der Vertragsgestalter in solchen Konstellationen demnach neben der Erteilung der speziellen trans-/postmortalen Vollmacht stets auch die Erbfolge anpassen, wenn und soweit eine mögliche postmortale Verfügung Bestand haben soll.

Es sei jedoch nochmals ausdrücklich festgestellt: Die Vollmacht ist und bleibt im Außenverhältnis wirksam. Die Verletzung der Nachfragepflicht im Innenverhältnis führt nicht zu einem evidenten Missbrauch der Vollmacht und damit zu de-

ren Unwirksamkeit im Außenverhältnis.⁴⁸ Nach vorliegender Ansicht bleiben den Erben lediglich Regressansprüche nach § 280 Abs. 1 i. V. m. §§ 662 ff. BGB, ggf. auch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, gegen den Bevollmächtigten im Innenverhältnis. Zum Schutze des Bevollmächtigten bei unbekanntem Erben kann zudem im Zweifel davon ausgegangen werden, dass die Erben das gleiche Interesse am jeweiligen Geschäft wie der Erblasser haben (vgl. Rechtsgedanken des § 665 BGB).⁴⁹

IV. Konsequenzen für das Pflichtteils- und Erbschaftsteuerrecht

Nach Ansicht des BGH – und ihm folgend die herrschende Meinung im Schrifttum – wäre entgegen der hier vertretenen Ansicht in Variante 2 des Beispielsfalls die postmortale Übertragung des Wohnhauses also auch der Miterbin T gegenüber wirksam. Wie wenig das überzeugt, zeigt sich endgültig, wenn man die pflichtteilsrechtlichen und schenkungsteuerrechtlichen Auswirkungen einer solchen Verfügung betrachtet. Wie bereits dargelegt verfügt der Bevollmächtigte mit einer postmortalen Vollmacht im Namen der Erben zulasten deren Vermögen, jedoch beschränkt auf den Nachlass. In Variante 2 des Beispielsfalls stand das Wohnhaus bereits im Eigentum von Sohn S und Tochter T in Erbengemeinschaft. Erst durch die postmortale Verfügung wurde das Wohnhaus der Erbengemeinschaft wieder entzogen und auf den Sohn zum Alleineigentum übertragen.

1. Pflichtteilsrechtliche Konsequenzen⁵⁰

Welche Konsequenzen hat eine solche postmortale Übertragung auf die Erbquote der Schwester? Antwort: keine. Vor der Übertragung war sie Miterbin zu $\frac{1}{2}$ bei einem Nachlasswert von ca. 1.000.000 €. Nach der Übertragung war die Schwester immer noch Miterbin zu $\frac{1}{2}$, nunmehr jedoch bei einem Nachlasswert von nur noch um die 0 €. Eine postmortale Verfügung beeinflusst die Erbquote also nicht; „lediglich“ der Wert des Nachlasses ändert sich nachträglich. Rechtlich gesehen hat die Schwester zwar die Hälfte des Nachlasses geerbt, wirtschaftlich betrachtet aber nichts erhalten. Die in diesem Aufsatz vertretene Ansicht unterscheidet sich also von der Ansicht der herrschenden Meinung dahingehend, dass nach ersterer die Tochter wirtschaftlich gesehen 500.000 € und nach letzterer nichts erhalten würde.

Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob die Tochter T wegen der postmortalen Verfügung zu ihren Lasten wenigstens Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend machen kann. Solche können prinzipiell auch einem Erben zustehen (vgl. § 2326 BGB). Für Pflichtteilsergänzungsansprüche hätte die nachteilige Übertragung aber bereits vor dem Tod des Erblassers stattfinden müssen (vgl. § 2325 Abs. 1 BGB). Bei postmortalen Verfügungen kann es aufgrund der Systematik des Pflichtteilsrechts eigentlich keine Pflichtteilsergänzungsansprüche geben.⁵¹ Der Gesetzgeber hat bei postmortalen Verfü-

⁴² So auch *Canaris*, Bankvertragsrecht, 4. Aufl. 1988, Rdnr. 207; *Finger*, NJW 1969, 1624 f.; *Flume*, a. a. O. (Fn. 26), § 51 5b; *Kurze*, ZErB 2008, 399, 403 f.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rdnr. 399; *Schultz*, NJW 1995, 3345.

⁴³ So auch KG, ZErB 2004, 294; *Flume*, a. a. O. (Fn. 26), § 51 Ziffer 5; *Kurze*, ZErB 2008, 399, 404. A. A. BGH, NJW 1969, 1245; *Staudinger/Schilken*, a. a. O. (Fn. 10), § 168 Rdnr. 32.

⁴⁴ So auch *Canaris*, a. a. O. (Fn. 42), Rdnr. 207; *Flume*, a. a. O. (Fn. 26), § 51 5b; *Kurze*, ZErB 2008, 399, 404; *Soergel/Beuthin*, a. a. O. (Fn. 7), § 168 Rdnr. 10.

⁴⁵ So auch *Finger*, NJW 1969, 1624, 1625.

⁴⁶ Vgl. ausführlich zu diesem Argument *Staudinger/Schilken*, a. a. O. (Fn. 10), § 168 Rdnr. 34 m. w. N.

⁴⁷ Nach a. A. soll die Vollmacht wenigstens beurkundungsbedürftig sein, vgl. *Finger*, NJW 1969, 162; *Medicus/Petersen*, a. a. O. (Fn. 42), Rdnr. 399; *Röhm*, DB 1969, 1977 m. w. N. Vgl. auch *Seif*, AcP 202 (2000), 192, 196. A. A. ganz h. M., vgl. statt vieler, RGZ 114, 351, 354; BGH, NJW 1962, 1718; NJW 1969, 1245; NJW 1983, 1487; NJW 1987, 840; *Soergel/Leptien*, a. a. O. (Fn. 7), § 168 Rdnr. 30, 31; *Erman/Palm*, a. a. O. (Fn. 28), § 168 Rdnr. 5; *Staudinger/Schilken*, a. a. O. (Fn. 10), Rdnr. 29 f., 32.

⁴⁸ So ausdrücklich BGH, NJW 1969, 1245. A. A. wiederum *Canaris*, a. a. O. (Fn. 42), Rdnr. 207, und *Flume*, a. a. O. (Fn. 26), § 51 5b. Neuerdings, wohl entgegen dem BGH, OLG Stuttgart, NJOZ 2010, 2177.

⁴⁹ So bereits *Kurze*, ZErB 2008, 399, 404.

⁵⁰ Das Problem stellt sich in ähnlicher Weise auch bei den Ausgleichsansprüchen nach §§ 2050 ff. BGB.

⁵¹ Der Zeitpunkt der Zuwendung war einer der Streitpunkte in der Entscheidung des BGH, NJW 2010, 3232, zum Pflichtteilsergänzungsanspruch bei postmortalen Zahlungen von Lebensversicherungen.

gungen nämlich keine Pflichtteilsergänzungsansprüche vorgesehen. Warum auch, der Bevollmächtigte handelt schließlich nun im Namen des Erben und nicht länger im Namen des Erblassers. Der pflichtteilsberechtigte Erbe ist ab dem Tod des Erblassers durch seine Erbenstellung ausreichend abgesichert; er bedarf eigentlich nicht länger des Schutzes durch das Pflichtteilsrecht. Das ist auch genau der Grund, warum es nach hier vertretener Ansicht systemwidrig wäre, bei Verfügungen nach dem Tod des Erblassers immer noch auf dessen Willen und nicht auf den Willen der Erben abzustellen.

Bei Anwendung der von der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung hat die T in Variante 2 des Beispielsfalls also keinen Pflichtteils(ergänzungs)anspruch. Die bloße Erteilung der trans-/postmortalen Vollmacht an sich stellt wegen der jederzeitigen Widerruflichkeit keine ausreichende Grundlage für die Berechnung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs dar.⁵² Man könnte nun argumentieren, bei der Erteilung der Vollmacht handelt es sich in Wahrheit um eine auf den Tod befristete Schenkung nach § 516 BGB, die zwar formunwirksam vorgenommen, durch den spätere Vollzug aber geheilt wurde. Hiergegen sprechen jedoch für den hier diskutierten Fall (Variante 2 des Beispielsfalls) zwei Argumente: Zum einen hat der Erblasser in Variante 2 des Beispielsfalls kein Schenkungsversprechen abgeben wollen. Der Sohn sollte lediglich in die Lage versetzt werden, postmortal selbst eine Schenkung vorzunehmen. Die Erteilung einer bloßen Kaufvollmacht führt auch nicht dazu, dass bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht es zu einem formunwirksamen Kaufvertrag kommt, der dann mit der späteren Beurkundung geheilt wird. Zum anderen ist bei den meisten Fällen der auf den Tod befristeten Schenkungen der Schenkungsvertrag eben zunächst formunwirksam. Heilung tritt erst nach dem Tod des Erblassers mit Vollzug ein. Nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts hat die nachträgliche Heilung eines formunwirksamen Geschäfts jedoch keine Rückwirkung.⁵³ Auch § 141 Abs. 2 BGB hilft nicht weiter, weil der Pflichtteilsberechtigte nicht Beteiligter des vermeintlichen, zunächst formnichtigen Schenkungsvertrages ist. Der Vertrag und damit die Verfügung werden rechtlich erst nach dem Tod des Erblassers wirksam. Eine mit § 41 Abs. 1 AO vergleichbare Vorschrift gibt es im Zivilrecht nicht. Für einen Pflichtteils(ergänzungs)anspruch bleibt damit systematisch kein Raum.

Würde man es hierbei belassen, wäre ein hervorragendes Instrument gefunden, um die lästigen Pflichtteilsansprüche von Abkömmlingen zu unterlaufen. An dieser Stelle sieht man daher sehr deutlich, wie wenig die Ansicht des BGH die Systematik des Erb- und Pflichtteilsrechts beachtet. Der Erbe wird durch die postmortale Verfügung nachträglich nicht nur seines Erbes, sondern auch seines Pflichtteils(ergänzungs)anspruchs beraubt. Würde man der in diesem Aufsatz dargelegten Ansicht folgen, bestünden zwar auch keine Pflichtteilsergänzungsansprüche der Erben. Die Erben (oder Vermächtnisnehmer) wären aber dadurch geschützt, dass wenigstens im Innenverhältnis die postmortale Verfügung ihrem (ggf. mutmaßlichem) Interesse entsprechen muss. Bei interessenswidrigen Verfügungen, insbesondere bei unentgeltlichen Verfügungen, könnten sich die Erben damit zumindest beim Bevollmächtigten schadlos halten (zu den Anspruchsgrund-

lagen siehe oben Ziffer. III. 2. b) a. E.). Und für den Fall, dass der Bevollmächtigte postmortal tatsächlich im (mutmaßlichen) Interesse des Erben gehandelt hat, steht letzterem ohnehin und zu Recht kein Pflichtteils(ergänzungs)anspruch zu.

Folgt man gleichwohl der Auffassung des BGH und erlaubt postmortale Verfügungen auch gegen den Willen der Erben, muss man schon im Hinblick auf Art. 6 GG⁵⁴ irgendwie zu einer (ggf. analogen) Anwendung der §§ 2325 ff. BGB kommen, um den Abkömmlingen wenigstens die grundsätzlich „unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung“⁵⁵ am Nachlass der Eltern zu sichern. Als Alternative könnte man auch § 2313 BGB weit auszulegen versuchen und von dieser Vorschrift nicht nur bedingte oder unsichere Verbindlichkeiten, sondern auch die Fälle postmortaler Verfügungen erfasst sehen. Zwar fehlt es bei beiden Normen an einer planwidrigen Regelungslücke, weil sich die vorstehend aufgezeigte Pflichtteilsrechtsproblematik mit hier vertretener Ansicht und der im BGB angelegten Systematik gar nicht stellen würde. Bei § 2313 BGB handelt es sich zudem um eine Sondervorschrift⁵⁶ – im Güterrecht gibt es beispielsweise keine entsprechende Norm –, die eher enger als weiter ausgelegt werden muss. Aber selbst bei Anwendung der herrschenden Meinung, die postmortale Verfügungen gegen den Willen der Erben zulassen will, darf es keinen Unterschied machen, ob der Gegenstand eine Minute vor oder eine Minute nach dem Tod des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen wurde. Der Gesetzgeber wollte die Pflichtteilsberechtigten generell vor nachteiligen Verfügungen schützen. Ob die Verfügungen vor oder nach dem Tod des Erblassers erfolgten, spielt wertmäßig keine Rolle. Letztlich wäre jedes andere Ergebnis im vorliegenden Fall unbillig.

2. Erb- und schenkungsteuerrechtliche Aspekte

Noch problematischer als die vorstehend aufgezeigten Folgen im Pflichtteilsrecht wären jedoch die erb- und schenkungsteuerrechtlichen Folgen unentgeltlicher postmortaler Übertragungen, folgte man vorliegend der Ansicht der herrschenden Meinung. In Variante 2 des Beispielsfalls fällt beim Tod des Vaters der Nachlass zunächst an die Erben, also an die Erbengemeinschaft, bestehend aus dem Sohn S und der Tochter T. Die Tochter T hat damit die Hälfte des Wohnhauses und damit ca. 500.000 € geerbt. Unter Berücksichtigung des Freibetrags nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG⁵⁷ muss die Tochter T somit 100.000 € versteuern. Durch die postmortale Verfügung wird das Wohnhaus dem Nachlassvermögen nachträglich wieder entzogen und an den Sohn S übertragen. Hierbei handelt es sich um eine lebzeitige Verfügung zwischen Erbengemeinschaft (bestehend aus Sohn S und Tochter T) und dem Sohn S, die schenkungsteuerpflichtig ist. Die unentgeltliche Zuwendung der Erbengemeinschaft hat einen Wert von 500.000 € (= Anteil der Tochter am Wohnhaus). Hieraus ergibt sich unter Berücksichtigung des allgemeinen Freibetrags nach § 16 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG als Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer ein Betrag von 480.000 € (500.000 € abzgl.

⁵⁴ Vgl. ausführlich *Gaier*, ZEV 2006, 2, 6; *Leipold*, JZ 1990, 700, 702; *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 323 ff.; *Weiler*, MittBayNot 2006, 296, 298. Kritisch MünchKommBGB/*Lange*, a. a. O. (Fn. 3), § 2303 Rdnr. 3 f.

⁵⁵ BVerfG, NJW 2005, 1561 = MittBayNot 2006, 512. Ausführlich zur Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts *Haas*, ZEV 2000, 249; *Kleensang*, ZEV 2005, 277.

⁵⁶ Vgl. hierzu BeckOK-BGB/*J. Mayer*, a. a. O. (Fn. 3), § 2313 Rdnr. 1 m. w. N.

⁵⁷ Weitere Steuerbefreiungsvorschriften, insbesondere die der §§ 13 ff. ErbStG, sollen im Folgenden ausgeblendet werden.

⁵² Wohl unstrittig, vgl. hierzu ausführlich *Finger*, NJW 1975, 535.

⁵³ So die ganz h. M., vgl. statt vieler RGZ 75, 114; BGH, NJW 1960, 525; NJW 1982, 759, 761; MünchKommBGB/*Einsele*, a. a. O. (Fn. 3), § 125 Rdnr. 51 m. w. N.; *Palandt/Ellenberger*, a. a. O. (Fn. 20), § 125 Rdnr. 13; BeckOK-BGB/*Wendtland*, a. a. O. (Fn. 3), § 125 Rdnr. 23; Zum Ganzen ausführlich *Reinicke/Tiedtke*, NJW 1982, 1430, 1433 ff.

20.000 € Freibetrag). Es fände also zunächst eine Übertragung des Erblassers auf die Erbengemeinschaft statt, die Erbschaftsteuer auslöst, und dann eine Übertragung der Erbengemeinschaft auf den Sohn S, die schenkungsteuerpflichtig ist.

Die Tochter T müsste also 100.000 € versteuern, obwohl sie faktisch nichts erhalten hat. Nicht nur, dass ihr durch die postmortale Verfügung nachträglich gegen ihren Willen der ihr kraft testamentarischer Erbfolge zustehende Anteil am Nachlass wirtschaftlich betrachtet entzogen worden ist, sie hat für den ursprünglichen Anfall des hälftigen Erbanteils sogar noch Erbschaftsteuer zu zahlen. Kann die Tochter diese nicht aus dem sonstigen, ihr zugeordneten Nachlassvermögen bezahlen (z. B. weil wie im Beispielfall ihr sonst nichts zugewendet wurde), wird durch die postmortale Verfügung eines durch den Erben nicht bevollmächtigten Dritten sogar das übrige Vermögen des Erben nachteilig betroffen. Zu alledem kommt, dass die postmortale Verfügung regelmäßig unter schenkungsteuerrechtlichen Gesichtspunkten höchst nachteilig sein kann – und regelmäßig ist, wie man hier an der Verfügung der Erbengemeinschaft an den Sohn S sehen kann. Dies alleine hätte Grund genug sein müssen, neben der Erteilung der trans-/postmortalen Vollmacht die Erbfolge nach dem Erblasser anzupassen.

Anders als das vorstehende Pflichtteilsproblem lässt sich dieses steuerrechtliche Problem auch nicht einfach durch eine wohlwollende, ggf. analoge Anwendung von gesetzlichen Bestimmungen beseitigen. Grund für diese nachteiligen Steuerfolgen ist nämlich das sog. Stichtagsprinzip, für das sich der Gesetzgeber in § 11 ErbStG ausdrücklich und ohne Ausnahmen zuzulassen entschieden hat. Dieses Prinzip besagt, dass sich die Erbschaft- und Schenkungsteuer stets nach dem Nachlasswert zum Zeitpunkt der Entstehung der Steuer richtet. Die Erbschaftsteuer entsteht nach § 9 Abs. 1 ErbStG grundsätzlich mit dem Erbfall. Nachträgliche Wertveränderungen sind außer Acht zu lassen.⁵⁸ Unter Anwendung dieses Grundsatzes vertritt der BFH beispielsweise die Ansicht, dass ein Vermächtnisnehmer auch dann den vollen Vermächtniswert zum Zeitpunkt des Erbfalls versteuern muss, obwohl er, ohne dass ihn daran ein eigenes Verschulden trifft (z. B. weil sich die Erteilung des Erbscheins verzögert hat), den Vermächtnisgegenstand erst zu einem späteren Zeitpunkt zu einem deutlich niedrigeren Wert (z. B. aufgrund von Kursverlusten bei Aktien) hat übernehmen können.⁵⁹ Auf eine etwaige Verfügungsmöglichkeit kommt es nicht an.⁶⁰

Zahlreichen Stimmen in der Literatur ist zwar darin Recht zu geben, dass das Stichtagsprinzip im Erb- und Schenkungsteuerrecht zu ungerechten Ergebnissen führen kann und der Einschränkung bedarf.⁶¹ Die meisten wollen entgegen § 11 ErbStG auf den Zeitpunkt des wirtschaftlichen oder rechtli-

chen Vermögenszugriffs abstellen.⁶² Gleichwohl hat das Stichtagsprinzip aufgrund der klaren Gesetzeslage bislang rechtlichen Angriffen stets standgehalten.⁶³ Einzige Möglichkeit für die Tochter im vorliegenden Fall wäre zu versuchen, einen Billigkeitserlass der Erbschaftsteuer nach § 163 AO bzw. § 227 AO zu erreichen.⁶⁴ Insgesamt ist die Finanzverwaltung in Übereinstimmung mit den Finanzgerichten jedoch nur selten bereit, einen entsprechenden Nachlass zu gewähren.⁶⁵ Selbst wenn man die Anwendung des § 163 AO bzw. des § 227 AO in Härtefällen befürworten würde, ist zu erwarten, dass für den hier diskutierten Fall der postmortalen Verfügungen die Finanzverwaltung keinen Steuererlass gewähren wird, weil die Erben nach dem Tod des Erblassers Verfügungsbefugt waren und die erteilte Vollmacht jederzeit hätten widerrufen können.⁶⁶ Wenn man im vorliegenden Fall jedoch der herrschenden Meinung folgt und postmortale Verfügungen gegen den Willen der Erben zulässt, muss man nach Ansicht des Verfassers unter Berücksichtigung des Art. 14 GG wenigstens zu einer Beschränkung der Steuer auf den Wert der tatsächlich erhaltenen Nachlassgegenstände kommen.⁶⁷ Es wäre unbillig, den Erben mit Erbschaftsteuer zu belasten, die den Wert des erhaltenen Nachlasses sogar übersteigt.⁶⁸ Alternativ könnte die Tochter T im vorliegenden Fall versuchen, die Annahme der Erbschaft wegen Irrtums anzufechten. Für die Anfechtung gilt jedoch die kurze Sechswochenfrist des § 1954 Abs. 1 BGB, die in der Praxis meist bereits abgelaufen ist. Zudem möchten die Mandanten die Erbschaft in aller Regel gerade nicht ausschlagen, sondern um die ihnen – nach Ansicht des BGH nur vermeintlich – zustehende Erbschaft kämpfen. Die Inkonsistenz der Ansicht der herrschenden Meinung zur Wirksamkeit von postmortalen Verfügungen gegen den Willen der Erben wird an dieser Stelle offensichtlich. An dieser Stelle hilft es auch nichts, wenn man mit einer vermeintlichen Schenkung von Todes wegen nach § 2301 BGB argumentieren und infolgedessen der Tochter mit § 3 Abs. 1 Nr. 2 EStG helfen will. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG greift eben nur bei Schenkungen von Todes wegen. Im Beispielfall 2 fehlt es dafür aber schon an der Überlebensbedingung (siehe bereits oben Ziffer I.). Wenn überhaupt, wäre an eine lebzeitige Schenkung befristet auf den Todesfall nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu denken. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich in Variante 2 des Beispielfalls jedoch um eine Schen-

⁶² Vgl. zum Ganzen *Gebel*, a. a. O. (Fn. 59), § 11 ErbStG Rdnr. 26 ff. m. w. N.

⁶³ BFH, ZEV 2002, 372, 384 m. Anm. *Heidemann/Ostertun* = MittBayNot 2002, 418; FG Nürnberg, Urteil vom 24.1.1991, VI 180/87, NJW 1992, 263; *Geck*, a. a. O. (Fn. 59), § 11 ErbStG Rdnr. 5 ff. m. w. N.

⁶⁴ Vgl. *Esskandari*, a. a. O. (Fn. 58), § 11 ErbStG Rdnr. 17; *Gebel*, a. a. O. (Fn. 58), § 11 ErbStG Rdnr. 26 ff. m. w. N.; *Naujok*, ZEV 2003, 94. Vgl. hierzu auch BVerfG, Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91, BStBl II 1995, S. 672.

⁶⁵ Vgl. BFH, ZEV 2002, 372, 384. Ausführlich zur Rechtsprechung *Esskandari*, a. a. O. (Fn. 58), § 11 ErbStG Rdnr. 19 m. w. N.; *Gebel*, a. a. O. (Fn. 58), § 11 ErbStG Rdnr. 15 ff. m. w. N.; *Naujok*, ZEV 2003, 94.

⁶⁶ Die potentielle Widerrufsmöglichkeit ist gerade eines der Argumente der h. M., warum postmortale Verfügungen gegen den Willen der Erben zuzulassen seien (siehe für Literatur Fn. 38).

⁶⁷ Nach a. A. würde bereits dann eine Härte vorliegen, „wenn das dem Erwerber nach dem Vermögensverfall verbleibende Vermögen weniger als die Hälfte des Vermögens betrage, welches ihm der Gesetzgeber nach Abwendung des ErbStG und nach Abzug der Erbschaftsteuer hätte belassen wollen“, vgl. FG Köln, Urteil vom 23.10.1997, 9 K 3954/89, EFG 1998, 1603.

⁶⁸ So auch *Naujok*, ZEV 2003, 94, 97. Vgl. hierzu auch BVerfG, Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91, BStBl II 1995, S. 672.

⁵⁸ Vgl. statt vieler BFH, Urteil vom 2.3.2006, II R 57/04, BFH/NV 2006, 1480; *Esskandari* in *Gürsching/Stenger*, BewG/ErbStG, § 11 ErbStG Rdnr. 8 m. w. N.; *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 11 ErbStG Rdnr. 15 ff. m. w. N.

⁵⁹ Vgl. nur BFH, ZEV 2002, 372, 384 m. Anm. *Heidemann/Ostertun* = MittBayNot 2002, 418; FG München, ZEV 2003, 127; *Gebel*, a. a. O. (Fn. 58), § 11 ErbStG Rdnr. 15 ff. m. w. N.; *Geck* in *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 11 ErbStG Rdnr. 5 ff. m. w. N.

⁶⁰ Vgl. BFH, ZEV 2002, 372, 384 = MittBayNot 2002, 418; FG München, ZEV 2003, 127; *Naujok*, ZEV 2003, 94; *Gebel*, a. a. O. (Fn. 58), § 11 ErbStG Rdnr. 15 ff. m. w. N.; *Geck*, a. a. O. (Fn. 59), § 11 ErbStG Rdnr. 5 ff. m. w. N.

⁶¹ Vgl. *Geck*, a. a. O. (Fn. 59), § 11 ErbStG Rdnr. 8 m. w. N.; *Land-sittel*, ZEV 2003, 221; *Naujok*, ZEV 2003, 94.

kung der Erbengemeinschaft (siehe oben Ziffer II. 2.), nicht aber mehr um eine solche des Erblassers. Etwas anderes würde nur gelten, wenn bereits der Erblasser selbst das Schenkungsversprechen, wenn auch formunwirksam, abgegeben hätte. Anders als im Zivilrecht stört wegen § 41 Abs. 1 AO die Formunwirksamkeit eines Geschäfts im Steuerrecht nicht, wenn dieses nur tatsächlich zur Durchführung gebracht wird.⁶⁹

5. Ergebnis

Es sind folgende Ergebnisse festzuhalten:

(1) Eine trans-/postmortale Vollmacht ist im Außenverhältnis stets wirksam (abgesehen von den wenigen Fällen des eviden-

⁶⁹ So Hessisches FG, Urteil vom 9.12.2008, 1 K 1709/06, DStRE 2009, 1316.

ten Missbrauchs der Vertretungsmacht). Um das Innenverhältnis muss sich der Dritte grundsätzlich nicht kümmern.

(2) Der Bevollmächtigte muss nach dem Tod des Erblassers gemäß dem (mutmaßlichen) Willen der Erben handeln. Andernfalls macht er sich im Innenverhältnis regresspflichtig.

(3) Aufgrund negativer pflichtteilsrechtlicher wie erb- und schenkungsteuerrechtlicher Folgen sollten in Vorsorgevollmachten unentgeltliche Verfügungen lediglich im Außen-, nie aber im Innenverhältnis, jedenfalls nicht postmortal, gestattet werden.

(4) Erteilt ein Erblasser Vollmacht zu einer speziellen unentgeltlichen Übertragung, die zwingend auch nach seinem Tod vollzogen werden und Bestand haben soll, sollte die Erbfolge entsprechend angepasst werden.

TAGUNGSBERICHT

Die neue Erbrechtsverordnung

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 14.11.2012

Von *Christian Stretz*, LL.M. (NYU), München

Am 14.11.2012 fand die Tagung des Wintersemesters 2012/2013 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Die neue Erbrechtsverordnung“. Die Tagung beschäftigte sich ausführlich mit der 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 („ErbR-VO“).

Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, begrüßte das Auditorium und stellte die Referenten, Herrn Notar a. D. Professor Dr. Dr. h. c. (Thessaloniki) *Reinhold Geimer* aus München und den Geschäftsführer im Brüsseler Büro der Bundesnotarkammer, Herrn Dr. *Markus Buschbaum*, LL.M. (Köln/Paris), vor.

Der Titel des ersten Referats von *Geimer* lautete „Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – Ein Überblick“. Nach einer kurzen Tour d’Horizon über die verschiedenen nationalen Erbrechtsordnungen und die divergierenden kollisionsrechtlichen Systeme betonte *Geimer*, die zahlreichen Unterschiede bei der Nachlassabwicklung und den ihr zugrundeliegenden Instrumenten seien nur dann von untergeordneter Bedeutung, wenn sich der Erbfall einheitlich in einer einzigen Jurisdiktion abwickeln lasse, sie führten jedoch dort zu Friktionen, wo sich der Nachlass in Ländern mit unterschiedlichen Erbrechtskonzepten befinde und unterschiedliche kollisionsrechtliche Anknüpfungsmomente Anwendung beanspruchten. Diese Umstände sowie mögliche verfahrensrechtliche Divergenzen und Unterschiede im internationalen Anerkennungsrecht stünden einer vereinfachten und einheitlichen Abwicklung eines internationalen Erbfalls bisher entgegen. Unter Verweis auf die von der Europäischen Kommission mit jährlich 3,7 Milliarden Euro veranschlagten Transaktionskosten bei der Abwicklung solcher Erbfälle begrüßte *Geimer* die Verabschiedung der ErbR-VO als epochales Gesetzgebungswerk der Europäischen Union, wollte sie jedoch nicht von jeder Kritik verschont bleiben lassen. Insbesondere manch ungenaue Formulierung der Tatbestände und Rechtsfolgen wäre vermeidbar gewesen. Sie könnten nun nur durch ein aufwändiges Reform-Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene oder durch langwierige Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV beseitigt werden.

Nach kurzem Eingehen auf Fragen der Rück- und Weiterverweisung (Art. 34 ErbR-VO), zum Vorrang bestehender völkerrechtlicher Verträge (Art. 75 ErbR-VO) und einem Hinweis auf die virulente Diskussion um die Anwendung des *ordre public* bei „pflichtteilsrechtlich motivierter“ Aufenthaltsverlagerung des Erblassers legte *Geimer* die Grundlinien des Regelungskonzepts der Verordnung dar:

Mit Blick auf die Übergangsbestimmung des Art. 83 ErbR-VO betonte *Geimer* die großzügige Geltungserhaltung de lege

lata wirksamer Verfügungen von Todes wegen und verwies – insbesondere für gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge – auf die bei entsprechender Auslegung des Art. 83 Abs. 3 ErbR-VO denkbare Heilung bisher nach ausländischen Rechtsordnungen ungültiger Verfügungen von Todes wegen durch den Wechsel vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip und der daraus resultierenden Anwendung deutschen Erbrechts, z. B. bei italienischen Staatsangehörigen mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland.

Im Anschluss hieran verdeutlichte *Geimer*, wie das Ziel der erbrechtlichen Entscheidungsharmonie in allen Mitgliedstaaten (allerdings ohne Dänemark, Irland und Vereinigtes Königreich) durch die Vereinheitlichung sowohl des internationalen Erbkollisionsrechts als auch des internationalen Erbverfahrensrechts erreicht werden soll: Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 21 Abs. 1 ErbR-VO) und Grundsatz der Nachlassseinheit (Art. 23 Abs. 1 ErbR-VO) korrespondierten mit der internationalen Nachlasszuständigkeit im Aufenthaltsstaat des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes (Art. 4 ErbR-VO) und führten so zu einem weitgehenden Gleichlauf von *forum* und *ius*. Für die mit der Nachlassabwicklung befassten Stellen entfalle deshalb in vielen Fällen die Erforschung fremder Rechtsordnungen. Wegen des universellen Anwendungsbereichs (Art. 20 ErbR-VO) finde die Verordnung zwar auch auf reine Drittstaatenfälle (Erblasser ohne gewöhnlichen Aufenthalt und ohne Vermögen in einem Mitgliedstaat) Anwendung, hier sei die internationale Zuständigkeit indes regelmäßig nicht, allenfalls über Art. 11 ErbR-VO, gegeben.

Was die Möglichkeit der kollisionsrechtlichen Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 1 ErbR-VO betrifft, streifte *Geimer* die Fälle der Doppelstaatsangehörigkeit ebenso wie die Problematik fehlender Rechtswahlmöglichkeit von staatenlosen oder testierunfähigen Erblassern. Der Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und Erbstatut sei auch hier in vielen Fällen über die Art. 5, 6 ErbR-VO gewährleistet, auch wenn die Zuständigkeitsvereinbarung selbst zahlreiche Fragen aufwerfe, z. B. nach dem auf ihre Wirksamkeit anzuwendenden Recht. Auch die Möglichkeit einer Prorogation nach Art. 5 ErbR-VO bereits zu Lebzeiten des Erblassers durch die präsumtiven Erben sei derzeit ungeklärt. Der Erblasser selbst könne zwar kein Forum bestimmen, ihm stehe es aber frei, nach § 1066 ZPO ein Schiedsgericht einzusetzen.

Im Anschluss hieran richtete *Geimer* den Fokus auf die Regelungen der Art. 21, 22 ErbR-VO zum Erbstatut:

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes (Art. 21 Abs. 1 ErbR-VO) laufe leer, wenn zu diesem Zeitpunkt kein gewöhnlicher Aufenthalt mehr bestanden habe, wie bei dem „steueroptimierten“, ständig um den Globus reisenden Manager oder dem nur noch auf den Ozeanen lebenden Seemann. Sowohl Art. 4 als auch Art. 21 Abs. 1 ErbR-VO fänden – nach ihrem Wortlaut – keine Anwendung. Kompetenzrechtliche Fragen seien zwar über die Art. 10, 11 ErbR-VO zu lösen, das Erbstatut bleibe

aber bei fehlender Rechtswahl unklar. Insoweit regte *Geimer* an, auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen oder eine Lösung über Art. 21 Abs. 2 ErbR-VO zu suchen.

Auch in anderen Fällen, wie dem des den Winter im sonnigen Ausland verbringenden Rentners, des Auslandsstudenten, Internatsschülers oder Diplomaten, sei die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts problembehaftet. Mangels klarer Definition des gewöhnlichen Aufenthalts durch die Verordnung selbst drohe die Gefahr langwieriger Streitigkeiten, unter Umständen auch vor dem EuGH.

Zwar werde die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt von vielen durchaus positiv und in Übereinstimmung mit dem Trend europäischer Gesetzgebung gesehen, doch könne die Abkehr vom Heimatstaatsprinzip nach *Geimer* durchaus auch kritisch hinterfragt werden. Die leicht feststellbare Staatsangehörigkeit werde durch die labile Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt ersetzt und Sorge für Rechtsunsicherheit. Besondere Kritik gelte aus kautelarjuristischer Sicht der Ausweichklausel des Art. 21 Abs. 2 ErbR-VO (Anknüpfung an die „offensichtlich engere“ Beziehung), die für die vorausschauende notarielle Gestaltungspraxis nur schwer in den Griff zu bekommen sein dürfte. Darüber hinaus führe die Abkehr vom Staatsangehörigkeitsprinzip solange nicht zu einer wahren Rechtseinheit, wie die common-law Staaten Irland und Vereinigtes Königreich der Verordnung nicht beigetreten seien und nach wie vor ihr eigenes Kollisionsrecht anwendeten. Positives Signal der Domizilanknüpfung sei hingegen der Umstand, dass bei deutschem Erbstatut gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge nun auch in solchen Mitgliedstaaten als wirksam behandelt werden müssten, die bisher jegliche Bindungswirkung ablehnten.

Mit Blick auf die Rechtswahlmöglichkeit des Art. 22 ErbR-VO ließ *Geimer* die Stimmen in der Literatur nicht unerwähnt, die daran zweifeln, dass eine kompetente Ausübung des Wahlrechts ohne professionelle Beratung sinnvoll möglich sei. Hier komme auf die Notarinnen und Notare eine große Aufgabe zu. In Mitgliedstaaten, die bisher an das Domizilprinzip anknüpften, bestehe nunmehr erstmals für Erblasser die Möglichkeit, das Heimatrecht zu wählen.

Im Anschluss widmete sich *Geimer* den erbrechtlich relevanten Vorfragen und der Diskussion um eine selbständige oder unselbständige Anknüpfung. Er stellte die unterschiedlichen Argumente für eine selbständige oder unselbständige Anknüpfung kurz dar, ließ im Ergebnis eine Wertung allerdings offen.

Beim Errichtungsstatut für gemeinschaftliche Testamente hätte sich *Geimer* im Interesse der Rechtssicherheit mehr Klarheit im Text der Verordnung gewünscht. Er stellte die terminologischen Unterschiede der Definitionen der Verordnung im Vergleich zu deren Verständnis nach deutschem Recht dar (Art. 3 Abs. 1 lit. b [Erbvertrag] und lit. c [gemeinschaftliches Testament] ErbR-VO).

Zum gemeinschaftlichen Testament verwies *Geimer* auf das Fehlen einer Sonderregelung wie für den Erbvertrag (Art. 25 ErbR-VO), sofern man wechselbezügliche Verfügungen in einem in einer Urkunde errichteten gemeinschaftlichen Testament nicht auch unter Art. 25 ErbR-VO subsumieren wolle. Abzustellen sei dann nach Art. 24 Abs. 1 ErbR-VO auf den gewöhnlichen Aufenthalt des jeweiligen Erblassers bei Testamenterrichtung bzw. auf das nach Art. 24 Abs. 2 ErbR-VO gewählte Heimatrecht. Für die materielle Wirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments sei kumulativ das Erbstatut jedes Testierenden relevant. Soweit hier ein Abstellen auf das Formstatut vertreten werde, verwies *Geimer* darauf, dass die

Frage, wie ausländische Verbote gemeinschaftlicher Testamente zu qualifizieren seien – als Formverbote oder als inhaltliche Verbote –, weder durch das Haager Testamentsübereinkommen von 1961 noch die Verordnung selbst beantwortet werde und auch nicht beantwortet werden könne. Denn es fehle der Europäischen Union insoweit an einer Gesetzgebungskompetenz.

In der Literatur werde teilweise angeregt, bis zur Klärung der Streitfragen in international gelagerten Fällen von gemeinschaftlichen Testamenten Abstand zu nehmen, vor allem weil die Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente derzeit noch mit Unsicherheiten belastet sei. Virulent würden diese Fragen aber nur, wenn gemeinschaftlich Testierende ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat hätten, dessen Recht ein gemeinschaftliches Testament nicht anerkenne. Hier könne indes über eine Rechtswahl in Form einer Verfügung von Todes wegen (Art. 22 Abs. 2 ErbR-VO) in vielen Fällen Klarheit geschaffen werden. Um Auslegungsschwierigkeiten bei einer konkludenten Rechtswahl vorzubeugen, sollte diese ausdrücklich (z. B. zugunsten des Rechts der Bundesrepublik Deutschland) erfolgen.

Beim Erbvertrag komme es nach Art. 25 Abs. 1 ErbR-VO auf das Erbstatut des Verfügenden zum Zeitpunkt des Vertragschlusses an. Bei mehreren Beteiligten richte sich die Zulässigkeit des Erbvertrages gemäß Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 ErbR-VO nach den Errichtungsstatuten aller Verfügenden; materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung beurteilten sich indes gemäß Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 2 ErbR-VO nach dem Errichtungsstatut, zu dem der Erbvertrag im Zeitpunkt seiner Errichtung die engste Verbindung habe. Soweit hier Unklarheit herrsche, ist nach *Geimer* eine Lösung über eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 ErbR-VO zu suchen.

Wegen deren gesteigerter Bedeutung widmete sich *Geimer* ausführlich der Rechtswahlklausel. Diese sei bereits mit Blick auf einen möglichen Statutenwechsel durch Umzug ins Ausland in jeder Verfügung von Todes wegen zu erwägen bzw. zumindest mit den Verfügenden zu besprechen. Besondere Bedeutung erlange sie insbesondere zur Verhinderung eines späteren Demenz-Tourismus, bei dem beispielsweise der als Betreuer eingesetzte Erbe den an Demenz erkrankten Erblasser in einen Staat verbringe, dessen Recht ihm im Hinblick auf etwaige Pflichtteilsansprüche günstiger erscheine.

Zusammenfassend schloss *Geimer* mit der Feststellung, dass die ErbR-VO einen großen Schritt in Richtung Rechtseinheit in der Europäischen Union darstelle. Die von ihm aufgezeigten Schwachstellen hätten zwar bereits im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses vermieden werden können, doch zeigte er sich zuversichtlich, dass eine weitgehende Lösung der bestehenden Problemfelder auch durch kluge kautelarjuristische Gestaltungen erzielt werden könne.

Das zweite Referat von *Buschbaum*, das die persönliche Auffassung des Referenten zum Gegenstand hatte, trug den Titel „Europäisches Nachlasszeugnis und Annahme öffentlicher Urkunden – neue Mechanismen zur grenzüberschreitenden Nachlassabwicklung und ihr Verhältnis zum materiellen Sachenrecht“. Der Vortrag orientierte sich an praktischen Fallbeispielen und deren Lösung.

Zunächst gab *Buschbaum* einen kurzen Überblick über die mit der ErbR-VO erzielten Fortschritte. Die objektive Anknüpfung des Art. 21 Abs. 1 ErbR-VO an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt und nicht zuletzt die Rechtswahlmöglichkeit des Art. 22 Abs. 1 ErbR-VO in Verbindung mit dem durch Art. 83 Abs. 2 ErbR-VO sehr weitreichend, wenn auch nicht vollständig gewährten Vertrauensschutz führen nach

Buschbaum zu einer verlässlicheren Nachlassplanung. Zu bedauern sei aber, dass – entgegen zahlreicher Vorschläge – eine Rechtswahl zugunsten des Rechts des Staates, in welchem der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, nicht möglich ist. Auch die Nachlassabwicklung werde deutlich erleichtert. Die Art. 59 f. ErbR-VO verbesserten die Zirkulation öffentlicher Urkunden in Erbsachen. Auch die Einführung des Europäischen Nachlasszeugnisses und damit eines „28. Verfahrensregimes“ erweise sich als grundsätzlich positiv, zumal das Europäische Nachlasszeugnis für den Nachweis der Erbstellung und der Stellung als Testamentsvollstrecker gleichberechtigt neben die nationalen Nachweise trete; problematisch sei in diesem Zusammenhang aber der gerade mit Blick auf Art. 68 lit. n und o ErbR-VO zu weitreichende Inhalt dieses Nachlasszeugnisses, der einer Kurzdarstellung des anwendbaren Erbstatuts gleichkomme. Überdies werde – bezogen auf Registerverfahren – dem Umstand Rechnung zu tragen sein, dass güter- und personenstandsrechtliche (Vor-)Fragen je nach Ausstellungsmitgliedstaat weiterhin unterschiedlich angeknüpft werden. Schließlich sei derzeit unklar, ob der durch das Nachlasszeugnis gewährte Gutgläubensschutz abstrakter oder konkreter Natur sei; der textliche Anknüpfungspunkt für einen konkreten Vertrauensschutz – wie er im Verordnungsentwurf noch vorgesehen war – sei zwar im Legislativverfahren gestrichen worden. Ob hieraus aber ein verlässliches Indiz für einen nunmehr abstrakten Vertrauensschutz abgeleitet werden könne, ließ *Buschbaum* ausdrücklich offen.

Sodann verdeutlichte *Buschbaum* die Ausklammerung des Grundbuchverfahrens- und Sachenrechts (Art. 1 Abs. 2 lit. k und l ErbR-VO) aus dem Anwendungsbereich der ErbR-VO anhand eines durch einen rumänischen Erblasser mit (letztem) Wohnsitz in Deutschland mittels privatschriftlichen Testaments begründeten Vindikationslegates an einer in Deutschland belegenen Wohnung zugunsten eines Nichterben. Unterstellt werden sollte weiter eine den gesamten Nachlass umfassende gültige Wahl des rumänischen Rechts. *Buschbaum* erläuterte die Anwendbarkeit rumänischen Erbrechts nach Art. 22 ErbR-VO und die danach grundsätzlich zulässige Aussetzung eines Einzelvermächtnisses mit unmittelbar dinglicher Wirkung. Problematisch gestalte sich die unmittelbare Eintragung des Vermächtnisnehmers in das deutsche Grundbuch über § 35 Abs. 1 GBO. Das privatschriftliche Testament sei keine öffentliche Urkunde im Sinne der Norm; für einen deutschen Erbschein fehle dem Vermächtnisnehmer als Nichterben die Antragsberechtigung. Darüber hinaus sei das Vindikationslegat auch unter Geltung der ErbR-VO im deutschen Erbscheinsverfahren weiterhin nicht eintragungsfähig, weil sich die Kompetenz des Unionsgesetzgebers auf die Harmonisierung des Kollisionsrechts (vgl. Art. 81 AEUV) beschränke und kein Gebot zur Anpassung nationalen Verfahrens- oder gar materiellen Sachenrechts (§ 2366 BGB) nach sich zieht. Eine Antragsberechtigung zur Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses sei indes nach Art. 65 Abs. 1 Satz 1, Art. 63 Abs. 1 Satz 1 ErbR-VO auch dem dinglichen Vermächtnisnehmer eingeräumt. Mit Blick auf Art. 62 Abs. 1, Art. 63 Abs. 1 ErbR-VO betonte *Buschbaum* aber, dass eine Antragsberechtigung nur dort gegeben sei, wo das Europäische Nachlasszeugnis zur Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat beantragt werde; insoweit dürfe sich das Vermächtnis im beschriebenen Beispielfall nicht nur auf das in Deutschland belegene Grundstück beschränken, sondern müsse sich auch auf im Ausland befindliches Vermögen erstrecken. Sobald es jedoch zulässigerweise zu diesem Zweck ausgestellt worden sei, entfalte es nach Art. 62 Abs. 3 Satz 2 ErbR-VO auch Wirkung im Ausstellungsmitgliedstaat. Ge-

mäß Art. 68 lit. m ErbR-VO könne das Europäische Nachlasszeugnis auch den dinglichen Vermächtnisnehmer als Berechtigten ausweisen. Aus gesamteuropäischer Sicht nachvollziehbar, wenn auch für den deutschen Rechtsanwender gewöhnungsbedürftig, sei die – fakultative – Aufnahme des Verzeichnisses einzelner Vermögenswerte, die einem bestimmten Erben zustehen (Art. 68 lit. l ErbR-VO), und zwar insbesondere mit Blick auf dinglich wirkende Teilungsanordnungen. Freilich erstreckte sich die Gutgläubenswirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses nicht auf die Zugehörigkeit einzelner Gegenstände zum Nachlass. Ebenso wenig stelle das Nachlasszeugnis ein alle Nachlassgegenstände umfassendes Inventar dar. Bezogen auf die Eintragung des dinglichen Vermächtnisnehmers in das Grundbuch sei die Regelung des Art. 69 Abs. 5 ErbR-VO zu beachten, der zwar das Zeugnis als taugliche Eintragungsgrundlage in ein Register benenne, diese Eintragung aber gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. k und l ErbR-VO unter den Vorbehalt des Grundbuchverfahrensrechts und der materiellrechtlichen *lex rei sitae* stelle (vgl. Erwägungsgrund 18 Satz 2). Aus diesem Grund sei das Europäische Nachlasszeugnis – seine Qualität als öffentliche Urkunde im jeweiligen Einzelfall unterstellt – nur dann taugliche Eintragungsgrundlage, soweit es eine Universalsukzession ausweise; hier müsse § 35 Abs. 1 GBO im Zuge des Ausführungsgesetzes womöglich eine Änderung erfahren, wobei der Problematik güterrechtlicher (Vor-)Fragen insbesondere mit Blick auf § 1371 Abs. 1 BGB Rechnung getragen werden müsse. Soweit das Nachlasszeugnis ein Vindikationslegat ausweise, das von der deutschen *lex rei sitae* nicht anerkannt werde, könne es keine taugliche Eintragungsgrundlage darstellen. Für die Zwecke der Registereintragung sei es in ein Damnationislegat umzudeuten; eine Eigentumsumschreibung im Grundbuch bedürfe daher nach wie vor der Auflassung der Erben nach § 925 BGB (vgl. Art. 31 ErbR-VO). Dass dennoch Vindikationslegat nach Art. 63 Abs. 1, Art. 68 lit. m ErbR-VO im Nachlasszeugnis aufgeführt würden, erklärte *Buschbaum* zum einen damit, dass so unabhängig von der deutschen Rechtslage die grenzüberschreitende Nachlassabwicklung mit solchen (Ziel-)Mitgliedstaaten erleichtert werde, die derartige Vindikationslegat anerkennen. Zum anderen sei gerade für nicht registrierpflichtige Nachlassgegenstände außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 1 Abs. 2 lit. l ErbR-VO derzeit noch umstritten, ob nicht die ErbR-VO eine Anerkennung der Vindikationslegat auch für das deutsche Sachenrecht vorschreibe.

Im Folgenden konzentrierte sich *Buschbaum* auf die rechtliche Behandlung einer nach ausländischem Erbstatut durch formfreie Erklärung vollzogenen und in einem von einer ausländischen Behörde ausgestellten Europäischen Nachlasszeugnis deklaratorisch dokumentierten Erbauseinandersetzung betreffend eine in Deutschland belegene Immobilie. Was zunächst die Anwendung ausländischen Erbrechts für die Erbauseinandersetzung an einem deutschen Grundstück betrifft, so verwies *Buschbaum* auf die Doppelnatur der Erbauseinandersetzung, die nach geltendem Recht einerseits erbrechtlich (Art und Umfang der Bindung, Verbot der Auseinandersetzung usw.), andererseits aber auch rein schuld/sachenrechtlich qualifiziert werden müsse, was ihren Vollzug anbetrifft. Im Hinblick auf Art. 23 Abs. 2 lit. e und j ErbR-VO finde auf die Erbauseinandersetzung nach Auffassung *Buschbaums* dem Grunde nach zwar das Erbstatut Anwendung. Er verwies jedoch gleichzeitig darauf, dass dies – auch wegen der dadurch vorgenommenen Beschränkung der Gerichtsstände der EuGVVO durch diejenigen der ErbR-VO sowie mit Blick auf die Ausgestaltung der Erbauseinandersetzung als inter-vivos-Rechtsgeschäft – nach deutschem Recht an-

ders gesehen werden könne. Die Anwendung ausländischen Rechts auf die Erbaueinandersetzung unterstellt, sei jedenfalls für die Frage des Zugangs in das deutsche Grundbuch gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. k und 1 ErbR-VO in Verbindung mit Erwägungsgrund 18 Satz 2 die deutsche *lex rei sitae* zu beachten, so dass es einer Eintragung und Auflassung gemäß § 925 BGB bedürfe. Die so vorgenommene Erbaueinandersetzung an deutschen Grundstücken könne gemäß Art. 68 lit. 1 ErbR-VO von einer deutschen Ausstellungsbehörde möglicherweise im Europäischen Nachlasszeugnis dokumentiert werden, da auch die dem Erben nach erfolgter Erbaueinandersetzung zustehenden Vermögenswerte ausweisungsfähig seien. Hieran anschließend stelle sich die Frage, ob das im Ausland errichtete Nachlasszeugnis – ohne vorherige notariell beurkundete Erbaueinandersetzung – taugliche Grundlage einer Umschreibung des Grundbuches sein könne. Die Antwort auf diese Frage müsse sich an den Regelungen der § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 29 Abs. 1 GBO orientieren. Mit Blick auf deutsches Recht komme eine solche Substitution jedenfalls nicht in Betracht, zumal die Erbaueinandersetzung konstitutiv mit Wirkung *ex nunc* erfolge und die Auflassung zudem einem deutschen Notar vorbehalten sei.

Was schließlich die Gutglaubenswirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses angeht, so stellte *Buschbaum* zunächst klar, dass das Nachlasszeugnis auch im grenzüberschreitenden Verkehr den innerstaatlichen Erbnachweis in Gestalt des Erbscheins nicht verdrängt. Darüber hinaus erlangten über Art. 59 Abs. 1 ErbR-VO nunmehr auch ausländische Erbnachweise formelle Beweiskraft in Deutschland, soweit man die Regelungen über das Europäische Nachlasszeugnis nicht als abschließende Spezialvorschriften für den grenzüberschreitenden Erbnachweis versteht mit der Folge, dass das Kapitel II einen Rückgriff auf die Regelungen des FamFG zur Begründung einer übernationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte zur Erteilung des Erbscheins nicht sperrt. *Buschbaum* betonte jedoch gleichzeitig, dass der Zugang ausländischer Erbnachweise ins deutsche Grundbuch nach wie vor jedenfalls unter dem Vorbehalt der *lex rei sitae* steht, vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. k und 1 ErbR-VO. Ohnehin sehe Art. 59 ErbR-VO gerade keine der Vorschrift in Art. 69 Abs. 5 ErbR-VO vergleichbare Regelung über den Zugang ausländischer Erbnachweise in das Grundbuch vor.

Im Hinblick auf die Unterschiede zwischen deutschem Erbschein und Europäischem Nachlasszeugnis verwies *Buschbaum* auf die Gutglaubenswirkung, die beim deutschen Erbschein nach § 2366 BGB nur bei positiver Kenntnis von der Unrichtigkeit oder vom nachlassgerichtlichen Einziehungsverlangen entfällt; beim Europäischen Nachlasszeugnis führe indes nach Art. 69 Abs. 3 und 4 ErbR-VO bereits grob fahrlässige Unkenntnis der Unrichtigkeit zum Wegfall des Gutgläubensschutzes. Inwieweit dies insbesondere im Bankenverkehr

zu Vorbehalten gegenüber dem Europäischen Nachlasszeugnis als Legitimationsgrundlage führen werde, bleibe abzuwarten. Auch hinsichtlich des Antragsverfahrens könnten sich Unterschiede ergeben. So stehe den einzelnen Mitgliedstaaten die Zuständigkeitsregelung frei (Erwägungsgrund 70 Satz 2 der ErbR-VO); auch Fragen zur Notwendigkeit eidesstattlicher Versicherungen könnten autonom geregelt werden (Art. 66 Abs. 3 ErbR-VO, Erwägungsgrund 70 Satz 3). Insofern könnten sich hinsichtlich des Beweiskraftgehalts eines Europäischen Nachlasszeugnisses Unterschiede ergeben, je nachdem, in welchem Mitgliedstaat und unter welcher *lex fori* dieses ausgestellt worden ist. Ob ein deutsches Kreditinstitut oder gar eine Privatperson ein ohne eidesstattliche Versicherung im Ausland ausgestelltes Europäisches Nachlasszeugnis zurückweisen kann, sei derzeit offen. Es sei unklar, ob es sich bei Erwägungsgrund 69 Satz 3 der ErbR-VO um ein absolutes Verbot oder lediglich um ein Diskriminierungsverbot mit Rechtfertigungsvorbehalt handle.

Abschließend wandte sich *Buschbaum* der Problematik divergierender Erbnachweise zu. So sei es insbesondere im Falle eines nach ausländischem Erbrecht angeordneten Vindikationslegates möglich, dass dieses im Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen werde, im deutschen Erbschein hingegen mangels Legislativkompetenz der EU für das hiesige Verfahrens- und materielle Sachenrecht keine Berücksichtigung finde. Eine Sperrwirkung des zuerst erteilten oder beantragten Erbnachweises zugunsten des jeweils anderen sei angesichts der Parallelität der Verfahren (vgl. auch Art. 62 Abs. 3 Satz 1 ErbR-VO) nicht anzunehmen. Auch einem wechselseitigen Wegfall der Gutglaubenswirkungen stehe das Nebeneinander der Nachweisverfahren in denjenigen Fällen entgegen, in denen die Divergenz nicht auf einer falschen Angabe im Verfahren beruhe, sondern darauf, dass der deutsche Erbschein und das Europäische Nachlasszeugnis – wie bezogen auf das Vindikationslegat – per se einen unterschiedlichen Inhalt haben können (unechte Divergenz). Im Ergebnis sei wegen des sachenrechtlichen Anwendungsvorrangs nach Art. 69 Abs. 5, Art. 1 Abs. 2 lit. k und 1 ErbR-VO jedoch die Gutglaubenswirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses – zumindest im Hinblick auf Grundstücke – gegenüber dem der deutschen *lex rei sitae* Rechnung tragenden deutschen Erbschein nachrangig. Daher bleibe die Gutglaubenswirkung des deutschen Erbscheins (§ 2366 BGB), der den Erbschein einer unbeschränkten Erbenstellung vermittelt, unberührt.

Nach anschließender lebhafter Diskussion hatten die Teilnehmer und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Austausch. Die Schriftfassungen der Vorträge werden in einem Tagungsband veröffentlicht. Dieser erscheint im Nomos Verlag in der Reihe „Schriften zum Notarrecht“.

BUCHBESPRECHUNGEN

Grziwotz (Hrsg.): MaBV. 2. Aufl., RWS, 2012. 334 S., 59 €

Anfang des Jahres 2012 ist das Konkurrenzprodukt zum MaBV-Kommentar von *Marcks* neu aufgelegt worden. Er muss den Vergleich mit dem großen Bruder nicht scheuen. In bewährter Manier wird durchweg gut gegliedert und angenehm lesbar an die Probleme der MaBV-Auslegung herangeführt. Wo es nötig ist, werden die Auslegungsfragen unter ausführlicher Auswertung der ergangenen Rechtsprechung vertiefend erörtert und Empfehlungen für die Vertragsgestaltung ausgesprochen. Eine Besonderheit stellen die von Prof. Dipl.-Ing. *Deffner* verfassten technischen Erläuterungen zu § 3 Abs. 2 Satz 2 MaBV (Seiten 189 bis 205) dar. In Ergänzung zur juristischen Kommentierung nimmt er zur Gliederung der Bauleistungen aus Sicht der Baupraxis Stellung, um eine Hilfestellung bei deren Zuordnung zu den Teilbeträgen des § 3 Abs. 2 MaBV zu geben. Dies ist interessant, da sich die Verordnung am klassischen Bauwerk, d. h. an der Errichtung in Massivbauweise, orientiert. Wird das Bauwerk in Holzbauweise errichtet, passt vieles nicht recht, beispielsweise wenn klassische Innenputzarbeiten oder Estricharbeiten nicht anfallen. Auch kompliziertere Fragen, z. B. wie die Rohbauarbeiten bei der Holzrahmenbauweise oder der Holzskelettbauweise von den weiteren Teilleistungen abgegrenzt werden können, werden hier beantwortet. Damit geht das Werk in seiner Konzeption über die Funktion eines klassischen Kommentars hinaus.

Neben der Einarbeitung der zwischenzeitlich erschienenen Literatur und der ergangenen bauträgerrechtlichen Rechtsprechung wirbt die Neuauflage auch mit der Berücksichtigung der Änderungen aufgrund des europäischen Rechts. Gemeint ist das Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Gewerbeordnung bzw. die darauf basierende Überarbeitung der MaBV (Verordnung zur Anpassung gewerblicher Verordnungen an die Dienstleistungsrichtlinie, BGBl 2010 I, S. 264). In diesem Zuge wurde § 19 MaBV neu in die Verordnung eingefügt. Diese Bestimmung beschäftigt sich mit der Reichweite der Verordnung im Falle des Tätigwerdens von im EU-Ausland ansässigen Bauträgern in Deutschland. Außerdem wird darin die Frage geregelt, inwieweit deutsche Bauträger den MaBV-Vorgaben genügen müssen, wenn sie im EU-Ausland dienstleistend tätig werden. *Grziwotz* kommentiert diese Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie gut verständlich und in der gebotenen Knappheit. Bedauerlich ist, bei Mehrautorenwerken der vorliegenden Art jedoch nicht unüblich, dass die Kommentierung an anderer Stelle nicht an die neue Gesetzeslage angepasst wurde. Dies betrifft vorliegend die – im Übrigen ausgezeichnete – Bearbeitung des § 1 MaBV von *Everts*, der unter Rdnr. 32 bis 39 zur „Auslandsgeltung“ von Gewerbeordnung und MaBV Stellung nimmt, ohne auf die Neuregelung Bezug zu nehmen oder auf den neuen § 19 MaBV zu verweisen. Hier wäre in künftigen Auflagen eine Verbesserung der werksinternen Verknüpfungen und Bezugnahmen wünschenswert.

Die Qualität eines Kommentars wird häufig auch daran gemessen, inwieweit es seinen Autoren gelingt, frühzeitig künftige Rechtsprechungsentwicklungen vorherzusehen und in der Kommentierung zu berücksichtigen. Je mehr sich die Bearbeiter dieser Maxime verschreiben, umso größer ist der Wert eines Kommentars für die praktische Arbeit. Hier setzt das Werk von *Grziwotz* Maßstäbe. So wird z. B. die Formulierung in einer Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV, mit der sich die Bank vorbehält, bei Nichtvollendung des Baus die vom Käufer geleisteten Zahlungen an den Käufer nur Zug um Zug gegen Löschung der Auflassungsvormerkung zurückzuzahlen, für unzulässig gehalten (Rdnr. 78), noch bevor das wegweisende Urteil des OLG München (Urteil vom 30.6.2011, 9 U 1977/10, DNotZ 2011, 929 ff.) zu dieser Rechtsfrage veröffentlicht war. Gleiches gilt für die Einordnung der Klausel, wonach die Bank ihre Freistellungspflicht davon abhängig macht, dass der Erwerber das Steckenbleiben des Baus nicht zu vertreten hat. Eine solche Bestimmung wurde in der vorgenannten Entscheidung des OLG München ebenfalls für nicht MaBV-konform erklärt.

Abgesehen von kleineren Ungenauigkeiten (so wird bei § 3 Rdnr. 140 versehentlich die Schlussrate mit 43,5 % statt mit 3,5 % angegeben und in § 1 Rdnr. 29 von einer gegen den Bauträger statt richtig gegen den Erwerber wirkenden Abnahme gesprochen; ebenso weist die neu eingefügte Passage zu § 632a BGB in § 3 Rdnr. 213 mehrere Tippfehler auf) und der Nichtberücksichtigung von Änderungen im Verordnungstext bei Paragraphenzitaten (z. B. bei § 1 Rdnr. 23 und 28) kann die Neuauflage als gelungen bezeichnet werden. In einer künftigen Bearbeitung sollte die bei § 3 Rdnr. 187 f. abgedruckte Formel korrigiert werden. Fällt eine Rate wegen Erbringung der entsprechenden Bauarbeiten durch eine Eigenleistung des Käufers weg, müssen bekanntlich die verbleibenden Raten neu berechnet werden, damit der Vertrag MaBV-konform bleibt. Die empfohlene Berechnungsformel geht jedoch nicht von den zur Bestimmung der verbleibenden Raten zu berechnenden Effektivprozentsätzen (z. B. für Fenstereinbau 10 % von 70 % des Kaufpreises, d. h. effektiv 7 %), sondern von den in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 genannten Prozentsätzen aus (z. B. für Fenstereinbau 10 %). Bei unreflektierter Anwendung der Formel stimmen die Endergebnisse daher nicht mit den Vorgaben der Verordnung überein (eine korrekte Formel findet sich bei *Basty*, Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 568).

Zusammenfassend handelt es sich beim besprochenen Buch um eine sehr gute Arbeitshilfe für den mit der Beurkundung von Bauträgerverträgen befassten Notar. Es lassen sich daraus auch für die problematischeren Gestaltungen, z. B. bei der Altbausanierung oder der Erbringung von Eigenleistungen durch den Auftraggeber, viele praxistaugliche Anregungen gewinnen. Die Anschaffung des Werkes kann deshalb uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. *Thomas Kilian*, Aichach

Demharter: Grundbuchordnung. 28. Aufl., Beck, 2012. 1184 S., 73 €

Bei dicht aufeinanderfolgenden Neuauflagen von Standardkommentaren stellt sich angesichts zunehmend bedeutsamer – insbesondere auch elektronischer – Konkurrenz nachdrücklich die Frage, ob die Anschaffung lohnt. Davon bleibt auch der von *Johann Demharter*, vormals obergerichtlicher Mitgestalter des Grundbuchsrechts in Bayern, nach wie vor in alleiniger Verantwortung verfasste Kommentar zur Grundbuchordnung nicht verschont. Besondere Neuigkeiten sind bei der 28. Auflage hinsichtlich Konzeption und Darstellung ausweislich der im Vorwort angekündigten Beschränkung auf die Einarbeitung neuer Gerichtsentscheidungen jedenfalls nicht zu verzeichnen. Auch im Übrigen hält sich die Kommentierung im aus den Voraufgaben gewohnt kompakten Rahmen und verzichtet zugunsten klarer Lösungen auf eine nähere Stellungnahme auch zu diskussionswürdigen Rechtsfragen.

So wird etwa bei § 7 Rdnr. 19 die Möglichkeit der Grundbucheintragung einer Vormerkung an einem nur fiktiven Miteigentumsanteil des Alleineigentümers ohne Argumentation auch dann abgelehnt, wenn es um den Vermerk an einem zugleich hinzu erworbenen Anteil geht. Nur dem Klammerzusatz (a. M. BayObLG Rpfleger 2005, 78, gegen OLG Düsseldorf, MittBayNot 1976, 137) lässt sich entnehmen, dass es sich offensichtlich um eine nicht ganz unstrittige Problematik handelt. Warum er allerdings der älteren Auffassung folgt, stellt *Demharter* nicht dar. Ebenso wird die komplizierte Rechtslage zur Löschung einer Vormerkung zur Sicherung eines auf Lebenszeit befristeten Rückübertragungsanspruchs

im Anhang zu § 44 Rdnr. 90 so behandelt, dass unter Anführung der dazu ergangenen Entscheidungen und verschiedener Literaturstellen „nicht in jedem Fall eine Berichtigungsbewilligung unter Ausschluss des Unrichtigkeitsnachweises durch Vorlage einer Sterbeurkunde des Berechtigten“ erforderlich ist. Wie im konkreten Fall das Problem zu lösen ist, lässt sich der Kommentierung allerdings nicht einmal im Ansatz entnehmen. Wie sich an diesen beiden willkürlichen Beispielen erkennen lässt, sieht *Demharter* seine Aufgabe weniger in der verständnisorientierten Beantwortung schwieriger Rechtsfragen, als in deren apodiktischer oder offener Beantwortung.

Sicherlich ist eine mit seiner vollen Autorität versehene aktuelle Behandlung des Grundbuchsrechts durch *Demharter* von großem Wert. Dies gilt besonders für dieses auf die traditionell wichtige Fortschreibung und damit auf Rechtssicherheit angewiesene Rechtsgebiet. Gleichwohl besteht mit noch aktuelleren elektronischen Kommentaren inzwischen eine ernst zu nehmende Alternative, die mangels Platzbeschränkung sich mit Einzelfragen so detailliert auseinandersetzen kann, wie dies in einem Kurzkommentar kraft eigenen Anspruchs bisher ausgeschlossen ist. Die Anschaffung lohnt daher für Notare vor allem dann, wenn im Büro bislang keine oder nur eine wesentlich ältere Auflage des Kommentars zur Verfügung steht. Alternativ liegt es inzwischen fast näher, elektronisch auf die neue Auflage des *Schöner/Stöber* oder des Beck'schen Online-Kommentars zur Grundbuchordnung zuzugreifen.

Notar Prof. Dr. *Alexander Krafka*, Landsberg am Lech

Horn/Kroiß: Testamentsauslegung. Beck, 2012. 398 S., 75 €

Das Werk richtet sich schon im Ausgangspunkt seiner Fragestellung nicht primär an die kautelarjuristische Praxis, sondern rückt die Frage der (ex post) richtigen Auslegung letztwilliger Verfügungen und damit in der Konsequenz auch den Streit darüber in den Mittelpunkt. Dementsprechend ist das Werk auch in seiner Umsetzung in Gliederung, Form und Inhalt konzeptionell zuvorderst auf die anwaltliche Perspektive zugeschnitten. Nur einzelne Abschnitte weisen enge unmittelbare Berührungspunkte mit der notariellen Arbeitssituation auf. Bevor hierauf näher eingegangen wird, soll zunächst ein Gesamtüberblick gegeben werden.

Die Darstellung hat einen Umfang von knapp 400 Seiten und gliedert sich in fünf Teile (Auslegung letztwilliger Verfügungen; Auslegung von Ehegattentestamenten und Erbverträgen; Anfechtung letztwilliger Verfügungen; Internationales Erbrecht; Außergerichtliche und gerichtliche Verfahrensfragen).

Die ersten beiden Teile, aus der Feder des Autors *Horn* stammend, erstrecken sich auf in etwa drei Viertel des Umfangs des Buches. An eine monographische allgemeine Einführung in die Grundlagen der Auslegung schließt sich die umfassende Abarbeitung einzelner „Abgrenzungsfälle“, also Auslegungsprobleme, an. Dabei nimmt die Auseinandersetzung mit den einzelnen gesetzlichen Ergänzungs- und Auslegungsregeln (insbesondere §§ 2066 ff. BGB) breiten Raum ein und folgt zumeist dem Schema „Normzweck – Tatbestand – Rechtsfolge“. Dies ist zweifellos angemessen und dokumen-

tiert neuerlich die bekanntermaßen hohe Qualität der gesetzlichen Kodifikation in diesem Bereich. Zugleich rückt das Werk in diesem Abschnitt dadurch seinem Gepräge nach in die Nähe eines Kommentars. Die Vorzüge des Konzepts eines Handbuchs kommen demgegenüber stärker in den Bereichen zum Tragen, wo einzelne Sachfragen aufgegriffen und rechtsinstitutsübergreifend abgehandelt werden (beispielsweise „Abgrenzung Erbe zu Vermächtnis und zu Auflage“ oder „Abgrenzungsfälle bei einem im Nachlass nicht [mehr] vorhandenen Nachlassgegenstand“).

Der dritte Teil, für den sich ebenso wie für die beiden letzten der Autor *Kroiß* verantwortlich zeichnet, ergänzt die materiellrechtlichen Ausführungen mit einem lehrbuchartigen Überblick über die Thematik der Anfechtung letztwilliger Verfügungen und rundet sie so ab.

Der vierte Teil über internationales Erbrecht erscheint demgegenüber recht zusammenhanglos eingestreut. Er liefert mit 20 Seiten einen eher knappen Überblick, der für die gerade im internationalen Kontext regelmäßig komplexe Praxis-situation keine große Hilfe sein dürfte. Bedauerlich – vor dem Hintergrund der zeitlichen Abläufe im Vorfeld der Veröffentlichung eines solchen Werkes sicherlich aber auch verständlich – ist, dass die EU-Erbrechtsverordnung völlig unerwähnt bleibt.

Teil fünf schließlich befasst sich in sehr geraffter Darstellung im Stil eines Kurzlehrbuchs mit prozessualen Möglichkeiten (Erscheinsverfahren, Zivilprozess) zur Klärung erbrechtlicher Sachverhalte. Hier gleiten die Ausführungen stellenweise leider ins Banale und Oberflächliche ab, so wenn sich

hinter einem Abschnitt mit dem vielversprechenden Titel „strategische Vorüberlegungen aufgrund der Mandatssituation“ ganze sieben Zeilen verbergen, die sich darin erschöpfen zu erläutern, dass ein Erbschein als Erbnachweis meist erforderlich sei, wenn Immobilien und Bankvermögen zum Nachlass gehören und keine notarielle Verfügung als Erbnachweis vorliegt. Dies ist jedoch nicht exemplarisch für das Werk insgesamt.

In der Gesamtschau wird es inhaltlich dem Anspruch eines Praktikerhandbuchs, das schnellen Zugriff auf Einzelprobleme und deren Kontextualisierung gleichermaßen anstrebt, gerecht. Dies gilt in gleichem Maße für die technische Umsetzung. Der Fußnotenapparat erscheint fundiert, aber nicht ausufernd, und berücksichtigt insbesondere aktuelle OLG-Rechtsprechung auf breiter Front. In stilistischer Hinsicht besticht die Darstellung durch eine engmaschige Gliederung, ein übersichtliches Druckbild und die Hervorhebung wichtiger Textpassagen im Fettdruck, wodurch ein rascher Überblick und effektives Querlesen ermöglicht werden. Die Assoziation des die gesetzlichen Auslegungsregeln behandelnden Hauptteils mit einem Kommentar wird auch in formaler Hinsicht dadurch unterstrichen, dass die erörterten Normen des BGB zu Beginn der betreffenden Abschnitte im Volltext abgedruckt werden. In loser Folge über das Buch verteilt finden sich des Weiteren textlich abgesetzte, meist kurz gehaltene Praxistipps und Formulierungsvorschläge (letztere vor allem für die Darstellung bestimmter Aspekte in Schriftsätzen, vereinzelt auch für Verfügungen). Der Eindruck, dass die Beiträge der beiden Autoren nicht vollständig aufeinander abgestimmt sind, bestätigt sich auch dadurch, dass bisweilen Fragestellungen parallel, aber in unterschiedlichem Umfang behandelt werden, ohne dass ein Verweis auf die vertiefte Darstellung zu finden wäre (so beispielsweise hinsichtlich Möglichkeiten und Grenzen eines außergerichtlichen Auslegungsvertrages).

Nach diesem Gesamtüberblick soll nunmehr derjenige Teil des Werkes noch einmal genauere Betrachtung finden, der den engsten Bezug zur notariellen Praxis aufweist, weil er eine Auslegungsfrage behandelt, die sich mit wiederkehrender Regelmäßigkeit stellt. Es handelt sich um die Frage der Wechselbezüglichkeit der einzelnen Verfügungen im „Berliner Testament“. Dieser Fragenkreis wird im zu besprechenden Werk auf vorzügliche Weise abgehandelt. Die gut strukturierte Darstellung ist tiefgründig und ausdifferenziert, ohne sich in Detailfülle zu verlieren. Ausgehend von der klaren Unterscheidung der einzelnen im Berliner Testament enthaltenen Verfügungen und ihres jeweiligen Verhältnisses und der Betonung des Vorrangs der Auslegung mit ihren einzelnen Abstufungen vor der gesetzlichen Auslegungsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB arbeitet die Darstellung eine Reihe einschlägiger und wegweisender Judikate ab und zeichnet deren Argumentationsgang präzise nach. Die maßgeblichen Indizien für und gegen eine Wechselbezüglichkeit werden klar herausgearbeitet und vermitteln so eine gute Orientierung bei dieser stets mit Unsicherheiten behafteten Problemstellung.

Alles in allem überwiegt der positive Eindruck und das Werk liefert sowohl einen guten Überblick über die behandelte Materie als auch einen guten Zugriff auf Einzelprobleme. Für den notariellen Praktiker bietet es zwar nur sehr beschränkt alltägliche praktische Hilfe, dies ist indes auch nicht sein Anspruch. Versteht man die in dem Werk enthaltene Systematisierung von Auslegungsfragen indes als Tour d'Horizon durch potentielle Fehlerquellen der erbrechtlichen Gestaltung, so ist die Lektüre gewiss auch aus notarieller Sicht gewinnbringend. Gleichwohl wird das Werk sicherlich nicht zu den Eckpfeilern einer erbrechtlich solide aufgestellten notariellen Bibliothek gehören. Inwiefern seine Anschaffung zur Abrundung einer solchen lohnt, mag jeder selbst entscheiden.

Notarassessor *Georg Seitz*, Maître en droit (Paris II), Füssen

**Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Band 1: Handelsstand, §§ 1-104a. 3. Aufl.,
Beck/Vahlen, 2010. 1626 S., 235 €
(Vorzugspreis bei Gesamtabnahme 198 €)**

Nach der 2. Auflage im Jahr 2005 ist nun seit geraumer Zeit der erste Band des Münchener Kommentars zum Handelsgesetzbuch in der 3. Auflage erschienen. Der erste Band setzt sich naturgemäß mit den zentralen Vorschriften des Handelsrechts auseinander. Die Kommentierung bietet einen umfassenden Überblick über alle Grundfragen des Handelsrechtes, angefangen von den Kaufmannsbegriffen über die Darstellung des Handelsregisterrechtes zum Recht der Zweigniederlassungen und zu den Fragen der Handelsfirma und deren Fortführung im Übertragungs- und Erbfall. Die Kommentierung deckt ferner Vorschriften über die Prokura und Handelsvollmachten ab.

Neu eingefügt und verarbeitet wurden unter anderem das Gesetz über elektronische Handels- und Unternehmensregister (EHUG) sowie das BilMoG. Die insoweit für die notarielle Praxis entscheidende Vorschrift des § 12 HGB wird umfassend von Notar Dr. *Alexander Krafska*, Landsberg, kommentiert. Behandelt wird die Neuregelung der Form- und Einreichungspflichten durch die obligatorische Umstellung auf die elektronische Registerführung durch das EHUG mit Wirkung

zum 1.1.2007. Im Anwendungsbereich des § 12 Abs. 1 HGB wird die elektronische Einreichung von öffentlich beglaubigten Handelsregisteranmeldungen dargestellt, welche noch eine papiergebundene Anmeldungserklärung mit notariell beglaubigten Unterschriften bzw. Handzeichen der anmeldenden Personen voraussetzt. In diesem Zusammenhang wird beschrieben, wie aus dem papiergebundenen Originaldokument eine elektronische beglaubigte Abschrift der Urkunde herzustellen und sodann über das „Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach“ an das Registergericht zu übermitteln ist. Ausführlich dargestellt wird die Anmeldung zum Handelsregister durch einen Bevollmächtigten, da auch die Vollmacht nur in elektronisch öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen ist, § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB. Hierbei wird auf Dauervollmachten eingegangen, die nach früherer Rechtslage in Urschrift bei den Registerakten hinterlegt wurden, was nun nicht mehr möglich ist. Zur Frage der Bevollmächtigung des persönlich haftenden Gesellschafters einer Publikums-GmbH & Co. KG durch die einzelnen Kommanditisten, was aufgrund § 378 Abs. 1 FamFG nach wie vor in der Praxis zum Zwecke der Pflege des Registerstandes der GmbH & Co. KG üblich ist, wird daher in den Raum gestellt, dass damit an sich bei jeder Änderung bezüglich der Kommanditisten alle Vollmachten erneut in elektronischer Form nachgewiesen werden müssten, wenn nicht im Rahmen der Amtsermittlung nach § 26 FamFG pragmatischere Lösungen gefunden werden.

Im Rahmen des Nachweises der Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3 HGB, welche nach § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB grundsätzlich als elektronische Aufzeichnungen, versehen mit einem Zeugnis nach § 39a BeurkG einzureichen sind, wird unter anderem auf den Nachweis der Erbfolge durch Erbschein eingegangen. Im Papierverkehr war die Ausfertigung einzureichen, da eine beglaubigte Abschrift keine Sicherheit dafür bietet, dass der Erbschein nicht wieder eingezogen wurde. Die nun zu übermittelnde elektronische beglaubigte Abschrift gibt also keine Gewähr für den Fortbestand des Erbscheins, wobei das Risiko bei zeitnaher Einreichung innerhalb von bis zu einer Woche hinnehmbar sei.

Auch die mit der Registeranmeldung zu übermittelnden Dokumente sind nach § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB elektronisch einzureichen und in den elektronisch geführten Registerordner einzustellen. Die Kommentierung betont, dass die elektronische Aufzeichnung durch Einscannen des Papierdokuments erfolgt, da ein optisch identisches Bild der Papierurkunde erforderlich ist. Auf diese Art und Weise sind Urschriften und einfache Abschriften einzureichen, während notariell beurkundete Dokumente oder öffentlich beglaubigte Abschriften mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach § 39a BeurkG zu versehen sind. Die Kommentierungen enden jeweils mit einem vergleichenden Verweis auf die Rechtslage in Österreich, im Rahmen des § 12 HGB zum Beispiel im Hinblick auf Anmeldungen in das in Österreich geführte Firmenbuch.

Die Auswirkungen des EHUG auf das Registerrecht der Zweigniederlassungen sind in den §§ 13-13h ausführlich dargestellt. Die Tatsache, dass Zweigniederlassungen nach dem 1.1.2007 nur noch im Register der Hauptniederlassung bzw. des Sitzes zu vermerken sind, wird positiv aufgenommen, da sie die früheren Abstimmungsschwierigkeiten zwischen den Gerichten vermeide. Die Regelungen des § 13 HGB hinsichtlich inländischer Zweigniederlassungen inländischer Unternehmen und die Vorgaben der §§ 13d-13g HGB bezüglich

inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen werden als jeweils in sich geschlossene separate Rege- lungskomplexe ausführlich dargestellt.

Umfassend kommentiert wird ferner die Registerführung als solche nach § 8 HGB, wobei die Unterscheidung zwischen eintragungspflichtigen und eintragungsfähigen Tatsachen anschaulich dargestellt wird. Hierbei wird im Rahmen des durch das EHUG eingefügten § 8b HGB auf das neu eingerichtete Unternehmensregister eingegangen, welches als Sammelregister den mittelbaren Zugriff auf Informationen ermöglicht, die in den verschiedenen Registern einzutragen bzw. im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen sind.

Schließlich werden in den §§ 17 ff. HGB die Vorschriften über die Handelsfirma und deren Fortführung sowie die diesbezüglichen Haftungsaspekte im Falle der Veräußerung, des Eintritts neuer Gesellschafter bzw. im Erbfall ausführlich durch Dipl.-Kfm. Dr. jur. *Andreas Heidinger* kommentiert, so dass der Rechtsanwender angesichts der übersichtlichen Gliederungsstruktur schnellen Zugang sowohl zu den übergeordneten Strukturen als auch zu einzelnen Detailproblemen findet.

Insgesamt liegt mit der 3. Auflage des ersten Bandes des Großkommentars zum HGB ein aktueller und in unvermindert hoher Qualität erstellter Kommentar vor, welcher noch informativer und detaillierter als die Voraufgabe gestaltet ist. Die Anschaffung für große und kleinere Notariate, egal ob im städtischen oder im ländlichen Bereich, kann uneingeschränkt empfohlen werden. Es handelt sich um ein praxisrelevantes Nachschlagewerk für alle grundlegenden handelsrechtlichen Fragen, die vor allem auch für mittelständische Gewerbetreibende in vielen Bereichen relevant werden können. Der Leser findet durch die übersichtliche redaktionelle Gestaltung in kurzer Zeit Antwort und weiterführende Literaturhinweise auf gezielte Fragestellungen in den kommentierten Bereichen.

Notarin Dr. *Brigitte Bauer*, LL. M. Eur., Wertingen

Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch. 35. Aufl., Beck, 2012. 2393 S., 85 €

In der Reihe der Beck'schen Kurzkommentare liegt nunmehr das Werk von *Baumbach/Hopt* zum Handelsgesetzbuch in seiner 35. Auflage vor. Die Neuauflage befindet sich auf dem Stand 1.5.2011, vereinzelt sind Änderungen bis 15.10.2011 berücksichtigt.

Seit der Voraufgabe sind zwei Jahre vergangen; dies zeigt das Bemühen der Autoren um Aktualität. Die kurzen Intervalle sind ausgesprochen begrüßenswert. Gerade hierin liegt insbesondere einer der großen Vorteile dieses Werks. Es bietet, wie auch in den Vorlagen, eine ausgesprochen zuverlässige Möglichkeit, sich einen schnellen Überblick über einen Problemkreis zu verschaffen. Die Darstellung tragender Argumente führt dazu, dass häufig bereits die Konsultation dieses Werks ausreicht, um in der Praxis auftretende Fragen zu beantworten. Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit einem Problem zeigt der Kommentar zentrale Fundstellen in Literatur und Rechtsprechung auf. Diese sind aktualisiert und um neue Fundstellen ergänzt, so dass der Benutzer auch neueste Entwicklungen erkennen kann. So sind gerade im Bereich der GmbH & Co. KG, die unter anderem im Anhang zu § 177a

HGB kommentiert ist, und dabei speziell im Bereich der Abfindungsklauseln die Kommentierungen aktualisiert und mit neuesten Fundstellen versehen. Gerade in diesem praxisrelevanten Bereich kann weiterhin in kurzer Zeit geprüft werden, ob zu einer speziellen Frage eine neue Entwicklung erkennbar ist. Weiterhin kann und will jedoch das Werk keine umfangreiche argumentative Auseinandersetzung im umfassenden Sinn bieten. Der Schwerpunkt liegt auch wie bisher auf der schnellen, umfassenden und zuverlässigen Information des Benutzers über den zentralen Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur, und das bei größtmöglicher Aktualität, Qualität und Transparenz in der Darstellung.

Dies macht in meinen Augen auch die 35. Auflage des *Baumbach/Hopt* zu einem hocheffizienten Werkzeug in der Hand des mit Handels- und Gesellschaftsrecht befassten Praktikers; gerade im Hinblick auf die kurzen Intervalle ist auch die Neuauflage als Teil des Standardhandwerkzeugs des Praktikers uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen. Dabei sollte jedoch auch die 34. Auflage noch einige Zeit aufbewahrt werden, da sie letztmals Kommentierungen zum Rechtsstand vor Inkrafttreten des MoMiG enthält.

Notar *Christian Hantke*, Amberg

Limmer (Hrsg.): Handbuch der Unternehmensumwandlung. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 1444 S., 168 €

Das von Prof. Dr. Peter Limmer, Notar in Würzburg, herausgegebene und größtenteils von ihm selbst verfasste Handbuch der Unternehmensumwandlung liegt fünf Jahre nach Erscheinen der letzten Auflage nunmehr in 4. Auflage vor. Seit der letzten Auflage sind insbesondere durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 11.7.2011 (BGBl I, S. 1338), durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl I, S. 2026), durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30.7.2009 (BGBl I, S. 2479) und durch den am 31.12.2011 veröffentlichten Umwandlungssteuererlass 2011 weitreichende Neuerungen in Kraft getreten, die Auswirkungen auf das Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrecht haben. Diese gesetzgeberischen Änderungen sind ebenso in der Neuauflage berücksichtigt, wie neuere Erkenntnisse aus Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis, die zum Stand Mai 2012 in das Handbuch eingearbeitet wurden.

Trotz des im Vergleich zur Voraufgabe um 100 Seiten gewachsenen Umfangs von 1444 Seiten bleibt „der Limmer“ ein handliches Kompendium zum Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrecht. Das Werk gliedert sich in acht Teile. Teil 1 behandelt die Grundlagen und Grundfragen des Umwandlungsrechts in Theorie und Praxis. Die Teile 2 bis 4 stellen monographisch die Grundformen der Umwandlung – Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel – dar. Teil 5 des Handbuchs befasst sich mit Sonderfragen wie Firmenrecht und Umwandlung, Umwandlung vor und in der Insolvenz, Umwandlung und Euro-Umstellung sowie Kapitalmarktrecht und Umwandlungsrecht. Verdienstvoll und praktisch zunehmend wichtig sind die Erörterungen in Teil 6 betreffend grenzüberschreitende Umwandlungen. Der von Limmer bearbeitete Teil 6 stellt im Einzelnen grenzüberschreitende Umwandlungen auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung sowie grenzüberschreitende Verschmelzungen nach §§ 122a ff. UmwG und die Umwandlung einer bestehenden Europäischen AG (SE) dar. Der internationale Teil wird abgeschlossen durch Muster eines Verschmelzungsplans einer holländischen BV auf eine deutsche GmbH zur Aufnahme mit zugehörigen Beschlüssen und Anmeldungen. Teil 7 des Handbuchs widmet sich steuerrechtlichen und bilanzrechtlichen Aspekten des Umwandlungsrechts. Teil 8 schließlich stellt die kostenrechtliche Behandlung von Umwandlungsvorgängen dar, bearbeitet von Notariatsoberrat Tiedtke. Neben der ausführlichen Erläuterung sämtlicher Probleme des Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrechts bietet das Werk auch zahlreiche Checklisten, praxisorientierte Hinweise, Formulierungsbeispiele und Muster, die auch auf der zusätzlich beigefügten CD-ROM enthalten sind.

Einige Stichpunkte sollen den außerordentlichen praktischen Nutzen des Handbuchs für die tägliche Praxis veranschaulichen:

Für die durch das MoMiG eingeführte Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) – „UG“ – sind mit dem in § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG statuierten Verbot von Sacheinlagen auch umwandlungsrechtliche Implikationen verbunden. Zwar kann die Unternehmergesellschaft wie jede GmbH bei der Verschmelzung und Spaltung übertragender Rechtsträger sein; allerdings ergeben sich bei der Spaltung bereits Einschränkungen, wenn eine Kapitalherabsetzung nach § 139 UmwG erforderlich ist, etwa weil bei der übertragenden UG durch den Vermögensübergang auf den übernehmenden Rechtsträger eine Unterbilanz ent-

steht. Hier kann bei der UG eine nach § 139 UmwG zulässig vereinfachte Kapitalherabsetzung nicht durchgeführt werden, denn die Rücklagenauflösung nach § 58a Abs. 1 GmbHG ist unvereinbar mit der Rücklagenbindung nach § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Im Anwendungsbereich des § 139 UmwG kann die UG daher nicht als übertragender Rechtsträger an einer Abspaltung oder Ausgliederung beteiligt sein (Teil 3 Rdnr. 424).

Problematischer ist die UG als Zielrechtsträger in Umwandlungsfällen. Wegen des Sacheinlageverbots ist eine Spaltung oder Ausgliederung ebenso wie eine Verschmelzung zur Neugründung mit einer UG als übernehmendem Rechtsträger ausgeschlossen. Ob bei der Verschmelzung bzw. Spaltung zur Aufnahme die UG Zielrechtsträger sein kann, ist differenziert zu beurteilen. Jedenfalls wenn beim aufnehmenden Rechtsträger keine Kapitalerhöhung durchzuführen ist, ist, weil § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht betroffen ist, eine Spaltung und Verschmelzung auf eine bereits bestehende UG möglich. Ist dagegen eine Sachkapitalerhöhung im Zuge der Umwandlungsmaßnahme durchzuführen, wird zum Teil die Auffassung vertreten, die UG als Zielrechtsträger scheide im Hinblick auf das Sacheinlageverbot aus. Richtigerweise wird man mit dem BGH (Beschluss vom 19.4.2011, NJW 2011, 1881 = MittBayNot 2011, 413) davon auszugehen haben, dass das Sacheinlageverbot nach § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht für einen den Betrag des Mindestkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichende oder übersteigende Kapitalerhöhung bei der Unternehmergeinschaft gilt. Erreicht das Stammkapital der UG nach der Sachkapitalerhöhung also nicht den Betrag von 25.000 €, kann sie nicht Zielrechtsträger sein, andernfalls schon. Hierauf weist Limmer in Teil 3 Rdnr. 427 zu Recht hin. Wünschenswert wäre, dass auch in Teil 2 Rdnr. 833 bei dem Parallelproblem der Verschmelzung zur Aufnahme auf die BGH-Entscheidung hingewiesen worden wäre. Denn dort referieren die Ausführungen nur die unterschiedlichen Meinungen in der Literatur, wie weit das Verbot der Sachkapitalerhöhung bei der UG reicht, als letzten Diskussionsstand – ohne die neuere BGH-Rechtsprechung zu zitieren. Sowohl Spaltung als auch Verschmelzung aber unterliegen denselben Regeln.

§ 13 Abs. 2 bzw. § 193 UmwG bestimmen für die Verschmelzung bzw. den Formwechsel, dass, wenn die Abtretung der Anteile des übertragenden bzw. formwechselnden Rechtsträgers von der Genehmigung bestimmter einzelner Anteilsinhaber abhängig ist, der Umwandlungsbeschluss dieses Rechtsträgers zu seiner Wirksamkeit deren Zustimmung bedarf. Hier erweisen sich in der Vertragspraxis insbesondere bei der GmbH als übertragendem bzw. formwechselndem Rechtsträger bestimmte Vinkulierungsklauseln als hinderlich, wenn die Umwandlungsmaßnahme nicht die Zustimmung sämtlicher Anteilsinhaber findet. Insbesondere dann, wenn die Anteilsübertragung bei der GmbH von der Zustimmung bestimmter einzelner, mehrerer einzelner oder einer Gruppe von Gesellschaftern abhängig ist, oder aber auch der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf, ist der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet. Will man die damit verbundenen Erschwerungen bei der Umwandlung von vorneherein vermeiden, sollten statt der besagten Vinkulierungsklauseln in der GmbH-Satzung solche gewählt werden, bei denen die Zustimmung zur Übertragung von der Gesellschaft erteilt wird oder die Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss erfolgt. Dann sind § 13 Abs. 2 bzw. § 193 Abs. 2 UmwG ebensowenig einschlägig wie in den Fällen, in denen die GmbH-Satzung das Zustimmungserfordernis eines Beirats oder Aufsichtsrats statuiert (Teil 2 Rdnr. 500 ff.).

Für die notarielle Praxis nicht immer beachtet wird die Tatsache, dass der Verzicht auf einen Verschmelzungsbericht bzw. die Verschmelzungsprüfung, der von allen Anteilsinhabern der beteiligten Rechtsträger erklärt werden muss, nur in notariell beurkundeter Form wirksam abgegeben werden kann. Dabei ist die Be-

urkundung nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 8 ff. BeurkG) gemeint; eine Beurkundung nach den §§ 36 ff. BeurkG (Protokollform) genügt nicht. Hierauf weist *Limmer* zu Recht in Teil 2 Rdnr. 353 und 367 hin.

Die Vorschrift des § 71 UmwG bereitet für die Praxis mitunter Schwierigkeiten. § 71 UmwG bestimmt, dass bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften jeder übertragende Rechtsträger für den Empfang der zu gewährenden Aktien oder baren Zuzahlungen einen Treuhänder zu bestellen hat. Werden – wie häufig – von der übernehmenden AG keine Aktienurkunden ausgegeben, weil deren Ausgabe statutarisch ausgeschlossen ist, ist fraglich, ob die Bestellung eines Treuhänders notwendig ist. *Limmer* vertritt die Auffassung, dass in diesen Fällen die Bestellung eines Treuhänders unterbleiben kann; eine andere Meinung geht aller-

dings dahin, dass die Bestellung eines Treuhänders notwendig ist und ggf. Aktienurkunden (ausreichend in Form einer Globalurkunde) ausgegeben werden müssen. Hier empfiehlt es sich in jedem Fall, vorab mit dem zuständigen Registergericht die Problematik zu klären.

Die Beispiele zeigen, dass das Handbuch der Unternehmensumwandlung insbesondere für die notarielle Praxis ein unentbehrlicher Begleiter ist. Dem Herausgeber ist zu der rundherum gelungenen, vorzüglichen Darstellung des gesamten Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrechts zu gratulieren. Nach der 4. Auflage dürfte die nächste Auflage nicht mehr allzu lange auf sich warten lassen, da im Jahr 2013 mit der Novellierung der Kostenordnung zumindest Teil 8 des Handbuchs einer gründlichen Überarbeitung bedarf. Wir freuen uns schon sehr!

Notar Dr. *Bernhard Schaub*, München

Handzik: Erbschaft- und Schenkungsteuer.
8. Aufl., Erich Schmidt Verlag, 2012.
318 S., 39,80 €

Die Auflagenfolge des Übersichtswerkes von *Handzik* (8. Aufl. in 2012 bei einer Erstauflage in 1997) versucht, mit der Schlagzahl des Gesetzgebers und des BVerfG bei der Fortentwicklung der Erbschaft- und Schenkungsteuer Schritt zu halten. Das vorliegende Werk befindet sich auf dem Stand Januar 2012. Die neueste wesentliche Entwicklung, nämlich das Verfahren des BFH II R 9/11, welches schließlich zur erneuten Normenkontrollvorlage geführt hat, wird noch im Vorwort des Werkes erwähnt.

Bereits beim ersten Durchblättern des Werkes wird ersichtlich, dass es sich hierbei nicht um ein gewöhnliches Lehrbuch oder um eine Kommentierung handelt, sondern um ein kleines Nachschlagewerk für den Alltag des mit erbschaftsteuerlichen Fragen befassten Praktikers. Auf nahezu jeder Seite findet sich eine Tabelle, eine Liste, eine Berechnungsformel oder eine grafische Übersicht.

Den Hauptteil des Werkes bildet Teil A, welcher das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht anhand der gesetzlichen Systematik, also in der Reihenfolge der einzelnen Paragraphen des ErbStG, darstellt. Dabei geht das Werk sehr konsequent vor, so dass beispielsweise sämtliche Bewertungsfragen im Rahmen der § 10 ff. ErbStG miterörtert werden. Die einzelnen Gesetzesbestimmungen werden jeweils in ihre „Bestandteile“ zerlegt, sortiert, definiert und anhand von Übersichten und Beispielen erörtert. Wer im Aufbau des Erbschaftsteuergesetzes nicht hinreichend sattelfest ist, um die jeweils gesuchte Einzelfrage verorten zu können, wird über ein umfangreiches Stichwortverzeichnis fündig. An zahlreichen Stellen werden so Themen erörtert, die auch in der notariellen Praxis häufig auftreten, so wie beispielsweise die Funktionsweise des § 5 ErbStG (Berücksichtigung von Zugewinnausgleichsansprüchen) auf S. 44 ff., die Berechnungsmodalitäten für mehrfache Erwerbe innerhalb der Zehn-Jahres-Frist nach § 14 ErbStG auf S. 177 ff. oder die Bewertung von Grundbesitz auf S. 107 ff.

An diesen Hauptteil schließen sich zwei kleinere Abschnitte an, die sich mit aktuellen verfassungsrechtlichen Problemen der Erbschaftsteuer (Teil B) und europarechtlichen Fragen (Teil C) beschäftigen. Abgeschlossen wird das Werk durch einen circa neunzigseitigen Anhang, der den Gesetzestext des Erbschaftsteuergesetzes, die maßgeblichen Bestimmungen des Bewertungsgesetzes samt Tabellen sowie eine Übersicht zur Berechnung der Wohnfläche nach der Wohnflächenverordnung enthält.

Das vorliegende Werk ersetzt ganz sicher keinen Gesetzeskommentar und auch keine gestaltungsorientierte Literatur. Auch eignet es sich weniger für die erstmalige Beschäftigung mit der Materie, da der Aufbau des Werkes eine Kenntnis der grundlegenden Zusammenhänge voraussetzt. Schließlich finden in dem Buch keine vertieften Erörterungen von Detailproblemen statt. Gestalterische Hinweise sind zwar vorhanden, sie sind jedoch vergleichsweise dünn gesät und enthalten auch keine Formulierungsvorschläge oder Ähnliches. Damit ist also gesagt, was das Werk nicht ist und auch nicht zu sein vorgibt. Es ist dennoch ein ungemein nützliches Buch, das in seiner Art eine gewisse Alleinstellung innehat: Der Praktiker findet nämlich hier in den allermeisten Fällen eine zutreffende und prägnante Antwort auf eine Frage, die sich vor und nach Besprechungen zu erbschaftsteuerrelevanten Themen immer wieder ergibt: „Ja wie war das denn nochmal?“ Wenn es also darum geht, in kurzer Zeit zu erfahren, wie ein Sachverhalt gesetzlich geregelt ist, spielt das Buch seine wahren Stärken aus.

Vor diesem Hintergrund wird der Nutzer auch geneigt sein, über kleinere Flüchtigkeiten, wie fehlgehende Querverweise oder die noch nicht ganz eingearbeitete aktuelle Rechtslage (vgl. Rdnr. 456 versus 450a) hinwegzusehen. Schließlich sollte auch der vergleichsweise günstige Anschaffungspreis dazu beitragen, dass sich das Werk von *Handzik* auf zahlreichen Schreibtischen wiederfindet.

Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 242, 286, 464 Abs. 2, § 812 Abs. 1 Satz 1; KostO § 36 Abs. 2, §§ 145, 147 Abs. 2 (*Erstattung von Notarkosten bei Ausübung eines Vorkaufsrechts*)

Der Vorkaufsberechtigte hat im Falle der Ausübung seines Vorkaufsrechts dem Drittkäufer die von diesem bereits bezahlten Notarkosten zu erstatten. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.4.2012, 16 U 226/10

Der Kläger begehrt als Drittkäufer von der Beklagten als Vorkaufsberechtigter nach Ausübung des Vorkaufsrechts Ersatz von Vertragskosten und Rechtsverfolgungskosten.

Der Kläger erwarb mit notariellem Kaufvertrag des Notars Dr. N1 vom ... 2009 (URNr. ...) ein Grundstück als Teilfläche, der im Grundbuch von Stadt 1, Blatt ..., Flurstück .../19 und .../20 von der Eigentümerin A. Dieses Grundstück war mit einem Vorkaufsrecht der Beklagten belastet.

In § 19 des Vertrages wurde Folgendes geregelt: Alle Kosten einschließlich Messungsanerkennung und Auflassung sowie Grunderwerbsteuer trägt der Käufer.

In § 3 Abs. 6, der das Vorkaufsrecht regelt, heißt es unter anderem: Im Fall des Rücktritts stehen den Parteien keine gegenseitigen Ansprüche – insbesondere keine Schadenersatzansprüche, keine Ansprüche auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen sowie keine Zinsansprüche – zu.

In § 14 Abs. 2 heißt es: Sollte der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht hinsichtlich des Vertragsgegenstandes Flur Nr. .../20 nicht ausüben, so trägt der Verkäufer insoweit die angefallenen Notarkosten. § 19 bleibt ansonsten auch im Fall des Rücktritts nach Absatz I unberührt. (...)

Am 17.12.2009 erstellte der Notar Dr. N1 seine Kostenrechnung über den Kaufvertrag, die einen Gesamtbetrag von 14.550,43 € auswies. (...)

Am 13.1.2012 übte die Beklagte ihr Vorkaufsrecht aus.

Mit Schreiben vom 1.3.2010 bat der Kläger die Beklagte um Erstattung der Kosten für die notarielle Beurkundung. Mit Schreiben vom 18.3.2010 wies die Beklagte die Forderung unter Hinweis darauf zurück, dass sich ihrer Meinung nach aus den vertraglichen Regelungen ergebe, dass der Kläger – ungeachtet der Ausübung des Vorkaufsrechts – die Notarkosten selbst zu tragen hat.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 6.4.2010 verlangte der Kläger erneut Zahlung unter Fristsetzung bis 16.4.2010. Außerdem verlangte er in diesem Schreiben Rechtsanwaltsgebühren i. H. v. 703,80 €.

Der Kläger hat in erster Instanz behauptet, er habe die in der Sache korrekt erstellte Notarkostenrechnung vom 22.12.2009 beglichen. Außerdem seien die in der Kostenrechnung des Notars Dr. N1 enthaltenen Gebühren angemessen und entstanden. (...)

Die Beklagte hat die Berechnung verschiedener Einzelpositionen der Notarkostenrechnung beanstandet.

Das LG hat die Klage abgewiesen. (...)

Gegen dieses dem Kläger am 14.12.2010 zugestellte Urteil hat dieser mit einem am 27.12.2010 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, die er mit einem am 14.2.2011 eingegangenen Schriftsatz begründet hat. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Das Rechtsmittel ist auch in der Sache im Wesentlichen begründet.

Allerdings geht das LG zutreffend davon aus, dass dem Kläger kein vertraglicher Anspruch gegen die Beklagte zusteht, denn die Parteien des Rechtsstreits haben keinen Vertrag miteinander geschlossen. Vielmehr bestehen kaufvertragliche Beziehungen des Klägers mit der Firma A aufgrund des notariellen Kaufvertrages vom ... 2009. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Beklagte ist daneben ein inhaltsgleicher Kaufvertrag zwischen der Beklagten und der Firma A zustande gekommen.

Aus dem Notarvertrag vom ... 2009 ergibt sich keine Regelung, wonach der Kläger auch die Kosten des Vertrages tragen muss, wenn die Beklagte ihr Vorkaufsrecht ausübt. Eine solche Kostentragungspflicht ergibt sich nicht aus § 19 des Vertrages, wonach der Käufer die Kosten des Vertrages zu tragen hat, denn eine entsprechende Verpflichtung trifft auch die Beklagte, die aufgrund des nach § 464 Abs. 2 BGB zustande gekommenen Vertrages ebenfalls die Vertragskosten zu tragen hat. Über das Verhältnis der Parteien untereinander enthält diese Vertragsklausel keine Regelung.

Auch aus § 14 Abs. 2 des Kaufvertrages lässt sich für oder gegen eine Zahlungspflicht der Beklagten nichts herleiten. Diese Bestimmung regelt nur die Pflicht zur Tragung der Notarkosten, wenn die Beklagte das Vorkaufsrecht nicht ausübt. Wird es ausgeübt – wie hier –, so soll die vorstehend genannte Regelung des § 19 gelten, die die Beklagte ebenso trifft wie den Kläger.

Im Übrigen gilt § 14 Abs. 2 des Notarvertrages nur im Verhältnis zwischen dem Kläger und der Firma A und nicht im Verhältnis zur Beklagten. Gleiches ist anzunehmen für § 3 Abs. 6 des Kaufvertrages, der Ansprüche auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen ausschließt. Im Übrigen wären die Aufwendungen des Klägers nicht vergeblich, wenn und soweit er einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der Notarkosten hätte.

Ein solcher Anspruch steht dem Kläger entgegen der Auffassung des LG nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zu. Dieser Bereicherungsanspruch ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger den Bereicherungsgegenstand geleistet hat. Zwar mag ursprünglich die Zahlung der Notarkosten aufgrund des Vertrages mit dem Notar bzw. dem Kaufvertrag mit der Firma A geleistet worden sein. Mit der Begleichung der Rechnung hat der Kläger seine Verpflichtung aus den jeweiligen Verträgen erfüllt. Bereicherungsrechtlich ist dies irrelevant, denn der Rechtsgrund dieser Leistung ist nicht weggefallen. Der Kaufvertrag besteht ebenso weiter wie der Vertrag mit dem Notar.

Die Bereicherung der Beklagten ist erst eingetreten durch die Ausübung des Vorkaufsrechts im Januar 2010. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ist die Kostentragungspflicht der Beklagten gegenüber der Firma A entstanden und die Bereicherung in Form der Ersparnis von Notarkosten eingetreten. Diese Bereicherung ist nach Auffassung des Senats nicht durch die Leistung eingetreten, sondern durch die eigene Handlung der Beklagten, nämlich die Ausübung des Vorkaufsrechts. Aber selbst wenn man mit der herrschenden Meinung (BGH LM Nr. 2 zu § 505 BGB = MDR 1960, 1004; WM 1964, 301; BGHZ 87, 301; *Staudinger/Mader*, § 464 Rdnr. 19;

Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt, BGB, 5. Aufl., § 464 Rdnr. 7; *Soergel/Wertenbruch*, BGB, § 464 Rdnr. 19, der eine Rückgriffskondition annimmt; *MünchKommBGB/Westermann*, § 464 Rdnr. 7) eine Vorausleistung des Klägers an die vorkaufsberechtigte Beklagte annehmen wollte, wäre ein Bereicherungsanspruch gegeben. Nach fast einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur besteht ein Bereicherungsanspruch des Erstkäufers gegen den Vorkaufsberechtigten auf Erstattung der Vertragskosten, sofern der Kaufvertrag keine ausdrücklichen anderen Regelungen enthält, was – wie dargelegt – vorliegend nicht der Fall ist.

Selbst wenn man aber entgegen der vorstehenden Ausführungen von einer Leistung des Klägers an die Firma A bzw. an den Notar ausgehen würde, hätte der Kläger die Möglichkeit der nachträglichen Fremdbestimmung der Leistung (BGH, NJW 1986, 2700), also nachträglich zu erklären, dass die Leistung an die Firma A bzw. den Notar als Leistung an die Beklagte gelten soll. Derartige Bestimmungsänderungen sind im Rahmen von § 242 BGB, also nach Treu und Glauben, zulässig. Auch im vorliegenden Fall wäre es grob unbillig, den Kläger an den Notarkosten festzuhalten, die die Beklagte nach Ausübung des Vorkaufsrechts erspart hat.

Da es sich bei dem Anspruch des Klägers um einen Bereicherungsanspruch handelt, kann er die Beklagte nur insoweit in Anspruch nehmen wie sie bereichert ist, soweit sie also Beurkundungskosten erspart hat.

Die Beklagte hat insoweit die Erstattungsfähigkeit auch der Höhe nach angegriffen.

Soweit sich die Beklagte gegen den in der Kostenrechnung des Notars Dr. N1 vom ... 2009 enthaltenen Wert für die Vertragsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO i. H. v. 3.076.000 € wendet und die Auffassung vertritt, nur 3.070.000 € sei der angemessene Wert, so übersieht sie, dass in dem Notarvertrag auch zwei Dienstbarkeiten bestellt wurden, die mit jeweils 3.000 € in der Wertberechnung zu berücksichtigen waren. Deshalb hat der Notar zu Recht die Vertragsgebühr i. H. v. 9.354 € berechnet, statt den nach Ansicht der Beklagten berechtigten Betrag i. H. v. 9.324 €.

Auch das Bestreiten der Beklagten, der Notarvertrag habe die Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung gefertigt, ist unerheblich, denn § 14 Abs. 4 des Kaufvertrages (S. 18) enthält die Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung. Da die Urkunde sich bei den Gerichtsakten befindet, kann das Gericht dies aus eigener Wahrnehmung feststellen.

Die Beklagte kann allerdings die Begleichung der in der Kostenrechnung des Notars enthaltenen Gebühr nach § 145 KostO für den Entwurf einer Erklärung über die Nichtausübung des Vorkaufsrechts verweigern. Zwar hat die Beklagte zu Unrecht bestritten, dass ein solcher Entwurf gefertigt worden ist, denn sie hat diesen Entwurf erhalten und anschließend ihr Vorkaufsrecht ausgeübt. Das Gericht geht deshalb – entgegen dem Vortrag der Beklagten – davon aus, dass die Beklagte diesen Entwurf erhalten hat. Sie ist aber insoweit nicht bereichert, denn die Beklagte hat insoweit keine Entwurfskosten erspart. Auch ohne diesen Entwurf konnte die Beklagte ihr Vorkaufsrecht ausüben.

Die Kosten in Höhe von 10 € für eine Abschriftsbeglaubigung und die Vorkaufsrechtseinholung i. H. v. 466,20 € sind von der Beklagten nicht bestritten worden.

Bezüglich der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Fälligkeitsmitteilung hat die Beklagte bestritten, dass eine solche Gebühr entstanden ist, da der Zeitablauf dagegen spräche. Dieser Einwand ist indes unerheblich, denn der Notar musste,

wenn er dem Kläger wegen des Zeitablaufs keine Fälligkeitsmitteilung gemacht hat, der Beklagten eine Fälligkeitsmitteilung zukommen lassen. Dies ist auch am 29.4.2010 gesehen, wie sich aus der schriftlichen Aussage des Zeugen Z1 ergibt.

Bezüglich der Kosten der Vorlageüberwachung i. H. v. 261 € hat die Beklagte bestritten, dass der Notar die Vorlageüberwachung zur Löschungsbewilligung der Auflassungsvormerkung aus der URNr. .../2009 des Notars Dr. N1 ausgeführt hat. Der Zeuge Z1 hat zwar in seiner schriftlichen Aussage auf § 15 Ziffer 4 des Kaufvertrages hingewiesen, der eine Anweisung an den Notar enthält, die Auflassungsvormerkung nur bei Vorliegen bestimmter Umstände dem Grundbuchamt vorzulegen. Zu der Frage, ob diese Anweisung auch ausgeführt wurde, hat der Zeuge in seiner schriftlichen Aussage keine Angaben gemacht. Bei seiner Vernehmung vor dem Senat wusste der Zeuge zu dieser Frage nichts zu berichten, so dass die Ausführung dieser Anweisung nicht bewiesen wurde und die Beklagte um den in der Notarkostenrechnung enthaltenen Betrag von 261 € nicht bereichert ist.

Die Beklagte hat auch die vom Notar Dr. N1 in Rechnung gestellte Dokumentenpauschale i. H. v. 111,55 € bestritten. Insbesondere hat sie behauptet, es seien keine 627 Kopien gefertigt worden, die diesen Betrag rechtfertigen würden. Der Zeuge Z1 hat in seiner schriftlichen Aussage angegeben, dass in der Notarkostenrechnung 627 Kopien berechnet wurden, was nichtssagend ist, da sich dies bereits aus der Rechnung entnehmen lässt. Bei seiner Vernehmung vor dem Senat konnte der Zeuge wiederum keine Angaben machen, ob tatsächlich 627 Kopien gefertigt wurden. Er hatte sich insoweit offensichtlich nicht durch Einsicht in die Notarakte auf die Vernehmung vorbereitet. Allerdings sind in § 21 des Kaufvertrages sehr viele Personen und Institutionen genannt, die Abschriften des Kaufvertrages erhalten sollten. Allein die in dieser Vorschrift genannten 16 Exemplare des Vertrages, der einschließlich Anlagen 37 Seiten enthält, ergibt 592 Kopien. Da der Zeuge aber wenigstens angab, dass üblicherweise nur Kopien in Rechnung gestellt werden, die auch tatsächlich in dieser Sache angefallen sind, geht das Gericht davon aus, dass tatsächlich 627 Kopien gefertigt wurden, die zu Notarkosten von 111,55 € geführt haben.

Hinsichtlich der in der Notarkostenrechnung enthaltenen Position Auslagen, Porto, Fax, etc. i. H. v. 62,50 € hat die Beklagte den Anfall dieser Kosten mit Nichtwissen bestritten. Der Zeuge Z1 hat in seiner schriftlichen Zeugenaussage lediglich die unstreitige Tatsache wiedergegeben, dass dieser Betrag in der Rechnung enthalten sei. Bei seiner Vernehmung vor dem Senat konnte er nicht angeben, wie dieser Betrag in die Rechnung gelangt ist und welche konkreten Beträge darin enthalten sind, so dass auch diese Rechnungsposition nicht erwiesen ist.

Bezüglich der Gebühren für die Grundbucheinsicht des Notars i. H. v. 24 € hat die Beklagte deren Anfall bestritten und ausgeführt, es würden üblicherweise 10 € für unbeglaubigte Grundbuchauszüge und 18 € für beglaubigte Grundbuchauszüge anfallen.

Der auch zu diesem Beweisthema vernommene Zeuge Z1 hat in seiner schriftlichen Aussage wiederum die nichtssagende Antwort gegeben, die Gebühr für die Grundbucheinsicht i. H. v. 24 € sei in der Kostenrechnung enthalten. Bei seiner Vernehmung vor dem Senat hat er allerdings angegeben, dass man den Grundbuchauszug elektronisch einhole und dies jeweils 8 € koste. Da die Grundbuchlage mehrmals überprüft werden muss, erscheint es angemessen, dies dreimal zu tun, einmal vor der Beurkundung, einmal nach Eintragung der

Aufassungsvormerkung und einmal nach Eigentumsumschreibung, so dass auch dieser Betrag verlangt werden kann.

Damit ergibt sich, dass der Kläger von dem Nettobetrag der Rechnung des Notars Dr. N1 i. H. v. 12.227,25 € die Positionen für den Entwurf bezüglich der Nichtausübung des Vorkaufsrechts i. H. v. 493,50 €, die Kosten der Vorlageüberwachung i. H. v. 261 € und der Kosten für Auslagen etc. i. H. v. 62,50 € in Abzug zu bringen hat, so dass er von der Beklagten einen Nettobetrag von 11.410,25 € verlangen kann. Zusätzlich der 19 % Mehrwertsteuer ergibt sich damit ein Betrag von 13.578,20 €.

Den gesetzlichen Zinssatz von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz kann der Kläger ab dem 20.3.2010 nach § 286 BGB verlangen, da die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 18.3.2010 die Ansprüche des Klägers zurückgewiesen hat und damit eine Mahnung nicht mehr erforderlich war, zur Herbeiführung des Verzugs (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

Der Kläger hat außerdem gemäß § 286 BGB die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu tragen, da die Beklagte durch die Zurückweisung der Forderung in Verzug geraten ist und die anschließende anwaltliche Tätigkeit der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dient.

(...)

Anmerkung:

1. Die herrschende Auffassung und das Urteil des OLG Frankfurt

Nach herrschender Auffassung kann der Drittkäufer bereits beglichene Kosten der Vertragserrichtung vom Vorkaufsberechtigten ersetzt verlangen, sobald dieser sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat.¹ Das entspricht auch der Judikatur des BGH.² Auf welchen Anspruch sich ein solches Begehren stützen kann, diese Frage haben Rechtsprechung und Lehre aber nicht einheitlich beantwortet. Mitunter wurde ein Bereicherungsanspruch des Drittkäufers erwähnt, ohne allerdings zu entscheiden, ob wegen Leistung oder wegen Bereicherung in sonstiger Weise. In neuerer Zeit mehren sich indes Stimmen, die einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Drittkäufers³ oder überhaupt sein Recht zur Rückforderung bereits entrichteter Vertragskosten bestreiten:⁴ Der Drittkäufer könne, wenn er vom Vorkaufsrecht weiß, mit dem Verpflichteten vereinbaren, wer im Fall der Ausübung die Vertragskosten tragen soll. Weiß er es nicht, kann er sich wegen Nichterfüllung an den Verpflichteten halten.

Diese Argumente scheinen auch das LG Frankfurt überzeugt zu haben (Urteil vom 3.12.2010, 2-5 O 276/10): Der Drittkäufer (Kläger) habe, als er die vom Notar in Rechnung gestellten Kosten der Vertragserrichtung beglich, eine eigene Verbindlichkeit erfüllt, gegenüber dem Berechtigten (Beklagten) daher keinen Leistungszweck verfolgt. Wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes käme auch eine Nichtleistungskondition nicht in Betracht. Das OLG Frankfurt entschied anders: Der Kläger könne vom Beklagten die bereits entrichtete Notargebühr ersetzt verlangen und zwar auf Grundlage eines Anspruchs wegen Bereicherung in sonstiger Weise (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2). Nicht durch die Leistung des Klägers an den

Notar sei es zur Bereicherung des Beklagten gekommen, sondern erst dadurch, dass dieser sein Vorkaufsrecht ausgeübt habe. Das klingt überzeugend, ist bei näherer Betrachtung aber fragwürdig.

2. Besondere Umstände: eine verhängnisvolle Vertragsklausel

Man kann schon bezweifeln, wovon das OLG ausgeht, dass der zwischen Verpflichtetem und Drittkäufer geschlossene Vertrag keine Regelung darüber enthalte, wer die Vertragskosten im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts zu tragen habe. In § 3 Abs. 6 dieses Vertrags verzichten die Parteien im Fall des Rücktritts vom Vertrag auf gegenseitige Ansprüche, insbesondere auf Ansprüche auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen. Wie in solchen Fällen üblich, dürfte sich der Verpflichtete ein Rücktrittsrecht für den Fall vorbehalten haben, dass der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt; so vermeidet er die bei Ausübung drohende Doppelverpflichtung. Wären für diesen Fall Ansprüche des Dritten wegen vergeblicher Aufwendungen nicht ausgeschlossen worden, hätte der Kläger vom Verpflichteten entweder Ersatz der verauslagten Vertragserrichtungskosten oder Abtretung des vertraglichen (vgl. § 464 Abs. 2 BGB) Anspruchs gegen den Berechtigten verlangen können, die Vertragserrichtungskosten zu übernehmen (vgl. § 347 Abs. 2 Satz 2).⁵ Eine solche Rückabwicklung entlang aktueller oder ehemals bestehender vertraglicher Beziehungen hätte auch der Risikoverteilung entsprochen, die man im Bereicherungsrecht fordert:⁶ Einerseits sollen Einreden ex iure tertiä ausgeschlossen sein, andererseits soll jeder das Insolvenzzisiko nur dessen tragen, den er sich als Vertragspartner gewählt hat.

3. Vor- und Nachteile des Bereicherungsanspruchs

Ob das OLG Frankfurt diesen Weg erwogen hat, wird aus dem Urteil nicht deutlich.⁷ Die erwähnte Vertragsbestimmung versperrt den Weg aber jedenfalls. Mit dem Durchgriffsanspruch heilt das OLG also einen Fehler, der bei der Errichtung des Vertrags zwischen Verpflichtetem und Drittem gemacht wurde. Das hat zwar den Vorteil, beim Berechtigten nur die Ersparnisbereicherung abzuschöpfen (§ 818 Abs. 3 BGB). Aber gerade darauf geht das OLG nicht ein.⁸ Für den Anspruch des Drittkäufers ist entscheidend, welche Kosten der Berechtigte für die Durchführung des Kaufvertrags noch aufwenden musste. Nur insoweit diese niedriger sind als die vom Drittkäufer getragenen Vertragskosten, kann ein Bereicherungsanspruch erfolgreich sein. Das OLG aber sprach dem Drittkäufer ohne Weiteres die vom Notar in Rechnung gestellten Vertragskosten zu, so als wären dem Berechtigten selbst keine Kosten entstanden. Dabei wären zumindest die Kosten für die Aufassung, womöglich auch die für die Beurkundung bestimmter in Grundstückskaufverträgen üblicher Klauseln, zu berücksichtigen gewesen. Das hat *H. Schmidt* in seiner Besprechung des Urteils ausführlich dargelegt.⁹ Anders aller-

⁵ In OLG Celle, NJW 1957, 1802, hatte der Verpflichtete in einem vergleichbaren Fall seine Ansprüche gegen den Berechtigten (und damit seinen Anspruch auf Übernahme der Vertragserrichtungskosten) an den Dritten (Kläger) abgetreten.

⁶ Vgl. nur *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II, 14. Aufl., § 70 IV (S. 246 ff.).

⁷ Es ist eher nicht anzunehmen; zwar sieht das OLG die Vertragsbestimmung, deutet sie aber dahin, die Beklagte (!) könne sich nicht darauf berufen, die Aufwendungen des Klägers seien „vergeblich“ gewesen.

⁸ Kritisch bereits *H. Schmidt*, NotBZ 2012, 441 ff.

⁹ *Schmidt*, NotBZ 2012, 441 ff.

¹ *Mayer*, NJW 1984, 100, 102; *Staudinger/Mader*, § 464 Rdnr. 19; *Soergel/Wertenbruch*, BGB, § 464 Rdnr. 19.

² BGH, MDR 1960, 1004; BGH, WM 1964, 298, 301; BGH, NJW 1982, 2068, 2069; BHGZ 87, 296, 301.

³ *Erman/Grünwald*, BGB, § 464 Rdnr. 9.

⁴ *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, § 464 Rdnr. 10.

dings als *Schmidt* meint, genießt auch die zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem geschlossene Auflassung das Kostenprivileg des § 38 Abs. 2 Ziffer 6a KostO. Denn nicht das eventuell formfrei bestellte (und durch Eintragung geheilte) Vorkaufrecht ist Rechtsgrund für die Auflassung, sondern der zwischen Verpflichtetem und Drittkäufer formgerecht geschlossene Kaufvertrag.¹⁰ Jedenfalls aber dürfte die Bereicherung des Vorkaufsberechtigten deutlich niedriger sein, als das OLG annimmt.

Das OLG Frankfurt suchte offenbar ein Ergebnis, das sich mit der Eingriffskondition nicht erreichen lässt. Dazu kommt, dass – wie schon angedeutet – der Bereicherungsanspruch dem Drittkäufer gestattet, sich nachträglich eines Risikos zu entledigen, das ihm bei Vertragsschluss bekannt sein musste, für das vertragliche Vorkehrungen aber versäumt wurden. Solche Fehler darf ein Gericht nicht belohnen: *ius vigilantibus scriptum*. Schließlich hätte zu denken geben sollen, dass der gewährte Anspruch einem Versionsanspruch nahe kommt,¹¹ den das BGB nur in Ausnahmefällen (§ 822) zulässt. Weil nicht der Leistungsempfänger (worin man aufgrund doppelter Verbindlichkeit sowohl den Verpflichteten als auch den Notar sehen kann) die Leistung einem Dritten zugewendet hat, sondern dieser sich – nach Ansicht des OLG – den Kostenvorteil dadurch verschafft hat, dass er sein Vorkaufrecht ausübte, liegt immerhin kein typischer Versionsfall vor. Aber begründet ein solcher „Eingriff“ schon eine Eingriffskondition? Zwar mag der Berechtigte bereichert sein, auch mag man argumentieren, dass die Befreiung von der Verbindlichkeit, die Vertragskosten zu tragen, rechtsgrundlos erlangt ist. Gleichwohl ist ein Bereicherungsanspruch zweifelhaft: Weil und solange den Drittkäufer eine eigene Leistungspflicht trifft, erfolgt die Bereicherung des Berechtigten nicht „auf dessen Kosten“.¹²

Hier, bei der eigenen Leistungspflicht des Klägers, hätte das OLG ansetzen müssen. Dann wäre ihm auch die ultima ratiore vorgeschlagene nachträgliche Änderung der Tilgungsbestimmung durch den Kläger fragwürdig erschienen. Denn trotz wirksamen Rücktritts seitens des Verpflichteten bleibt der Kläger jedenfalls Gesamtschuldner des Notars, der den Vertrag errichtet und beurkundet hat. Anders wäre es nur, wenn der Drittkäufer, sobald der Berechtigte sein Vorkaufrecht ausübt, seine Rechtsposition ganz an ihn verlöre. Doch weder kennt das BGB (anders als andere europäische Kodifikationen) Regeln über den Vertragsübergang noch bietet die gängige Dogmatik des Vorkaufrechts einen Ansatz für einen solchen Wechsel in der Rechtsposition. Deshalb hätten die Parteien vertraglich Vorkehrung treffen müssen.

4. Eine Empfehlung für die Praxis

Häufig wird es zu Fällen wie dem, den das OLG Frankfurt zu beurteilen hatte, nicht kommen. Mitunter legen Notare ihre Kostenrechnungen erst nach Vertragsdurchführung, so dass die Kostenfrage bei Ausübung noch offen ist und der Verpflichtete (als Gesamtschuldner des Notars) sich zu Nachver-

handlungen veranlasst sieht. Und oft kommt es auch in den anderen Fällen zu einer einvernehmlichen Regelung. Darauf kann sich die Kautelarjurisprudenz indes nicht verlassen. Vielmehr ist es ratsam, bei Vertragserrichtung an eine käufer-schützende Klausel zu denken, derart etwa, dass der Verkäufer zusagt, den Käufer im Fall der Ausübung des Vorkaufrechts schad- und klaglos zu stellen.

Prof. Dr. *Martin Schermaier*, Bonn

2. WEG § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 (*Kostenregelung hinsichtlich Gemeinschaftseigentum an Balkonteilen*)

Eine in der Teilungserklärung getroffene Regelung, wonach Balkone, die zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind, auf dessen Kosten instandzusetzen und instandzuhalten sind, ist nicht einschränkend dahin auszulegen, dass hiervon Kosten ausgenommen sind, die die im Gemeinschaftseigentum stehenden Balkenteile betreffen.

BGH, Urteil vom 16.11.2012, V ZR 9/12; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien bilden die im Rubrum näher bezeichnete Wohnungseigentümergeinschaft. Einige der Eigentumswohnungen verfügen über Balkone. In der Teilungserklärung heißt es in § 5.2.:

„Einrichtungen, Anlagen und Gebäudeteile, die nach der Beschaffenheit oder dem Zweck des Bauwerks oder gemäß dieser Teilungserklärung zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind (z. B. Balkone, Terrassen, Veranden, Einstellplätze), sind von ihm auf seine Kosten instandzusetzen und instandzuhalten.“

Auf der Eigentümerversammlung vom 10.3.2010 beschlossen die Wohnungseigentümer zu dem Tagesordnungspunkt (TOP) 4, dass „die Kosten der Rechnung der Fa. M vom 23.11.2009“ anteilmäßig auf sämtliche Eigentümer umgelegt, und zu TOP 8, dass die (anstehenden) Kosten für die Sanierung der Balkone der Beklagten zu 1 und 2 von der Gemeinschaft übernommen werden. Die Rechnung der Firma M betrifft eine sog. Ursachenanalyse, in der von einer schadhafte Balkon- und Fugenabdichtung sowie von einem größtenteils losen und starke Rissbildungen aufweisenden Fliesenbelag die Rede ist.

Die gegen die Beschlüsse zu TOP 4 und 8 erhobene Anfechtungsklage ist in beiden Vorinstanzen erfolgreich gewesen. Mit der zugelassenen Revision möchte der Beklagte zu 1 die Abweisung der Klage erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die gefassten Beschlüsse entsprächen nicht ordnungsgemäßer Verwaltung, weil sie gegen § 5.2. der Teilungserklärung verstießen. Die Regelung sei nächstliegend dahin auszulegen, dass Eigentümer von Wohnungen, die mit einem Balkon ausgestattet seien, für sämtliche diesbezüglich entstehenden Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten aufkommen müssten. Der Wortlaut enthalte keine Einschränkung und biete keine Anhaltspunkte für eine irgendwie geartete – im Übrigen auch nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten führende – Unterscheidung. Damit seien die Kosten für die Isolierung und die Abdichtungsanschlüsse von den betroffenen Wohnungseigentümern zu tragen. Sie dürften nicht auf sämtliche Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft umgelegt werden.

¹⁰ Vgl. auch *Korintenberg/Lappel/Bengell/Reimann/Schwarz*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 38 Rdnr. 50b, und schon OLG Celle, Mitt-RhNotK 1957, 772; wie *Schmidt* aber auch *F. Lappe*, NJW 2004, 489, 494.

¹¹ Dazu etwa *D. König*, Ungerechtfertigte Bereicherung. Tatbestände und Ordnungsprobleme aus rechtsvergleichender Sicht, 1985, S. 182 f.; zum historischen Hintergrund außerdem *B. Kupisch*, Die Versionsklage, 1965.

¹² Die Interessenlage ist hier nicht unähnlich dem Fall BGHZ 107, 117 („Forschungskosten“); dort wurde die Eingriffskondition verneint.

II.

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht beanstandet die angefochtenen Beschlüsse zu Recht. Diese verstoßen gegen § 5.2. der Teilungserklärung.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass bei der Auslegung einer Teilungserklärung maßgebend auf den Wortlaut und den Sinn abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegend ergibt; Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. nur Senat, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, NJW 2004, 3413 m. w. N.; ebenso für Beschlüsse Senat, Beschluss vom 10.9.1998, V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 291 f.; vgl. auch Urteil vom 18.6.2010, V ZR 193/09, NJW 2010, 2801 Rdnr. 1).

b) Die auf dieser Grundlage vorgenommene, ausführlich und überzeugend begründete Auslegung macht sich der Senat zu eigen. Insbesondere hebt das Berufungsgericht zu Recht hervor, dass die Überbürdung der gesamten Kostenlast schon nach der sprachlichen Fassung von § 5.2. der Teilungserklärung daran anknüpft, dass der Balkon zum „ausschließlichen Gebrauch“ durch den jeweiligen Wohnungseigentümer bestimmt ist, die übrigen Wohnungseigentümer mithin von der Nutzung ausgeschlossen sind.

Entgegen der Auffassung der Revision, die sich auf zu „vergleichbaren Fällen“ ergangene Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 515 f.; OLG Schleswig, ZMR 2006, 963 f.) beruft, ist der Teilungserklärung auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck, wie er sich bei nächstliegendem Verständnis einem unbefangenen Betrachter erschließt, keine Einschränkung zu entnehmen. Danach ist nicht ersichtlich, dass die das Gemeinschaftseigentum betreffenden Sanierungskosten nicht von dem jeweiligen Wohnungseigentümer getragen werden sollen (gegen eine solche Einschränkung auch BayObLG, ZMR 1999, 56, 58 f.; OLG Braunschweig, ZMR 2006, 395, 396). Es ist zwar richtig, dass den Eintritt von Feuchtigkeit verhindernde Maßnahmen auch der Erhaltung des gesamten Gebäudes zugutekommen (können). Nur knüpft die Regelung hieran nicht an. In Übereinstimmung mit dem klaren und eindeutigen Wortlaut, dem insbesondere keine Differenzierung zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum zu entnehmen ist, besteht der Sinn der Regelung vielmehr darin, dass die übrigen – von der Nutzung der Balkone ausgeschlossenen – Wohnungseigentümer deshalb von der Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung aller Balkonteile befreit sein sollten, weil diese Lasten bei einer Bauweise ohne Balkone nicht angefallen wären. Eine solche Regelung zu treffen, liegt im privatautonomen Gestaltungsspielraum der Wohnungseigentümer bzw. des teilenden Eigentümers. Das Wohnungseigentumsrecht lässt den Wohnungseigentümern weitgehend freie Hand, wie sie ihr Verhältnis untereinander ordnen wollen (Senat, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, WM 2006, 2374, 2376 = MittBayNot 2007, 43 m. w. N.).

2. Ob der in dem Verstoß gegen § 5.2 der Teilungserklärung liegende Rechtsfehler nur zur Anfechtbarkeit der Beschlüsse führt oder zu deren Nichtigkeit wegen fehlender Beschlusskompetenz zur erstmaligen Begründung einer Kostenlast der Gemeinschaft (vgl. Senat, Urteil vom 1.6.2012, V ZR 225/11, NJW 2012, 2578, 2579), bedarf hier keiner Klärung, weil der Rechtsfehler innerhalb der Ausschlussfristen nach § 46 Abs. 1

Satz 2 WEG geltend gemacht worden ist (dazu und zur Frage der Tenorierung Senat, Urteil vom 2.10.2009, V ZR 235/08, BGHZ 182, 307, 314 ff.; vgl. auch Urteil vom 20.5.2011, V ZR 175/10, NJW-RR 2011, 1232).

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung ist richtig und geht weit über den entschiedenen Fall hinaus, erfasst insbesondere auch Kostenregelungen in Einzel- und Reihenhäusern im Wohnungseigentum und bei Mehrhäusern. Bei ihnen weicht die Gemeinschaftsordnung regelmäßig vom gesetzlichen Grundsatz des § 16 Abs. 2 WEG ab, nach dem die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach der Miteigentumsquote zu teilen sind.

1. Der BGH bestätigt seine frühere Rechtsprechung (so schon BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, MittBayNot 2007, 43), zu § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG, dass die Wohnungseigentümer vom WEG abweichende Bestimmungen treffen können (Rdnr. 9).

2. Der BGH bestätigt erneut auch, dass Bestimmungen im Sachenrecht zwar auch einer Auslegung zugänglich sind, dass es dabei aber nicht auf den Willen des Erklärenden (§ 133 BGB) ankommt, sondern auf das nächstliegende Verständnis eines hinzutretenden unbefangenen Dritten, wie dieser es aus der grundbuchlichen Eintragung und den ihr zugrundeliegenden Unterlagen, aus der örtlichen Situation und etwaigen vergleichbaren objektiven Umständen ableiten kann (Rdnr. 7). Diese eingeeengte Auslegung versteht sich aus Sicht eines Immobilienerwerbers, der durch Zuschlag in der Versteigerung erwirbt, oder eines Grundbuchgläubigers, der sein Recht regelmäßig auch nur aus Grundbuchdaten und objektiven Sachumständen ableiten kann. Das Revisionsgericht kann die Auslegung durch Vorgerichte voll nachprüfen (BGH, Urteil vom 16.11.2012, V ZR 246/11, Rdnr. 4; BGH, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 40/09, Rdnr. 6).

3. Der entschiedene Fall betraf nur Balkone. Bei ihnen versteht sich regelmäßig der Belag als sondereigentumsfähig, nicht aber seine tragenden Teile (vgl. F. Schmidt, MittBayNot 2001, 442). Der Unterschied bleibt jedenfalls für Fragen der „Verwaltung“ wichtig. Zwar erlaubt das Gesetz auch für die Verwaltung von Sachen des Gemeinschaftseigentums Individualregelungen (§ 21 Abs. 3 WEG), doch hat jeder übrige Wohnungseigentümer jedenfalls Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung (§ 21 Abs. 4, 5 WEG), den der Verband, jedenfalls der einzelne Wohnungseigentümer gegen einen säumigen, ordnungswidrig verwaltenden Wohnungseigentümer nach allgemeinem Recht (siehe den Rechtsgrundverweis des § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG) durchsetzen, insbesondere anmahnen und bei Pflichtverletzung durch Ersatzvornahme u. a. reagieren kann. Für Fragen der Kostentragung hat der BGH nun entschieden, dass es auf Fragen des Interesses, der Gefahr und sonstige Umstände nicht ankommt. Natürlich haben alle Wohnungseigentümer ein Interesse auf ordnungsgemäße Verwaltung, wollen insbesondere den Eintritt von Feuchtigkeit verhindern wissen. Für Kostenfragen kommt es aber nicht auf Nutzungseffekte an, sondern auf die Kostenbestimmung in der Gemeinschaftsordnung.

Die Entscheidung überrascht nicht wirklich. Anderenfalls hätte möglicherweise der Eigentümer einer Erdgeschosswohnung ein Interesse an einer Dachreparatur erst, wenn es auch

bei ihm nass ankommt. Diese Begründung hat aber noch nie jemand ernsthaft vorgetragen. Vielmehr ist jeder Regelung die Ungerechtigkeit des Zufalls und der Ungleichbehandlung immanent. Eine Kostenregelung muss vor allem klar sein, kann also wie hier für Balkone klare Zuordnungen treffen oder muss in anderen Situationen pauschalisieren. Das Gelingen einer Gemeinschaft erfordert dies.

Bei Sondernutzungsrechten war auch noch nie zweifelhaft, dass die Gemeinschaftsordnung dem Nutzungsberechtigten die Kostentragung zuweisen kann; auch sie betreffen Bereiche des Gemeinschaftseigentums. Für Balkone hatten aber jedenfalls die OLG Düsseldorf und Schleswig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.1.1998, 15 W 502/97, NJW-RR 1998, 515 f.; OLG Schleswig, Beschluss vom 30.3.2006, 2 W 191/05, ZMR 2006, 963 f.) Kostentragungsbestimmungen je nach Zuordnung zum Sonder- oder zum Gemeinschaftseigentum ausgelegt. Der BGH hat sich dem nicht angeschlossen und folgt bewusst älteren Rechtsauffassungen des Bayerischen Obersten und des LG Braunschweig (BayObLG, Beschluss vom 1.10.1998, 2 Z BR 108/98, ZMR 1999, 56, 58 f.; LG Braunschweig, Beschluss vom 13.2.2006, 6 T 767/05, ZMR 2006, 395, 396).

Nur passim: Das BGH-Zitat weist die von ihm zitierte Entscheidung dem OLG Braunschweig zu. Tatsächlich hat dieses aber den zitierten LG-Beschluss aufgehoben (OLG Braunschweig, Beschluss vom 29.5.2006, 3 W 9/06) und wie hier der BGH zu einer wohl ähnlichen und gleich bezifferten Kostenverteilungsklausel bestätigt, dass der dortigen „§ 5 Nr. 2 der Teilungserklärung ... für die Wohnungseigentümer, welche über einen Balkon verfügen, schlicht (bestimmt): Sie müssen die Kosten und Lasten der ihnen jeweils zugeordneten Balkone tragen. Der Wortlaut der Klausel bietet keine Anhaltspunkt dafür, dass bei den Sanierungskosten eine irgendwie geartete Kostentrennung vorzunehmen ist. Der Umstand, dass eine Eingrenzung nicht erfolgt, spricht gerade dafür, dass eine solche nicht gewollt war“.

4. Die Entscheidung des BGH betrifft materiell nur den entschiedenen Fall. Ihr ist logisch immanent, dass die Gemeinschaftsordnung damit auch zulässig eine Kostenverteilungsregelung enthalten kann, nach der ein einzelner Wohnungseigentümer auch die Kosten anderer Gebäudeteile oder sonstiger Gegenstände des Gemeinschaftseigentums tragen muss, wie das häufig bei wohnungseigentumsrechtlich geteilten Einzel- oder Reihenhäuseranlagen auftritt. Dieselbe Kostentlast kann auch einer Gruppe von Wohnungseigentümern auferlegt werden, wie das bisweilen bei Mehrhäuseranlagen vorkommt.

5. Nicht Gegenstand der richterlichen Erörterung war die Frage, ob die Gemeinschaft im konkreten Fall möglicherweise von ihrer individuellen Kostenregelung in § 5.2 ihrer Gemeinschaftsordnung abweichen wollte.

Seit der WE-Novelle 2007 können nämlich die Wohnungseigentümer im Einzelfall, u. a. zur Instandhaltung oder Instandsetzung im Sinne des § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG, die Kostenverteilung abweichend von der Gemeinschaftsordnung oder § 16 Abs. 2 WEG beschließen. Ein solcher abweichender Beschluss muss materiell dem Gebrauch oder der Möglichkeit des Gebrauchs durch die Wohnungseigentümer Rechnung tragen (§ 16 Abs. 4 Satz 1 WEG) und muss formell die Mehrheit des § 16 Abs. 4 Satz 2 WEG erreichen. Die Gemeinschaftsordnung könnte einen solchen Beschluss nicht unterbinden (§ 16 Abs. 5 WEG).

Der BGH hat die Frage zu Recht nicht gestellt. Insbesondere stehen die Balkone im jeweiligen Alleingebrauch des Kosten-

pflichtigen. Die Umstände lassen also nicht erwarten, dass die aufgehobene Beschlussregelung dem Gebrauch oder der Möglichkeit des Gebrauchs durch die Wohnungseigentümer besser Rechnung getragen hätte.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

3. WEG § 12 Abs. 1, 3; BGB §§ 137, 878; GBO § 29 (*Wirksamkeit der Verwalterzustimmung auch bei Beendigung des Verwalteramts vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt*)

1. Die Zustimmung des Verwalters zu der Veräußerung von Wohnungseigentum nach § 12 Abs. 1, 3 WEG bleibt auch dann wirksam, wenn die Bestellung des Verwalters vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt endet.

2. Im Grundbuchverfahren ist grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der Verwalter, dessen Zustimmung zur Veräußerung nach § 12 WEG in der Form des § 29 Abs. 1 GBO dem Grundbuchamt vorliegt, auch noch in dem Zeitpunkt zum Verwalter bestellt war, in dem der Umschreibungsantrag eingereicht worden ist.

BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariellem Vertrag vom 6.12.2010 verkauften die Beteiligten zu 1 und zu 2 ihre Eigentumswohnung an den Beteiligten zu 3. In dem Bestandsverzeichnis des Wohnungsgrundbuchs ist eingetragen: „Veräußerungsbeschränkung – Zustimmung durch Verwalter.“ Anfang April 2011 beantragte der Notar die Umschreibung des Eigentums unter Vorlage einer Ausfertigung des Kaufvertrags, einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts sowie einer beglaubigten Zustimmungserklärung der Verwalterin vom 15.12.2010.

Das Grundbuchamt hat in einer Zwischenverfügung darauf hingewiesen, dass die Verwalterin nach einem in den Grundakten befindlichen Protokoll nur bis zum 31.12.2010 bestellt und daher ein Nachweis über die Verlängerung ihrer Bestellung oder die Zustimmung des derzeitigen Verwalters erforderlich sei. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde beantragen die Beteiligten, die Entscheidung des Beschwerdegerichts und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben.

Aus den Gründen:

II.

Das Beschwerdegericht (dessen Entscheidung in FGPrax 2012, 51, veröffentlicht ist) meint, das Grundbuchamt habe zu Recht die beantragte Umschreibung von der Vorlage eines Nachweises über die Verlängerung der Bestellung der Verwalterin oder einer Zustimmung des neuen Verwalters abhängig gemacht. Eine wirksame Zustimmung zur Veräußerung einer Wohnung nach § 12 Abs. 1, 3 WEG liege nur dann vor, wenn der Zustimmende noch in dem Zeitpunkt zum Verwalter bestellt sei, in dem der Antrag auf Umschreibung des Eigentums bei dem Grundbuchamt eingehe.

III.

Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

1. Richtig ist allerdings, dass das Grundbuchamt ein im Grundbuch eingetragenes Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG von Amts wegen beachten muss, weil die Veräu-

Berung nach § 12 Abs. 3 WEG unwirksam ist, solange die erforderliche Zustimmung nicht erteilt worden ist (BayObLG, NJW-RR 1991, 978, 979). Ist die Zustimmung – wie hier – von dem Verwalter zu erklären, so sind die Zustimmungserklärung in der Form des § 29 GBO sowie die Verwaltereigenschaft desjenigen, der die Erklärung abgegeben hat, gemäß § 26 Abs. 3 WEG nachzuweisen (BayObLGZ 1975, 264, 267; NJW-RR 1991, 978, 979; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 974, 975). Diese Nachweise sind hier erbracht worden.

2. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts steht der Wirksamkeit der von der Verwalterin am 15.12.2010 gegenüber den Vertragsparteien erklärten Zustimmung nicht der Umstand entgegen, dass deren Bestellung am 31.12.2010 endete und sie bei Eingang des Umschreibungsantrags am 6.4.2011 nicht mehr zur Verwalterin bestellt war. Allerdings ist streitig, ob eine von dem Verwalter erklärte Zustimmung über die Zeit seiner Bestellung hinaus wirkt und daher auch ein erst nach diesem Zeitpunkt vollzogenes dingliches Geschäft gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG wirksam wird.

a) Dies wird teilweise mit der Begründung verneint, die Wirksamkeit einer Einwilligung setze voraus, dass der Zustimmungende noch in dem für das Wirksamwerden des dinglichen Geschäfts maßgeblichen Zeitpunkt Inhaber der durch das Zustimmungserfordernis geschützten Rechtsposition sei (vgl. OLG Celle, RNotZ 2005, 542, 543; *Erman/Maier-Riemer*, BGB, 13. Aufl., § 183 Rdnr. 2; NK-BGB/*Staffhorst*, 2. Aufl., § 183 Rdnr. 15 f.). Die Berechtigung zur Erteilung einer nach § 12 WEG erforderlichen Zustimmung müsse deshalb gemäß § 878 BGB noch in dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem die Einigung nach §§ 925, 873 BGB für den Veräußerer bindend geworden und der Antrag auf Umschreibung des Eigentums bei dem Grundbuchamt eingereicht worden sei (OLG Celle, a. a. O.; OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1524, 1525; OLG Hamburg, ZfIR 2011, 528; *Erman/Grziwotz*, BGB, 13. Aufl., § 12 Rdnr. 5; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 10; *Spielbauer/Then*, WEG, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 6; insoweit auch *Timme/Hogenschurz*, WEG, § 12 Rdnr. 33). Dies soll auch für die von dem bisherigen Verwalter zu der Veräußerung erteilte Zustimmung gelten; diese werde grundsätzlich gegenstandslos, wenn der Verwalter nicht mehr im Amt sei (OLG Hamm, a. a. O.; OLG Hamburg, a. a. O.; *Erman/Grziwotz*, BGB, a. a. O.; *Palandt/Bassenge*, a. a. O.; für diesen Fall anders *Timme/Hogenschurz*, WEG, § 12 Rdnr. 35).

b) Nach anderer Auffassung bleibt die von einem Verwalter erklärte Zustimmung wirksam, wenn dieser im Zeitpunkt des Zugangs bei den Vertragsparteien zur Erklärung der Zustimmung berechtigt gewesen und das schuldrechtliche Geschäft wirksam geworden ist; ob er auch noch in dem in § 878 BGB bestimmten Zeitpunkt zum Verwalter bestellt gewesen sei, soll dagegen unerheblich sein (KG, ZWE 2012, 227; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1456, 1457; OLG München, NZM 2012, 388, 389 = MittBayNot 2011, 486; LG Mannheim, BWNotZ 1979, 125; LG Wuppertal, MittRhNotK 1982, 207, 208; *Böttcher*, Rpfleger 2007, 526, 531; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 202; *Hügel*, ZWE 2010, 457; *Kesseler*, RNotZ 2005, 543, 547; *Klein in Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 12 Rdnr. 33; *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 84; *Kümmel in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl., § 12 Rdnr. 38; *MünchKommBGB/Commichau*, 5. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 40; *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 84; *Schmidt*, ZWE 2010, 394, 396; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2904; *Staudinger/Gursky*, 2009, § 183 Rdnr. 28; *Kreuzer*, DNotZ 2012, 11, 15; *Staudinger/Kreuzer*, 2005, WEG, § 12 Rdnr. 21).

aa) Begründet wird dies überwiegend damit, dass ein Zustimmungsvorbehalt nach § 12 Abs. 1 WEG nicht die Verfügungsbefugnis des Veräußerers einschränke, sondern eine Beschränkung des Inhalts des Wohnungseigentums darstelle. Mit dem Zugang der Zustimmung, die nur einheitlich für das schuldrechtliche und das dingliche Geschäft erklärt werden könne, falle diese Beschränkung für die Veräußerung weg. Die Zustimmung werde mit Zugang der Erklärung gegenüber den Vertragsparteien oder dem von ihnen bevollmächtigten Notar wirksam und unwiderruflich. Ein nachträglicher Wegfall der Zustimmungsberechtigung schade nicht, weil die Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG keine Verfügungsbeschränkung im Sinne von § 137 BGB sei und demzufolge auch § 878 BGB nicht angewendet werden könne (KG, ZWE 2012, 227; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1456, 1457; OLG München, NZM 2012, 388, 389 = MittBayNot 2011, 486; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 202; *Böttcher*, Rpfleger 2007, 26, 531; *Klein in Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 12 Rdnr. 33; *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 78; *Schmidt*, ZWE 2010, 394, 395; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2904a; *Staudinger/Gursky*, 2012, § 878 Rdnr. 29).

bb) Zum Teil wird die Beendigung des Amts des Verwalters nach Erklärung der Zustimmung gegenüber den Vertragsparteien deshalb als unbeachtlich angesehen, weil dieser nicht selbst Zustimmungsberechtigter sei, sondern für die übrigen Wohnungseigentümer handle. Die von dem Verwalter in Ausübung seines Amts als Treuhänder in mittelbarer Stellvertretung für die übrigen Wohnungseigentümer erklärte Zustimmung bleibe nach den für die Vertretung geltenden Grundsätzen auch dann wirksam, wenn dessen Vertretungsbefugnis nachfolgend durch die Beendigung seines Amts wegfalle (vgl. LG Mannheim, BWNotZ 1979, 125; *Fritsch in Köhler/Bassenge*, Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., Teil 17 Rdnr. 60).

c) Richtig ist, dass die Wirksamkeit der von dem Verwalter erklärten Zustimmung nicht davon abhängt, dass er das Verwalteramt noch in dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt innehat. Dabei kann hier offenbleiben, ob es zutrifft, dass § 12 Abs. 1 WEG schon nicht als eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Wohnungseigentümers anzusehen ist (siehe soeben zu III.2. b. aa). Die Zustimmung des Verwalters wirkt jedenfalls deshalb fort, weil sie eine Entscheidung ersetzt, die – ohne die Übertragung der Zustimmungsbefugnis auf ihn – von den anderen Wohnungseigentümern (allen mit Ausnahme des Veräußerers) durch Beschluss zu treffen wäre.

aa) Der Verwalter, dem in der Gemeinschaftsordnung die Befugnis zur Zustimmung zu einer Veräußerung nach § 12 Abs. 1 WEG übertragen worden ist, nimmt bei seiner Entscheidung kein eigenes Recht wahr, sondern wird grundsätzlich als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig (BGH, Urteil vom 26.9.1990, IV ZR 226/89, BGHZ 112, 240, 242 = MittBayNot 1991, 20; Senat, Urteil vom 13.5.2011, V ZR 166/10, NJW-RR 2011, 1453, 1454 Rdnr. 9). Eine Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG dient allein dem Schutz der Wohnungseigentümer gegen den Eintritt unerwünschter Personen in die Wohnungseigentümergeinschaft (vgl. Senat, Beschluss vom 15.6.1962, V ZB 2/62, NJW 1962, 1613, 1614 – insoweit in BGHZ 37, 203 ff. nicht abgedruckt). Durch das Erfordernis der Zustimmung sollen sich die übrigen Wohnungseigentümer dagegen schützen können, dass Wohnungseigentum in die Hand eines persönlich oder finanziell unzuverlässigen Erwerbers gerät (vgl. BayObLG, NJW 1973, 152, 153; BayObLGZ 1980, 20, 34; OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1525, 1526; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1987, 269, und OLG Saarbrücken, DNotZ 1989,

439, 440 = MittBayNot 1989, 29). Der Verwalter hat bei der ihm übertragenen Entscheidung die Interessen der übrigen Wohnungseigentümer wahrzunehmen (OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1525, 1526). Seine Zustimmung zur Veräußerung ersetzt den (andernfalls notwendigen) Beschluss der anderen Wohnungseigentümer.

bb) Die Verwaltungsbefugnis der Wohnungseigentümer wird allerdings dadurch, dass die Zustimmungskompetenz in der Gemeinschaftsordnung auf den Verwalter übertragen worden ist, nicht verdrängt (vgl. Senat, Beschluss vom 21.12.1995, V ZB 4/94, BGHZ 131, 346, 351; *Klein in Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 12 Rdnr. 25). Die Wohnungseigentümer können jederzeit – auch ohne eine Vorlage des Verwalters oder des betroffenen Wohnungseigentümers – dessen Zustimmungsbefugnis an sich ziehen und über die Erteilung der Zustimmung entscheiden (vgl. Senat, Urteil vom 13.5.2011, V ZR 166/10, NJW-RR 2011, 1453, 1454 Rdnr. 9; BayObLGZ 1980, 29, 35; OLG Köln, NZM 2010, 557, 558). Zuständiges Organ für solche Entscheidungen ist die Eigentümerversammlung, die mit Mehrheit anstelle des Verwalters über die an sich diesem übertragene Verwaltungsangelegenheit beschließt (vgl. *Klein in Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 12 Rdnr. 25; *Staudinger/Kreuzer*, 2005, § 12 WEG Rdnr. 21). Ein Beschluss, mit dem die Zustimmung erteilt wird, ist – gemäß § 10 Abs. 4 Satz 1 WEG auch für Sonderrechtsnachfolger – bindend und von dem Grundbuchamt zu beachten (vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 1987, 269).

cc) Nichts anderes gilt für die Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung. Diese ist (sofern man eine Widerruflichkeit der Zustimmungserklärung überhaupt bejaht) – ebenso wie ein entsprechender Beschluss – für die anderen Wohnungseigentümer jedenfalls solange bindend, wie diese nichts anderes beschließen. Die Zustimmung des Verwalters nach § 12 WEG ist daher in dieser Beziehung nicht anders zu behandeln als rechtsgeschäftliche Erklärungen, die Träger eines vergleichbaren privaten Amtes (wie beispielsweise Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter; vgl. KG, NJW-RR 2004, 1161, 1162) während ihrer Amtszeit im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen den Rechtsinhaber abgegeben haben.

3. Ob die Wohnungseigentümer oder ein an deren Stelle befugter neuer Verwalter die Zustimmung bis zu dem in § 878 BGB bestimmten Zeitpunkt noch hätten widerrufen können, bedarf hier keiner Entscheidung, weil für einen solchen Widerruf nichts ersichtlich ist. Das Grundbuchamt hat nach dem ihm unterbreiteten Sachverhalt zu entscheiden; es ist nicht berechtigt, von sich aus von Amtes wegen Ermittlungen zur Erteilung oder Versagung der Zustimmung anzustellen (vgl. Senat, Beschluss vom 28.4.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139). Im Grundbuchverfahren ist deshalb grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der Verwalter, dessen Zustimmung zur Veräußerung nach § 12 WEG in der Form des § 29 Abs. 1 GBO dem Grundbuchamt vorliegt, auch noch in dem Zeitpunkt zum Verwalter bestellt war, in dem der Umschreibungsantrag eingereicht worden ist.

4. Das Rechtsmittel hat danach Erfolg. Die angefochtenen Beschlüsse sind aufzuheben und das Grundbuchamt ist anzuweisen, die Umschreibung nicht aus den in der Zwischenverfügung genannten Gründen abzulehnen.

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung ist richtig und bestätigt die traditionelle notarielle Handhabung.

1. Das Problem folgt aus § 12 WEG. Nach dessen Abs. 1 kann die Gemeinschaftsordnung bestimmen, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf; in der Praxis ist dies ganz überwiegend der Verwalter. Ggf. ist die Auflassung des Wohnungseigentums und der zur Veräußerung verpflichtende Vertrag unwirksam, „solange nicht die erforderliche Zustimmung erteilt ist“, Abs. 3.

Die praktischen Fälle werden in der Praxis zunehmend seltener. Neue Gemeinschaftsordnungen ordnen nur selten eine Zustimmungspflicht nach § 12 WEG und bestehende Regelungen sind durch einfachen Mehrheitsbeschluss (§ 25 WEG) aufhebbar (§ 12 Abs. 4 Satz 1 WEG). Statistisch beschränkt sich der Versagungsbereich nämlich gegenwärtig bei relativ neuem Gebäudebestand und Wohlstand auf wenige extreme Fälle kollusiven Handelns, in denen ein meist krankhafter Störer seine Wohnung einem Dritten veräußert, um sie z. B. als dessen Mieter weiternutzen zu können. Die langfristig zu fürchtende Fallgruppe wird bisher allenfalls vereinzelt diskutiert: Sie betrifft alt gewordene Wohnanlagen, in denen der konkrete Instandhaltungs- und Instandsetzungsaufwand den etwaigen Miet- oder sonstigen faktischen Ertrag dauerhaft übersteigt, insbesondere weil sich kein Mieter oder sonstiger Wohninteressent mehr findet, dessen Mietzahlung oder sonstige Leistung den realen Aufwand deckt. Ohne Zustimmungspflicht nach § 12 WEG kann sich ein Wohnungseigentümer seiner Beitragspflicht entziehen, indem er (Grenze: § 826 BGB) das Eigentum einer zahlungsunfähigen Person (z. B. einer „1 £ Limited Gesellschaft nach Common Law“) überträgt.

Die Gemeinschaft kann darum über das Zustimmungserfordernis (§ 12 Abs. 1 WEG) nach dessen grundbuchlicher Eintragung den Verkauf oder die sonstige vertragliche Veräußerung an einen Dritten oder die Vergrößerung der Stellung eines Mit-Wohnungseigentümers verhindern. Der Präventionszweck ist dem des Störerausschlusses (§ 18 WEG) vergleichbar (aber geringgewichtiger, vgl. LG Köln, Urteil vom 19.3.2009, 29 S 45/08, BeckRS 2009, 19291), nicht aber identisch. Immer bedarf die Versagung der Zustimmung eines wichtigen Grundes. Er muss also gemeinschaftsbezogen – „sachlich“ – und somit situationsverschlechternd oder -gefährdend sein, und ein Gewicht oder eine Wahrscheinlichkeit bergen, die diese Einschätzung trägt.

§ 12 WEG ist dogmatisch nicht sauber konstruiert. Insbesondere wird der Begriff „Veräußerung“ untechnisch verwendet, indem es in Abs. 1 die sachenrechtliche Auflassung und in Abs. 3 das schuldrechtliche Geschäft meint (vgl. Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1), immer aber von „Veräußerung“ spricht. Ähnliches gilt für das Wort „Zustimmung“, als es nach materieller Mitwirkung der Gemeinschaft wie in § 182 BGB oder bei einem Beitritt in etwa einen GbR-Vertrag klingt, tatsächlich aber Vollzugsvoraussetzung ist.

2. Zum BGH kam die Sache, weil einzelne Grundbuchämter in Situationen den Vollzug verweigerten, in denen der Verwalter zustimmungsberufen war, zugestimmt hat, aber zur Zeit des grundbuchlichen Vollzugs seine Bestellung abgelaufen war. Die Rechtspfleger konnten dem Bestellungsbeschluss den Amtszeitablauf entnehmen und verlangten Neugenehmigung oder Nachweis des erneuerten Bestands der Bestellung zum Verwalter. Sie stützten sich dabei auf die – grundsätzlich richtige – Erwägung, dass die Eintragungsvoraussetzungen bei Vollzug vorliegen müssen, dies aber nicht formgerecht nachgewiesen sei (so OLG Celle, Beschluss vom 19.1.2005, 4 W 14/05, NZM 2005, 260; OLG Frankfurt, Beschluss vom

13.12.2011, 20 W 321/11, FGPrax 2012, 51; OLG Hamburg, Beschluss vom 15.3.2011, 13 W 15/11, MittBayNot 2011, 487 m. abl. Anm. *Kössinger*, und OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.2010, NJW-RR 2010, 1524). Die Mehrheit der Literatur, vor allem aber die OLG München (OLG München, Beschluss vom 27. 6. 2011, 34 Wx 135/11, MittBayNot 2011, 486), Berlin (KG, Beschluss vom 28.2.2012, 1 W 41/12, DNotZ 2012, 773) und Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. 5. 2011, I-3 Wx 70/11, DNotZ 2011, 625 m. Anm. *Hügel* = MittBayNot 2011, 484) hingegen hielten eine einmal formgerecht erteilte Zustimmung für ausreichend.

3. Der BGH bestärkte die Grundbuchämter in der bisherigen Praxis, die das BayObLG begründet hatte. Danach hat das Grundbuchamt nicht nur einen formgerechten Nachweis der Verwalterbestellung zu verlangen, sondern auch einen solchen Nachweis für die Fortdauer der Verwalterstellung, sofern konkrete Zweifel daran bestehen, dass die Verwaltereigenschaft bei Abgabe der Zustimmungserklärung noch fortbestand (BayObLG, Beschluss vom 16.4.1991, 2 Z 25/91, MittBayNot 1991, 170). Das BayObLG hatte die Zustimmung des ersten bau-trägerbestellten Verwalters für nicht mehr ausreichend gehalten, weil seit Erstellung der Teilungserklärung über fünf Jahre vergangen waren.

4. Der BGH würdigte sodann sehr ausführlich die verschiedenen dogmatischen Erwägungen (Rdnr. 9 bis 11), ließ sie aber letztlich unbeantwortet.

a) Als hier nicht entscheidungsrelevant ließ er offen, ob eine einmal erteilte Zustimmung überhaupt widerruflich sei; das Grundbuchamt könne nicht von sich aus ermitteln (BGH, Beschluss vom 28.4.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 136 = NJW 1961, 1301, für einen Fall der Ehegattenmitwirkung nach § 1365 BGB) und dürfe einen etwaigen Widerruf nicht prüfen, solange das Antragsverfahren dies nicht erkennen lasse (Rdnr. 16). Der Wortlaut in Rdnr. 15 lässt erwarten, dass die Richter zu Unwiderruflichkeit einer einmal erteilten Zustimmung tendieren.

b) Für jedenfalls entscheidend hält der BGH seine Doppelerwägung, dass nämlich der Verwalter kein eigenes Interesse verfolge, sondern als Treuhänder die Wohnungseigentümer schütze (Rdnr. 13). Würden die Wohnungseigentümer selbst entscheiden (Fall in OLG Saarbrücken, Beschluss vom 16.12.1986, 3 W 174/86, NJW-RR 1987, 269), bindet ihr Beschluss ja auch sie und (§ 10 Abs. 4 Satz 1 WEG) ihre Rechtsnachfolger. Für den Verwalter könne nichts anderes gelten (Rdnr. 14).

c) Daher bleibt materiell für Zwecke des § 12 WEG eine erteilte Verwalterzustimmung auch nach Amtsbeendigung wirksam. Verfahrensrechtlich muss der Grundbuchrechtspfleger grundsätzlich nur prüfen, ob der Verwalter bei Erteilung seiner Zustimmung bestellt war.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

4. WEG § 10 Abs. 3 (*Sondernutzungsrecht zugunsten Miteigentumsanteils an Wohnungs- oder Teileigentumseinheit*)

Ein Sondernutzungsrecht kann auch einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zugeordnet werden.

BGH, Beschluss vom 10.5.2012, V ZB 279/11; eingesandt von Notarin Dr. *Helene Ludewig*, München, und mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin der Wohnung Nr. 44 in einer Wohnungs- und Teileigentumsanlage. Mit dem Wohnungseigentum ist das im Grundbuch eingetragene Recht zur ausschließlichen Nutzung eines Tiefgaragenstellplatzes und eines Abstellraums verbunden, welche im Gemeinschaftseigentum stehen. Die Beteiligte zu 2 ist Miteigentümerin zu ½ einer in derselben Anlage befindlichen Teileigentumseinheit, die aus einem Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Duplexgarage, besteht. Deren Benutzung ist zwischen den beiden Miteigentümern dergestalt geregelt, dass der Beteiligten zu 2 das Recht zur ausschließlichen Nutzung des oberen Platzes zusteht.

Mit notariellem Vertrag vom 10.11.2010 verkaufte die Beteiligte zu 1 das mit der Wohnung Nr. 44 verbundene Sondernutzungsrecht an die Beteiligte zu 2. Zugleich erklärten die Vertragsparteien, die Gemeinschaftsordnung so zu ändern, dass das Sondernutzungsrecht an dem Tiefgaragenstellplatz von der Wohnung Nr. 44 abgeschrieben und der Teileigentumseinheit Nr. 72 (Duplex Nr. 72 oben) zugewiesen werde.

Zur Sicherung des Übertragungsanspruchs bewilligte die Beteiligte zu 1 die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch, deren Eintragung die Urkundsnotarin am 31.3.2011 als Vertreterin der Beteiligten beantragt hat. Mit Beschluss vom 22.6.2011 hat das Grundbuchamt den Antrag zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist erfolglos geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 den Eintragungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

II.

Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZWE 2012, 92 veröffentlicht ist, meint, ein Sondernutzungsrecht könne nicht einem von mehreren Miteigentümern einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit übertragen werden. Die Eintragung des Sondernutzungsrechts erfolge auf dem Grundbuchblatt, auf welchem auch das Sondereigentum eingetragen sei. Da nicht für jeden Miteigentümer ein eigenes Grundbuchblatt angelegt werde, könne das Recht nur einheitlich allen Miteigentümern zustehen.

Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

III.

Die nach § 78 GBO statthafte und nach § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Das von dem Beschwerdegericht als Grund für die Zurückweisung des Antrags angeführte rechtliche Hindernis besteht nicht.

1. Ob ein Sondernutzungsrecht einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zugeordnet werden kann, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.

a) Nach einer Auffassung ist dies mit dem Wortlaut des § 10 Abs. 3 WEG unvereinbar. Nach dieser Vorschrift werde ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht zum Inhalt des Sondereigentums. Sondereigentum könne jedoch nur einem Wohnungseigentümer zustehen. Ein Bruchteilseigentümer sei nicht alleiniger Berechtigter eines Sondereigentums und deswegen kein Wohnungseigentümer im Sinne von § 10 Abs. 3 WEG (KG, DNotZ 2004, 634, und dem folgend MünchKommBGB/*Commichau*, 5. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 20; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2910, 2963; *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Teil A. III. Rdnr. 62; *Herrmann* in *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., S. 179 Rdnr. E 83). Zudem führe die Verbindung eines Sondernutzungsrechts mit einem Miteigentumsanteil zu einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Miteigentumsanteile. Dies sei jedoch rechtlich ausgeschlossen, weil § 10 Abs. 3 WEG nur die Eintragung von Vereinbarungen als Inhalt des Sondereigentums insgesamt und nicht

lediglich eines Teils des Sondereigentums erlaube (KG, DNotZ 2004, 634 f.).

b) Nach der Gegenauffassung kann ein Sondernutzungsrecht einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zugeordnet werden. Auch ein Bruchteils-eigentümer sei Wohnungseigentümer, so dass sich aus dem Wortlaut des § 10 WEG keine Beschränkung ergebe (OLG Nürnberg, DNotZ 2012, 144 = MittBayNot 2012, 42; *Klein in Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 13 Rdnr. 79; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 9; *Erman/Grziwotz*, BGB, 13. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 7; *Meikel/Morvilus*, GBO, 10. Aufl., Einl. C Rdnr. 148; *Bauer/Oefeke*, GBO, 2. Aufl., AT V Rdnr. 135; *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., S. 1146 Rdnr. 45; *BeckOK-GBO/Kral*, Edition 14, Rdnr. 45; *BeckOK-WEG/Dötsch*, Edition 11, § 15 Rdnr. 297; *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Teil C Rdnr. 359; *Häublein*, DNotZ 2004, 635; *Böttcher*, Rpfleger 2005, 648, 652 f.; *Kühnlein*, MittBayNot 2012, 43).

2. Der Senat war mit dieser Frage bislang nicht befasst. Er entscheidet sie nun im Sinn der letztgenannten Auffassung.

a) Ein Sondernutzungsrecht ist das durch Vereinbarung begründete Recht eines Wohnungs- oder Teileigentümers, abweichend von der Regel des § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG Teile des Gemeinschaftseigentums allein zu benutzen (Senat, Urteil vom 20.9.2000, V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 167 f. = MittBayNot 2000, 546). Es kann aufgrund der Privatautonomie im Rahmen der Gesetze frei gestaltet werden (*Häublein*, DNotZ 2004, 635 f.; *Kühnlein*, MittBayNot 2012, 43 f.; vgl. auch *Klein in Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 13 Rdnr. 79). Der Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einem Miteigentumsanteil an dem Sondereigentum stehen keine gesetzlichen Regelungen entgegen; insbesondere ist sie mit dem Wortlaut des § 10 Abs. 3 WEG vereinbar. Miteigentum ist nämlich dem Alleineigentum gleichartig (BGH, Urteil vom 14.2.1962, IV ZR 156/61, BGHZ 36, 365, 368; *Bamberger/Roth/Fritzsche*, BGB, 3. Aufl. § 1008 Rdnr. 1). Auch derjenige, der lediglich Miteigentümer einer Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheit ist, gehört somit zu dem Kreis der Wohnungs- bzw. Teileigentümer. Dies zeigt sich auch daran, dass ihm das Recht zur Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums und zur Teilnahme an der Eigentümerversammlung zusteht (OLG Nürnberg, DNotZ 2012, 144 f. = MittBayNot 2012, 42; *Häublein*, DNotZ 2004, 635; *Böttcher*, Rpfleger 2005, 648, 652 f.; *Kühnlein*, MittBayNot 2012, 43 f.). Die Regelung in § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG, dass Miteigentümer von Wohnungseigentum das Stimmrecht nur einheitlich ausüben können, verdeutlicht in besonderem Maß, dass das Wohnungseigentumsgesetz auch solche Miteigentümer als Wohnungseigentümer ansieht. Zudem kann der Formulierung, dass Vereinbarungen „als Inhalt des Sondereigentums“ in das Grundbuch eingetragen werden können (§ 10 Abs. 3 WEG), weder nach dem Wortlaut noch nach Sinn und Zweck oder Entstehungsgeschichte der Vorschrift eine Beschränkung der Zuordnung von Sondernutzungsrechten zu Miteigentumsanteilen entnommen werden (näher *Häublein*, DNotZ 2004, 635 f.).

b) Der Zuordnung von Sondernutzungsrechten zu Miteigentumsanteilen an Wohnungs- bzw. Teileigentum stehen die aus den Rechten folgenden Befugnisse nicht entgegen. Für die Zuordnung besteht auch ein praktisches Bedürfnis, wie der vorliegende Fall zeigt. Die Beteiligte zu 2 hat ein berechtigtes Interesse daran, das Sondernutzungsrecht ohne Mitwirkung des weiteren Miteigentümers der Duplexgarage zu erwerben. Wäre die Zuordnung des Sondernutzungsrechts nur zu der Teileigentumseinheit insgesamt möglich, müsste

der weitere Miteigentümer bei dem Erwerb durch die Beteiligte zu 2 mitwirken und anschließend mit ihr eine Benutzungsregelung hinsichtlich des Sondernutzungsrechts treffen.

c) Der Hinweis des Beschwerdegerichts auf Besonderheiten bei der Grundbucheintragung, dass nämlich die Eintragung eines Sondernutzungsrechts, welches einem Bruchteils-eigentümer von Wohnungs- bzw. Teileigentum zustehen soll, mangels Anlegung eines Grundbuchblatts für jeden Bruchteils-eigentümer auf dem Grundbuchblatt des (gesamten) Sondereigentums erfolge, führt zu keinem anderen Ergebnis. Das Grundbuchverfahrensrecht hat gegenüber dem materiellen Recht dienende Funktion und muss sich diesem unterordnen; die Reichweite materieller Rechtspositionen kann nicht ausgehend von möglichen grundbuchtechnischen Schwierigkeiten bei deren Eintragung bestimmt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102, 109 Rdnr. 13 = MittBayNot 2009, 225).

(...)

Anmerkung:

Der Senat entscheidet streitige Fragen des Wohnungseigentumsrechts: die Zulässigkeit der Verbindung eines Sondernutzungsrechts mit einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit und die Übertragung eines Sondernutzungsrechtes an einen Bruchteils-eigentümer. Die Entscheidung ist praxisgerecht und überzeugt im Ergebnis. Sie gibt Anlass, die Rechtsentwicklung nochmals zu betrachten.

I. Beschluss des KG vom 30.12.2003

1. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt sollte ein bereits bestehendes Sondernutzungsrecht ohne das Sondereigentum, dem es zugeordnet ist, auf den Eigentümer eines ^{10/36}-Anteils eines Teileigentumsrechts übertragen werden.

2. Das KG¹ hat es abgelehnt, ein Sondernutzungsrecht, welches den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums betrifft, dem bloßen Bruchteils-eigentümer eines Wohnungs- oder Teileigentümers zuzuordnen. Die Unzulässigkeit der Übertragung auf einen bloßen Bruchteils-eigentümer folge zum einem aus der Natur der Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG, welche dem Sondernutzungsrecht zugrundeliegt, denn diese kann nur das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Zum anderen ergebe sich die Beschränkung der Übertragungsempfänger auf den Kreis der Wohnungseigentümer aus dem in § 6 WEG niedergelegten Grundsatz der zwingenden Verbindung des Sondereigentums mit einem Miteigentumsanteil am Grundstück.² Durch die Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch wird dieses gemäß § 10 Abs. 2 WEG zum Inhalt des Sondereigentums, das nur einem Wohnungseigentümer zustehen kann. Ein bloßer Bruchteils-eigentümer sei aber nicht Wohnungseigentümer im Sinne von § 10 Abs. 2 WEG. Die Übertragung des Sondernutzungsrechtes auf einen Bruchteils-eigentümer hätte eine unterschiedliche Ausgestaltung des im Miteigentum stehenden Sondereigentums zur Folge. Eine solche Differenzierung sei rechtlich ausgeschlossen, da § 10 Abs. 2 WEG nur die Eintragung von Vereinbarungen als Inhalt des Sondereigentums, nicht aber als Inhalt eines Teils des Sondereigentums vorsieht.

¹ 1 W 64/03 und 1 W 65/03, DNotZ 2004, 634 = Rpfleger 2004, 347 = FGPrax 2004, 57.

² BGHZ 73, 145, 149; *Schneider*, Rpfleger 1998, 53, 57.

3. Die überwiegende Auffassung in der Literatur ist im Anschluss an *Häublein*³ dieser Ansicht nicht gefolgt.⁴

Auch ein eingetragenes Sondernutzungsrecht sei letztlich schuldrechtlicher Natur und unterliege in seiner Ausgestaltung der privatautonomen Entscheidung des Eigentümers.⁵ Eine solche Grenze ergebe sich nicht aus der vom WEG benutzten Wendung, nach der eine Eintragung als „Inhalt des Sondereigentums“ erfolge (§ 10 Abs. 2 WEG a. F., § 10 Abs. 3 WEG n. F.). Damit sei nur gesagt, dass die Eintragung entgegen § 1010 Abs. 1 BGB, der Vorbild für die Regelung in § 10 Abs. 2 WEG war, nicht als „Belastung“ in Abteilung II des Grundbuchs einzutragen ist, daher keinen Rang besitzt. Wenn Bruchteilseigentümer ohne Weiteres untereinander eine Gebrauchsregelung treffen könnten, die das Sondernutzungsrecht einem von ihnen allein zuweise, müsse es auch möglich sein, das Sondernutzungsrecht von vorneherein zugunsten nur eines Bruchteilsberechtigten zu begründen. Auch seien keine Gründe und kein Rechtssatz ersichtlich, warum eine Regelung ausgeschlossen sein soll, die die Rechte der Bruchteils-eigentümer den anderen Eigentümern gegenüber unterschiedlich ausgestaltet.

II. Beschluss des OLG Nürnberg vom 3.8.2011

1. Mit notarieller Urkunde wurde ein Miteigentumsanteil an einer Teileigentumseinheit (Vierfachparker) mit dem unter anderem bereits ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht an oberirdischen Stellplätzen verbunden war, gegen einen Miteigentumsanteil an einer anderen Teileigentumseinheit (Vierfachparker) vertauscht. Vom Tausch ausgenommen werden sollten die oberirdischen Stellplätze in der Weise, dass diese Sondernutzungsrechte von dem vertauschten Sondereigentum des Miteigentümers ab- und dem eingetauschten Sondereigentum des jeweiligen Miteigentümers zugeschrieben werden sollten.

Das AG hielt die Zuordnung und damit auch die Übertragung des Sondernutzungsrechtes zu einem Miteigentumsbruchteil unter Bezugnahme auf die Entscheidung des KG für unzulässig.

2. Das OLG Nürnberg⁶ hat die Entscheidung mit überzeugender Begründung aufgehoben.

Aus dem Umstand, dass ein Bruchteilseigentümer als Nichtalleinberechtigter die Eigenschaften des § 10 Abs. 2 WEG („Wohnungseigentümer“) nicht erfülle, lasse sich die Unzulässigkeit der Verbindung eines Sondernutzungsrechtes mit einem Bruchteil eines Wohnungs- oder Teileigentums nicht zwingend begründen. Ein zur allgemeinen Mitbenutzung des gemeinschaftlichen Eigentums und zur Teilnahme an einer

Eigentümerversammlung berechtigter Bruchteilseigentümer sei zumindest Wohnungseigentümer im Sinne des § 10 Abs. 2 WEG „im weiteren Sinne“.

§ 6 WEG stehe nur der Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes an einen außerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft stehenden Dritten entgegen, nicht auch der Zuordnung an einen Bruchteilseigentümer.

Bruchteilseigentümer seien auch in Bezug auf die Ausübung eines Sondernutzungsrechtes in den Grenzen des § 745 Abs. 3 BGB nicht gehindert, ihre Rechte im Innenverhältnis ihrer „Untergemeinschaft“⁷ unterschiedlich auszugestalten.

III. Beschluss des OLG München vom 21.11.2011

1. Mit notarieller Urkunde verkaufte der Alleineigentümer einer Wohnungseigentumseinheit das damit verbundene Sondernutzungsrecht an einem Tiefgaragenstellplatz und einem Kellerabteil an den Bruchteilseigentümer einer Teileigentumseinheit (Duplexparker). Zudem erklärten die Vertragsparteien, die Gemeinschaftsordnung dergestalt zu ändern, dass das Sondernutzungsrecht von der Wohnungseigentumseinheit abgeschrieben und dem Bruchteil der Teileigentumseinheit zugewiesen werde.

Eine Vereinbarung nach § 1010 BGB oder §§ 10, 15 WEG der damaligen Bruchteilseigentümer bei der ursprünglichen Bestellung des Sondernutzungsrechtes wurde nicht getroffen.

Der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Übertragungsanspruchs bezüglich des Sondernutzungsrechtes wurde vom Grundbuchamt mit der Begründung zurückgewiesen, das Sondernutzungsrecht könne nur an alle Miteigentümer des Teileigentums (Duplexparker) übertragen werden.

2. Das OLG München⁸ hat die Beschwerde zurückgewiesen. Ein Sondernutzungsrecht könne im Anschluss an das KG nicht dem bloßen Bruchteil eines Wohnungs- oder Teileigentümers übertragen werden.

Zur Begründung stellt das OLG auf die Übertragung eines eingetragenen Sondernutzungsrechtes nach den für dingliche Rechte geltenden Regeln und darauf ab, dass die Eintragung auf dem Grundbuchblatt des Sondereigentums – nachdem nicht für jeden Bruchteilseigentümer ein Grundbuchblatt angelegt wird – erfolge. Durch Eintragung auf einem Grundbuchblatt könnten Rechte regelmäßig nur für alle Bruchteilseigentümer gemeinsam begründet werden.⁹

Die nach Auffassung des OLG München zulässige Zuweisung eines Sondernutzungsrechtes an einen Bruchteilseigentümer im Wege einer Vereinbarung nach § 1010 BGB oder einer Gebrauchsregelung nach §§ 10, 15 WEG sei allein den Bruchteilseigentümern untereinander vorbehalten. Im Innenverhältnis der Bruchteilseigentümer untereinander wird § 10 Abs. 2 WEG für anwendbar gehalten¹⁰, während auf § 10 Abs. 2 WEG nicht im Verhältnis zwischen einem Miteigentümer (= Verkäufer) und einem Bruchteilseigentümer (= Käufer) von Wohnungseigentum zurückgegriffen werden kann, weil anderenfalls die bloße (schuldrechtliche) Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer des Sondernutzungsrechtes

³ DNotZ 2004, 635.

⁴ *Bärmann/Seuß/Schneider*, Praxis des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Rdnr. 359; *Bärmann/Klein*, WEG, 11. Aufl., § 13 Rdnr. 79; *BeckOK-WEG/Timme/Dötsch*, Stand: 1.10.2010, § 15 Rdnr. 297; *Schneider*, Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, S. 214; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 9; *Ermann/Grziwotz*, BGB, 12. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 7; *Vogenschurz*, Das Sondernutzungsrecht nach WEG, § 1 Rdnr. 45; jetzt auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2910, anders für den Fall der Übertragung an einen Bruchteils-Miteigentümer Rdnr. 2963; a. A. *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Einl. E Rdnr. 83; *MünchKommBGB/Commichau*, 5. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 20; *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Teil A. III. Rdnr. 62.

⁵ *Häublein*, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung, 2003, 29 ff.

⁶ 10 W 302/11, MittBayNot 2012, 42 m. Anm. *Kühnlein* = DNotZ 2012, 144.

⁷ OLG Frankfurt, DNotZ 2007, 471.

⁸ 34 Wx 357/11, NotBZ 2012, 55 = RNotZ 2012, 126.

⁹ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1123, für eine Grunddienbarkeit; *Weitmauer/Lüke*, WEG, 9. Aufl., § 10 Rdnr. 46.

¹⁰ BayObLG, Rpfleger 1995, 67, 68; OLG Jena, FGPrax 2000, 7; OLG Frankfurt, Rpfleger 2000, 212.

gleichzeitig die Gemeinschaft zwischen dem Käufer und dem weiteren Bruchteils Eigentümer tangieren würde.

IV. Beschluss des BGH vom 10.5.2012

Auf die vom OLG München nach § 78 Abs. 2 Nr. 1 GBO zugelassene Rechtsbeschwerde hat der V. Senat den Beschluss des OLG München und des AG München aufgehoben.

Es ist an dieser Stelle nicht der Raum, die Dogmatik von Sondernutzungsrechten zu vertiefen. Ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht ist, wie jede andere Vereinbarung von Wohnungs- und Teileigentümern auch, weder ein dingliches noch ein grundstücksgleiches Recht, sondern ein schuldrechtliches Nutzungsrecht¹¹ und als solches aufgrund der Privatautonomie im Rahmen der Gesetze frei gestaltbar. § 10 Abs. 3 WEG aber stellt, wie der BGH zu Recht ausführt, weder nach seinem Wortlaut noch nach Sinn und Zweck oder Entstehungsgeschichte eine Beschränkung der Zuordnung von Sondernutzungsrechten zu Miteigentumsanteilen dar. Bei dem Vollrecht wesensgleichem¹² Bruchteils Eigentum an einem Grundstück ist anerkannt, dass jeder Teilhaber nach § 747 S. 1 BGB über seinen Anteil verfügen und diesen gesondert belasten kann und in den Grenzen des § 745 Abs. 3 BGB Sondernutzungsrechte für einzelne Teilhaber begründet werden können.¹³ Besteht die Bruchteils Gemeinschaft dagegen an einem Wohnungs- oder Teileigentum, ist kein zwingender Rechtssatz ersichtlich, eine derartige unterschiedliche Ausgestaltung des Sondereigentums nicht zuzulassen. Wenn schon nach herrschender Auffassung und auch nach Auffassung des OLG München als Beschwerdegericht Gegenstand einer im Grundbuch eintragbaren Gebrauchsregelung nach § 10 Abs. 3, § 15 Abs. 1 WEG ein im Bruchteils Eigentum stehendes Sondereigentum sein kann, so gilt dies wegen des stärkeren Bezugs zum Gemeinschaftsverhältnis erst recht für den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums. Dies gilt entgegen der Auffassung des OLG München nicht nur für das Verhältnis der Bruchteils Eigentümer untereinander, sondern auch im Verhältnis zwischen einem Miteigentümer (= Verkäufer) und einem Bruchteils Eigentümer (= Käufer) bei Verkauf und Übertragung eines Sondernutzungsrechtes. Diese Vereinbarung tangiert zwar gleichzeitig die Gemeinschaft zwischen dem Käufer und dem/den weiteren Bruchteilsberechtigten. Mangels Geltung des sachenrechtlichen Formzwangs ist aber nicht ersichtlich, warum der bisherige Miteigentümer (Verkäufer) nicht ausschließlich einem anderen Bruchteils Eigentümer (Käufer) die Befugnis zur ausschließlichen Nutzung des Gemeinschaftseigentums übertragen kann. Die Rechtslage des weiteren Bruchteils Eigentümers verändert sich nicht. Er war bisher und bleibt von der Nutzung ausgeschlossen. Der vom Beschwerdegericht aufgezeigte Weg – Mitwirkung des weiteren Bruchteils Eigentümers beim Erwerb des Sondernutzungsrechtes und Vereinbarung einer Gebrauchsregelung nach § 10 Abs. 3 WEG – ist weder praxistauglich noch erforderlich.

Die Rechtsfrage ist damit für die Praxis geklärt. Über den entschiedenen Fall hinaus wirkt die deutliche Absage des Senats an die Beschränkung materieller Rechtspositionen aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen: „Das Grundbuchverfahrensrecht hat gegenüber dem materiellen Recht dienende

Funktion und muss sich diesem unterordnen; die Reichweite materieller Rechtspositionen kann nicht ausgehend von möglichen grundbuchtechnischen Schwierigkeiten bei deren Eintragung bestimmt werden.“

Notar *Markus Kühnlein*, Herzogenaurach

5. VersAusglG §§ 6, 8 Abs. 2; SHBeamVG § 3 Abs. 2 (*Zulässige Vereinbarung über die Verrechnung von Beamtenversorgungsanrechten*)

Vereinbarungen von Ehegatten, nach denen der Ausgleichswert eines Anrechts auf Beamtenversorgung mit dem (geringeren) Ausgleichswert eines Anrechts des anderen Ehegatten verrechnet wird und das beamtenrechtliche Anrecht nur in Höhe der Ausgleichswertdifferenz geteilt werden soll, verstoßen weder gegen § 8 Abs. 2 VersAusglG noch gegen § 3 Abs. 2 SHBeamVG (gegen OLG Schleswig, 4. Familiensenat, FamRZ 2012, 1144 = MittBayNot 2013, 141 [in diesem Heft]).

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 22.10.2012, 10 UF 137/12 (n. rkr.)

Die beteiligten Ehegatten haben am ... 1976 miteinander die Ehe geschlossen. Sie leben seit dem 1.10.2008 voneinander getrennt. Der Scheidungsantrag der Antragstellerin ist dem Antragsgegner am 12.6.2010 zugestellt worden.

Die Antragstellerin hat bei dem Finanzverwaltungsamt ... ein beamtenrechtliches Versorgungsanrecht mit einem Ehezeitanteil i. H. v. 1.627,04 € monatlich erlangt. Der Ausgleichswert beträgt 813,52 €, der korrespondierende Kapitalwert nach § 47 VersAusglG beträgt 190.478,37 €.

Der Antragsgegner hat bei dem Finanzverwaltungsamt Schleswig-Holstein ein beamtenrechtliches Versorgungsanrecht mit einem Ehezeitanteil i. H. v. 2.172,85 € monatlich erlangt. Der Ausgleichswert beträgt 1.086,43 €, der korrespondierende Kapitalwert nach § 47 VersAusglG beträgt 254.376,41 €. Zusätzlich hat der Antragsgegner noch ein Anrecht bei der Alte X. Lebensversicherung a. G. erlangt.

Am 28.6.2011 haben die beteiligten Ehegatten vor dem Notar T. (UR-Nr. ...) eine Vereinbarung zum Versorgungsausgleich geschlossen. Diese lautet auszugswise wie folgt:

„Sie vereinbaren daher folgende Modifizierung des Versorgungsausgleichs: Wir vereinbaren gemäß § 6 VersAusglG, dass der Ausgleich der beiderseitigen Anrechte aus der Beamtenversorgung i. H. v. 271,30 € monatlich, entsprechen 9,9743 Entgeltpunkten in der gesetzlichen Rentenversicherung, zulasten des Erschienenen zu 2 durchgeführt wird.

Im Übrigen soll der Versorgungsausgleich nach den gesetzlichen Regelungen erfolgen.

Darüber hinaus erklären wir wechselseitig den Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs und nehmen den Verzicht wechselseitig an.

Der Notar hat uns über die Bedeutung und die Folgen des teilweisen Ausschlusses belehrt, insbesondere darüber, dass infolge dieser Vereinbarung der vom Gesetz für den Fall der Scheidung vorgesehene Ausgleich der in der Ehezeit erworbenen Versorgungsanswartschaften nur teilweise stattfindet.

Wir schließen eine Abänderung dieser Vereinbarung, insbesondere nach § 227 FamFG, aus.“

Die notarielle Urkunde vom 28.6.2011 ist dann durch die notarielle Urkunde des Notars T vom 15.3.2012 (UR-Nr. ...) aufgehoben und modifiziert worden. Die beteiligten Ehegatten haben dabei folgendes vereinbart:

„1. Der Erschienenen zu 2 verzichtet auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs bezüglich der Anwartschaft der Erschienenen zu 1 aus der beamtenrechtlichen Versorgung bei dem

¹¹ BayObLG, ZWE 2001, 431; *Hügel in Hügel/Scheel*, Rechts-handbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl., Teil 6 Rdnr. 43.

¹² *Staudinger/Langheim*, Vorbem. zu §§ 741-758, Rdnr. 12; MünchKommBGB/K. Schmidt., § 741 Rdnr. 2.

¹³ BGH, NJW 2009, 1270.

Finanzverwaltungsamt ... i. H. v. monatlich 813,52 € bzw. die sich entsprechend ergebenden Entgeltpunkte in der gesetzlichen Rentenversicherung.

Die Erschienene zu 1 nimmt diese Verzichtserklärung an.

2. Im Gegenzug verzichtet die Erschienene zu 1 auf den Ausgleich der Anwartschaft des Erschienenen zu 2 aus der beamtenrechtlichen Versorgung bei dem Finanzverwaltungsamt ... i. H. v. monatlich 813,52 € bzw. den entsprechenden Entgeltpunkten in der gesetzlichen Rentenversicherung.

Diesen Verzicht nimmt der Erschienene zu 2 an.

3. Es besteht Einigkeit darüber, dass der Versorgungsausgleich, bezogen auf die Versorgung des Erschienenen zu 2, bezüglich der Anwartschaft in der Beamtenversorgung nur in einem Umfang i. H. v. 272,91 € zugunsten der Erschienenen zu 1 durchgeführt wird.“

Durch Scheidungsverbundsbeschluss des AG – Familiengericht – vom 3.5.2012 hat das Familiengericht die Ehe der beteiligten Ehegatten geschieden. Der Scheidungsauspruch ist seit dem 31.7.2012 rechtskräftig. Der Versorgungsausgleich wurde vom Familiengericht wie folgt geregelt:

Im Wege der externen Teilung wird zulasten des Anrechts des Antragsgegners bei dem Land Schleswig-Holstein, Finanzverwaltungsamt, (Nr. ...), zugunsten der Antragstellerin ein Anrecht i. H. v. 272,91 € monatlich auf ein zu begründendes Konto bei der Deutschen Rentenversicherung Bund, bezogen auf den 31.5.2010, begründet. Der Ausgleichswert ist in Entgeltpunkte umzurechnen. Im Übrigen findet ein Ausgleich des Anrechts des Antragsgegners bei dem Land Schleswig-Holstein, Finanzverwaltungsamt, nicht statt.

Im Wege der internen Teilung wird zulasten des Anrechts des Antragsgegners bei der Alte X. Lebensversicherung a. G. (Nr. ...) zugunsten der Antragstellerin ein Anrecht i. H. v. 9.918,44 € nach Maßgabe der Teilungsordnung, bezogen auf den 31.5.2010, übertragen.

Ein Ausgleich des Anrechts der Antragstellerin bei dem Land Schleswig-Holstein, Finanzverwaltungsamt, (Vers. Nr. ...) findet nicht statt.

Gegen die aufgrund der notariellen Vereinbarung der beteiligten Ehegatten vom 15.3.2012 getroffene Regelung des Versorgungsausgleichs durch das Familiengericht hat die weitere Beteiligte zu 1 form- und fristgerecht Beschwerde eingelegt.

Sie ist der Auffassung, dass die Entscheidung des Familiengerichts nicht im Einklang mit dem geltenden Recht stünde. Insbesondere hätten die beteiligten Ehegatten jedenfalls im Ergebnis eine Saldierung der öffentlichrechtlichen Versorgungsanwartschaften der Ehegatten vorgenommen. Dies sei im Rahmen des VersAusglG nicht möglich. Die nach § 8 VersAusglG erforderliche Zustimmung des Finanzverwaltungsamtes ... sei nicht erteilt worden und könne auch nicht erteilt werden. Der hier von den beteiligten Ehegatten vorgenommene teilweise Ausschluss eines einzelnen Anrechts greife in die Rechtssphäre des Finanzverwaltungsamtes ... als Träger der Versorgungslast ein. Insbesondere sei es nicht zulässig, auf diesem Wege ähnliche Wirkungen wie im Bundesversorgungsteilungsgesetz herbeizuführen.

Zwar sei ein vollständiger oder teilweiser Verzicht unter Umständen möglich, maßgebend sei allerdings das wirtschaftliche Ergebnis. Im Übrigen verstoße die Vereinbarung der beteiligten Ehegatten auch gegen § 3 Abs. 2 Satz 1 SHBeamVG in der ab 1.3.2012 gültigen Fassung. Danach sind Vereinbarungen unwirksam, die der Beamtin oder dem Beamten eine höhere als die gesetzlich zustehende Versorgung verschaffen sollen.

Die von den beteiligten Ehegatten vorgenommene Modifizierung des Versorgungsausgleichs widerspreche daneben dem Grundgedanken des VersAusglG, dass die jeweiligen Anrechte hälftig zu teilen sind.

Ein Verzicht auf einzelne Anrechte nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG sei nicht möglich. Dies ergebe sich bereits aus der Gesetzesbegründung.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass es einer Zustimmung nach § 8 Abs. 2 VersAusglG nicht bedarf. Die Vereinbarung der beteiligten Ehegatten bewege sich im Rahmen der zulässigen Dispositionsfreiheit. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die nach §§ 58 ff. FamFG statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde des Finanzverwaltungsamtes des Landes Schleswig-Holstein hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Familiengericht hat in dem angefochtenen Beschluss betreffend den Versorgungsausgleich unter Berücksichtigung der notariellen Vereinbarung der beteiligten Ehegatten vom 15.3.2012 geregelt. Entgegen der Auffassung des Finanzverwaltungsamtes Schleswig-Holstein ist die von den beteiligten Ehegatten getroffene Vereinbarung zur Modifizierung des Versorgungsausgleichs weder unwirksam, noch ist sie von der Zustimmung des Finanzverwaltungsamtes abhängig. (...)

2. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Denn die zwischen den beteiligten Ehegatten geschlossene Vereinbarung ist wirksam und bedarf keiner Zustimmung des Finanzverwaltungsamtes des Landes Schleswig-Holstein.

Gemäß § 6 Abs. 1 VersAusglG können Ehegatten Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich schließen. Hierbei können sie insbesondere den Versorgungsausgleich ganz oder teilweise ausschließen, § 6 Abs. 1 Nr. 2 VersAusglG. Wenn und soweit keine Wirksamkeits- und Durchsetzungshindernisse bestehen, ist das Familiengericht an die Vereinbarung der Ehegatten gebunden, § 6 Abs. 2 VersAusglG.

Die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen nach § 7 VersAusglG liegen vor. Gemäß § 7 Abs. 1 VersAusglG bedarf eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich, die vor Rechtskraft der Entscheidung mit dem Wertausgleich bei der Scheidung geschlossen wird, der notariellen Beurkundung. Diese notarielle Form ist durch die notarielle Urkunde des Notars T. vom 15.3.2012 gewahrt. Diese Vereinbarung ist auch vor Rechtskraft der Ehescheidung getroffen worden.

3. Die Vereinbarung der Ehegatten verstößt weder gegen § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG noch gegen § 8 Abs. 2 VersAusglG.

Soweit das Finanzverwaltungsamt der Auffassung ist, dass der § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG keinen Ausschluss einzelner Anrechte zulasse, findet diese Rechtsauffassung im Gesetz und in den Gesetzesmaterialien keine Grundlage.

Insbesondere heißt es dazu in den Gesetzesmaterialien:

„... Mit diesen Regelbeispielen wird zugleich deutlich, dass die bisherige Rechtsprechung zur Nichtigkeit von anrechtsbezogenen Teilausschlüssen des Versorgungsausgleichs wegen der künftigen anrechtsbezogenen Teilung hinfällig ist. ... Nr. 2 bestimmt, dass die Eheleute den Versorgungsausgleich ganz oder teilweise ausschließen können. Dies kann beispielsweise in Betracht kommen, wenn beide Ehegatten nach dem gewählten Ehemodell keinen sozialen Bedarf für einen Ausgleich der in der Ehe erworbenen Anrechte sehen. Die Eheleute können auch vereinbaren, auf den Ausgleich der ergänzenden Altersvorsorge zu verzichten, also auf den Ausgleich von Betriebsrenten und von Anrechten aus der privaten Vorsorge. In diesem Fall führt das Gericht den Wertausgleich bei der Scheidung nur für Anrechte der Regelsicherungssysteme durch.“ (BT-Drucks. 16/10144, S. 51).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich hinreichend deutlich, dass der Gesetzgeber die Dispositionsbefugnis und die Regelungsmöglichkeiten der Ehegatten im Vergleich zu § 1587o BGB a. F. erweitern wollte. In den Gesetzesmaterialien ist die Möglichkeit des Ausschlusses einzelner Anrechte ausdrücklich angesprochen. Aufgrund der fehlenden Gesamtsaldierung im Rahmen des VersAusglG ist auch für eine Regelung

dahingehend, dass einzelne Anrechte nicht ganz oder teilweise ausgeschlossen werden können, kein rechtfertigender Grund ersichtlich (vgl. *MünchKommBGB/Eichenhofer*, 5. Aufl. 2010, § 6 VersAusglG Rdnr. 6; *Rehbein in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, Beck'scher Onlinekommentar Sozialrecht, § 6 VersAusglG Rdnr. 8; wohl a. A. *Eichenhofer*, NJW 2012, 2078 ff.).

4. Ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 VersAusglG liegt nicht vor.

Danach können durch die Vereinbarung der Ehegatten Anrechte nur übertragen oder begründet werden, wenn die maßgeblichen Regelungen dies zulassen und die betroffenen Versorgungsträger zustimmen. Der § 8 Abs. 2 VersAusglG bestimmt lediglich, dass die Ehegatten ohne Zustimmung der Versorgungsträger nicht durch Vereinbarung Versorgungsanrechte unmittelbar übertragen oder begründet dürfen. Eine Grenze für die Disposition der beteiligten Ehegatten über Anrechte in dem öffentlichrechtlichen Sicherungssystem ergibt sich aus den §§ 32, 46 Abs. 2 SGB I, § 3 Beamtenversorgungsgesetz. Danach kann nur das Gericht selbst die Teilung derartiger Anrechte vornehmen. Darüber hinaus kann hinsichtlich dieser Anrechte auch keine höhere Ausgleichsquote als die gesetzlich vorgesehene Quote von 50 % vereinbart werden (*Erman/J. Norporth*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 8 VersAusglG, Rdnr. 21; OLG Celle, Beschluss vom 10.8.2012, 10 UF 139/12 = MittBayNot 2013, 138 [in diesem Heft]; *Borth*, Anm. zum Beschluss des OLG Schleswig vom 18.11.2011, 13 UF 72/12, MittBayNot 2013, 141 [in diesem Heft] in FamRZ 2012, 1146, *Münch*, FamRB 2012, 320; a. A. OLG Schleswig, FamRZ 2012, 1144 = MittBayNot 2013, 136 [in diesem Heft], *Eichenhofer*, NJW 2012, 2078).

Dagegen ist es grundsätzlich zulässig, das auszugleichende Anrecht aufgrund einer Vereinbarung in einem geringeren Umfang zu kürzen, als dies dem Ausgleichswert dieses Anrechts entspricht. Denn die Ehegatten sind bis zur Höhe des Ausgleichswertes eines Anrechts grundsätzlich dispositionsbefugt (OLG Celle, a. a. O.; *MünchKommBGB/Eichenhofer*, 5. Aufl. 2010, § 8 VersAusglG Rdnr. 19; *Bregger in jurisPK*, 5. Aufl. 2010, § 8 VersAusglG Rdnr. 13; *Ruland*, Versorgungsausgleich, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 873). Insbesondere gibt es kein Recht des beteiligten Versorgungsträgers auf Durchführung des Versorgungsausgleichs (*Ruland*, a. a. O.). Ebenso wenig gibt es ein Recht des Versorgungsträgers auf hälftige Teilung der Versorgungsanrechte der beteiligten Ehegatten.

5. Soweit das Finanzverwaltungsamt rügt, dass quasi im Wege eines Umgehungsgeschäftes eine Saldierung der beamtenrechtlichen Versorgungsanrechte herbeigeführt werde, die für die Versorgungsanrechte von Landesbeamten in ... gerade nicht vorgesehen sei, ist dies als lediglich mittelbare Folge der Dispositionsbefugnis der beteiligten Ehegatten hinzunehmen.

Denn die beteiligten Ehegatten haben eben gerade keine Verrechnungsabrede getroffen, sondern eine Kombination von vollständigem und teilweise Ausschluss des Versorgungsausgleichs in Bezug auf die beamtenrechtlichen Versorgungsanrechte vorgenommen. Wenn man der Ansicht des Finanzverwaltungsamtes folgen würde, würde dies im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Ehegatten führen und im Übrigen einen Anspruch der Versorgungsträger auf Durchführung des Versorgungsausgleichs anerkennen. Ein solcher Anspruch ist dem VersAusglG fremd und mit der vom Gesetzgeber beabsichtigten Erweiterung der Dispositionsbefugnis der Ehegatten nicht zu vereinbaren.

6. Auch die Regelung in § 3 Abs. 2 des Beamtenversorgungsgesetzes Schleswig-Holstein (SHBeamtVG) führt zu keiner anderen Bewertung.

Danach sind die Zusicherung, Vereinbarung und Vergleiche, die der Beamtin oder dem Beamten eine höhere als die ihr oder ihm gesetzlich zustehende Versorgung verschaffen sollen, unwirksam. Gemäß § 3 Abs. 3 SH BeamtVG kann auf die gesetzlich zustehende Versorgung weder ganz noch teilweise verzichtet werden.

Der Regelungsbereich dieser Vorschrift wird durch die hier Streitgegenständliche Vereinbarung der Ehegatten nicht berührt.

Denn der § 3 Abs. 2 SHBeamtVG besagt lediglich, dass eine Erhöhung der nach dem Beamtenversorgungsgesetz zustehenden Beamtenversorgung durch eine Vereinbarung der Ehegatten von vornherein ausscheidet. Dass eine Beamtenversorgung aufgrund des Versorgungsausgleichs nur geringfügig gekürzt wird, berührt den Regelungsbereich insoweit nicht (*Bergner*, Anmerkung zum Beschluss des OLG Schleswig vom 18.11.2011, 13 UF 72/11, MittBayNot 2013, 141 [in diesem Heft], in FamFR 2012, 9).

Der Regelungsbereich des § 3 Abs. 3 SHBeamtVG wird nicht tangiert. Denn die nach beamtenrechtlichen Grundsätzen zustehende Versorgung wird im Rahmen der hier vorzunehmenden externen Teilung nicht beeinflusst.

Darin, dass in Schleswig-Holstein keine dem Bundesversorgungsteilungsgesetz entsprechende Regelung getroffen worden ist, sieht der Senat keine Verletzung des sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebenden Gleichheitsgrundsatzes. Insofern wird die Rechtsauffassung des OLG Schleswig (a. a. O., Rdnr. 28 bei juris) geteilt.

7. Die Durchführung eines Erörterungstermins ist im vorliegenden Verfahren entbehrlich.

Zwar besteht gemäß § 221 FamFG für das Gericht grundsätzlich die Pflicht, einen Erörterungstermin anzuberaumen. Die Vorschrift gilt für die Beschwerdeinstanz jedoch mit der Einschränkung, dass ein Erörterungstermin entbehrlich ist, wenn den Beteiligten rechtliches Gehör gewährt wurde, der Sachverhalt aufgeklärt und eine Vereinbarung der Parteien nicht zu erwarten ist (*Dörr*, a. a. O., BGH, NJW 1983, 824, 825 = FamRZ 1983, 267, 268). So liegt es hier. Zudem beruht die Entscheidung allein auf der Anwendung formellen Rechts. Eine persönliche Anhörung wird dazu keine weiteren Erkenntnisse erbringen.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Münch*, MittBayNot 2013, 140 (in diesem Heft).

6. VersAusglG § 8 Abs. 2 (*Zulässige Vereinbarung über die Verrechnung von Beamtenversorgungsanrechten*)

Eine Vereinbarung über die Verrechnung des Anrechts eines Ehegatten auf Beamtenversorgung mit einem Anrecht des anderen Ehegatten verstößt nicht gegen § 8 Abs. 2 VersAusglG (gegen OLG Schleswig, FamRZ 2012, 1144).

OLG Celle, Beschluss vom 10.8.2012, 10 UF 139/12

Die beteiligten Eheleute heirateten am ... 1992 und wurden auf den am 30.5.2011 gestellten Antrag des Ehemannes durch den angefochtenen Beschluss geschieden. Zugleich hat das AG den Versorgungsausgleich durchgeführt. Dabei hat es unter Berücksichtigung einer Verrechnungsvereinbarung, die die Eheleute im Rahmen eines

in der mündlichen Verhandlung vom 25.4.2012 geschlossenen gerichtlichen Vergleichs getroffen haben, nur die Differenz der Ausgleichswerte der von beiden Eheleuten in der Ehezeit (1.6.1992 bis 30.4.2011; § 3 Abs. 1 VersAusglG) insgesamt erworbenen Anrechte ausgeglichen. Soweit Bezugsgröße der auszugleichenden Anrechte kein Kapitalwert war, haben die Eheleute die Saldierung auf Basis der von den Versorgungsträgern angegebenen korrespondierenden Kapitalwerte im Sinne des § 47 VersAusglG vorgenommen. In Höhe der Gesamtausgleichswertdifferenz hat das AG das beamtenrechtliche Anrecht des Ehemannes gemäß § 16 Abs. 1 VersAusglG extern geteilt. Der zugunsten der Ehefrau in der gesetzlichen Rentenversicherung begründete Ausgleichswert wurde dabei als entsprechend der von den Ehegatten getroffenen Vereinbarung Kapitalwert (140.502,33 €) ausgedrückt. Ferner hat das AG festgestellt, dass hinsichtlich der von der Ehefrau erworbenen Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung, bei der Zusatzversorgungskasse der Sparkassen, bei der N Pensionsverwaltung AG und bei dem D Investmentfonds ein „Wertausgleich bei der Scheidung“ nicht stattfindet.

Gegen die Entscheidung zum Versorgungsausgleich hat die Oberfinanzdirektion (OFD) Niedersachsen Beschwerde eingelegt. Sie ist der Auffassung, die von den Eheleuten geschlossene Vereinbarung bedürfe gemäß § 8 VersAusglG ihrer Zustimmung. Diese Zustimmung werde „insoweit verweigert, als bei der Umsetzung vom Kapitalwert und nicht vom Ausgleichswert ausgegangen wird“. Die OFD beantragt, im Tenor den Ausgleichswert zu benennen. Die Ehegatten haben sich dem Begehren der OFD angeschlossen.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde der OFD Niedersachsen ist begründet.

Allerdings trifft die Auffassung der OFD, die von den Eheleuten getroffene Vereinbarung sei von der Zustimmung des Versorgungsträgers abhängig, nicht zu. Ebenso wenig teilt der Senat die Ansicht des OLG Schleswig (Beschluss vom 18.11.2011, 13 UF 72/11, FamRZ 2012, 1148 = NJW 2012, 1891 m. abl. Anm. Borth, FamRZ 2012, 1146 und Bergner, FamFR 2012, 208; zust. dagegen Eichenhofer, NJW 2012, 2078), wonach Vereinbarungen unwirksam sein sollen, nach denen der Ausgleichswert eines Anrechts auf Beamtenversorgung mit dem (geringeren) Ausgleichswert eines Anrechts des anderen Ehegatten verrechnet werden und das beamtenrechtliche Anrecht nur in Höhe der Ausgleichswertdifferenz geteilt werden soll. § 8 Abs. 2 VersAusglG steht einer solchen Vereinbarung nicht entgegen (ohne dass es dabei darauf ankommt, ob es sich bei dem verrechneten Anrecht des anderen Ehegatten – wie in dem vom OLG Schleswig entschiedenen Fall – ebenfalls um ein beamtenrechtliches oder um ein anderes Anrecht handelt). Diese Vorschrift – mit der die auf gesetzliche Rentenanwartschaften beschränkte Regelung des § 1587o Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. in verallgemeinerter Form in das neue Recht übernommen wurde – bestimmt lediglich, dass die Ehegatten ohne Zustimmung der Versorgungsträger nicht durch Vereinbarung Versorgungsanrechte unmittelbar übertragen oder begründen dürfen. Sie hindert die Ehegatten dagegen – wie schon nach früherem Recht – nicht daran, Vereinbarungen über Anrechte – auch in den öffentlichrechtlichen Sicherungssystemen – zu treffen, die sodann durch gerichtliche Entscheidungen vollzogen werden müssen. Das Familiengericht hat im Rahmen der ihm obliegenden Inhalts- und Ausübungskontrolle (§ 8 Abs. 1 VersAusglG) lediglich zu prüfen, ob die Vereinbarung gegen systemimmanente Schranken des auszugleichenden Anrechts verstößt. § 8 Abs. 2 VersAusglG verbietet (vorbehaltlich einer Zustimmung des Versorgungsträgers) den Vollzug von Vereinbarungen, nach denen ein Anrecht in weitergehendem Umfang geteilt werden soll als dies gesetzlich oder nach den maßgeblichen untergesetzlichen Versorgungsregelungen vorgesehen ist (vgl. Borth,

Versorgungsausgleich, 6. Aufl., Rdnr. 907; Ruland, Versorgungsausgleich, 3. Aufl., Rdnr. 872; Wick in Fachanwaltskommentar Familienrecht, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 16). Dagegen ist es zulässig, das auszugleichende Anrecht aufgrund einer Vereinbarung in geringerem Umfang zu kürzen als dies dem Ausgleichswert dieses Anrechts entspricht. Eine Vereinbarung, nach der Ausgleichswerte auf Basis ihrer Kapitalwerte oder korrespondierenden Kapitalwerte miteinander verrechnet werden mit der Folge, dass sich der Ausgleichswert eines Anrechts verringert und ein verrechnetes Anrecht des anderen Ehegatten gar nicht geteilt wird, ist daher zulässig (ebenso Borth, a. a. O., Rdnr. 923 f., und FamRZ 2012, 1146; Bergner, FamFR 2012, 208).

Nach Ansicht des OLG Schleswig (a. a. O.) soll eine solche Verrechnungsvereinbarung deshalb zu beanstanden sein, weil das auszugleichende Anrecht des Beamten in geringerem Umfang gekürzt wird, als es nach den gesetzlichen Bestimmungen der Fall wäre, und dem Beamten damit gegenüber dem Versorgungsträger eine höhere als die nach dem VersAusglG vorgesehene Versorgung „verschafft“ würde, womit sich die Vereinbarung zulasten des Versorgungsträgers auswirke. Damit wird jedoch verkannt, dass die Ehegatten bis zur Höhe des Ausgleichswerts eines Anrechts grundsätzlich dispositivbefugt sind. Wie sich aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG ergibt, können die Ehegatten den Versorgungsausgleich ganz oder teilweise vertraglich ausschließen. Damit sind sie auch befugt, den Ausgleichswert eines Anrechts – sei es aufgrund einer vorgenommenen Verrechnung von Anrechten, sei es aus anderen Gründen – zu kürzen. Nichts anderes haben die Ehegatten im vorliegenden Fall getan. Das frühere Recht sah sogar eine Verrechnung sämtlicher Anrechte im Rahmen des nach § 1587a Abs. 1 BGB a. F. vorzunehmenden Gesamtausgleichs ausdrücklich vor. Der mit dem neuen Recht vollzogene Systemwechsel zu einem internen Ausgleich jedes einzelnen Anrechts zwingt die Ehegatten keineswegs dazu, den Hin- und Her-Ausgleich hinzunehmen. Vielmehr ist es ihnen vom Gesetzgeber ausdrücklich freigestellt, mittels Vereinbarungen eine Verrechnung von Anrechten vorzunehmen und damit eine Zersplitterung ihrer Altersversorgung zu vermeiden.

Die Vereinbarung der Ehegatten hält sich im Rahmen der ihnen zustehenden Dispositionsbefugnis. Nach dem zwischen ihnen geschlossenen Vergleich wird das vom Ehemann erworbene Anrecht der Beamtenversorgung nicht über die Hälfte des Ehezeitanteils hinaus zugunsten der Ehefrau ausgeglichen. Die getroffene Verrechnungsvereinbarung führt vielmehr im Ergebnis lediglich dazu, dass der Ausgleich der Beamtenversorgung des Ehemannes teilweise und der Ausgleich der Anrechte der Ehefrau in vollem Umfang abgeschlossen werden. Diese Vereinbarung bewirkt bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung auch keine höhere Versorgung des Ehemannes als dies bei Durchführung des Versorgungsausgleichs nach den gesetzlichen Vorschriften der Fall wäre.

Unschädlich ist auch, dass sich die Ehegatten dahin geeinigt haben, das Anrecht für die Ehefrau solle im Wege der externen Teilung in Form eines Kapitalwerts begründet werden. Zwar ist der Ausgleichswert, der zugunsten des ausgleichsberechtigten Ehegatten im Wege interner Teilung zu übertragen oder im Wege externer Teilung zu begründen ist, nach neuem Recht in der Bezugsgröße des Versorgungssystems auszudrücken, in dem das auszugleichende Anrecht erworben worden ist (§ 5 Abs. 1 und 3, § 10 Abs. 1 und § 16 Abs. 1 VersAusglG). Dem kann jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass der nach dem Willen der Ehegatten auszugleichende (korrespondierende) Kapitalwert der Ausgleichswertdifferenz in die Bezugsgröße des vorliegend auszugleichenden An-

rechts des Ehemannes umgerechnet wird. Bezugsgröße der Beamtenversorgung ist ein monatlicher Ruhegehaltsbetrag. Die Umrechnung hat auf dem umgekehrten Rechenweg zu erfolgen, den die OFD Niedersachsen bei der Umrechnung des ermittelten Ausgleichswerts des Anrechts auf Beamtenversorgung in einen korrespondierenden Kapitalwert verwendet hat und der in § 47 Abs. 3 VersAusglG vorgegeben ist, nämlich mit Hilfe der (für das Ende der Ehezeit maßgeblichen) Rechengrößen der gesetzlichen Rentenversicherung zur Umrechnung von Kapitalwerten in einen Rentenbetrag (Bekanntmachung der Umrechnungsfaktoren für den Versorgungsausgleich in der Rentenversicherung vom 3.12.2010, BGBl I, S. 1764). Danach ergibt sich ein auf das Ehezeitende bezogener monatlicher Rentenbetrag von 634,48 € (140.502,33 € x 001660211 = 23,3264 [Entgeltpunkte] x 27,20 [aktueller Rentenwert bei Ehezeitende]). In Höhe dieses monatlichen Betrages ist zulasten des beamtenrechtlichen Anrechts des Ehemannes für die Ehefrau eine gesetzliche Rentenanswartschaft zu begründen. Gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 VersAusglG war ferner zu beschließen, dass dieser Ausgleichswert in Entgeltpunkte (als Bezugsgröße der Zielversorgung) umzurechnen ist.

Der Senat hat zur Klarstellung in den Tenor aufgenommen, dass neben dem Ausgleich der Anrechte der Ehefrau auch der weitergehende Ausgleich des Anrechts des Ehemannes aufgrund der Vereinbarung der Ehegatten ausgeschlossen wird (§ 224 Abs. 3 FamFG). Ferner hat der Senat über die vom AG anhand des Gesetzeswortlauts gewählte Formulierung, dass „der Wertausgleich bei der Scheidung“ insoweit nicht stattfindet, hinaus ausdrücklich festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Denn der vertraglich vereinbarte Teil-Ausschluss erstreckt sich ersichtlich nicht nur auf den (öffentlichrechtlichen) Wertausgleich, so dass auch eventuelle (schuldrechtliche) Ausgleichsansprüche nach der Scheidung nicht mehr in Betracht kommen.

(...)

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu Schleswig-Holsteinischem OLG (2. Senat), MittBayNot 2013, 136 (in diesem Heft) –

Die vorstehenden Beschlüsse des OLG Celle und des OLG Schleswig (2. Senat) haben für die notarielle Praxis erhebliche Bedeutung, denn sie treten der nachstehend abgedruckten Entscheidung des OLG Schleswig (4. Senat) vom 18.11.2011 (13 UF 72/11)¹ entgegen, mit welcher das OLG Schleswig die Saldierung von Versorgungsanrechten der Landesbeamten für unwirksam erklärt hatte.

Seit der Reform des Versorgungsausgleichs wird nicht mehr ein Gesamtsaldo aller Versorgungsausgleichsrechte gebildet und ein Spitzenausgleich durchgeführt, so wie es früher vorgesehen war, sondern es wird herüber und hinüber jedes einzelne Anrecht ausgeglichen. Dabei steht die interne Teilung nach §§ 10-13 VersAusglG im Vordergrund (§ 9 Abs. 2 VersAusglG), bei welcher für den Ausgleichsberechtigten ein eigenes Anrecht in Höhe des Ausgleichswertes beim Versorgungsträger des Ausgleichspflichtigen begründet und das Versorgungsanrecht des Pflichtigen entsprechend vermindert wird. Ausnahmsweise findet die externe Teilung in den gesetzlich geregelten Fällen (§§ 14-17 VersAusglG) statt, wenn dies nicht möglich ist.

Für Beamte ist zu unterscheiden. Während der Bund für die *Bundesbeamten* mit dem Bundesversorgungsteilungsgesetz (Art. 5 des Gesetzes zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs²) den Weg für eine *interne* Teilung der Versorgungsrechte freigemacht hat, sind die Landesgesetzgeber, denen nach der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz zusteht, diesen Weg für *Landes- und Kommunalbeamte* bisher nicht gegangen. Daher muss für diese der Versorgungsausgleich gemäß § 16 Abs. 1 VersAusglG *extern* durchgeführt werden. Das bedeutet, dass für jeden Landesbeamten seine ehezeitlichen Anrechte halbiert werden und der bei ihm abgezogene Ausgleichswert dem anderen Ehegatten in der gesetzlichen Rentenversicherung gutgebracht wird. Das ist besonders misslich, wenn es sich um zwei Landesbeamte handelt, da deren Versorgung, die bisher als Pensionsanspruch bestand, dann insgesamt zur Hälfte in die gesetzliche Rentenversicherung „abwandert“.

Dies soll folgendes Beispiel³ verdeutlichen:

M und F, beide Landesbeamte, lassen sich scheiden. Nach den Auskünften der Versorgungsträger bestehen ehezeitliche Versorgungsanrechte jeweils beim Land als Dienstherrn von monatlich 1.200 € für M und von monatlich 800 € für F. Nach § 16 VersAusglG würden vom Anrecht des M 600 € abgespalten und für F in die gesetzliche Rentenversicherung übertragen. Ebenso wären vom Anrecht der F 400 € abzuspalten und für M in die gesetzliche Rentenversicherung zu übertragen. M und F vereinbaren daher, nur einen Spitzenausgleich durchzuführen, so dass M 1.000 € Versorgungsanrecht beim Land behält und lediglich 200 € zugunsten der F in die gesetzliche Rentenversicherung oder stattdessen in eine bereits bestehende private Versorgung der F überträgt, F hingegen die 800 € Versorgungsanrechte gegenüber dem Land behält.

Solche Vereinbarungen (ein Kompletterverzicht und ein Teilverzicht, die sich faktisch wie eine Verrechnung auswirken) wurden sogleich nach der Reform des Versorgungsausgleichs angeraten⁴ und sowohl bei Notaren wie auch bei erstinstanzlichen Gerichten in breitem Umfang angewendet.⁵

Trotz dieser sich festigenden Praxis hat das OLG Schleswig (4. Senat) eine solche Verrechnungsvereinbarung für unwirksam erklärt. Sie verstoße gegen das Verbot von Vereinbarungen zulasten der Versorgungsträger nach § 8 Abs. 2 VersAusglG und die Bestimmung des § 3 Abs. 2 (Landes-) BeamtenVersG, wonach Vereinbarungen unwirksam sind, die einem Beamten eine höhere als die gesetzlich vorgesehene Versorgung verschaffen sollen.

Die Auffassung des OLG Schleswig ist so nicht zutreffend.⁶ Dies in aller Deutlichkeit ausgesprochen zu haben, ist das Verdienst der Besprechungsentscheidung des OLG Celle⁷ und nun auch der Entscheidung des 2. Senates des OLG Schleswig. Drei Gründe sprechen gegen die Entscheidung des 4. Senats des OLG Schleswig:

² BGBl 2009 I, S. 700.

³ Aus C. Münch, Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich, 2010, Rdnr. 233; dort auch Gestaltungsvorschläge für eine Verrechnungsvereinbarung.

⁴ Bergner, Kommentar zum reformierten Versorgungsausgleich, 2009, Teil C, Fall 7, Tz. 5; Weil in Bergschneider, Beck'sches Formularbuch Familienrecht, 3. Aufl. 2010, Form. K IV.3.; C. Münch, a. a. O. (Fn. 3).

⁵ So Borth, FamRZ 2012, 1681.

⁶ Im Detail C. Münch, FamRB 2012, 320 f.

⁷ Die Rechtsbeschwerde zum BGH wurde zwar zugelassen, der Beschluss des OLG Celle wird allerdings in den Datenbanken als rechtskräftig aufgeführt.

¹ MittBayNot 2013, 141 (in diesem Heft) = FamRZ 2012, 1144.

1. Die ratio legis des § 8 Abs. 2 VersAusglG ergibt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte. Die Vorschrift entspricht § 1587o Abs. 1 Satz 2 BGB (a. F.) und wiederholt nur den allgemeinen Grundsatz, dass Verträge zulasten Dritter unzulässig sind. Die Vorgängervorschrift aber wurde stets so verstanden, dass sie den Ehegatten nicht gestattete, Verträge mit unmittelbar bindender Wirkung gegenüber dem Träger der Versorgung zu schließen.⁸ Die Vorschrift untersagt daher nur solche Vereinbarungen, die ohne familiengerichtliche Mitwirkung zu einer Übertragung von Anrechten führen. Nach inzwischen vorherrschender Ansicht kommt jedoch bei Vereinbarungen nach neuem Versorgungsausgleichsrecht erst der richterlichen Entscheidung die rechtsgestaltende Wirkung zu.⁹

2. Die Bedeutung dieses Verbotes hat sich zudem durch die Abschaffung des Saldoausgleichs und die Einführung von Einzelausgleichen in beide Richtungen geändert. Durch Verzicht oder Teilverzicht wird nun nicht mehr in das Gesamtsystem eingegriffen, da diese keine Auswirkung mehr auf den Ausgleich anderer Anrechte haben. § 8 Abs. 2 VersAusglG verbietet also nur noch die Teilung eines Anrechtes über das gesetzliche Maß hinaus, so dass Verzicht und Teilverzicht ohne Zustimmung des betroffenen Versorgungsträgers möglich sind.¹⁰ Zudem vergleicht der 4. Senat des OLG Schleswig zu Unrecht die Situation beim Pflichtigen und sieht einen Verstoß darin, dass diesem durch den Verzicht ein höherer Ausgleich bleibt, als wenn der Versorgungsausgleich durchgeführt worden wäre. Es gibt jedoch kein Recht des Versorgungsträgers auf Durchführung des Versorgungsausgleichs.¹¹ Das OLG Celle betont völlig zu Recht, dass die Verrechnung im alten Recht das gesetzliche vorgesehene Verfahren war, ohne dass je irgendjemand eine Auswirkung zulasten des Versorgungsträgers annahm. In der Konsequenz des 4. Senats des OLG Schleswig wären alle Verträge zum Versorgungsausgleich mit Beamten unwirksam. Ferner liefen die Regelbeispiele des § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 nahezu vollständig leer.¹²

3. § 3 BeamtVG schließlich ist an die Exekutive adressiert und meint öffentlichrechtliche Verträge oder privates Verwaltungshandeln.¹³ Eine Vereinbarung zwischen Ehegatten fällt schon nicht in den Anwendungsbereich der Norm.¹⁴ Diese Norm hat mit dem Verrechnungsproblem nichts zu tun.¹⁵

Es ist zu hoffen, dass der BGH¹⁶ demnächst Gelegenheit erhält, die Frage zu entscheiden, damit Rechtssicherheit herrscht. Es gibt bis dahin gute Gründe, die Verrechnungsver-

einbarung unter Berufung auf das Besprechungsurteil weiterhin anzuwenden.

Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

7. VersAusglG §§ 6, 8 Abs. 2, §§ 16, 47; BeamtVG § 3 Abs. 2 (*Unzulässige Vereinbarung über die Verrechnung von Beamtenversorgungsanrechten*)

Die Vereinbarung von Ehegatten, dass nur der Differenzbetrag der beiden Beamtenversorgungsanrechte extern ausgeglichen werden soll, verstößt gegen § 8 Abs. 2 VersAusglG i. V. m. § 3 Abs. 2 BeamtVG. (Leitsatz der Schriftleitung)

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 18.11.2011, 13 UF 72/11

Die Antragstellerin, geboren am 28.8.1947, war als Beamtin bis zum 31.12.2002 als Grund- und Hauptschullehrerin tätig und ist danach vorzeitig aus gesundheitlichen Gründen im Sinne einer Erwerbsminderung nach § 35 Abs. 1 VersAusglG pensioniert worden.

Der Antragsgegner, geboren am 4.7.1946, war bis zum 31.7.2009 als Oberstudienrat Beamter und ist danach mit Erreichen des 63. Lebensjahres vorzeitig in den Ruhestand versetzt worden.

Die Parteien schlossen am 20.6.1975 die Ehe; zuvor haben sie beide jeweils ausschließlich vor Beginn der Ehe Rentenanwartschaften bei der Deutschen Rentenversicherung Nord erworben.

Die Parteien schlossen am 19.10.2009 eine notarielle Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung. In dieser Vereinbarung haben die Parteien eine Regelung zum Zugewinnausgleich getroffen, auf nachehelichen Ehegattenunterhalt wechselseitig verzichtet und bestimmt, dass es hinsichtlich des Versorgungsausgleichs bei der gesetzlichen Regelung bleiben soll.

Mit Ehescheidungsverbundsbeschluss vom 31.3.2011 hat das Familiengericht die am 20.6.1975 geschlossene Ehe der Parteien geschieden; der Scheidungsausspruch ist seit dem 2.8.2011 rechtskräftig.

Darüber hinaus hat das Familiengericht im Wege der externen Teilung zulasten des Anrechts des Antragsgegners bei der Beschwerdeführerin zugunsten der Antragstellerin ein Anrecht i. H. v. 425,28 € monatlich auf einem zu errichtenden Konto bei der Deutschen Rentenversicherung Bund, bezogen auf den 31.8.2010, begründet und angeordnet, dass der Ausgleichswert in Entgeltpunkte umzurechnen ist.

Diese familiengerichtliche Regelung zum Versorgungsausgleich hat folgenden Hintergrund:

Die Antragstellerin hat bei der Beschwerdeführerin ein Anrecht mit einem Ehezeitanteil von 1.804,25 € monatlich erlangt. Es handelt sich dabei um eine Beamtenversorgung, welche die interne Teilung nicht eingeführt hat und die deshalb gemäß § 16 VersAusglG durch externe Teilung in die gesetzliche Rentenversicherung auszugleichen ist. Der Ausgleichswert beträgt 902,13 €. Der korrespondierende Kapitalwert nach § 47 VersAusglG beträgt 211.224,07 €.

Der Antragsgegner hat bei der Beschwerdeführerin ein Anrecht mit einem Ehezeitanteil von 2.654,82 € monatlich erlangt. Es handelt sich dabei um eine Beamtenversorgung, welche die interne Teilung nicht eingeführt hat und die deshalb gemäß § 16 VersAusglG durch externe Teilung in die gesetzliche Rentenversicherung auszugleichen ist. Der Ausgleichswert beträgt 1.327,41 €. Der korrespondierende Kapitalwert nach § 47 VersAusglG beträgt 310.799 €.

Die Parteien haben entgegen der gesetzlichen Bestimmungen in der mündlichen Verhandlung vom 31.3.2011 vor dem Familiengericht einen nachfolgenden „Vergleich“ beurkundet:

„1. Wir sind uns darüber einig, dass unsere ehezeitlichen Beamtenversorgungen miteinander verrechnet werden. Nur der überschüssige Betrag von 425,28 € monatlich ist im Rahmen des gesetzlichen Versorgungsausgleichs öffentlichrechtlich durch externe Teilung zugunsten der Antragstellerin auszugleichen. Im Übrigen ver-

⁸ MünchKommBGB/Dörr; 5. Aufl. 2009, § 1587o BGB Rdnr. 10.

⁹ Hahne, FamRZ 2009, 2041, 2047; Johannsen/Henrich/Hahne, Familienrecht, 5. Aufl. 2010, § 6 VersAusglG Rdnr. 2; Brambring, FGPrax 2010, 7; Reetz, FamFR 2012, 509; C. Münch, a. a. O. (Fn. 3), Rdnr. 77.

¹⁰ Ruland, Versorgungsausgleich, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 873; Bergschneider in Sethe/Höland/Notarkammer Sachsen-Anhalt, Versorgungsausgleich, 2011, S. 36; so nunmehr ausdrücklich auch OLG Schleswig, 2. Senat: Eine Zustimmung des Versorgungsträgers ist nicht erforderlich.

¹¹ OLG Schleswig, 2. Senat.

¹² Reetz, FamFR 2012, 509.

¹³ Stegmüller/Schmalhofer/Bauer, Beamtenversorgungsrecht des Bundes und der Länder, § 3 BeamtVG, Tz. 5.2.1.; Brinktrine in Kugele, Kommentar zum Beamtenversorgungsgesetz, § 3 BeamtVG, Rdnr. 3.

¹⁴ Bergner, FamFR 2012, 208.

¹⁵ Borth, FamRZ 2012, 1681, 1683.

¹⁶ Der 2. Senat des OLG Schleswig hat die Rechtsbeschwerde ausdrücklich zugelassen.

zichten wir wechselseitig auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs und nehmen den Verzicht wechselseitig an.

2. Die Kosten des Vergleichs werden gegeneinander aufgehoben.“

Gegen die entsprechend nach dem vorgenannten Vergleich getroffene Regelung des Versorgungsausgleichs in dem vorgenannten Ehescheidungsverbundsbeschluss des Familiengerichts hat die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde eingelegt. Sie vertritt die Auffassung, dass das Familiengericht den Versorgungsausgleich der Parteien nicht auf der Grundlage der als „Vergleich“ bezeichneten Vereinbarung der Parteien hätte treffen dürfen. Denn das Familiengericht sei nach § 6 Abs. 2 VersAusglG an eine entsprechende Vereinbarung nur gebunden, sofern keine Wirksamkeits- und Durchsetzungshindernisse bestehen. Aus diesem Grund normiere § 8 Abs. 2 VersAusglG die besondere materielle Wirksamkeitsvoraussetzung dahingehend, dass Anrechte nur begründet werden können, wenn die maßgeblichen Regelungen dies zulassen und die betroffenen Versorgungsträger zustimmen würden.

Eine entsprechende Zustimmung werde und könne jedoch von der Beschwerdeführerin nicht erteilt werden, weil die getroffene Vereinbarung gesetzlichen Regelungen entgegenstehe. Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 BeamtVersG Überleitungsfassung für Schleswig-Holstein 2009 seien Vereinbarungen unwirksam, die der Beamte oder der Beamtin eine höhere als die gesetzlich zustehende Versorgung verschaffen sollen. Diese Voraussetzungen lägen hier vor, da der Antragstellerin eine höhere Beamtenversorgung mit der Ehescheidung verbliebe, als ihr nach den gesetzlichen Bestimmungen des Versorgungsausgleichsgesetzes zustünde.

Sowohl die Antragstellerin als auch der Antragsgegner verteidigen die angefochtene Entscheidung und sind beide der Auffassung, dass der Vergleich der Parteien keine für die Beschwerdeführerin benachteiligenden Regelungen anordne. Das neue Versorgungsausgleichsgesetz erweitere ausdrücklich die Möglichkeiten von Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich durch Eheleute. Es sei nicht Sinn der Neuregelung des Versorgungsausgleichsgesetzes, dass der Versorgungsträger, hier das Land Schleswig-Holstein, durch die Scheidung der Eheleute auf deren Kosten einen finanziellen Vorteil erlange. Im Übrigen sei die Ungleichbehandlung von Bundes- und Landesbeamten verfassungswidrig; auch vor diesem Hintergrund sei die getroffene Vereinbarung wirksam.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat in vollem Umfang Erfolg. Denn die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung, auf die die Versorgungsausgleichsentscheidung des Familiengerichts beruht, ist unwirksam.

Gemäß § 6 Abs. 1 VersAusglG können Ehegatten Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich schließen. Sie können insbesondere den Versorgungsausgleich ganz oder teilweise ausschließen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 VersAusglG). Bestehen nach § 6 Abs. 2 VersAusglG keine Wirksamkeits- und Durchsetzungshindernisse, ist das Familiengericht an die Vereinbarung gebunden.

Die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen nach § 7 VersAusglG liegen vor. Nach § 7 Abs. 2 VersAusglG i. V. m. § 127a BGB ist die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich – wie bei einem gerichtlichen Vergleich (§ 779 BGB) – durch Aufnahme der Erklärungen in einem nach §§ 160 ff. ZPO errichteten Protokoll erfolgt. Die Parteien haben in Abweichung ihrer notariellen Vereinbarung vom 19.10.2009 in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll des Familiengerichts am 31.3.2011, jeweils vertreten durch einen Verfahrensbevollmächtigten, die vorgenannte Vereinbarung zum Versorgungsausgleich – und zwar vor Rechtskraft einer Entscheidung über den Wertausgleich bei der Scheidung – getroffen.

Die Vereinbarung verstößt jedoch gegen § 8 Abs. 2 VersAusglG. Danach können durch die Vereinbarung Anrechte nur übertragen oder begründet werden, wenn die maßgeblichen

Regelungen dies zulassen und die betroffenen Versorgungsträger zustimmen.

§ 8 Abs. 2 VersAusglG schließt deshalb für ein öffentlich-rechtliches Versorgungssystem – wie im vorliegenden Fall – eine Übertragung oder Begründung von Anrechten durch eine Vereinbarung aus, da die entsprechenden Rechtsgrundlagen dieses Systems dies grundsätzlich nicht zulassen. Gemäß § 3 Abs. 2 des Gesetzes über die Versorgung der Beamten und Richter in Bund und Ländern (Beamtenversorgungsgesetz, Überleitungsfassung für Schleswig-Holstein für 2009) sind Vereinbarungen und Vergleiche unwirksam, die der Beamtin oder dem Beamten eine höhere als die ihm gesetzliche zustehende Versorgung verschaffen sollen. Dies ist durch die Vereinbarung eingetreten.

Im Wege der Ehescheidung – wie tenoriert – verbleibt der Antragstellerin gegenüber der Beschwerdeführerin eine monatlich um 902,13 € gekürzte Altersversorgung. Dieser Betrag ist nämlich im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen externen Teilung von ihrer Versorgung abzuziehen und in der gesetzlichen Rentenversicherung des Antragsgegners zu übertragen. Gleiches gilt für den Antragsgegner; sein Versorgungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin ist im Rahmen der Ehescheidung um 1.327,41 € monatlich zu kürzen und in der gesetzlichen Rentenversicherung der Antragstellerin zu übertragen. Die von den Parteien getroffene Vereinbarung sieht jedoch lediglich eine Kürzung der Versorgungsanswartschaften des Antragsgegners gegenüber der Beschwerdeführerin i. H. v. monatlich 425,28 € vor. Durch die Vereinbarung wird also beiden Parteien letztlich eine höhere Versorgung nach Rechtskraft der Ehescheidung gegenüber der Beschwerdeführerin verschafft als die gesetzlich vorgesehene Versorgung nach dem Versorgungsausgleichsgesetz. Darin besteht aber eine Vereinbarung zulasten Dritter, nämlich zulasten der Beschwerdeführerin als Träger der Versorgungslast der Parteien.

Gegen die Auslegung nach dem Wortlaut der vorgenannten Bestimmung spricht auch nicht die Tatsache, dass nach der vorgenannten Vereinbarung die Beschwerdeführerin zwar höhere Versorgungslasten gegenüber den Parteien schuldet, als dies gesetzlich nach Durchführung des Versorgungsausgleichs vorgesehen ist, jedoch weiter zu beachten ist, dass bei Durchführung des gesetzlichen Versorgungsausgleichs die Beschwerdeführerin verpflichtet ist, insgesamt 2.229,54 € monatliche Anwartschaften (Antragstellerin monatlich 902,13 € und Antragsgegner monatlich 1.327,41 €) an die jeweiligen gesetzlichen Rentenversicherungen der Parteien zu zahlen. Also wird durch die getroffene Vereinbarung der Parteien die Beschwerdeführerin i. H. v. monatlich 1.804,26 € von dieser Zahlungsverpflichtung befreit.

Jedoch weist die Beschwerdeführerin zutreffend darauf hin, dass die Frage, ob sich überhaupt eine fiskalische Mehrbelastung für die Beschwerdeführerin durch die Vereinbarung ergibt, erst nach dem Versterben der beiden Ehegatten sowie ggf. versorgungsberechtigter Hinterbliebener feststellen lässt.

Entscheidend für den Senat ist jedoch die gesetzgeberische Zielsetzung des § 3 BeamtVG ÜVSH. Der Sinn und Zweck kommt in § 3 Abs. 3 dieser Norm dahingehend zum Ausdruck, dass auf die gesetzlich zustehende Versorgung (weder ganz noch teilweise) verzichtet werden kann, also Beamte über ihre Anrechte eben nicht frei verfügen können. Diese gesetzliche Einschränkung hat das Familiengericht übersehen.

Im Übrigen teilt der Senat nicht die Auffassung von *Borth* (FamRZ 2010, 210, 213), dass die – auch in Schleswig-Holstein – unterlassene Einführung einer dem Bundesversor-

gungsteilungsgesetz entsprechenden Regelung, die eine wie hier von den Parteien getroffene Ausgleichsregelung vorsieht, eine Gleichheitsverletzung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG bedeutet. Zwar weist *Borth* zutreffend darauf hin, dass es sich bei der Beamtenversorgung um ein öffentlichrechtliches Versorgungssystem handelt, dessen Strukturen im Bund und in den Ländern identisch seien (Ableitung aus dem Alimentationsprinzip) und deshalb – so *Borth* weiter – es an einem sachlich rechtfertigenden Grund für unterschiedliche Regelungen in Bund und Ländern fehle, da allein die unterschiedlich ausgestattete Gesetzgebungskompetenz einen solchen nicht ergebe. Dies wird jedoch durch das BVerfG (BVerfGE, FamRZ 2010, 1233, 1235) – worauf *Borth* zugleich hinweist – anderes beurteilt. Nach dieser Entscheidung des BVerfG ist der Gleichbehandlungsanspruch auf den Kompetenzbereich des jeweiligen Trägers öffentlicher Gewalt beschränkt. Aus Art. 3 Abs. 1 GG kann daher kein Recht abgeleitet werden, von einem Träger öffentlicher Gewalt so behandelt zu werden, wie ein anderer Grundrechtsträger von einem anderen Träger öffentlicher Gewalt. Deshalb ist auch nach Auffassung des Senats die unterschiedliche Behandlung desselben Sachverhalts durch zwei verschiedene Hoheitsträger (für die Beamten des Bundes der Bund und für die Beamten der Länder die Länder) kein Grund für die Annahme der Verfassungswidrigkeit einer der gewählten Regelungen.

Insgesamt ist daher der Versorgungsausgleich zwischen den Parteien nach den gesetzlichen Bestimmungen durchzuführen, also im tenorierten Umfang im Wege der externen Teilung gemäß § 16 VersAusglG. Die hierdurch zulasten der Antragstellerin auftretende Härte – sie erhält zwar zur Zeit eine Pension im Rahmen der Beamtenversorgung, jedoch kann sie erst mit Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze nach § 235 Abs. 1 und 2 SGB VI das zu ihren Gunsten zu übertragende Anrecht in der gesetzlichen Rentenversicherung durch Rentenzahlungen erlangen – kann durch Stellung eines Antrages gemäß § 35 Abs. 1 VersAusglG gegenüber der Beschwerdeführerin außerhalb dieses Verfahrens ausgeglichen werden. Dies ist zwischen den Beteiligten im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgiebig erörtert worden.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Entscheidungen des Schleswig-Holsteinischen OLG, MittBayNot 2013, 136, und des OLG Celle, MittBayNot 2013, 138, sowie die Anmerkung von *Münch*, MittBayNot 2013, 140 (je in diesem Heft).

8. BGB § 2314 Abs. 1 Satz 3, § 2325 Abs. 1; ZPO § 520 Abs. 3 (*Pflichtteilsergänzungsanspruch für zum Zeitpunkt der Schenkung nicht Pflichtteilsberechtigten*)

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch – hier eines Abkömmlings – nach § 2325 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, dass die Pflichtteilsberechtigung bereits im Zeitpunkt der Schenkung bestand (Abkehr von den Senatsurteilen vom 21.6.1972, IV ZR 69/71, BGHZ 59, 210, und vom 25.6.1997, IV ZR 233/96, ZEV 1997, 373).

BGH, Urteil vom 23.5.2012, IV ZR 250/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die am 18.6.1976 geborene Klägerin zu 1 sowie der am 4.11.1978 geborene Kläger zu 2 machen gegen die Beklagte, ihre Großmutter, im Wege der Stufenklage Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungs-

sprüche nach ihrem am 26.4.2006 verstorbenen Großvater geltend. Die Großeltern, die im Güterstand der Gütertrennung lebten, hatten vier Kinder, unter anderem die 1984 vorverstorbene Mutter der Kläger. Am 8.3.2002 errichteten die Beklagte und der Erblasser ein gemeinschaftliches privatschriftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu „alleinigen und befreiten Vorerben“ sowie ihre noch lebenden Kinder zu „Nacherben des Erstversterbenden und Erben des Längstlebenden“ einsetzten.

Nach dem Tod des Erblassers verlangten die Kläger Auskunft über den Nachlassbestand sowie den Wert der Nachlassimmobilien. Die Beklagte antwortete hierauf unter anderem mit anwaltlichem Schreiben vom 27.2.2007. Im Anschluss an weiteren Schriftwechsel fand am 21.8.2007 ein Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung der Beklagten statt. Diese wurde aufgrund von Unstimmigkeiten über den Umfang der Auskunftsverpflichtung nicht abgegeben.

Durch Schriftsatz vom 19.1.2009 beantragten die Kläger die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine von ihnen beabsichtigte Klage, mit der sie die Beklagte auf Zahlung von je 3.501,33 € in Anspruch nehmen wollten sowie im Wege der Stufenklage auf Auskunft durch Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses, Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und Zahlung. Noch vor Zustellung der Klage zahlte die Beklagte je 3.501,33 € an die Kläger. Das LG hat der Auskunftsklage stattgegeben, ferner festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die mit der Klageeinreichung verursachten Kosten der Rechtsverfolgung hinsichtlich des ursprünglichen Zahlungsantrages zu tragen, und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat das Rechtsmittel der Beklagten, soweit es sich auf den Feststellungsausspruch bezieht, als unzulässig verworfen und im Übrigen mit Ausnahme des Antrags auf Wertermittlung zurückgewiesen. Ferner hat es das landgerichtliche Urteil aufgehoben, soweit die noch nicht gestellten Klaganträge bezüglich eidesstattlicher Versicherung und Zahlung abgewiesen worden waren, und die Sache insoweit an das LG zurückverwiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Über die Revision der Beklagten ist, obwohl die Klägerin zu 1 im Verhandlungstermin vor dem Senat nicht vertreten war, durch streitiges Endurteil (unechtes Versäumnisurteil), nicht durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da sich die Revision auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet erweist (vgl. BGH, Urteil vom 12.7.2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372 Rdnr. 6 m. w. N.).

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Rechtsmittel der Beklagten gegen die im landgerichtlichen Urteil ausgesprochene Feststellung ihrer Kostentragungspflicht im Hinblick auf den ursprünglich angekündigten Zahlungsantrag sei unzulässig, weil es entgegen § 520 Abs. 3 ZPO nicht begründet worden sei. Unbegründet sei die Berufung der Beklagten, soweit sie sich gegen die Auskunftsverpflichtung richte. Den Klägern stehe ein Anspruch auf Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB zu. Dieser Anspruch sei nicht verwirkt. Das Nachlassverzeichnis habe unter anderem die lebzeitigen Schenkungen des Erblassers an die Beklagte sowie an dritte Personen in den letzten Jahren vor dem Tod des Erblassers zu erfassen. Die Ergänzungspflicht nach § 2325 BGB und der Auskunftsanspruch umfassten auch die Schenkungen, die der Erblasser vor der Geburt der pflichtteilsberechtigten Kläger vorgenommen habe. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergebe sich, dass es allein auf die Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Erbfalls ankomme. Ziel des § 2325 BGB sei es, ungeachtet gewandelter sozialer Verhältnisse, den nächsten Angehörigen des Erblassers ihre nach Art. 14, 6 GG verfassungsrechtlich garantierte Teilhabe am Nachlass zu bewahren. Die zeitliche Befristung der Ausgleichspflicht in § 2325 Abs. 3 BGB lasse sich nicht für die Annahme heranziehen, die

Vorschrift schütze primär eine bestimmte Erberwartung. Eine Differenzierung der Ergänzungspflicht nach dem Bestehen eines Pflichtteilsrechts zum Zeitpunkt der Schenkung liefe zumindest bei nachgeborenen Angehörigen der gesetzgeberischen Entscheidung zuwider, die dem Erblasser nachfolgenden Stämme zu gleichen Teilen am Nachlass zu beteiligen. Die Anknüpfung an den Zeitpunkt der Geburt sei zufällig und stehe mit dem Sinn und Zweck der Ausgleichspflicht in keinem Zusammenhang. Auf die jeweilige Erberwartung oder Schutzbedürftigkeit des Pflichtteilsberechtigten komme es demgegenüber nicht an. Soweit das LG die Klage im Übrigen abgewiesen habe, sei das Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO aufzuheben und der Rechtsstreit an das LG zurückzuverweisen. Es habe verfahrensfehlerhaft über sämtliche Stufen der Stufenklage entschieden, obwohl neben dem bereits erhobenen ursprünglichen Zahlungsanspruch zunächst nur der Auskunftsanspruch gestellt worden sei.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht das Rechtsmittel der Beklagten gegen die im landgerichtlichen Urteil ausgesprochene Feststellung der Kostentragungspflicht als unzulässig verworfen. Gemäß § 520 Abs. 3 ZPO muss die Berufungsbegründung bei mehreren prozessualen Ansprüchen eine Begründung für jeden der Ansprüche enthalten (BGH, Urteil vom 29.11.1956, III ZR 4/56, BGHZ 22, 272, 278; *Zöllner/Heßler*, ZPO, 29. Aufl., § 520 Rdnr. 27, 37 m. w. N.). Daran fehlt es. Die Berufungsbegründung rügt die Verletzung rechtlichen Gehörs sowie materiellen Rechts bei der Anwendung von § 2325 BGB. Diese Ausführungen beziehen sich ausschließlich auf die Stufenklage und den Umfang der Auskunftspflicht im Hinblick auf Pflichtteilsergänzungsansprüche. Dem Feststellungsantrag lag demgegenüber eine Zahlungsklage zugrunde, mit der die Kläger unabhängig von einer Auskunftserteilung bereits eine Teilzahlung auf ihren Pflichtteil geltend machten. Nach Zahlung erachtete das LG den Feststellungsantrag für begründet, weil die Beklagte durch die Zustellung des Klagentwurfs im Prozesskostenhilfverfahren in Verzug gekommen sei. Diese Feststellungen sind von der Beklagten nicht angegriffen worden. Entgegen der Auffassung der Revision genügen die allgemeinen Ausführungen am Beginn der Berufungsbegründung, dass das angefochtene Urteil einer Überprüfung nicht standhalte, sich als fehlerhaft darstelle und auf den Hauptantrag aufzuheben sei, nicht.

2. Den Klägern steht als Pflichtteilsberechtigten nach ihrem Großvater gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB ein Anspruch auf Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses durch Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses zu. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte auf Anforderung der Kläger bereits mehrfach privatschriftliche Auskünfte (durch Rechtsanwälte) erteilt hatte. Die verschiedenen Arten von Auskunftsansprüchen nach § 2314 Abs. 1 BGB (auf ein privates Verzeichnis nach Satz 1, auf ein Verzeichnis unter Zuziehung des Gläubigers gemäß Satz 2 sowie auf ein amtliches Verzeichnis nach Satz 3) stehen nicht in einem Alternativverhältnis. Vielmehr kann der Gläubiger sie neben- oder hintereinander geltend machen. Insbesondere kann er verlangen, dass der Erbe trotz Vorlage eines privaten Verzeichnisses danach noch ein amtliches Verzeichnis vorlegt (BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, BGHZ 33, 373, 378 f.; OLG Köln, ZEV 2008, 383, 385; OLG Karlsruhe, ZEV 2007, 329 = MittBayNot 2007, 412). Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes als auch aus seinem Sinn und Zweck. Ein notarielles Verzeichnis bietet eine größere Gewähr für Klarheit, Übersichtlichkeit und Richtigkeit.

3. Dieser Auskunftsanspruch ist nicht gemäß § 242 BGB verwirkt. Ein Recht ist erst dann verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat sowie sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde (BGH, Urteile vom 6.3.1986, III ZR 195/84, BGHZ 97, 212, 220 f.; vom 20.10.1988, VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290, 298; *Palandt/Grüneberg*, 71. Aufl., § 242 Rdnr. 87, 93 ff.).

Einen solchen Fall hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Entgegen der Auffassung der Revision lässt das Berufungsurteil insbesondere auch keinen Rechtsfehler erkennen, soweit das Berufungsgericht in dem Verhalten der Kläger auf die von der Beklagten früher erteilten Auskünfte keinen ausreichenden Umstand gesehen hat, der bei der Beklagten das Vertrauen hätte wecken können, die Kläger würden ihr Recht nicht mehr geltend machen. Die Revision übersieht bereits, dass das Verlangen eines amtlichen Verzeichnisses nach Vorlage eines Privatverzeichnisses allenfalls bei Feststellung besonderer Umstände im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein kann; dafür genügt der reine Zeitablauf gerade nicht (BGH, Urteil vom 2.11.1960, a. a. O.). Es ist daher unerheblich, dass die Kläger nach der privatschriftlichen Auskunftserteilung im Schreiben vom 27.2.2007 annähernd zwei Jahre gewartet haben, bis sie am 19.1.2009 einen Prozesskostenhilfeantrag zwecks Auskunftserteilung durch ein notariell aufgenommenes Verzeichnis gestellt haben. Sie haben vorher nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie sich mit der bisherigen Auskunftserteilung zufrieden geben oder gar auf das ihnen zusätzlich zustehende Recht auf ein notarielles Verzeichnis verzichten. Der Streit der Parteien über den Inhalt der Auskunftspflicht bestand weiterhin, wie sich in dem gescheiterten Versuch zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung am 21.8.2007 zeigte. Die Beklagte hat vor Klagerhebung keine Zahlungen an die Kläger geleistet, aufgrund derer sie darauf hätte vertrauen dürfen, weitere Forderungen ihr gegenüber würden nicht mehr geltend gemacht werden.

4. Zum auskunftspflichtigen Bestand des Nachlasses gehören nicht nur die beim Erbfall tatsächlich vorhandenen Nachlassgegenstände, sondern auch sonstige Faktoren, die der Berechnung des Pflichtteils zugrunde zu legen sind, insbesondere Schenkungen gemäß § 2325 BGB einschließlich unbenannter Zuwendungen unter Ehegatten (BGH, Urteil vom 2.11.1960, a. a. O.; Senatsurteil vom 27.11.1991, IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 = MittBayNot 1992, 150).

a) Der Pflichtteilsergänzungsanspruch der Kläger bezieht sich auch auf solche unentgeltlichen Zuwendungen, die der Erblasser vor ihrer Geburt vorgenommen hat. Demgegenüber setzt der Anspruch nicht voraus, dass die Pflichtteilsberechtigung sowohl im Zeitpunkt des Erbfalls als auch schon zur Zeit der Schenkung bestanden hat, – sog. Theorie der Doppelberechtigung (so bisher Senatsurteile vom 21.6.1972, IV ZR 69/71, BGHZ 59, 210, 212 ff.; vom 25.6.1997, IV ZR 233/96, ZEV 1997, 373 = MittBayNot 1997, 298 unter I 3; so auch OLG Köln, ZEV 2005, 398; LG Dortmund, ZEV 1999, 30; *Palandt/Weidlich*, § 2325 Rdnr. 4; *Keller*, ZEV 2000, 268, 269 f.; *Bestelmeyer*, FamRZ 1998, 1152, 1155-1157). Seine dem entgegenstehende Rechtsprechung gibt der Senat auf.

Für den Pflichtteilsergänzungsanspruch kommt es allein auf die Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Erbfalls an (so auch MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl., § 2325 Rdnr. 7-10; *Staudinger/Olshausen* [2006], § 2325 Rdnr. 64, 66; *Erman/Schlüter*, BGB, 13. Aufl., Vorbem. §§ 2325-2331; *Mayer in Bamberg/Roth*, BGB, 3. Aufl., § 2325 Rdnr. 3; *Riedel/Lenz in Damrau*, Praxiskommentar Erbrecht, § 2325 Rdnr. 5-8; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. II, Rdnr. 4217-4224; *ders.*, ErbR

2010, 246, 247 ff.; v. Lübtow, *Erbrecht I*, S. 592; Brox/Walker, *Erbrecht*, 24. Aufl., Rdnr. 562; Lange/Kuchinke, *Erbrecht*, 5. Aufl., § 37 X 5 a; Kipp/Coing, *Erbrecht*, 14. Aufl., § 13 III 2; Siebert, NJW 2006, 2948, 2949 f.; Otte, ZEV 1999, 31; ders., ZEV 1997, 375; Tiedtke, DNotZ 1998, 85, 87 ff.; Schmidt-Kessel, ZNotP 1998, 2, 4 f.; Reimann, MittBayNot 1997, 299; Reinicke, NJW 1973, 597; vermittelnd u. a. Pentz, MDR 1997, 717, 718 f.; FamRZ 1999, 488, 489, der darauf abstellt, ob für den Erblasser im Zeitpunkt der Schenkung absehbar war, ob mit weiteren Pflichtteilsberechtigten zu rechnen sei).

b) Dies rechtfertigt sich aus folgenden Überlegungen:

aa) Dem Wortlaut des § 2325 Abs. 1 BGB lässt sich nicht entnehmen, dass es für die Pflichtteilsberechtigung nicht nur auf den Erbfall, sondern auch auf den Zeitpunkt der Schenkung ankommt (vgl. Staudinger/Olshausen, a. a. O., Rdnr. 64; Erman/Schlüter, a. a. O.; Siebert, a. a. O.; Tiedtke, a. a. O., 86 f.). Die Vorschrift gewährt dem Pflichtteilsberechtigten einen Ergänzungsanspruch, wenn der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat. Für die Pflichtteilsberechtigung und den daraus resultierenden Anspruch ist hiernach allein der Zeitpunkt des Erbfalles maßgebend.

bb) Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. So sah § 2009 des Ersten Entwurfs zum BGB noch ausdrücklich vor, dass der Pflichtteilsberechtigte bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden und pflichtteilsberechtigt war (vgl. Protokolle V, S. 585-587; zur Entstehungsgeschichte Muscheler, a. a. O., Rdnr. 4217; Schmidt-Kessel, a. a. O., 2; Tiedtke, a. a. O., 89). Die Mehrheit der Kommission lehnte indessen nach intensiver Erörterung die zunächst vorgesehene Einschränkung ausdrücklich ab. Unter anderem heißt es (Protokolle V, S. 586 f.):

„... Die Zeit der Schenkung zu Grunde zu legen, ist keineswegs nothwendig. Der richtige Gedanke sei der: ein bestimmter Theil des Nachlasses solle nach dem Willen des Gesetzgebers den nächsten Angehörigen gesichert werden. Damit nun nicht dieser Theil des Kapitals, auf welchen die Familie mehr oder minder angewiesen sei, verloren gehe, gewähre das Gesetz gegen solche Schenkungen, die das Recht der Pflichtteilsberechtigten thatsächlich vereiteln würden, eine Art Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. ...“

Eine Unbilligkeit gegen den Erblasser oder den Beschenkten könne nicht zugestanden werden, denn der Beschenkte, welcher nach § 2016 nur auf den Betrag seiner Bereicherung hafte, verdiene weniger Rücksicht und sei auch in anderen Fällen in seinem Erwerb weniger gesichert, der Verfügungsfreiheit des Erblassers aber stehe das Recht der Familie gegenüber ...“

cc) Dem steht eine etwaige Veränderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht entgegen (so noch Senatsurteil vom 21.6.1972, BGHZ 59, 210, 212-214). Es ist nicht einsichtig, warum sich diese Änderung weg von einer Gesellschaft, die im Wesentlichen noch von der Landwirtschaft und der bäuerlichen Wirtschaft geprägt gewesen ist, auf die Frage auswirken soll, ob die Pflichtteilsberechtigung schon im Zeitpunkt der Schenkung bestanden haben muss oder nicht (Reinicke, a. a. O.). Ausweislich der Entstehungsgeschichte des Gesetzes spielten die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse keine entscheidende Rolle dafür, dass die Mehrheit der Kommission sich ausdrücklich gegen das Erfordernis entschied, die Pflichtteilsberechtigung müsse bereits im Zeitpunkt der Schenkung bestanden haben (vgl. Protokolle V, S. 586 f.; ferner Pentz, MDR 1997, 717).

dd) Gegen die „Theorie der Doppelberechtigung“ spricht ferner der Sinn und Zweck des Pflichtteilsergänzungsanspruchs. Grundgedanke des Pflichtteilsrechts ist die Mindestteilhabe naher Angehöriger am Vermögen des Erblassers. Diese sollen an den von ihm während seines Lebens geschaffenen Vermögenswerten durch einen schuldrechtlichen Anspruch in Höhe der Hälfte ihres gesetzlichen Erbrechts partizipieren. Um eine Verkürzung dieses Teilhabeanspruchs zu verhindern, hat der Gesetzgeber den Pflichtteilsanspruch hinsichtlich des konkret beim Erbfall vorhandenen Nachlasses um den Pflichtteilsergänzungsanspruch wegen erfolgter Schenkungen gegen den Erben bzw. Beschenkten nach §§ 2325, 2329 BGB ergänzt. Hierfür ist es unerheblich, ob der im Erbfall Pflichtteilsberechtigte schon im Zeitpunkt der Schenkung pflichtteilsberechtigt war oder nicht (so auch MünchKommBGB/Lange, a. a. O., Rdnr. 8; Staudinger/Olshausen, a. a. O.; Muscheler, a. a. O., Rdnr. 4219; Schmidt-Kessel, a. a. O., 5; Siebert, a. a. O., 2950; Otte, ZEV 1997, 375; Reinicke, a. a. O., 598; Tiedtke, a. a. O., 88 ff.).

ee) Ohne Bedeutung ist bei dem hier zur beurteilenden Pflichtteilsergänzungsanspruch von Abkömmlingen, dass derjenige, der erst nach der Schenkung pflichtteilsberechtigt geworden sei, beim Erblasser nie andere Vermögensverhältnisse kennengelernt habe als diejenigen, die nach der Schenkung vorhanden gewesen seien (so Senatsurteil vom 21.6.1972, a. a. O., 215, für einen erst nach der Schenkung pflichtteilsberechtigt gewordenen neuen Ehegatten). Auch bei nichtehelichen Kindern, Kindern geschiedener oder getrennt lebender Eltern sowie allgemein jungen Kindern kann es im Einzelfall so sein, dass sie nie in der Lage gewesen sind, eine Vorstellung von den Vermögensverhältnissen des Erblassers zu entwickeln und sich in diese einzuleben. Waren diese Kinder im Zeitpunkt der Schenkung geboren, so steht ihnen gleichwohl ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zu (so auch OLG Köln, ZEV 2005, 398). Warum für nach der Schenkung geborene Kinder etwas anderes gelten soll, ist sachlich nicht zu erklären.

Zudem sind subjektive Elemente wie Kenntnis und Eingewöhnung des Pflichtteilsberechtigten in die Vermögensverhältnisse des Erblassers sowie fehlende oder bestehende Absicht der Pflichtteilsverkürzung durch den Erblasser bei Schenkungen vor Entstehen der Pflichtteilsberechtigung der Vorschrift des § 2325 Abs. 1 BGB fremd. Auch auf irgendeine Art von Benachteiligungsabsicht, wie sie etwa für § 2287 BGB vorausgesetzt wird, kommt es bei der Pflichtteilsergänzung nicht an.

ff) Das Erfordernis der Pflichtteilsberechtigung nicht nur im Zeitpunkt des Erbfalles, sondern schon bei der Schenkung führt ferner zu einer mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Ungleichbehandlung von Abkömmlingen (vgl. Staudinger/Olshausen, a. a. O., Rdnr. 66; Muscheler, a. a. O., Rdnr. 4220; Tiedtke, a. a. O., 94; Reimann, a. a. O.; Otte, ZEV 1997, 375; Reinicke, a. a. O., 600; Schmidt-Kessel, a. a. O., 4 f.; Bamberger/Mayer, a. a. O.; Riedel/Lenz, a. a. O., Rdnr. 7). Hat der Erblasser mehrere Kinder und sind einige im Zeitpunkt vor der Schenkung sowie einige danach geboren, so werden letztere hinsichtlich des Pflichtteilsergänzungsanspruchs ungleich behandelt. Das verstößt gegen den Grundsatz des § 1924 Abs. 4 BGB, wonach Kinder zu gleichen Teilen erben. Ein nach Art. 3 Abs. 1 GG sachlich gerechtfertigter Grund für eine derartige Ungleichbehandlung der Kinder besteht nicht. Ihre Pflichtteilsberechtigung beruht nicht auf einem eigenen Dispositionsakt, sondern lediglich auf ihrer Geburt. Geht es um eine Mindestteilhabe am Vermögen des Erblassers, kommt eine Differenzierung zwischen den Ab-

kömmlingen danach, ob sie vor oder nach der Schenkung geboren wurden, nicht in Betracht.

Die Zufälligkeit der Ergebnisse auf der Grundlage der Theorie der Doppelberechtigung zeigt sich anschaulich im vorliegenden Fall. Die Beklagte und der Erblasser hatten vier Kinder, von denen im Zeitpunkt des Erbfalls noch drei lebten. Die Mutter der Kläger war 1984 verstorben. Zwar ist der genaue Zeitpunkt sämtlicher Schenkungen des Erblassers an die Beklagte nicht bekannt. Soweit es aber etwa um eine Grundstücksschenkung des Erblassers an die Beklagte aus dem Jahr 1975 geht, steht fest, dass die Mutter der 1976 und 1978 geborenen Kläger zu diesem Zeitpunkt noch lebte. Wäre sie nicht danach verstorben und hätte den Erblasser wie ihre drei Geschwister überlebt, so hätte ihr ein Pflichtteilergänzungsanspruch zugestanden. Wäre sie erst nach dem Erbfall verstorben, hätten die Kläger an diesem Pflichtteilergänzungsanspruch ihrer Mutter, sei es als Erben, sei es ihrerseits als Pflichtteilsberechtigte, partizipiert. Für den Pflichtteilergänzungsanspruch kann es aber nicht darauf ankommen, ob die Mutter der Kläger noch vor dem Erbfall verstorben ist oder erst danach. Dies führte zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Stammes der Kläger und ihrer Mutter gegenüber den anderen drei Kindern und unterliefe das Eintrittsrecht der Kläger nach § 1924 Abs. 3 BGB sowie die dort geregelte Erbfolge nach Stämmen (anders konsequent auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung *Keller*, a. a. O., 268 f.; *Bestelmeyer*, a. a. O., 1155 f.).

gg) Dem Rechtsgedanken des § 2325 Abs. 3 BGB lässt sich gleichfalls keine Rechtfertigung der Theorie der Doppelberechtigung entnehmen (so noch Senatsurteil vom 25.6.1997, a. a. O., unter I 3 c). § 2325 Abs. 1 und 3 BGB haben unterschiedliche Regelungsgehalte. In Abs. 1 geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Pflichtteilergänzungsanspruch in Betracht kommt. Hierzu gehört die Frage, ob der Pflichtteilsberechtigte diese Stellung bereits im Zeitpunkt der Schenkung innegehabt haben muss. Demgegenüber enthält § 2325 Abs. 3 BGB eine Schutzvorschrift für den Beschenkten, wonach mehr als zehn Jahre vor dem Erbfall zurückliegende Schenkungen unberücksichtigt bleiben sollen. Mit der Frage der Pflichtteilsberechtigung dem Grunde nach befasst sich diese Vorschrift demgegenüber nicht (vgl. auch *Tiedtke*, a. a. O., 92; *Schmidt-Kessel*, a. a. O., 4; *Reinicke*, a. a. O., 598 f.). Insoweit ist die Grundentscheidung des Gesetzgebers zu berücksichtigen, der Beschenkte „verdient weniger Rücksicht“ (Protokolle V, S. 587).

5. Ohne Erfolg rügt die Revision, dass das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil, soweit die noch nicht gestellten Klageanträge zu II und III (eidesstattliche Versicherung und Zahlung im Rahmen der Stufenklage) abgewiesen worden sind, aufgehoben und die Sache an das LG zurückverwiesen hat. Das LG hatte dem Auskunfts- sowie dem Feststellungsantrag im Wesentlichen stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Eine Entscheidung über die weiteren Stufen der Stufenklage kam noch nicht in Betracht, weil die Kläger diese Anträge noch nicht gestellt hatten. Tatsächlich hat das LG diese noch nicht gestellten Anträge auch nicht abweisen wollen. Es hat im Tatbestand bei den Klageanträgen nur den Auskunftsanspruch in der ersten Stufe sowie den unabhängig davon bestehenden Zahlungsantrag als gestellt wiedergegeben. In den Entscheidungsgründen finden sich keine Ausführungen zu den noch nicht gestellten weiteren Anträgen der Stufenklage. Aus Sicht des LG lag daher eine offensichtliche Unrichtigkeit gemäß § 319 ZPO vor. Ausweislich seines Schreibens vom 6.8.2009 hatte es auch eine Berichtigung nach § 319 ZPO beabsichtigt, zu der es dann nicht mehr kam.

Soweit das Berufungsgericht, weil es nicht von einem Anwendungsfall des § 319 ZPO ausgegangen ist, wegen der Klagabweisung das landgerichtliche Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO aufgehoben und den Rechtsstreit zurückverwiesen hat, liegt hierin entgegen der Ansicht der Revision in der Sache jedenfalls kein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot („reformatio in peius“) und die Bindung an die Berufungsanträge gemäß § 528 ZPO. Der Beklagten ist durch das landgerichtliche Urteil nichts zugesprochen worden, was ihr durch das Berufungsgericht wieder genommen worden wäre. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine Klarstellung des Inhalts, dass über die weiteren Anträge der Stufenklage erstinstanzlich nach erteilter Auskunft zu entscheiden sein wird.

Anmerkung:

1. Die Theorie der Doppelberechtigung – ein Drama in drei Akten

Zu der dem vorstehenden Urteil des BGH zugrundeliegenden Problematik einer (möglicherweise zu fordernden) doppelten Pflichtteilsberechtigung im Rahmen des Ergänzungsanspruchs aus § 2325 BGB (sog. Theorie der Doppelberechtigung) ist in der Vergangenheit bereits viel diskutiert und geschrieben worden. Angefangen hat alles mit einem durchaus überraschenden Urteil des BGH im Jahr 1972. Bestätigt wurde die dort eingeschlagene Rechtsprechungslinie durch eine im Jahr 1997 ergangene Entscheidung des BGH. Durch das aktuelle Urteil vom 23.5.2012 dürfte nunmehr der Schlusspunkt gesetzt worden sein.

2. Begründung der Doppelberechtigungstheorie durch den BGH (1. Akt)

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 1972 hatte der BGH entgegen der bis dato allgemeinen Literaturansicht das Erfordernis einer Doppelberechtigung des einen Pflichtteilergänzungsanspruch geltend machenden Pflichtteilsberechtigten statuiert.¹ Erforderlich sei eine Pflichtteilsberechtigung sowohl im Zeitpunkt des Erbfalls als auch bereits im Zeitpunkt der Schenkung. Begründet wurde diese im Gesetz nicht ohne Weiteres angelegte Rechtsfortbildung in erster Linie damit, dass durch den Ergänzungsanspruch aus § 2325 BGB nur eine Art Bestandsschutz erreicht werden solle. Auf Gegenstände, die bei Eintritt der Pflichtteilsberechtigung bereits verschent waren und damit nicht mehr zum Vermögensbestand des späteren Erblassers zählten, könne der hinzutretende Pflichtteilsberechtigte keine Erwartungen aufbauen. Der Pflichtteilergänzungsanspruch setze den Anspruchsteller in seinen Stand vor der Schenkung zurück. Daher müsse er – um Ergänzungsansprüche geltend machen zu können – bereits in diesem Zeitpunkt pflichtteilsberechtigt gewesen sein.

Die Entscheidung des BGH ist in der Literatur weitgehend auf Ablehnung gestoßen.² Weder aus dem Wortlaut des § 2325 BGB oder seiner Entstehungsgeschichte noch aus dem Sinn

¹ BGH, IV ZR 69/71, NJW 1973, 40 m. w. N. zur gegenläufigen Literaturmeinung.

² Ablehnend etwa MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl., § 2325 Rdnr. 7 ff.; *Staudinger/Olshausen*, 2006, § 2325 Rdnr. 64 ff.; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2325 Rdnr. 3; *Otte*, ZEV 1999, 31; *Siebert*, NJW 2006, 2948, 2949 f.; *Reimann*, MittBayNot 1997, 299; *Reinicke*, NJW 1973, 597; *Tiedtke*, DNotZ 1998, 85, 87 ff. Zustimmend dagegen OLG Köln, ZEV 2005, 398; LG Dortmund, ZEV 1999, 30; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 2325 Rdnr. 4; *Keller*, ZEV 2000, 268, 269 f.; *Bestelmeyer*, FamRZ 1998, 1152, 1155.

und Zweck der Vorschrift lasse sich die Notwendigkeit einer Doppelberechtigung des Pflichtteilsberechtigten ableiten. Zudem würde die vom BGH entwickelte Theorie in den Fällen nachgeborener Abkömmlinge des Erblassers zu einer mit Blick auf Art. 3 GG nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung der pflichtteilsberechtigten Kinder führen. Eine willkürlich auf den Zeitpunkt der Geburt abstellende Differenzierung könne verfassungsrechtlich keinen Bestand haben.

3. Verteidigung der Doppelberechtigungstheorie durch den BGH (2. Akt)

Trotz der vehement vorgetragenen Kritik der Literatur hat der BGH in einem nachfolgenden Urteil aus dem Jahr 1997³ an seinem Standpunkt festgehalten und dies einleitend mit einer grundsätzlich gebotenen Kontinuität der Rechtsprechung begründet. Ein Abrücken von einer einmal eingeschlagenen Rechtsprechungslinie könne „nur ganz ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen“. Zwingende Gründe für eine Rechtsprechungsänderung in dieser Frage bestünden indes nicht; vielmehr gebiete die erforderliche Auslegung des Gesetzes vom Zweck her die Anwendung der Theorie der Doppelberechtigung. Der BGH führte sodann aus, dass die bereits 1972 geäußerten Überlegungen zu Sinn und Zweck des § 2325 BGB nach wie vor zuträfen.

Beiden BGH-Entscheidungen lagen sog. Ehegattenfälle zugrunde, d. h. es standen Pflichtteilsergänzungsansprüche von erst nach der Schenkung hinzugetretenen Ehegatten in Streit. In der Literatur wurde daher in der Folge diskutiert, ob die vom BGH entwickelte Theorie nach der ratio legis überhaupt auch auf Konstellationen mit nachgeborenen Abkömmlingen anwendbar sei.⁴ Auch war umstritten, ob es für eine Doppelberechtigung ausreiche, wenn der spätere Anspruchsteller im Zeitpunkt der Schenkung nur *abstrakt* zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis gehörte⁵ oder ob bereits zu diesem Zeitpunkt eine *konkrete* Pflichtteilsberechtigung vorgelegen haben musste.⁶ Ungeklärt war auch, wie Spezialkonstellationen in diesem Bereich (z. B. Vaterschaftsanerkennung mit Wirkung *ex tunc*⁷ oder Aufhebung eines Pflichtteilsverzichts) behandelt werden müssten.⁸

4. Aufgabe der Doppelberechtigungstheorie durch den BGH (3. Akt)

Mit dem aktuellen Urteil vom 23.5.2012 gibt der BGH nunmehr seine heftig umstrittene Theorie der Doppelberechtigung (wohl) endgültig auf. Der Entscheidung lag dabei erstmals ein Fall nachgeborener Abkömmlinge zugrunde. Vor deren Geburt hatte der Großvater seiner Ehefrau Grundbesitz überlassen. Einige Jahre später war – noch zu Lebzeiten des Erblassers – eine seiner Töchter (die Mutter der Kläger) vor-

verstorben. Nach dem Tod des Erblassers, der seine Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt hatte, machten die beiden Enkelkinder Pflichtteilsergänzungsansprüche hinsichtlich der von ihrem Großvater vor ihrer Geburt tätigtigsten Schenkung geltend. Dies führte zu folgender Überlegung: Hätte die vorverstorbene Tochter im Zeitpunkt des Erbfalls noch gelebt, so hätte sie angesichts der Berufung der Ehefrau des Erblassers zur Alleinerbin zweifellos einen Pflichtteils- und hinsichtlich der lebzeitigen Schenkung zudem einen Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend machen können (vgl. auch § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB). Hieran wiederum hätten die Enkelkinder beim Tod ihrer Mutter erb- bzw. pflichtteilsrechtlich partizipieren können. Ein Festhalten an der Theorie der Doppelberechtigung hätte nun bewirkt, dass zwar den anderen Kindern des Erblassers, nicht aber den aufgrund des Vorversterbens der einen Tochter nachrückenden Enkelkindern ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zugestanden hätte. Diese waren im Zeitpunkt der Schenkung noch nicht geboren und daher nicht „doppelt pflichtteilsberechtigt“ im Sinne der bisherigen BGH-Rechtsprechung. Bei Anwendung der Doppelberechtigungstheorie wäre es letztlich zu einer Ausbehebung des Eintrittsrechts der Enkelkinder (§ 1924 Abs. 3 BGB) und der dort geregelten Erbfolge nach Stämmen sowie zu einer (ungerechtfertigten) Bevorzugung der anderen Stämme gekommen.

Um einen eklatanten Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu vermeiden, blieb dem BGH letztlich gar nichts anderes übrig, als von seiner bisherigen Rechtsprechung abzurücken. Nunmehr stellt der BGH fest, dem Wortlaut des § 2325 BGB lasse sich „nicht entnehmen, dass es für die Pflichtteilsberechtigung nicht nur auf den Erbfall, sondern auch auf den Zeitpunkt der Schenkung ankommt“. In den beiden vorangegangenen Entscheidungen hielt der Gerichtshof den Gesetzeswortlaut noch für „nicht eindeutig“ und auslegungsfähig. Diametral entgegengesetzt zu seinem bisherigen Standpunkt fallen auch die Überlegungen des BGH zur Entstehungsgeschichte der Norm aus. Dass die aus den Gesetzgebungsmaterialien eindeutig erkennbare Ablehnung der Doppelberechtigungstheorie wegen Änderung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse unbeachtlich sein soll (so die frühere Sichtweise), hält der Gerichtshof nunmehr für „nicht einsichtig“. Überdies sieht der BGH jetzt den Zweck der Pflichtteilsergänzung – wie des Pflichtteilsrechts überhaupt – in der Gewährleistung einer Mindestteilhabe der Angehörigen am Vermögen des Erblassers und nicht mehr nur in der Erhaltung von Erberwartungen, die nur hinsichtlich derjenigen Vermögenswerte geschützt sein könnten, von deren Zugehörigkeit zum Nachlass der Pflichtteilsberechtigte habe ausgehen dürfen. Warum für nach der Schenkung geborene Kinder in Bezug auf einen Ergänzungsanspruch etwas anderes gelten solle als für die bereits geborenen Abkömmlinge, ist nach der gewandelten Auffassung der Karlsruher Richter „sachlich nicht zu erklären“. Am schwersten jedoch wiegt wohl nach Ansicht des BGH, dass die Theorie der Doppelberechtigung zu einer mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Ungleichbehandlung von Abkömmlingen führe. Auf der Grundlage dieser Theorie ließen sich zufällige Ergebnisse und Verstöße gegen den Grundsatz des § 1924 Abs. 4 BGB, wonach alle Kinder zu gleichen Teilen erben, nicht vermeiden. Eine Versagung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs hätte im zu entscheidenden Fall zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Stammes der Kläger und ihrer Mutter gegenüber den anderen Kindern geführt und das Eintrittsrecht der Kläger aus § 1924 Abs. 3 BGB unterlaufen.

Erwartungsgemäß ist die Aufgabe der Theorie der Doppelberechtigung durch den BGH in der Literatur bislang durchweg

³ BGH, IV ZR 233/96, NJW 1997, 2676 = MittBayNot 1997, 298.

⁴ Vgl. nur Keller, ZEV 2000, 268; Staudinger/Olshausen, § 2325 Rdnr. 66.

⁵ So Bestelmeyer, FamRZ 1998, 1152, 1154; Keller, ZEV 2000, 268, 269 f.

⁶ So LG Dortmund, ZEV 1999, 30 m. krit. Anm. Otte.

⁷ Vgl. OLG Köln, ZEV 2005, 398: Wegen der Rückwirkung der Vaterschaftsanerkennung bis zur Geburt des Kindes ist dieses im Hinblick auf nach der Geburt erfolgte Schenkungen pflichtteilsergänzungsberechtigt.

⁸ Vgl. zu einigen „offenen“ Fragestellungen nur MünchKommBGB/Lange, § 2325 Rdnr. 10.

positiv aufgenommen worden.⁹ Insbesondere die gegen die bisherige Rechtsprechung vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken ließen in der Tat ein Festhalten an der bisherigen Linie nicht mehr zu.

5. Der Vorhang fällt – Oder: Droht ein 4. Akt?

Eben dieser aus Art. 3 GG abgeleitete (Haupt-)Begründungsansatz liefert indes Stoff für neue Diskussionen. So wurde bereits die Frage aufgeworfen, ob die Aufgabe der Doppelberechtigungstheorie tatsächlich auch für einen Pflichtteils-ergänzungsanspruch eines nach der Schenkung hinzutretenden „neuen“ Ehegatten gelten sollte¹⁰ bzw. ob nicht trotz vollständiger Aufgabe dieser Theorie der nachrückende Ehegatte dennoch im Rahmen des § 2325 BGB anders behandelt werden müsse als ein nachgeborener Abkömmling des Erblassers¹¹. Das Argument der nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung von Abkömmlingen greife nicht im Verhältnis zu einem neuen Ehegatten. Überdies erscheine sehr fraglich, ob sich der Schutz aus Art. 6 GG auch auf die Nutzung von Familienvermögen erstrecken könne, das im Zeitpunkt der Eheschließung gar nicht mehr vorhanden war.¹²

Abgesehen vom verfassungsrechtlichen Begründungsansatz des BGH gelten jedoch die darüber hinaus angestellten grammatikalischen, historischen und teleologischen Überlegungen des Gerichtshofs gleichermaßen für Abkömmlinge wie für Ehegatten. Es dürfte daher eher davon auszugehen sein, dass künftig grundsätzlich auch nachrückende Ehegatten im gesetzlichen Rahmen Ergänzungsansprüche hinsichtlich vor der Eheschließung getätigter Schenkungen werden geltend machen können.¹³

Was bedeutet dies für die notarielle Praxis? Möchte der Erblasser ausschließen, dass sein „neuer“ Ehegatte Pflichtteils-ergänzungsansprüche hinsichtlich vor der Eheschließung erfolgter Schenkungen erheben und auch durchsetzen kann, muss er – worauf ihn der Notar im Rahmen einer Beratungssituation aufmerksam machen sollte – auf den Abschluss eines entsprechenden (beschränkten) Pflichtteilsverzichtsvertrages hinwirken. Dies gilt gleichermaßen für Fälle der bevorstehenden Heirat wie auch für alle „Altfälle“, in denen die Eheschließung bereits erfolgt ist.¹⁴ Auch in Fällen der (Erwachsenen-) Adoption wird mitunter an die Möglichkeit eines Pflichtteilsverzichts zu denken sein.¹⁵ Daneben können sich zudem Güterstandslosungen als geeignet zur Reduzierung von Pflichtteilsansprüchen der Kinder erweisen.¹⁶ Im Übrigen jedoch können regelmäßig nur die zeitliche Grenze des § 2325 Abs. 3 BGB sowie das Instrument der ergänzungsfreien Anstandsschenkung (§ 2330 BGB) einem Anspruchsbegehren (nachrückender) Abkömmlinge und Ehegatten entgegengehalten werden. Dies ist im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen und sollte nicht durch eine neue (fragwürdige)

teleologische Auslegung des Gesetzes wieder infrage gestellt werden.

Notarassessor Dr. *Christoph Röhl*, Würzburg

9. BGB § 2113 (*Mitwirkung des Nacherben bei der Löschung eines Grundpfandrechts*)

Durch die Löschung eines letzttrangig eingetragenen Grundpfandrechts wird das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigt. Der Löschantrag des Eigentümers bedarf in diesem Fall nicht der Zustimmung des Nacherben.

OLG Hamm, Beschluss vom 20.7.2012, I-15 W 486/11; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist, soweit sie eingelegt ist, begründet. (...)

Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Grundbuchamtes, dass es bei der Beantragung der Löschung eines Rechts, das dem Schutz des Nacherbenvermerks unterfällt, vor einer Löschung die Voraussetzungen des § 2113 BGB in Betracht zu nehmen hat. Denn während eine sonstige Eintragung durch den Nacherbenvermerk nicht gehindert wird, würde der materiellrechtliche Schutz des § 2113 BGB bei einer Löschung leerlaufen, da es eine relative Unwirksamkeit einer Löschung nicht geben kann (*Staudinger/Avenarius*, Neubearb. 2003, § 2113 Rdnr. 37). Auch die Zustimmung des Eigentümers (§ 27 Satz 1 GBO) ist unter diesem Aspekt zu prüfen.

Grundvoraussetzung für eine Anwendung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben ist jedoch, dass seine Rechtshandlung geeignet ist, die Rechte des Nacherben zu beeinträchtigen. Denn § 2113 BGB bezweckt alleine den Schutz des Nacherben, nicht aber eine weitergehende Beschränkung des Vorerben. Hinsichtlich der Eigentümerzustimmung zur Löschung eines Grundpfandrechts entspricht es nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass die Löschung eines Grundpfandrechts, nach dem keine weiteren Belastungen nachrangig eingetragen sind, die Rechte des Nacherben nicht beeinträchtigen kann (KG, DNotZ 1938, 115; OLG München, DNotZ 1940, 328; LG Hildesheim, MDR 1961, 692; *Avenarius*, a. a. O., Rdnr.38; *Hügel/Zeiser*, GBO, Stand 2012, § 51 Rdnr. 65; Münch-KommBGB/*Grunsky*, 5. Aufl., § 2113 Rdnr. 12; *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2113 Rdnr. 7; a. A. BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2113 Rdnr.23). Denn die Löschung einer auf einem Nachlassgrundstück lastenden Belastung kann den Nacherben allenfalls insoweit belasten, als er bzw. der Vorerbe dieses Recht erworben hat oder erwerben könnte und ihm dieser Erwerb einen besseren Rang gegenüber anderen Belastungen verschaffen würde. Sind jedoch keine weiteren Belastungen vorhanden, vermittelt das zu löschende Recht auch keinen Rangvorteil. Dass die Neubestellung eines gelöschten Rechts unter Umständen mehr Kosten verursacht als etwa die Neuvaluierung einer Eigentümergrundschild, wird in diesem Zusammenhang zutreffend nicht als rechtlicher Nachteil des Nacherben gesehen.

Der Senat hält die herrschende Auffassung für richtig. Eine letzttrangige Belastung hat für den Nachlass und damit den Nacherben keinen Wert. Der Nacherbe bedarf auch nicht des Schutzes der Rangstelle, den diese Belastung innehat, da die

⁹ *Reimann*, FamRZ 2012, 1386; *Otte*, ZEV 2012, 481 f.; *Bonefeld*, ZErB 2012, 225 ff.; *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 333067 und 336179; *Wellenhofer*, JuS 2012, 1034 f.; *Klassen*, NJ 2012, 428 f.; *Keim*, NJW 2012, 3484 ff.; *Lange*, DNotZ 2012, 865 ff.

¹⁰ Vgl. *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 336179; *Klassen*, NJ 2012, 428, 429; *Burandt/Jensen*, NWB 2013, 143, 145 ff.

¹¹ *Bonefeld*, ZErB 2012, 225 ff.

¹² Dagegen *Bonefeld*, ZErB 2012, 225, 226.

¹³ So auch *Reimann*, FamRZ 2012, 1386; *Otte*, ZEV 2012, 481, 482; *Keim*, NJW 2012, 3484, 3485.

¹⁴ *Reimann*, FamRZ 2012, 1386; *Otte*, ZEV 2012, 481, 482; *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 333067; *Bonefeld*, ZErB 2012, 225, 226.

¹⁵ *Klassen*, NJ 2012, 428, 429; *Bonefeld*, ZErB 2012, 225, 229.

¹⁶ So der Hinweis von *Reimann*, FamRZ 2012, 1386.

Eintragung einer neuen Belastung ohne seine Zustimmung ihm gegenüber unwirksam wäre (§ 2113 Abs. 1 BGB). Dies gilt auch, wenn die Belastung im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben erfolgt (§ 2115 BGB).

Verfehlt wäre es in diesem Zusammenhang, den Nachweis zu verlangen, dass die Zustimmung zur Löschung entgeltlich (§ 2113 Abs. 2 BGB) erfolgt. Auch § 2113 Abs. 2 BGB schützt den Nacherben nur vor solchen Verfügungen, die geeignet sind, sein Recht zu beeinträchtigen oder zu vereiteln (BGH, NJW 1985, 382). Fehlt es danach bereits an dieser Voraussetzung, so erübrigt sich eine Prüfung, ob die Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt.

Soweit der Beteiligte zu 2 bei der Zustimmung und dem Löschungsantrag durch seine Ehefrau als Betreuerin vertreten worden ist, ist abschließend zu bemerken, dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung gemäß §§ 1812, 1857a, 1908i Abs. 2 Satz 2 BGB entbehrlich ist.

Um ein unnötiges Hin- und Herschicken der Grundschuldbriefe zu vermeiden, hat der Senat eine Zwischenverfügung erlassen und davon abgesehen, die Sache selbst einer abschließenden Entscheidung zuzuführen, zumal die Löschung ohnehin nur durch das Grundbuchamt vollzogen werden kann.

Anmerkung:

1. Dem Beschluss ist zuzustimmen. Die ganz herrschende Meinung, die eine Beeinträchtigung des Nacherben verneint, wenn ein rangletztes Grundpfandrecht zu löschen ist, ist jedoch unter dogmatischen Gesichtspunkten nicht unproblematisch. Nach dem Wortlaut des § 2113 Abs. 1 BGB ist die Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt wird. Maßgeblich sind hierbei rechtliche, nicht wirtschaftliche Gesichtspunkte.¹ § 1183 BGB schreibt die Zustimmung des Eigentümers zur Aufhebung eines Grundpfandrechts vor, weil die Aufhebung ihm die Möglichkeit entzieht, beim Eintritt der Voraussetzungen des § 1163 oder des § 1168 BGB eine Eigentümergrundschuld zu erwerben. Damit verlieren die Nacherben aber durch die Löschung eines Grundpfandrechts eine rechtlich geschützte Position, nämlich diese gesetzliche Anwartschaft. Aufgrund dieser Argumentation hatte das Kammergericht ursprünglich für die Löschung einer Hypothek stets die Zustimmung des Nacherben verlangt, und zwar unabhängig davon, ob noch nachrangige Rechte vorhanden waren.² Es ging sogar davon aus, die grundbuchrechtlich erforderliche Zustimmung des Vorerben zur Löschung einer Hypothek nach § 27 GBO sei eine unentgeltliche Verfügung, die auch der befreite Vorerbe gemäß § 2113 Abs. 2, § 2136 BGB nicht vornehmen könne.³ Hiervon ist das Kammergericht allerdings relativ bald abgerückt. Die Löschung einer im Grundbuch an letzter Rangstelle stehenden Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer sei in der Regel ein entgeltliches Geschäft, weil der Eigentümer den Rang, den er durch Aufhebung der Eigentümergrundschuld aufgabe, kraft seines Eigentumsrechts von neuem erwerbe und eine andere Person davon keinen rechtlichen Vorteil habe.⁴

2. In einer späteren Entscheidung wurde sodann eine Beeinträchtigung des Nacherben durch Löschung eines letzt-rangigen Grundpfandrechts völlig verneint:⁵

Denn im Hinblick auf die völlige Lastenfreiheit des Grundstückes könne der Vorerbe und nach Eintritt des Nacherbfalls auch der Nacherbe jederzeit anstelle der gelöschten Hypothek eine neue Hypothek eintragen lassen. Die höheren Kosten einer Neubestellung könnten allein eine rechtliche Beeinträchtigung nicht begründen.⁶ Anders sei dies nur, wenn der zu löschenden Hypothek andere Grundstücksrechte im Range nachfolgen, so dass mit der Hypothekenlöschung und der darin enthaltenen Aufgabe der entstehenden Eigentümergrundschuld der Verlust der Rangstelle am Grundstück verbunden sei, die nicht nur für die Beschaffung neuen Grundstückskredits, sondern auch bei einer Zwangsversteigerung für die Zuteilung des Versteigerungserlöses von maßgeblicher Bedeutung sei. Dies sei bei der letzt-rangigen Hypothek anders. Denn die bloße Möglichkeit einer erneuten Belastung des Grundstückes durch den Vorerben sei hier außer Betracht zu lassen, weil eine solche, um gegenüber dem Nacherben wirksam zu sein, seiner Zustimmung bedarf (§ 2113 Abs. 1 BGB). Entsprechendes gelte auch für Grundstücksbelastungen oder sonstige Maßnahmen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter, es sei denn, dass eine Nachlassschuld oder ein Recht an dem Grundstück geltend gemacht werde.⁷

3. Im Normalfall reicht der Nacherbenvermerk nach § 51 GBO aus, um den Nacherben gegen einen Rechtsverlust infolge gutgläubigen Erwerbs eines Dritten zu sichern. Die Beeinträchtigung des Nacherben führt daher im Regelfall nicht zu einer Grundbuchsperrung. Bei Löschungen von nachlasszugehörigen Grundstücksrechten schützt der Nacherbenvermerk jedoch nicht, weil er mit dem Recht selbst ebenfalls gelöscht wird, und es rechtlich daher nicht möglich ist, seine Wirkung durch einen Vorbehalt aufrechtzuerhalten.⁸ In diesen Fällen darf der Grundbuchrechtspfleger daher den Löschungsanträgen des Vorerben grundsätzlich nur stattgeben, wenn die Zustimmung des Nacherben beigebracht wird. Obwohl also das Gesetz selbst in § 27 GBO und § 1183 BGB die Eigentümergrundschuld als Vermögenswert ansieht, der dem Nacherben durch die Löschung verloren geht, lässt die überwiegende Auffassung hier die Formenstrenge des Grundbuchrechts zurückstehen. Dies hängt sicherlich mit der praktischen Erwägung zusammen, dass ansonsten die Löschung von Grundpfandrechten durch den Vorerben erheblich erschwert würde. Daher ist die großzügigere Handhabung des § 2113 BGB notwendig, um eine wirtschaftlich unnötige Blockade zu vermeiden.

Eine Zustimmung des Nacherben ist übrigens auch entbehrlich, wenn der Vorerbe eine nicht letzt-rangige Hypothek mit eigenen Mitteln zurückgezahlt hat und die dadurch entstandene Eigentümergrundschuld löschen lassen will, da diese nicht dem Nachlass, sondern ihm zu freiem Recht zusteht.⁹ Der Vorerbe muss allerdings den Beweis erbringen, dass das zu löschende Grundpfandrecht mit eigenen Mitteln getilgt worden ist, da bei der Bezahlung von Nachlassschulden eine Vermutung dafür spricht, dass sie mit Mitteln des Nachlasses erfolgt ist.¹⁰

¹ Palandt/Weidlich, 71. Aufl., § 2113 Rdnr. 5; MünchKommBGB/Grunsky, 5. Aufl., § 2113 Rdnr. 11.

² KGJ 35, 305.

³ KGJ 35, 305.

⁴ KGJ 43, 263, 269.

⁵ KG, DNotZ 1938, 115.

⁶ KG, DNotZ 1938, 115, 117.

⁷ KG, DNotZ 1938, 115, 117 f.

⁸ RGZ 102, 332.

⁹ Staudinger/Avenarius, 2003, § 2113 Rdnr. 38.

¹⁰ KGJ 43, 263, 264; 50, 215.

4. Bei der ähnlich gelagerten Frage, ob der Betreuer für die Löschung einer letzttrangigen Grundschuld gemäß §§ 1812, 1908i Abs. 1 BGB eine betreuungsgerichtliche Genehmigung benötigt, ist das Meinungsbild erstaunlicherweise nicht so eindeutig. Insbesondere das BayObLG sieht die Löschungszustimmung des Eigentümers als eine Verfügung über die Eigentümergrundschuld an.¹¹ Auch die letzttrangige Eigentümergrundschuld stelle keine lediglich formale Rechtsposition dar, sondern habe durchaus wirtschaftliche Bedeutung als Sicherungsinstrument. Falls sie in der Zwangsvollstreckung nicht in das geringste Gebot falle und damit bestehen bleibe, sichere sie dem Eigentümer den Vorrang vor den nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 ZVG zu befriedigenden Ansprüchen.¹²

Erfolgt die Löschung eines letzttrangigen Grundpfandrechts durch den Testamentsvollstrecker, so wird sie auch nicht als unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB angesehen, da eine dritte Person hiervon keinen Vorteil erlangt.¹³ Fraglich ist, ob die Löschung einer Eigentümergrundschuld ein unentgeltliches Rechtsgeschäft ist, wenn nachrangige Grundpfandrechte aufrücken. Dies dürfte zu verneinen sein, sofern ein gesetzlicher Löschananspruch des nachrangigen Gläubigers nach § 1179a BGB besteht, oder an diesen durch den ursprünglichen Grundpfandrechtsinhaber auf Löschung gerichtete Rückgewähransprüche abgetreten wurden.¹⁴ Von einer freiwilligen und unentgeltlichen Aufhebung des Eigentümerrechts kann dann nämlich nicht die Rede sein.

Notar Prof. Dr. Christopher Keim, Bingen

¹¹ DNotZ 1985, 161; so auch MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl., § 1812 Rdnr. 33; a. A. KG, JW 1936, 2745; LG Würzburg, MittBayNot 1972, 239; LG Limburg, NJW 1949, 787; offengelassen von OLG Hamm, FGPrax 2011, 61, 62 = MittBayNot 2011, 242.

¹² BayObLG, DNotZ 1985, 161, 164.

¹³ Bauer/von Oefele/Schaub, GBO, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 63.

¹⁴ So Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 3. Aufl., § 2205 Rdnr. 25; a. A. Soergel/Damrau, BGB, 13. Aufl., § 2205 Rdnr. 84.

10. BGB § 1944 (*Beginn der Ausschlagungsfrist für den minderjährigen Erben*)

Die in § 1944 BGB vorgesehene Frist zur Ausschlagung der Erbschaft beginnt für den minderjährigen Erben erst mit dem Zeitpunkt, zu dem der letzte von den gemeinsam Erziehungsberechtigten erstmals Kenntnis von dem Anfall und dem Grunde der Berufung erlangt hat.

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.7.2012, 21 W 22/12

Die am ... 2007 in ... verstorbene Erblasserin war zunächst in erster Ehe verheiratet mit ihrem zuvor verstorbenen Ehemann. Aus der Ehe gingen vier Kinder hervor, nämlich der am ... 1981 kinderlos verstorbene A, der am ... 1961 geborene, während des Beschwerdeverfahrens ebenfalls verstorbene B, der am ... 1963 geborene C sowie der am ... 1966 geborene D. Letzterer ist mit Frau E verheiratet. Er hat deren voreheliches Kind, den am ... 2002 geborenen Beteiligten zu 2, adoptiert. Ferner ist er Vater von F, die am ... 1988 geboren worden ist. Zum Zeitpunkt ihres Todes war die Erblasserin mit dem Beteiligten zu 1 im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet. Aus der Ehe ging ein Sohn, nämlich der am ... 1973 geborene G, hervor. Dieser ist Vater eines am ... 2009 geborenen Kindes. Mit am 9.10.2007 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz erklärten die Herren G, D sowie C die Erbausschlagung. Daraufhin erließ das AG antragsgemäß einen Erbschein, wonach der Beteiligte zu 1 und B jeweils zur Hälfte Erben der Erblasserin seien. Später erfuhr das AG von den Nachkommen der die Erbschaft ausschlagenden Herren G und D. Daraufhin zog das Gericht den erteilten Erbschein mit Be-

schluss vom 26.11.2009 ein. Zugleich informierte es mit Verfügung vom 26.11.2009 Frau F und Herrn D, letzteren als den Vater des Beteiligten zu 2, dass wegen der Ausschlagung des Herrn D die Erbschaft bei ihnen angefallen sein dürfte. Frau F erklärte daraufhin ihrerseits die Ausschlagung der Erbschaft mit am 9.12.2009 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz. Eine Ausschlagung für den Beteiligten zu 2, die seitens dessen Eltern am 1.3.2010 vor dem Notar N1 aus Limburg erklärt worden war, ging am 3.3.2010 bei Gericht ein. Am 27.7.2011 hat der Beteiligte zu 1 einen Erbschein beantragt, wonach er zur Hälfte sowie der Beteiligte zu 2 und B jeweils zu einem Viertel Erben der Erblasserin seien. Im Rahmen seiner Anhörung hat der Beteiligte zu 2, vertreten durch seine beiden Eltern E und D, diese vertreten durch den Notar N1, mit am 3.8.2011 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz die Anfechtung der verspäteten Ausschlagung wegen Überschuldung des Nachlasses erklärt.

Das AG hat in dem angefochtenen Beschluss entschieden, dass es die für den Erlass des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachte. Zugleich hat es die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurückgestellt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Ausschlagung des Beteiligten zu 2 sei verspätet eingegangen und damit unwirksam.

Gegen den seinem Verfahrensbevollmächtigten am 22.11.2011 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 2 am 12.12.2012 Beschwerde eingelegt, der das AG hingegen nicht abgeholfen hat. Zur Begründung hat der Beteiligte zu 2 angeführt, er halte seine Ausschlagung des Erbes für wirksam.

Der Senat hat die Mutter des Beteiligten zu 2 zunächst schriftlich angehört, wobei mit Blick auf die daraufhin erfolgte schriftliche Stellungnahme verwiesen wird. Sodann hat der Senat Beweis erhoben durch Vernehmung beider Erziehungsberechtigten des Beteiligten zu 2. Ferner hat er den Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 2 informatorisch angehört. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Zurückweisung des Antrags des Beteiligten zu 1, ihm einen Erbschein zu erteilen, wonach er neben seinem Sohn B und dem Beteiligten zu 2 Erbe der Erblasserin geworden ist.

1. Das Rechtsmittel des Beteiligten zu 2 ist zulässig. Es ist gemäß § 58 FamFG als befristete Beschwerde statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt. Der Beteiligte zu 2 ist zudem beschwerdeberechtigt. Denn berechtigt im Sinne von § 59 FamFG ist unter anderem, wer – wie der Beteiligte zu 2 – behauptet, er sei in dem von einem anderen Beteiligten begehrten und in der angegriffenen Entscheidung angekündigten Erbschein zu Unrecht als Erbe ausgewiesen (vgl. BayObLG, FamRZ 2003, 777, zur alten Rechtslage sowie Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 352 Rdnr. 150, zum aktuellen Recht). Der Beschwerdewert von 600 € ist erreicht. Das Interesse des Beteiligten zu 2, nicht in dem angekündigten Erbschein als Erbe des mit etwa 120.000 € verschuldeten Nachlasses ausgewiesen zu werden, übersteigt den Mindestbeschwerdewert.

2. Die Beschwerde ist zudem begründet und führt zur Zurückweisung des Erbscheinantrags des Beteiligten zu 1 vom 27.7.2011. Denn der Beteiligte zu 2 ist entgegen der Auffassung des AG nicht gesetzlicher Erbe der Erblasserin geworden. Er hat die Erbschaft rechtzeitig ausgeschlagen. Entsprechend ist im Erbschein – anders als beantragt – neben dem Beteiligten zu 1 nur der im Februar 2012 nachverstorbene B aufzuführen.

a) Zutreffend hat das AG festgestellt, dass mangels letztwilliger Verfügung gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Ebenso ist dem AG darin zu folgen, dass neben dem Beteiligten zu 1 nur noch der mittlerweile ebenfalls verstorbene Sohn der Erblasserin aus erster Ehe, Herr B, sowie der Beteiligte zu 2 als

weitere Erben in Betracht kommen. Denn die übrigen gesetzlichen Erben erster Ordnung bzw. deren zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits gezeugte Abkömmlinge haben die Erbschaft wirksam ausgeschlagen. Die neben Herrn B weiteren Kinder der Erblasserin, die Herren G, D sowie C, haben jeweils am 8.10.2010 in notariell beglaubigter Form erklärt, dass sie die Erbschaft ausschlagen wollten, weil ihnen bekannt geworden sei, dass der Nachlass überschuldet sei. Diese Erklärung ist, da sie – wie die Vernehmung des D ergeben hat – erst nach dem Ablauf der Ausschlagungsfrist erfolgte, als Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist auszulegen. Denn die Erklärenden haben unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie wegen der ihnen nachträglich bekannt gewordenen Überschuldung nicht Erbe sein wollten. Dieses Ziel erreichen sie durch die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist. Dabei kann die Versäumung der Ausschlagungsfrist aus denselben Gründen und insbesondere wegen eines Eigenschaftsirrturns nach § 119 Abs. 2 BGB wie die ausdrücklich erklärte Annahme der Erbschaft angefochten werden. Denn § 1956 BGB stellt die Anfechtbarkeit der fingierten Annahmeerklärung nach § 1943 Hs. 2 BGB der Anfechtbarkeit der ausdrücklichen Erklärung gleich (vgl. MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl., § 1956 Rdnr. 6; Palandt/Weidlich, 71. Aufl., § 1956 Rdnr. 1). Ihrer notariell beurkundeten Erklärung zufolge haben sich alle drei ausschlagenden Kinder der Erblasserin über die Überschuldung und damit eine Eigenschaft des Nachlasses im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB geirrt. Denn entgegen der ursprünglichen Vorstellung ist den korrigierten Angaben des Beteiligten zu 1 zufolge der Nachlass tatsächlich mit 125.000 € überschuldet. Die Anfechtung erfolgte fristgerecht. Der Vater des Beteiligten zu 2 erklärte während seiner Vernehmung durch den Senat glaubhaft, er und seine Brüder hätten erst wenige Tage, höchstens aber ein paar Wochen vor dem Termin am 8.10.2010, von der sich abzeichnenden Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass die gemäß § 1955 BGB i. V. m. § 1945 Abs. 1 BGB formgerecht erklärte Anfechtung rechtzeitig innerhalb der Anfechtungsfrist von sechs Wochen erfolgt ist, § 1955 i. V. m. § 1954 Abs. 1 BGB. Damit verbleibt als denkbarer gesetzlicher Erbe neben dem Beteiligten zu 1 und Herrn B nur der Beteiligte zu 2 als Kind des D (vgl. § 1953 Abs. 2 i. V. m. § 1924 Abs. 3 BGB). Das einzige Kind des Herrn G kommt als gesetzlicher Erbe nicht in Betracht, weil das Kind zum Zeitpunkt des Todes noch nicht gezeugt worden war (vgl. § 1923 Abs. 1 BGB), und das weitere Kind des D, Frau F, hat seinerseits die Erbschaft form- und fristgerecht ausgeschlagen.

b) Nicht gefolgt werden kann allerdings dem AG darin, der Beteiligte zu 2 sei Erbe der Erblasserin geworden. Vielmehr hat der Beteiligte zu 2 die Erbschaft mit einem am 3.3.2010 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz ausgeschlagen. Dass die Ausschlagungserklärung nicht fristgerecht erfolgt ist, konnte der Senat auch nach Durchführung der hierfür in Betracht kommenden Ermittlungen und Erhebungen der entsprechenden Beweise nicht feststellen.

aa) Die am 1.3.2010 erklärte Ausschlagung entspricht dem gesetzlichen Formerfordernis des § 1945 Abs. 1 BGB. Sie ist von den beiden Erziehungsberechtigten des minderjährigen Beteiligten zu 2 in notariell beglaubigter Form erklärt worden. Eine Genehmigung der Ausschlagung durch das Familiengericht war nicht erforderlich, weil der Beteiligte zu 2 seine Erbschaft erst infolge der Ausschlagung des vertretungsberechtigten Vaters, Herrn D, erlangt hat (vgl. § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB sowie OLG Hamm, NJW 1959, 2215; Palandt/Diederichsen, 71. Aufl., § 1643 Rdnr. 2).

bb) Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Ausschlagung entgegen der Auffassung des AG fristgerecht erfolgt ist.

aaa) Gemäß § 1944 BGB kann die Ausschlagung nur binnen sechs Wochen erfolgen, wobei die Frist mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grund der Berufung Kenntnis erlangt. Bei einem Minderjährigen ist dabei nach zutreffender ganz herrschender Meinung nicht auf die eigene Kenntnis, sondern auf die Kenntnis des Vertretungsberechtigten abzustellen (vgl. BayObLG, Rpfleger 1984, 403; OLG Hamm, MDR 1984, 54; Palandt/Weidlich, 71. Aufl., § 1944 Rdnr. 6 m. w. N.). Vertretungsberechtigt für den Beteiligten zu 2 sind dessen Eltern D und E. Aufgrund des an D gerichteten Schreibens des AG vom 26.11.2009 ergibt sich bereits aus der Aktenlage, dass dieser spätestens im Dezember 2009 hinreichend sichere Kenntnis von der Berufung seines Sohnes zum Erben nach der Erblasserin hatte. Stellte man allein auf seine Kenntnis ab, wäre die erst Anfang März 2010 erfolgte Ausschlagung nach Ablauf der Ausschlagungsfrist und damit verspätet erfolgt. Der Zeitpunkt der Kenntnis der weiteren Vertretungsberechtigten des Beteiligten zu 2, Frau E, lässt sich hingegen nicht anhand der Aktenlage feststellen, da das damalige Schreiben des AG allein an D gerichtet war und zudem auch der Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten zu 2 diesen erst später im Laufe des Beschwerdeverfahrens vertreten hat.

bbb) Damit kommt es auf die rechtliche Frage an, ob für den Beginn der Ausschlagungsfrist auf die Kenntnis beider Vertretungsberechtigten abzustellen ist, und ggf. ferner auf die tatsächliche Frage, wann E ausreichende Kenntnis von dem Erbfall und dem Berufungsgrund erlangt hat. Mit Blick auf die rechtliche Fragestellung folgt der Senat der Auffassung, wonach für den Fristbeginn auf die Kenntnis beider Erziehungsberechtigten abzustellen ist. Da sich ferner in tatsächlicher Hinsicht der Zeitpunkt der Kenntnis von E nicht hinreichend sicher feststellen lässt, ist von der Wahrung der Ausschlagungsfrist auszugehen und diese mithin wirksam.

(1) Die Frage, ob für den Beginn der Ausschlagungsfrist die Kenntnis beider Eltern oder nur eines Elternteils erforderlich ist, ist umstritten. Die herrschende Auffassung hält die Kenntnis beider Eltern für erforderlich (vgl. LG Freiburg, BWNotZ 1993, 44; Palandt/Weidlich, 71. Aufl., § 1944 Rdnr. 6; Weidmann in JurisPK-BGB, 5. Aufl., § 1944 Rdnr. 9; Ivo in AnwK-BGB, § 1944 Rdnr. 11; Siegmann/Höger in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 1944 Rdnr. 12; Ouart in Deutscher Erbrechtskommentar, § 1944 Rdnr. 4; Damrau/Masloff, Praxiskommentar Erbrecht, § 1944 Rdnr. 2; Lange, Erbrecht, § 38 Rdnr. 27). Demgegenüber vertritt ein Teil der Literatur die Ansicht, es genüge für den Beginn der Frist die Kenntnis eines Elternteils (vgl. Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1944 Rdnr. 12; MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl., § 1944 Rdnr. 14; Muscheler, Erbrecht, Bd. II, Rdnr. 2965; ausdrücklich offen gelassen in BayObLG, ZEV 2002, 283, 285). Der Senat schließt sich der herrschenden Meinung an. Für die Frage, auf wessen Kenntnis im Rahmen von § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB abzustellen ist, kommt es – entgegen einer in der Literatur geäußerten Ansicht (vgl. Muscheler, Erbrecht, Bd. II, Rdnr. 2965) – nicht auf die Reichweite von § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB an, da dort nur die gegenüber dem Kind abzugebenden Willenserklärungen behandelt sind, bei der Ausschlagung der Erbschaft aber keine Willenserklärung gegenüber dem Minderjährigen in Rede steht, sondern die Kenntnis von Tatsachen, die die Grundlage für die Entscheidung bilden, ob die Erbschaft ausgeschlagen werden soll oder nicht (vgl. LG Freiburg, BWNotZ 1993, 44). Entsprechend ist bei der hier maßgeblichen Kenntnis von Tatsachen auf den

Rechtsgedanken von § 166 BGB zurückzugreifen (so auch OLG Celle, FamRZ 2010, 836; a. A. *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 1944 Rdnr. 6; *Erman*, BGB, 13. Aufl., § 1944 Rdnr. 6). Hiernach ist nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die des Vertreters abzustellen. Doch der Rückgriff auf § 166 BGB schafft ebenfalls keine Klarheit hinsichtlich der hier maßgeblichen Frage, ob die Kenntnis beider Vertretungsberechtigten erforderlich ist. Denn der Wortlaut von § 166 BGB gibt insoweit keine eindeutige Auskunft. Entsprechend sind verschiedene Ansichten für den Beginn der Ausschlagungsfrist im Sinne von § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB möglich. In Betracht kommt ein Fristbeginn mit der Kenntnis des ersten Ehegatten (so etwa für die Verjährung OLG Frankfurt, FamRZ 1992, 181). Umgekehrt ist es ebenfalls denkbar, für beide Erziehungsberechtigten gemeinsam auf die Kenntnis des letzten Vertretungsberechtigten abzustellen (vgl. *Ouart* in *Deutscher Erbrechtskommentar*, § 1944 Rdnr. 4). Da der Wortlaut von § 1944 BGB ebenso wie derjenige von § 166 BGB beide Ansichten zulässt, ist entscheidend auf den Normzweck von § 1944 BGB abzustellen. Dem Normzweck von § 1944 BGB zufolge soll die Ausschlagung dem Erben Gelegenheit geben, sich über den Bestand des Nachlasses zu unterrichten und sich über die Annahme oder Ausschlagung schlüssig zu werden. Dem steht das Interesse der übrigen Nachlassbeteiligten gegenüber, baldige Klarheit über die Erbenstellung zu erhalten (vgl. *MünchKommBGB/Leipold*, 5. Aufl., § 1944 Rdnr. 1). Entsprechend ist bei der zu klärenden Frage im Kern abzuwägen zwischen einer angemessenen Überlegungsfrist der Vertretungsberechtigten und dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer schnellen Klärung der Rechtslage. Nach Auffassung des Senats ist der Ansicht zu folgen, die dem Interesse des minderjährigen Erben den Vorzug gibt und auf die spätere Kenntnis des zweiten Erziehungsberechtigten für den Beginn der Ausschlagungsfrist abstellt. Hierfür spricht bereits, dass de lege ferenda die Frist von sechs Wochen allgemein als recht knapp bemessen angesehen wird (vgl. etwa *Lange*, *Erbrecht*, § 38 Rdnr. 21) und ein Beginn mit der Kenntnis des ersten Erziehungsberechtigten die Überlegungsfrist jedenfalls für den anderen Elternteil weiter verkürzen würde. Entscheidend für die Abwägung ist jedoch, dass für die Ausschlagung eine Erklärung durch beide Eltern gemeinsam erforderlich ist (vgl. *BayObLGZ* 1977, 163; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 1945 Rdnr. 5; *Siegmann/Höger* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl., § 1944 Rdnr. 12). Daher können die Erziehungsberechtigten erst dann in die Überlegungsphase eintreten, wenn beide von ihnen Kenntnis von Erbfall und Berufungsgrund haben. Entsprechend muss auf die Kenntnis des zweiten Erziehungsberechtigten abgestellt werden, damit dem schutzbedürftigen Minderjährigen bzw. dessen Vertretungsberechtigten faktisch die gleiche knapp bemessene Frist wie einem Volljährigen zukommt. Diese Überlegungsfrist, innerhalb derer bei gemeinsam Sorgeberechtigten zur Entscheidung jedes Einzelnen zusätzlich ein Konsens zwischen den Eltern gefunden werden muss, ist dabei aufgrund einer häufig emotional behafteten Ausschlagungsentscheidung, bei der beide Elternteile zudem aufgrund unterschiedlicher Beziehungen zum Erblasser differierende Ansichten haben mögen, für eine im Sinne des Minderjährigen zu treffende, möglichst interessengerechte Entscheidung besonders wichtig. Dass hierdurch etwaige, im Einzelfall vermeidbare Kommunikationsprobleme zwischen den Erziehungsberechtigten zulasten des Rechtsverkehrs gehen, ist hinzunehmen. Denn andernfalls gingen Kommunikations-schwierigkeiten, selbst wenn sie nicht auf ein Verschulden der Erziehungsberechtigten zurückzuführen sind, sondern der besonderen Situation der Eltern des Erben geschuldet sind, zulasten des schutzwürdigen Minderjährigen. Zugleich zeigt

sich an der verlängerten Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 3 BGB, dass der Rechtsverkehr auf die persönlichen Belange des ausschlagenden Erben Rücksicht zu nehmen hat. Durch die auf sechs Monate verlängerte Ausschlagungsfrist im Fall eines Auslandsaufenthaltes hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass besonderen Schwierigkeiten bei der Klärung der Frage, ob die Erbschaft angenommen werden soll, Rechnung zu tragen ist. Eine solche Schwierigkeit besteht auch dann, wenn die Abstimmung zwischen mehreren Erziehungsberechtigten erforderlich ist, um zu einer gemeinsamen Ausschlagungserklärung zu gelangen. Dies führt zwar nicht zu einer längeren Frist, aber konsequenterweise zu einem mit Blick auf die Situation eines Volljährigen späteren Fristbeginn. Die hier vertretene Ansicht steht zugleich nicht in Widerspruch zu der Auffassung, wonach etwa bei der Verjährungsfrist auf die Kenntnis nur eines Elternteils abzustellen ist (vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 1992, 181). Denn die Verjährung kann faktisch regelmäßig bereits durch die Handlung nur eines Erziehungsberechtigten, etwa durch die Aufnahme von Verhandlungen mit dem Schuldner, gehemmt werden, § 1629 Abs. 1 Satz 4 BGB. Dies ist bei der von der Interessenlage des Minderjährigen her häufig ambivalenten Ausschlagung der Erbschaft anders. Zudem ist die Verjährungsfrist von drei Jahren deutlich länger bemessen als die Ausschlagungsfrist von sechs Wochen, so dass aus etwaigen Kommunikationsproblemen zwischen den Erziehungsberechtigten dem Minderjährigen bei der Verjährung regelmäßig kein Nachteil entsteht.

(2) In tatsächlicher Hinsicht hat der Senat sich nicht davon überzeugen können, dass die Mutter E bereits mehr als sechs Wochen vor dem 3.3.2010 zuverlässige Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft und dem Grund der Berufung erlangt hat. Dies geht zulasten des Beteiligten zu 1. Denn dieser trägt für den Umstand, dass die Frist abgelaufen ist und damit das Feststellungsrecht des Beteiligten zu 2 weggefallen ist, die Feststellungslast (vgl. BGH, NJW-RR 2000, 1530 = Mitt-BayNot 2000, 561; zit. nach *Juris* Rdnr. 11 m. w. N.). Die Mutter E hat in ihrer Vernehmung angegeben, sie habe erst ca. eine Woche vor dem Notartermin am 1.3.2010 Kenntnis davon erhalten, dass ihr Sohn nunmehr seinerseits Erbe geworden und gehalten sei, die Erbschaft auszuschlagen. Diese Angabe ist zwar gemessen an den äußeren Umständen nicht frei von Zweifeln. So ist – wie bereits dargelegt – der Ehemann schon Anfang Dezember 2009 vom AG schriftlich informiert worden. Es ist nicht fernliegend, dass der Ehemann seine Frau, die zugleich die leibliche Mutter des Beteiligten zu 2 ist und mit dem Zeugen D zusammenlebt, von diesem Schreiben in Kenntnis gesetzt hat. Hierfür mag ebenfalls sprechen, dass die Mutter im Rahmen ihrer schriftlichen Anhörung trotz ausdrücklicher Nachfrage des Senats sich nicht zu einer klaren Aussage veranlasst sah. Umgekehrt ist die Aussage der Mutter aber auch nicht völlig von der Hand zu weisen. So ist es etwa ebenfalls denkbar, dass der Vater D zunächst allein den Termin beim Notar veranlasst hat und seine Frau – sei es aus Versehen, sei es aus anderen Gründen – erst kurz vor der gemeinsamen Erklärung von dem Termin und seinen näheren Umständen in Kenntnis gesetzt hat. Zugleich lässt sich der wahre Sachverhalt auch unter Berücksichtigung weiterer Ermittlungsmöglichkeiten nicht mehr verlässlich aufklären. D konnte sich weder daran erinnern, wann er die Nachricht vom AG erhalten hatte, noch daran, wann er E über das Schreiben und den von ihm veranlassten Notartermin informiert hat. Auch der beglaubigende Notar N bekundete auf eine entsprechende Nachfrage des Vorsitzenden, er könne sich nicht mehr erinnern, wer den Termin bei der Ausschlagung im März 2010 mit ihm vereinbart habe. Entsprechend hätte auch seine Vernehmung zur Klärung der maßgeblichen

Frage, wann die Mutter des Beteiligten zu 2 vom Erbfall und dem Grund der Berufung Kenntnis erlangt hat, nichts beitragen können. Ansatzpunkte für weitere Ermittlungen von Amts wegen sind ebenfalls nicht ersichtlich. Insbesondere lässt sich – den Angaben des Notars zufolge – seinen Akten keine Notiz entnehmen, wer damals zu welchem Zeitpunkt den Termin vereinbart hatte. Auch im Übrigen ist es in Anbetracht der mittlerweile vergangenen Zeit von über zwei Jahren praktisch ausgeschlossen, dass einer der an dem damaligen Vorgang Beteiligten sich hinreichend sicher an die genauen Abläufe von damals und insbesondere die exakten Daten noch erinnern kann. Bei dieser Sachlage kann eine Versäumung der Ausschlagungsfrist dem Beteiligten zu 2 nicht unterstellt werden. Dies führt dazu, dass nur noch der nachverstorbene B zu einem Halb neben dem Beteiligten zu 1 Erbe nach der Erblasserin geworden ist. Entsprechend ist der Antrag des Beteiligten zu 1, ihn neben B und dem Beteiligten zu 2 als Erben auszuweisen, zurückzuweisen.

(...)

Anmerkung:

1. Problemaufriss

Im deutschen Recht erfolgt der Erbschaftserwerb bekanntlich ohne Wissen und Willen des Erben unmittelbar kraft Gesetzes. Der Erbe kann sich jedoch der angefallenen Erbschaft ggf. durch Ausschlagung wieder entledigen. In zeitlicher Hinsicht befristet § 1944 Abs. 1 BGB allerdings die Ausschlagungsmöglichkeit im Regelfall auf sechs Wochen. Diese Ausschlagungsfrist beginnt nach § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich zu laufen, wenn der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt.

In dem vom OLG Frankfurt zu entscheidenden Fall war der Erbe minderjährig, vertretungsberechtigt waren nach § 1629 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB dessen Eltern gemeinschaftlich. Die für § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB erforderliche Kenntnis ließ sich lediglich bei einem Elternteil feststellen. Das OLG Frankfurt musste nun entscheiden, ob in dieser Situation die Frist nach § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB zu laufen beginnt.

2. Die Entscheidung des OLG Frankfurt

a) Das OLG Frankfurt stellt in seinem Beschluss zunächst im Ausgangspunkt fest, dass für den Fristbeginn jedenfalls auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters, nicht auf die Kenntnis des Minderjährigen selbst abzustellen ist.

b) Der Beginn des Fristlaufs bei Kenntnis lediglich eines Elternteils wird vom OLG Frankfurt verneint. Eine (analoge) Anwendung von § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB hinsichtlich des Fristbeginns wird mit der Begründung verworfen, dass dort nur die gegenüber dem Kind abzugebenden Willenserklärungen behandelt sind, bei der Ausschlagung der Erbschaft aber keine Willenserklärung gegenüber dem Minderjährigen in Rede steht, sondern die Kenntnis von Tatsachen. § 166 BGB wird hingegen jedenfalls hinsichtlich seines Rechtsgedankens für anwendbar gehalten. Allerdings soll sich § 166 BGB für die hier relevante Fragestellung nichts entnehmen lassen. In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung sei die Frage daher ausgehend vom Normzweck des § 1944 BGB zu entscheiden. Das OLG Frankfurt wägt hierzu zwischen dem Bedürfnis nach einer angemessenen Überlegungsfrist der Vertretungsberechtigten und dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer schnellen Klärung der Rechtslage ab. Im Ergebnis soll den Interessen des minderjährigen Erben der Vorzug zukommen und daher auf die spätere Kenntnis des zweiten Erziehungsberechtigten für den Beginn der Ausschlagungsfrist abzustellen

sein. Begründet wird dies in erster Linie damit, dass die Ausschlagung nur durch beide Eltern gemeinsam erfolgen kann, so dass die Erziehungsberechtigten erst dann in die Überlegungsphase eintreten können, wenn beide Kenntnis von Erbfall und Berufsungsgrund haben. Ergänzend führt der Senat die Kürze der Ausschlagungsfrist nach § 1944 Abs. 1 BGB, deren Verlängerung nach § 1944 Abs. 3 BGB in bestimmten Situationen sowie die als besonderes schwierig eingeschätzte Entscheidungsfindung zwischen den Elternteilen an. Nach Ansicht des OLG Frankfurt steht dieses Ergebnis auch nicht in Widerspruch dazu, dass für den Beginn der Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB die Kenntnis lediglich eines Elternteils genügen soll.¹ Der maßgebliche Unterschied soll darin zu sehen sein, dass die Verjährung faktisch regelmäßig bereits durch die Handlung nur eines Erziehungsberechtigten gehemmt werden kann. Weiterhin wird darauf abgestellt, dass die Verjährungsfrist deutlich länger bemessen ist als die Ausschlagungsfrist, so dass aus etwaigen Kommunikationsproblemen zwischen den Erziehungsberechtigten dem Minderjährigen bei der Verjährung regelmäßig kein Nachteil entstehe.

3. Bewertung

a) Dem OLG Frankfurt ist mit der ganz herrschenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung² darin beizupflichten, dass für den Fristbeginn allein die Kenntnis des Minderjährigen nicht genügt. Begründen lässt sich dies beispielsweise mit einer entsprechenden Anwendung von § 166 BGB, mit Sinn und Zweck des § 1944 Abs. 2 BGB oder mit der Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen.

b) Weiterhin ist es im Hinblick auf den Minderjährigenschutz sowie das Erziehungsrecht der Eltern im Ergebnis begrüßenswert, für den Fristbeginn die Kenntnis beider Elternteile als erforderlich anzusehen. Allerdings lassen die diesbezügliche Begründung sowie die Auseinandersetzung mit den anderen hierzu vertretenen Ansichten nach meiner Einschätzung einige Fragen offen, so dass Restzweifel verbleiben, ob sich diese Ansicht in der gerichtlichen Praxis tatsächlich durchsetzen wird.³

aa) Bereits die Ausführungen zu § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB scheinen mir nicht völlig zweifelsfrei. Wenn das OLG Frankfurt dessen Anwendung in der vorliegenden Konstellation mit der Begründung verneint, dass dort nur Willenserklärungen und nicht die hier in Rede stehende Tatsachenkenntnis behandelt sind, so ist diese Begründung zwar hinsichtlich der unmittelbaren Anwendung des § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB durchaus zutreffend. Eine unmittelbare Anwendung wird jedoch – soweit ersichtlich – auch von niemandem vertreten. In der Literatur gefordert wird lediglich eine analoge Anwendung des § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁴ Eine analoge Anwendung

¹ So entschieden zu § 852 Abs. 1 BGB a. F. durch das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 15.11.1990, 1 U 294/88, FamRZ 1992, 181.

² Vgl. beispielsweise aus der Rechtsprechung OLG Koblenz, 5 W 535/07, FamRZ 2008, 1031; OLG Brandenburg, 10 Wx 3/00, FamRZ 2002, 1663; OLG Hamburg, 12 U 127/83, MDR 1984, 54; OLG Hamm, 15 W 42/81, OLGZ 1982, 41, 45; LG Freiburg, 4 T 61/91, BWNotZ 1993, 44, und aus der Literatur MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 1944, Rdnr. 14; *Staudinger/Otte*, Stand 2008, Rdnr. 1944, jeweils m. w. N.

³ Der Entscheidung sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zustimmend hingegen *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 336184.

⁴ So insbesondere MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 1944 Rdnr. 14; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. II, 2010, Rdnr. 2965; *Gothe*, MittRhNotK 1998, 194, 201.

kann jedoch nicht allein mit dem Hinweis darauf verneint werden, dass die zu entscheidende Fallgestaltung vom Wortlaut nicht erfasst ist. Da auch nach Ansicht des OLG Frankfurt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht besteht,⁵ wäre insoweit zu erörtern gewesen, ob die hier relevante Konstellation der Grundsituation des § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB derart vergleichbar ist, dass eine entsprechende Anwendung in Betracht kommt. Insbesondere auch im Hinblick darauf, dass § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB ausweislich der Gesetzesbegründung⁶ dem die Zustellung regelnden § 170 Abs. 3 ZPO nachgebildet wurde,⁷ erscheint eine analoge Anwendung jedenfalls nicht so fernliegend, dass eine Erörterung nicht notwendig wäre.

bb) Auch die Ausführungen des OLG Frankfurt zu § 166 BGB sind nach meiner Ansicht nicht gänzlich überzeugend. In der Literatur wird von namhaften Stimmen⁸ vertreten, dass § 166 BGB auf die hier vorliegende Konstellation keine Anwendung findet. Dies wird damit begründet, dass § 166 BGB die rechtlichen Folgen der Abgabe, nicht aber die Folgen der Unterlassung einer Willenserklärung betrifft. Dies erscheint vom Wortlaut grundsätzlich zwingend, entsprechend kommt allenfalls eine analoge Anwendung des § 166 BGB in Betracht. Diese Analogie (bzw. die Anwendung des Rechtsgedankens des § 166 BGB) wird vom OLG Frankfurt ohne nähere Erörterung bejaht, nur um sogleich festzustellen, dass hieraus für die vorliegend relevante Frage kein Erkenntnisgewinn folge. Neben der nicht erfolgten Erörterung der Zulässigkeit der analogen Anwendung überrascht vor allem der aus der grundsätzlichen Anwendung von § 166 BGB gezogene Schluss. Zwar trifft es sicherlich zu, dass § 166 BGB nicht ausdrücklich regelt, ob bei Gesamtvertretung allein die Kenntnis des Gesamtvertreters genügt. Dennoch entspricht es zu § 166 BGB der ganz herrschenden Meinung, dass bei Gesamtvertretung die Kenntnis lediglich eines Vertreters ausreichend ist.⁹ Warum dies – trotz postulierter Anwendung des Rechtsgedankens des § 166 BGB – vorliegend nicht der Fall sein soll, wird vom Senat leider nicht erörtert.¹⁰

cc) Schließlich erscheint mir fraglich, ob bzw. wie das vom OLG Frankfurt gefundene Ergebnis mit den vorherrschenden Ansichten bzw. ergangenen gerichtlichen Entscheidungen zur Wissenszurechnung in anderen Konstellationen in Einklang gebracht werden kann.

Hält man § 166 BGB dem Rechtsgedanken nach in der hier behandelten Konstellation für anwendbar, so gilt dies – wie vorstehend dargelegt – bereits für die abweichende Behand-

lung vom „Grundfall“ des § 166 BGB.¹¹ Noch problematischer ist allerdings die unterschiedliche Behandlung des Beginns der Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB einerseits und des Beginns der Ausschlagungsfrist andererseits. In beiden Fällen beginnt mit Tatsachenkenntnis eine Frist, deren passives Verstreichenlassen einen Rechtsausschluss¹² zur Folge hat. Die Ausgangssituation ist mithin in beiden Fällen grundsätzlich vergleichbar. Die abweichende Behandlung beider Konstellationen rechtfertigt das OLG Frankfurt in erster Linie damit, dass bei der Erbausschlagung stets beide Eltern gemeinsam handeln müssen, wohingegen bei der Verjährung ein Elternteil allein den Lauf der Frist hemmen kann (beispielsweise durch Aufnahme von Verhandlungen). Weiterhin wird angeführt, dass die regelmäßige Verjährungsfrist deutlich kürzer ist als die Ausschlagungsfrist nach § 194 Abs. 1 BGB.

Im Ausgangspunkt treffen beide Annahmen des OLG Frankfurt sicherlich zu, ob hiermit jedoch eine abweichende Behandlung gerechtfertigt werden kann, erscheint mir jedenfalls nicht zweifelsfrei. Das OLG Frankfurt geht in seiner Argumentation ersichtlich von einem verantwortungsvoll handelnden Elternteil aus, der Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen erlangt, diese aber – aus welchen Gründen auch immer – dem anderen Elternteil erst zu einem späteren Zeitpunkt mitteilt. In dieser Situation ist es in der Tat zutreffend, dass die Länge der Frist von erheblicher Relevanz ist. Weiterhin ist es zumindest denkbar, dass der die relevanten Tatsachen kennende Elternteil einseitig fristhemmende Maßnahmen ergreift, was bei der Verjährungsfrist, nicht aber bei der Ausschlagung möglich ist. Für den Minderjährigen deutlich gefährlicher¹³ ist allerdings der Fall, dass der die relevanten Tatsachen kennende Elternteil auf dem Standpunkt steht, dass die Erbschaft nicht ausgeschlagen bzw. der Anspruch nicht durchgesetzt werden soll. Geht man davon aus, dass allein die Kenntnis eines Elternteils für den Fristbeginn genügt, so hat es dieser Elternteil sowohl hinsichtlich der Verjährung als auch hinsichtlich der Erbausschlagung in der Hand, das Recht des Minderjährigen durch reines Nichthandeln (jedenfalls faktisch) zu beseitigen, obwohl – nicht zuletzt zum Schutz des Minderjährigen – gesetzlich grundsätzlich Gesamtvertretung angeordnet ist. Hierbei kommt der Länge der Frist nur insoweit Bedeutung zu, als bei einer längeren Frist ggf. eine höhere Wahrscheinlichkeit besteht, dass der andere Elternteil auf andere Art und Weise von den relevanten Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Umstand, dass der die maßgeblichen Tatsachen kennende Elternteil einseitig fristhemmende Maßnahmen ergreifen könnte, ist bei einem Elternteil, der ent-

⁵ Und somit wohl eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.

⁶ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 8/2788, 47.

⁷ Der Gesetzgeber scheint mithin bei der Passivvertretung generell eine Einzelvertretung auch dann für ausreichend zu halten, wenn bei der Aktivvertretung Gesamtvertretung gilt. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Kenntniserlangung als Form der Passivvertretung bzw. dieser vergleichbar angesehen werden kann.

⁸ Insbesondere *Erman/Schlüter*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 194 Rdnr. 6; *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 194 Rdnr. 6.

⁹ Vgl. statt aller *MünchKommBGB/Schramm*, 6. Aufl. 2012, § 166 Rdnr. 14; *Staudinger/Schilken*, Stand 2009, § 166 Rdnr. 21; *Valentini* in *BeckOK-BGB*, Stand 1.11.2012, Edition 25, § 166 Rdnr. 5, jeweils m. w. N. auch zur Rechtsprechung.

¹⁰ Aufgrund der Anwendung des Rechtsgedankens des § 166 BGB für einen Fristbeginn bei Kenntnis lediglich eines Elternteils insbesondere *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl. 2002, Rdnr. 12; *Schulz u. a./Hoeren*, BGB, 7. Aufl. 2012, Rdnr. 4.

¹¹ Denkbar wäre es insoweit, mit den vorstehend in Fn. 8 genannten Stimmen in der Literatur eine entsprechende Anwendung des § 166 BGB abzulehnen. Das hinsichtlich der Kenntnis nicht auf den Minderjährigen, sondern auf dessen gesetzlichen Vertreter abzustellen ist, lässt sich ggf. auch ohne Rückgriff auf § 166 BGB plausibel begründen; vgl. oben unter 3 a). Alternativ müssten entsprechende Unterschiede zwischen dem Fall der unmittelbaren Anwendung des § 166 BGB und der hier erfolgenden entsprechenden Anwendung des § 166 BGB herausgearbeitet werden. Diese könnten beispielsweise darin gesehen werden, dass die Situation des § 166 BGB typischerweise ein Fehlverhalten eines gesetzlichen Vertreters voraussetzt, wohingegen bei der Erbausschlagung insbesondere aufgrund der Kürze der Frist eine Fristversäumung auch ohne „Verschulden“ eines Elternteils eher möglich erscheint. Vgl. hierzu auch die Ausführungen unten zur Differenzierung zwischen dem Fristbeginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB einerseits und dem nach 194 Abs. 2 BGB andererseits.

¹² Keine Durchsetzbarkeit des verjährten Rechts im einen Fall, Verlust des Ausschlagungsrechts im anderen Fall.

¹³ Und in der Realität wohl nicht unbedingt seltener.

geschlossen ist, nicht zu handeln, insoweit nicht relevant. Sowohl im Fall der drohenden Verjährung als auch im Fall der drohenden Fristversäumung im Hinblick auf die Erbausschlagung kommt es mithin dann, wenn man die Kenntnis eines Elternteils ausreichen lässt, zu einer erheblichen Gefährdung der Interessen des Minderjährigen.¹⁴ Die Gefährdungslage des Minderjährigen¹⁵ ist insoweit sowohl hinsichtlich der Verjährungs- als auch hinsichtlich der Erbausschlagungskonstellation vergleichbar. Stellt man mithin – wie das OLG Frankfurt dies wohl tut – originär auf das Schutzbedürfnis des Minderjährigen ab, erscheint mir eine Ungleichbehandlung beider Fallgestaltungen zumindest zweifelhaft.

Begründen ließe sich eine Ungleichbehandlung allerdings unter Umständen aufgrund einer Zurechnung „typisierten Verschuldens“. Bei der Erbausschlagung dürfte es in der Tat Konstellationen geben, in denen der kenntnishabende Elternteil aus Gründen, die ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden können, den anderen Elternteil nicht so rechtzeitig unterrichten kann, dass beide Elternteile ausreichend die Interessen des Minderjährigen abwägen und sodann entsprechend handeln können. In den Verjährungsfällen dürfte hingegen regelmäßig ein vorwerfbares Fehlverhalten des kenntnishabenden Elternteils vorliegen. Es sind nur wenige Konstellationen denkbar, in denen ein Elternteil aus nichtvorwerfbaren Gründen weder den anderen Elternteil innerhalb der Verjährungsfrist entsprechend unterrichten noch selbst verjährungshemmende Maßnahmen ergreifen kann. Es ließe sich nun argumentieren, dass der Minderjährige sich dieses „typische Fehlverhalten“ des einen Elternteils in den Verjährungsfällen zurechnen lassen muss. Zwar knüpft an sich weder der Beginn der Verjährungsfrist noch der Beginn der Ausschlagungsfrist an ein – wie auch immer geartetes – Verschuldenselement an. Allerdings lässt sich bereits die Tatsache, dass nach einer bestimmten Zeit der Untätigkeit ein Rechtsverlust eintritt, als Fall der Berücksichtigung „typisierten Verschuldens“ begreifen. Ausgehend hiervon ließe sich vertreten, dass die Zurechnung des „typisierten Verschuldens“ des einen Elternteils in den Verjährungsfällen zur Folge hat, dass der Minderjährigenschutz bei der Frage des Fristbeginns hinter die Interessen des Rechtsverkehrs zurücktritt.¹⁶ Auch diese Argumentation würde meines Erachtens jedoch zumindest Bedenken begegnen. So muss man sich vergegenwärtigen, dass auch in den „Erbausschlagungskonstellationen“ wohl in einem erheblichen Teil der Fälle, in denen die Frage relevant wird, ein rechtzeitiges Informieren des anderen Elternteils möglich gewesen wäre, so dass ein „schuldhaftes“ Handeln eines Elternteils vorliegt. Gleichzeitig dürften auch in den Verjährungsfällen Konstellationen denkbar sein, in denen der kenntnishabende

Elternteil nicht aktiv geworden ist, ohne dass ihn ein Verschuldensvorwurf trifft. Insoweit wäre eine Argumentation auf Grundlage der Zurechnung eines „typisierten Fehlverhaltens“ stets eine Argumentation auf Grundlage angenommener Wahrscheinlichkeiten. Entscheidender dürfte nach meiner Einschätzung allerdings die Frage sein, ob die Zurechnung eines solchen Fehlverhaltens angesichts der hohen Bedeutung des Minderjährigenschutzes im deutschen Recht überhaupt zulässig ist. Hierbei ist zunächst festzuhalten, dass der Minderjährige selbst sich seinen Vertreter nicht ausgesucht hat.¹⁷ Weiterhin ist zu bedenken, dass eine solche Zurechnung in den Verjährungsfällen zur Folge hätte, dass die auch im Interesse des Minderjährigenschutzes angeordnete Gesamtvertretung insoweit faktisch leerliefe und somit der sich fehlverhaltende Elternteil sein Ziel erreichen könnte. Ob dieses Ergebnis mit den Interessen des Rechtsverkehrs gerechtfertigt werden kann, müsste zumindest genauer erörtert werden.

4. Fazit

Die Entscheidung ist nach meiner Ansicht hinsichtlich des Ergebnisses wertungsmäßig begrüßenswert. Die Kenntnis lediglich eines Elternteils für den Fristbeginn nicht genügen zu lassen, erscheint sowohl im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen als auch hinsichtlich des Erziehungsrechts des anderen Elternteils im Ergebnis angemessen. Problematisch dürfte nach meiner Einschätzung allerdings sein, wie dieses Ergebnis mit der generellen Dogmatik zur Wissenszurechnung bei gesetzlicher Gesamtvertretung in Einklang gebracht werden kann. Es wäre daher wünschenswert, wenn von dem zugelassenen Rechtsmittel der Rechtsbeschwer Gebrauch gemacht würde, um dem BGH die Möglichkeit zu eröffnen, insoweit für Klarheit zu sorgen.

Notarassessor Dr. Dominik Kölmel, Würzburg

¹⁷ Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Fällen der gewillkürten Stellvertretung. Weiterhin dürfte hierin auch ein wesentlicher Unterschied zu den Fällen zu sehen sein, in denen zwar die vertretene Person den Vertreter nicht bestimmt hat, wohl aber die hinter dem Vertretenen stehenden Personen (beispielsweise Bestellung des GmbH-Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung).

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. BGB § 709 Abs. 2; HGB §§ 105, 161 (*Zur Aufhebung von qualifizierten Mehrheitserfordernissen nach dem Gesellschaftsvertrag bei Publikumsgesellschaften*)

Beschließen die Gesellschafter einer Publikumspersonengesellschaft mit der nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen Mehrheit, dass Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag aufgehoben werden, die bei Vorliegen bestimmter, bei Beschlussfassung nicht gegebener Voraussetzungen für Änderungen des Gesellschaftsvertrags ein höheres Mehrheitserfordernis bzw. Einstimmigkeit vorschreiben, sind diese Änderungsbeschlüsse für sich genommen nicht treuwidrig. Fasst die Mehrheit auf der Grundlage des geänderten Gesellschaftsvertrags künftig treuwidrige Entscheidungen zulasten der Minderheit, ist die Minderheit durch die gegen diese Beschlüsse gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten hinreichend geschützt.

BGH, Urteil vom 16.10.2012, II ZR 251/10; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

¹⁴ Vergleichbares gilt im Übrigen auch aus Sicht des die maßgeblichen Tatsachen nicht kennenden Elternteils, in dessen Erziehungsrecht durch den Ausschluss von der Entscheidung eingegriffen wird.

¹⁵ Sowie der Eingriff in das Erziehungsrecht des anderen Elternteils.

¹⁶ Die vorstehend gemachte sachliche Differenzierung entspricht den Ausführungen des OLG Frankfurt. Weiterhin lässt sich die Aussage des OLG Frankfurt, dass bei Fristbeginn bei Kenntnis lediglich eines Elternteils Kommunikationsschwierigkeiten zulasten des schutzwürdigen Minderjährigen gingen, „selbst wenn sie nicht auf ein Verschulden der Erziehungsberechtigten zurückzuführen sind“, dahingehend verstehen, dass die „Verschuldensfrage“ für die Differenzierung (mit) maßgeblich ist. Als maßgebliches Differenzierungskriterium wird der Aspekt des „schuldhaften Handelns“ eines Elternteils jedoch zumindest nicht ausdrücklich herangezogen. Keine Ausführungen enthält die Entscheidung weiterhin jedenfalls dazu, ob bzw. warum das „typisierte Verschulden“ eines Elternteils dem Minderjährigen zugerechnet werden kann bzw. muss.

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in NZG 2013, 57, und in WM 2013, 31, sowie abrufbar unter BeckRS 2012, 25540.

12. AktG § 295 (*Auf der Mitgliedschaft beruhende Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an einzelne Gesellschafter in der Regel keine Schenkung*)

1. **Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an einzelne Gesellschafter, die im Hinblick auf die Mitgliedschaft erfolgen, beruhen regelmäßig auch dann, wenn im Leistungszeitpunkt keine rechtliche Verpflichtung zur Erbringung der Leistung besteht, auf der gesellschaftsvertraglich verabredeten gemeinsamen Zweckverfolgung, an deren Erfolg der Gesellschafter teilhaben soll; auch bei einer stillen Gesellschaft steht der im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Zweck einer solchen Leistung der Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB ebenso entgegen wie bei entsprechenden freiwilligen Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft.**
2. **Eine Änderung eines Unternehmensvertrags im Sinne des § 295 AktG ist gegeben, wenn durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung inhaltlich auf die nach der bisherigen Vertragslage bestehenden Rechte und Pflichten der Parteien eingewirkt wird, ohne dass zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen zu unterscheiden ist.**

BGH, Urteil vom 18.9.2012, II ZR 50/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin, die Landessparkasse zu Oldenburg, beteiligte sich durch Vertrag vom 14./23.4.1998 als stille Gesellschafterin mit einer Vermögenseinlage von 35 Mio. DM am Handelsgewerbe der Hamburgischen Landesbank – Girozentrale, einer Anstalt des öffentlichen Rechts.

Der Vertrag vom 14./23.4.1998 enthält zur Gewinn- und Verlustbeteiligung folgende Regelungen:

§ 2 Gewinnbeteiligung

(1) Der stille Gesellschafter erhält vorbehaltlich des Absatzes 5 für jedes Geschäftsjahr eine Gewinnbeteiligung auf die in § 1 Abs. 1 Satz 1 genannte Einlage in Höhe von 6,32 von Hundert. (...)

(5) Der Anspruch auf die Gewinnbeteiligung entfällt, wenn und soweit durch sie ein Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht würde oder die Einlage nach einer Herabsetzung gemäß § 3 Abs. 1 noch nicht wieder auf den Nennbetrag aufgefüllt und/oder die für die vorausgegangenen Geschäftsjahre ausgefallenen Vergütungen noch nicht nachgeholt worden sind. Die Bank ist nicht verpflichtet, stille Reserven aufzudecken, um einen Jahresfehlbetrag zu vermeiden. (...)

§ 3 Verlustteilnahme

(1) Ergibt sich bei der Aufstellung der Bilanz, dass ein Jahresfehlbetrag entstehen würde, ist dieser, soweit bisher noch nicht geschehen, von den gesamten stillen Einlagen im Verhältnis ihres Buchwertes zum gesamten in der Bilanz ausgewiesenen haftenden Eigenkapital der Bank, das am Verlust teilnimmt, abzusetzen. Dies bedeutet, dass alle stillen Gesellschafter, alle Inhaber von Genussrechten und die Kapitaleigner der Bank einen Jahresfehlbetrag mit dem gleichen Prozentsatz des Buchwertes ihrer Einlagen, Rückzahlungsansprüche oder des sonstigen ausgewiesenen Eigenkapitals tragen. Nachrangiges Haftkapital nimmt am Jahresfehlbetrag nicht teil. (...)

Die Hamburgische Landesbank – Girozentrale ist durch Staatsvertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und der Freien und Hansestadt Hamburg vom 4.2.2003 mit der Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale, Anstalt des öffentlichen Rechts, unter Auflösung

ohne Abwicklung im Wege der Neugründung durch Übertragung der Vermögen beider Anstalten auf die dadurch neu gegründete Beklagte, die HSH Nordbank AG, verschmolzen worden. Nach § 1 Abs. 6 des Staatsvertrags sind die Vermögen der Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale und der Hamburgischen Landesbank – Girozentrale in dem bei Wirksamwerden der Verschmelzung vorhandenen Umfang mit allen Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens und mit den Arbeitsverhältnissen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die HSH Nordbank AG übergegangen.

Neben dem Vertrag vom 14./23.4.1998 über die stille Beteiligung der Klägerin, nach dessen § 5 Abs. 2 die Einlage von einer Veränderung der Rechtsform oder einer Verschmelzung der Bank unberührt bleibt, bestanden zum 8.8.2008 weitere 123 stille Gesellschaftsverträge; alle Verträge sind als Teilgewinnabführungsverträge im Handelsregister eingetragen worden.

Auf der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 19.12.2008 erklärte der Versammlungsleiter, dass die Beklagte im Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2008 vermutlich einen Jahresfehlbetrag ausweisen werde und daher nicht verpflichtet sei, eine Gewinnbeteiligung auf insgesamt 119 der Teilgewinnabführungsverträge zu zahlen; er sehe bei einem Ausfall der Bedienung der stillen Gesellschafter jedoch die Gefahr eines erheblichen Reputationsverlustes für die Beklagte, der angesichts der Finanzmarktkrise unmittelbar existenzbedrohende Bedeutung erlangen könne. Auf Vorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat ermächtigte die Hauptversammlung daraufhin den Vorstand durch einstimmigen Beschluss, einen Betrag von bis zu 64 Mio. € zur Leistung freiwilliger, auf die nach dem jeweiligen Vertrag geschuldete Vergütung begrenzter Sonderzahlungen an die stillen Gesellschafter zu verwenden und mit diesen entsprechend einem dem Beschluss beigefügten Mustervertrag zu vereinbaren, dass die in den stillen Gesellschaftsverträgen vorgesehenen Verlustzuweisungen unterbleiben.

Die Beklagte bestätigte der Klägerin mit Schreiben vom 21.12.2008 (Anlage K 4), dass sie „trotz des derzeit zweifelsohne schwierigen Marktumfeldes“ die Vergütung für die stille Einlage für das Geschäftsjahr 2008 in voller Höhe auszahlen und eine Verlustzuweisung nicht vornehmen werde. Die Vergütung werde der Klägerin im Wege einer Sonderzahlung am vertraglich vereinbarten Fälligkeitstag zufließen, sofern die Beklagte für das Geschäftsjahr 2008 einen Jahresfehlbetrag ausweise und eine Vergütungszahlung aus diesem Grunde entsprechend den vertraglichen Vergütungsregelungen ganz oder teilweise entfiele. Weiterhin sicherte die Beklagte zu, dass die stille Einlage an einem etwaigen Jahresfehlbetrag für das Geschäftsjahr 2008 nicht teilnehme, und bat darum, das dem Schreiben beigefügte, für die Beklagte bereits unterzeichnete Exemplar des Änderungsvertrags unterschrieben zurückzusenden.

Der von der Klägerin mit Datum vom 9.1.2009 unterzeichnete und an die Beklagte zurückgesandte „Änderungsvertrag zu einem Teilgewinnabführungsvertrag (Stiller Gesellschaftsvertrag)“ sieht in § 1 Abs. 1 und 2 vor, dass die Regelungen im Vertrag vom 14./23.4.1998 über die Verlustbeteiligung für das Geschäftsjahr 2008 einmalig keine Anwendung finden, die Beklagte vielmehr ausdrücklich einmalig für das Geschäftsjahr 2008 auf die anteilige Anrechnung eines etwaigen Jahresfehlbetrags auf die stille Einlage verzichtet. § 1 Abs. 3 des Änderungsvertrags bestimmt, dass das Entfallen des Anspruchs auf Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 aus dem stillen Gesellschaftsvertrag, sollte nach dessen Regelungen im Geschäftsjahr ein Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht werden, hiervon nicht berührt werde. Die im Schreiben vom 21.12.2008 bestätigte Sonderzahlung wird im Änderungsvertrag nicht erwähnt.

Die Hauptversammlung der Beklagten stimmte dem Änderungsvertrag mit Beschluss vom 2.2.2009 zu. Die Vertragsänderung wurde am 18.2.2009 im Handelsregister eingetragen.

Der im Frühjahr 2009 aufgestellte Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr 2008 wies einen Jahresfehlbetrag von über 3 Mrd. € aus. Mit Schreiben vom 15.5.2009 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie sehe sich nicht mehr in der Lage, die angekündigte Sonderzahlung zu erbringen. Zur Begründung führte sie die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission an, die die Rekapitalisierung der Beklagten samt der hierzu erforderlichen Risikoabschirmung als Beihilfe ansehe, die nach den Vorgaben des europäischen Beihilferechts zu genehmigen sei; die Kommission habe zum Ausdruck gebracht, dass die geplante freiwillige Bedienung der stillen

Gesellschafter eine schwere Belastung für das anstehende Beihilfeverfahren darstellen würde.

Die Klägerin hat mit ihrer im Urkundenprozess erhobenen Klage unter Bezugnahme auf das Schreiben der Beklagten vom 21.12.2008 für das Geschäftsjahr 2008 die Zahlung eines Betrags in Höhe von 6,32 % ihrer Einlage verlangt. Das LG hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 1.130.975,64 € nebst Zinsen verurteilt und der Beklagten die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht (OLG Hamburg, ZIP 2011, 430) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Der Klageanspruch ergebe sich nicht aus dem Sonderzahlungsversprechen der Beklagten im Schreiben vom 21.12.2008. Die Beklagte habe sich der Klägerin gegenüber mit diesem Sonderzahlungsversprechen nicht rechtswirksam zur Zinszahlung verpflichten können, weil es gemäß § 518 Abs. 1 BGB, § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 293 Abs. 3 AktG formunwirksam abgegeben worden und damit gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig sowie eine Eintragung im Handelsregister gemäß § 294 Abs. 2, § 295 Abs. 1 AktG nicht erfolgt sei.

Die Zusage der Beklagten, die Zinszahlung auf die Einlage der Klägerin auch dann erbringen zu wollen, falls wegen eines Jahresfehlbetrags ein Anspruch hierauf nicht entstehen werde, stelle ein Schenkungsversprechen (§ 516 Abs. 1 BGB) dar und hätte daher gemäß § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung bedurft. Die durch den Änderungsvertrag zustande gekommene Einigung der Parteien darüber, dass die vertraglich nicht geschuldete Vergütung der Klägerin im Falle eines Jahresfehlbetrags als Sonderzahlung gewährt werden solle, beinhalte auch die tatsächliche Verständigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit dieser Sonderzahlung. Der Unentgeltlichkeit des von der Beklagten abgegebenen Sonderzahlungsversprechens könne nicht entgegengehalten werden, dass die Beklagte dieses Sonderzahlungsversprechen in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der zwischen ihr und der Klägerin bestehenden stillen Gesellschaft im Hinblick auf ihre Mitgliedschaft (*causa societatis*), und insofern gerade nicht ohne rechtlichen Grund, abgegeben habe. Die Voraussetzungen einer Leistungszusage *causa societatis* lägen nicht vor.

Das Sonderzahlungsversprechen der Beklagten mit Schreiben vom 21.12.2008 sei darüber hinaus mangels Einhaltung der gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 293 Abs. 3, § 295 Abs. 1 AktG vorauszusetzenden Schriftform sowie nach Maßgabe von § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 294 Abs. 2, § 295 Abs. 1 AktG auch deshalb unwirksam, weil das Sonderzahlungsversprechen als ein den Gesellschaftsvertrag vom 14./23.4.1998 ändernder Vertrag nicht im Handelsregister eingetragen worden sei. Bei dem zwischen den Parteien fortbestehenden Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft handele es sich um einen Teilgewinnabführungsvertrag im Sinne von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Dementsprechend habe die mit dem Sonderzahlungsversprechen der Beklagten insofern beabsichtigte Änderung dieses Teilgewinnabführungsvertrags, dass unbeschadet des für das Geschäftsjahr 2008 erwarteten Jahresfehlbetrags der Beklagten gleichwohl eine Zahlung in Höhe der vereinbarten Gewinnbeteiligung an die Klägerin erfolgen sollte, gemäß

§ 293 Abs. 3, § 295 Abs. 1 AktG der Schriftform und gemäß § 294 Abs. 2, § 295 Abs. 1 AktG der Eintragung ins Handelsregister bedurft. Die Beklagte sei auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert, sich auf die Formunwirksamkeit ihres Sonderzahlungsversprechens zu berufen.

II.

Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Klägerin aus der Zusage der Beklagten im Schreiben vom 21.12.2008 kein Anspruch auf Zahlung der Vergütung für ihre stille Einlage für das Geschäftsjahr 2008 zusteht, weil durch die Erklärung der Beklagten, die Vergütung auf die Einlage der Klägerin für das Geschäftsjahr 2008 auch dann zu zahlen, wenn wegen eines Jahresfehlbetrags der Beklagten die im Vertrag vom 14./23.4.1998 vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen nicht gegeben sind, wegen Nichtbeachtung der durch Gesetz vorgeschriebenen Form eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten nicht begründet worden ist (§ 125 Satz 1 BGB).

a) Die Zusage der Beklagten, die Vergütung auch bei Ausweisung eines Jahresfehlbetrags zu zahlen, unterlag allerdings entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB, weil es sich nicht um eine schenkweise versprochene Leistung handelt. Eine Schenkung setzt gemäß § 516 Abs. 1 BGB voraus, dass der Schenker den Beschenkten durch Zuwendung eines Vermögensgegenstandes bereichert und beide sich darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten sich auf eine in diesem Sinne unentgeltliche Zuwendung der Sonderzahlung für das Geschäftsjahr 2008 geeinigt, beruht, wie die Revision im Ergebnis zu Recht rügt, auf Rechtsfehlern.

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Anwendung der Schenkungsregeln ausgeschlossen, wenn ein Gesellschafter, ohne dazu nach dem Gesellschaftsvertrag oder aus einem anderen Rechtsgrund verpflichtet zu sein, eine Leistung an die Gesellschaft im Hinblick auf seine Mitgliedschaft (*causa societatis*) erbringt oder eine solche zusagt (BGH, Urteil vom 8.5.2006, II ZR 94/05, ZIP 2006, 1199 Rdnr. 11 = MittBayNot 2006, 431; Urteil vom 14.1.2008, II ZR 245/06, ZIP 2008, 453 Rdnr. 17; vgl. auch *Grunewald*, NZG 2011, 613, 616). Eine solche Verpflichtung wird auch ohne die Vereinbarung einer unmittelbaren Gegenleistung im Rechtssinne regelmäßig vor dem Hintergrund abgegeben, dass sich der Gesellschafter von ihr eine Stärkung der Gesellschaft und damit mittelbar eine Verbesserung seiner durch die Mitgliedschaft vermittelten Vermögenslage oder auch nur immaterielle Vorteile verspricht (BGH, Urteil vom 8.5.2006, II ZR 94/05, ZIP 2006, 1199 Rdnr. 12 = MittBayNot 2006, 431; Urteil vom 14.1.2008, II ZR 245/06, ZIP 2008, 453 Rdnr. 18).

Aus demselben Grund fallen Verpflichtungen oder Zuwendungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter gleichfalls nicht in den Anwendungsbereich der §§ 516 ff. BGB, wenn sie im Hinblick auf die Mitgliedschaft erfolgen (vgl. *Mühl/Teichmann* in *Soergel*, BGB, 12. Aufl., § 516 Rdnr. 47; *MünchKommBGB/Koch*, 6. Aufl., § 516 Rdnr. 98; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, Bearb. 2005, § 516 Rdnr. 158). Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an einzelne Gesellschafter, die im Hinblick auf die Mitgliedschaft erfolgen, beruhen regelmäßig auch dann, wenn im Leistungszeitpunkt keine rechtliche Verpflichtung zur Erbringung der Leistung besteht, auf der gesellschaftsvertraglich verabredeten gemeinsamen Zweckverfolgung, an deren Erfolg der Gesellschafter

teilhaben soll. Der im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Leistungszweck steht der Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB ebenso entgegen wie bei entsprechenden freiwilligen Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft. Für das hier vorliegende stille Gesellschaftsverhältnis (§ 230 Abs. 1 HGB), das gleichfalls die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks voraussetzt (BGH, Urteil vom 10.10.1994, II ZR 32/94, BGHZ 127, 176, 177; Urteil vom 21.7.2003, II ZR 109/02, BGHZ 156, 38, 43) und bei dem die Teilhabe des stillen Gesellschafters am Erfolg des Handelsgewerbes durch Leistungen aus dem Vermögen des Geschäftsinhabers vollzogen wird, ist eine andere Beurteilung nicht geboten.

bb) Von diesen Grundsätzen ausgehend hält die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten sich auf die schenkweise unentgeltliche Zuwendung der Sonderzahlung für das Geschäftsjahr 2008 geeinigt, einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Zwar ist die Auslegung von Erklärungen, die auf das Zustandekommen einer Individualvereinbarung gerichtet sind, grundsätzlich Sache des Tatrichters und revisionsrechtlich nur darauf überprüfbar, ob der Tatrichter gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen hat (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 8.11.2004, II ZR 300/02, ZIP 2005, 82, 83; Urteil vom 7.3.2005, II ZR 194/03, ZIP 2005, 1068, 1069; Urteil vom 16.3.2009, II ZR 68/08, ZIP 2009, 880 Rdnr. 12; Beschluss vom 14.6.2010, II ZR 135/09, ZIP 2010, 1442 Rdnr. 7; Urteil vom 17.4.2012, II ZR 152/10, juris Rdnr. 19). Solche Rechtsfehler sind hier aber gegeben. Für die Auslegung kommt es darauf an, wie die Erklärungen der Beklagten in ihrem Schreiben vom 21.12.2008 nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für einen objektiven Betrachter in der Lage des Erklärungsgegners zu verstehen sind (§§ 133, 157 BGB). Hierbei sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere auch die dem Rechtsverhältnis zugrundeliegenden Lebensverhältnisse, die Interessenlage, der Geschäftsbereich, dem die Erklärung zugehört, sowie die typischen Verhaltensweisen (BGH, Urteil vom 1.3.2011, II ZR 16/10, ZIP 2011, 957 Rdnr. 11). Die Auslegung des Berufungsgerichts berücksichtigt nicht ausreichend, dass die Beklagte die Sonderzahlung ausdrücklich im Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden stillen Gesellschaftsverhältnisses zugesagt hat und daher davon auszugehen ist, dass die Zusage auf der gesellschaftsvertraglich vereinbarten gemeinsamen Zweckverfolgung und Erfolgsteilhabe beruht.

Die Beklagte hat die auch für den Fall der Ausweisung eines Jahresfehlbetrags bestätigte Zahlung für das Geschäftsjahr 2008 in ihrem Schreiben vom 21.12.2008 unter Bezugnahme auf den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich als Vergütung auf die stille Einlage bezeichnet, die der Klägerin in der „vertraglich vereinbarten“ Höhe am „vertraglich vereinbarten“ Fälligkeitstag zufließen sollte. Der hierdurch begründeten Annahme einer Leistungszusage *causa societatis*, die aus den oben dargelegten Gründen eine Anwendung der Schenkungsregeln ausschließt, steht nicht entgegen, dass die nach dem stillen Gesellschaftsvertrag vereinbarten Voraussetzungen für eine Vergütungszahlung für das Geschäftsjahr 2008 nicht gegeben waren und die Beklagte dies in ihrem Schreiben vom 21.12.2008 zum Ausdruck gebracht hat. Eine unentgeltliche schenkweise Zuwendung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn die versprochene Leistung (zuvor) rechtlich nicht geschuldet wird. Für die Annahme einer Leistung *causa societatis* ist es auch unerheblich, ob die Zusage der Zahlung der

Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 als selbständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 Satz 1 BGB zu beurteilen ist, was das Berufungsgericht offen gelassen hat. Auch ein Schuldversprechen wäre entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht schenkweise erteilt (§ 518 Abs. 1 Satz 2 BGB), sondern hätte seinen Rechtsgrund in dem zwischen den Parteien bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 14.1.2008, II ZR 245/06, ZIP 2008, 453 Rdnr. 17, 20; MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 780 Rdnr. 2).

Selbst wenn man unterstellt, dass der Klägerin zum Zeitpunkt des Zugangs des Schreibens vom 21.12.2008 das Protokoll der Hauptversammlung der Beklagten vom 19.12.2008 bekannt gewesen sein sollte, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Der Versammlungsleiter hat nach seinen im Protokoll der Hauptversammlung wiedergegebenen Äußerungen ausgeführt, die Zahlung der Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 solle nicht „über eine Änderung der Stillen Gesellschaftsverträge erfolgen, sondern durch eine freiwillige Sonderzahlung der HSH Nordbank AG, die ihre Grundlage nicht in den Stillen Gesellschaftsverträgen findet, sondern diese nur berücksichtigt“. Dem lässt sich nichts anderes entnehmen als auch in dem Schreiben vom 21.12.2008 erklärt ist, dass nämlich eine rechtliche Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 nach den bisherigen vertraglichen Vereinbarungen nicht bestehe und auch nicht durch eine Änderung des (schriftlichen) stillen Gesellschaftsvertrags begründet, sondern (nur) unter Berücksichtigung des stillen Gesellschaftsverhältnisses eine freiwillige Sonderzahlung vorgenommen werden solle.

b) Das Berufungsgericht ist aber rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass eine Änderung des nach der Verschmelzung der ursprünglichen Vertragspartnerin auf die Beklagte fortgeltenden Vertrags vom 14./23.4.1998 über die Errichtung einer stillen Gesellschaft, bei dem es sich um einen Unternehmensvertrag in Form eines Teilgewinnabführungsvertrags im Sinne von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG handelt (vgl. BGH, Urteil vom 21.7.2003, II ZR 109/02, BGHZ 156, 38, 43; Urteil vom 8.5.2006, II ZR 123/05, ZIP 2006, 1201 Rdnr. 20), nach den nach Gründung der Beklagten als Aktiengesellschaft anwendbaren Vorschriften der § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG der schriftlichen Form bedurfte. Es hat ferner im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Parteien eine Änderung des Teilgewinnabführungsvertrags vereinbart haben und dabei die gesetzliche Form nicht eingehalten worden ist.

aa) Nach § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG bedarf die Änderung eines Unternehmensvertrags der schriftlichen Form. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Parteien mit dem Versprechen der Beklagten, die Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 auch bei Ausweisung eines Jahresfehlbetrags zu zahlen, eine Änderung des stillen Gesellschaftsvertrags im Sinne des § 295 AktG beabsichtigt haben, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

(1) Die Änderung eines Unternehmensvertrags im Sinne von § 295 AktG erfolgt durch eine zweiseitige Vereinbarung der Vertragspartner, durch die der Vertrag noch während seiner Laufzeit inhaltlich abgeändert werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 7.5.1979, II ZR 139/78, WM 1979, 770; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rdnr. 6). Eine solche Änderungsvereinbarung ist nicht nur dann gegeben, wenn die Vertragsparteien die Änderung des Vertrags ausdrücklich vereinbaren. Eine konkludente Abrede, die aus einer einvernehmlichen Änderung der Vertragspraxis herzuleiten sein kann, wenn diese auf einen rechtsgeschäftlichen Änderungswillen schließen lässt, ist

gleichfalls als Änderung im Sinne des § 295 AktG anzusehen (vgl. MünchKommAktG/Altmeyen, 3. Aufl., § 295 Rdnr. 15; Deilmann in Hölters, AktG, § 295 Rdnr. 4; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rdnr. 9; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 295 Rdnr. 4; Langenbucher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 295 Rdnr. 6; Paschos in Henssler/Strohn, GesR, § 295 AktG Rdnr. 4; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 295 Rdnr. 13). Für die Anwendbarkeit des § 295 AktG ist maßgeblich allein darauf abzustellen, ob durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung inhaltlich auf die nach der bisherigen Vertragslage bestehenden Rechte und Pflichten der Parteien eingewirkt wird, ohne dass zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen zu unterscheiden ist (vgl. BFHE 223, 162 Rdnr. 18; MünchKommAktG/Altmeyen, 3. Aufl., § 295 AktG Rdnr. 3; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rdnr. 6; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 295 Rdnr. 3; Schenk in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 295 Rdnr. 2).

(2) Mit der Vereinbarung einer von den Voraussetzungen nach § 2 Abs. 5 des stillen Gesellschaftsvertrags unabhängigen Vergütung auf die stille Einlage haben die Parteien für das Geschäftsjahr 2008 die sich aus dem stillen Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten abgeändert. Darin liegt eine Änderung im Sinne von § 295 AktG. Dem steht nicht entgegen, dass die Parteien die Zusage der Sonderzahlung nicht in den von der Klägerin am 9.1.2009 unterzeichneten Änderungsvertrag aufgenommen haben.

Den Vertragsparteien eines Unternehmensvertrags ist es zwar grundsätzlich unbenommen, ob sie einen Änderungsvertrag (§ 295 AktG), einen Aufhebungsvertrag (§ 296 AktG), verbunden mit einem neuen Vertrag, oder einen weiteren rechtlich selbständigen Vertrag abschließen wollen. Soweit sich die von den Vertragsparteien angestrebte Neugestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen auf unterschiedlichen Wegen verwirklichen lässt, steht es ihnen auch offen, mit welchen der ihnen vom Gesetz eingeräumten Möglichkeiten sie das von ihnen verfolgte Ziel erreichen wollen (vgl. BGH, Urteil vom 15.6.1992, II ZR 18/91, BGHZ 119, 1, 6; Urteil vom 5.4.1993, II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 233 f.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 295 Rdnr. 11). Die rechtliche Beurteilung der von ihnen im Einzelfall gewählten tatsächlichen Gestaltung steht dagegen nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Eine Vereinbarung, welche die Voraussetzungen einer Änderung im Sinne des § 295 AktG erfüllt, unterfällt daher auch dann dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift, wenn die Vertragsparteien der Ansicht sind, den zwischen ihnen bestehenden Unternehmensvertrag nicht zu ändern.

Aus diesem Grunde ist es auch unerheblich, dass die Parteien in § 1 Abs. 3 des zwischen ihnen geschlossenen Änderungsvertrags ausdrücklich geregelt haben, dass der Ausschluss des Vergütungsanspruchs im Falle eines Jahresfehlbetrags unberührt bleiben solle. Aus der Vereinbarung der Sonderzahlung ergibt sich, dass dies für das Geschäftsjahr 2008 gerade nicht gelten sollte und insoweit vielmehr die Rechte und Pflichten aus dem zwischen den Parteien bestehenden Teilgewinnabführungsvertrag abgeändert werden sollten.

(3) Entgegen der Auffassung der Revision kommt es für die Anwendung des § 295 AktG nicht darauf an, ob es sich bei der Vergütungszusage der Beklagten für das Geschäftsjahr 2008 gemäß dem Schreiben vom 21.12.2008 um – was das Berufungsgericht offen gelassen hat – ein selbständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 Satz 1 BGB handeln sollte. Auch in diesem Fall liefe die Vereinbarung einer Sonderzah-

lung auf eine Abänderung der sich aus dem bestehenden Teilgewinnabführungsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten hinaus und unterläge daher den für die Änderung eines Teilgewinnabführungsvertrags geltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 295 AktG.

(4) Der Beklagten war es auch nicht möglich, die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Änderung des Teilgewinnabführungsvertrags dadurch zu umgehen, dass der Versammlungsleiter in der Hauptversammlung am 19.12.2008 erklärte, die Bedienung der stillen Gesellschafter „soll nicht über eine Änderung der betreffenden Stillen Gesellschaftsverträge erfolgen, sondern durch eine freiwillige Sonderzahlung der HSH Nordbank AG, die ihre Grundlage nicht in den Stillen Gesellschaftsverträgen findet, sondern diese nur berücksichtigt“. Dadurch wird der Charakter der Vergütungszusage als einer auf der Grundlage des Schreibens vom 21.12.2008 zustande gekommenen einvernehmlichen Änderungsvereinbarung im Sinne des § 295 AktG nicht berührt. In der Erklärung kommt lediglich eine fehlerhafte Rechtsauffassung über den Anwendungsbereich des § 295 AktG zum Ausdruck.

(5) Auf die Frage, ob eine Vertragsänderung im Sinne des § 295 AktG auch dann noch anzunehmen ist, wenn nach den vertragsändernden Absprachen der Vertragsparteien nicht mehr vom ursprünglichen Vertragstypus ausgegangen werden kann (vgl. dazu MünchKommAktG/Altmeyen, § 295 Rdnr. 7; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rdnr. 12; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 295 Rdnr. 18; jeweils m. w. N.), kommt es im vorliegenden Fall nicht an, weil mit der (einmaligen) Zusage einer gewinnunabhängigen Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 der Vertragstypus unberührt geblieben ist. Von einer Teilgewinnabführung im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG kann zwar nicht mehr gesprochen werden, wenn auf die Einlage des stillen Gesellschafters eine feste, vom Gewinn unabhängige Vergütung gewährt wird (BayObLG, NZG 2001, 408; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 292 Rdnr. 13; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 292 Rdnr. 54; Langenbucher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 292 Rdnr. 27; a. A. OLG Hamburg, NZG 2003, 436, 437). Steht – wie hier nach der Änderung für das Geschäftsjahr 2008 – die Zusage einer festen Vergütung auf die Einlage jedoch neben einer ansonsten vereinbarten Gewinnbeteiligung, handelt es sich gleichwohl um ein einheitliches (Beteiligungs-)Vertragsverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1994, II ZR 32/94, BGHZ 127, 176, 181; Habersack in FS Happ, 2006, S. 49, 59; Schön, ZGR 1993, 210, 223). Die Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine Änderung des Vertrags gelten im Übrigen unabhängig davon, ob die Änderung den materiellen Gehalt der Teilgewinnabführung als solcher berührt (MünchKommAktG/Altmeyen, 3. Aufl., § 295 AktG Rdnr. 3; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rdnr. 6; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 295 Rdnr. 3; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 295 Rdnr. 5; Langenbucher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 295 Rdnr. 7 f.; Schenk in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 295 Rdnr. 2; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 295 Rdnr. 3).

bb) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die gemäß § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG erforderliche schriftliche Form nicht gewahrt ist, weil eine von der Klägerin unterzeichnete Urkunde (§ 126 Abs. 1 und 2 BGB) über die Verpflichtung der Beklagten, die Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 auch bei Ausweisung eines Jahresfehlbetrags zu zahlen, nicht aufgenommen worden ist. Der dem Schreiben der Beklagten vom 21.12.2008 beigefügte und von der Klägerin unterzeichnete Änderungsvertrag enthält diese Verpflichtung gerade nicht.

c) Im Übrigen fehlt es nicht nur an der nach § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG vorgeschriebenen Schriftform, sondern auch an der erforderlichen Eintragung im Handelsregister (§ 295 Abs. 1 Satz 2, § 294 Abs. 2 AktG).

2. Diese Mängel haben zur Folge, dass die Klägerin aus dem wegen fehlender Form (§ 125 Satz 1 BGB) und wegen fehlender Registereintragung unwirksamen Zahlungsverprechen der Beklagten keine Ansprüche herleiten kann.

a) Dies gilt auch dann, wenn es sich dabei um ein selbständiges Schuldversprechen im Sinne von § 780 BGB handeln sollte. Die Beklagte könnte ihrer Inanspruchnahme dann jedenfalls die Einrede der Bereicherung aus § 821 BGB entgegenhalten. Dass die Beklagte die Einrede aus § 821 BGB (ausdrücklich) erst im Berufungsverfahren erhoben hat, schadet (schon deswegen) nicht, weil die Erhebung der Einrede und die ihr zugrunde liegenden Tatsachen unstreitig sind (vgl. BGH, Beschluss vom 23.6.2008, GSZ 1/08, BGHZ 177, 212 Rdnr. 9).

b) Der Bereicherungseinwand der Beklagten wäre nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung der Revision, die ebenfalls ein Schenkungsversprechen verneint und eine Zuwendung causa societatis annimmt, genügt es für die Kenntnis von der Nichtschuld nicht, dass der Beklagten bewusst war, mangels eines Jahresüberschusses im Geschäftsjahr 2008 keine Vergütung auf die stille Einlage zu schulden. Da Rechtsgrund des von der Klägerin angenommenen abstrakten Schuldversprechens die den Teilgewinnabführungsvertrag ändernde Vereinbarung wäre, könnte die Kenntnis von der Nichtschuld nur angenommen werden, wenn der Beklagten deren Unwirksamkeit bekannt gewesen wäre. Das aber hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

3. Das Berufungsgericht hat überdies rechtsfehlerfrei angenommen, dass sich die Beklagte ohne Verstoß gegen § 242 BGB auf die Unwirksamkeit der Sonderzahlungszusage berufen kann, weil deren Nichteinhaltung für die Klägerin nicht existenzgefährdend ist und der Beklagten weder Arglist noch ein besonders schwerer Treueverstoß vorzuwerfen sind. Die Revision wendet sich (zu Recht) weder gegen die diese Annahme tragenden Feststellungen des Berufungsgerichts noch gegen dessen rechtliche – mit der Rechtsprechung des BGH im Einklang stehende (vgl. BGH, Urteil vom 3.12.1958, V ZR 28/57, BGHZ 29, 6, 12; Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, BGHZ 138, 339, 348) – Bewertung.

4. Kann die Klägerin schon wegen der Formnichtigkeit der Änderungsvereinbarung bzw. deren fehlender Eintragung im Handelsregister keine Leistung verlangen, kommt es auf die Frage, ob die Erfüllung der Sonderzahlungszusage gegen § 301 Satz 1 AktG verstoßen würde, nicht mehr an.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. ZPO § 727 Abs. 1, § 750 Abs. 2 (Zwangsvollstreckung durch Rechtsnachfolger aufgrund Eintragung in Genossenschaftsregister)

Ist aufgrund einer Eintragung im Genossenschaftsregister dem Rechtsnachfolger des in einem Vollstreckungstitel bezeichneten Gläubigers eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels erteilt worden, darf die Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn dem Schuldner zusammen mit dem Titel neben der Vollstreckungsklausel ein Auszug aus dem

Register zugestellt wird, welcher den aktuellen Registerinhalt im Zeitpunkt der Klauselerteilung wiedergibt.

BGH, Beschluss vom 8.11.2012, V ZB 124/12; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beteiligte zu 3 betreibt die Zwangsversteigerung des in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes der Schuldner aus den im Grundbuch in Abteilung III Nr. 1, 2 und 5 eingetragenen Grundpfandrechten. Sie ist durch Verschmelzung zweier Volksbanken entstanden. Die Vollstreckungsklauseln zu den notariellen Urkunden wurden auf sie umgeschrieben und den Schuldnern zugestellt. Sie haben den folgenden Wortlaut:

Rechte Abteilung III Nr. 1 und 2:

„Laut Eintragung im Genossenschaftsregister GnR (jetzt GnR) des AG Mannheim ist die Volksbank B eG mit dem Sitz in B durch Beschluss der Vertreterversammlung vom 3.6.2005 und durch Beschluss der Vertreterversammlung vom 10.5.2005 aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 8.3.2005 durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes gemäß § 2 UmwG auf die übernehmende Volksbank Br-Raiffeisenbank eG mit dem Sitz in Br mit dieser durch Aufnahme verschmolzen.

Gleichzeitig wurde die Änderung der Firma in ‚Volksbank B-Br eG‘ beschlossen.

Die obige vollstreckbare Ausfertigung vom 27.8.2002 wird hiermit umgeschrieben auf die Volksbank B-Br eG mit dem Sitz in B als Rechtsnachfolgerin der Volksbank B eG.“

Recht Abteilung III Nr. 5:

„1. Aufgrund Einsichtnahme in einen beglaubigten Auszug aus dem Genossenschaftsregister des AG Mannheim, GnR, vom 2.9.2008, bescheinige ich, Notar, dass aufgrund Beschluss der Vertreterversammlung vom 3.6.2005 und durch Beschluss der Vertreterversammlung der Volksbank B eG mit dem Sitz in B vom 10.5.2005 die letztgenannte Genossenschaft aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 8.3.2005 durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes gemäß § 2 UmwG auf die übernehmende Volksbank Br-Raiffeisenbank eG mit dem Sitz in Br mit dieser durch Aufnahme verschmolzen wurde. Gleichzeitig wurde die Änderung der Firma in ‚Volksbank B-Br eG‘ mit dem Sitz in Br sowie die entsprechende Änderung der Satzung beschlossen.

2. Damit ist die Rechtsnachfolge nachgewiesen. Die zu vorstehender Urkunde am 27.10.1998 erteilte Vollstreckungsklausel wird hiermit eingezogen.

3. Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird hiermit der Volksbank B-Br eG mit dem Sitz in Br als nunmehrige Gläubigerin zum Zwecke der Zwangsvollstreckung auf Ansuchen erteilt.“

Abschriften der Eintragungen im Genossenschaftsregister sowie die Beschlüsse der Vertreterversammlungen und der Verschmelzungsvertrag wurden den Schuldnern nicht zugestellt.

In dem – dritten – Versteigerungstermin am 13.1.2012 blieben die Beteiligten zu 5 und 6 Meistbietende mit einem Gebot von 173.000 €. Den Zuschlag auf dieses Gebot hat das AG mit Beschluss vom 21.2.2012 erteilt. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Schuldner ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen sie ihren Antrag auf Versagung des Zuschlags weiter. Die Beteiligte zu 3 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Der Senat hat mit Beschluss vom 28.8.2012 die Vollziehung des Zuschlagsbeschlusses bis zur Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ausgesetzt.

Aus den Gründen:

II.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts liegt kein Vollstreckungsmangel wegen unterbliebener Zustellung von notwendigen Vollstreckungsunterlagen an die Schuldner vor. Die Zustellung der Grundschuldbestellungsurkunden, aus denen die Beteiligte zu 3 vollstreckte, zusammen mit den umgeschriebenen Vollstreckungsklauseln sei ausreichend gewesen.

Die Notare hätten den die Rechtsnachfolge betreffenden Inhalt des Genossenschaftsregisters vollständig wiedergegeben, so dass es den Schuldnern möglich gewesen sei, die Berechtigung der betreibenden Gläubigerin zu überprüfen. Hinzu komme, dass die Schuldner den Eintritt der Rechtsnachfolge zuvor nie bestritten hätten, so dass die Berufung auf einen Verfahrensmangel offenbar nur der Verzögerung diene.

III.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Der Zuschlag auf das in dem Versteigerungstermin am 13.1.2012 abgegebene Meistgebot ist nach § 83 Nr. 6 ZVG zu versagen, weil es an einer Vollstreckungsgrundlage fehlt.

1. Nach § 750 Abs. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 ZPO) nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in der Urkunde oder in der ihr beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Daran fehlt es in dem – hier gegebenen – Fall der Rechtsnachfolge. Der Rechtsnachfolger des in der Urkunde genannten Gläubigers benötigt deshalb eine vollstreckbare Ausfertigung, deren Vollstreckungsklausel ihn als neuen Gläubiger ausweist. Erteilt werden darf diese Ausfertigung von dem Notar nur, wenn die Rechtsnachfolge bei ihm offenkundig (§ 291 ZPO) ist oder durch öffentliche oder durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (§ 727 Abs. 1 ZPO). Die Offenkundigkeit ist in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen (§ 727 Abs. 2 ZPO). Diese Klausel und – bei fehlender Offenkundigkeit – die ihrer Erteilung zugrundeliegenden Urkunden müssen dem Schuldner zusammen mit der notariellen Urkunde zugestellt werden (§ 750 Abs. 2 ZPO). Das Zustellungserfordernis sichert seinen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs; durch die Zustellung wird er vollständig über die Grundlagen der Zwangsvollstreckung unterrichtet und in die Lage versetzt, deren Voraussetzungen zu prüfen (Senat, Beschluss vom 25.1.2007, V ZB 47/06, NJW 2007, 3357 Rdnr. 11).

2. Die hier maßgeblichen Vollstreckungsklauseln enthalten keinen Hinweis darauf, dass den Notaren bei der Klauselerteilung die Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite offenkundig war. Deshalb bedarf es keiner Antwort auf die von dem Beschwerdegericht bei der Begründung seiner Zulassungsentcheidung aufgeworfene Frage, ob Eintragungen in öffentlichen Registern „per se“ offenkundig im Sinne von § 727 ZPO sind (verneinend OLG Brandenburg, 4 U 81/06, juris Rdnr. 64 – insoweit nicht in BauR 2007, 1242, abgedruckt; OLG Jena, InVo 2002, 422, 423).

3. Zuzustellen waren deshalb die notariellen Urkunden, die der Beteiligten zu 3 als Rechtsnachfolgerin erteilten Vollstreckungsklauseln und die deren Erteilung zugrundeliegenden Urkunden. Letzteres sind die Auszüge aus dem Genossenschaftsregister, aus dem sich die Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite ergibt.

a) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts war die Zustellung dieser Registerauszüge nicht entbehrlich. Zwar mag etwas anderes gelten, wenn die Notare den Inhalt des Registers vollständig in die Vollstreckungsklausel aufgenommen hätten (vgl. MünchKommZPO/Heßler, 3. Aufl., § 750 Rdnr. 73; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 750 Rdnr. 21; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 750 Rdnr. 45; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 750 Rdnr. 21). Aber daran fehlt es. Das Beschwerdegericht hat zwar festgestellt, dass der in Spalte 5 des Genossenschaftsregisters eingetragene Ver-

schmelzungsvorgang nebst Umfirmierung einschließlich der Bezeichnung der zugrundeliegenden Beschlüsse und Verträge in die Vollstreckungsklauseln – mit voneinander abweichenden Formulierungen – aufgenommen worden sei. Aber abgesehen davon, dass Eintragungen nach dem Umwandlungsgesetz (hier Verschmelzungen nach §§ 79 ff. UmwG) nicht in Spalte 5, sondern in Spalte 6 unter Buchstabe b vorzunehmen sind (§ 26 Nr. 6 Buchst. cc GenRegV), folgt aus dem Wortlaut der Vollstreckungsklauseln nicht, dass sie den aktuellen Inhalt des Genossenschaftsregisters vollständig wiedergeben. Für den Nachweis der Rechtsnachfolge muss jedoch der letzte Stand aller noch nicht gegenstandslos gewordenen Eintragungen (aktueller Registerinhalt, § 25 Satz 2 GenRegV) im Zeitpunkt der Erteilung der Vollstreckungsklausel wiedergegeben werden. Das erfordert nach Anlage 2 zu § 25 GenRegV die Wiedergabe der in den Spalten 1 bis 7 des Registers eingetragenen Angaben. Insbesondere der Nachweis der Aktualität ist bedeutsam, weil anderenfalls nicht auszuschließen ist, dass zwischen der Einsichtnahme in das Register und der Klauselerteilung Eintragungen in das Register erfolgten, welche der bescheinigten Rechtsnachfolge entgegenstehen. Bei der für das in Abteilung III Nr. 5 eingetragene Recht erteilten Klausel beträgt der Zeitraum zwischen Registerinsicht und Klauselerteilung ca. sieben Monate. Hinzu kommt hier, dass den Klauseln nicht entnommen werden kann, welche Genossenschaft an der angegebenen Registerstelle eingetragen ist (vgl. § 26 Nr. 2 GenRegV). Auch die Grundlagen der Verschmelzung sind nicht ausreichend wiedergegeben. So fehlt in den zu den in Abteilung III Nr. 1 und 2 des Grundbuchs eingetragenen Rechten erteilten Klauseln jeder Hinweis darauf, welche Vertreterversammlungen, d. h. die Vertreterversammlungen welcher Genossenschaften, den Verschmelzungsbeschluss gefasst haben; in der zu dem in Abteilung III Nr. 5 des Grundbuchs eingetragenen Recht erteilten Klausel heißt es insoweit wenigstens, dass eine Vertreterversammlung (10.5.2002) die der Volksbank B eG war. Verwirrung stiftet schließlich der Umstand, dass die vollstreckbare Ausfertigung der das in Abteilung III Nr. 5 des Grundbuchs eingetragene Recht betreffenden Urkunde der Volksbank B-Br eG mit dem Sitz in Br und die vollstreckbaren Ausfertigungen der die in Abteilung III Nr. 1 und 2 des Grundbuchs eingetragenen Rechte betreffenden Urkunden der Volksbank B-Br eG mit dem Sitz in B erteilt wurden.

b) Wegen alledem waren die Schuldner durch die Zustellung der Klauseln nicht ausreichend über die Grundlagen und Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung durch die Beteiligten zu 3 unterrichtet und in die Lage versetzt worden, das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen zu prüfen. Nur die Zustellung auch eines beglaubigten Auszugs aus dem Genossenschaftsregister, der den aktuellen Registerstand im Zeitpunkt der Klauselerteilung wiedergibt, konnte dieses Defizit beseitigen (ebenso AG Kaiserslautern, DGVZ 1990, 74, 75, für die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel aufgrund der Eintragung der Rechtsnachfolge im Handelsregister; vgl. auch Senat, Beschluss vom 21.9.2006, V ZB 76/06, NJW-RR 2007, 358 = MittBayNot 2007, 337 Rdnr. 10, für das Erfordernis der Zustellung von Vollmachts- bzw. Genehmigungserklärungen).

c) Der Zustellungsmangel ist nicht geheilt worden, was bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens möglich gewesen wäre (vgl. Senat, Beschluss vom 18.3.2010, V ZR 124/09, NJW-RR 2010, 1100 Rdnr. 18 f.).

4. Nicht erforderlich war die Zustellung auch der Beschlüsse der Vertreterversammlungen und des Verschmelzungsvertrags. Zwar genießt das Genossenschaftsregister nicht die gleiche

umfassende Publizität wie das Handelsregister nach § 15 HGB, sondern nur eine auf die Eintragung des Vorstands und die Vertreterbefugnis eines Vorstandsmitglieds beschränkte Publizität (§ 29 GenG). Aber die Eintragung der Verschmelzung in das Genossenschaftsregister des Sitzes der übernehmenden Genossenschaft hat die Wirkung, dass das Vermögen der übertragenden Genossenschaft einschließlich der Verbindlichkeiten auf die übernehmende Genossenschaft übergeht und die übertragende Genossenschaft erlischt (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UmwG); Mängel der Verschmelzung lassen diese Wirkungen unberührt (§ 20 Abs. 2 UmwG). Somit wird der Nachweis der Rechtsnachfolge aufgrund Verschmelzung durch die Registereintragung ausreichend geführt.

5. Rechtlich nicht haltbar ist schließlich die Auffassung des Beschwerdegerichts, die Schuldner hätten nie zuvor den Eintritt der Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite bestritten, so dass die Geltendmachung des Vollstreckungsmangels nur der Verfahrensverzögerung diene. Zum einen bestand kein Anlass für ein solches Bestreiten, weil die Schuldner damit in dem Zwangsversteigerungsverfahren nicht gehört werden können. Zum anderen wird in der Rechtsbeschwerdebegründung zutreffend auf die Schriftsätze der Schuldner an das AG vom 24.2.2011 und vom 12.1.2012 hingewiesen, in welchen sie die fehlende Zustellung beglaubigter Auszüge aus dem Genossenschaftsregister bemängelt und die Aufhebung bzw. Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens beantragt haben.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Volmer*, MittBayNot 2013, 164 (in diesem Heft).

14. ZPO § 724 Abs. 2, § 726; UVG § 7 (*Prüfungskompetenz des Vollstreckungsgerichts bei Vorlage einer einfachen Vollstreckungsklausel*)

Eine erteilte und vorgelegte einfache Vollstreckungsklausel hat das Vollstreckungsgericht nicht dahingehend zu überprüfen, ob eine qualifizierte Klausel nach § 726 ZPO erforderlich ist (im Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 12.1.2012, VII ZB 71/09, NJW-RR 2012, 1146, und vom 23.5.2012, VII ZB 31/11, NJW-RR 2012, 1148).

BGH, Beschluss vom 25.10.2012, VII ZB 57/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Gläubiger betreibt aus übergegangenem Recht (§ 7 UVG) aufgrund eines Unterhaltsfestsetzungsbeschlusses des Familiengerichts die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner. Das Vollstreckungsgericht hat den Antrag des Gläubigers auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zurückgewiesen, da die nach § 724 Abs. 2 ZPO vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erteilte vollstreckbare Ausfertigung nicht ausreiche. Die Forderung sei nur bedingt tituliert, nämlich unter der Voraussetzung, dass und soweit Unterhaltsvorschlüsse erbracht seien. Erforderlich sei daher eine vom Rechtspfleger des Familiengerichts erteilte vollstreckbare Ausfertigung nach § 726 Abs. 1 ZPO.

Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen (LG Lüneburg, BeckRS 2011, 14461). Mit der zunächst durch die Einzelrichterin zugelassenen Rechtsbeschwerde hat der Gläubiger die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht begehrt. Die Rechtsbeschwerde hatte wegen Verstoßes gegen das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters Erfolg (BGH, Beschluss vom 5.5.2011, VII ZB 15/11, BeckRS 2011, 14446). Die mit drei Mitgliedern besetzte Kammer hat die sofortige

Beschwerde mit identischen Ausführungen zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Der Gläubiger verfolgt seine Anträge in der Beschwerdeinstanz weiter, hilfsweise begehrt er die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO stattliche Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht hat im Wesentlichen ausgeführt, § 726 Abs. 1 ZPO sei auch auf Unterhaltsfestsetzungsbeschlüsse anwendbar. Der Bedingungeintritt und der Umfang der Unterhaltsleistungen des Landes an den Unterhaltsberechtigten seien im Klauselerteilungsverfahren nachzuweisen. Andernfalls laufe der Unterhaltsschuldner Gefahr, doppelt in Anspruch genommen zu werden. Dem Land als Gläubiger sei der Nachweis des gezahlten Unterhalts durch eine Bestätigung der Kreiskasse ohne Weiteres möglich.

2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Der angefochtene Beschluss begegnet bereits deshalb Bedenken, weil er keine Darstellung des Sachverhalts enthält, auf deren Grundlage eine rechtliche Überprüfung ohne Weiteres möglich wäre. Beschlüsse, die der Rechtsbeschwerde unterliegen, müssen den maßgeblichen Sachverhalt, über den entschieden wird, jedoch wiedergeben und den Streitgegenstand sowie die Anträge der Parteien in beiden Instanzen erkennen lassen; andernfalls sind sie nicht mit den erforderlichen gesetzmäßigen Gründen versehen (§ 576 Abs. 3, § 547 Nr. 6 ZPO; siehe BGH, Beschlüsse vom 5.6.2012, VI ZB 76/11, BeckRS 2012, 14910 Rdnr. 4; vom 23.3.2011, VII ZB 128/09, NJW 2011, 1679 Rdnr. 9; vom 20.6.2002, IX ZB 56/01, NJW 2002, 2648, jeweils m. w. N.). Das Fehlen einer Sachdarstellung kann hier nur deshalb ausnahmsweise hingenommen werden, weil sich die maßgeblichen verfahrensrechtlichen Vorgänge gerade noch mit hinreichender Deutlichkeit aus den Beschlussgründen ermitteln lassen.

b) Das Vollstreckungsgericht hat den Antrag des Gläubigers auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses rechtsfehlerhaft davon abhängig gemacht, dass der Gläubiger eine gemäß § 726 Abs. 1 ZPO qualifizierte Vollstreckungsklausel vorlegt. Dies stand nicht zur Überprüfung des Vollstreckungsgerichts.

aa) Die Erteilung der Vollstreckungsklausel erfolgt gemäß § 724 Abs. 2 ZPO grundsätzlich durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des titelschaffenden Gerichts. Geht dort ein Antrag auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel ein, obliegt es ihm auch zu prüfen, ob der Titel Vollstreckungsbedingungen im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO enthält und es deshalb gemäß § 20 Nr. 12 RPflG dem Rechtspfleger vorbehalten ist, eine dann erforderliche qualifizierte Klausel zu erteilen. Gegenstand dieser Prüfung ist der Inhalt des Titels, der in der Regel durch Auslegung zu ermitteln ist. Gelangt die Prüfung durch den Urkundsbeamten zu einem objektiv falschen Ergebnis und erteilt er zu Unrecht eine einfache Vollstreckungsklausel nach §§ 724, 725 ZPO, so liegt darin eine fehlerhafte Ausübung der ihm nach dem Gesetz übertragenen Aufgaben.

bb) Der Fehler betrifft aber, wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Beschlusses entschieden hat, lediglich die materielle Richtigkeit der erteilten Vollstreckungsklausel, die grundsätzlich nicht zur Überprüfung des Vollstreckungsorgans gestellt ist. Seiner Nachprüfung unterliegt es, ob eine Klausel vorhanden ist und ob sie ordnungsgemäß erteilt

wurde, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte. Deshalb ist es nicht Sache des mit der Vollstreckung des Titels befassenen Vollstreckungsorgans, die Wirksamkeit der Klausel am Inhalt des Titels zu messen und die erforderliche Abgrenzung zwischen unbedingt und bedingt vollstreckbaren Titeln vorzunehmen (BGH, Beschlüsse vom 12.1.2012, VII ZR 71/09, NJW-RR 2012, 1146 Rdnr. 14 ff.; vom 23.5.2012, VII ZB 31/11, NJW-RR 2012, 1148 Rdnr. 12 m. Anm. *Toussaint*, FD-ZVR 2012, 334898; BeckOK-ZPO/*Ulrici*, Stand 15.7.2012, § 724 Rdnr. 6, 32; BeckOK-ZPO/*Riedel*, a. a. O., § 829 Rdnr. 36; siehe bereits *Zöller/Stöber*, ZPO, 29. Aufl., § 724 Rdnr. 14; MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, 3. Aufl., § 724 Rdnr. 4, 15; *Schuschke* in *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 726 Rdnr. 18; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 16; *Giers* in *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2010, § 724 ZPO Rdnr. 5). Der angefochtene Beschluss kann daher keinen Bestand haben.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Volmer*, MittBayNot 2013, 164 (in diesem Heft).

15. ZPO §§ 732, 794 Abs. 1 Nr. 5 (*Prüfung einer Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung allein im Klauselerteilungsverfahren*)

Die Erteilung und der Umfang einer Vollmacht zur Erklärung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in einer notariellen Urkunde sind allein im Klauselerteilungsverfahren und nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren zu prüfen.

BGH, Beschluss vom 16.5.2012, I ZB 65/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Gläubigerin betreibt gegen die Schuldner die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld. Auf Antrag der Gläubigerin hat die Obergerichtsvollzieherin für beide Schuldner einen Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bestimmt. Beide Schuldner haben der Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung widersprochen. Sie machen geltend, es liege kein wirksamer Vollstreckungstitel vor, weil die Notariatsangestellte, die sie bei der Bestellung der Grundschuld vertreten habe, nicht bevollmächtigt gewesen sei, die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das persönliche Vermögen zu erklären. Zudem liege aufseiten der Gläubigerin eine Rechtsnachfolge vor, so dass eine neue Zwangsvollstreckungsklausel erteilt werden müsse.

Die Widersprüche der Schuldner sind vor dem AG erfolglos geblieben. Das LG hat die sofortigen Beschwerden der Schuldner mit Beschluss des Einzelrichters zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgen die Schuldner ihren Widerspruch weiter.

Aus den Gründen:

II.

Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch sonst zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde ist begründet.

Die angefochtene Entscheidung ist unter Verletzung des Verfassungsgebots des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1

Satz 2 GG) ergangen. Der Einzelrichter durfte nicht selbst entscheiden, sondern hätte das Verfahren wegen der von ihm bejahten grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gemäß § 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO der mit drei Richtern besetzten Kammer übertragen müssen. Dem originären Einzelrichter nach § 568 ZPO ist die Entscheidung von Rechtssachen grundsätzlicher Bedeutung schlechthin versagt (BGH, Beschluss vom 13.3.2002, IX ZB 134/02, BGHZ 154, 200, 202). (...)

IV.

Für die neue Entscheidung wird auf Folgendes hingewiesen:

1. Die Erteilung und der Umfang einer Vollmacht zur Erklärung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in einer notariellen Urkunde sind – wie das Beschwerdegericht mit Recht angenommen hat – allein im Klauselerteilungsverfahren und nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren zu prüfen.

a) Im Schrifttum wird allerdings die Ansicht vertreten, das Vollstreckungsgericht habe die Erteilung und den Umfang der Vollmacht zu prüfen, wenn ein Vertreter in einer notariellen Urkunde die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung erklärt habe. Die Vollstreckungsklausel weise die Wirksamkeit und damit die Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunde für das Vollstreckungsorgan nicht aus. Die irrierte Erteilung der Vollstreckungsklausel mache eine nicht nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vollstreckbare Urkunde nicht zu einer vollstreckbaren (*Zöller/Stöber*, ZPO, 29. Aufl., § 794 Rdnr. 38).

b) Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Frage, ob die Unterwerfungserklärung ordnungsgemäß abgegeben worden ist, jedoch allein im Verfahren der Klauselerteilung nach § 732 ZPO zu klären (BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rdnr. 18 = MittBayNot 2010, 378 m. w. N.). Dazu gehört auch die Frage der Wirksamkeit und der Reichweite der von einem Vertreter in einer notariellen Urkunde abgegebenen Unterwerfungserklärung. Im Klauselerteilungsverfahren zu einer Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO durch einen Vertreter ist in entsprechender Anwendung von § 726 ZPO nicht nur die formell ordnungsgemäße Abgabe der Unterwerfungserklärung durch den Vertreter, sondern auch dessen Vollmacht zu prüfen. Der Bestand der Vollmacht ist zwar keine Tatsache, von der die Vollstreckung aus der Unterwerfungserklärung nach ihrem Inhalt abhängt. Sie ist aber Grundlage für das Entstehen der Unterwerfungserklärung als Vollstreckungstitel. Denn die Unterwerfungserklärung setzt eine für den Vertretenen wirksame Erklärung und diese wiederum eine wirksame Vollmacht voraus. Für solche Voraussetzungen des Titels kann nichts anderes gelten als für die Bedingungen, unter denen er vollstreckt werden kann (BGH, Beschluss vom 17.4.2008, V ZB 146/07, NJW 2008, 2266 Rdnr. 9 = MittBayNot 2008, 406 m. w. N.).

c) Wird die Vollstreckung aus einem nichtvollstreckbaren Titel betrieben, weil irrig eine Vollstreckungsklausel erteilt worden ist, steht dem Schuldner dagegen der Rechtsbehelf aus § 732 ZPO zu. Dieser führt dazu, dass die erteilte Vollstreckungsklausel aufgehoben wird (BGH, Urteil vom 18.11.1954, IV ZR 96/54, BGHZ 15, 190, 191). Die Organe im Zwangsvollstreckungsverfahren sind dagegen grundsätzlich nicht befugt nachzuprüfen, ob der Schuldner bei Abgabe der Unterwerfungserklärung wirksam vertreten war (MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, 3. Aufl., § 794 Rdnr. 243 f.). Ob – wie die Rechtsbeschwerde geltend macht – etwas anderes zu gelten hat, wenn der Mangel der Vollmacht offenkundig ist, kann offenbleiben. Im vorliegenden Fall ist nicht offenkundig, dass die Schuldner bei der Erklärung der Unterwerfung

unter die sofortige Zwangsvollstreckung nicht wirksam vertreten worden sind. Das notarielle Kaufangebot vom 10.9.2008 enthält unter Nummer XVII eine ordnungsgemäße Bevollmächtigung der Notariatsangestellten, im Namen der Schuldner die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das persönliche Vermögen zu erklären. Zudem steht der Offenkundigkeit des behaupteten Vertretungsmangels entgegen, dass die Schuldner die Unterwerfung nachträglich genehmigt haben könnten (vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 797 Rdnr. 16).

2. Die Erteilung einer neuen Vollstreckungsklausel ist – wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat – nicht erforderlich, da sich aus dem von der Gläubigerin vorgelegten Handelsregisterauszug ergibt, dass lediglich deren Firma geändert wurde und daher kein Fall der Rechtsnachfolge vorliegt.

Die bloße Änderung des Namens oder der Firma einer Partei steht der Vollstreckung eines Titels nicht entgegen, wenn der Gläubiger dem zuständigen Vollstreckungsorgan die Personenidentität durch entsprechende Urkunden zweifelsfrei nachweist (BGH, Beschluss vom 21.7.2011, I ZB 93/10, NJW-RR 2011, 1335 Rdnr. 6 m. w. N.). Die Gläubigerin hat diesen Nachweis durch Vorlage eines Ausdrucks aus dem Handelsregister geführt.

Es ist auch nicht erforderlich, die Umfirmierung in der Vollstreckungsklausel zu vermerken. Die Vollstreckungsorgane sind allerdings berechtigt, die Identität der Parteien zu prüfen. Ein Vollstreckungsgläubiger, der es unterlässt, einen die Identität klarstellenden Vermerk bei der Stelle zu erwirken, die die vollstreckbare Ausfertigung des Titels erstellt (hat), läuft daher Gefahr, dass das Vollstreckungsorgan die Durchführung der Vollstreckung mit der Begründung verweigert, die Parteiidentität lasse sich nicht zweifelsfrei feststellen. Das Vollstreckungsorgan ist aber nicht gehindert, die Identität der Parteien mit den in der Vollstreckungsklausel genannten Personen im Wege eigener Ermittlungen festzustellen (vgl. BGH, NJW-RR 2011, 1335 Rdnr. 13 m. w. N.).

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu BGH, MittBayNot 2013, 160, und zu BGH, MittBayNot 2013, 162 (je in diesem Heft) –

1. Drei ganz dicht beieinander liegende Entscheidungen zur Vollstreckung aus einem Titel mit Rechtsnachfolgeklausel und trotzdem zwei krass unterschiedliche Ergebnisse: Während der I. und der VII. Zivilsenat weiterspielen lassen, bricht der V. Zivilsenat in der 89. Minute ab und verlangt Neuansetzen des Spiels wegen eines Formfehlers beim Anstoß. Gleichwohl passen alle drei Entscheidungen im System des 8. Buches der ZPO zusammen. Mehr noch: Sie sind zwangsläufige Folge eben dieses Systems.

2. Während nämlich im Erkenntnisverfahren der ZPO alles Handeln auf den erkennenden Spruchkörper bezogen ist, flankiert allenfalls durch vorbereitende Anordnungen seines Vorsitzenden (§ 273 Abs. 2 ZPO), zeichnet sich das Vollstreckungsverfahren durch die Mitwirkung einer Vielzahl von Handlungsträgern aus (u. a. Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsgericht, Grundbuchamt, Treuhänder [§ 847a ZPO] und Sequester [§ 848 ZPO]). Noch andere Akteure verbinden das Erkenntnis- mit dem Vollstreckungsverfahren, nämlich Urkundsbeamter, Rechtspfleger oder Notar durch ihre Erteilung der einfachen oder qualifizierten Vollstreckungsklausel. Dieses hoch arbeitsteilige Handeln setzt zu seinem Funktionieren eine exakt vorgegebene Kompetenzverteilung sowie weitge-

hend voneinander abgeschichtete Prüfungsbefugnisse voraus – Prüfungsbefugnisse, die ihrerseits austariert sind zwischen der Erkenntnismöglichkeit des jeweiligen Kompetenzträgers, dem Gläubigerinteresse an zügiger Durchsetzung (z. B. § 751 Abs. 1 ZPO) und geringstmöglichem Verbrauch an (finanziellen) Ressourcen (dies ist z. B. erkennbar im Wechselspiel von § 726 Abs. 1 zu Abs. 2 ZPO; in § 795b ZPO als gesetzlicher Korrektur der Rechtsprechung zum Widerrufsvergleich; in der Option zur Unterhaltstitulierung gemäß § 1612a BGB zur Vermeidung von allein inflationsbasierten Abänderungsverfahren nach § 323 ZPO, § 239 FamFG). Dann muss jeder Handlungsträger die ihm zugewiesene Kompetenz in vollem Umfang wahrnehmen und ausfüllen, sich aber umgekehrt zugleich in seiner Entscheidung beschränken auf diese ihm zugewiesene „Aufgabe“. Diese Spannung zwischen Prüfungspflicht und (Selbst-)Beschränkung beleuchten alle drei Entscheidungen aus unterschiedlichen Perspektiven.

3. Im Zentrum steht das Bindeglied der Vollstreckungsklausel. Sie bescheinigt die Vollstreckbarkeit des Titels und zwar für alle nachfolgend beauftragten Vollstreckungsorgane abschließend und endgültig. Sobald die Vollstreckungsklausel (dem Anschein nach) formgerecht wirksam erteilt wurde, muss sie von den nachfolgenden Handlungsträgern als wirksam zugrundegelegt werden. Sonst würde die besondere Funktion der Vollstreckungsklausel missachtet. Deswegen treffen die Entscheidungen des I. und VII. Zivilsenats rechtlich in ihrer beinahe schon lakonischen Klarstellung zu, insbesondere indem sie die inhaltlich eigentlich gerügten Mängel komplett ausblenden. Wegen vom Schuldner behaupteter inhaltlicher Mängel darf weder die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung (Fall des I. Zivilsenats) noch die Kontenpfändung (Fall des VII. Zivilsenats) abgelehnt werden. Die jeweils vorgetragenen oder erstmals vom Vollstreckungsorgan entdeckten Einwände können vom Schuldner allein mit dem dafür vorgesehenen Rechtsbehelf zur Überprüfung gestellt werden, nämlich mit der Klauselerinnerung des § 732 ZPO (i. V. m. § 797a Abs. 4 ZPO bei notariell erteilten Klauseln). Zwar verschaffen damit weder der I. Zivilsenat noch der VII. Zivilsenat dem Gläubiger endgültige Bestandskraft der Klausel, zumal keine Rechtsbehelfsfristen für die Einlegung einer Klauselerinnerung bestehen. Die daraus resultierende „Prozess“-situation trifft den Gläubiger aber weniger einschneidend. Er wird nicht plötzlich von Entscheidungen und Rechtsauffassungen des Vollstreckungsorgans unangenehm überrascht. Und die Forderungsdurchsetzung wird nicht unvermittelt kurz vor der Erlösverteilung abgebrochen: Wenn die Klausel von den Vollstreckungsorganen nicht zu überprüfen ist, rechtfertigt auch die bloße *Einlegung* der Klauselerinnerung noch nicht die Einstellung oder Aufhebung von begonnenen Vollstreckungsmaßnahmen. Erst die erfolgreiche Aufhebung der Klausel würde sich auswirken. Deswegen kann der Gläubiger, aufgeschreckt durch die erhobene Klauselerinnerung, den Mangel der Klausel ggf. heilen, um alsdann die begonnene Vollstreckungsmaßnahme nach Neuzustellung unbeschadet und ohne Zeitverlust fortzusetzen. Eine solche Möglichkeit der Heilung spricht auch der V. Zivilsenat in Anknüpfung an frühere Entscheidungen an. Dieser Weg war aber von der betreibenden Gläubigerin nicht erkannt oder nicht für erforderlich gehalten und jedenfalls nicht beschränkt worden.

4. Die im Beschluss des V. Zivilsenats im Mittelpunkt stehende Vorschrift des § 750 Abs. 2 ZPO baut auf dieser Arbeitsteilung auf und bestätigt sie entgegen dem ersten Anschein gerade. Vor Beginn der Vollstreckung aus einer qualifizierten Vollstreckungsklausel müssen die zugrundeliegenden Unterlagen mit zugestellt werden. Dies war im zugrundeliegenden Sachverhalt, selbst vom Gläubiger wohl

unbestritten, schlicht nicht geschehen. Die Vorinstanz hatte deswegen angesichts des (endlich) kurz vor Abschluss stehenden Versteigerungsverfahrens tief in die Trickkiste juristischer Argumentation gegriffen, um die Relevanz dieses Formfehlers wegzudiskutieren (Irrelevanz wegen anderweitiger Schuldnerkenntnis, Verstoß gegen Treu und Glaube wegen später Rüge des Verstoßes etc.), konnte aber damit nicht das Wohlwollen des V. Zivilsenats finden. Deswegen sind einige Aussagen des BGH wenig verallgemeinerungsfähig und nur durch die konkrete Argumentation des OLG veranlasst.

Es geht im System der ZPO bei dieser Vorgabe des § 750 Abs. 2 ZPO nicht um Kenntnisverschaffung für das Vollstreckungsorgan (dieses ist an der Zustellung womöglich nicht beteiligt), sondern um die Information des Schuldners. Ihm soll die Möglichkeit der Klauselerinnerung auf fundierter Entscheidungsgrundlage eröffnet werden.

Mit zugestellt werden müssen, so § 750 Abs. 2 ZPO, diejenigen Urkunden, „auf Grund“ deren die Rechtsnachfolgeklausele erteilt wurde. Der Umfang der Zustellungspflicht richtet sich damit nach der subjektiven Einschätzung des Klauselerteilungsorgans: Diejenigen Urkunden, die dem Klauselerteilungsorgan nach seiner eigenen Einschätzung, insoweit also subjektiv, die Überzeugung von der Rechtsnachfolge verschafft haben, sind mit zuzustellen. Dass möglicherweise der zustellende Gerichtsvollzieher, das Vollstreckungsorgan oder andere mit dem Sachverhalt konfrontierte Personen andere Nachweise für erforderlich gehalten hätten, bleibt in diesem Verfahren ohne Belang. Andererseits wird eine Mitzustellung nicht dadurch entbehrlich, dass das Vollstreckungsorgan in der Rechtsnachfolgeklausele erwähnte Urkunden für entbehrlich gehalten hätte. Man könnte statt von objektiver Richtigkeit in diesem Zusammenhang besser von einer Wahrhaftigkeitspflicht des Klauselerteilungsorgans sprechen.

Nicht der Überprüfung des Vollstreckungsorgans entzogen ist aber die Überwachung der Einhaltung der Formvorschrift des § 750 Abs. 2 ZPO. Anderenfalls wäre nämlich die Folge, dass niemand diese Einhaltung überwachen würde: Das Klauselerteilungsorgan nicht, weil es nicht für die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung zuständig ist, das Vollstreckungsorgan nicht, weil ihm dann die Überprüfung entzogen wäre. Deswegen bleibt trotz des sehr dichten Beieinanderliegens beider Fälle (Pflicht zum Wegsehen hinsichtlich der Klausel, Pflicht zu Hinsehen hinsichtlich der Zustellung) kein anderer Weg, als diese Formalprüfung der Mitzustellung dem Vollstreckungsorgan zu übertragen, selbst wenn dann kurz vor Schluss Verwertungsverfahren abgebrochen werden müssen.

5. Eine Zustellung kann und muss nicht erfolgen, soweit die Rechtsnachfolgeklausele aufgrund offenkundiger Tatsachen erteilt wird; dann gibt es schon keine Beweismittel (§ 291 ZPO), die als Urkunde zustellungsfähig wären (§ 750 Abs. 2 ZPO). Allerdings verlangt das Gesetz in diesem Fall dann insoweit Wahrhaftigkeit des Klauselerteilungsorgans, indem es die Tatsache der Offenkundigkeit in der Klausel angeben muss, § 727 Abs. 2 ZPO. Auch daran fehlte es im Fall des V. Zivilsenats, weswegen weite Teile dieser Entscheidung von den Überlegungen veranlasst sind, unter welchen Voraussetzungen von § 727 Abs. 2 ZPO abgewichen werden kann. Solches wird in der Literatur diskutiert, jedoch erfüllte die Klausel auch keine der dazu aufgestellten Voraussetzungen.

Ist die Offenkundigkeit in der Klausel erwähnt, folgt aus den Entscheidungen des I. Zivilsenats und VII. Zivilsenats dann aber wieder: Ein Angriff des Schuldners unter Berufung auf fehlende Offenkundigkeit muss allein mit der Klauselerinnerung geführt werden; eine Überprüfung und Ersetzung der subjektiven Einschätzung des Klauselerteilungsorgans durch die Einschätzung des Vollstreckungsorgans ist unzulässig.

6. Eine weitere hochbedeutsame Einschränkung des § 750 Abs. 2 ZPO ergibt sich aus §§ 799, 800 Abs. 2 ZPO: Ist die Rechtsnachfolge im Grundbuch eingetragen, muss sowieso nichts zum Beweis dieser Rechtsnachfolge mit zugestellt werden. Dies betrifft auf Passivseite die wichtigen Fälle des Eigentumsübergangs durch Erbfall oder Übergabe/Scheidungsauseinandersetzung und Auflassung, auf Aktivseite die Abtretung und Teilabtretung. § 799 ZPO gilt indes nicht bei einer Grundschuldabtretung durch Briefübergabe gemäß § 1154 Abs. 1 BGB und nicht hinsichtlich der persönlichen Haftung, wohl aber bei nachfolgender Eintragung gemäß § 1154 Abs. 2 BGB.

7. Was folgt aus dem Zusammenhang aller drei Entscheidungen für die künftige Handhabung des Notars?

a) Offenkundige Tatsachen sind als offenkundig zu vermerken, § 727 Abs. 2 ZPO. Wer trotz der vom BGH erwähnten Zweifel das Handelsregister für offenkundig hält, könnte für Fälle der Verschmelzung etwa formulieren: „Die Verschmelzung wurde im Handelsregister HRB ... des übernehmenden Rechtsträgers eingetragen am ... und ist damit offenkundig.“¹

b) In den anderen Fällen des Urkundsnachweises könnten von den zugrundeliegenden Urkunden sogleich beglaubigte Abschriften gefertigt und in die vollstreckbare Ausfertigung eingebunden werden. Dann wird die Mitzustellung später nicht vergessen. Diese Sicherheit sollte dem Gläubiger eine zusätzliche Beglaubigungsgebühr wert sein.

c) Künftige Bedeutung für die Notar- und Bankenpraxis ergibt sich aus beiden Entscheidungen des I. Zivilsenats und des VII. Zivilsenats zur Unangreifbarkeit der Klausel durch das Vollstreckungsorgan aber für den derzeit literarisch immer noch umstrittenen Fall² der sofortigen Erteilung einer vollstreckbaren Grundschuld ausfertigung trotz erst nachfolgender Kündigung. Nach den klaren Aussagen des BGH, von zwei Senaten einhellig bestätigt, sind Einwände gegen diese Handhabung durch den Schuldner einzig und allein im Wege der Klauselerinnerung vorzubringen. Weder darf das Vollstreckungsgericht, wenn es selbst diese Praxis für gesetzeswidrig halten sollte, die Beschlagnahme verweigern noch den Zuschlag, und auch die Zuschlagsbeschwerde, gestützt auf diesen Einwand, wäre unbegründet.

Die in den konkreten Fällen gerügten Mängel der Klausel sehe ich demgegenüber als Einzelfälle, zumal die Anforderungen an eine Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung bei zugrundeliegender Vollmacht vom BGH mittlerweile in mehreren Entscheidungen klargestellt wurden.³

d) Für die betreibenden Gläubiger zeigt der Beschluss des V. Zivilsenats das Desiderat, Versteigerungen durch geschultes Personal, geschult auch im Hinblick auf die formellen Fallstricke des Versteigerungsrechts, zu begleiten. Eine Heilung von Verfahrensmängeln kann nur dann vorgenommen werden, wenn diese Fehler erst einmal als solche erkannt sind.

¹ Zum Sonderproblem der Vermögenszuordnung bei Spaltungen siehe *Volmer in Limmer u. a., Würzburger Notarhandbuch*, 3. Aufl. 2012, Teil 1 Kap. 3 Rdnr. 81.

² Gegen die instanzgerichtliche Rechtsprechung (LG Lübeck, Rpfleger 2009, 451; LG Essen, Rpfleger 2011, 288) zuletzt etwa *Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungs-gesetz* (2012), mit Ablehnung gegenüber dem derzeit praktizierten Verfahren.

³ BGH, WM 2006, 2266 = MittBayNot 2007, 337; BGH, ZfIR 2008, 468; BGH ZfIR 2008, 512 = MittBayNot 2008, 406.

8. Sind denn nun Registereintragungen offenkundig?

Der V. Zivilsenat konnte sich hier mit der endgültigen Beantwortung zurückhalten, weil diese Offenkundigkeit ja vom Klauselerteilenden Organ selbst nicht in der gesetzlich gebotenen Form offengelegt worden war.

Diese Frage ist von erheblicher praktischer Auswirkung, gerade angesichts der zunehmenden Konzentration im Bankenbereich, aber von untergeordnetem dogmatischen Interesse. Wohl deswegen zeigen sich bei genauerer Betrachtung feinsinnige Unterschiede in der bisherigen Rechtsprechung.

Das vom BGH zitierte OLG Jena⁴ beschränkt die Offenkundigkeit (§§ 291, 727 Abs. 2 ZPO) auf präsenten Wissen des Klauselerteilungsorgans; es sieht die Grenze zum Urkundsbeweis überschritten, wenn das Gericht aktenkundige Tatsachen durch Nachschau erstmals feststellen müsse. Präsentes Wissen, zwar nicht von der nachzuweisenden Tatsache selbst, sehr wohl aber von der Möglichkeit eines einfach handhabbaren Vorganges seiner Feststellung (nämlich präsenten Wissen vom Vorhandensein des Registerakts, von der Möglichkeit der Registereinsicht), genügt diesem OLG nicht. Ähnlich lehnt Zöllner/Greger⁵ eine Offenkundigkeit ab, wenn die Mehrheit des Kollegialgerichts sich erst durch Vorlegung von Akten oder durch eine Registereinsicht informieren müsse. Erstaunlicherweise meint er dann aber,⁶ die Parteien könnten dazu beitragen, dem Gericht das Bewusstsein der Offenkundigkeit zu verschaffen. Sollen danach die Parteien im Sinne der Argumentation des OLG Jena dem Gericht sagen, was es, das Gericht, schon weiß?

Andererseits hat der BGH selbst in NJW 1992, 2088⁷ – es ging um eine Erbbauzinshöhung – den amtlichen Preisindex nach § 291 ZPO ausdrücklich für offenkundig gehalten, obwohl – im Gedankengang des OLG Jena gesprochen – auch hier sicherlich nur die Möglichkeit der Nachschau „präsentem Wissen“ der Rechtspflegeorgane ist, nicht das Ergebnis dieser Nachschau im Sinne eines für einen bestimmten Monat geltenden Preisindex.

Gerade angesichts dieser letztgenannten Entscheidung des BGH kann das Klauselerteilungsorgan durchaus mit guten Gründen die Registereintragung für offenkundig halten. Dabei ist weiter von Bedeutung, dass die Offenkundigkeit weniger ist als eine Allgemeinkundigkeit. § 727 ZPO ebenso wie § 291 ZPO beziehen die Offenkundigkeit allein auf das Gericht. Unbestritten entfällt die Offenkundigkeit nicht schon dann, wenn sie in einem Sonderwissen des Prozessgerichts besteht, welches die Parteien selbst (noch) nicht haben. Für die Offenkundigkeit spricht ferner der Rechtsgedanke der §§ 799, 800 Abs. 2 ZPO, die wegen Zugänglichkeit der Information von einer förmlichen Zustellung absehen. Und nach den zugrundeliegenden EU-Richtlinien ist es gerade Zweck des Handelsregisters, der Allgemeinheit Informationen über die eintragungspflichtigen Tatsachen bereitzuhalten.⁸

Wer dieser Argumentation nicht folgt, kann stattdessen auch nach der Entscheidung des V. Zivilsenats eine (auch selbstgefertigte) Notarbestätigung gemäß § 21 BNotO zugrunde legen. Die gesetzlich angeordnete Gleichstellung mit dem Registerauszug hat der BGH in seiner Entscheidung nicht

problematisiert, die Fassung der Nachfolgeklausel gab eine solche Einordnung als Notarbestätigung nicht her. Die Bescheinigung sollte dann aber als separate Urkunde beigelegt und als solche in der Rechtsnachfolgeklausel erwähnt sein. Gegen den Anschein der Überlegungen des V. Zivilsenats muss sie meines Erachtens auch nur auf den maßgeblichen Vorgang der Rechtsnachfolge bezogen sein, also nicht auf die Wiedergabe des Registerinhalts insgesamt (einschließlich Unternehmensgegenstand, Vorstand, konkrete und abstrakte Vertretungsbefugnis). Die Aussagen des BGH sehe ich allein aus der Verfahrenssituation heraus veranlasst in der Auseinandersetzung mit der Literaturauffassung, wonach bei einer Wiedergabe des Registerinhalts (außerhalb einer Notarbestätigung) auf die Mitzustellung eines beglaubigten Registerauszugs verzichtet werden könne. Jedenfalls gilt auch hier: Welche Urkunden das Klauselerteilungsorgan als genügend ansieht, um seine eigene Überzeugung von der Rechtsnachfolge zu bilden, entscheidet es selbst, und diese Entscheidung ist nicht direkt oder indirekt angreifbar mit auf § 750 Abs. 2 ZPO-Verstöße gestützten Rechtsbehelfen gegen Maßnahmen des Vollstreckungsorgans.

Notar Michael Volmer, Starnberg

Beurkundungs- und Notarrecht

16. BGB § 2198 Abs. 1; BeurkG § 7 Nr. 1 (*Unwirksame Ermächtigung des Urkundsnotars zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers*)

Die Regelung in einem notariellen Testament, dass der Notar die Person des Testamentsvollstreckers bestimmen soll (vgl. § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist wegen des Verbots der Verschaffung eines rechtlichen Vorteils zugunsten des Notars gemäß § 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam.

BGH, Beschluss vom 10.10.2012, IV ZB 14/12; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beteiligte zu 4 begehrt die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Am 29.7.2005 beurkundete der Beteiligte zu 5 ein Testament des Erblassers, in dem dieser unter anderem die Beteiligten zu 1 bis 3 als Erben einsetzte. Eine weitere eingesetzte Miterbin schlug die Erbschaft aus. Der Erblasser traf in §§ 5 und 7 des Testaments ferner Teilungsanordnungen und setzte in §§ 4, 6 und 8 Vermächtnisse aus. Außerdem ordnete er Testamentsvollstreckung an. Hierzu heißt es in § 9 des Testaments:

„Ich ordne in meinem Nachlass Testamentsvollstreckung an. Der Testamentsvollstrecker ist durch den beurkundenden Notar, ersatzweise durch das zuständige Nachlassgericht zu ernennen, sofern ich nicht selbst noch einen Testamentsvollstrecker ernannt habe. Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist die Abwicklung der in den § 5 und § 7 dieses Testaments enthaltenen Verfügungen und die Erfüllung der in den §§ 4, 6 und 8 angeordneten Vermächtnisse. Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Nachlassmittel zurückzuhalten, bis die Erbschaftsteuerschuld der Erben oder Vermächtnisnehmer beglichen ist.“

Nach dem Tod des Erblassers ernannte der Beteiligte zu 5 die Beteiligte zu 4 zur Testamentsvollstreckerin, die das Amt annahm. Sie beantragte am 9.11.2011 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Bereits zuvor hatte die Beteiligte zu 2 einen Antrag auf Entlassung der Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstreckerin gestellt.

Das Notariat Aalen I als Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 9.2.2012 die erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und der Beteiligten zu 4 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Ferner hat es die sofortige Wirksamkeit dieses Beschlusses ausgesetzt und die Erteilung des Zeugnisses bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das Beschwerdegericht diesen Beschluss abgeändert und den Antrag der Beteilig-

⁴ InVO 2002, 422, und mehr noch Beschluss vom 23.5.2012, 9 W 107/12.

⁵ ZPO, 29. Aufl. 2012, § 291 Rdnr. 1.

⁶ A. a. O., Rdnr. 3.

⁷ = MittBayNot 1992, 264.

⁸ Dazu *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 46.63.

ten zu 4 auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen nach § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4 ist unbegründet. Letztere kann keine Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 2368 Abs. 1 BGB verlangen. Der Beteiligte zu 5 war nicht befugt, sie zur Testamentsvollstreckerin zu bestimmen, da die entsprechende Regelung in § 9 des notariellen Testaments vom 29.7.2005 wegen Verstoßes gegen § 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam ist. Zwar kann der Erblasser gemäß § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen. Eine Einschränkung dieses Bestimmungsrechts enthält jedoch § 7 Nr. 1 BeurkG. Hiernach ist die Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

1. Die überwiegende Meinung im Schrifttum entnimmt § 7 Nr. 1 BeurkG, dass dem beurkundenden Notar im notariellen Testament nicht das Recht zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers eingeräumt werden darf (*Reimann*, DNotZ 1994, 659, 664 f.; *ders.* in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Kap. 2 Rdnr. 135; *Staudinger/Reimann*, Stand 2012, § 2198 Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Zimmermann*, 5. Aufl., § 2198 Rdnr. 3; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2198 Rdnr. 2; *Weidlich* in *Nomos-Kommentar zum Erbrecht*, 3. Aufl., § 2198 Rdnr. 2; *Damrau/Bonefeld*, Praxiskommentar Erbrecht § 2198 Rdnr. 2). Das Recht zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers sei als unzulässiger rechtlicher Vorteil anzusehen. Demgegenüber vertreten das OLG Neustadt (DNotZ 1951, 339) sowie Teile des Schrifttums (*Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2198 Rdnr. 2; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 19. Aufl., Rdnr. 46 Fn. 4) die Ansicht, auch der amtierende Notar könne im Testament um die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ersucht werden.

2. Die überwiegende Ansicht trifft zu. Dem Urkundsnotar kann das Bestimmungsrecht des § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht wirksam eingeräumt werden, da ihm hiermit ein rechtlicher Vorteil gemäß § 7 Nr. 1 BeurkG gewährt wird.

a) Der Wortlaut von § 7 BeurkG verbietet einschränkungslos die Verschaffung eines rechtlichen Vorteils. Rechtlicher Vorteil ist jede Verbesserung der Rechtsposition durch die Einräumung vorher nicht bestehender Rechte oder die Verminderung bestehender Verpflichtungen (*Lerch*, Beurkundungsgesetz, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 4; *Winkler*, Beurkundungsgesetz, 5. Aufl., § 7 Rdnr. 3). Dieser rechtliche Vorteil muss sich unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben und nicht erst als deren Folge eintreten oder gar erst eintreten können (Senatsbeschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230, 237; *Winkler*, a. a. O., Rdnr. 6). Nicht erforderlich ist demgegenüber eine auf Zuwendung des Vorteils gerichtete Absicht der Beteiligten. Vielmehr genügt es, dass nach der objektiven Rechtslage aus dem Rechtsgeschäft unmittelbar ein rechtlicher Vorteil erwächst (*Winkler*, a. a. O., Rdnr. 4; *Lerch*, a. a. O., Rdnr. 5). Unerheblich ist es ferner, ob der rechtliche Vorteil für den Notar mit einer wirtschaftlichen Besserstellung verbunden ist oder keine Auswirkungen auf sein Vermögen hat (*Reimann* in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Kap. 2 Rdnr. 135; *Winkler*, a. a. O., Rdnr. 5; *Lerch*, a. a. O., Rdnr. 4; *Staudinger/*

Hertel, Stand 2012, Vorbem. zu §§ 127a, 128 Beurkundungsgesetz, Rdnr. 322). Der Vorteil muss nicht einmal auf vermögensrechtlichem Gebiet liegen (*Winkler*, a. a. O., Rdnr. 3).

In einem Fall wie dem hier zu entscheidenden ergibt sich der rechtliche Vorteil für den Notar daraus, dass ihm die Befugnis zur Ernennung eines Testamentsvollstreckers im Sinne von § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeräumt wird. Eine derartige rechtliche Möglichkeit, auf die Person des Testamentsvollstreckers Einfluss zu nehmen, hätte der Notar ohne die entsprechende Verfügung des Erblassers nicht gehabt. Seine Rechtsposition wird damit, ohne dass hierauf ein vertraglicher oder gesetzlicher Anspruch bestand, verbessert. Dieser rechtliche Vorteil wird dem Notar unmittelbar durch die Urkunde eingeräumt. Schließlich ist es unerheblich, dass mit der Einräumung des rechtlichen Vorteils zugleich die Verpflichtung des Notars zum Tätigwerden, nämlich der Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers, verbunden ist. Das Gesetz stellt ausschließlich darauf ab, dass dem Notar durch die beurkundete Willenserklärung überhaupt ein rechtlicher Vorteil verschafft wurde. Anders als bei § 107 BGB ist nicht erforderlich, dass es sich „lediglich“ um einen rechtlichen Vorteil handeln muss.

b) Aus der Systematik des § 7 BeurkG ergibt sich keine Veranlassung für dessen einschränkende Auslegung. In § 27 BeurkG ist lediglich geregelt, dass unter anderem § 7 BeurkG entsprechend für Personen gilt, die in einer Verfügung von Todes wegen bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt werden. Diese an die Stelle des früheren § 2235 BGB getretene Regelung hat zum Inhalt, dass die Mitwirkung des im Testament zum Testamentsvollstrecker Ernannten als Notar unabhängig davon unwirksam ist, ob es sich bei der isolierten Bestellung des Notars zum Testamentsvollstrecker für diesen um einen rechtlichen Vorteil handelt oder nicht (Senatsbeschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230, 236; Senatsurteil vom 4.2.1987, IVa ZR 229/85, DNotZ 1987, 768 unter I 1). Der Anwendungsbereich des § 7 BeurkG im Übrigen wird von § 27 BeurkG nicht berührt, da die beiden Vorschriften nebeneinander stehen (vgl. auch *Lerch*, a. a. O., Rdnr. 2).

Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 18.12.1996 entschieden hat, dass die notarielle Beurkundung einer testamentarischen Ernennung zum Testamentsvollstrecker nicht deshalb gegen §§ 7, 27 BeurkG verstößt, weil ein Sozium des Notars zum Testamentsvollstrecker ernannt wird und der Notar an dessen Vergütung aufgrund entsprechender Vereinbarung beteiligt ist (IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230; so bereits Senatsurteil vom 4.2.1987, IVa ZR 229/85, DNotZ 1987, 768), steht dies nicht im Widerspruch dazu, dass die Einräumung eines Bestimmungsrechts gemäß § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB nach § 7 BeurkG unwirksam ist. Auf den der Entscheidung des Senats vom 18.12.1996 zugrundeliegenden Sachverhalt war § 7 BeurkG bereits deshalb nicht anwendbar, weil die im Testament vorgesehene Ernennung zum Testamentsvollstrecker sich unmittelbar lediglich darauf richtete, dass der Sozium des Notars nach dem Erbfall Testamentsvollstrecker wird. Ein unmittelbarer rechtlicher Vorteil für den Urkundsnotar liegt hierin nicht. Die dem Sozium des Urkundsnotars zufließende Vergütung in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker ergibt sich ferner nicht unmittelbar als rechtlicher Vorteil aus dem Testament, sondern erst als gesetzliche Rechtsfolge aus der Amtsführung gemäß § 2221 BGB. Auf weitere wirtschaftliche Folgen, etwa eine Beteiligung des Urkundsnotars an der Vergütung des Testamentsvollstreckers durch die Verbindung in einer Sozietät, kommt es im Rahmen von § 7 BeurkG ohnehin nicht an. Demgegenüber wird dem Urkundsnotar durch das Bestimmungsrecht des § 2198 Abs. 1

Satz 1 BGB unmittelbar durch das Testament ein rechtlicher Vorteil eingeräumt.

c) Der Sinn und Zweck von § 7 BeurkG spricht ebenfalls dafür, dass die Vorschrift das dem Urkundsnotar eingeräumte Bestimmungsrecht des § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB erfasst. Der Notar soll nicht durch den Inhalt der von ihm beurkundeten letztwilligen Verfügungen Rechtspositionen erhalten, auf die er ansonsten keinen Anspruch hätte. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist bei § 7 BeurkG „ein strenger Maßstab geboten, um das Ansehen des Notarstandes zu wahren und eine Übervorteilung Beteiligten zu verhindern“ (BT-Drucks. V/3282, S. 3, 29). Insbesondere gilt es zu verhindern, dass der Notar durch die Einräumung ihm ansonsten nicht zustehender rechtlicher Vorteile in der Urkunde in die Gefahr eines Konflikts zu seinen sonstigen Pflichten kommt, insbesondere zu den Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG.

Die Gefahr eines Widerspruchs zwischen den Interessen des Erblassers sowie möglichen Eigeninteressen des Notars ist in derartigen Fällen nicht von vornherein auszuschließen. Der Urkundsnotar selbst kann ein eigenes Interesse an der Person des von ihm zu bestimmenden Testamentsvollstreckers haben, wenn im Rahmen der Testamentsvollstreckung Tätigkeiten erforderlich sind, die ihrerseits einer notariellen Beurkundung bedürfen. So hat es der Erblasser hier in § 9 als Aufgabe des Testamentsvollstreckers bezeichnet, verschiedene Teilungsanordnungen durchzuführen, die sich im Wesentlichen auf seinen nicht unerheblichen Grundbesitz beziehen. Hierzu sind notarielle Vollzugsgeschäfte erforderlich. Einen derartigen möglichen Interessengegensatz wollte der Gesetzgeber durch § 7 BeurkG von Anfang an verhindern. Daran vermag auch der Umstand, dass der Notar in seiner Eigenschaft als Amtsperson tätig wird, nichts zu ändern.

Schließlich wird die Rechtsposition des Erblassers nicht in einer mit den praktischen Bedürfnissen nicht mehr zu vereinbarenden Art und Weise beschnitten. Diesem bleibt es unbenommen, entweder selbst den Testamentsvollstrecker zu ernennen oder einen Dritten außer dem Urkundsnotar mit der Bestimmung gemäß § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB zu betrauen. Sollte dem Erblasser hierzu keine geeignete Person bekannt sein, so kann er – wie das in § 9 des Testaments auch hilfsweise geschehen ist – das Nachlassgericht als Bestimmungsberechtigten einsetzen.

d) Auf die entgegenstehende Entscheidung des OLG Neustadt vom 4.4.1951 (DNotZ 1951, 339) kann bereits deshalb nicht abgestellt werden, weil der hier zur Beurteilung stehende § 7 BeurkG erst mit dem Beurkundungsgesetz zum 1.1.1970 in Kraft getreten ist. Sie befasst sich außerdem im Wesentlichen nur mit der Frage, ob für die Form der Erklärung gemäß § 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB bei einem Bestimmungsrecht des Notars eine Erklärung in öffentlich beglaubigter Form erforderlich ist oder nicht.

Aus § 171 FGG a. F., der Vorgängervorschrift des § 7 BeurkG, kann für die Beurteilung ebenfalls nichts Abweichendes hergeleitet werden. Hiernach war von der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts derjenige ausgeschlossen, zu dessen Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wurde. Der Gesetzgeber des Beurkundungsgesetzes wollte den Begriff der Verfügung ausdrücklich vermeiden, weil darunter in der Regel nur solche Rechtsgeschäfte verstanden werden, durch die ein Recht übertragen, inhaltlich verändert oder aufgehoben wird (BT-Drucks. V/3282, S. 3, 29). Vielmehr sollte durch die Fassung des § 7 BeurkG klargestellt werden, dass alle Rechtsgeschäfte in Betracht kommen, die ihrem Inhalt nach darauf gerichtet sind, einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen

(a. a. O.). Ein derartiger rechtlicher Vorteil liegt – wie oben gezeigt – in der Einräumung des Bestimmungsrechts eines Testamentsvollstreckers zugunsten des Urkundsnotars. Soweit die Rechtsbeschwerde darauf abstellt, nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts sei der Notar durch § 171 FGG a. F. nicht daran gehindert gewesen, zugleich eine Vollmacht auf sich selbst zu beurkunden (vgl. RGZ 155, 172, 178 f.; 121, 30, 34 f.), kann offen bleiben, ob dies auch für den Anwendungsbereich des Beurkundungsgesetzes gilt (so etwa *Winkler*, a. a. O., Rdnr. 8). Die Einräumung eines Rechts des Notars zur Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers führt jedenfalls unmittelbar zu einem rechtlichen Vorteil des Notars durch Verbesserung seiner bisherigen Rechtsstellung und dient nicht lediglich der Umsetzung des bereits feststehenden Erblasserwillens durch den Notar als bevollmächtigter Vertreter.

17. BNotO § 19 Abs. 1; BeurkG § 17 Abs. 2 Satz 2, § 13a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2; BGB § 433 (*Belehrungspflicht bei Beurkundung einer Annahme ohne Vorlage des Angebots*)

Zur Belehrungspflicht des Notars, der die Annahmeerklärung zu einem Grundstückskaufvertrag beurkundet, ohne dass ihm die von einem anderen Notar beurkundete Angebotserklärung vorliegt.

BGH, Urteil vom 8.12.2011, III ZR 225/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die klagende Bauträgergesellschaft nimmt den beklagten Notar wegen Amtspflichtverletzung bei der Beurkundung einer Vertragsannahmeerklärung auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin hatte ein durch den Notar S beurkundetes Angebot der W B A K GmbH & Co. KG vom 24.9.2005 erhalten, mehrere Grundstücke mit einer Gesamtfläche von 5.110 m² zum Preis von 520.000 € zu kaufen. Das Angebot enthielt in Teil A unter anderem folgende Bestimmungen:

„1. ... Das Angebot kann nur insgesamt angenommen werden bis einschließlich 15.12.2005 und ist bis dahin unwiderruflich. Nach Ablauf dieser Frist endet das Angebot, ohne dass es widerrufen werden muss. Die Annahme hat zu notarieller Urkunde zu erfolgen und ist rechtzeitig, wenn sie bis zum Ablauf der Frist zur Urkunde eines deutschen Notars erklärt wurde. Des Zugangs der Annahmeerklärung beim Anbietenden bedarf es nicht. Er ist jedoch von der Annahme unverzüglich zu unterrichten.“

2. Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Der Angebotsempfänger hat sich in der Annahmeerklärung wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen. ...“

In der Folgezeit schloss die Klägerin mit neun Bewerbern Bauträgerverträge über die Errichtung von Eigenheimen auf den betroffenen Grundstücken.

Am 15.12.2005 suchte der Geschäftsführer der Klägerin den Beklagten wegen der Beurkundung der Annahme des Kaufvertragsangebots auf. Vor der Beurkundung wurde dem Beklagten von der Klägerin ein Entwurf der Annahmeerklärung aus dem Notariat des Notars S übergeben; ob auch die Angebotserklärung vorlag, ist zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte legte seiner Beurkundung den Entwurf zugrunde. In der Vorbemerkung der Urkunde wird auf das notariell beurkundete Kaufvertragsangebot Bezug genommen. Der Geschäftsführer der Klägerin erklärte sodann im Abschnitt „Annahme“:

„1. Das der R B GmbH (Klägerin) in der vorgenannten Urkunde gemachte, ihr in allen Teilen bekannte Vertragsangebot, von dem ihr eine Ausfertigung zugegangen ist, nehme ich hierdurch in vollem Umfange an.“

2. Zu diesem Zwecke gebe ich alle einseitigen, in dem Kaufvertragsangebot enthaltenen Erklärungen ab.

3. Ferner trete ich vorsorglich bereits jetzt sämtlichen grundbuchlichen Erklärungen bei. Sämtliche in der Angebotsurkunde enthaltenen Vollmachten werden bestätigt bzw. wiederholt.“

Die Urkunde enthielt nicht die im Angebot vorgesehene Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung der Klägerin.

Nachdem der Notar S zunächst mit dem Vollzug des Kaufvertrags begonnen hatte, stellte er sich im Juli 2006 auf den Standpunkt, der Kaufvertrag sei wegen des Fehlens der Unterwerfungserklärung der Klägerin nicht wirksam zustande gekommen. Die Verkäuferin, die zunächst eine einstweilige Verfügung gegen die Klägerin erwirkt hatte, mit der ihr eine Fortführung der Bauarbeiten untersagt wurde, kam schließlich mit der Klägerin in einer am 14.9.2006 beurkundeten „Vertragsänderung und -ergänzung sowie Auflassung“ überein, den Kaufvertrag im Hinblick auf die Wirksamkeitsbedenken unter Anhebung des Kaufpreises auf 560.000 € zu bestätigen.

Die Klägerin, die – nach einer teilweisen Klagerücknahme – wegen der ihr entstandenen Mehrkosten von 63.085,40 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren Schadensersatz begehrt, wirft dem Beklagten vor, er habe, obwohl ihm eine Kopie der Angebotsurkunde übermittelt worden sei, das Erfordernis einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung verkannt. Wenn dem Beklagten, wie von ihm behauptet, das Angebot nicht vorgelegen haben sollte, so habe dieser es jedenfalls versäumt, ihr – der Klägerin – Hinweise auf mögliche Risiken und Gefahren zu geben, die sich daraus ergeben könnten, dass ihm das Angebot nicht vorliege. Auch habe er nicht verlangt, dass ihm die Klägerin das Angebot zur Kenntnisnahme vorlege.

Das LG hat die Klage nach persönlicher Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin und des Beklagten und Vernehmung der Zeugen Z und D abgewiesen, das OLG hat ihr stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet.

I.

Das Berufungsgericht legt seiner Beurteilung die Feststellung des LG zugrunde, die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin habe nicht bewiesen, dass dem Beklagten die Angebotserklärung bei der Beurkundung vorgelegen und er sich nicht zureichend darum bemüht habe, in die Angebotserklärung Einsicht nehmen zu können. Es wirft ihm aber vor, dass er den Geschäftsführer der Klägerin nicht umfassend über die Risiken einer geforderten Beurkundung der Annahmeerklärung ohne Kenntnis der hierin in Bezug genommenen Angebotserklärung aufgeklärt und insbesondere nicht darüber belehrt habe, ein wirksamer Vertragsschluss sei nur zu erwarten, wenn die Annahmeerklärung der Angebotserklärung entspreche und sämtlichen hierin aufgestellten Anforderungen genüge. Unter Zugrundelegung seines eigenen Vortrags zum Inhalt seiner Belehrungen habe der Beklagte ersichtlich selbst im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG „Zweifel an der Wirksamkeit des Geschäfts“ gehabt und wäre demzufolge verpflichtet gewesen, seine Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen des Geschäftsführers in der Niederschrift zu vermerken, was er unterlassen habe. Daraus folge, dass der Beklagte den Nachweis einer ordnungsgemäßen Belehrung zu führen habe, was ihm mit der Aussage des Zeugen D nicht gelungen sei. Unabhängig von diesen Überlegungen sieht es das Berufungsgericht auf der Grundlage der Bekundungen des Zeugen D als bewiesen an, dass der Beklagte den Geschäftsführer der Klägerin nur unzureichend belehrt hat, weil er zwar sinngemäß auf „Gefahren und Risiken“ hingewiesen habe, ohne diese jedoch konkret zu erläutern und insbesondere auf die Gefahr eines Scheiterns des beabsichtigten Vertragsschlusses wegen einer Divergenz von Angebots- und Annahmeerklärung hinzuweisen.

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Allerdings geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass die Klägerin für ihren Vorwurf, der Beklagte habe bei der Beurkundung der Annahmeerklärung die Angebotserklärung nicht zur Kenntnis genommen und sich nicht darum bemüht, diese zu erhalten, beweispflichtig ist und diesen Beweis nicht geführt hat.

2. Den Beklagten traf jedoch in der vorliegenden Fallgestaltung keine Pflicht, den Geschäftsführer der Klägerin darüber zu belehren, dass ein wirksamer Vertragsschluss nur zu erwarten sei, wenn die Annahmeerklärung der Angebotserklärung entspreche.

a) Nach der Rechtsprechung des BGH erschöpft sich die Pflicht zur Rechtsbelehrung bei der Beurkundung der Annahme eines vorgegebenen Vertragsangebots in der Aufklärung über die rechtliche Bedeutung der Annahmeerklärung. Der Inhalt des Vertragsangebots, dem die Annahme gilt, gehört nicht zur rechtlichen Tragweite des in einem solchen Fall beurkundeten Geschäfts. Der Umfang der geschuldeten Belehrung gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG ist auf die rechtlichen Auswirkungen der Annahmeerklärung und damit abstrakt auf die Gefahren beschränkt, die mit jedem Kaufvertrag verbunden sind (vgl. BGH, Urteile vom 25.2.1994, V ZR 63/93, BGHZ 125, 218, 224; vom 24.6.1993, IX ZR 216/92, NJW 1993, 2747, 2750; ebenso Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl., § 14 Rdnr. 157; Frenz in Eylmann/Vaasen, BNotO BeurkG, 3. Aufl., § 17 BeurkG Rdnr. 37; Staudinger/Hertel, Bearb. 2004, § 128 Rdnr. 33; Ganter in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rdnr. 988; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rdnr. 512). Diese Auffassung wird zwar von einigen Stimmen in der Literatur nicht für richtig gehalten, die im Interesse des die Angebotserklärung Annehmenden eine Belehrung des die Annahme beurkundenden Notars über den Inhalt des abzuschließenden Vertrags verlangen. Soweit jedoch – wie hier – die Angebotserklärung nicht vorliegt, fordern auch diese Autoren nur eine Belehrung über die rechtlichen Auswirkungen der Annahmeerklärung und abstrakt über die Gefahren, die mit jedem Kaufvertrag verbunden sind (vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl., § 17 Rdnr. 58; Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 17 Rdnr. 164).

b) Zu diesen Belehrungspflichten kann es nach der jeweiligen Sachlage des Falls gehören, dass der Vertrag nur zustande kommt, wenn Angebot und Annahme inhaltlich übereinstimmen und etwaige einseitige Erklärungen des Annehmenden, von denen der Vertragsschluss nach dem Angebot abhängig sein soll, abgegeben werden. Eine solche Belehrung ist jedoch nicht erforderlich, wenn es ausgeschlossen erscheint, dass die Erklärungen des Annehmenden hinter den Anforderungen der Angebotsurkunde zurückbleiben. Denn die Belehrung hat, auch soweit es um die abstrakten Risiken eines jeden Kaufvertrags geht, fallbezogen zu erfolgen; es ist nicht formelhaft oder „ins Blaue hinein“ über alle nur denkbaren, fern liegenden Risiken zu belehren (BGH, Senatsurteil vom 2.6.2005, III ZR 306/04, NJW 2005, 3495 = MittBayNot 2005, 514; Urteil vom 27.10.1994, IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331; Sandkühler, a. a. O., § 14 Rdnr. 140; Armbrüster, a. a. O., § 17 Rdnr. 30).

c) Gemessen hieran war eine Belehrung darüber, dass der Vertragsschluss scheitern könnte, weil sich Angebot und Annahme nicht vollständig decken, nicht erforderlich. Denn

der vom Beklagten der Beurkundung zugrunde gelegte Entwurf des Notars S sah vor, dass die Klägerin – wie geschehen – das ihr in allen Teilen bekannte Vertragsangebot in vollem Umfang annahm. Unter solchen Umständen hätte es nur dann zu einem unwirksamen Vertrag kommen können, wenn die Angebotserklärung mit entsprechenden Mängeln behaftet gewesen wäre, über die der Beklagte jedoch – wie zu a) ausgeführt – nicht belehren musste. Es fehlt damit aus der Sicht des die Annahmeerklärung beurkundenden Beklagten jeder Anhaltspunkt, der Zweifel im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG an der Wirksamkeit der Annahmeerklärung begründen konnte.

d) Richtig ist allerdings, dass sich aus der Angebotserklärung weitere Maßgaben oder Bedingungen ergeben könnten, die zwar nicht unmittelbar den Inhalt des zu schließenden Kaufvertrags betrafen, aber zusätzlich vom Anbietenden ausbedungen waren, wie hier die in der Annahmeerklärung und damit innerhalb der Frist für die Annahme abzugebende Unterwerfungserklärung der Käuferin. Der Beklagte hat insoweit in erster Instanz geltend gemacht, er habe den Geschäftsführer der Klägerin über „mögliche Unsicherheiten“ belehrt und darauf hingewiesen, „dass es potenziell gefährlich sei, wenn er die Annahme beurkunde, ohne das Angebot – wenn auch nur in kopierter textlicher Form – gesehen zu haben, weil er zum Beispiel nicht für einzuhaltende Fristen, zu übernehmende Bedingungen, sonstige Umstände und Tatsachen der Abwicklung hinsichtlich der Urkunde Gewähr übernehmen könne“; in seiner Anhörung vor dem LG hat er ausgesagt, er habe darauf hingewiesen, „dass in dem Angebot gewisse Fristen, Bedingungen stehen könnten, die bei der Beurkundung berücksichtigt werden müssten“.

Eine solche Belehrung genügt den Anforderungen des § 17 Abs. 1 BeurkG. Sie trifft mit dem Hinweis auf mögliche Bedingungen die dem Beklagten mangels Vorliegens der Angebotsurkunde nicht erkennbare Gefahrenlage, die sich hier verwirklicht hat. Auch wenn die Belehrung nicht unmittelbar dahin geht, dass aufgrund der angeführten Umstände der Vertrag unwirksam sein könnte, macht sie mit dem Hinweis auf mögliche Unsicherheiten und die Notwendigkeit, etwa enthaltene Bedingungen zu berücksichtigen, für den nach eigener Einschätzung in Grundstücksgeschäften ausreichend (beurkundungs-)erfahrenen Geschäftsführer eines Bauträgerunternehmens hinreichend eine Risikolage deutlich, die im Hinblick auf die auf den letzten Tag der Annahmefrist terminierte Beurkundung das Scheitern des Vertragsschlusses bedeuten konnte. Die Hervorhebung denkbarer Bedingungen, wie die von der Klägerin in der Revisionsverhandlung als üblich bezeichnete Unterwerfungserklärung des Käufers, war bei dieser Sachlage ebenfalls nicht erforderlich. Dabei kommt in der konkreten Situation hinzu, dass die Klägerin dem Beklagten einen Entwurf für die Annahmeerklärung aus dem „Büro“ des Notars S vorlegte, der keinen Anlass bot, gezielt auf die mögliche Bedingung einer Unterwerfungserklärung hinzuweisen.

Über die vorbezeichnete Risikolage hatte der Beklagte zwar nach § 17 Abs. 1 BeurkG zu belehren, sie begründete jedoch, zumal der Geschäftsführer der Klägerin auch alle einseitigen, in der Angebotsurkunde enthaltenen Erklärungen abgab, keine Zweifel im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG an der Wirksamkeit des Geschäfts, die einen Vermerk über die Belehrung und die vom Geschäftsführer der Klägerin dazu abgegebenen Erklärungen in der Urkunde verlangt hätten.

e) Mangels Verletzung einer Dokumentationspflicht des Beklagten nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG hat die Klägerin nachzuweisen, dass der Beklagte seine Belehrungspflicht ver-

letzt hat. Soweit das Berufungsgericht den Beweis hierfür durch die Bekundungen des Zeugen D als geführt ansieht, denen nicht zu entnehmen sei, dass der Beklagte ausdrücklich auf die Gefahr eines Scheiterns des beabsichtigten Vertragsschlusses wegen einer Divergenz von Angebots- und Annahmeerklärung hingewiesen habe, kommt es hierauf mangels einer entsprechenden Belehrungspflicht nicht an.

(...)

Anmerkung:

1. Der Notar, der auf Ansuchen des „nach eigenen Angaben geschäftserfahrenen“ Geschäftsführers eines Bauträgerunternehmens am letzten Tag der Angebotsfrist den vom „Angebotsnotar“ gefertigten und vom Bauträger zur Verfügung gestellten Entwurf der Vertragsannahme beurkundet, ohne dass ihm die Angebotsurkunde vorgelegt wird, haftet nicht, wenn infolge der Unvollständigkeit der Annahmeerklärung der Vertrag nicht wirksam zustande gekommen sein sollte. Der Fall scheint so klar, dass sich die Frage aufdrängt, weshalb der Bauträger nicht gleich den Angebotsnotar verklagt hatte. Auf seine subsidiäre Haftung könnte sich dieser nicht berufen, da die Haftung eines anderen Notars grundsätzlich keine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO darstellt.¹

a) Der BGH entscheidet in diesem Fall zugunsten des beklagten Notars, indem er feststellt, dass dieser in der vorliegenden Fallgestaltung eben nicht darüber zu belehren hatte, dass ein wirksamer Vertragsschluss nur zu erwarten sei, wenn die Annahmeerklärung der Angebotserklärung entspreche – so hatte es noch das Berufungsgericht verlangt. Überraschend klar äußert er sich in den Entscheidungsgründen (Rdnr. 14) zu seiner bisherigen Rechtsprechung über den Umfang der Belehrungspflicht bei der Beurkundung einer Annahme. Diese „erschöpfe“ sich in der Aufklärung über die rechtliche Bedeutung der Annahmeerklärung, d. h. die abstrakten Gefahren, die mit jedem Kaufvertragsschluss verbunden seien. Der Inhalt des Vertragsangebotes hingegen gehöre nicht zur rechtlichen Tragweite des beurkundeten Rechtsgeschäfts der Annahme. Die Vertreter anderer Ansicht, die nicht einmal umfassend zitiert werden, kämen nach Ansicht des BGH selbst im vorliegenden Fall, in dem die Angebotsurkunde nicht vorliegt, zu keinem anderen Ergebnis. Deshalb setzt sich der Senat mit deren Argumenten gar nicht erst auseinander. Dabei hätte er dazu Stellung nehmen können, dass diese Vertreter die BGH-Rechtsprechung gar nicht so eindeutig sehen, wie sie der BGH hier darstellt.²

b) Die Argumentation der Vorinstanz zur Anwendung des § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG, aus dem das OLG die Notarhaftung hergeleitet hatte, verwirft der BGH. Die Begründung ist

¹ Eylmann/Vaasen/Frenz, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 2011, § 19 BNotO Rdnr. 39.

² BGH, Urteil vom 30.6.1981, VI ZR 197/79, DNotZ 1981, 773, 775 (LS: „Beurkundet ein Notar nur ein Angebot zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages, so ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, den Adressaten des Angebots über Risiken der Vertragsgestaltung zu belehren. Diese Pflichten obliegen dem Notar, der die Annahme beurkundet.“) oder das vom BGH hier selbst als erstes zitierte Urteil vom 25.2.1994, V ZR 63/93, NJW 1994, 1344, 1346 („Eine wirksame Beurkundung kann deshalb auch dann erfolgen, wenn der Annehmende die Angebotsurkunde nicht vorlegen kann oder will. Der Umfang der Belehrung durch den Notar reduziert sich in diesem Fall auf die rechtlichen Auswirkungen der Annahmeerklärung und damit abstrakt auf die Gefahren, die mit jedem Kaufvertrag verbunden sind.“). Siehe auch Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz, § 17 Rdnr. 164 m. w. N.

nicht ganz einfach nachzuvollziehen, aber möglicherweise in anderen Fallkonstellationen von eminent wichtiger Bedeutung: Weil der Notar im konkreten Fall nach § 17 Abs. 1 BeurkG nicht über die denkbare Unwirksamkeit infolge inkongruenter Willenserklärungen belehren musste, fehlte es damit an jeglichem Anhaltspunkt, der Zweifel an der Wirksamkeit der Annahmeerklärung begründen könnte. Folglich musste der Notar auch nicht über Zweifel an der Wirksamkeit – mit Nachweispflicht in der Urkunde – gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG belehren (Rdnr. 16). Zuvor (Rdnr. 15) sagt der BGH aber ausdrücklich, dass es nach Sachlage des Falles zu den Belehrungspflichten gehören kann, auf die Gefahr einer Inkongruenz der Vertragserklärungen mit der Folge des Scheiterns des Vertragsschlusses hinzuweisen. In der Folge wäre also – bei anderer Sachlage – der Weg zur Anwendung des § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG mit der damit verbundenen Beweislast für den Notar doch offen.

c) Deshalb sollten sich auch künftig Notare, denen bei der Beurkundung einer Annahme keine Ausfertigung der Angebotsurkunde vorgelegt wird, nicht in trügerischer Sicherheit wiegen. Was der BGH in dieser Entscheidung ebenso klar betont, sind – wie schon ausgeführt – die Umstände des Einzelfalles. Der BGH weist darauf hin, dass die Belehrung nicht ins Blaue hinein über alle nur denkbaren, fernliegenden Risiken zu erfolgen habe, sondern dass die notarielle Belehrungspflicht eine fallbezogene sei.

Was der BGH eben nicht statuiert, ist eine aus dem entschiedenen Fall ableitbare allgemeine Regel, z. B. derart, dass sich die Pflicht des Notars zur Sachverhaltserforschung bezogen auf die Vollständigkeit des mitgebrachten Entwurfs einer Annahmeerklärung darin erschöpft, sie auf Schlüssigkeit zu überprüfen, wenn ihm die Angebotsurkunde nicht vorliegt. Vielmehr kann auch die Sachverhaltserforschungspflicht in ihrem Umfang fallbezogen sein, wie § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG nahelegt, der unerfahrene und ungewandte Beteiligte besonders berücksichtigt sehen will.

d) Hier stelle man sich die Fallabwandlung vor, in welcher statt des erfahrenen Bauträgers ein Verbraucher den Notar um die Beurkundung ersucht und sein Makler bzw. Finanzberater den vom Zentralnotar gefertigten Entwurf der Annahmeerklärung gleich mitbringt. Später – nach Zahlung des Kaufpreises – entdeckt der inzwischen bestellte Insolvenzverwalter des Verkäufers die Unwirksamkeit der Annahmeerklärung des Verbrauchers für sich.³

aa) Das Gericht könnte argumentieren, dass der Notar keinen Einfluss auf die hier möglicherweise ungute Gestaltung des Beurkundungsverfahrens gehabt hätte. Durch die Beurkundung der Annahme habe er weder gegen § 17 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2a BeurkG verstoßen, noch habe er die Vorgaben des § 14 Abs. 3 BNotO in Verbindung mit den Kammerrichtlinien missachtet, wonach das Angebot vom Verbraucher als dem belehrungsbedürftigeren Teil hätte ausgehen sollen (Ziffer II. 1. d) der RL-Empfehlungen der BNotK). Folglich habe er keine gesteigerten Belehrungspflichten geschuldet. Insbesondere könne die Wahl der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens durch den „Zentralnotar“ nicht dazu führen, dass der die Annahme beurkundende Notar entgegen der Rechtsprechung des BGH doch über die Angebotsurkunde zu belehren habe. Wenn der Verbraucher also in der Annahmeerklärung erkläre, das Angebot in allen Teilen zu kennen und es in vollem Umfang annehmen zu wollen, lasse sich ebenso wie im entschiedenen

Fall folgern, dass der Notar keinen Anhaltspunkt für irgendwelche Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts infolge der fehlenden Zwangsvollstreckungsunterwerfung haben müsse. Das Ergebnis wäre also gleich.

bb) Ebenso gut könnte aber argumentiert werden, dass der nicht geschäftserfahrene Verbraucher die Tragweite seiner Erklärung, das Angebot in allen Teilen zu kennen, nicht überblicke, insbesondere er die Bedeutung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung als Bedingung der Annahme leicht verkennen könne, während es für den Notar alles andere als fernliegend sei, dass in die Annahmeerklärung des Käufers üblicherweise eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung aufzunehmen sei.⁴ Wenn er über die mögliche Unwirksamkeit infolge inkongruenter Vertragserklärungen zu belehren habe, musste er auch Zweifel an der Wirksamkeit gehabt haben und diese in der Niederschrift vermerken. Da er dies nicht getan habe, trage er die Beweislast für die tatsächlich erfolgte Belehrung. Gelingen ihm das nicht, müsse er wegen Verletzung seiner Amtspflichten haften.

cc) Es ist gewiss spekulativ, wie der BGH diesen Fall entscheiden würde. Die Fallabwandlung macht aber meines Erachtens deutlich, dass sich der BGH alle Türen offen hält.

3. Am Ende des Urteils deutet das Gericht einen Verstoß gegen § 13a BeurkG an. Die Details bleiben im Unklaren. Grundsätzlich bedarf es aber bei der Beurkundung einer Annahme gar keiner Verweisung nach § 13a BeurkG.⁵

4. Interessant wäre auch eine Erörterung der Frage gewesen, ob die Annahmeerklärung ohne die Zwangsvollstreckungsunterwerfung tatsächlich fehlgeschlagen und infolgedessen der Kaufvertrag unwirksam war. Denn entgegen den sonst verbreiteten ausdrücklichen Formulierungen, dass das Angebot nur angenommen werden kann, wenn sich der Käufer in der Annahmeerklärung der Zwangsvollstreckung unterwirft,⁶ war hier ohne ausdrücklichen Bedingungs Zusammenhang formuliert worden: „1. Das Angebot kann nur insgesamt angenommen werden. ... 2. Der Angebotsempfänger hat sich in der Annahmeerklärung ... zu unterwerfen.“

Notar *Hans-Ulrich Sorge*, Würzburg

⁴ Vgl. Checkliste und Musterformulierung im Beck'schen Notarhandbuch/*Brambring*, 5. Aufl., Teil A, Rdnr. 382.

⁵ Siehe schon oben BGH, Urteil vom 25.2.1994, V ZR 63/93, sowie *Brambring*, a. a. O., Rdnr. 388.

⁶ Vgl. wieder *Brambring*, a. a. O., oder *Hoffmann-Becking/Rawert*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches-, Handels-, und Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2009, Formular III. B. 8.

Kostenrecht

18. KostO §§ 30, 64 Abs. 3, § 67 (*Gebühren und Geschäftswert für Berichtigung des Grundbuchs bei GbR-Gesellschafterwechsel*)

- Gebühren und Geschäftswert für die Berichtigung des Grundbuchs bei Gesellschafterwechsel in der GbR bestimmen sich aus § 67 KostO (Anschluss an OLG München, Beschluss vom 24.9.2010, 34 Wx 2/10, FGPrax 2010, 314 = MittBayNot 2011, 344; a. A. OLG Frankfurt vom 19.11.2009, 20 W 70/90).**
- Bei der Bemessung des Geschäftswertes ist jeweils auf das wirtschaftliche Interesse abzustellen, das sich aus**

³ In Bauträgerverträgen dürfte die vorliegende Fallgestaltung wegen der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Praxis freilich nicht mehr vorkommen.

dem übergegangenen Anteil an der GbR ergeben kann.

3. **Bestehen Zweifel an der Größe des übergegangenen Anteils, so ist bei der Schätzung des wirtschaftlichen Interesses davon auszugehen, dass die Gesellschafter zu gleichen Teilen am Vermögen der GbR beteiligt sind.**
4. **Die bloße Namensänderung einer GbR, die gleichzeitig mit der Eintragung weiterer Berichtigungen eingetragen werden kann, kann mit dem Geschäftswert von $\frac{1}{20}$ des Grundstückswertes bemessen werden.**
5. **Bei mehreren Berichtigungen, die dasselbe Recht betreffen, entsteht nur eine Gebühr, diese jedoch aus dem zusammengerechneten Wert.**

OLG München, Beschluss vom 19.7.2012, 34 Wx 522/11 Kost; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Im Grundbuch waren zwei Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH sowie vier natürliche Personen in Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Eigentümerin eingetragen. Auf Antrag vom 25.11.2009 berichtigte das Grundbuchamt am 21.12.2009 zum einen den Namen der GbR und zum anderen in Folge mehrerer Gesellschafterwechsel die eingetragenen Gesellschafter, indem drei bisherige gelöscht und vier neue eingetragen wurden.

Gemäß Kostenansatz vom 21.12.2009 nahm das Grundbuchamt die Beteiligte zu 1 als Kostenschuldnerin in Anspruch. Gegen die Kostenrechnung über 858 € (0,25 Gebühr gemäß § 67 KostO aus einem Wert von 2.250.000 €) wandte sich die Beteiligte zu 1 mit ihrer Erinnerung vom 15.1.2010 und griff diese im Wesentlichen damit an, dass die Kostenrechnung den Gegenstandswert mit 50 % des Grundstückswerts zu hoch ansetze. Die Erinnerung hat das AG schließlich als Antrag auf Festsetzung des Geschäftswerts behandelt und diesen mit Beschluss vom 29.8.2011 auf 2.250.000 € festgesetzt.

Dagegen wendet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 vom 21.10.2011. Nach deren Meinung sind die Berichtigungen jeweils nur von geringer Bedeutung; der Geschäftswert sei mit 10 % des Grundstückswerts als angemessen zu erachten. Dieser Beschwerde hat das Grundbuchamt nach Anhörung des Bezirksrevisors als Vertreters der Staatskasse (Beteiligte zu 2) nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 31 Abs. 3 KostO). Nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin soll – wohl weiterhin bei Anwendung des § 67 KostO zur Berechnung der Gebühr – der Geschäftswert statt mit 2.250.000 € nur mit 450.000 € (10 % des Grundstückswerts) anzusetzen sein. Dies würde zu einer Reduzierung des Kostenansatzes um über 200 € führen, so dass die Beschwerdesumme erreicht ist.

Die Beschwerde ist unbegründet; die Festsetzung des Geschäftswerts durch das AG ist hingegen zulasten der Beteiligten zu 1 nach oben zu korrigieren.

1. Gebühren und Geschäftswert für die Berichtigung des Grundbuchs bei Gesellschafterwechseln bestimmen sich nach der Rechtsprechung des Senats aus § 67 KostO (vgl. Beschluss vom 3.7.2008, 34 Wx 36/08, FGPrax 2008, 222 = MittBayNot 2009, 64; siehe auch OLG Hamm, FGPrax 2008, 84; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 524). Diese Rechtsprechung ist zwar nicht unumstritten (OLG Frankfurt vom 19.11.2009, 20 W 70/09, bei juris), jedoch hat der Senat auch unter Berücksichtigung der vereinzelt geäußerten Kritik keinen Anlass gesehen, seine Rechtsprechung zu ändern (im Einzelnen Beschluss vom 24.9.2010, 34 Wx 2/10, FGPrax 2010, 314 = MittBayNot 2011, 344). Insbesondere kommt eine entsprechende Anwendung von § 60 Abs. 1 KostO für die Eintra-

gung von Gesellschafterwechseln (vgl. OLG Frankfurt vom 19.11.2009, a. a. O.) schon deswegen nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber § 67 KostO ausweislich seines Wortlauts als Auffangtatbestand konzipiert hat und damit eine Regelungslücke fehlt.

2. Die Höhe des Geschäftswertes für Eintragungen im Sinne von § 67 KostO bestimmt sich über § 67 Abs. 3 KostO nach § 30 KostO. Es ist daher auf das wirtschaftliche Interesse an der Eintragung abzustellen (*Hartmann*, Kostengesetz 41. Aufl., § 67 KostO Rdnr. 13). Die Rechtsprechung geht unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles bei berichtigenden Eintragungen von einem Geschäftswert zwischen $\frac{1}{20}$ und $\frac{1}{2}$ des Grundstückswertes aus, wobei die Empfehlungen bei Änderungen im Bestand der Gesellschafter zu (mindestens) 50 % des Grundstückswertes tendieren (vgl. etwa *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2010, § 67 Rdnr. 27).

a) Das Grundbuchamt hat dementsprechend für die Eintragung mehrerer Gesellschafterwechsel insgesamt einen Geschäftswert von 50 % des Grundstückswertes angenommen. Nach Ansicht des Bezirksrevisors geht das wirtschaftliche Interesse bei mehreren solcher Richtigstellungen nach § 67 KostO nicht über das der Eintragung eines Gesellschafterwechsels hinaus. Er beruft sich hierbei auf eine Entscheidung des Senats, die zur alten Rechtslage ergangen ist (FGPrax 2008, 222 = MittBayNot 2009, 64). Dort war allerdings zur Rechtslage vor dem ERVGBG ausgeführt, die Verlautbarung des aktuellen Gesellschafterbestandes sei für die Verkehrsfähigkeit der Immobilie als solcher von ausschlaggebender Bedeutung und daher insofern auf das Interesse der GbR abzustellen, weshalb für den Ansatz des Geschäftswerts an die obere Grenze zu gehen sei.

Nach der Rechtslage ab 18.8.2009 ist allerdings eine andere Gewichtung der Interessenlage veranlasst. § 899a BGB erstreckt nun die gesetzliche Vermutung des § 891 BGB auch auf den Bestand der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter und schützt so den guten Glauben bei Erwerb eines der GbR gehörenden Grundstücks von den im Grundbuch verlautbarten Gesellschaftern (siehe § 899a Satz 2 BGB). Damit ist das Interesse der GbR daran, die Verkehrsfähigkeit der Gesellschaft durch eine Berichtigung des Gesellschafterbestandes überhaupt wieder herzustellen, nicht mehr das vorrangige.

Bis zum Erlass des ERVGBG wurde bei Veräußerung des Grundstücks einer GbR verlangt, dass die handelnden Gesellschafter einen Nachweis über den aktuellen Gesellschafterbestand in der Form des § 29 GBO führen (vgl. etwa OLG Köln, FGPrax 2011, 62, 63; *Tebben*, NZG 2009, 288, 291). Die Verkehrsfähigkeit des Grundstücks war letztlich nur dann gegeben, wenn der aktuelle Gesellschafterbestand dokumentiert werden konnte. Dessen ist die GbR letztlich nun durch § 899a BGB entoben. Durch das Handeln der bisherigen im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter – auch wenn diese damit ggf. in Rechte neuer Gesellschafter eingreifen – bleibt das Grundstück verkehrsfähig.

Dagegen ist durch das ERVGBG – auch für die GbR – das wirtschaftliche Interesse des einzelnen Gesellschafters stärker in den Vordergrund gerückt, so dass es nun gerechtfertigt ist, auf den Anteil des ausscheidenden und des eintretenden Gesellschafters an der GbR abzustellen. So ist etwa der Anteil des eintretenden Gesellschafters am Immobilienvermögen der GbR dann gefährdet, wenn er nicht umgehend als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen wird. In einem solchen Fall ist er vor einer Übertragung des Grundstücks an einen gutgläubigen Dritten nicht geschützt.

b) Ob bei mehreren Gesellschafterwechseln eine Mehrzahl von Eintragungen, die dasselbe Recht betreffen, erforderlich ist und daher die einzelnen Anteile der Gesellschafter zur Berechnung des Geschäftswertes zu addieren sind, oder ob es sich um eine Eintragung, dann aber bezogen auf den Gesamtanteil aller aus- bzw. eingetretener Gesellschafter, handelt, kann dahinstehen, da dies sich auf den Geschäftswert im Ergebnis nicht auswirkt. In jedem Fall bestimmt sich der Geschäftswert aus der Addition der übergebenen Anteile.

§ 82 Satz 3 GBO sieht für die Änderung im Bestand der Gesellschafter, in Durchbrechung der sonst geltenden Antragsfreiheit, ein Grundbuchberichtigungsverfahren vor. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll jede in § 82 GBO genannte Änderung umgehend zu einer Grundbuchberichtigung führen, die das Grundbuchamt ggf. auch von Amts wegen nach § 82a GBO durchzuführen hat. Ein Sammeln von Berichtigungsstatbeständen für einen späteren gemeinsamen Antrag ist – wie § 82 Satz 3 in Verbindung mit Satz 1 GBO zeigt – vom Gesetzgeber nicht gewollt, zumal an der Richtigkeit der Eigentümereintragung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., vor § 82 GBO). Auch zum Schutz der einzelnen Gesellschafter erscheint es sinnvoll, möglichst umgehend den jeweiligen Wechsel im Bestand einzutragen, um gutgläubigen Erwerb unter Mitwirkung von nicht (mehr) berechtigten ehemaligen Gesellschaftern auszuschließen. Würde es bei Bemessung des Geschäftswertes als irrelevant angesehen, wie viele Gesellschafterwechsel neu einzutragen sind, so würde damit ein Anreiz geschaffen, mit dem Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs zuzuwarten. Dies würde dem Willen des Gesetzgebers und – wie schon dargestellt – dem Interesse besonders der neuen Gesellschafter zuwiderlaufen.

c) Bei der Bemessung des wirtschaftlichen Interesses ist daher nun – so dies möglich ist – der Anteil des ausgetretenen und des eingetretenen Gesellschafters zu berücksichtigen. Ggf. wird darauf abzustellen sein, wie viele Erwerbsvorgänge dem Antrag zugrundeliegen. Relevant erscheint insofern auch, ob der Erwerbsvorgang kraft Rechtsgeschäftes oder kraft Gesetzes erfolgte.

d) Aus den vorgelegten Unterlagen ergeben sich erhebliche Zweifel an der Höhe der Anteile der ausgetretenen und der eingetretenen Gesellschafter an der Gesellschaft. So sollen die ausgeschiedenen drei Mitgesellschafter mit dem Anteil von je 10 € an der GbR beteiligt gewesen sein, wogegen hinsichtlich zweier der eingetretenen Gesellschafter von einem Anteil von 374.000 bzw. 361.000 € am Gesellschaftsvermögen die Rede ist. Bestehen Zweifel an der Höhe des jeweiligen Anteils an der GbR, so ist bei der Schätzung des wirtschaftlichen Interesses davon auszugehen, dass die Gesellschafter zu gleichen Teilen am Vermögen der GbR beteiligt sind. Dies entspricht einer vereinfachten Betrachtung, wie sie im Kostenrecht aus verfahrensökonomischen Gründen geboten und auch im Referentenentwurf des BJM zum Zweiten Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts (Stand 13.12.2011, dort zu § 70 Abs. 1, abrufbar unter http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de/files/RegE_2_KostRMOG.pdf) vorgesehen ist.

Nachdem vorliegend drei von sechs Mitgesellschaftern ausgeschieden sind, sind je Gesellschafterwechsel ein Anteil von $\frac{1}{6}$ am Grundstückswert bzw. in der Gesamtschau eine Quote von $\frac{3}{6}$ anzusetzen, insgesamt somit $\frac{1}{2}$ des Grundstückswertes.

3. Für die Namensänderung geht das AG zutreffend davon aus, dass sich die Gebühr und folglich der Geschäftswert nach § 67 KostO i. V. m. § 30 KostO bestimmt (so auch BayObLG, NJW-RR 2000, 365 = MittBayNot 2000, 133; *Lappe* in

Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 68 Rdnr. 26).

a) Für die Namensänderung der GbR selbst wurde kein eigener Geschäftswert ausgewiesen, sondern ein solcher nur für die Gesamtheit der Eintragung festgelegt. Dies entspricht jedoch nicht dem Gesetz. Zwar ist auch bei einer Mehrzahl von Eintragungen – wie etwa die Verweisung des § 67 Abs. 2 auf § 64 Abs. 3 KostO für die dort geregelten Fälle ergibt – nur eine Gebühr zu erheben. Jedoch wird angenommen, dass für mehrere Eintragungen nach § 67 KostO, die dasselbe Recht betreffen, nur eine Gebühr, diese aber nach dem zusammengerechneten Wert, entsteht (vgl. *Hartmann*, § 67 KostO Rdnr. 12; *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 68 Rdnr. 26). Auch für die Eintragung der Namensänderung ist folglich zunächst ein Geschäftswert zu bestimmen, der sich nach der Rechtsprechung zwischen $\frac{1}{20}$ und $\frac{1}{2}$ bewegt (BayObLG, NJW-RR 2000, 365 = MittBayNot 2000, 133 m. w. N.; Rpfleger 1981, 76: dort 10 %). Bei besonderer Bedeutung der Eintragung, etwa bei Umwandlung einer GbR in eine KG, hat das BayObLG (a. a. O.) 50 % des Grundstückswertes für ermessensfehlerfrei erachtet.

b) Der bloßen Namensänderung einer GbR bemisst der Grundbuchverkehr keine erhebliche Bedeutung bei (siehe § 15 Abs. 1 lit. c GBV, wonach die Namenseintragung nicht einmal zwingend ist). Es erscheint daher auch wegen der weiteren angemeldeten Berichtigungen, die im gleichen Vorgang miterledigt werden konnten, gerechtfertigt, den Geschäftswert mit $\frac{1}{20}$ des Grundstückswertes an der untersten Grenze anzusetzen.

4. Grundsätzlich wird bei Eintragungen nach § 67 KostO nur eine Gebühr angesetzt, bei mehreren Berichtigungen jedoch aus dem für die einzelnen Berichtigungen zusammengerechneten Wert (vgl. *Hartmann*, § 67 KostO Rdnr. 12). Weil die Berichtigungen der Gesellschafter mit zusammengerechnet $\frac{3}{6}$ und die Namensänderung mit $\frac{1}{20}$ zu bemessen ist, ergibt sich für den Grundbuchberichtigungsantrag vom 25.11.2009 insgesamt ein Geschäftswert in Höhe von 55 % des Grundstückswertes. Daraus errechnet sich ein Geschäftswert von 2.475.000 €.

Dem Ergebnis steht nicht entgegen, dass damit über die Festsetzung des AG hinausgegangen wird. Das Verbot einer reformatio in peius gilt im Beschwerdeverfahren gegen die Festsetzung eines Geschäftswertes nach allgemeiner Meinung nicht (BayObLG, JurBüro 1996, 267; *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 31 Rdnr. 69).

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG München betrifft Grundbuchkosten für die Eintragung einer Grundbuchberichtigung aufgrund eines Gesellschafterwechsels bei einer GbR. Sie hat aber auch für Notare im Hinblick auf die Wertbestimmung von Grundbuchberichtigungsanträgen Bedeutung.

1. Allgemeine Grundsätze

Der Geschäftswert eines Grundbuchberichtigungsantrags bestimmt sich nach dem vollen Wert des betroffenen Grundstücks, wenn ein neuer Eigentümer eingetragen werden soll (bei einem Miteigentümer ist der Wert nach dessen Anteil zu bestimmen). Ob die Eintragung eines neuen Eigentümers gegeben ist, richtet sich nach der Rechtsprechung des BayObLG (JurBüro 1996, 265) zunächst nach dem äußeren Erscheinungsbild. Danach ist zu beurteilen, ob ein neuer Eigentümer

eingetragen wird oder ob durch die Eintragung lediglich eine Namensänderung dokumentiert werden soll. Ohne Bedeutung ist es, ob die Berichtigung des Grundbuchs auf einer Auflö- sung beruht oder der Eigentumsübergang kraft Gesetzes ein- getreten ist (z. B. durch Erbfolge). Betreffen die Änderungen den identisch gebliebenen Eigentümer, liegt keine Eintragung eines neuen Eigentümers vor, sondern nur eine Namensber- richtigung.

Basierend auf diesen Grundsätzen liegt die Neueintragung eines Eigentümers vor mit der Folge, dass als Geschäftswert der volle Grundstückswert anzunehmen ist, z. B. bei

- einem nachträglichen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft (Gegenstandsgleichheit mit der Güterstandsvereinbarung liegt dagegen vor, wenn der Antrag auf Grundbuchberichtigung im Ehevertrag mitbeurkundet wird). Geschäftswert ist nicht nur der Wert eines Hälfteigentumsanteils, sondern der volle Grundstückswert (Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 228);
- einem Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs aufgrund einer Erbfolge. Geschäftswert ist der volle Grundstückswert. Bezieht sich der Berichtigungsantrag auf einen Miteigentumsanteil, ist der volle Wert des Miteigentumsanteils maßgebend;
- einem Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs bei Auf- lösung einer OHG (z. B. durch Ausscheiden eines von zwei Gesellschaftern) und damit Übernahme des Vermö- gens der Gesellschaft durch den einzigen verbleibenden Gesellschafter. Auch hier wird ein neuer Eigentümer ein- getragen mit der Folge, dass der volle Grundstückswert als Geschäftswert in Betracht kommt (Streifzug, a. a. O., Rdnr. 232). Gleiches gilt bei Auflösung einer GbR. Bei Auflösung wird der verbleibende Gesellschafter Allein- eigentümer des Grundstücks. Geschäftswert ist daher der volle Grundstückswert.

Bei Eintragung einer Namensberichtigung handelt es sich da- gegen nicht um die Eintragung eines neuen Eigentümers, die- ser bleibt identisch mit dem bereits eingetragenen Eigentü- mer. Als Geschäftswert ist in solchen Fällen ein nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzender Teilwert zwischen 10-30 % an- zunehmen (siehe hierzu die Hinweise in Streifzug, a. a. O., Rdnr. 224).

Beispiele:

- Antrag auf Eintragung einer Firmen- oder Namensbe- zeichnung. Durch die Eintragung werden die Eigentums- verhältnisse nicht berührt;
- Antrag auf Grundbuchberichtigung aufgrund eines Formwechsels (z. B. Umwandlung einer KG in eine GmbH). Ein Formwechsel erfolgt identitätswahrend. Kostenrechtlich liegt daher keine Eintragung eines neuen Eigentümers vor, sondern nur eine Namensberichtigung.

2. Besonderheiten bei einer GbR

Durch Zuerkennung der Grundbuchfähigkeit für die GbR liegt bei der Grundbuchberichtigung aufgrund eines Gesell- schafterwechsels keine Eintragung eines Eigentümerwechsels durch das Ausscheiden oder den Neueintritt des betreffenden Gesellschafters vor. Es handelt sich vielmehr um eine Na- mensberichtigung. Der Geschäftswert ist daher nicht der volle Grundstückswert, sondern ein nach § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu schätzender Teilwert. Faktisch liegt keine Eintragung eines Eigentümerwechsels vor, vielmehr handelt es sich bei der Eintragung um eine solche mit Identifizie-

rungsqualität (vgl. hierzu *Wilsch*, ZfIR 2012, 845). Dennoch ist nach Auffassung des OLG München bei der Wertbestim- mung zu berücksichtigen, dass sich das wirtschaftliche Inter- esse des einzelnen Gesellschafters auf seinen Anteil bezieht. Deshalb könne bei der Bemessung des Geschäftswerts auf den Anteil des ausgetretenen oder eingetretenen Gesellschaf- ters abgestellt werden. Die Eintragung oder die Löschung eines GbR-Gesellschafters wird damit kostenrechtlich der Eintragung eines Miteigentümers gleichgestellt, was eine Rückkehr zu früherem Recht bedeutet. Aus Gründen der Transparenz und der wirtschaftlichen Bedeutung der Eintra- gung bei einem Eintritt oder Ausscheiden eines GbR-Gesell- schafters wird man dem OLG München folgen können, auch wenn das Ergebnis nicht ganz bedenkenfrei ist (siehe die Kri- tik von *Wilsch*, a. a. O.). Die Quote der Beteiligung des aus- scheidenden oder eintretenden Gesellschafters kann leicht aus dem Gesellschaftsvertrag entnommen werden. Wird ein sol- cher nicht vorgelegt, kann davon ausgegangen werden, dass die Gesellschafter zu gleichen Teilen beteiligt sind (so das OLG in seiner Entscheidungsbegründung).

Betrifft der Antrag auf Grundbuchberichtigung eine Namens- änderung der GbR, die nicht auf einem Gesellschafteraus- scheiden oder -eintritt beruht, kann ein Teilwert aus dem Grundstückswert in Betracht kommen (nach Auffassung des Gerichts 5 %; ein Teilwert bis zu 30 % dürfte weiterhin im Ermessensrahmen des Notars liegen). Im vorliegenden Fall ist das Gericht aufgrund der Konstellation an die unterste Grenze des Ermessensrahmens (5 % aus dem Grundstückswert) ge- gangen.

Je nach Fallgestaltung ergeben sich folgende Geschäftswerte:

- Ist nach Auflösung der GbR der einzige verbleibende Gesellschafter als Alleineigentümer im Grundbuch ein- zutragen, ist für den Grundbuchberichtigungsantrag der volle Grundstückswert maßgebend. Gleiches gilt, wenn die GbR-Gesellschafter nunmehr nach Auflösung der Gesellschaft und Auseinandersetzung im Grundbuch als Miteigentümer nach Bruchteilen einzutragen sind.
- Beruht der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs auf dem Ausscheiden oder den Eintritt eines Gesellschafters, ist der Geschäftswert nach dessen Beteiligungsquote zu bestimmen.
- Betrifft der Grundbuchberichtigungsantrag Veränderun- gen bei mehreren Gesellschaftern, ist die Summe der Be- teiligungen als Geschäftswert anzunehmen.
- Wird nur die Berichtigung des Namens der GbR beantragt (kein Ein- oder Austritt von Gesellschaftern), ist ein Teil- wert zwischen 5 %-30 % des Grundstückswerts ange- messen und vertretbar.

Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*,
Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Öffentliches Recht

19. SGB II §§ 9, 12 (*Verwertbarkeit eines selbst genutzten, mit einem Wohnungsrecht belasteten Hausgrundstücks im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende*)

Die Belastung eines (Haus-)Grundstücks mit einem Nieß- brauch oder Wohnrecht schließt dessen Verwertung als Vermögen nicht aus; vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob es eine Verwertungsmöglichkeit gibt.

BSG, Urteil vom 12.7.2012, B 14 AS 158/11 R

Umstritten ist die Gewährung von Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) als Zuschuss statt als Darlehen.

Der 1964 geborene Kläger ist Eigentümer eines im Jahre 1963 mit einem 174 m² großen Einfamilienhaus bebauten, 800 m² großen Grundstücks in S. Mit notariellem Vertrag vom 20.7.1987 hatte der im Jahr 1920 geborene Vater des Klägers das Grundstück auf diesen übertragen und sich sowie der im Jahr 1925 geborenen Mutter des Klägers ein lebenslanges Wohnrecht in der unteren Etage des Hauses einräumen lassen. Das Grundstück ist im Zusammenhang mit Darlehen mit einer Grundschuld von 48.600 € belastet. Der Kläger bewohnt eine 69,3 m² große Wohnung im Obergeschoss des Hauses, seine schwerbehinderten Eltern leben im Erdgeschoss.

Der Kläger bezog bis zum 31.7.2004 Arbeitslosengeld und anschließend bis zum 31.12.2004 Arbeitslosenhilfe. Aufgrund eines Antrags des Klägers, in dem er den Verkehrswert des Hausgrundstücks mit 150.000 € angab, bewilligte der Rechtsvorgänger des beklagten Jobcenters ihm als Darlehen laufende monatliche Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II von Januar bis März 2005. Aufgrund von Fortzahlungsanträgen des Klägers bewilligte der Beklagte als Darlehen laufende monatliche Leistungen für April bis Juni 2005 i. H. v. 724 € (Bescheid vom 26.4.2005) sowie für Juli bis November 2005 von 655 € (Bescheid vom 21.6.2005), erhöht ab August auf 874 € (Änderungsbescheid vom 27.9.2005). Nachdem der Kläger die ihm vom Beklagten mit „Änderungsbescheid“ vom 26.7.2005 übersandten Darlehensverträge nicht unterschrieben zurückgesandt hatte, hob der Beklagte die Leistungsbewilligung ab 1.10.2005 auf. Der seit dem 6.10.2005 in einem Beschäftigungsverhältnis stehende Kläger macht insoweit keine Ansprüche mehr geltend. Die eingelegten Widersprüche des Klägers, mit denen er sich insbesondere gegen die darlehensweise Leistungsbewilligung wandte, weil das Hausgrundstück geschütztes Vermögen sei, wurden zurückgewiesen (Widerspruchsbescheid vom 11.7.2006).

Das SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 5.2.2010). Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 15.7.2011) und zur Begründung unter Bezugnahme auf das Urteil des SG im Wesentlichen ausgeführt: Nach dem Vortrag der Beteiligten sei nicht die Höhe der Leistung umstritten, sondern nur die darlehensweise Gewährung. Der Kläger sei grundsätzlich leistungsberechtigt gewesen, jedoch sei das Hausgrundstück nach §§ 9, 12 SGB II verwertbares und nicht geschütztes Vermögen gewesen, weil es die angemessene Wohnfläche für drei Personen von 110 m² deutlich überschreite. Es sei nicht zu beanstanden, dass der Beklagte im Hinblick auf das Wohnrecht der Eltern und den Schnitt des Hauses davon ausgegangen sei, dass das Haus nicht umgehend habe verkauft werden können und daher die Leistung als Darlehen gewährt habe. Dem Urteil des BSG vom 6.12.2007 (B 14/7 b AS 46/06 R, BSGE 99, 248 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 6 = MittBayNot 2008, 239) könne insoweit nicht gefolgt werden, als ein mit einem lebenslangen Nießbrauch der Eltern belastetes Grundstück als nicht verwertbar angesehen worden sei, denn es könne beliehen werden. Angesichts der vom Kläger insgesamt erhaltenen Leistung von weniger als 5000 € sei bezogen auf den Verkehrswert des Hauses die Bereihungssumme relativ gering. Ausgehend von der vom Kläger eingereichten Wertschätzung mit einem Verkehrswert des Hauses von 91.326 € abzüglich der Grundschuld in Höhe von 48.600 €, dem mit 16.700 € zu bewertenden Wohnrecht der Eltern und dem Vermögensfreibetrag des Klägers in Höhe von 8.950 € verbleibe ein Betrag von 17.076 €.

Mit der – vom LSG zugelassenen – Revision rügt der Kläger eine Abweichung des LSG von der zitierten Entscheidung des BSG. (...)

Aus den Gründen:

Die Revision ist noch zulässig, aber nicht begründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Gewährung des ihm bewilligten Arbeitslosengeld II (Alg II) als Zuschuss statt als Darlehen für die allein noch umstrittene Zeit vom 1.4. bis zum 31.7.2005. Das LSG hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des SG zu Recht zurückgewiesen, soweit dieser das ihm in dieser Zeit bewilligte Alg II als Zuschuss statt als Darlehen begehrt. Das in seinem Eigentum stehende Hausgrundstück ist verwertbares Vermögen, das seiner Hilfebedürftigkeit entgegensteht.

Leistungen nach dem SGB II erhalten nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II (hier in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl 2954 I) Personen, die (1.) das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, (2.) erwerbsfähig sind, (3.) hilfebedürftig sind, (4.) ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, soweit kein Ausschlussstatbestand vorliegt. Nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG, einschließlich deren des SG, auf die das LSG nach § 153 Abs. 2 SGG Bezug genommen hat, erfüllt der Kläger diese Voraussetzungen mit Ausnahme der Hilfebedürftigkeit nach Nr. 3.

Hilfebedürftig ist, wer unter anderem seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem nicht aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen (Nr. 3) sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 9 Abs. 1 SGB II). Als Vermögen sind alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen (§ 12 Abs. 1 SGB II). Nicht zu berücksichtigen sind unter anderem ein selbstgenutztes Hausgrundstück von angemessener Größe (§ 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II) sowie Sachen und Rechte, soweit ihre Verwertung offensichtlich unwirtschaftlich ist oder für den Betroffenen eine besondere Härte bedeuten würde (§ 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II). Für die Angemessenheit sind die Lebensumstände während des Bezugs der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende maßgebend (§ 12 Abs. 3 Satz 2 SGB II). Das Vermögen ist mit seinem Verkehrswert zu berücksichtigen; für die Bewertung ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Antrag auf Bewilligung oder erneute Bewilligung der Leistung der Grundsicherung für Arbeitsuchende gestellt wird (§ 12 Abs. 4 Satz 1, 2 SGB II).

1. Das im Eigentum des Klägers stehende Hausgrundstück ist nicht von angemessener Größe im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist von der Gesamtwohnfläche des Hauses von 174 m² auszugehen und nicht nur von den vom Kläger bewohnten 69,3 m². Dies folgt aus der Stellung des Klägers als Eigentümer des gesamten Hausgrundstücks, die durch das Wohnrecht zugunsten seiner Eltern zwar hinsichtlich der Nutzung, nicht aber der Verwertung des Grundstücks eingeschränkt ist (vgl. § 903 sowie §§ 1030 ff. BGB zu einem als Nießbrauch ausgestalteten Wohnrecht). Nur wenn das Eigentum des Klägers auf den von ihm benutzten Teil des Hauses beschränkt wäre, was aber vorliegend nicht der Fall ist, käme eine andere Prüfung in Betracht. Ob nur auf den Kläger abgestellt wird oder seine Eltern in die Betrachtung miteinbezogen werden, bedarf keiner weiteren Erörterung. Eine Wohnfläche von 174 m² ist in jedem Fall nicht angemessen (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, BSGE 97, 203 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3 Rdnr. 21 f. zur angemessenen Größe einer Eigentumswohnung bei einem Alleinstehenden; BSG, Urteil vom 16.5.2007, B 11 b AS 37/06 R, BSGE 98, 243 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 4 Rdnr. 22: 130 m² Haus für vierköpfige Familie; BSG, Urteil vom 15.4.2008, B 14/7 b AS 34/06 R, BSGE 100, 186 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 10: geringfügig mehr als 90 m² für zwei Personen).

2. Das Hausgrundstück ist verwertbares Vermögen im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB II.

Vermögen ist verwertbar, wenn es verbraucht, übertragen oder belastet werden kann. Der Begriff der Verwertbarkeit ist ein rein wirtschaftlicher und beurteilt sich sowohl nach den

tatsächlichen als auch nach den rechtlichen Verhältnissen (st. Rspr., vgl. BSG, Urteil vom 16.5.2007, B 11 b AS 37/06 R, BSGE 98, 243 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 4 Rdnr. 26 bis 28; BSG, Urteil vom 27.1.2009, B 14 AS 42/07 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 12 Rdnr. 20: „Versilbern“; BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 18 Rdnr. 21). Durch Verkauf tatsächlich nicht verwertbar ist z. B. ein Vermögensgegenstand, für den in absehbarer Zeit kein Käufer zu finden sein wird, etwa weil Gegenstände dieser Art nicht (mehr) marktgängig sind (BSG, Urteil vom 22.3.2012, a. a. O.). Dies ist auch die Aussage in der vom LSG angeführten Entscheidung des Senats vom 6.12.2007 (B 14/7 b AS 46/06 R, BSGE 99, 248 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 6 = Mitt-BayNot 2008, 239). In jener war nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, an die das BSG gebunden war (§ 163 SGG), das Erbbaurecht des dortigen Klägers wegen des auf dem Erbbaurecht lastenden Nießbrauchs der Mutter des Klägers gegenwärtig tatsächlich nicht verwertbar (BSG, a. a. O., Rdnr. 12). Ausgehend von dieser tatsächlichen Feststellung hat der Senat sich nur noch zur zeitlichen Komponente dieser Nichtverwertbarkeit geäußert und die Absehbarkeit einer Vermögensverwertung verneint, wenn diese vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses, wie dem Tod einer Person, abhängt (BSG, a. a. O., Rdnr. 15).

Abgesehen von den grundsätzlichen Unterschieden zwischen einem Erbbaurecht, wie in jenem Verfahren, und Eigentum, wie im vorliegenden, kann aus jener Entscheidung nicht abgeleitet werden, dass jedes (Haus-)Grundstück, das mit einem Nießbrauch oder Wohnrecht belastet ist, nicht nach § 12 Abs. 1 SGB II verwertbar sei. Vielmehr ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob es eine Verwertungsmöglichkeit gibt (vgl. zu einer Beleihung als Verwertungsmöglichkeit bei einem Hausgrundstück schon BSG, Urteil vom 16.5.2007, B 11 b AS 37/06 R, BSGE 98, 243 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 4 Rdnr. 28). (...)

3. Die Verwertung des Hausgrundstücks durch eine – weitere – Beleihung i. H. v. z. B. 10.000 € ist weder offensichtlich unwirtschaftlich noch stellt sie eine besondere Härte im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II dar.

Aus den vom LSG festgestellten Tatsachen folgt keiner dieser beiden, einer Berücksichtigung des Hausgrundstücks als Vermögen entgegenstehenden Gründe, weil als Verwertungsmöglichkeit auf eine Beleihung des Hausgrundstücks verwiesen wird (vgl. zur offensichtlichen Unwirtschaftlichkeit und der besonderen Härte zusammenfassend zuletzt BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 18 Rdnr. 22 ff.) und damit in die Substanz des Hauses und seiner Wohnmöglichkeiten nicht eingegriffen wird. Seitens der Beteiligten sind auch insofern keine Rügen erhoben worden.

(...)

Anmerkung:

1. Sozialleistungen und Hausübergabe

Das Thema Hausübergabe und Sozialhilfe spielt bei der vorweggenommenen Erbfolge zwischenzeitlich eine große Rolle. Besprechungen beginnen teilweise sogar mit der Frage nach der Sozialhilfe. Die Angst des jungen Übernehmers, bei einer erforderlichlich werdenden Unterbringung der Übergeber in einem Pflegeheim für die diesbezüglichen Kosten zumindest teilweise aufkommen zu müssen, hat dazu geführt, dass von den Übergebern auf eigentlich gewünschte Leistungen und Sicherungen, wie z. B. die früher übliche Wart und Pflege und

teilweise sogar Wohnungsrechte, mitunter verzichtet wird. Dies gilt trotz der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des Immobiliensenats des BGH¹ auch in den Fällen, in denen der Notar Wegzugsklauseln empfiehlt, die zivilrechtlich dazu führen, dass bei einem Pflegeheimaufenthalt der Eltern keine Gegen- oder Ersatzleistungen geschuldet sind. Hintergrund ist, dass sich die Sozialhilfebehörden an diese Rechtsprechung nicht halten, sondern scheinbare Kostenersparnisansprüche auf sich „überleiten“ und vom Hausübernehmer diesbezüglich Zahlungen fordern. Die weitere Angst der Beteiligten beruht darauf, dass der Gesetzgeber für diesbezügliche Streitigkeiten die Zuständigkeit der Sozialgerichte einführen könnte, die bekanntermaßen „staatsfreundlicher“ entscheiden. So hat das SG Düsseldorf² eine Hausübergabe deshalb für nichtig erklärt, weil sie keine Vereinbarung enthielt, die im Fall der Sozialhilfebedürftigkeit des früheren Hauseigentümers zu einer Leistung des Kindes geführt hätte. Obwohl keine diesbezügliche Verpflichtung besteht, gehen Sozialhilfebehörden und teilweise auch die Sozialgerichte von einer Sittenwidrigkeit der Veräußerungsverträge aus, um so eine Leistungspflicht zugunsten der Sozialhilfe annehmen zu können.

2. Hartz IV beim Übernehmer

Die vorliegende Entscheidung des BSG betrifft den umgekehrten Fall. Nicht die Eltern mussten ins Pflegeheim, sondern das Kind selbst wurde zum Hartz-IV-Empfänger.³ Das Risiko, das die Parteien zunächst nur aufseiten der Eltern gesehen haben, realisiert sich in diesem Fall beim Hausübernehmer. Bevor dieser das Arbeitslosengeld II, das der Sozialhilfe entspricht, erhält, ist eigenes Einkommen und Vermögen einzusetzen. Beim Vermögen sind alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen. Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II zählt beim Arbeitslosengeld II ein selbst genutztes Hausgrundstück von angemessener Größe oder eine entsprechende Eigentumswohnung zum Schonvermögen. Es muss sich dabei um den Lebensmittelpunkt des Bedürftigen handeln. Deshalb fallen Zweitwohnungen und Ferienwohnsitze nicht unter das Schonvermögen. Zweck der gesetzlichen Bestimmung ist nicht der Schutz der Immobilie als Vermögensgegenstand, sondern allein der Schutz der Wohnung zur Erfüllung des Grundbedürfnisses Wohnen als räumlicher Lebensmittelpunkt.⁴

Anders als beim Sozialhilfebezug im Pflegeheim untergebrachter Eltern wird die Angemessenheit der Immobilie nicht nach der sog. Kombinationstheorie bestimmt.⁵ Die diesbezüglichen Kriterien, nämlich die Bewohner, der Wohnbedarf, insbesondere bei einer Krankheit oder Behinderung, die Grundstücksgröße, die Hausgröße, der Zuschnitt und die Ausstattung des Wohngebäudes sowie der Wert des Grundstücks einschließlich des Wohngebäudes sind im Rahmen des SGB II nicht zu berücksichtigen. Hier kommt es allein auf die Wohnfläche und die Größe des Grundstücks bzw. der Woh-

¹ BGH, MittBayNot 2009, 294 = FamRZ 2009, 865; BGH, MittBayNot 2010, 467 = FamRZ 2010, 554.

² BeckRS 2008, 54188.

³ Vgl. dazu *Grziwotz* in *Limmer* (Hrsg.), Sichere Vertragsgestaltung bei Problemimmobilien, 2010, S. 140, 221 ff.

⁴ BSGE 97, 203 = FamRZ 2007, 729; BSGE 100, 186 = NZM 2009, 880; vgl. zum früheren Bundessozialhilfegesetz BVerwG 59, 294.

⁵ § 90 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 SGB XII, früher § 88 Abs. 2 Nr. 7 Satz 2 BSHG; siehe dazu BVerwGE 87, 278 = NJW 1991, 1968; BVerwGE 90, 252 = FamRZ 1993, 183; BVerwG, NJW 1993, 1024; BVerwG, BeckRS 1996, 30990468.

nung sowie die Anzahl der nutzenden Personen an.⁶ Andere Faktoren wie die Ausstattung und vor allem der Wert sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Zur Wahrung diesbezüglicher einheitlicher Maßstäbe stellt das BSG weiterhin trotz des Inkrafttretens der landesrechtlichen Wohnraumförderungsgesetze auf die Wohnraumgrößen im sozialen Wohnungsbau ab, insbesondere auf das außer Kraft getretene II. Wohnungsbaugesetz.⁷ Danach gelten Familienheime mit einer Wohnfläche bis zu 130 m² und Eigentumswohnungen mit bis zu 120 m² bei einem Haushalt mit vier Personen nicht als unangemessen groß. Im Fall der häuslichen Pflege betragen die Grenzen 156 bis 154 m². Sofern mehr als vier Personen im Haushalt leben, sind weitere 20 m² pro Person hinzu zu addieren. Bei einer geringeren Familiengröße sind je Person Abschläge von 20 m² vorzunehmen, wobei bei jungen Paaren ein Spielraum für noch denkbare Kinder gegeben ist. Umgekehrt ist bei erwachsenen Kindern ein Abschlag vorzunehmen. Maßgebliche Personen sind neben den Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft (§ 7 Abs. 3 SGB II) nur die mit dem Hilfebedürftigen für längere Dauer in einer Haushaltsgemeinschaft lebenden weiteren Personen, nicht aber Personen einer bloßen Wohngemeinschaft.⁸

Bei der Frage der Angemessenheit wird die gesamte Fläche des Hauses und nicht nur die vom Arbeitslosen bewohnte Fläche berücksichtigt, solange eine Aufteilung nach dem WEG nicht vorliegt. Bisher wurden entsprechend der Rechtsprechung nicht nur Nießbrauchsrechte, sondern auch Wohnungsrechte, die dinglich gesichert waren, in Abzug gebracht.⁹ Bewohnte der Hilfebedürftige im eigenen Mehrfamilienhaus nur eine Wohnung selbst, während die andere Einheit aufgrund eines dinglichen Rechts vom Übergeber genutzt wurde, musste Arbeitslosengeld II gewährt werden. Dies sieht das BSG nunmehr anders. Danach ist im Einzelfall zu prüfen, ob die mit einem Nießbrauch oder einem Wohnungsrecht belastete Immobilie verwertbar, d. h. beispielsweise beleihbar, ist.

Bereits nach bisherigem Recht gilt, dass bei Überschreiten des Rahmens des Angemessenen ein bereits eigenständiger oder zumindest abtrennbarer Grundstücks- oder Gebäudeteil grundsätzlich mit dem Verkehrswert (§ 12 Abs. 4 SGB II) als Vermögen zu berücksichtigen ist. Ist eine eigentumsrechtliche Trennung möglich, ist die Verwertung auch zumutbar. Andernfalls ist der Arbeitslose zumindest verpflichtet, einen Ertrag durch eine wirtschaftliche Verwertung, z. B. durch eine Vermietung, zur Minderung seiner Hilfsbedürftigkeit zu verwenden.

Die Vertragsgestaltung kann insoweit, falls nicht ausnahmsweise eine WEG-Aufteilung möglich ist und gewünscht wird, nur mit einer Rückfallklausel reagieren. Der Übergeber kann sich für den Fall der Veräußerung der ganzen Immobilie oder eines Teils davon, einen Rückübertragungsanspruch vorbehalten. Dies betrifft auch den Fall, dass es zur Verwertung der Immobilie für Sozialleistungen, insbesondere beim Arbeitslosengeld-II-Bezug des Kindes, kommt. Eine Sittenwidrigkeit

aufgrund der „Subsidiaritätswidrigkeit“, wie dies *Krauß*¹⁰ annimmt, dürfte nicht bestehen. Hätten die Eltern die Immobilie behalten und wären sie nicht für ihr Kind unterhaltspflichtig gewesen, wäre die Immobilie auch nicht zu verwerten gewesen. Das von den öffentlichen Behörden häufig eingesetzte „Sittenwidrigkeitsargument“ hält einer dogmatischen Prüfung, worauf der BGH¹¹ zutreffend hingewiesen hat, nicht stand. Der Gesetzgeber sieht im Recht der öffentlichen Leistungen keine diesbezüglichen Verpflichtungen vor. Sie können allein über das Anstandsgefühl aller „billig und gerecht Denkenden“ nicht begründet werden. Kommt es allerdings später beim Übergeber zum Pflegeheimaufenthalt, ist die Immobilie, da sie nunmehr wieder zum Vermögen des Übergebers gehört, bei ihm nach Ausübung des Rückforderungsrechts gemäß § 528 BGB verwertbares Vermögen. Ob die Unübertragbarkeit des Rückübertragungsanspruchs die Geltendmachung durch die Sozialhilfebehörde oder wegen der Verwertbarkeit als Vermögen jedenfalls die Hilfsbedürftigkeit ausschließt, ist fraglich. Eine Regelung, die sowohl im Sozialhilfefall des Übergebers als auch bei Angewiesensein des Übernehmers auf staatliche Leistungen „hilft“, existiert nicht.

3. Verfügung von Todes wegen statt Hausübergabe?

Die Alternative „Behalten und vererben“ schützt zwar vor der Notwendigkeit der Verwertung wegen einer Arbeitslosigkeit des Kindes, das das Haus erhalten soll. Die Immobilie ist auch beim Übergeber, solange er oder der andere Elternteil sie noch nutzt, regelmäßig Schonvermögen (§ 90 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 SGB XII). Allerdings schließt dies eine Haftung gegenüber dem Träger der Sozialhilfe nicht vollständig aus. Die Erben eines Hilfeempfängers oder seines verstorbenen Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners können nämlich zum Ersatz derjenigen Kosten herangezogen werden, die der Sozialhilfeträger innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren vor dem Erbfall aufgewendet hat.¹² Zu ersetzen sind die Kosten der Sozialhilfe, die innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren vor dem Tod der leistungsberechtigten Person bzw. vor dem Tod des Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartners entstanden sind.¹³ Unter die ersatzpflichtigen Kosten der Sozialhilfe fallen nicht Leistungen der Grundsicherung im Alter (§ 102 Abs. 5 SGB XII). Hinsichtlich der Unterkunftskosten, mit Ausnahme der Kosten für Heizungs- und Warmwasserversorgung, ist zu beachten, dass diese in Höhe eines Betrages von 56 % nicht der Ersatzpflicht unterliegen (§ 105 Abs. 2 SGB XII). Zinsen für die gewährten Leistungen können vom Erben nicht verlangt werden; hierfür besteht keine gesetzliche Grundlage.

Relevant wird die Kostenerstattungspflicht der Erben vor allem dann, wenn sich im Nachlass früheres Schonvermögen, also insbesondere das nicht einsatzpflichtige angemessene Hausgrundstück bzw. die entsprechende Eigentumswohnung befindet. Wichtigster Annäherungsfall ist deshalb die Vererbung des angemessenen Hausgrundstücks. Voraussetzung der Erbenhaftung ist, dass in den letzten zehn Jahren vor dem Erbfall Sozialhilfeleistungen erbracht wurden, die zum Zeit-

⁶ BSGE 97, 254 = FamRZ 2007, 729; BSGE 100, 186 = NJW 2009, 2327 = NZS 2009, 407; Mecke in *Eicher/Spellbrink*, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 12 Rdnr. 70.

⁷ BSGE 97, 203 = FamRZ 2007, 729 = NZS 2007, 428; BSGE 98, 243 = NZM 2007, 779; BSG, BeckRS 2010, 65498; BSG, BeckRS 2011, 76139.

⁸ Siehe zum Ganzen BSG, NJOZ 2009, 894 = NZS 2009, 338, und Mecke in *Eicher/Spellbrink*, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 12 Rdnr. 71.

⁹ BSGE 97, 203 = FamRZ 2007, 729 = NZS 2007, 428; BSGE 100, 186 = NJW 2009, 2327 = NZS 2009, 407, und BayVGH, NJW 1989, 2832.

¹⁰ *Krauß*, MittBayNot 2005, 349, 356; vgl. dazu bereits *Grziwotz in Richter/Doering-Striening/Schröder/Schmidt* (Hrsg.), Seniorenrecht, 2. Aufl. 2011, § 8 Rdnr. 89 ff.

¹¹ BGH, MittBayNot 2010, 467 = FamRZ 2010, 554.

¹² § 102 SGB XII; ausführlich dazu *Doering-Striening*, VSSR 2009, 93, 96 ff.

¹³ § 102 Abs. 1 Satz 2 SGB XII; zur Fristberechnung siehe § 26 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 188 Abs. 2 BGB.

punkt des Erbfalls¹⁴ das Dreifache des Grundbetrages aus § 85 Abs. 1 SGB XII übersteigen. Es handelt sich bei dem Grundbetrag um den zweifachen Eckregelsatz, der sodann mit drei zu multiplizieren ist. Dieser Betrag bleibt dem Erben als Freibetrag (§ 102 Abs. 3 Nr. 1 SGB XII). Er gilt in einer Erbenengemeinschaft für sämtliche Erben, steht also nicht jedem einzelnen Miterben zu.¹⁵ Die Haftung der Erben ist wertmäßig auf den Nachlass beschränkt (§ 102 Abs. 2 SGB XII). Vom Nachlass sind die Verbindlichkeiten sowie die Kosten für eine standesgemäße Beerdigung abzuziehen. Die sozialhilfrechtliche Haftungsbeschränkung auf den Nachlass ist abschließend. Versterben beide Eltern hintereinander, besteht der Kostenerstattungsanspruch des vorversterbenden Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners selbständig neben der Haftung der Erben des nachversterbenden Hilfeempfängers.¹⁶ Die Kostenerstattungspflicht der Erben des vorversterbenden Ehegatten besteht somit auch dann fort, wenn später eine Kostenerstattungspflicht der Erben der leistungsberechtigten Person hinzukommt.¹⁷

Haben die erbenden Kinder ihre Eltern aufopfernd gepflegt, wird die Haftung oft als ungerecht empfunden. Aus § 612 BGB ergibt sich jedoch, dass Dienstleistungen von Angehörigen regelmäßig nicht gegen Vergütung erbracht werden.¹⁸ Kinder können deshalb nicht nachträglich noch ein Entgelt für die Pflegeleistungen fordern, wenn dies nicht von vornherein wirksam vereinbart wurde.¹⁹ Der Gesetzgeber hat für diese Fälle allerdings einen Freibetrag (§ 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII) als Spezialregelung gegenüber dem allgemeinen Freibetrag (§ 102 Abs. 3 Nr. 1 SGB XII) vorgesehen.²⁰ Er beträgt derzeit 15.340 €. Er besteht nur für Erben, die Ehegatten oder eingetragene Lebenspartner der leistungsberechtigten Personen oder mit dieser verwandt sind. Außerdem muss der Erbe mit der leistungsberechtigten Person bis zu deren Tod in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben. Eine gemeinsame Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft ist dagegen nicht erforderlich. Ein Zusammenleben ist dagegen unverzichtbar.²¹ Hinsichtlich der Pflege muss für den Verstorbenen ein Hilfebedarf bestanden haben, der sich nach § 61 Abs. 1 SGB XII bestimmt. Pflege bedeutet zumindest die teilweise Übernahme der Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens. Die Hinzuziehung eines Dritten, etwa eines ambulanten Pflegedienstes, ist unschädlich, sofern die Hauptlast der Pflege bei der den Freibetrag in Anspruch nehmenden Person lag. Es darf sich auch um keine kurzzeitige Pflege vor dem Ableben des Erblassers gehandelt haben; kürzere Zeiträume als sechs Monate werden regelmäßig nicht anerkannt.²² Der bloße Wille zur Pflege ist wohl nicht ausreichend.²³ Von Bedeutung

ist die Frage der Kurzzeitigkeit bei einem stationären Aufenthalt. Teilweise wird allerdings die allgemeine Härteklausele des § 102 Abs. 3 Nr. 3 SGB XII in diesen Fällen angewandt. Der mit der Erbenhaftung einhergehende Zwang, die Immobilie, die früher zum Schonvermögen gehörte, zu veräußern, stellt dagegen keine besondere Härte dar.²⁴ Hat der Erbe in Unkenntnis der Haftung die Immobilie nach dem Erbfall mit eigenen Mitteln renoviert oder umgebaut, stellt die Erbenhaftung ebenfalls keine besondere Härte dar; allerdings ist nur der Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls im Nachlass zu berücksichtigen. Erfolgte, was bei Kindern im ländlichen Bereich nicht selten ist, ein Umbau (z. B. Ausbau eines Dachgeschosses zu einer Wohnung) vor dem Erbfall, kann dies eine besondere Härte begründen.²⁵

Der Träger der Sozialhilfe kann auf die Haftung der Erben, wenn kein Ausnahmetatbestand vorliegt, nicht verzichten. Er hat lediglich ein Auswahlermessen im Hinblick auf die Heranziehung einzelner Miterben.²⁶ Hat ein Miterbe den Erblasser gepflegt und liegt somit in seiner Person ein Ausschlussstatbestand vor, besteht wohl nur eine quotale Haftung entsprechend dem Erbteil, da sonst über den Gesamtschuldnerausgleich eine Leistungspflicht trotz sozialhilfrechtlicher Privilegierung bestünde. Der Anspruch auf Kostenersatz erlischt drei Jahre nach dem Tod der leistungsberechtigten Person, ihres Ehegatten oder ihres eingetragenen Lebenspartners (§ 102 Abs. 4 SGB XII). Immobilienübertragungen, die kurz vor dem Ableben des Erblassers teilweise noch am Krankenbett bei dessen Geschäftsfähigkeit gewünscht werden, sind, auch wenn sie im Hinblick auf die Erbenhaftung erfolgen, nicht sittenwidrig.²⁷ Eine Verfügungsbeschränkung im Hinblick auf die Sozialhilfebedürftigkeit und die Erbenhaftung sieht das Gesetz nicht vor. Dagegen besteht der Schenkungsrückforderungsanspruch nach § 528 BGB auch nach dem Tod des Schenkers (§ 93 SGB XII) und kann vom Sozialhilfeträger²⁸ geltend gemacht werden.²⁹ Eine die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigende Sicherungslücke besteht somit nicht.

Der Verzicht auf eine lebzeitige Übertragung einer Immobilie hat zwar für den Übernehmer den Vorteil, dass er zu Lebzeiten der Eltern nicht gezwungen ist, den „geschenkten Teil“ der Immobilie für Pflegekosten aufzuwenden, falls er nicht von seinem Rückgaberecht Gebrauch macht.³⁰ Allerdings geht bei jungen Übergebern die Chance verloren, durch Ablauf der Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 BGB die Immobilie vor der Sozialhilfe „in Sicherheit zu bringen“. Zudem reduziert sich auch der Anspruch auf Pflichtteilergänzung von Geschwistern oder nach Übergabe pflichtteilsberechtigter gewordener Personen³¹ nach § 2325 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB bei der „Testamentslösung“ nicht.

Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen und Zwiesel

¹⁴ BVerwGE 57, 26, 27.

¹⁵ Str.; vgl. BVerwGE 57, 26, 28; *Bieback in Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 102 Rdnr. 18 und 32.

¹⁶ BVerwG, NJW 2003, 3792.

¹⁷ BVerwGE 90, 250 = NJW 1993, 1089; BVerwGE 118, 313 = FamRZ 2004, 455.

¹⁸ VGH Mannheim, NVwZ 1994, 86.

¹⁹ VGH Mannheim, NVwZ 1994, 86.

²⁰ BVerwGE 66, 161, 162.

²¹ *Bieback in Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 102 Rdnr. 20.

²² Str.; so *Schoenfeld in Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 2. Aufl. 2008, § 102 Rdnr. 22; a. A. *Bieback in Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 102 Rdnr. 22, wonach keine Mindestdauer erforderlich sein soll; *Conradis in LPK-SGB XII*, 8. Aufl. 2008, § 102 Rdnr. 12.

²³ *Bieback in Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 102 Rdnr. 22; *Conradis in LPK-SGB XII*, 8. Aufl. 2008, § 102 Rdnr. 12.

²⁴ VGH Mannheim, NVwZ 1994, 86; BayVGH München, FEVS 44, 461.

²⁵ VGH Mannheim, FEVS 41, 205.

²⁶ VGH Kassel, FamRZ 1999, 1023.

²⁷ Siehe nur VGH Kassel, NVwZ-RR 1996, 511, 512.

²⁸ BGHZ 125, 283, 285 = FamRZ 1994, 850.

²⁹ BGHZ 142, 288 = DNotZ 2001, 841, und LG München, MittBayNot 2005, 140.

³⁰ BGH, FamRZ 2010, 643 = ZEV 2010, 955; zur streitigen Frage, ob die Immobilie wieder Schonvermögen wird, vgl. *Krauß*, NotBZ 2010, 141, 142.

³¹ Siehe nunmehr BGH, DNotZ 2012, 860 = DNotI-Report 2012, 134 = MittBayNot 2013, 143 (in diesem Heft).

Steuerrecht

20. AO § 39 Abs. 2 Nr. 2; EStG § 4 Abs. 1, §§ 5, 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (*Verkauf von Betriebsvermögen des Gesellschafters an ZebraGesellschaft; keine Aufdeckung stiller Reserven entsprechend betrieblicher Beteiligung*)

Überträgt ein gewerblich tätiger Gesellschafter einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft (sog. ZebraGesellschaft) ein Wirtschaftsgut seines Betriebsvermögens in das Gesamthandsvermögen der vermögensverwaltenden Personengesellschaft, führt dies steuerlich nicht zur Aufdeckung der stillen Reserven bei dem Gesellschafter, soweit dieser an der ZebraGesellschaft betrieblich beteiligt ist.

BFH, Urteil vom 26.4.2012, IV R 44/09

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine KG, die als Obergesellschaft einer Unternehmensgruppe Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Am 17.12. des Streitjahres (1997) verkaufte sie mit Wirkung zum 31.12.1997 ein Betriebsgrundstück für 8.000.000 DM (Buchwert 1.024.528 DM) an eine vermögensverwaltend tätige KG (vermögensverwaltende KG). An deren Festkapital war sie als Kommanditistin mit 99 % beteiligt, verfügte jedoch nicht über die Mehrheit der Stimmrechte.

Die Klägerin sah die Grundstücksveräußerung im Umfang ihrer Beteiligung an der vermögensverwaltenden KG (99 %) steuerlich nicht als Veräußerungs-/Anschaffungsvorgang an. Insoweit habe das Grundstück ihr Betriebsvermögen nicht verlassen, weil es sich bei der vermögensverwaltenden KG um eine sog. ZebraGesellschaft handele, die selbst nicht über Betriebsvermögen verfüge. Deren Gesamthandsvermögen sei daher anteilig (zu 99 %) dem Betriebsvermögen der Klägerin zuzurechnen.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt FA) gelangte demgegenüber nach einer Betriebsprüfung zu der Auffassung, dass die stillen Reserven des Grundstücks infolge der Veräußerung insgesamt aufzudecken und in vollem Umfang als steuerpflichtiger Gewinn bei der Klägerin zu erfassen seien.

Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

Das FG entschied, die Übertragung des Grundstücks aus dem Betriebsvermögen der Klägerin in das Gesamthandsvermögen der vermögensverwaltenden KG unterliege im vollen Umfang der Besteuerung. Die fremdübliche Veräußerung von Wirtschaftsgütern aus dem Betriebsvermögen in das Gesamthandsvermögen einer ZebraGesellschaft werde grundsätzlich als Übertragung in diesem Sinne behandelt. Die ZebraGesellschaft werde auch steuerrechtlich Eigentümerin. Lediglich für Zwecke der Ertragsbesteuerung werde das Grundstück den Gesellschaftern gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anteilig zugerechnet. § 6 Abs. 5 EStG sei nicht einschlägig, da diese Vorschrift im Streitjahr noch nicht gegolten habe. Es sei darauf abzustellen, ob bei der vermögensverwaltenden KG die Besteuerung der stillen Reserven ausgehend vom Buchwert, den das Grundstück bei der Klägerin gehabt habe, bei einer zukünftigen Veräußerung gewährleistet sei. Dies sei jedoch nicht der Fall, wenn das Grundstück dort mit dem Kaufpreis erfasst werde. Es sei dieser Gesellschaft wegen ihrer vermögensverwaltenden Tätigkeit nicht möglich, den Kaufpreis der Gesamthand durch Ergänzungsbilanzen zu neutralisieren. Zudem werde selbst unter Geltung des § 6 Abs. 5 EStG vertreten, dass nach dem Wortlaut dieser Vorschrift § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG nicht gelte. Es könne auch nicht darauf abgestellt werden, dass das Grundstück der Klägerin zu 99 % zuzurechnen sei. Die Zurechnung erfolge nämlich mit dem anteiligen Kaufpreis und nicht mit dem anteiligen Buchwert, da eine vollentgeltliche Veräußerung vorliege. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2010, 729, veröffentlicht.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin. Sie macht geltend, eine Veräußerung liege nicht vor, weil ihr das Grundstück nach der zivilrechtlichen Veräußerung in steuerlicher Hinsicht weiterhin in einem Umfang von 99 % zuzurechnen sei. Die vermögensverwaltende KG sei keine Mitunternehmerschaft, sondern eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, so dass die in § 15 Abs. 1 Satz 1

Nr. 2 Satz 1 Hs. 1 EStG geregelte Ausnahme von der Bruchteilsbetrachtung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO nicht eingreife.

Entgegen der Ansicht des FG werde die zivilrechtlich anerkannte Veräußerung steuerlich durch die anteilige Zurechnung des Grundstücks neutralisiert. Wenn vermögensverwaltende Personengesellschaften in Veräußerungsvorgänge involviert seien, trete im Interesse einer zutreffenden Besteuerung die Einheitsbetrachtung, die aus der gemeinschaftlichen Einkünftezielung resultiere, hinter die Vielheit der Gesellschafter zurück; die vermögensverwaltende Personengesellschaft werde insoweit nicht rechtlich verselbständigt (Beschluss des BFH vom 10.6.2008, IV B 52/07, BFH/NV 2008, 1443, unter II.1. a aa m. w. N.; *Pinkernell*, Einkünftezurechnung bei Personengesellschaften, 2001, S. 115; *Daragan*, DStR 2000, 573, 575).

Durch die fortbestehende Zurechnung des Grundstücks im Umfang von 99 % bleibe die Zurechnungskontinuität gewahrt; eine Anschaffung durch die vermögensverwaltende KG sei ausgeschlossen (*Wacker*, DStR 2005, 2014, 2017). Das Grundstück verlasse zu 99 % nicht das steuerliche Betriebsvermögen der Klägerin. Hierdurch bleibe es steuerverstrickt, so dass keine Beeinträchtigung des Steuerzugs drohe.

Die Auffassung des FG, dass bei einer späteren Veräußerung des Grundstücks die Erfassung der bei der Klägerin gebildeten stillen Reserven nicht sichergestellt sei, widerspreche auch den Grundsätzen zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte (§ 179 Abs. 2 Satz 2, § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO). (...)

Das FA ist der Auffassung, der Veräußerungsgewinn falle unter die nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO gesondert und einheitlich festzustellenden Besteuerungsgrundlagen. Die Klägerin lasse außer Acht, dass die stillen Reserven durch den im Streitjahr erzielten Veräußerungserlös bereits realisiert worden seien.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision der Klägerin ist begründet. Das angefochtene Urteil war aufzuheben und der Klage stattzugeben (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Die Veräußerung des Grundstücks der Klägerin an die vermögensverwaltende KG führte nicht zur Aufdeckung stiller Reserven, soweit die Klägerin an der vermögensverwaltenden KG beteiligt war und das Grundstück in ihrem Betriebsvermögen verblieb.

1. Stille Reserven sind aufzudecken, wenn ein Besteuerungstatbestand erfüllt wird (vgl. u. a. *Bode* in *Kirchhof*, EStG, 11. Aufl., § 4 Rdnr. 31; *Schmidt/Heinicke*, EStG, 31. Aufl., § 4 Rdnr. 50). Voraussetzung dafür ist bei Steuerpflichtigen, die den Gewinn durch Betriebsvermögensvergleich ermitteln (§ 4 Abs. 1, § 5 EStG), eine Änderung des Betriebsvermögens.

2. Veräußert eine gewerbliche Personengesellschaft (Mitunternehmerschaft) ein Wirtschaftsgut ihres Betriebsvermögens an eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, an der sie beteiligt ist (sog. ZebraGesellschaft), ändert sich das Betriebsvermögen der gewerblichen Personengesellschaft insoweit nicht, als es ihrer Beteiligung an der vermögensverwaltenden Personengesellschaft entspricht.

a) Vermögensgegenstände im Gesamthandsvermögen einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft stellen steuerrechtlich Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens ihres gewerblich tätigen Gesellschafters dar, soweit dieser (betrieblich) am Gesamthandsvermögen der vermögensverwaltenden Personengesellschaft beteiligt ist.

aa) Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, werden den Beteiligten nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anteilig zugerechnet, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist. In einem solchen Fall ist der steuerrechtlichen Beurteilung nicht das Gesamthands-

vermögen zugrunde zu legen; dieses ist nach der Bruchteilsbetrachtung in entsprechende Anteile der Gesellschafter an den Wirtschaftsgütern der Gesamthand umzuwandeln (*Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler*, § 39 AO Rdnr. 242; *Wacker*, DStR 2005, 2014). Die Bruchteilsbetrachtung ist nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anzuwenden, wenn die maßgebliche steuerrechtliche Norm dies erfordert (*Wacker*, DStR 2005, 2014).

bb) Der Gesellschaftsanteil an einer Personengesellschaft ist kein (eigenständiges) immaterielles Wirtschaftsgut (BFH, Urteil vom 6.5.2010, IV R 52/08, BFHE 229, 279 = BStBl II 2011, S. 261, unter II.1.a). Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung verkörpert nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO vielmehr die quotale Berechtigung des Gesellschafter an den zum Gesamthandsvermögen gehörenden Wirtschaftsgütern (st. Rspr., z. B. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25.2.1991, GrS 7/89, BFHE 163, 1 = BStBl II 1991, S. 691; BFH, Urteil vom 12.12.1996, IV R 77/93, BFHE 183, 379 = BStBl II 1998, S. 180). Eine unternehmerisch tätige Personengesellschaft ist jedoch als Subjekt der Gewinnerzielung und Gewinnermittlung anzusehen (Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 163, 1 = BStBl II 1991, S. 691, unter C. III.2.). Die Anwendung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO wird in diesen Fällen durch § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Hs. 1 EStG verdrängt (vgl. BFH, Urteil vom 2.4.2008, IX R 18/06, BFHE 221, 1 = BStBl II 2008, S. 679, unter II.2., m. w. N.).

cc) Wird ein Gesellschaftsanteil an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft von einem Gesellschafter im Betriebsvermögen gehalten, führt dies dazu, dass die Anteile an den Wirtschaftsgütern der vermögensverwaltenden Gesellschaft bei dem Gesellschafter Betriebsvermögen sind; Gewinne aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern durch die Personengesellschaft sind deshalb anteilig beim Gesellschafter zu erfassen (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 11.4.2005, GrS 2/02, BFHE 209, 399 = BStBl II 2005, S. 679, unter C.2.). Anders verhält es sich bei gewerblichen Personengesellschaften; bei diesen ist es nicht im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO erforderlich, den mitunternehmerisch Beteiligten das Gesamthandsvermögen für Zwecke der Besteuerung anteilig zuzurechnen (BFH-Urteile vom 3.2.2010, IV R 26/07, BFHE 228, 365 = BStBl II 2010, S. 751, unter II.4.a; vom 28.11.2002, III R 1/01, BFHE 201, 133 = BStBl II 2003, S. 250).

b) Die Veräußerung eines Wirtschaftsguts aus dem Betriebsvermögen des Gesellschafter in das Gesamthandsvermögen einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft erfüllt, soweit das Wirtschaftsgut dadurch nicht aus dem Betriebsvermögen des Gesellschafter ausscheidet, auch dann keinen Besteuerungstatbestand, wenn sie zu fremdüblichen Bedingungen erfolgt.

aa) Die Veräußerung eines Wirtschaftsguts führt allerdings grundsätzlich zu einer Aufdeckung der darin enthaltenen stillen Reserven.

(1) Gewinn wird realisiert, wenn ein Wirtschaftsgut aus dem Betriebsvermögen durch Veräußerung ausscheidet und der Steuerpflichtige stattdessen eine Gegenleistung erlangt, deren zu bilanzierender Wert höher ist als der Buchwert des ausgeschiedenen Wirtschaftsguts (vgl. BFH-Urteile vom 23.11.1967, IV 123/63, BFHE 90, 484 = BStBl II 1968, S. 176; vom 29.3.1979, IV R 1/75, BFHE 127, 397 = BStBl II 1979, S. 412; *Schmidt/Weber-Grellet*, a. a. O., § 5 Rdnr. 602).

(2) Nach ständiger Rechtsprechung des BFH kann der Gesellschafter einer Personengesellschaft einzelne Wirt-

schaftsgüter seines Betriebsvermögens an die Gesellschaft wie ein fremder Dritter entgeltlich veräußern (vgl. z. B. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 3.5.1993, GrS 3/92, BFHE 171, 246 = BStBl II 1993, S. 616, unter C.III.6.a.cc; BFH-Urteile vom 25.7.1995 VIII R 25/94, BFHE 178, 418 = BStBl II 1996, S. 684, unter II.3.a; vom 11.12.1997 IV R 28/97, BFH/NV 1998, 836, unter II.1.a). Veräußert der Gesellschafter ein Wirtschaftsgut an „seine“ Personengesellschaft zu Bedingungen, die auch bei entgeltlichen Veräußerungen zwischen Fremden üblich sind, so stellt dieser Vorgang insgesamt und einheitlich eine entgeltliche Veräußerung dar (u. a. BFH-Urteile vom 11.12.2001, VIII R 58/98, BFHE 197, 411 = BStBl II 2002, S. 420, unter B.I.1.; vom 31.3.1977, IV R 54/72, BFHE 121, 470 = BStBl II 1977, S. 415).

(3) Grund dafür ist der in diesen Fällen vorrangige Gesichtspunkt der Einheit der Personengesellschaft. Er besagt vornehmlich, dass es die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit sind, die die Merkmale eines Besteuerungstatbestands verwirklichen (Mehring des Gesellschaftsvermögens), welche den einzelnen Gesellschaftern für deren Besteuerung zugerechnet werden (Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 171, 246 = BStBl II 1993, S. 616, unter C.III.6.a.cc). Deshalb ist bei der Gewinnermittlung nach § 5 EStG die aus der Handelsbilanz abgeleitete Steuerbilanz der Gesellschaft maßgeblich, nicht etwa gedachte oder wirkliche Einzelbilanzen der Gesellschafter (Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 171, 246 = BStBl II 1993, S. 616, unter C.III.6.a.cc m. w. N.). Daraus folgt aber des Weiteren, dass Wirtschaftsgüter im Gesamthandsvermögen der gewerblich tätigen Personengesellschaft deren Betriebsvermögen und nicht (anteilig) dem Betriebsvermögen ihrer ebenfalls gewerblich tätigen Gesellschafter zuzuordnen sind. Diese Zuordnung wiederum ist Voraussetzung dafür, dass auch Verträge und Veräußerungsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern der Besteuerung zugrunde gelegt werden, soweit sie fremdüblichen Bedingungen entsprechen.

bb) Steuerrechtlich ist jedoch nicht von einer Veräußerung/Anschaffung auszugehen, soweit ein Wirtschaftsgut im Zuge der Übertragung in das Gesamthandsvermögen einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft das Betriebsvermögen des gewerblich tätigen Gesellschafter nicht verlässt. Die Wertung, die zur vorrangigen bilanziellen Erfassung eines im Gesamthandsvermögen der (gewerblichen) Personengesellschaft gehaltenen Wirtschaftsguts in deren Betriebsvermögen und nicht im Betriebsvermögen ihrer gewerblich tätigen Gesellschafter führt, lässt sich auf die Beteiligung einer gewerblichen Personengesellschaft an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft nicht übertragen.

(1) Dem steht bereits entgegen, dass die vermögensverwaltende Personengesellschaft nicht über Betriebsvermögen verfügt. Im Unterschied zu der Beteiligung an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft kommt daher eine vorrangige Zuordnung des im Gesamthandsvermögen gehaltenen Wirtschaftsguts zu einem Betriebsvermögen auf dieser Ebene nicht in Betracht. Ein Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens, das von dem gewerblichen Gesellschafter auf die vermögensverwaltende Personengesellschaft übertragen wurde, ist daher anders als bei der Beteiligung an einer gewerblichen Personengesellschaft anteilig weiterhin in dessen Betriebsvermögen zu erfassen (siehe oben unter II.2.a.cc).

(2) Der Gesichtspunkt der Einheit der Personengesellschaft rechtfertigt eine andere Zuordnung nicht. Denn eine vermögensverwaltende Personengesellschaft ist anders als eine un-

ternehmerisch tätige insoweit nicht Subjekt der Gewinnerzielung und Gewinnermittlung (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2008, 1443, unter II.1.a.aa (1)). Die Anwendung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO wird in diesem Fall nicht wie bei einer mitunternehmerischen Personengesellschaft durch § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Hs. 1 EStG verdrängt (BFH-Urteil in BFHE 221, 1 = BStBl II 2008, S. 679, unter II.2. m. w. N.). Aus diesem Grund hat der BFH entschieden, dass (steuerrechtlich) keine Anschaffungsvorgänge gegeben sind, wenn Miteigentümer mehrerer Grundstücke ihre Miteigentumsanteile aufgrund eines notariellen Kaufvertrages in eine Personengesellschaft mit Vermietungseinkünften einbringen, soweit die den Gesellschaftern nach der Übertragung ihrer Miteigentumsanteile nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnenden Anteile an den Grundstücken ihre bisherigen Miteigentumsanteile nicht übersteigen (BFH-Urteil in BFHE 221, 1 = BStBl II 2008, S. 679). Auf der anderen Seite sind Gewinne aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern durch die vermögensverwaltende Personengesellschaft anteilig bei dem gewerblichen Gesellschafter zu erfassen (Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 209, 399 = BStBl II 2005, S. 679, unter C.2.; s. oben unter II.2.a.cc).

(3) Wird aber das Gesamthandsvermögen der vermögensverwaltenden Personengesellschaft bei der (Weiter-)Veräußerung steuerrechtlich negiert (vgl. *Wacker*, DStR 2005, 2014), ist es folgerichtig, im Rahmen der Bruchteilsbetrachtung auch die Anschaffung des Wirtschaftsguts durch entgeltliche Überführung aus dem Betriebsvermögen des gewerblichen Gesellschafters in das Gesamthandsvermögen der vermögensverwaltenden Personengesellschaft nicht als Veräußerungsvorgang zu werten.

(4) Die Gefahr von Besteuerungslücken besteht, anders als das FG angenommen hat, nicht. Denn die Bruchteilsbetrachtung führt dazu, dass die dem gewerblich tätigen Gesellschafter zuzurechnenden stillen Reserven bei der Veräußerung des Wirtschaftsguts durch die vermögensverwaltende Personengesellschaft aufzudecken und dem Gesellschafter zuzurechnen sind (siehe oben unter II.2.b.bb (2)). Die Höhe dieser stillen Reserven richtet sich, wie die Klägerin zu Recht geltend gemacht hat, nach dem Bilanzansatz bei dem Gesellschafter.

3. Die Veräußerung des Betriebsgrundstücks der Klägerin an die vermögensverwaltende KG führte danach insoweit nicht zur Aufdeckung der stillen Reserven, als die Klägerin an der vermögensverwaltenden KG beteiligt war. Das Grundstück war bei der Klägerin Betriebsvermögen (zu 100 %). Im Umfang ihrer Beteiligung an der vermögensverwaltenden KG (99 %) änderte sich daran durch die Veräußerung nichts. Zwar wurde das Grundstück (zivilrechtlich) in vollem Umfang veräußert; die Veräußerung erfüllte jedoch keinen Besteuerungstatbestand, soweit das Grundstück unverändert im Betriebsvermögen der Klägerin blieb.

4. Das angefochtene Urteil entspricht diesen Grundsätzen nicht. Es war daher aufzuheben. Die Erhöhung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb durch die anteilige Aufdeckung der stillen Reserven (zu 99 %) ist ertragsteuerlich unter entsprechender Auflösung der darauf entfallenden Gewerbesteuer rückstellung rückgängig zu machen. Der Senat entscheidet in der Sache selbst (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Der angefochtene Bescheid vom 18.3.2004 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 2.12.2004 ist daher zu ändern und der Klage stattzugeben. Die Übertragung der Ermittlung des laufenden Gewinns auf das FA ergibt sich aus § 121 Satz 1 i. V. m. § 100 Abs. 2 Satz 2 FGO.

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des BFH und führt diese nahtlos fort. An ihr lässt sich die Sicht des BFH auf die Behandlung der Personengesellschaft im Einkommensteuerrecht geradezu lehrbuchmäßig nachvollziehen.

1. Die bisherige Rechtsprechung zur Bruchteilsbetrachtung bei der Personengesellschaft

Ausgangspunkt der Betrachtung des BFH ist § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO. Nach dieser Norm werden Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, den Beteiligten anteilig zugerechnet, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist. Aus Sicht des BFH kann auch bei zivilrechtlich rechtsfähigen Gesamthandsgesellschaften wie der OHG, der KG und der GbR deren zivilrechtliche Fähigkeit, Eigentümer zu sein, negiert werden, wenn das Steuerrecht dies erfordert. Wann eine getrennte Zurechnung nach Bruchteilen erforderlich ist, ergibt sich für den BFH dabei aus den Einzelsteuergesetzen.¹ Nicht erforderlich ist sie, wenn die Personengesellschaft selbst Steuerschuldner ist, wie beispielsweise im Gewerbe- oder Umsatzsteuerrecht.² Erfüllen hingegen die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zwar den Tatbestand der Steuer, sind aber nicht selbst Steuerschuldner, so erfolgt grundsätzlich eine getrennte Zurechnung der Wirtschaftsgüter nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO. Da die Personengesellschaft im Einkommensteuerrecht nicht selbst Steuerschuldner ist, wären nach dieser Logik die im zivilrechtlichen Eigentum der Gesellschaft stehenden Wirtschaftsgüter anteilig den Gesellschaftern zuzurechnen. Hier von macht der BFH jedoch wieder eine Ausnahme, wenn es sich bei der Gesellschaft um eine steuerliche Mitunternehmerschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG handelt. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG (der über die Verweisung in § 18 Abs. 4 EStG auch für freiberuflich tätige Gesellschaften und gemäß § 13 Abs. 7 EStG auch für LuF-Gesellschaften gilt) wird vom BFH als verdrängende Sonderregelung zu § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO angesehen. Ist eine Personengesellschaft gewerblich tätig und als steuerliche Mitunternehmerschaft zu betrachten, so gilt der Grundsatz der Einheitsbetrachtung. In der Umsetzung bedeutet dies – stark vereinfacht – dass auf einer ersten Ebene der steuerliche Gewinn bei der Gesellschaft selbst ermittelt wird und dieser erst in einem zweiten Schritt den Gesellschaftern anteilig – ergänzt um etwaige Sonderbetriebseinnahmen und -ausgaben – zugerechnet wird. Im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ist die Mitunternehmerschaft selbst Gewinnermittlungssubjekt und auch steuerlich eigentumsfähig. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG verbleibt es hingegen bei § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO. Erzielt die Personengesellschaft also lediglich Überschusseinkünfte, wie dies z. B. bei einer vermögensverwaltenden Immobiliengesellschaft der Fall ist, werden die Wirtschaftsgüter weiterhin anteilig den Gesellschaftern zugerechnet.

Soweit eine Personengesellschaft steuerlich nicht Eigentümer der Wirtschaftsgüter ist, kann sie auch nicht Partei eines Veräußerungsgeschäfts sein. Ein Veräußerungsgeschäft zwischen

¹ St. Rspr., vgl. BFH, Urteil vom 4.10.1990, X R 148/88, NJW 1991, 1197.

² Im Gewerbesteuerrecht ist dies in § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG festgelegt; im Umsatzsteuerrecht ergibt sich die Steuerschuldnerschaft daraus, dass die Gesamthandsgemeinschaft die Umsätze erzielt und den Unternehmerbegriff des § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG erfüllt.

Gesellschafter und Gesellschaft – welches zivilrechtlich ohne Weiteres wirksam ist – wird in der Folge steuerlich nicht anerkannt, soweit nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO das veräußerte Wirtschaftsgut dem veräußernden Gesellschafter weiterhin zugerechnet wird. Veräußert also ein nicht gewerblich tätiger Vermieter eine in seinem Privatvermögen gehaltene Wohnung (Steuerwert: 200.000 €) zum Preis von 400.000 € an eine vermögensverwaltende und auch nicht gewerblich geprägte Personengesellschaft, an der er zu 99 % beteiligt ist, so liegt lediglich in Höhe von 1 % und somit in Höhe eines anteiligen Gewinns von 2.000 € ein steuerliches Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG vor. Freilich wird umgekehrt mangels eines Anschaffungsvorgangs insoweit auch kein neues Abschreibungspotenzial geschaffen. Ist der Veräußerer hingegen nur zu 1 % an der Gesellschaft beteiligt, zu 99 % seine Ehefrau, so entsteht ein Veräußerungsgewinn i. H. v. 198.000 €, der nur dann steuerpflichtig ist, wenn die Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG noch nicht abgelaufen ist. Die Ehefrau hat Anschaffungskosten i. H. v. 396.000 €, die sie in den nächsten Jahren teilweise steuermindernd geltend machen kann.

2. Neuerungen durch die zu besprechende Entscheidung

Diese Rechtsprechung hat der BFH nunmehr auch für die sog. Zebragesellschaft bestätigt. Die Zebragesellschaft selbst ist nicht gewerblich tätig, sondern erzielt Überschusseinkünfte und unterfällt somit nicht § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Einer ihrer Gesellschafter hält seinen Anteil an der Gesellschaft jedoch im Betriebsvermögen. Dies hat zur Folge, dass die Gewinne der Gesellschafter unterschiedlichen Einkunftsarten zugeordnet werden. Die nicht gewerblich tätigen Gesellschafter erzielen Überschusseinkünfte, die Einkünfte des Gesellschafters, der seinen Anteil im Betriebsvermögen hält, werden in Einkünfte aus Gewerbebetrieb umqualifiziert.

Der Große Senat des BFH hatte sich schon in einer früheren Entscheidung im Rahmen der Frage nach dem für die Umqualifizierung der Einkünfte zuständigen Finanzamt damit befasst, auf welcher Ebene diese Umqualifikation erfolgt – ob bereits auf Ebene der Gewinnermittlung bei der Gesellschaft oder erst außerhalb der Gesellschaft auf der Ebene des einzelnen Gesellschafters. Entschieden hat er sich für die zweite Alternative.³ Auf Ebene der Gesellschaft erfolgt zunächst eine einheitliche gesonderte Feststellung gemäß § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO nach den Regeln über die Ermittlung von Überschusseinkünften. Erst das Wohnsitzfinanzamt des gewerblich tätigen Gesellschafters berücksichtigt die sich aus der gewerblichen Beteiligung ergebenden Besonderheiten.

In der zu besprechenden Entscheidung hat der BFH die tragenden Gründe des Beschlusses des Großen Senats zur Abgabenordnung auf das materielle Einkommensteuerrecht übertragen: Die Zebragesellschaft ist Überschussgesellschaft und somit weder Gewinnermittlungsobjekt noch steuerliche Partei eines Veräußerungsgeschäfts. Die gewerbliche Beteiligung eines Gesellschafters ändert nichts an der Bruchteilsbetrachtung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO. Mithin durfte die Veräußerung eines Grundstücks an die Gesellschaft durch einen Gesellschafter steuerlich insoweit nicht nachvollzogen werden, als der Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt war.

³ BFH GrS, Beschluss vom 11.4.2005, GrS 2/02, BFHE 209, 399.

3. Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, welches Gestaltungspotenzial die Personengesellschaft dem Kautelarjuristen bietet. Auf sie lassen sich Wirtschaftsgüter je nach gewählter Gestaltung mit oder ohne Aufdeckung stiller Reserven übertragen. Dies sei noch einmal an ein paar (nicht abschließenden) Beispielen, jeweils bezogen auf ein bebautes Grundstück (der Grund- und Bodenanteil ist dabei ein nicht abschreibungsfähiges Wirtschaftsgut), dargestellt:

Handelt es sich um ein bebautes Grundstück im Privatvermögen und ist die Frist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG bereits abgelaufen, so kommt die Veräußerung zum Verkehrswert oder die Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten⁴ in eine gewerblich geprägte Personengesellschaft in Betracht. Das Wirtschaftsgut kann auf Gesellschaftsebene dann erneut abgeschrieben werden, ohne dass auf Seiten des veräußernden Gesellschafters ein einkommensteuerpflichtiger Veräußerungsvorgang vorliegt. Die gewerbliche Prägung der Gesellschaft lässt sich problemlos herstellen, indem ausschließlich einer Kapitalgesellschaft die persönliche Haftung und Geschäftsführung übertragen werden, wie dies bei der typischen GmbH & Co. KG der Fall ist (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG). Grunderwerbsteuerlich hat die gewerbliche Prägung keine Auswirkungen. Gemäß § 5 Abs. 2 GrEStG wird die Steuer insoweit nicht erhoben, als der einbringende Gesellschafter am Gesamthandsvermögen beteiligt ist; dies gilt auch für die zivilrechtlich wie einkommensteuerrechtlich verselbständigte GmbH & Co. KG.⁵

Ist die Frist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG noch nicht abgelaufen, so kann das Grundstück ohne Aufdeckung stiller Reserven aus dem Privatvermögen auf eine Personengesellschaft übertragen werden, soweit einkommensteuerlich kein Zurechnungswechsel erfolgt. Dies ist bei der vermögensverwaltenden Personengesellschaft, einschließlich der Zebragesellschaft, der Fall, soweit der Veräußernde am Gesamthandsvermögen beteiligt ist. Neues Abschreibungsvolumen wird dadurch jedoch nicht geschaffen.

Handelt es sich um ein im Betriebsvermögen gehaltenes Grundstück, so kann dieses unter Buchwertfortführung unentgeltlich oder gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG übertragen werden, ohne dass es auf die Höhe des Anteils des Einbringenden an der Mitunternehmerschaft ankäme; ein Wahlrecht, dieses auch zum Teilwert einzubringen, ist dabei nicht vorgesehen.⁶

Soll ein im Betriebsvermögen gehaltenes Grundstück zum Verkehrswert in eine Mitunternehmerschaft eingebracht werden, so kann es in einem fremdüblichen Veräußerungsgeschäft („at arm's length“) zum Verkehrswert an die Mitunternehmerschaft veräußert werden. Diese bewertet es dann mit den Anschaffungskosten. Umgekehrt wird die Veräußerung in der Regel jedoch zu einem einkommensteuerpflichtigen Gewinn beim Veräußerer führen.

Hingewiesen werden sollte in diesem Zusammenhang auch noch einmal auf die Möglichkeit, durch (teil-)entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts auf eine Personengesellschaft ursprünglich privat veranlasste Verbindlichkeiten in

⁴ Dabei handelt es sich nach Ansicht des BFH um einen entgeltlichen, tauschähnlichen Vorgang. Zu den Einzelheiten vgl. BMF vom 11.7.2011, IV C 6 – S 2178/09/10001, BStBl I 2011, S. 713; weiterführend *Wälzholz*, DStR 2011, 1815.

⁵ BFH, Urteil vom 18.9.1974, II R 90/68, BFHE 114, 504.

⁶ BMF vom 8.12.2011, IV C 6 – S 2241/10/10002, BStBl I, S. 1279.

einen Zusammenhang mit steuerlichen Einkünften zu bringen und so die Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen zu begründen.⁷

⁷ BFH, Urteil vom 18.10.2011, IX R 15/11, MittBayNot 2012, 329 m. Anm. *Ihle*.

Für die Einbringung von (Teil-)Betrieben und Mitunternehmeranteilen gilt die Sonderregelung des § 24 UmwStG.

Notarassessor *Michael Gutfried*, M. Jur. (Oxford), Berlin

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Alexander Krafka, Landsberg am Lech, wurde mit Wirkung vom 15.11.2012 zum Honorarprofessor an der Universität Passau bestellt

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.3.2013:

Notar Dr. Friedrich Brenner, Garmisch-Partenkirchen

Mit Wirkung vom 1.4.2013:

Notar Manfred Bechberger, Kandel

Mit Wirkung vom 1.6.2013:

Notar Dr. Eberhard Thum, Kronach

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.2013:

Erding dem Notar
(in Sozietät mit Notar Michael Inninger
Burghart) (bisher in Parsberg/Opf.)

München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Simon Weiler
Dr. Schwab) (bisher in Bamberg)

Mit Wirkung vom 1.3.2013:

Ingolstadt dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Christian Auktor
Prof. Dr. Wegmann) (bisher in Fürth)

München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Christian Berringer
Dr. Görk) (bisher in Sonthofen)

Nürnberg der Notarassessorin
Elisabeth Lommer
(bisher in Bayreuth
Notarstellen Dr. Gottwald/
Zuber)

Mit Wirkung vom 1.4.2013:

Kandel/Pfalz dem Notarassessor
(in Sozietät mit Daniel Wassmann
Notar Freuscht) (bisher in Kandel/Pfalz
Notarstelle Dr. Bastian/
Dr. Kiefer)

Regensburg dem Notar
(in Sozietät mit Notar Till Franzmann
Dr. Albrecht) (bisher in Mindelheim)

Mit Wirkung vom 1.5.2013:

Karlstadt der Notarassessorin
Dr. Yvonne van Eickels
(bisher in München
Notarstellen
Rüth/Dr. Döbereiner)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2013:

Benedikt Goslich, Illertissen (Notarstelle
Dr. Kössinger)

Katharina Langer, Bad Griesbach i. Rottal
(Notarstelle Dr. Forthauer)

Julian Sander, Weilheim i. OB (Notarstelle Dr. Bracker)

Stephan Serr, Fürstenfeldbruck (Notarstellen
Schüßler/Langnau)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Tilman Daum, Tittmoning, wurde mit Wirkung
vom 6.12.2011 promoviert

Notar Michael Pich, Passau, seit 1.2.2013 in
Sozietät mit Notar Dr. Stefan Bandel, Passau

Notarassessorin Lisa Schumacher, Kandel/Pfalz
(Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer), ab 16.2.2013
in Germersheim (Notarkammer Pfalz)

Notarassessor Dr. Fabian Wall, Pirmasens
(Notarstelle Küper), ab 1.3.2013 in Kandel/Pfalz
(Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

Notarassessorin Anja Gerono, Klingenberg a. Main
(Notarstelle Baumeister), ab 25.3.2013 in Würzburg
(DNotI)

Inspektor i. N. Andreas Steininger, München
(Notarstelle Hönle), ab 1.1.2013 in Tegernsee
(Notarstelle Schwarzer)

Amtsrat i. N. Norbert Fendt, Passau, ab 1.2.2013 in
Passau (Notarstellen Dr. Bandel/Pich)

Amtfrau i. N. Iris Schenk-Maget, München (Notar-
stellen Dr. Kopp/Benesch), ab 1.4.2013 in Günzburg
(Notarstellen Wachter/Dr. Braun)

6. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Oberamtsrat i. N. Josef Holzer, Tegernsee
(Notarstelle Schwarzer), ab 1.2.2013 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Heinz Emmert, Aschaffenburg (Notar-
stellen Klotz/Dr. Morhard), ab 1.4.2013 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Roland Graß, München (Notar-
stellen Dr. Basty/Haasen), ab 1.4.2013 im Ruhestand

Amtsärztin i. N. Christine Haak, Zusmarshausen
(Notarstelle Schmid), ab 1.4.2013 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Landshut, Notarstelle Steer
Isargestade 748, 84028 Landshut (ab 25.3.2013)

Nürnberg, Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser
Marientorgraben 15, 90402 Nürnberg

Passau, Notarstellen Dr. Bandel/Pich
Kleiner Exerzierplatz 13, 94032 Passau
E-Mail: mail@bandel-pich.de
Homepage: www.bandel-pich.de

Sonthofen, Notarstellen Caspary/Notariatsverwaltung
Richard-Wagner-Straße 1, 87527 Sonthofen (ab 18.3.2013)

SONSTIGES

Achstes Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

„Brennpunkte des Grundstücksrechts“

Am Freitag, den 19.4.2013, in den Rosensälen der Friedrich-Schiller-Universität,
Fürstengraben 27, 07743 Jena

- | | |
|---|---|
| <p>09.15 Uhr Begrüßung
Prof. Dr. <i>Elisabeth Koch</i>, Friedrich-Schiller-Universität Jena</p> | <p>14.00 Uhr Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen
Prof. Dr. <i>Christoph Althammer</i>, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg</p> |
| <p>09.30 Uhr Die BGB-Gesellschaft im Grundstücksverkehr – alle Probleme gelöst?
<i>Sebastian Ruhwinkel</i>, Notar, Deggendorf</p> | <p>15.00 Uhr Probleme des Grundstückserwerbs in der Insolvenz
Prof. Dr. <i>Wolfgang Lüke, LL.M. (Chicago)</i>, Technische Universität Dresden</p> |
| <p>10.30 Uhr Solaranlagen – Vereinbarungen zwischen Grundstückseigentümer, Investor und Finanzierungsgläubiger und ihre Absicherung
Dr. <i>Leif Böttcher</i>, Bundesministerium der Justiz, Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder</p> | <p>16.00 Uhr Kaffeepause</p> <p>16.30 Uhr Das Potential der (teil-)rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft im Immobilienrecht
Prof. Dr. <i>Stefan Hügel</i>, Notar, Weimar</p> |
| <p>11.30 Uhr Der Abschluss von Grundstückskaufverträgen durch getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme
Prof. Dr. <i>Rainer Kanzleiter</i>, Notar a. D., Ulm, Vorsitzender der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.</p> | <p>17.30 Uhr Schlusswort</p> |
| <p>12.30 Uhr Mittagspause</p> | <p>Nähere Informationen zur Anmeldung und zur Erhebung des Tagungsbeitrags finden Sie auf den Internetseiten des Instituts (http://www.rewi.uni-jena.de/Aktuelles_p_404-path-99388.html).</p> |

13. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

„Gestaltungspraxis und Inhaltskontrolle“

Am Freitag, den 14.6.2013, in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

- | | | |
|---------------|---|---|
| 09.30 Uhr | Begrüßung
Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i> , Tagungsleiter,
Notar, Würzburg; stellv. Vorsitzender des
INotR Würzburg | Organisatorische Hinweise:
Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend
und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interes-
sierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw.
Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung
e. V. Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Sympo-
sium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Ta-
gungsband per Post.
Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnehme-
bescheinigung und Tagungsband): |
| 09.45 Uhr | Problemfelder der Inhaltskontrolle in
der notariellen Gestaltungspraxis
<i>Sebastian Herrler</i> , Notar a. D., Geschäfts-
führer des DNotI Würzburg, Vorstand
NotRV, anschließend Diskussion | – frei für Notarassessoren, die Mitglied der
NotRV sind |
| 10.30 Uhr | Inhaltskontrolle im Erbrecht
Prof. Dr. <i>Anne Röthel</i> , Bucerius Law
School, Hamburg, Direktorin des Notar-
rechtlichen Zentrums Familienunternehmen,
anschließend Diskussion | – 40 € für Notare a. D., die Mitglied der NotRV
sind |
| 11.30 Uhr | AGB-Kontrolle bei M&A-Verträgen
Dr. <i>Nikolaus Schrader</i> , Partner, Freshfields
Bruckhaus Deringer, Hamburg,
anschließend Diskussion | – 85 € für Notare a. D., Notarassessoren und
Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger
Zulassung |
| 12.30 Uhr | Mittagessen im historischen Innenhof der
Alten Universität (im Tagungsbeitrag
inbegriffen) | – 150 € für Mitglieder der Deutschen Notarrecht-
lichen Vereinigung e. V. (NotRV) |
| 14.00 Uhr | Unwirksame Klauseln im Bauträger-
vertrag
Dr. <i>Hans-Egon Pause</i> , Rechtsanwalt, RAe
Pause & Weiss, München,
anschließend Diskussion | – 205 € für Nichtmitglieder |
| 15.00 Uhr | Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht
Prof. Dr. <i>Christoph Teichmann</i> , Universität
Würzburg, Vorstand INotR Würzburg,
anschließend Diskussion | Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach
Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen
Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck:
„Symposium Juni 2013“ bei der Bayerischen
HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076,
Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des
Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei
Abmeldung bis sieben Tage vor der Veranstaltung. Für
zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Storno-
gebühr i. H. v. 10 € berechnet. |
| ca. 16.00 Uhr | Ende
– anschließend 16. NotRV-Mitgliederversammlung
mit Neuwahlen – | Anmeldungen richten Sie bitte an:
Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg,
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931 355760,
Fax 0931 35576225,
E-Mail: notrv@dnoti.de, www.notrv.de |

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord
Notarassessor Boris Pulyer

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.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis (Wegerhoff)
13.3.2013 in Heusenstamm
2. Gestaltungen im Pflichtteilsrecht (Herrler, Müller)
15.3.2013 in Kassel
3.5.2013 in Berlin
3. 15. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung Teil 3 – Familienrecht einschließlich des Verfahrensrechts in Betreuungs- und Unterbringungssachen, Notarielles Kostenrecht, Grundzüge des Internationalen Privatrechts (Diehn, Reetz, Tiedtke, Wandel)
18.–23.3.2013 in Berlin

Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzüge des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Wohnungseigentumsrecht, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts (Fumi, Hügel, Leitzen, Weiler)
22.–27.4.2013 in Berlin
4. Grenzüberschreitendes Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der EU-Erbrechtsverordnung (Wachter)
23.3.2013 in Bochum
5. 16. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung Teil 2 – Erbrechtliche Gestaltung, Nachlass- und Teilungssachen, Überlassungsverträge, Rechte in Abt. II und III (Heggen, Herrler, Münch, Oertel, Wegerhoff)
8.–13.4.2013 in Heusenstamm
6. Der Versorgungsausgleich in der notariellen Praxis (Reetz)
12.4.2013 in Berlin
7. 11. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung (Crezelius, Heckschen, Altmeppen, Bergmann, Herfs, Mayer, Neye, Teichmann)
12.–13.4.2013 in Hamburg
8. Ausgewählte Fragen des Bauträgervertragsrechts (Basty)
4.5.2013 in Köln

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.

25. Europäische Notarentage

„Wachstum durch Rechtssicherheit – Justizpolitik als Standortfaktor“

18.–19.4.2013 in Salzburg (Salzburg Congress, Auerspergstrasse 6, A-5020 Salzburg)

18.4.2013, ab 18.00 Uhr: Präsentation „Treffpunkt: Europa Mitte“

19.4.2013, ab 09.00 Uhr: Vier Podiumsdiskussionen zu den Themenkreisen:

Wachstum durch Rechtssicherheit

Jobmotor Innovation?

Neue Wege für das EU-Gesellschaftsrecht?

Zukunft Europa für das Notariat

Hochrangige Referenten aus den Reihen der EU Institutionen und des Europarats, ausgewählter Mitgliedstaaten, aus der Rechtspraxis und der Wissenschaft werden erwartet.

Detailliertes Programm (ab Februar 2013) unter www.notar.at

Simultanübersetzung: Deutsch, Englisch, Französisch

Wissenschaftliche Konzeption: Österreichische Notariatsakademie, Landesgerichtsstraße 20, A-1010 Wien, Tel: +43-1-402 45 09-160, Fax: +43-1-406 34 75; E-Mail: ulrike.hindinger@notar.or.at; www.notar.at

Neuerscheinungen

1. Arens/Tepper (Hrsg.): Praxisformularbuch Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., de Gruyter, 2013. 1994 S. + Onlinezugang, 199,95 €
2. Arens/Tepper (Hrsg.): Praxishandbuch Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., de Gruyter, 2013. 1305 S., 149,95 €
3. Armbrüster/Preuß/Renner (Hrsg.): BeurkG, DONot. 6. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2013. 924 S., 169 €, Subskriptionspreis bis 31.3.2013: 159 €
4. Baumbach/Hueck: GmbHG. 20. Aufl., Beck, 2013. 2344 S., 129 €
5. Bengel/Reimann: Handbuch der Testamentsvollstreckung. 5. Aufl., Beck, 2013. 843 S., 109 €
6. Engl (Hrsg.): Formularbuch Umwandlungen. 3. Aufl., Beck, 2013. 1345 S. + CD-ROM, 159 €
7. Frieser: Formularbuch des Fachanwalts Erbrecht. 2. Aufl., Luchterhand, 2013. 1490 S. + Online-Nutzung, 119 €
8. Gerhardt/v. Heintschel-Heinegg/Klein (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Familienrecht. 9. Aufl., Luchterhand, 2013. 2898 S., 149 €
9. Götz/Hülsmann: Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht. 9. Aufl., NWB Verlag, 2013. 332 S. + Online-Nutzung, 54,80 €
10. Habersack/Drinhausen: SE-Recht mit grenzüberschreitender Verschmelzung. Beck, 2013. 1383 S., 229 €
11. Heinemann (Hrsg.): Kölner Formularbuch Grundstücksrecht. Carl Heymanns, 2013. 1444 S. + Online-Nutzung + CD-ROM, 139 €
12. Hoffmann-Becking/Rawert: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. 11. Aufl., Beck, 2013. 2624 S. + CD-ROM, 119 €
13. Kallmeyer (Hrsg.): Umwandlungsgesetz. 5. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2013. 1835 S., 149 €
14. Knittel: Beurkundungen im Kindschaftsrecht. 7. Aufl., Bundesanzeiger Verlag, 2013. 372 S. + CD-ROM, 49 €
15. Kogel: Strategien beim Zugewinnausgleich. 4. Aufl., Beck, 2013. 402 S., 49 €
16. Mayer/Geck: Der Übergabevertrag. 3. Aufl., zerb, 2013. 820 S., 89 €
17. Münch: Die Scheidungsimmoblie. 2. Aufl., Luchterhand, 2013. 580 S. + Online-Nutzung + CD-ROM, 86 €
18. Münch: Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. Beck, 2013. 1381 S. + CD-ROM, 199 €
19. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Bd. 6: Internationales Gesellschaftsrecht, Grenzüberschreitende Umwandlungen. 4. Aufl., Beck, 2013. 1557 S., 159 €, Vorzugspreis bei Gesamtabnahme der 4. Aufl.: 149 €
20. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 7: Familienrecht I (§§ 1297-1588), VersAusglG, GewSchG, LPartG. 6. Aufl., Beck, 2013. 1843 S., 239 € (Gesamtabnahmeverpflichtung)
21. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 4: Drittes Buch, Handelsbücher §§ 238-342e HGB. 3. Aufl., Beck, 2013. 2499 S., 322 €, Vorzugspreis bei Gesamtabnahme: 275 €
22. Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten: WEG. 10. Aufl., Deutscher Anwaltverlag, 2013. 768 S., 119 €, Subskriptionspreis bis 31.3.2013: 99 €
23. Palandt: BGB. 72. Aufl., Beck, 2013. 3113 S., 109 €
24. Ring/Grziwotz (Hrsg.): Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht für Unternehmer und Berater. 2. Aufl., Bundesanzeiger Verlag, 2013. 1146 S. + CD-ROM, 98 €
25. Rowedder/Schmidt-Leithoff: GmbHG. 5. Aufl., Vahlen, 2013. 2701 S., 229 €
26. Ruhwinkel: Die Erbengemeinschaft. Erich Schmidt, 2013. 439 S., 59,80 €
27. Schulte: Typische Fehlerquellen bei der GmbH-Beurkundung. Deutscher Notarverlag, 2013. 192 S., 49 €
28. Volb: Gründungen von Personengesellschaften und Wechsel im Gesellschafterbestand – Zivil- und steuerrechtliche Behandlung. 2. Aufl., NWB, 2013. 311 S. + Online-Nutzung, 54,80 €
29. Weinreich/Klein: Fachanwaltskommentar Familienrecht. 5. Aufl., Luchterhand, 2013. 2866 S., 149 €
30. Wimmer (Hrsg.): FK-InsO – Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung. 7. Aufl., Luchterhand, 2013. 3664 S. + Online-Nutzung, 259 €
31. Winkler: BeurkG. 17. Aufl., Beck, 2013. 957 S., 109 €
32. Zimmermann (Hrsg.): Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze. Zerb, 2013. 1479 S., 139 €

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