

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

Everts: Der private Darlehensvertrag – Investitionssicherung in Ehe, Partnerschaft und Familie (Teil I) 258

Kanzleiter: Der Irrtum über die Bindungswirkung als Grundlage der Selbstanfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament durch den Erblasser 264

Amann: Hat der Testamentsvollstrecker zum vollen Wert verkauft? Zu Umfang und Zeitpunkt der Prüfung des Grundbuchamts 267

Kössinger/Grimm: Die Bestellung eines selbständigen Fischereirechts nach Art. 8 BayFiG 270

Rechtsprechung

Keine Zustimmung dinglich Berechtigter bei WEG-Aufteilung (BGH, Beschluss vom 9.2.2012, V ZB 95/11) 286

mit Anmerkung *Kreuzer* 288

Kostenbeteiligung des dinglichen Wohnungsinhabers (BGH, Urteil vom 21.10.2011, V ZR 57/11) 289

mit Anmerkung *Stürner/Klett* 291

„Stilles“ Testament zugunsten des Heimträgers (BGH, Beschluss vom 26.10.2011, IV ZB 33/10) 297

mit Anmerkung *Müller* 298

Späterer Beitritt zum gemeinschaftlichen Testament (OLG München, Beschluss vom 1.12.2011, 31 Wx 249/10) 300

mit Anmerkung *C. Braun* 303

Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung (BGH, Beschluss vom 24.11.2011, VII ZB 12/11) 312

mit Anmerkung *Volmer* 313

Weisungsgebundenheit des Aufsichtsrats bei Kommunal-GmbH (BVerwG, Urteil vom 31.8.2011, 8 C 16.10) 322

mit Anmerkung *Leitzen* 325

Einbringung eines Einzelunternehmens in eine GmbH & Co. KG bei vorheriger Veräußerung einer wesentlichen Betriebsgrundlage unter Aufdeckung der stillen Reserven (BFH, Urteil vom 9.11.2011, X R 60/09) 326

mit Anmerkung *Wendt* 328

Einbringung einer privaten Verbindlichkeit in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft (BFH, Urteil vom 18.10.2011, IX R 15/11) 329

mit Anmerkung *Ihle* 331

Hinweise für die Praxis

Ausschlagung der Erbschaft und Bestattungskosten (*Grziwotz*) 333

Inhalt

Editorial

Wechsel im Herausgeberbeirat **257**

Aufsätze

Everts: Der private Darlehensvertrag – Investitionssicherung in Ehe, Partnerschaft und Familie (Teil I) **258**

Kanzleiter: Der Irrtum über die Bindungswirkung als Grundlage der Selbstanfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament durch den Erblasser **264**

Amann: Hat der Testamentsvollstrecker zum vollen Wert verkauft? Zu Umfang und Zeitpunkt der Prüfung des Grundbuchamts **267**

Kössinger/Grimm: Die Bestellung eines selbständigen Fischereirechts nach Art. 8 BayFiG **270**

Tagungsberichte

Stretz: Probleme des Rechts der beschränkten Geschäftsfähigkeit **277**

Buchbesprechungen

Spielbauer/Then: WEG (*Kreuzer*) **280**

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8: Familienrecht II (§§ 1589-1921), SGB VIII (*Müller*) **280**

Bormann/Kauka/Ockelmann (Hrsg.): Handbuch GmbH-Recht (*Suttmann*) **282**

Hauschild/Kallrath/Wachter (Hrsg.): Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht (*Stemmer*) **282**

Sommer: Beck'sche Musterverträge. Band 14: Die Gesellschaftsverträge der GmbH & Co. KG (*Franck*) **283**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Auslösung des Vorkaufsfalls durch Einbringung der Sache in eine Gesellschaft und Übertragung der Geschäftsanteile (BGH, Urteil vom 27.1.2012, V ZR 272/10) **285**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Kein Zustimmungserfordernis der Grundpfandgläubiger bei Begründung von Wohnungseigentum (BGH, Beschluss vom 9.2.2012, V ZB 95/11) **286**
mit Anmerkung *Kreuzer* **288**
3. Kostenbeteiligung des dinglichen Wohnungsinhabers an Gemeinschaftsanlagen (BGH, Urteil vom 21.10.2011, V ZR 57/11) **289**
mit Anmerkung *Stürmer/Klett* **291**

Inhalt (Fortsetzung)

4. Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung durch den Testamentsvollstrecker gegenüber dem Grundbuchamt
(OLG München, Beschluss vom 6.12.2011, 34 Wx 403/11) **292**
5. Erbnachweis im Grundbuchverfahren bei einem Erbvertrag mit freiem Rücktrittsvorbehalt
(OLG München, Beschluss vom 3.11.2011, 34 Wx 272/11) **293**
mit Anmerkung *S. Braun* **294**

Familienrecht

6. Erforderlichkeit der familiengerichtlichen Genehmigung bei selektiver Erbausschlagung durch die Eltern
(KG, Beschluss vom 13.3.2012, 1 W 747/11) **295**

Erbrecht

7. Wirksamkeit eines „stillen“ Testaments zugunsten des Heimträgers
(BGH, Beschluss vom 26.10.2011, IV ZB 33/10) **297**
mit Anmerkung *Müller* **298**
8. Späterer Beitritt des anderen Ehegatten zum gemeinschaftlichen Testament
(OLG München, Beschluss vom 1.12.2011, 31 Wx 249/10) **300**
mit Anmerkung *C. Braun* **303**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister bei Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung über den Nachlass eines Kommanditisten
(BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 15/11) **304**

Internationales Privatrecht

10. Zur Anerkennung einer in Ägypten ausgesprochenen Verstoßung
(OLG München, Beschluss vom 31.1.2012, 34 Wx 80/10) **306**
mit Anmerkung *Süß* **308**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

11. Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung
(BGH, Beschluss vom 24.11.2011, VII ZB 12/11) **312**
mit Anmerkung *Volmer* **313**
12. Einwendungsausschluss bei wiederholter Vollstreckungsgegenklage gegen notarielle Urkunde
(OLG Celle, Urteil vom 6.7.2011, 4 U 14/11) **314**
mit Anmerkung *Everts* **316**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

13. Erteilung einer weiteren Ausfertigung der Vorsorgevollmacht
(LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 22.12.2011, 12 T 7607/11) **317**

Kostenrecht

14. Abweichung vom Regelwert bei Beurkundung eines Vorkaufsrechts für ein Erbbaurecht
(BGH, Beschluss vom 6.10.2011, V ZB 52/11) **318**
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.*, **321**

Öffentliches Recht

15. Weisungsgebundenheit des Aufsichtsrats einer kommunalen GmbH
(BVerwG, Urteil vom 31.8.2011, 8 C 16.10) **322**
mit Anmerkung *Leitzen* **325**

Steuerrecht

16. Einbringung eines Einzelunternehmens in eine Personengesellschaft bei vorheriger Veräußerung einer wesentlichen Betriebsgrundlage unter Aufdeckung der stillen Reserven
(BFH, Urteil vom 9.11.2011, X R 60/09) **326**
mit Anmerkung *Wendt* **328**
17. Einbringung einer privaten Verbindlichkeit in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft
(BFH, Urteil vom 18.10.2011, IX R 15/11) **329**
mit Anmerkung *Ihle* **331**

Hinweise für die Praxis

- Ausschlagung der Erbschaft und Bestattungskosten (*Grziwotz*) **333**

Standesnachrichten **335**

Sonstiges **III**

4 | MittBayNot

Begründet 1864

July/August 2012 | 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

EDITORIAL

Wechsel im Herausgeberbeirat

**Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,**

zum 30.4.2012 ist Notar Dr. *Jörg Mayer*, Simbach, aus dem Kreis des Herausgeberbeirats der MittBayNot ausgeschieden. Er gehörte dem Herausgeberbeirat seit Heft 2/2006 an. In dieser Zeit hat sich Notar Dr. *Jörg Mayer* große Verdienste um die Qualität der Beiträge auf dem von ihm betreuten Rechtsgebiet erworben. Hierbei eröffnete er dem Leser ein großes Spektrum an Aufsätzen, Entscheidungen und Entscheidungsanmerkungen. Die Landesnotarkammer Bayern, die Mitglieder des Herausgeberbeirats und die Schriftleitung danken ihm für seine engagierte, ertragreiche und erfolgreiche Arbeit im Herausgeberbeirat und hoffen, dass er der MittBayNot auch weiterhin verbunden bleibt.

Gleichzeitig möchten wir Ihnen Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth, als neues Mitglied im Herausgeberbeirat vorstellen. Seit diesem Heft gehört er dem Kreis dieses Gremiums an und kann an dieser Stelle sein vielseitiges juristisches Wissen aktiv für die Belange der MittBayNot einsetzen. Wir freuen uns auf eine langjährige, erfolgreiche Zusammenarbeit.

**Der Herausgeber und
die Schriftleitung**

AUFSÄTZE

Der private Darlehensvertrag – Investitionssicherung in Ehe, Partnerschaft und Familie (Teil I)*

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

In Zeiten sich wandelnder familiärer und partnerschaftlicher Verhältnisse in der Gesellschaft verlagern sich auch die entsprechenden Schwerpunkte rechtlicher Beratung und Gestaltung. Dass Partner oder (Schwieger-)Kinder beim Anderen bzw. bei den (Schwieger-)Eltern investieren möchten, war auch früher nicht selten. Eher selten war jedoch der Wunsch nach einer wie auch immer gearteten „rechtlichen Absicherung“ dieser Beiträge für den Fall, dass gehegte Erwartungen durchkreuzt werden (Trennung, Scheidung, Übergabe an Geschwister), ob nun voraussehbar oder nicht. Dies hat sich unter dem erwähnten sozialen Wandel und der sich darob entzündenden und immer weiter ausbreitenden Rechtsprechung geändert. Nach wie vor nicht selten führt ein solches Anliegen aber zu Irritationen bei allen Beteiligten und einem entsprechend gesteigertem Beratungsbedarf. Im privaten Bereich sind Darlehensmodelle bislang zu wenig diskutiert worden, obgleich sie bei sorgfältiger Verdeutlichung gegenüber den Beteiligten praktisch das Standard-Mittel der Wahl sind oder besser: sein sollten – und sei es nur als transitorische Lösung, um eine spätere (Mit-)Eigentumsübertragung zu Lebzeiten oder durch Erbschaft vorzubereiten. Der Beitrag erstreckt sich über zwei Teile: Im ersten Teil werden die möglichen Fallkonstellationen, ihre derzeitige Behandlung durch Gesetz und Rechtsprechung sowie die verschiedenen Gestaltungsreaktionen hierauf vorgestellt und dabei der private Darlehensvertrag als adäquates Mittel herausgearbeitet. Der zweite Teil widmet sich diesem Vertragstyp im Speziellen, vor allem aus gestalterischer Sicht, und gibt Formulierungsvorschläge für die Praxis.

I. „Hausbaufälle“ und mehr ...

Die Sachverhalte sind einfach, ihre Lösung häufig schwierig: Ein Ehepaar beabsichtigt, ein Eigenheim zu errichten, wobei das zu bebauende Grundstück im Eigentum nur eines Ehegatten steht. Die Bauaufwendungen wollen und werden die Ehegatten aber gemeinsam tragen. Die Konstellation beschränkt sich selbstverständlich nicht auf Verheiratete; auch Lebenspartner nach dem LPartG¹ oder nichteheliche Lebensgefährten können sich in ihr wiederfinden, ebenso Schwiegerkinder, die für Verwendungen auf den Grund und Boden der Schwiegereltern Finanzierungsaufwendungen haben. Auch sind natürlich nicht nur die klassischen „Hausbaufälle“ ein potenzielles Problem, sondern jegliche Struktur, in der Vermögenswerte von der einen Seite auf die andere Seite wandern, also etwa die Übernahme von Renovierungskosten durch den Partner oder das Schwiegerkind für ein dem anderen Partner bzw. den Schwiegereltern gehörendes und meist von allen gemeinsam bewohntes Bestandsobjekt. Schließlich sind nicht nur Investitionsfälle, sondern auch diejenigen, dem Notar häufig unerkannt bleibenden, Fälle strukturell hier einzuordnen, in denen aus bestimmten Gründen, zumeist Haftungsgründen, nur ein Partner den Gegenstand erwerben soll, die Erwerbsaufwendungen aber vom anderen Teil allein oder zumindest mitgetragen werden. Ein Anlass nachzufragen könnte im Falle finanzierten Erwerbe der Umstand sein, dass im abstrakten Schuldanerkenntnis in der Grundschuldbestellungsurkunde für den Finanzierungsgläubiger der nicht erwerbende Teil (mit-)auftaucht; eine entsprechende Amtspflicht besteht sicherlich nicht.

Die Hoffnungen der Beteiligten gehen dahin, dass sich die mit diesen Maßnahmen verbundenen Erwartungen erfüllen: Das eingebrachte und geschaffene Vermögen wird als Einheit betrachtet und soll bei Bestehen der beiderseitigen Beziehung

bis zum Tod einheitlich an nachfolgende Generationen weitergegeben werden. Insbesondere findet in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bei Tod des Zuwendenden kein Ausgleich statt.² Wird eine Umplanung nötig, wird über eine Veräußerung des Objekts selbstverständlich gemeinsam entschieden, ebenso über die Erlösverteilung und eventuelle Neuinvestition.

Dass aber in diesen Fällen juristischer Sprengstoff steckt, wenn eine unvorhergesehene Störung in dieser Lebensplanung eintritt, wird zumeist nicht bedacht. Insbesondere ist dies der Fall bei nicht konfliktloser Scheidung/Trennung oder wenn der überlebende Partner auf einmal einseitige Kinder des Verstorbenen zurücksetzt. Entsprechende Fälle in der Praxis nehmen zu, schon allein aufgrund der veränderten gesellschaftlichen Einstellung zu Ehe, Partnerschaft und Familie. Man muss hierzu keine soziologischen Untersuchungen bemühen. Bereits die in den letzten Jahren ausweislich der Zahl von BGH-Entscheidungen zu diesem Themenkreis gestiegene Bedeutung der Problematik in der Rechtsprechung ist hierfür ein entscheidendes Indiz. Dementsprechend häufiger als früher sind auch die Beteiligten selbst für diese Punkte sensibilisiert und nehmen gezielt juristische Beratung hierfür in Anspruch. Denn in solchen Fällen möchte der investierende Teil sicherstellen, dass er – ganz grundsätzlich – die von ihm gewährte Summe zurück erhält.

Derartige Probleme sind aber nicht auf den Bereich Ehe und Partnerschaft beschränkt. Ein Sicherungsbedürfnis kann auch ein Familienangehöriger haben, z. B. ein Kind, das im Hinblick auf eine künftige Übergabe bereits jetzt nicht unerhebliche Investitionen in das elterliche Anwesen tätigt, indem es etwa das Dachgeschoss für sich und seine Familie ausbaut. Hier geht das über die reine Nutzungsmöglichkeit hinausreichende Interesse dahin, wegen dieser Aufwendungen später nicht enttäuscht zu werden, vor allem also, wenn das Anwesen an andere Personen übergeben oder vererbt wird oder die Eltern das Anwesen „ungefragt“ veräußern.

* Herrn Kollegen *Lutz Feller*, Eggenfelden, gewidmet. Bei ihm habe ich als Notarassessor dieses Gestaltungsmittel erstmals kennen- und schätzen gelernt. Auf ihn gehen auch die Formulierungsvorschläge im zweiten Teil dieses Beitrags zurück.

¹ Sollte im Folgenden einmal nur von Ehegatten die Rede sein, so sind nach dem LPartG Verpartnerte immer mit gemeint.

² BGH, NJW 2010, 998 = MittBayNot 2010, 394 m. Anm. *Schlögel*; hierzu auch ausführlich v. *Proff*, NJW 2010, 980 ff.

II. Die Lage nach Gesetz und Rechtsprechung

Kein Problem ergäbe sich bei der Behandlung der vorstehenden Fallkonstellationen, wenn sich für sie eine adäquate Lösung bereits aus dem Gesetz finden ließe, jedenfalls in der Gestalt, die es durch die Rechtsprechung findet.³

1. Traditionell: Vorrang des Güterrechts – kein gesonderter Ausgleich

Ausgangspunkt ist allerdings bei Ehegatten der Vorrang des güterrechtlichen Ausgleichs;⁴ bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften⁵ der Grundsatz der Nichtausgleichung.⁶ Wenn die Beteiligten nicht etwas Besonderes untereinander vereinbart haben, werden im Trennungsfall persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet oder finanziell ausgeglichen. Unproblematisch, zumindest unbestritten ist das vor allem, soweit es um die laufenden Beiträge zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaft geht (z. B. ein Partner zahlt allein die Miete für die gemeinsame Wohnung, die Finanzierungsraten für den Pkw des Anderen o. ä.). Problematisch wird es jedoch in den hier behandelten Fällen, wenn ein Beteiligter zugunsten des Anderen ungewöhnlich weitreichende Leistungen erbracht hat. Ausgleichsansprüche hatte der BGH lange Zeit nur gewährt, wenn das Verhältnis der Beteiligten im Hinblick auf einen bestimmten hochwertigen Vermögensgegenstand als schlüssig zustande gekommene (Innen-)Gesellschaft gemäß § 705 BGB gedeutet werden konnte.⁷ Dabei könnten sich Indizien für ein nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertendes Handeln zum Beispiel aus Planung, Umfang und Dauer des Zusammenwirkens ergeben. An einer gemeinsamen Wertschöpfung durch beiderseitige Beiträge fehlt es aber, wenn lediglich einseitig Erwerbserwerbungen getragen werden oder ein Beteiligter lediglich sein Grundstück „einbringt“; mit dem gesellschaftsrechtlichen Ansatz konnten somit nur einzelne Fälle befriedigend gelöst werden.⁸ Andere Anspruchsgrundlagen⁹ verneinte der BGH jedoch recht rigoros und verwies auf die fehlende Rechtsqualität der formlosen nichtehelichen Lebensgemeinschaft.¹⁰

Diese Haltung ließ sich schon immer dahingehend kritisieren, ein Verzicht auf die Rechtsform der Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft enthalte keinen Verzicht darauf, Konflikte nach festen Rechtsregeln auszutragen; allgemeine Normen könnten nicht einfach deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil die Beteiligten in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammengeliebt hatten.¹¹ Abgesehen davon lässt

sie andere Beteiligte (Schwiegerkindfälle, investierende Kinder) praktisch im Regen stehen.

2. Der Rechtsprechungswandel

Im Jahr 2008 hat sich der BGH daher angesichts der Bedürfnisse der Praxis von seiner bisherigen Linie abgewendet und klargestellt, dass im Einzelfall (sic!) durchaus zu prüfen sei, ob unter den Gesichtspunkten des § 313 BGB oder des § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB ein Ausgleichsverlangen auch jenseits der §§ 730 ff. BGB gerechtfertigt sei.¹² Diese Rechtsprechung dürfte nach der „präzisierenden“¹³ Entscheidung des BGH vom 6.7.2011 mittlerweile gefestigt sein.¹⁴ Im weiteren Verlauf hat der BGH zudem bei den Schwiegerkindfällen die Tore geöffnet, indem er entsprechende Zuwendungen als Schenkungen mit grundsätzlicher Widerrufsmöglichkeit eingeordnet, daneben auch § 313 BGB für anwendbar erklärt und die bislang auch bei den Zuwendungen von Schwiegereltern vertretene Auffassung vom Vorrang des güterrechtlichen Ausgleichs aufgegeben hat.¹⁵

3. Bleibender Gestaltungsbedarf

Die vorstehende Übersicht könnte zur Schlussfolgerung Anlass geben, nun sei geklärt, welche Ansprüche zwischen Partnern in den Investitionsfällen bestehen und dass in dieser Hinsicht ein rechtlich befriedigender Zustand existiert – beides ist jedoch nicht der Fall: Denn es ist bislang nicht vorhersehbar, wann die Rechtsprechung welche Ansprüche gewähren wird.¹⁶ Die aktuelle BGH-Rechtsprechung betont nach wie vor den Einzelfall, im Wege einer Gesamtabwägung des Fallmaterials unter Zumutbarkeitsaspekten und Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben.¹⁷ Die Lektüre der Leitsätze des BGH-Urteils vom 6.7.2011¹⁸ zeigt dies deutlich – was auf den ersten Blick „präzisierend“¹⁹ wirkt, stellt sich für den Kautelarjuristen höchstens als verwirrend dar.

Auf solchen juristischen Sand kann man als Berater kaum bauen. Das gilt nicht nur für die unmittelbar von der aktuellen Rechtsprechung erfassten Gütertrennungs-Ehen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften, sondern auch für im gesetzlichen Güterstand Lebende, da hier der Mechanismus des Zugewinnausgleichs nicht immer problemadäquat, die Rechtsprechung hier aber gerade zurückhaltender ist. Insbesondere ist die Anwendungsreichweite auch im Eherecht aufgrund der laut BGH anzustellenden Gesamtabwägung der Einzelfallumstände nicht stets konkret vorhersehbar,²⁰ erst recht nicht in den vom Güterrecht unberührten Zuwendungsverhältnissen mit Kindern oder Schwiegerkindern. Im Verhältnis zu Kindern fehlt bislang zudem jedwede spezifische Rechtsprechung, so dass hier höchstens Ansprüche aus „aufgedrängter Bereicherung“ aus §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB²¹

³ Instruktiver zweiteiliger Überblick bei *Henke/Keßler*, JuS 2011, 583 ff. und 686 ff.

⁴ BGHZ 115, 132 = NJW 1991, 2553 = MittBayNot 1992, 145.

⁵ Oder in Fällen der Gütertrennung, bei denen §§ 1372 ff. BGB nicht anwendbar sind, vgl. *Henke/Keßler*, JuS 2011, 583, 585.

⁶ Z. B. BGH, NJW 2004, 58 = MittBayNot 2004, 195; BGHZ 77, 55, 58 f. = NJW 1980, 1520, st. Rspr.

⁷ BGH, NJW 2008, 443; NJW 1997, 3371 = MittBayNot 1998, 37.

⁸ *Wellenhofer*, JuS 2008, 1124, 1125.

⁹ Bereicherungsanspruch infolge Schenkungswiderruf wegen groben Undanks, §§ 530 Abs. 1, 531 Abs. 2 BGB; dito wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, § 313 Abs. 1 BGB; direkter Bereicherungsanspruch aus Zweckverfehlungskondiktion, § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB.

¹⁰ (Seltene) Ausnahmen bereits bei BGH, DNotZ 2000, 514 ff. = MittBayNot 1999, 565 (hierzu *Grziwotz*, DNotZ 2000, 486, 495), dort wurde bereits mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage argumentiert.

¹¹ Statt aller *Schulz*, FamRZ 2007, 593, 594.

¹² BGH, NJW 2008, 3277 = MittBayNot 2009, 137 m. Anm. *Bruch* = DNotZ 2009, 52 m. Anm. *Löhnig*.

¹³ *Wellenhofer*, JuS 2012, 74, 76.

¹⁴ NJW 2011, 2880.

¹⁵ BGH, NJW 2010, 2202 m. Anm. *Schmitz* = DNotZ 2010, 852 = MittBayNot 2011, 138 m. Anm. *Bruch*; bestätigt durch BGH, NJW 2011, 523.

¹⁶ *Löhnig*, DNotZ 2009, 59, 61 f.

¹⁷ *Wellenhofer*, JuS 2008, 1124, 1126.

¹⁸ NJW 2011, 2880.

¹⁹ Schlussfolgerung von *Wellenhofer*, JuS 2012, 74, 76.

²⁰ *Löhnig*, DNotZ 2009, 59, 62.

²¹ Vgl. die Darstellung bei *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rdnr. 899.

diskutiert werden können – aber an einem „Aufdrängen“ der Verwendungen dürfte es in den allermeisten Fällen fehlen, geschehen diese doch, wenn auch ohne vertragliche Grundlage, zumindest mit faktischer Billigung der Eigentümer/Eltern.

Ferner sind die Fälle der Beendigung von Partnerschaften aller Art durch den Tod des investierenden Teils von der Rechtsprechung, die Ausgleichsansprüche der Erben grundsätzlich verneint,²² durchaus nicht immer im Sinne der Beteiligten gelöst und konkrete vertragliche Absicherung daher nötig.²³ Aber auch sonst ist allen „persönlichen“ Gemeinschaften, in denen Aufwendungen getätigt werden, die über das alltägliche Zusammenleben hinausgehen, weiterhin eine gezielte vertragliche Absicherung zu empfehlen.²⁴ Es besteht insofern weiter Gestaltungsbedarf.²⁵ Die Praxis, zumal die kautelarjuristische, scheint sich hiermit aber nach wie vor schwer zu tun.²⁶

III. Herausforderung für die Kautelarjurisprudenz

1. Reaktion: Güterrechtsvereinbarung?

Liegt ein Investitionsfall in der Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft vor, so warten die Beteiligten oder deren bereits eingeschaltete juristische Berater häufig mit der Idee einer güterrechtlichen Vereinbarung in einem vorsorgenden Ehevertrag auf. Danach soll dem investierenden Teil für dessen Beitrag, z. B. zur Finanzierung des Eigenheims auf dem Grundstück des anderen Teils, im Falle des Falles einfach „ein Zugewinnausgleich in Höhe des Geleisteten garantiert werden“. Die Frage ist, ob dies möglich und sinnvoll ist.

a) Formfragen

Nach § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB kann sich nämlich kein Ehegatte vor der Beendigung des Güterstands verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen.²⁷ Durch die Vorschrift des § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB soll zum einen eine formlose Vereinbarung über die Zugewinnausgleichsforderung ausgeschlossen werden. Zum anderen soll durch diese Vorschrift die Zugewinnausgleichsforderung vor ihrer Entstehung vollständig dem allgemeinen Rechtsverkehr entzogen werden, insbesondere um Dritte aus den güterrechtlichen Beziehungen während des Bestehens der Ehe herauszuhalten.²⁸

²² BGH, NJW 2010, 998 = MittBayNot 2010, 394 m. Anm. Schlögel.

²³ V. Proff, NJW 2010, 980, 983.

²⁴ Löhnig, DNotZ 2009, 59, 62.

²⁵ Bruch, MittBayNot 2008, 173.

²⁶ Beispiel im Sachverhalt der Entscheidung BGH, NJW 2011, 2880 selbst: Dort gab es immerhin eine notarielle Urkunde, die jedoch nicht zum Ziel geführt hatte: Für den investierenden Partner wurde unter Festschreibung des Sachverhalts in einer Präambel zwar ein Ausgleichsanspruch vereinbart; zur „Absicherung des Anspruchs“ wurde laut Sachverhalt allerdings ein Wohnrecht vereinbart – ein mir ohne Kenntnis des genauen Sachverhalts nicht eingängiger Lösungsversuch – und zudem festgelegt, dass alles nur für den Fall der Kinderlosigkeit der Beziehung gelten sollte. Die Beziehung blieb aber nicht kinderlos – für den investierenden Partner sollen laut BGH trotzdem noch die Rettungsanker Geschäftsgrundlagenwegfall und Zweckverfehlungskondition greifen, wobei der Ausgang derzeit aber offen ist. M. E. ist dies schon im Ansatz problematisch, da für mich in der Vereinbarung, zumal einer notariellen Urkunde, gerade eine gegenteilige „Risikoweisung“ zum Ausdruck kommt (auf die sich der Investierende vielleicht wegen des Kinderwunsches eingelassen hat?).

²⁷ Vgl. zu dieser Problematik auch DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1997, 125.

²⁸ Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 3. Aufl. 2012, § 1378 Rdnr. 12.

Nach wie vor umstritten ist, welche Auswirkungen diese Regelungen des § 1378 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB auf Eheverträge im Sinne des § 1408 BGB haben. Der BGH erweitert über den Wortlaut dieser Bestimmungen hinaus deren Anwendungsbereich entsprechend dem vorgenannten Schutzzweck: Zum einen sollen die Beschränkungen des § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB im Grundsatz für alle Fälle vertraglicher Regelungen gelten, also auch für den Ehevertrag. Insofern schränke diese Bestimmung die Gestaltungsfreiheit der Ehegatten bei Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich ein. Zum anderen aber können Ehegatten auch schon vor der Anhängigkeit des Eheauflösungsverfahrens Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich für die beabsichtigte Scheidung treffen, sofern nur die Form des § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB gewahrt wird.²⁹

Diese Sichtweise wird in der Literatur ganz überwiegend abgelehnt.³⁰ Die vom BGH angenommene inhaltliche Beschränkung der Ehevertragsfreiheit führt auch in der Praxis zu Problemen, zumal der BGH selbst betont, dass die Abgrenzung zwischen Ehevertrag und Scheidungsfolgenvereinbarung schwierig ist und die Ehegatten „unbestritten“ durch Ehevertrag allgemeine Regelungen ihrer güterrechtlichen Verhältnisse treffen können, etwa den Zugewinnausgleich ganz oder teilweise ausschließen oder eine andere Quote vereinbaren.³¹ Für die Abgrenzung zwischen dem Ehevertrag und der Scheidungsfolgenvereinbarung wird in der Literatur nunmehr überwiegend darauf abgestellt, ob die für den Fall der Scheidung getroffene Vereinbarung über den Zugewinnausgleich nur für ein etwa anhängiges oder konkret ins Auge gefasstes Scheidungsverfahren gelten soll und daher ihre Wirksamkeit verliert, wenn es zu dieser zunächst beabsichtigten Scheidung nicht kommt, oder aber generell und unabhängig von einer konkreten Scheidungsabsicht für jeden Fall der Scheidung.³²

Nach dieser Differenzierung, aber wohl auch aus Sicht des BGH, bestehen mit Blick auf § 1378 Abs. 3 BGB zumindest keine formalen Bedenken gegen eine güterrechtlichen Herangehensweise an das Thema „Investitionssicherung“. Wenn überhaupt (ob es sich überhaupt um eine genuin güterrechtliche Vereinbarung handeln würde siehe sogleich), so würde nämlich nicht über eine etwa künftig entstehende Zugewinnausgleichsforderung des Zuwendenden verfügt bzw. eine Verpflichtung hierzu eingegangen, sondern schon das Entstehen der Zugewinnausgleichsforderung abweichend vom Gesetz modifiziert.

b) Adäquanzfrage

Allerdings stellt sich bei dieser Herangehensweise ganz grundsätzlich die Frage, ob es überhaupt um einen Ausgleich von Zugewinn geht. Im Schrifttum werden hierzu Vorschläge gemacht, die auf eine Vorverlegung des Stichtags für die Berechnung des Anfangsvermögens oder dessen wertmäßige Festlegung zielen.³³ Abgesehen davon, dass solche Regelungen nur Ehegatten zu Gebote stehen, ist der gleichwohl verbleibende pauschale Teilungsmechanismus häufig nicht problemadäquat; er passt nur für die Fälle, in denen die Vertrags- teile (voraussehbar!) die Aufwendungen praktisch gemeinsam

²⁹ BGHZ 86, 143, 149 f. = NJW 1965, 1177.

³⁰ Vgl. etwa MünchKommBGB/Koch, 4. Aufl. 2000, § 1378 Rdnr. 21; Staudinger/Thiele, 2000, § 1378 Rdnr. 18.

³¹ Siehe etwa BGH, DNotZ 1983, 491, 496.

³² Vgl. Bamberger/Roth/J. Mayer, a. a. O. (Fn. 28), § 1378 Rdnr. 15.

³³ N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 1147 ff.

tragen, nicht aber für die Fälle, in denen nur ein Teil Beiträge bzw. wesentlich höhere Beiträge erbringt.

Die Tatsache, dass der mitfinanzierende Ehegatte im Falle enttäuschter Erwartungen jedenfalls regelmäßig die von ihm gewährte Summe komplett zurückerhalten möge, legt vielmehr die Vermutung nahe, dass es sich hierbei um eine güterrechtsunabhängige Vereinbarung der Beteiligten auf der „zweiten Spur“³⁴ des Vermögensausgleichs handeln soll. Ein solcher Vertrag unter Ehegatten könnte unabhängig von einer etwaigen güterrechtlichen Vereinbarung, d. h. auch ohne eine solche, abgeschlossen werden. Die wechselseitigen Rechte und Pflichten würden sich dann bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs egalalisieren.³⁵

Gleichwohl könnte es sich empfehlen, flankierend das Grundstück des Zuwendungsempfängers aus dem Zugewinnausgleich herauszunehmen, sofern dieser nicht für den Fall der Scheidung ohnehin – neben der noch zu findenden punktuellen vertraglichen Regelung – komplett ausgeschlossen sein soll. Auf diese Weise könnten auch von den Beiträgen des investierenden Partners unabhängige Wertsteigerungen von Grund und Boden aus dem Zugewinnausgleich herausgehalten werden. Die letzte Variante würde dabei zudem den als bekannt vorausgesetzten Manipulationsmöglichkeiten bei einem gegenständlich beschränkten Zugewinnausgleich³⁶ den Boden entziehen. Dessen ungeachtet müssen für die Investitionsfälle andere Alternativen vertraglicher Absicherung jenseits des Güterrechts gefunden werden:

2. Reaktion: Miteigentum?

Die an sich einfachste Lösung wäre die Einräumung von Miteigentum an den investierenden Teil zur Abgeltung, quasi eine „ehebedingte (unbenannte) Zuwendung mit Gegenleistung“, ggf. mit einem vormerkungsgesicherten Rückforderungsrecht für den Fall etwa der Scheidung (in das auch die Investitionsabgeltung nochmals eingearbeitet würde).³⁷ Häufig funktioniert dies aber nicht: In den Fällen investierender Kinder/Schwiegerkinder schon mangels entsprechender Übergabebereitschaft der Eigentümer (Schwiegereltern),³⁸ in den Fällen der Partnerschaft neben dem bereits erwähnten Wunsch nach Schaffung einer haftungsgünstigen Vermögenslage³⁹ häufig aus ideellen, gar emotionalen Gründen.

Auch ist zwischen Partnern die Miteigentumsquote schwer zu ermitteln, zumal dann, wenn die Absicherung vor Beginn der Investitionsmaßnahmen erfolgen soll und eine pauschale Beteiligung weder gewünscht noch sachgerecht ist.⁴⁰ Sukzessive Miteigentums-Erwerbslösungen als Antwort hierauf sind schwer darzustellen, außerdem machen sie eine Zwischensicherung bis zum Erwerb nötig. Ferner fällt, wenn es um nichteheliche Lebensgefährten geht, stets Grunderwerbsteuer bezogen auf die abzugelenden/abgeholten Gegenleistungen

an. Ohne solche (wenn z. B. unbesehen Miteigentum übertragen wird, um „eingebildete Miteigentümergeinschaften“⁴¹ zu reparieren, oder auch dann, wenn der Miteigentumsanteil nicht exakt abgestimmt ist oder die Investitionsabgeltung, wie häufig, lediglich im Rückerwerbsrecht thematisiert wird) droht nichtehelichen Partnern zudem ein Schenkungsteuerproblem.⁴² Außerdem ist zu bedenken: Wenn der Rückforderungsanspruch „nur“ gegen eine reine Investitionserstattung (eventuell sogar mit Zinsen!) vereinbart wird, landet man ohnehin bereits bei einer darlehensähnlichen Gestaltung.

3. Reaktion: Gesellschaftsgründung?

Am intensivsten beschäftigt sich die kautelarjuristische Literatur, soweit ersichtlich, mit gesellschaftsrechtlichen Lösungsvorschlägen.⁴³ Bei nichtehelichen Lebensgefährten mündet dies häufig auch in einen umfassenden „Partnerschaftsvertrag“.⁴⁴ Zunächst einmal ist festzuhalten: Gesellschaftliche Gestaltungen sind wegen der Regelung zur Pfändbarkeit gemäß § 725 BGB ebenfalls, so wie die Eigentumlösungen, keine Haftungsvermeidungsmodelle. Vertragsklauseln zum Ausscheiden im Falle von Insolvenz oder Pfändung erzeugen jedenfalls insofern keinen Mehrwert gegenüber anderen Gestaltungen,⁴⁵ insbesondere Darlehenslösungen, als hier eine Abfindung gezahlt werden muss, die nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁶ nicht ausgeschlossen und auch nur in engen Grenzen gegenüber dem Verkehrswert herabgesetzt werden kann. Schenkung-/Erbchaftsteuerparmodelle sind gesellschaftsrechtliche Gestaltungen (jenseits der gesetzlichen allgemeinen Regelungen zu Familienheim, Freibeträgen und Steuerklassen) wegen § 7 Abs. 7 ErbStG ebenfalls nicht, also insbesondere nicht bei nichtehelichen oder Schwägerschaftsverhältnissen.⁴⁷ Denn entweder enthält bereits die Beteiligung ein schenkungsteuerrelevantes Moment, insoweit als die Einlage des Investoren-Gesellschafters hinter dem seiner ihm eingeräumten Beteiligung zurückbleibt, oder die Abfindung, wenn und weil sie sich nicht an der Einlage orientiert. Beachtet man die entsprechenden Grenzen, nähert sich das Ganze ohnehin bereits stark einem (partiarischen) Darlehen an!

Insgesamt gesehen erscheinen gesellschaftsvertragliche Lösungen bei landläufigen privaten Verhältnissen hypertroph, vor allem den Beteiligten. Anders (und nicht neu) mag dies natürlich bei „echten“ Familien- oder Partnerpools sein, also das gemeinsame Zehnfamilienhaus, die zehn Eigentumswohnungen der Eltern o. ä für die Altersvorsorge/vorweggenommene Erbfolge oder das Zurverfügungstellen von Baugrund oder erheblichen sonstigen Mitteln für die neue Fabrikhalle im gewerblichen Bereich. Diese Konstellationen sind aber im Rahmen dieses Beitrags nicht Thema. Für die hier interessierenden Fälle⁴⁸ gilt vielmehr schon phänotypisch: Wer einem

³⁴ Instruktive Darstellung hierzu bei *Münch*, a. a. O. (Fn. 33), Rdnr. 1364 ff.

³⁵ Vgl. BGH, MittBayNot 2011, 138.

³⁶ Siehe nur *Münch*, a. a. O. (Fn. 33), Rdnr. 981 ff.

³⁷ *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 102 f.; ausführlich *Bruch*, MittBayNot 2008, 173 ff.

³⁸ Was durchaus verständlich sein kann: Die potenziellen Übergeber sind noch jung, investieren vielleicht selbst noch, haben eigene Aufwendungen abzutragen und/oder das Anwesen ist im Verhältnis schlicht noch „zu groß“. Aufteilungen, real oder nach WEG, scheitern häufig aus baurechtlichen Gründen und/oder dem finanziellen Mehraufwand oder werden schlicht als übertrieben empfunden.

³⁹ Ausführlich dazu *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 102 ff.

⁴⁰ V. *Proff*, RNotZ 2008, 313, 325 f.

⁴¹ Begriff bei *Milzer*, NJW 2008, 1621, 1622.

⁴² *Milzer*, NJW 2008, 1621, 1622 m. w. N.; *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 104 f.

⁴³ Ausführlich z. B. *Milzer*, NJW 2008, 1621, 1622 ff. („Finanzierungspool“); *Langenfeld*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 2009, S. 147 ff.; v. *Proff*, RNotZ 2008, 313, 318 ff., 325 ff.; *ders.*, NJW 2010, 980, 983; Formulierungsvorschlag auch bei *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 106 ff.

⁴⁴ V. *Proff*, NJW 2008, 313, 321 ff.; N. Mayer, ZEV 1999, 384 ff., 435; *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 109 f. (wohl aber nur der Bezeichnung nach).

⁴⁵ A. A. offenbar *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 103.

⁴⁶ Siehe nur *Palandt/Sprau*, 71. Aufl. 2012, § 738 Rdnr. 7 m. w. N.

⁴⁷ Vgl. *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 104 f.

⁴⁸ Siehe oben Ziffer I.

Dritten etwas gibt und dies – wenn auch nur unter bestimmten Bedingungen, vielleicht auch nur „möglicherweise“ – später wieder zurückhaben will, gibt ein Darlehen und gründet keine Gesellschaft. Zutreffend ist zwar, dass nur gesellschaftsvertragliche Lösungen praktikabel gewährleisten können, dass der Geldgeber auch an einem seiner eigenen Arbeitsleistung entsprechenden Mehrwert des Objekts und darüber hinaus weiteren Wertsteigerungen beteiligt wird; dies wird in der Praxis aber regelmäßig ohnehin nicht gewünscht.⁴⁹ Hierfür darf der Investierende in den allermeisten Fällen schließlich mietfrei im Objekt wohnen.⁵⁰

4. Reaktion: Darlehensverträge!

Daher sollte in den hier interessierenden Fällen eine vertragliche Absicherung von investierenden Kindern, Schwiegerkindern und (Ehe-)Partnern durch private Darlehensverträge stärker in den Fokus der Gestaltung gerückt werden. Hierauf hat bereits *N. Mayer* in seinem – für die aktuelle Entwicklung wohl als grundlegend zu bezeichnenden – Beitrag hingewiesen.⁵¹ Im weiteren Fluss der Literatur wird auf dieses Instrument jedoch nicht mehr zentral eingegangen.⁵² Aktuell hat sich jedoch *Münch* dieser Gestaltungsvariante wieder angenommen, insbesondere unter steuerlichen Aspekten.⁵³ Denn allein Darlehenslösungen erfassen das Anliegen der Beteiligten regelmäßig ebenso zutreffend wie ausreichend.

a) Rückerstattung im „Störfall“ als zentrales Anliegen

Der Geldgeber möchte nach meinen Erfahrungen in den anfangs dargestellten Fällen nur den Betrag des Darlehens (ggf. zuzüglich etwaiger Zinsen und/oder mit Berücksichtigung seines Wohnvorteils⁵⁴) zurück, aber nicht am Wert des Investitionsgegenstands selbst partizipieren. Dies zeigt sich häufig auch an Miteigentumlösungen, wenn diese gewünscht sind – denn in den allfälligen Rückforderungsrechten wird nach meiner Beobachtung ebenfalls regelmäßig kein pauschaler Ausgleich, sondern nur eine Investitionserstattung vereinbart.⁵⁵ Dabei lassen sich eigene Arbeitsleistungen – ein mögliches Argument für die Gesellschaftsalternative⁵⁶ – entgegen der Meinung z. B. von *v. Proff*⁵⁷ durchaus auch in Darlehensverträgen monetarisieren und integrieren.

b) Erbschaftsteuerlicher und pflichtteilsrechtlicher Mehrwert

Ferner gehen nur Darlehenslösungen jedweder Schenkungsproblematik aus dem Weg,⁵⁸ sofern kein Erlöschen der Forderung „zur Unzeit“ und/oder zu niedrige Zinsen vereinbart

werden.⁵⁹ Sie sind schenkungsteuerlich sowie grunderwerbsteuerlich⁶⁰ neutral und lösen nicht nur keine Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche aus, sondern können sogar definitiv pflichtteilsminimierend wirken. Denn allein mit einer Darlehenslösung lässt sich die notwendige Entgeltlichkeit im Hinblick auf etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche des Mittelempfängers/Eigentümers eindeutig darstellen. Nicht nur die darlehenshalber hingegebenen Vermögensmittel sind pflichtteilsrechtlich irrelevant, weil wegen der reziprok entstehenden Forderung des anderen Teils weder der Nachlass des Investors im Ergebnis verringert wird noch der des Empfängers vermehrt wird.⁶¹ Auch und gerade später einmal in Erfüllung des Darlehensanspruchs übertragenes Eigentum oder Miteigentum, von Todes wegen oder zu Lebzeiten, löst keine Pflichtteilsansprüche beim Darlehensempfänger aus. Dies ist dann besonders interessant, wenn der Empfänger einseitige Kinder hat oder noch nicht geschieden ist. Bei gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen ist die Pflichtteilsfestigkeit demgegenüber nach wie vor nicht unproblematisch.⁶² Eine spätere „unveranlasste“⁶³ ehebedingte oder unbenannte Zuwendung zur Herstellung gleichwertiger Vermögensverhältnisse in der Ehe bzw. nichtehelichen Lebensgemeinschaft führte gleichwohl zu einer Schenkung im Sinne von § 2325 BGB.⁶⁴ Der BGH hat zwar vor einiger Zeit entschieden, dass auch bei einer nachträglich vereinbarten Entgeltlichkeit Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht (mehr) in Betracht kommen.⁶⁵ Der seinerzeit entschiedene Fall betraf aber eine vereinbarte direkte Gegenleistung – in den Fällen der in diesem Beitrag behandelten Art müssten entsprechende Zuwendungen erst mühsam in den Kontext eines rückwirkend vereinbarten Darlehens (sic!) hineingezwängt werden, das mit der Zuwendung nunmehr sogleich erfüllt würde – eine solche Gestaltung unterscheidet sich von derjenigen, die der BGH entschieden hat deutlich und weist durchaus das Kainsmal pflichtteilsrechtlicher Umgehung auf.

c) Universelle Einsetzbarkeit und Komplementarität zur Rechtsprechung

Neben den im Laufe der Darstellung herausgearbeiteten Vorteilen hat eine solche Darlehenslösung auch den Vorteil, dass sie gleichförmig zur Regelung sämtlicher familienrechtlicher Verhältnisse, nicht nur von Ehegatten und Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, sondern auch bei Eltern und Kindern sowie zwischen Eltern und Schwiegerkindern eingesetzt werden kann. Am Rande sei bemerkt, dass hierdurch bei korrekter Handhabung der Zugewinnausgleich nicht gestört wird.⁶⁶ Ein Ehevertrag mag daher im Übrigen und/oder zur Klarstellung nicht unzweckmäßig sein, notwendig wäre er nicht.

Unterstützung erfährt diese gestalterische Sicht mittelbar auch durch die Rechtsprechung: Nicht umsonst operierte der

⁴⁹ So schon *N. Mayer*, ZEV 1999, 384, 385.

⁵⁰ Was es regelmäßig problematisch macht, mit diesem Umstand nochmals eine Zinslosigkeit des Darlehens zu rechtfertigen, siehe auch Teil II, Ziffer IV. 4. b).

⁵¹ ZEV 1999, 384, 385: „Begründung einer Darlehensverbindlichkeit vs. gesellschaftsrechtliche Beteiligung.“

⁵² Knapp z. B. *v. Proff*, RNotZ 2008, 313, 325; *Bruch*, MittBayNot 2008, 173, 182; sogar eher ablehnend *Milzer*, NJW 2008, 1621, 1622; lediglich angedeutet bei *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 105 (allerdings mit Muster); von *Langenfeld*, a. a. O. (Fn. 43), wird diese Möglichkeit gar nicht erwähnt.

⁵³ *Münch*, a. a. O. (Fn. 33), Rdnr. 1138 ff., 1731 ff.

⁵⁴ Zu Einzelheiten siehe Teil II, Ziffer IV. 4. b).

⁵⁵ Siehe auch oben Ziffer 3.

⁵⁶ Allerdings nur begrenzt, da sich mit ihr nur eine, zumal (wert-)entwicklungsabhängige, Abgeltung der Leistungen in Gestalt der Beteiligung/Abfindung darstellen lässt, aber keine echte Bezahlung.

⁵⁷ RNotZ 2008, 313, 327.

⁵⁸ *N. Mayer*, ZEV 1999, 384, 385.

⁵⁹ Siehe Teil II, Ziffer IV. 4. a).

⁶⁰ Sofern nicht in Erfüllung der Verbindlichkeit zu einem späteren Zeitpunkt (Mit-)Eigentum übertragen wird.

⁶¹ Deshalb kann beim Darlehensgeber der Pflichtteil effektiv nicht verringert werden, weil für dessen Berechnung im Todesfall das Darlehen unter Umständen trotz Konsolidation nicht erlischt, BGH, DNotZ 1978, 487, 489; *Münch*, a. a. O., (Fn. 33), Rdnr. 1138.

⁶² Vgl. BGH, NJW 1981, 1956; *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 104.

⁶³ Vgl. *Milzer*, NJW 2008, 1621, 1622.

⁶⁴ BGHZ 116, 167, 170 ff. = NJW 1992, 564 = MittBayNot 1992, 150.

⁶⁵ MittBayNot 2008, 225.

⁶⁶ Vgl. BGH, MittBayNot 2011, 138 m. Anm. *Bruch*; MittBayNot 2011, 145.

BGH schon vor der Ausweitung seiner Rechtsprechung⁶⁷ in den seinerzeit verbliebenen „Hausbau“-Fällen, wenn sie vertraglich ungeregt waren, nur noch mit dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und nicht mit dem Institut der „Innengesellschaft“.⁶⁸ Mit seiner seit 2008 ausgeweiteten Rechtsprechung kommt der BGH regelmäßig gar nicht mehr auf gesellschaftsrechtliche Ergebnisse. Vielmehr führt die Anwendung der Geschäftsgrundlagenlehre wie auch der Zweckverfehlungskondition letztlich zu einem „schlichten“ Rückgewährschuldverhältnis und nicht zu einer Gesellschaft. Dieser Ansatz des BGH ist, soweit ersichtlich, im Schrifttum auch nicht per se kritisiert worden. Es verwundert daher, dass dennoch als „kautelarjuristische Reaktion“ gesellschaftsvertragliche Konstruktionen so häufig diskutiert werden. Denn diese hat selbst die aktuelle Rechtsprechung so nicht erfassen können oder wollen.⁶⁹ Sie entsprechen in den Fällen der hier behandelten Art weder dem Gestaltungsbedürfnis noch dem Petitem der Zweckmäßigkeit und stellen eine Überreaktion dar, was auch von den Beteiligten so empfunden werden dürfte.⁷⁰

d) **Nachteil: Entkoppelung des Schicksals von Investition und Objekt**

Wer Darlehenslösungen zur Investitionssicherung im familiären Bereich favorisiert, muss sich allerdings auch über folgenden Umstand im Klaren sein: Die Tatsache, dass der investierende Teil seine Leistungen voll zurückerhält, führt dazu, dass das wirtschaftliche Schicksal ebendieser Leistungen von dem des Projekts selbst abgekoppelt wird. Die „Gemeinsamkeit“ kann sich dadurch zu Lasten des Eigentümers neigen. Zum einen verliert über die Laufzeit des Darlehens das zugrundeliegende Objekt regelmäßig an Wert, und zwar durch Abnutzung. Eine Wertsteigerung durch äußere Faktoren ist demgegenüber die Ausnahme. Zusätzlich erhält der Darlehensgeber, wenn auch durch die steuerliche Rechtslage

erzwungen, noch einen Zins.⁷¹ Dieses Gefälle lässt sich durch geschickte Vertragsgestaltung noch abfangen.⁷²

Zum anderen – und dies ist durch Darlehensgestaltungen nicht abzufangen – können individuelle Investitionen auch dazu führen, dass das Objekt gerade nicht den Preis am Markt erzielt, der der Summe von Grund und Boden und aller Finanzierungsbeiträge entspricht. So kann eine besonders teure, aber auch besonders geschmacklose Ausführung von Bau und/oder Innenausstattung dazu führen, dass, insbesondere im Krisenfall, das „gemeinsame“ Objekt nur weit unter dem von den Beteiligten für sich persönlich angenommenen Wert veräußert werden kann. Dies kann bei beiderseitigen Beiträgen dazu führen, dass der Eigentümer gegenüber dem Investor zurückstecken muss. Dies kann im Extremfall dazu führen, vor allem in besonders guten Lagen, dass beim Darlehensnehmer sogar auf den Wert des von ihm zur Verfügung gestellten Grund und Bodens übergegriffen wird. Dieses Risiko lässt sich zugegebenermaßen am besten, wenn nicht sogar ausschließlich, durch gesellschaftsrechtliche Lösungen über die Gestaltung der Abfindungsklauseln lösen. Generellen Vorzug verdienten solche freilich nur, wenn sich das dargestellte Wert- und damit Gerechtigkeitsgefälle bei Darlehensgestaltungen in der Praxis ständig realisieren würde. Dass dies der Fall wäre, ist nicht ersichtlich. Es dürfte sich vielmehr um extreme Fälle handeln, die nach dem Motto „Übertreibung macht’s anschaulich“ zu Recht das Verständnis des Fachmanns für die Einordnung und Wahl des passenden kautelarjuristischen Mittels fördern. Auch sollten bei hohen Geschäftswerten zunächst die Wertvorstellungen mit den Klienten erörtert werden. Bei den praktischen Normallagen und dem damit verbundenen Verständnis der Beteiligten dürfte nach der erforderlichen Abwägung der vorgenannte Aspekt keine Rolle spielen. So ist jedenfalls meine eigene Erfahrung im Amt.

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

⁶⁷ Siehe oben Ziffer II. 2.

⁶⁸ Vgl. BGH, DNotZ 2000, 514 ff., und hierzu *Grziwotz*, DNotZ 2000, 486, 495.

⁶⁹ Vgl. *Wellenhofer*, JuS 2008, 1124, 1125.

⁷⁰ Siehe schon oben Ziffer III. 3.

⁷¹ Siehe Teil II, Ziffer IV. 4.

⁷² Siehe Teil II, Ziffer IV. 4. b) a. E.

Der Irrtum über die Bindungswirkung als Grundlage der Selbstanfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament durch den Erblasser

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

In seinem Beschluss vom 28.3.2011, MittBayNot 2011, 505, hat das OLG München (zu Leitsatz 3) entschieden, „ein Irrtum über die mit dem Tod des Erstversterbenden eintretende Bindungswirkung bei wechselbezüglichen Verfügungen“ stelle „keinen zur Anfechtung berechtigenden Inhaltsirrtum dar“. In der Begründung stellt das Gericht fest, anders als beim Erbvertrag beruhe beim gemeinschaftlichen Testament die Bindung nicht auf dem rechtsgeschäftlichen Bindungswillen der Ehegatten, sondern auf der „von den Ehegatten gewollten gegenseitigen Abhängigkeit der einen Verfügung von der anderen“ (§§ 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ein Irrtum über die (vom Gesetz angeordnete) Bindungswirkung sei deshalb ein unbeachtlicher Rechtsirrtum.¹ In einer Anmerkung zu der Entscheidung habe ich dem zugestimmt² und auf den Vorzug dieser Auffassung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit hingewiesen: Unnötige Rechtsstreitigkeiten würden dadurch vermieden, während die grundsätzliche Zulassung der Anfechtung bei fehlendem Bindungswillen (mangels Kenntnis der gesetzlichen Rechtsfolgen) zu unnötigen Rechtsstreitigkeiten führen müsste, die letztlich regelmäßig doch erfolglos bleiben würden, weil der Nachweis des Irrtums nicht gelingt.

Leider scheint mir diese auf den ersten Blick überzeugende Lösung letztlich doch zu einfach, nicht nur, weil sie den durch gemeinschaftliches Testament gebundenen Ehegatten faktisch schlechter stellt als den durch Erbvertrag gebundenen Erblasser (obwohl die vertragliche Bindung durch Erbvertrag eine höhere Legitimation hat als die Bindung aufgrund wechselbezüglicher Verfügung im gemeinschaftlichen Testament), sondern auch und vor allem, weil die Feststellung, der Irrtum in dieser Konstellation sei bloßer Rechtsirrtum, nicht als Begründung dafür ausreicht, dass er – deshalb – nicht zur Anfechtung berechtige. Im Folgenden versuche ich darzulegen, dass die stärkeren Gesichtspunkte zum entgegengesetzten Ergebnis führen.

I. Die allgemeinen Grundlagen der Irrtumsanfechtung

1. Die Verantwortung als Grund für die Zurechnung des Irrtums

Die Irrtümer handelnder Personen und ihre Rechtsfolgen beschäftigen die Rechtsordnung in den unterschiedlichsten Gebieten.³ Grundfrage ist stets und auch beim hier erörterten Thema, ob der Irrende aufgrund der Verantwortung für sein Handeln trotz seinem Irrtum an den nach dem Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen festgehalten wird oder ob er sich aufgrund seines Irrtums den an sich vorgesehenen – im Zivilrecht: von ihm nicht gewollten – Rechtsfolgen entziehen kann. Im Zivilrecht ist es regelmäßig der Vertrauensschutz Dritter, der es rechtfertigt, dem Irrenden aufgrund der Verantwortlichkeit für sein Handeln dessen Rechtsfolgen zuzurechnen, nur ausnahmsweise der Schutz der Rechtsordnung selbst, der Schutz des Rechtsfriedens (kann allein die Vermeidung von meist aussichtslosen Rechtsstreitigkeiten in der erörterten Fallgestaltung die rigorose Anwendung des Prinzips „error iuris nocet“ rechtfertigen?).

2. Mögliche Irrtumskonsequenzen

Als Reaktion auf einen Irrtum bei der Abgabe einer Willenserklärung stehen dem Gesetzgeber drei grundsätzliche

¹ Zustimmend *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 2078 Rdnr. 3; a. A. (für grundsätzliche Berechtigung zur Anfechtung) *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 3. Aufl., § 2281 Rdnr. 10; *Erman/Schmidt*, BGB, 12. Aufl., § 2271 Rdnr. 15; *MünchKommBGB/Leipold*, 5. Aufl., § 2078 Rdnr. 28; *NK-BGB/Müßig*, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 86; *Jörg Mayer* in *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. § 2271 Rdnr. 8.

² Siehe, der entscheidenden Frage ausweichend, aber in die Richtung des OLG München deutend, *Staudinger/Kanzleiter*, Neubearb. 2006, vor § 2265 Rdnr. 21.

³ Juristen meiner Generation erinnern sich beispielsweise an die grundlegenden Diskussionen vor der Strafrechtsreform zu Voraussetzungen, Abgrenzung und Rechtsfolgen von Tatbestands- und Verbotssirrtum.

Möglichkeiten (mit differenzierenden Varianten) zur Verfügung:

- 1) Der Handelnde kann an seiner Erklärung festgehalten werden;
- 2) es kann ihm das Recht eingeräumt werden, seine Willenserklärung zurückzuziehen;
- 3) als Kompromiss zwischen den Varianten 1) und 2) mit der Verpflichtung zum Schadensersatz gegenüber demjenigen, der wegen seines Vertrauens auf die abgegebene Erklärung einen Schaden erlitten hat.

3. Die grundlegende Entscheidung des BGB

In den grundlegenden Vorschriften der §§ 119, 122 BGB hat sich das Gesetz beim Irrtum über den Erklärungsinhalt und beim Eigenschaftsirrtum im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB für die Lösung 3), bei anderen Irrtümern, vor allem beim Motivirrtum, für die Lösung 1) entschieden; die Abgrenzung zwischen Inhalts- und Motivirrtum ist in vielen Fällen problematisch. Das Grundprinzip ist nicht nur im Gesetz niedergelegt, sondern auch allgemein akzeptiert, weil für die Überlegung, die zur Abgabe der Willenserklärung führen, grundsätzlich der Erklärende selbst verantwortlich ist. Die Bewertung der Interessen von Erklärendem und Erklärungsempfänger führen zu „Grenzverschiebungen“, etwa (gleichzeitig auch: vor allem, weil am wichtigsten) beim Kalkulationsirrtum, den der Vertragspartner erkannt hat oder den er hätte erkennen müssen.

4. Der Rechtsfolgenirrtum im Allgemeinen

Der Rechtsirrtum und seine Folgen (sei es in Unterscheidung von den Folgen eines Tatsachenirrtums oder unter Bestätigung übereinstimmender Folgen) sind im BGB nicht erwähnt, ganz anders als im Entwurf I, dessen § 146 den Rechtsirrtum dem Tatsachenirrtum gleichstellte⁴ und dessen §§ 98 und 99

⁴ „Im Sinne des Gesetzes ist unter Irrthum sowohl der Irrthum über Thatsachen als auch der Rechtsirrtum ... zu verstehen.“

nicht nach der Art des Irrtums, sondern nach dem Grad des Verschuldens differenzierten, das dem Irrenden zur Last fiel. Der Entwurf I stellte sich also in der Diskussion über den Grundsatz „error iuris nocet“ auf den Standpunkt, diesen Grundsatz abzulehnen.⁵ Dass § 146 Entwurf I von der Zweiten Kommission gestrichen wurde, beruhte nicht auf der Absicht, zum Grundsatz „error iuris nocet“ zurückzukehren, sondern – umgekehrt – auf der Auffassung, dass die Vorschrift zur Gleichstellung des Rechtsirrtums mit dem Tatsachenirrtum überflüssig sei, weil, „wenn das Gesetz nicht unterscheidet, die Auslegung nicht in der Lage sei, einen Unterschied zwischen dem Irrtum über Tatsachen und dem Rechtsirrtum zu machen“⁶. Die Entscheidung wurde damit im Ergebnis doch der Rechtsanwendung überlassen.⁷

Die Diskussion wurde und wird weitergeführt:⁸ Zu § 119 BGB erfolgt die Differenzierung unter Abgrenzung zwischen Inhalts- und Motivirrtum nach verbreiteter Meinung danach, ob sich der Rechtsfolgenirrtum auf die wesentlichen, mit dem Rechtsgeschäft angestrebten Rechtsfolgen bezieht – und damit dem Inhaltsirrtum zuzuordnen ist – oder ob sich der Erklärende über eine Nebenfolge irrt, die kraft Gesetzes an die Willenserklärung angeknüpft wird und dann unbeachtlicher Motivirrtum ist.⁹

Schon allgemein bestehen Zweifel, ob eine Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenfolgen einer Willenserklärung ohne Berücksichtigung der subjektiven Einschätzung des Erklärenden möglich ist:¹⁰ direkte Hauptfolge der Erbschaftsausschlagung ist der Wegfall des Erbrechts, viel wichtiger sind dem Ausschlagenden oft die positiven Folgen, auf wen sein Erbteil übergeht, oder dass er den Pflichtteil erhält, oder die aus seiner Sicht positive negative Folge, dass die Gefahr der Haftung für Schulden des Erblassers entfällt. Noch problematischer scheint bei dem in diesem Beitrag konkret erörterten Problem die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenfolgen in anderer Weise als subjektiv aus der Sicht des Betroffenen, weil ja über die Frage zu entscheiden ist, ob der Irrtum für den Betroffenen von solchem Gewicht ist, dass ihm das Recht zur Anfechtung zugebilligt werden sollte.

Nach objektiven Gesichtspunkten scheint eine Differenzierung nur möglich, wenn danach unterschieden wird, ob eine Rechtsfolge vom Willen des Erklärenden abhängt oder ob sie unabhängig vom Willen des Erklärenden vom Gesetz aufgrund seiner Gerechtigkeitsvorstellungen an die Erklärung angeknüpft wird.

II. Die Irrtumsanfechtung bei Testamenten

Die Abgrenzungsproblematik wird bei Verfügungen von Todes wegen durch § 2078 Abs. 2 BGB verändert, der den

⁵ Siehe Mot. I, S. 281.

⁶ Prot. I, S. 188.

⁷ Mayer-Maly, AcP 170, 133, 145 ff., insbesondere 146 f.

⁸ Siehe nur Jörg Mayer, Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht, 1989, S. 166 ff.; auch rechtsgeschichtlich und rechtsvergleichend Mayer-Maly, AcP 170, 153; für die in diesem Beitrag erörterte Frage werden sich die allgemeinen Erwägungen – insbesondere zu § 119 BGB – als nicht maßgeblich erweisen.

⁹ Siehe etwa NK-BGB/Feuerborn, 2. Aufl., § 119 Rdnr. 50; Staudinger/Singer, Neubearb. 2012, § 119 Rdnr. 67; Mayer-Maly, AcP 170, 133, 170 („wird in der Regel das Richtige treffen“); Wiedergabe der Rechtsprechung in diesem Sinn bei MünchKommBGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 119 Rdnr. 84.

¹⁰ Siehe z. B. Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 8), S. 178 ff.

Motivirrtum in die Berechtigung zur Anfechtung einbezieht: Es gibt niemand, dessen Vertrauen auf die Wirksamkeit des Testaments geschützt werden müsste. Der Rechtsfolgenirrtum kann also nicht deshalb als Anfechtungsgrund ausgeschlossen werden, weil er als Motivirrtum einzuordnen ist. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Tatbestandsmerkmal des „Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands“ den Eintritt oder Nichteintritt von Rechtsfolgen ausschließen würde.

Auch die Überlegung, dass ein Irrtum über Rechtsfolgen, die der Gesetzgeber aufgrund seiner Gerechtigkeitsvorstellungen unabhängig vom Willen des Betroffenen an eine Erklärung anknüpft, die Anfechtung nicht rechtfertigt, schränkt die Anfechtungsmöglichkeit bei einer Verfügung von Todes wegen nicht ein, weil jede Rechtsfolge, die sich aus der Verfügung von Todes wegen ergibt, auf dem Willen des Testierenden beruht.

III. Die Irrtumsanfechtung beim Erbvertrag

Den Schlussstein für die vom Gesetz geregelte Abgrenzungsproblematik setzt § 2281 BGB, der § 2078 BGB bei erbvertraglichen Verfügungen einfach für anwendbar erklärt.¹¹ Es führt danach kein Weg daran vorbei, dass das Gesetz bei der Selbstanfechtung dem Erblasserwillen – abgesehen von Ausnahmefällen¹² – Vorrang vor dem Vertrauensschutz des Erbvertragspartners gibt.^{13, 14}

Die sich aus § 2278 Abs. 1 und 2 BGB ergebende Unterscheidung macht deutlich, dass schon aus der Sicht des Gesetzes die Entscheidung für oder gegen die Vertragsmäßigkeit Inhalt der Erklärungen der Erbvertragspartner ist und ein Irrtum über die Vertragsmäßigkeit einer Verfügung deshalb nicht Motiv-, sondern Inhaltsirrtum ist. Daran ändert sich nichts, wenn sich die Erbvertragspartner über den Umfang der vertraglichen Bindung geirrt haben (was beim Erbvertrag wegen der notariellen Beurkundung eine Ausnahme sein wird), etwa der Auffassung waren, die vertragliche Bindung beschränke sich auf die Lebzeiten des Vertragspartners, mit dessen Ableben – gleichgültig, ob er selbst im Erbvertrag auch Verfügungen getroffen hat oder nicht – falle die Bindung weg. Beim gegenseitigen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt und dessen Rechtsfolge, dass das Rücktrittsrecht mit dem Tod des anderen Vertragsschließenden nach § 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB regelmäßig erlischt, gilt nichts anderes. Denn § 2298 Abs. 2

¹¹ Siehe allgemein zur Anfechtbarkeit des Erbvertrags wegen Motivirrtums Krebber, DNotZ 2003, 20.

¹² Etwa Verstoß gegen Treu und Glauben, venire contra factum populum; der Umfang der Ausnahmen ist umstritten, siehe Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2281 Rdnr. 20 ff.; Staudinger/Kanzleiter, Neubearb. 2006, § 2281 Rdnr. 9 f.; schon an dieser Stelle: die Erwägungen zur Einschränkung der Anfechtbarkeit beim entgeltlichen Erbvertrag bei Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2281 Rdnr. 23, gelten beim gemeinschaftlichen Testament nicht.

¹³ Siehe Krebber, DNotZ 2003, 20 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 41, das Ergebnis auf S. 36 f. (mit der Feststellung auf S. 37, dass die Entscheidung des Gesetzgebers nicht glücklich ist); Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2281 Rdnr. 20, 21 und § 2271 Rdnr. 86; Staudinger/Kanzleiter, Neubearb. 2006, § 2281 Rdnr. 10.; erst recht gelten diese Erwägungen beim gemeinschaftlichen Testament, siehe dazu Pfeiffer, FamRZ 1993, 1266, 1281.

¹⁴ Das bedeutet nicht, dass auch hier § 2078 Abs. 3 BGB § 122 BGB ausschließt: bei der Anfechtung des Testaments kann schwerlich der anfechtende Dritte zum Schadensersatz verpflichtet sein, wohl aber der Erblasser, der wegen seines eigenen Irrtums anfechtet; für Ausschluss des § 122 BGB Krebber, DNotZ 2003, 20, 32 mit Nachweisen in Fn. 64; Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2281 Rdnr. 50.

Satz 2 BGB gilt nur, wenn nichts anderes vereinbart ist (§ 2298 Abs. 3 BGB), § 2298 Abs. 1 und 2 BGB enthalten also nur Auslegungsregeln,¹⁵ nicht dispositives Recht, da sie auf dem mutmaßlichen Willen der Vertragsteile beruhen, nicht auf Gerechtigkeitsabwägungen des Gesetzes. Eine von § 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB abweichende Vorstellung ist also – ohne dass es darauf nach §§ 2281, 2078 BGB ankäme – Inhaltsirrtum, nicht Rechtsfolgemotivirrtum.¹⁶

IV. Der Irrtum über die Bindungswirkung beim gemeinschaftlichen Testament

Schon aufgrund der Rechtsnatur von Erbvertrag als Vertrag und gemeinschaftlichem Testament als Testament mit Bindungswirkungen aufgrund des Schutzes des Vertrauens des anderen Ehegatten ist eigentlich selbstverständlich, dass die Bindungswirkungen eines gemeinschaftlichen Testaments nicht über die Bindungswirkungen eines Erbvertrages hinausgehen können, nachdem die Bindung im Erbvertrag auf vertraglicher Vereinbarung beruht, im gemeinschaftlichen Testament – nur – auf dem Schutz des Vertrauens des anderen Ehegatten auf die Wirksamkeit der gegenläufigen wechselbezüglichen Verfügung, und deshalb auch die Anfechtung nicht an strengere Voraussetzungen geknüpft sein kann. Deshalb ist es ganz herrschende Meinung, dass die Regeln über die Selbstanfechtung von erbvertraglichen Verfügungen für die Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament entsprechend gelten,¹⁷ ja erst recht gelten müssen.

Bestätigt wird das durch die Erwägungen, die die Zweite Kommission bei Aufnahme des gemeinschaftlichen Testaments in das BGB angestellt hat.¹⁸ Die Erste Kommission hatte das gemeinschaftliche Testament „als unklare Mitte“ zwischen Testament und Erbvertrag abgelehnt.¹⁹ Die gesetzliche Regelung über die Bindungswirkungen des gemeinschaftlichen Testaments beruht auf der mit der knappen Mehrheit von zehn gegen acht Stimmen²⁰ getroffenen Grundsatzentscheidung der Zweiten Kommission, „allgemein auf die korrespondierenden Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments die Vorschriften für anwendbar zu erklären, welche für einen unter dem Vorbehalte des Rücktritts geschlossenen Erbvertrag gelten“.²¹ Auch beim gemeinschaftlichen Testament stehen deshalb die Bindungswirkungen

vollständig zur Disposition der Ehegatten ohne inhaltliche Einschränkungen.²² Die gesetzlichen Regelungen gelten deshalb nur, wenn im Testament keine abweichende Bestimmung getroffen wurde,²³ beruhen wie beim Erbvertrag auf dem mutmaßlichen Willen der Ehegatten und haben deshalb wie beim Erbvertrag den Charakter von Auslegungsregeln.²⁴

Die Rechtsfolge der Bindung wird demnach nicht heteronom durch das Gesetz für den Tatbestand der wechselbezüglichen Verfügung mit dem Tod des anderen Ehegatten angeordnet, weil es der Gesetzgeber als richtig bestimmt,²⁵ sondern wird dem Erblasser als Inhalt seiner Erklärung zugerechnet aufgrund des vom Gesetz unterstellten, in der Regel so anzunehmenden Willens der Erblasserehegatten.²⁶ Sind beide Ehegatten abweichend von der gesetzlichen Auslegungsregel davon ausgegangen, dass der überlebende Ehegatte abweichende Verfügungen von Todes wegen treffen könne, ist das Testament nach diesem Willen auszulegen. Hat nur ein Ehegatte das gemeinschaftliche Testament abweichend von der Auslegungsregel in diesem Sinn verstanden, berechtigt sein Irrtum zur Anfechtung entsprechend § 2281 BGB. Diejenigen, die die Selbstanfechtung einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten grundsätzlich zulassen, wenn der überlebende Ehegatte bei der Testamentserrichtung der Auffassung war, er könne als Überlebender abweichend vom gemeinschaftlichen Testament testieren, haben also Recht,²⁷ meine Anmerkung in MittBayNot 2011, 508 war zu kurz gedacht.

V. Folgen der grundsätzlichen Anfechtungsmöglichkeit

1. Wenn der Irrtum über die Bindung des überlebenden Ehegatten an wechselbezügliche Verfügungen zur Anfechtung berechtigt, hat die Anfechtung aber nur Erfolg, wenn ein solcher Irrtum bestanden hat, für die Verfügung kausal war (§ 2078 Abs. 1 Hs. 2 BGB) und das nachgewiesen wird. Denn

²² Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2271 Rdnr. 56 ff.; Staudinger/Kanzleiter, Neubearb. 2006, § 2270 Rdnr. 6 ff., § 2271 Rdnr. 56 ff.; OLG Karlsruhe, FamRZ 2012, 400.

²³ Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 19; siehe auch Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2271 Rdnr. 56 f.; anders Muscheler, Erbrecht, Band 1, Rdnr. 2148, 2149 (der in Rdnr. 2150 § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB nicht für gerechtfertigt hält); etwas anders auch Pfeiffer, FamRZ 2003, 1266, 1282 (§ 1271 BGB als gesetzlich geregelter Fall der Bindung eines Rechtsgeschäfts an eine bestimmte Geschäftsgrundlage).

²⁴ Es kann nichts anderes gelten als bei § 2298 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 BGB, der Vorschrift, die Vorbild für § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB war (siehe nur NK-BGB/Müßig, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 28 ff., z. B. Rdnr. 32, 36 f., ohne dass die Vorschrift des § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB ausdrücklich als Auslegungsregel bezeichnet wird).

²⁵ So sieht es die Gegenmeinung, siehe OLG München, MittBayNot 2011, 505, 508; siehe zweifelnd (und das Ergebnis offen lassend) BayObLG, FamRZ 2003, 259, 261, an das das OLG München anknüpft.

²⁶ Siehe Mayer-Maly, AcP 170, 133, 169 mit dem – in diesem Punkt jedenfalls in der Konsequenz (nicht in seiner Einschränkung) zustimmenden – Bericht über die Auffassung von Oertmann, der eine Anfechtung nur beim Rechtsirrtum über bloße Auslegungsregeln zulassen wollte; siehe zur Unterscheidung der Irrtümer über autonome und heteronome Rechtsfolgen im Rahmen der Anfechtbarkeit nach § 119 BGB Staudinger/Singer, Neubearb. 2012, § 119 Rdnr. 67, 69.

²⁷ So die überwiegende Meinung (Fn. 1), siehe nochmals NK-BGB/Müßig, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 86; Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2271 Rdnr. 83.

¹⁵ Planck/Ritgen, BGB, 1./2. Aufl., § 2298 Anm. 4; Münch-KommBGB/Musielak, 5. Aufl., § 2298 Rdnr. 7; NK-BGB/Seiler, 3. Aufl., § 2298 Rdnr. 17; Staudinger/Kanzleiter, Neubearb. 2006, § 2298 Rdnr. 21; Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2298 Rdnr. 25; Kipp/Coing, Erbrecht, 12. Aufl., S. 194; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., S. 512 Fn. 260; Lange, Erbrecht, Kap. 8 Rdnr. 76; etwas anders Muscheler, Erbrecht, Bd. 1, Rdnr. 2295 („Vermutung“, knüpft aber genauso an den Willen der Erbvertragspartner an).

¹⁶ Anders NK-BGB/Feuerborn, 2. Aufl., § 119 Rdnr. 50 zu dem Schulbeispiel des Irrtums über mitverkauftes Zubehör beim Gaststättenkauf, wenn sich die Einbeziehung des Zubehörs lediglich aus § 311c BGB ergäbe; wie von mir vertreten aufgrund von § 311c BGB als Auslegungsregel Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 8), S. 186.

¹⁷ Siehe nur Kanzleiter in FS Gerhard Otte, 2005, S. 157, 159 ff. mit zahlreichen Nachweisen; Pfeiffer, FamRZ 1993, 1266, 1281; Müßig, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 82 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 209; kritisch in neuerer Zeit nur Iversen, ZEV 2004, 55, 56, ohne zu überzeugen.

¹⁸ Siehe Staudinger/Kanzleiter, Neubearb. 2006, vor §§ 2265 ff. Rdnr. 3 ff.

¹⁹ Siehe Mot. V, S. 253.

²⁰ Prot. V, S. 458, 452.

²¹ Prot. V, S. 458.

die Beweislast für die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit trägt bei seiner Anfechtung der Erblasser.²⁸

2. Vor der Hürde des Nachweises steht sogar noch die Hürde, dass der vom Anfechtenden behauptete Sachverhalt tatsächlich ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum ist.²⁹ In der häufigen Situation bei der Errichtung eines privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testaments, dass man sich über eine eventuelle Bindung des überlebenden Ehegatten keine Gedanken gemacht (und die Testierfreiheit des überlebenden

28 Jörg Mayer, a. a. O. (Fn. 1), § 2271 Rdnr. 46, mit Verweisung auf § 2281 Rdnr. 53 ff.; *Staudinger/Kanzleiter*, Neubearb. 2006, § 2271 Rdnr. 83; allgemein *Staudinger/Otte*, Neubearb. 2003, § 2078 Rdnr. 43; BayOBLG, FamRZ 2004, 1996, 1997 (an den Nachweis eines Irrtums über die Bindungswirkung sind strenge Anforderungen zu stellen); auch an der Kausalität des Irrtums für die Verfügung des Anfechtenden kann eine Anfechtung scheitern: hinsichtlich des Irrtums selbst kommt es nur auf den Anfechtenden an (h. M.: der andere Ehegatte ist durch § 2270 Abs. 1 BGB geschützt; siehe nur NK-BGB/*Müßig*, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 85 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 213), hinsichtlich der Kausalität des Irrtums für die angefochtene Verfügung aber insofern auch auf den anderen Ehegatten, als zu überlegen ist, ob der Irrende aus Rücksicht auf den vorverstorbenen Ehegatten auch bei Aufklärung seines Irrtums unverändert (mit-)testiert hätte (siehe *Pfeiffer*, FamRZ 1993, 1266, 1281).

29 Siehe dazu allgemein nur NK-BGB/*Kornel*, 3. Aufl., § 2281 Rdnr. 26 ff.; *Jörg Mayer*, a. a. O. (Fn. 1), § 2281 Rdnr. 11 ff.

Ehegatten auch nicht für selbstverständlich gehalten) hat, wird die Anfechtung scheitern.³⁰

3. Entgegen meiner Anmerkung in MittBayNot 2011, 508 sehe ich aber de lege lata keine Möglichkeit, im Interesse der Vermeidung unnötiger Rechtsstreitigkeiten und damit der Rechtssicherheit die Selbstanfechtung einer wechselbezüglichen Verfügung im gemeinschaftlichen Testament durch den Erblasserehegatten in den wohl ebenfalls nicht seltenen Fällen auszuschließen, in denen der Erblasser über die Bindung des überlebenden Ehegatten von der gesetzlichen Regelung abweichende Vorstellungen hatte (mögen diese auch nur selten beweisbar sein)³¹. Es entstünde sonst auch ein nicht auflösbarer Widerspruch zu der Fallgestaltung, dass beide Ehegatten bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments davon ausgingen, der überlebende Ehegatte könne frei testieren, und das gemeinschaftliche Testament dann so auszulegen ist.

30 Auch wenn man nicht mit *Kreber*, DNotZ 2003, 20, 33 die Anfechtung auf positive unrichtige Vorstellungen beschränkt, sondern – wie die wohl überwiegende Meinung – großzügigere Maßstäbe (Stichwörter: „unbestimmte, unbewusste, selbstverständliche Vorstellungen“) anlegt, siehe etwa *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 3. Aufl., § 2078 Rdnr. 8; *Jörg Mayer*, a. a. O. (Fn. 1), § 2281 Rdnr. 13; *Staudinger/Kanzleiter*, Neubearb. 2006, § 2281 Rdnr. 14.

31 Der Gesetzgeber könnte neben anderen auch dieses Problem lösen, wenn er die Bindung des überlebenden Ehegatten an Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament aufgeben würde.

Hat der Testamentsvollstrecker zum vollen Wert verkauft? Zu Umfang und Zeitpunkt der Prüfung des Grundbuchamts

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 6.12.2011, 34 Wx 403/111 –

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

Der Testamentsvollstrecker darf ein Grundstück nicht unter dessen Wert verkaufen. Das Schenkungsverbot des § 2205 Satz 3 BGB gilt auch für teilweise unentgeltliche Verfügungen.² Es greift allerdings nur ein, wenn der Testamentsvollstrecker das Fehlen einer gleichwertigen Gegenleistung erkennt oder bei ordnungsgemäßer Verwaltung hätte erkennen müssen.³ Das Verbot erstreckt sich nach § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits im Vorfeld auf die Verpflichtung zu unentgeltlicher oder teilweise unentgeltlicher Verfügung.⁴ Geschäfte ohne Gegenleistung oder mit wertmäßig unzureichender Gegenleistung, bei denen auch die subjektiven Voraussetzungen des Schenkungsverbots vorliegen, sind schwebend unwirksam, und zwar gegenüber jedermann, insbesondere gegenüber dem Geschäftspartner, selbst wenn dieser gutgläubig ist.⁵ Wirksamkeit können sie allerdings durch Genehmigung sämtlicher Personen erlangen, zu deren Schutz das Verbot besteht, insbesondere aller Erben, Nacherben und nach umstrittener Rechtsprechung aller Gläubiger noch nicht erfüllter Vermächtnisse.⁶

I. Der Erfahrungssatz: Verkauf an einen unbeteiligten Dritten verschleiert keine Schenkung

Zu Recht stellt das OLG München fest, das Grundbuchamt habe von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen, dass ein vom Testamentsvollstrecker abgeschlossener Kaufvertrag

mit einem unbeteiligten Dritten ein entgeltlicher Vertrag und keine verschleierte Schenkung ist.⁷ Etwas anderes gilt nur, falls konkrete Anhaltspunkte auf eine teilweise Unentgeltlichkeit hindeuten.⁸ Im entschiedenen Fall hat das Grundbuchamt solche Anhaltspunkte darin erblickt, dass der Testamentsvollstrecker den vor etwa zehn Jahren gekauften Grundbesitz nur um gut die Hälfte des damaligen Kaufpreises weiterverkauft hatte.⁹ Anhaltspunkte, die auf teilweise Unentgeltlichkeit hindeuten, können auch dann bestehen, wenn der Käufer zum

1 MittBayNot 2012, 292 (in diesem Heft).

2 BGH, NJW 1963, 1613, 1615; NJW 1991, 842.

3 Vgl. *Bengel/Reimann/Bengel*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2010, I Rdnr. 115; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, 2. Aufl. 2010, § 2205 BGB Rdnr. 22.

4 Vgl. BGH, NJW 1991, 842, 843; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl. 2012, § 2205 BGB Rdnr. 28.

5 Vgl. MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl. 2010, § 2205 BGB Rdnr. 79 m. w. N.

6 Nachweise bei *Palandt/Weidlich*, a. a. O. (Fn. 4), § 2205 BGB Rdnr. 30; *Bengel/Reimann/Bengel*, a. a. O. (Fn. 3), I Rdnr. 135 m. w. N.

7 Vgl. *Bauer/von Oefele/Schaub*, 2. Aufl. 2006, § 52 GBO Rdnr. 86.

8 Beispiele aus der Rechtsprechung bei *Keim*, ZEV 2007, 470, 471.

9 *Keim*, ZEV 2007, 470, 471 möchte sich an der Rechtsprechung zu § 138 BGB orientieren, also erst in einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung von etwa 100:50 einen hinreichenden Anhaltspunkt für einen Verstoß gegen das Schenkungsverbot erblicken. Dies erscheint zu großzügig, weil damit dem § 2205 Satz 3 BGB im Ergebnis kein über § 138 BGB hinausreichender Anwendungsbereich zukäme.

Kreis der Miterben zählt oder eine Person ist, die einem Miterben oder dem Testamentsvollstrecker nahesteht, was m. E. entsprechend § 138 InsO beurteilt werden kann. Diese persönliche Eigenschaft des Käufers begründet aber allenfalls einen „Anfangsverdacht“, zu welchem weitere Anhaltspunkte hinzukommen müssen, denn zunächst ist von pflichtgemäßem Handeln des Testamentsvollstreckers auszugehen.¹⁰

1. Bekräftigung der Entgeltlichkeit durch zusätzliche Erklärung des Testamentsvollstreckers?

Trotz des geschilderten Erfahrungssatzes scheinen *Schöner/Stöber*¹¹ eine Erklärung des Testamentsvollstreckers für erforderlich zu halten, er habe entgeltlich verfügt. Das überzeugt nicht.¹² Zum einen haben die Beteiligten unter Mitwirkung des Notars, der ihren Willen zu erforschen und den Sachverhalt zu klären hat (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG), einen Kaufvertrag und keine gemischte Schenkung vereinbart. Bereits damit hat auch der Testamentsvollstrecker erklärt, entgeltlich zu verfügen. Zum anderen ist nicht zu erkennen, welchen Nutzen eine solche zusätzliche Erklärung für die Sicherheit des Eigentumserwerbs des Käufers stiften kann. Ist die Erklärung richtig, so ist sie überflüssig. Ist sie falsch und mindestens fahrlässig abgegeben, so ändert der Grundbuchvollzug nichts daran, dass der Käufer weder eine Eigentumsvormerkung noch das Eigentum erwirbt.

2. Bekräftigung der Entgeltlichkeit durch Darlegung von Beweggründen?

Auch das OLG München erweckt in Abschnitt II. 3. seines Beschlusses den Eindruck, das Grundbuchamt dürfe sich mit dem geschilderten Erfahrungssatz nicht begnügen. Es beruft sich auf eine Rechtsprechung, wonach „eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind“.¹³

Bereits rein sprachlich bleibt dabei unklar, ob mit der Angabe der „dafür“ maßgebenden Beweggründe die Beweggründe für den Verkauf gemeint sind oder die Beweggründe, die den Testamentsvollstrecker subjektiv zur Annahme der Entgeltlichkeit geführt haben. Die Würdigung der Beweggründe des Testamentsvollstreckers mag Einblicke in dessen Gedankengänge vermitteln. Mit dem Verkehrswert¹⁴ des verkauften Grundstücks, mit der Methode zu dessen Ermittlung und mit der Frage, ob der Kaufpreis dem Verkehrswert entspricht, hat sie wenig zu tun.

II. Entkräftung von Anhaltspunkten für eine Unentgeltlichkeit durch Darlegung der Kaufpreisbildung

Zu Recht hat das OLG München sich mit der praktischen Anwendung der gerade zitierten Formel nicht beschäftigt.

Vielmehr stellt es am Ende seines Beschlusses zutreffend darauf ab, dass bei Anhaltspunkten für eine teilweise Unentgeltlichkeit „die Gründe für die Kaufpreisbildung nachvollziehbar dargelegt“ werden müssen.

Gleichermaßen ist dem Gericht darin zuzustimmen, dass diese Darlegung nicht unbedingt vom Testamentsvollstrecker stammen muss. Im entschiedenen Fall hatten die übrigen auf der Verkäuferseite Beteiligten die Gründe für die Höhe des Kaufpreises nachvollziehbar aufgezeigt. Ebenso kann m. E. auch der Käufer, dessen ureigenstes Interesse die Wirksamkeit des Vertrags ist, Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Schenkungsverbot entkräften, indem er die Marktlage darstellt, z. B. durch Hinweis auf die ihm sonst angebotenen vergleichbaren Objekte und deren Preis. Dabei ist der Umstand, dass er sich für das günstigste Angebot entschieden hat, kein Indiz für das Vorliegen einer verschleierte Schenkung, sondern zunächst nichts anderes als das nachvollziehbare Verhalten eines Marktteilnehmers. Um dennoch eine verschleierte Schenkung anzunehmen, müsste der Kaufpreis evident unter den dargelegten Marktverhältnissen zum Kaufzeitpunkt liegen.

III. Prüfung von Anhaltspunkten für eine Unentgeltlichkeit bereits bei Eintragung der Eigentumsvormerkung

Zu widersprechen ist dem OLG München, wenn es im Anschluss an das OLG Zweibrücken¹⁵ meint, die Frage, ob ein Verkauf unter Wert vorliege, spiele für die Eintragung der Eigentumsvormerkung keine Rolle. Die aus einem Unterwertverkauf resultierende schwebende Unwirksamkeit des Kaufvertrags hindere die Eintragung einer Eigentumsvormerkung nicht. Vormerkungsfähig seien nämlich auch schwebend unwirksame Eigentumsverschaffungsansprüche.

Diese Aussage ist nicht falsch, aber zu pauschal. Schwebend unwirksame Ansprüche zählen zu den künftigen Ansprüchen im Sinne des § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. Solche Ansprüche erklärt das Gesetz zwar für vormerkbar. Dies gilt jedoch nicht generell. Um eine faktische Blockade des Rechtsverkehrs durch Vormerkungen für beliebige künftige Ansprüche zu verhindern, ist seit langem anerkannt, dass ein künftiger Anspruch nur dann vormerkungsfähig ist, wenn für dessen Entstehung bereits eine feste Grundlage, ein sicherer Rechtsboden besteht. Man ist sich darüber einig, dass ein solcher Rechtsboden fehlt, falls der künftige Schuldner rechtlich noch nicht gebunden ist oder seine Bindung jederzeit einseitig und beliebig abschütteln kann.¹⁶

Die Frage lautet also, ob der Testamentsvollstrecker, der unter Wert verkauft hat und dies weiß oder wissen müsste, rechtlich an den Kaufvertrag gebunden ist. Die Antwort ist einfach: Nach § 2205 Satz 3 BGB besitzt der Testamentsvollstrecker keine Rechtsmacht zu einem unentgeltlichen oder teilentgeltlichen Geschäft. Solange die auf der fehlenden Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers beruhende schwebende Unwirksamkeit anhält, fehlt jede rechtliche Bindung des Testamentsvollstreckers an den Kaufvertrag;¹⁷ der künftige Eigentumsverschaffungsanspruch ist daher während der Schweb-

¹⁰ Vgl. *Keim*, ZEV 2007, 470, 473; *Böhringer*, Rpfleger 2005, 223, 228; *Bengel/Reimann/Schaub*, a. a. O. (Fn. 3), V Rdnr. 36, 38.

¹¹ Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 3441.

¹² Vgl. *Keim*, ZEV 2007, 470; *Bengel/Reimann/Schaub*, a. a. O. (Fn. 3), IV Rdnr. 153.

¹³ KG, DNotZ 1968, 669; *Bengel/Reimann/Schaub*, a. a. O. (Fn. 12) m. w. N.

¹⁴ Auch „Marktwert“ (§ 194 BauGB), „gemeiner Wert“ (§ 9 BewG).

¹⁵ OLG Zweibrücken, FGPrax 2007, 11 = NotBZ 2007, 34 = ZEV 2007, 32.

¹⁶ Vgl. *Palandt/Bassenge*, a. a. O. (Fn. 4), § 883 BGB Rdnr. 15; *Staudinger/Gursky*, 2008, § 883 BGB Rdnr. 183.

¹⁷ Selbst wenn der Testamentsvollstrecker dem Käufer analog § 179 BGB wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht haften müsste, ändert dies nichts an der schwebenden Unwirksamkeit des Kaufvertrags und am Fehlen eines vormerkbaren Eigentumsverschaffungsanspruchs.

bezeit noch nicht vormerkungsfähig. Verstößt der Testamentsvollstrecker gegen das Schenkungsverbot, so besteht dieselbe Situation wie bei Kaufverträgen, die schwebend unwirksam sind, weil

- die Genehmigung eines vollmachtlos vertretenen Verkäufers fehlt oder
- die Genehmigung des Betreuungsgerichts zu einem vom Betreuer abgeschlossenen Verkauf noch nicht rechtskräftig erteilt und gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam geworden ist.¹⁸

Wegen fehlender rechtlicher Bindung des Verkäufers besteht jeweils noch kein vormerkungsfähiger künftiger Anspruch.¹⁹

Das Grundbuchamt hat deshalb schon bei der Eintragung der Eigentumsvormerkung zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine teilweise Unentgeltlichkeit des vom Testamentsvollstrecker abgeschlossenen Kaufvertrags vorliegen.²⁰ Beim Vollzug der Auflassung gilt kein strengerer Prüfungsmaßstab. Fehlen Anhaltspunkte für eine teilweise Unentgeltlichkeit bei Eintragung der Eigentumsvormerkung, so kann die Eintragung des Eigentumswechsels nur dann von weiteren Nachweisen abhängig gemacht werden, wenn sich in der Zwischenzeit solche Anhaltspunkte ergeben haben.

Die abweichende unrichtige Entscheidung des OLG Zweibrücken²¹ hat inzwischen leider eine unreflektierte Zitatenkette in Gang gesetzt,²² deren Endglieder der Beschluss des

¹⁸ Nachweise in Beck'sches Notarhandbuch/Amann, 5. Aufl. 2009, A I Rdnr. 168.

¹⁹ Umgekehrt hindern Mängel der vorgenannten Art auf der Käuferseite die Eintragung einer Vormerkung nicht, weil zwar der Käufer noch ungebunden ist, der Verkäufer sich dagegen jedenfalls vorläufig gebunden hat und diese Bindung nicht beliebig, sondern nur gemäß § 177 Abs. 2 BGB bzw. nach § 1829 Abs. 2 BGB beseitigen kann, vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Amann, a. a. O. (Fn. 18); MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl. 2009, § 883 BGB Rdnr. 37.

²⁰ Ebenso Keim, ZEV 2007, 470, 472; Palandt/Weidlich, a. a. O. (Fn. 4), § 2205 BGB Rdnr. 31; MünchKommBGB/Zimmermann, a. a. O. (Fn. 5), § 2205 BGB Rdnr. 100; MünchKommBGB/Kohler, a. a. O. (Fn. 19), § 885 BGB Rdnr. 27. Missverständlich Demharter, GBO, 28. Aufl. 2012, § 52 Rdnr. 25 und Anhang zu § 44 Rdnr. 88, der zwar zu Recht feststellt, das Grundbuchamt habe das Bestehen des Anspruchs nicht zu prüfen, aber verkennt, dass es eine fehlende rechtliche Bindung des Vormerkungsschuldners nicht ausblenden darf.

²¹ OLG Zweibrücken, a. a. O. (Fn. 15).

²² Schöner/Stöber, a. a. O. (Fn. 11); Burandt/Rojahn/Heckschen, Erbrecht, 2011, § 2205 BGB Rdnr. 11; Hügel/Zeiser, GBO, 2. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 77; Bengel/Reimann/Schaub, a. a. O. (Fn. 3), V Rdnr. 34; Demharter, a. a. O. (Fn. 20).

OLG München²³ und ein gleich lautender Beschluss des OLG Frankfurt²⁴ bilden. Vordergründig mag es verlockend erscheinen, unter Berufung auf diese Rechtsprechung schnell und problemlos eine Eigentumsvormerkung zu erlangen. Eine solche, ohne jeden Blick auf das Schenkungsverbot eingetragene Vormerkung gaukelt dem Käufer indessen ein nicht bestehendes Maß an Sicherheit vor. Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Schenkungsverbot geraten dann erst bei Umschreibung des Eigentums in den Blick des Grundbuchamts, somit zu einem Zeitpunkt, zu welchem der Käufer den Kaufpreis bereits bezahlt hat.

Perfekt ausschließen lässt sich die Gefahr eines Verstoßes gegen das Schenkungsverbot nur, wenn alle durch das Verbot Geschützten²⁵ zustimmen. Wo dies nicht möglich oder nicht erwünscht ist, bleibt ein Restrisiko. Die vorstehend aufgezeigte Pflicht des Grundbuchamts, Anhaltspunkte für eine Teilunentgeltlichkeit bereits bei Eintragung der Eigentumsvormerkung zu beachten, ist zugleich ein Beitrag zur Verringerung dieses Restrisikos.

IV. Zusammenfassung

Das Grundbuchamt hat von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass ein vom Testamentsvollstrecker abgeschlossener Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten ein voll entgeltlicher Vertrag ist. Einer zusätzlichen Erklärung des Testamentsvollstreckers zur Bekräftigung der Entgeltlichkeit oder zur Darlegung seiner Beweggründe bedarf es grundsätzlich nicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte auf eine teilweise Unentgeltlichkeit hindeuten. Dann kann das Grundbuchamt verlangen, dass solche Anhaltspunkte entkräftet werden, indem der Testamentsvollstrecker oder ein weiterer auf der Verkäuferseite Beteiligter oder auch der Käufer die Gründe für die Kaufpreisbildung nachvollziehbar darlegt. Ob Anhaltspunkte für eine teilweise Unentgeltlichkeit bestehen, hat das Grundbuchamt bereits bei Eintragung der Eigentumsvormerkung zu prüfen und nicht erst bei der Eigentums Umschreibung.

²³ MittBayNot 2012, 292 (in diesem Heft).

²⁴ OLG Frankfurt/Main, ZEV 2011, 534; Schöner/Stöber, a. a. O. (Fn. 11); Burandt/Rojahn/Heckschen, Erbrecht, 2011, § 2205 BGB Rdnr. 11; Hügel/Zeiser, GBO, 2. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 77; Bengel/Reimann/Schaub, a. a. O. (Fn. 3), V Rdnr. 34; Demharter, a. a. O. (Fn. 20).

²⁵ Dazu Fn. 6.

Die Bestellung eines selbständigen Fischereirechts nach Art. 8 BayFiG

Von Notar Dr. Reinhard Kössinger, Illertissen, und Notarassessor Dr. Bastian Grimm, München

„Die landesrechtlichen Bestimmungen über Fischereirechte stehen nicht gerade im Brennpunkt des juristischen Interesses.“ Diese Feststellung von J. Mayer¹ gilt auch heute. Wird jedoch eine solche Fischereirechtsbestellung gewünscht, soll der nachfolgende Praxisbeitrag dem Rechtsanwender nach aktueller Rechtslage eine Handreichung geben, ergänzend zu früheren praxisbezogenen Beiträgen, insbesondere von J. Mayer² und Reimann³.

Der Eigentümer eines Gewässers ist fischereiberechtigt, soweit nicht „auf besonderen Rechtsverhältnissen beruhende Rechte dritter Personen bestehen“ (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Bayerisches Fischereigesetz – BayFiG⁴). Das Fischereirecht gibt gemäß Art. 1 Abs. 1 BayFiG die Befugnis, in einem oberirdischen Gewässer die in dieser Vorschrift legaldefinierten Fische zu hegen, zu fangen und sich anzueignen. Der Eigentümer des Gewässers (Gewässergrundstücks) kann hierfür nach Art. 8 BayFiG selbständige Fischereirechte bestellen.

Im Folgenden wird zunächst allgemein die Rechtslage zur Bestellung eines selbständigen Fischereirechts dargestellt (I.). Danach folgt ein Vertragsmuster zur Bestellung eines selbständigen Fischereirechts (II.). Abschließend wird beispielhaft eine mögliche Eintragungsbekanntmachung des Grundbuchamts wiedergegeben (III.).

I. Rechtlicher Überblick

Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist das selbständige dingliche Fischereirecht nach bayerischem Recht, wie es sich insbesondere nach Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Fischereigesetzes in Bayern vom 10.6.2008 darstellt. Dagegen wird auf das schuldrechtliche sowie das altrechtliche Fischereirecht und eine bloße Dienstbarkeitsbestellung (§ 1090 Abs. 1 Alt. 1 BGB) an dieser Stelle nicht weiter eingegangen. Das selbständige Fischereirecht stellt ein „dem Erbbaurecht vergleichbares dingliches Nutzungsrecht dar“⁵.

1. Gesetzesänderung im Jahr 2008

Das Zweite Gesetz zur Änderung des Fischereigesetzes in Bayern, das am 1.9.2008 in Kraft getreten ist, hatte neben einer Neuordnung der Artikel auch maßgebliche inhaltliche Änderungen des Fischereirechts zur Folge. So ließ beispielsweise das frühere Recht in Gestalt des Art. 10 BayFiG a. F. neben der Bestellung des frei vererblichen und veräußerbaren selbständigen Fischereirechts ausdrücklich die Bestellung subjektiv-dinglicher und subjektiv-persönlicher Fischereirechte zu. Nach der Neufassung des BayFiG können nun das subjektiv-dingliche und das subjektiv-persönliche Fischereirecht nicht mehr begründet werden,⁶ so dass als einzige Form des dinglichen selbständigen Fischereirechts das frei

vererbliche und veräußerbare selbständige Fischereirecht verbleibt.⁷

Die Möglichkeit, neue selbständige Fischereirechte zu bestellen, ist auch nach der Gesetzesänderung weiterhin gegeben. Dass dies keine Selbstverständlichkeit darstellt, zeigt der Vergleich mit anderen Landesgesetzen, nach deren Maßgabe die Bestellung eines selbständigen Fischereirechts nicht oder nur in Ausnahmefällen zulässig ist.⁸ Die Möglichkeit der Bestellung neuer selbständiger Fischereirechte ist nach bayerischem Recht jedoch dadurch begrenzt, dass keine beschränkten Fischereirechte (Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BayFiG) oder neuen Koppelfischereirechte sowie Anteilsrechte an solchen geschaffen werden können (Art. 19, 20 Abs. 1 BayFiG).⁹

2. Rechtsnatur

Die Legaldefinition des selbständigen Fischereirechts findet sich in Art. 8 BayFiG. Demnach handelt es sich bei diesem um ein Fischereirecht, das nicht dem Eigentümer des Gewässers zusteht. Im Fall eines selbständigen Fischereirechts ist daher grundsätzlich¹⁰ abweichend von Art. 3 BayFiG nicht der Eigentümer des Gewässers fischereiberechtigt, dem sonst in Ermangelung auf besonderen Rechtsverhältnissen beruhender Rechte Dritter das Recht zur Fischerei zustünde.

Bei dem selbständigen Fischereirecht handelt es sich um ein Nutzungsrecht an einer fremden Sache, das als beschränkt dingliches Recht das Gewässereigentum belastet.¹¹ Art. 8 Abs. 1 BayFiG ordnet für das selbständige Fischereirecht die Geltung der sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften an. Es handelt sich um ein grundstücksgleiches Recht.¹²

3. Bestellung, Rangstelle

Aufgrund der aus Art. 8 BayFiG folgenden Anwendbarkeit der sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften für neu zu

¹ MittBayNot 1994, 295.

² A. a. O. sowie MittBayNot 1992, 248; MittBayNot 1999, 242; MittBayNot 2001, 268.

³ MittBayNot 1971, 4.

⁴ *Notarkasse A. d. ö. R.*, Handbuch für das Notariat, 16. Aufl. 2012, Nr. 445.

⁵ BayObLG, Beschluss vom 18.1.1995, 2Z BR 130/94, BayObLGZ 1995, 13, 15 = MittBayNot 1995, 127; zur Rechtsnatur siehe I. 2.

⁶ Insoweit noch nicht an die seit 1.9.2008 geltende Gesetzesfassung angepasst Metzger in Lorz/Metzger/Stöckel, Jagdrecht – Fischereirecht, 4. Aufl. 2011, Länderübersicht Rdnr. 4.

⁷ Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Okt. 2009, Art. 8 Rdnr. 3.

⁸ Vgl. hierzu Staudinger/Jörg Mayer, Neubearb. 2005, Art. 69 EGBGB Rdnr. 79.

⁹ Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Okt. 2009, Art. 8 Rdnr. 8.

¹⁰ Die bislang höchstrichterlich nicht geklärte Frage, ob ein selbständiges Fischereirecht auch für den Gewässereigentümer selbst bestellt werden kann, wird von der h. M. in Rechtsprechung und Literatur inzwischen bejaht. Vgl. Staudinger/Jörg Mayer, Neubearb. 2005, Art. 69 EGBGB Rdnr. 74; Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Okt. 2009, Art. 8 Rdnr. 10; LG Coburg, Beschluss vom 23.6.2000, 41 T 35/00, MittBayNot 2000, 559; LG Landshut, Beschluss vom 5.7.2007, 64 T 332/07, MittBayNot 2007, 497; dagegen noch offengelassen von BayObLG, Beschluss vom 15.6.2000, 2Z BR 186/99, MittBayNot 2000, 557, Beschluss vom 4.9.2003, 2Z BR 166/03, NJW-RR 2004, 738.

¹¹ Vgl. zur Rechtsnatur des selbständigen Fischereirechts Staudinger/Jörg Mayer, Art. 69 EGBGB Rdnr. 75 f.; Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Okt. 2009, Art. 8 Rdnr. 5.

¹² Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Okt. 2009, Art. 8 Rdnr. 5.

bestellende Fischereirechte, die nicht dem Eigentümer des Gewässers zustehen, ist für die Bestellung eines selbständigen Fischereirechts nach § 873 BGB die Einigung zwischen dem Eigentümer des Gewässers und dem Erwerber des Fischereirechts in der Form des § 925 BGB sowie die Eintragung des Fischereirechts in das Grundbuch¹³ erforderlich.¹⁴ Die Bestellung ist nach allgemeinen Vorschriften möglich für natürliche Personen oder – wie im nachfolgenden Vertragsmuster – für juristische Personen.

Das der Bestellung des Fischereirechts zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft bedarf entsprechend § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung.¹⁵

Das BayFiG trifft zur erforderlichen Rangstelle keine Regelung. Im Hinblick auf § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, wonach die Bestellung eines Erbbaurechts grundsätzlich nur zur ausschließlich ersten Rangstelle zulässig ist, stellt sich die Frage, ob diese Vorschrift auf das selbständige Fischereirecht aufgrund dessen dogmatischer Ähnlichkeit zum Erbbaurecht analog Anwendung findet. Das BayObLG ging in seiner Entscheidung vom 18.1.1995 davon aus, dass ein selbständiges Fischereirecht auch dann in das Grundbuch einzutragen ist, wenn schon ein vorrangiges (nicht eingetragenes) selbständiges Fischereirecht besteht.¹⁶ Demnach ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein selbständiges Fischereirecht auch im Nachrang im Grundbuch eingetragen werden kann, jedenfalls wenn ein nicht eingetragenes Fischereirecht vorgeht und Art. 19 BayFiG nicht entgegensteht. Der Zweckmäßigkeit des Nachrangs steht jedoch der Telos des § 10 ErbbauRG entgegen: Nur die Eintragung des selbständigen Fischereirechts an erster Rangstelle sichert dessen dauerhaften Bestand, ein Ausfall bei der Zwangsversteigerung des Gewässergrundstücks ist nur dadurch unmöglich; durch die Schaffung eines gesonderten Fischereigrundbuchs sind für den Rechtsverkehr etwaige Vorlasten im Gewässergrundbuch nicht transparent. Daraus folgt, dass die Bestellung des selbständigen Fischereirechts im Regelfall an erster Rangstelle erfolgen sollte. Sind Vorlasten allerdings nicht zu beseitigen, sollte der Notar auf die rechtliche Tragweite hinweisen.

4. Beschränkung und Befristung des Fischereirechts

Aus Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BayFiG ergibt sich, dass die Bestellung beschränkter Fischereirechte unzulässig ist.¹⁷ Diese Vorschrift verhindert jedoch nicht, schuldrechtliche Beschränkungen des selbständigen Fischereirechts vorzunehmen.¹⁸ Als

13 Das selbständige Fischereirecht kann im Grundbuch nach § 6 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten eingetragen werden als ein dem Fischereiberechtigten zustehendes Nutzungsrecht in ein besonderes Grundbuchblatt (Fischereigrundbuch) und als Belastung des Gewässers in der zweiten Abteilung des für das Gewässer angelegten Grundbuchblatts. Vgl. zur grundbuchmäßigen Behandlung auch die Ausführungen unter I. 6.

14 Die bislang bestehende Frage, ob nach Art. 13 BayFiG a. F. zur Entstehung des Fischereirechts auch dessen Eintragung im Grundbuch erforderlich ist (vgl. hierzu die überzeugenden Ausführungen von *Reimann*, MittBayNot 1971, 4, 5f.), ist durch die Änderung des Bayerischen Fischereigesetzes entfallen.

15 *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand Jun. 2010, Art. 8 Rdnr. 14.

16 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 18.1.1995, 2 Z BR 130/94, BayObLGZ 1995, 13, 16 = MittBayNot 1995, 127.

17 *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand Dez. 2009, Art. 9 Rdnr. 7.

18 *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand Dez. 2009, Art. 9 Rdnr. 4.

Beschränkung des selbständigen Fischereirechts könnten z. B. die Begrenzung der Fischerei auf den Fang bestimmter Fischarten, die Benutzung bestimmter Fangmittel sowie jahreszeitliche Beschränkungen in Betracht kommen.

Das selbständige Fischereirecht kann befristet oder – wie im nachfolgenden Muster – unbefristet bestellt werden.

5. Die Bestellung des selbständigen Fischereirechts flankierende Maßnahmen

Zur Erleichterung der Ausübung des selbständigen Fischereirechts wird in der Kommentarliteratur vorgeschlagen, zugunsten des jeweiligen Inhabers des selbständigen Fischereirechts eine Grunddienstbarkeit zu bestellen, z. B. das Ufergrundstück über die gesetzlichen Befugnisse des Art. 63 BayFiG hinaus zu benutzen.¹⁹ Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass Art. 63 BayFiG dem zur Ausübung der Fischerei Berechtigten sowie dessen Hilfs- und Aufsichtspersonal insbesondere erlaubt, unter Einhaltung der zur Vermeidung von Beschädigungen erforderlichen Vorsicht fremde Ufergrundstücke, Brücken, Wehre und Schleusen zu betreten, soweit dies für eine dem Hegeziel und dem Leitbild der Nachhaltigkeit entsprechende Ausübung der Fischerei sowie zur Pflege und zur Beaufsichtigung des Fischwassers erforderlich ist. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Bestellung derartiger zusätzlicher Nutzungsrechte im Normalfall nicht notwendig zu sein, weshalb auch im folgenden Mustervertrag von deren Bestellung abgesehen wurde.

6. Grundbuchmäßige Behandlung

Die Eintragung des selbständigen Fischereirechts im Grundbuch kann gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 GBBehVO²⁰ auf zwei verschiedenen Grundbuchblättern erfolgen:²¹

Zum einen kann das selbständige Fischereirecht als ein dem Fischereiberechtigten zustehendes Nutzungsrecht auf dem Grundbuchblatt des Fischereirechts – sog. Fischereigrundbuch – eingetragen werden.²² Zum anderen kann die Eintragung als Belastung des Gewässers in die zweite Abteilung des für das Gewässer angelegten Grundbuchblatts²³ – Gewässergrundbuch – erfolgen.²⁴ Die Eintragung auf dem Blatt des Gewässers erfordert jedoch, dass ein solches Blatt bereits angelegt ist (Art. 11 Abs. 5 Satz 2 BayFiG).²⁵

Die Buchung eines fließenden Gewässers im Grundbuch setzt voraus, dass dieses ein selbständiges Grundstück im Rechtsinne darstellt.²⁶ Die Anlegung eines Gewässergrundbuchblatts ist daher nicht möglich, wenn es sich um ein sog. Anliegergewässer handelt, also um ein Fließgewässer, das gemäß Art. 6 Abs. 1 BayWG Bestandteil der Ufergrundstücke ist. In

19 *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand Okt. 2009, Art. 8 Rdnr. 20.

20 Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten.

21 Ähnlich der Behandlung des Erbbaurechts vgl. *Staudinger/Jörg Mayer*, Art. 69 EGBGB Rdnr. 77.

22 Entsprechend dem Erbbaugrundbuch, § 14 ErbbauRG.

23 Im nachfolgenden Muster ist das Fischereirecht sowohl als ein dem Fischereiberechtigten zustehendes Nutzungsrecht im Fischereigrundbuch als auch als Belastung des Gewässers in der zweiten Abteilung des für das Gewässer angelegten Grundbuchblatts gebucht.

24 *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand Jun. 2010, Art. 11 Rdnr. 2; zum Rangverhältnis siehe oben I.2.

25 *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand Dez. 2009, Art. 11 Rdnr. 10.

26 *Meikel/Nowak*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 30.

diesem Fall ist das Gewässer nicht buchungsfähig.²⁷ Da das selbständige Fischereirecht auch nicht auf den für die Ufergrundstücke angelegten Grundbuchblättern eingetragen werden kann, verbleibt im Fall eines Anliegergewässers nur die Möglichkeit der Eintragung auf einem eigens für das Fischereirecht eingerichteten Grundbuchblatt, dem Fischereigrundbuch.²⁸

Soll das selbständige Fischereirecht an einem Gewässer begründet werden, das zwar buchungsfähig, aber nach § 3 Abs. 2 GBO z. B. als Wasserlauf oder als im Eigentum des Freistaats Bayern stehendes Grundstück²⁹ buchungsfrei ist, setzt die Eintragung als Belastung des Gewässers gemäß § 6 Abs. 2 GBBehVO voraus, dass der Gewässereigentümer die Anlegung eines Grundbuchblatts für das Gewässer beantragt.³⁰ Dies sollte grundsätzlich bereits vor der Bestellung des selbständigen Fischereirechts geschehen.

Auch wenn nach Art. 11 Abs. 5 Satz 1 BayFiG die Eintragung des Fischereirechts im Grundbuch nicht erforderlich ist, um die Wirksamkeit des Fischereirechts gegenüber dem öffentlichen Glauben im Grundbuch zu erhalten, so hat nach den obigen Ausführungen die Eintragung des selbständigen Fischereirechts zumindest bei Bestellung des Fischereirechts zu dessen wirksamen Erwerb nach § 873 BGB i. V. m. Art. 8 Abs. 1 BayFiG zu erfolgen.³¹

Die Eintragung des selbständigen Fischereirechts im Grundbuch setzt nicht voraus, dass eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts vorliegt. Bei einem selbständigen Fischereirecht handelt es sich nicht um ein Grundstück im Sinne des § 2 GrEStG,³² so dass ein Erfordernis der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung gemäß § 22 GrEStG nicht besteht.

Ferner stellt sich die Frage, ob zur Grundbuchvorlage ein Negativattest der Gemeinde gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB notwendig ist. Das gemeindliche Vorkaufsrecht erstreckt sich nach § 24 Abs. 1 BauGB auf den Kauf von „Grundstücken“. Gemäß § 200 Abs. 2 BauGB sind die für das Eigentum an Grundstücken bestehenden Vorschriften auch auf grundstücksgleiche Rechte anzuwenden, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Als grundstücksgleiches Recht wird das selbständige Fischereirecht vom Vorkaufsrecht umfasst, da insoweit keine Regelung wie für Erbbaurecht und Wohnungseigentum (§ 24 Abs. 2 BauGB) besteht, die das selbständige Fischereirecht vom Vorkaufsrecht ausnimmt. Dennoch dürfte zur Grundbuchvorlage ein Negativattest nicht erforderlich sein, da die Bestellung eines selbständigen Fischereirechts – anders als dessen Verkauf – keinen Vorkaufsfall begründet.

Auch eine Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz ist nicht erforderlich; das selbständige Fischereirecht unterfällt in Bayern bereits nicht dem Anwendungsbereich des GrdStVG, da der Freistaat Bayern von der Möglichkeit

des § 2 Abs. 3 GrdStVG, selbständige Fischereirechte der Genehmigungspflicht des § 2 Abs. 1 GrdStVG zu unterwerfen, keinen Gebrauch gemacht hat.³³

II. Mustervertrag

Bestellung eines selbständigen Fischereirechts (Art. 8, 11 Bayer. Fischereigesetz – BayFiG –) Weitere Erklärungen

Am [...] ist vor mir,

[...],

Notar in [...],

in den Amtsräumen in [...] gleichzeitig anwesend:

1. Eigentümer:

Herr/Frau [...]

2. Künftiger Fischereiberechtigter/der Berechtigte:

Herr/Frau [...]

nach Angabe hier handelnd für die

Fischereigemeinschaft X-Stadt e. V.

mit Sitz in X-Stadt (Amtsgericht X-Stadt, VR [...])

als deren einzelvertretungsberechtigter Vorstand.

Aufgrund Einsicht in das Vereinsregister vom [...] beim Amtsgericht X-Stadt unter vorgenannter VR-Nummer bescheinige ich, Notar, dass die Vertretungsberechtigung gemäß vorstehenden Angaben besteht.

Nach Grundbuchunterrichtung vom [...] beurkunde ich die abgegebenen Erklärungen auf Ansuchen wie folgt:

I.

Vorbemerkungen

1. Grundbuchstand (Gewässergrundbuch)

Im Grundbuch des Amtsgerichts X-Stadt von X-Stadt Blatt 0576 ist folgender Grundbesitz vorgetragen:³⁴

BVNr. 1, Fl. Nr. 110/3 zu 1 234 m², Hintere Au (Baggersee)

Eigentümer: Herr/Frau [...]

Das Grundbuch ist lastenfrei vorgetragen.

2. Fischereirechtsgrundstück

Das selbständige Fischereirecht wird bestellt an dem gesamten vorstehenden Grundbesitz,

nachfolgend auch „Grundstück“ genannt.

II.

Verpflichtung

Bestellung des selbständigen Fischereirechts

[...]

– auch „der Eigentümer“ oder „Veräußerer“ genannt –

verpflichtet sich hiermit zur Bestellung wie folgt

und bestellt an dem in Abschnitt I.2. bezeichneten Grundbesitz

²⁷ BayObLG, Beschluss vom 17.12.1982, BReg. 2 Z 50/82, BayVBl. 1984, 188f. = MittBayNot 1983, 63; Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Dez. 2009, Art. 11 Rdnr. 10.

²⁸ Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Dez. 2009, Art. 11 Rdnr. 10.

²⁹ Dies ist im Regelfall bei Gewässern erster Ordnung der Fall, vgl. BeckOK/Holzer, Stand 1.9.2011, § 3 GBO Rdnr. 21.

³⁰ Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Dez. 2009, Art. 11 Rdnr. 10.

³¹ Vgl. zum Erfordernis der Eintragung im Grundbuch bei Bestellung des Fischereirechts bereits zuvor unter I. 3.

³² Boruttau/Viskorf, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 142; Pahlke/Franz, GrEStG, 4. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 8.

³³ Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Okt. 2009, Art. 8 Rdnr. 25.

³⁴ Falls ein buchungsfähiges, aber buchungsfreies Gewässer i. S. d. § 3 Abs. 2 GBO bislang noch nicht gebucht ist, empfiehlt es sich, diese Buchung vor der Bestellung des selbständigen Fischereirechts im Grundbuch vollziehen zu lassen.

für die Fischereigemeinschaft X-Stadt e. V., X-Stadt – auch „der Berechtigte“ oder „Erwerber“ genannt – ein selbständiges Fischereirecht nach den Bestimmungen dieses Vertrages,
im Übrigen gemäß den Bestimmungen des Bayerischen Fischereigesetzes (BayFiG).

III.

Inhalt

des selbständigen Fischereirechts

Als Inhalt des selbständigen Fischereirechts wird vereinbart:

1. Dauer des selbständigen Fischereirechts

Eine zeitliche Befristung des selbständigen Fischereirechts wird nicht vereinbart.

2. Umfang des selbständigen Fischereirechts

Eine gesetzlich unzulässige Beschränkung des Fischereirechts (Art. 9 BayFiG) wird nicht vorgenommen.

Der Berechtigte ist somit befugt (Art. 1 BayFiG), in dem oberirdischen Gewässer Fische, Neunaugen und Krebse sowie Fluss-, Teich- und Perlmuscheln (Fische) zu hegen, zu fangen und sich anzueignen.

Das selbständige Fischereirecht erstreckt sich auch auf Fischlaich und sonstige Entwicklungsformen der Fische sowie auf Fischnährtiere.

3. Pflicht zur Hege

Der Berechtigte ist mit Ausnahme der geschlossenen Gewässer i. S. d. Art. 2 Nr. 1, 2 BayFiG zur Hege verpflichtet.

4. Tragung der Lasten und Abgaben

Der Berechtigte hat alle auf das Fischereirecht und davon umfasste Gewässer entfallenden einmaligen und wiederkehrenden öffentlichen und privatrechtlichen Lasten, Abgaben, Beiträge und Pflichten, die den Grundstückseigentümer als solchen betreffen, einschließlich der Grundsteuer und etwaiger gemeindlicher Lasten nach dem Kommunalabgabengesetz, für die Dauer des Fischereirechts zu tragen sowie für die Erfüllung aller etwaigen behördlichen Auflagen zu sorgen.

Die Beteiligten haben sich vorab über etwa anfallende Lasten, auch etwaige Erschließungs- und sonstige Anliegerbeiträge (§ 436 Abs. 1 BGB) sowie deren Abgrenzung, unterrichtet.

Variante 1

Die Verkehrssicherungspflicht hat bezüglich des Gewässers der Grundstückseigentümer zu tragen, soweit eine Gefahrbegründung nicht auf einer Handlung des Berechtigten beruht.

Ende Variante 1

Variante 2

Die Verkehrssicherungspflicht hat bezüglich des Gewässers der Berechtigte zu tragen. Sollte die Verkehrssicherungspflicht durch die Bestellung des selbständigen Fischereirechts nicht auf den Fischereiberechtigten übergehen und somit weiterhin beim Grundstückseigentümer verbleiben, ist der Fischereiberechtigte verpflichtet, den Eigentümer im Innenverhältnis von etwaigen Ansprüchen Dritter aufgrund Verletzung der Verkehrssicherungspflicht freizustellen und

diese Pflicht auf Rechtsnachfolger mit Weiterübertragungsverpflichtung weiterzugeben; die Bestellung einer Sicherheit für diese Verpflichtung wird trotz Hinweis des Notars nicht gewünscht.

Ende Variante 2

5.

Weitere Regelungen zum Inhalt werden nicht gewünscht.

Soweit Regelungen nicht Inhalt des selbständigen Fischereirechts nach zwingenden gesetzlichen Vorschriften sein können,

- werden diese hiermit schuldrechtlich vereinbart mit der Verpflichtung, diese auf Rechtsnachfolger zu übertragen; und
- verpflichten sich die Beteiligten, eine neue Regelung zu treffen, die wirtschaftlich möglichst nahe kommt und vertragsmäßiger Inhalt sein kann;
- bleiben die übrigen Regelungen unberührt.

IV.

Gegenleistung, Rechtsgrund

Für die Bestellung des selbständigen Fischereirechts verpflichtet sich der Berechtigte, dem Eigentümer ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Fischereizins) zu zahlen wie folgt:

1. Fischereizins, Reallast

a)

Der Fischereizins beträgt vom Tag der Grundbucheintragung an jährlich [...] €

– i. W. [...] Euro –.

Der Fischereizins ist jährlich im Voraus zu bezahlen, jeweils bis zum fünften Werktag eines Kalenderjahres, für einen Rest des ersten Kalenderjahres anteilig, unverzüglich nach Eintragung des selbständigen Fischereirechts im Grundbuch.

b)

Zur Sicherung dieser Zahlungsverpflichtung einschließlich der Fischereizins-Anpassung gemäß Ziffer 3 wird eine

Reallast

am selbständigen Fischereirecht für den jeweiligen Eigentümer des Gewässergrundstücks eingeräumt.

2. Entgelt von Besitzübergang bis Grundbucheintragung

Ab Besitzübergang bis zur Eintragung des selbständigen Fischereirechts im Grundbuch hat der Berechtigte an den Eigentümer ein Entgelt in gleicher Höhe wie vorstehenden Fischereizins zu zahlen, und zwar erstmals binnen fünf Tagen ab Besitzübergang anteilig für den Rest des laufenden Kalenderjahres.

3. Fischereizins-Anpassung

a)

Als Inhalt des Fischereizinses wird für den zu zahlenden Fischereizins folgende Wertsicherung vereinbart:

Ändert sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Verbraucherpreisindex für Deutschland (Basis 2005 = 100) gegenüber dem für den derzeitigen Monat festgestellten Preisindex um mehr als 10 %, so ändert sich die zu leistende Zahlung ab dem auf die Änderung des Index folgenden Kalenderjahr prozentual im gleichen Verhältnis (Anpassung).

Ändert sich der Index erneut um mehr als 10 % gegenüber dem Stand der jeweils letzten Anpassung, so ändert sich der zu zahlende Geldbetrag jeweils prozentual im gleichen Verhältnis mit Wirkung ab dem auf die Indexänderung folgenden Kalenderjahr.

Der Notar hat über die Voraussetzungen einer wirksamen Befreiung vom Preisklauselverbot unterrichtet, auch §§ 2 ff. Preisklauselgesetz (PrKG; BGBl 2007, 2247).

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 d) PrKG sind Preisklauseln in Verträgen über wiederkehrende Zahlungen, die zu erbringen sind für die Dauer einer Laufzeit von mindestens zehn Jahren, gerechnet vom Vertragsschluss bis zur Fälligkeit der letzten Zahlung, zulässig. Sollte die vorstehende Wertsicherungsklausel später einmal als unwirksam festgestellt werden, so gilt die Unwirksamkeit erst ab der rechtskräftigen Feststellung, hilfsweise ab einer entsprechenden vergleichsweisen Vereinbarung. Im Falle einer Unwirksamkeit der Regelung sind die Vertragsteile verpflichtet, eine wirksame Klausel zu vereinbaren, die dem Sinn der hier getroffenen Vereinbarungen und zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, wie dem PrKG, bestmöglich entspricht.

b)

Soweit die Anpassung des Fischereizinses als Inhalt der Reallast i. S. d. § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB vereinbart ist, ist sie nicht durch entsprechende Vormerkung zu sichern.

c)

Die Wertsicherungsvereinbarung gilt schuldrechtlich auch für das Entgelt bis zur Grundbucheintragung.

4. Zwangsvollstreckungsunterwerfung, persönliche Haftung

In Ansehung

a)

des in Ziffer 1. vereinbarten Fischereizinses und der einzelnen Fischereizinsraten sowie

b)

des in Ziffer 2. festgelegten Entgelts unterwirft sich der Berechtigte der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Der Eigentümer kann sich jederzeit ohne Nachweis der für Entstehung oder Fälligkeit maßgebenden Umstände vollstreckbare Ausfertigung erteilen lassen.

V.

Vorkaufsrecht

1.

Die Bestellung eines Vorkaufsrechts am Grundstück für den jeweiligen Fischereiberechtigten wird nicht gewünscht.

2.

Der Fischereiberechtigte räumt dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks das

Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle

am selbständigen Fischereirecht ein.

Für das Vorkaufsrecht gelten die gesetzlichen Bestimmungen.

Der Notar hat auf die rechtliche Tragweite eines Vorkaufsrechts hingewiesen, auch [...].

VI.

Schuldrechtliche Vereinbarungen

Zusätzlich zu sonstigen Regelungen wird vereinbart:

1. Sach- und Rechtsmängel

a)

Das selbständige Fischereirecht wird an dem Grundstück in dessen heutigen, dem Berechtigten bekannten Zustand bestellt.

Der Eigentümer/Veräußerer versichert, dass ihm verborgene Mängel, Altlasten, schädliche Bodenveränderungen, vorsätzliche Schädigungen, nichteingetragene Fischereirechte nicht bekannt sind.

Im Übrigen sind Ansprüche und Rechte des Berechtigten/Erwerbers wegen Sachmängel aller Art ausgeschlossen, auch bezüglich Boden- und Wasserbeschaffenheit, Güte und Umfang des Fischbestandes, Flächengröße und Verwertbarkeit.

Der Berechtigte erklärt insbesondere, sich vor Beurkundung darüber unterrichtet zu haben, ob die Ausübung des Fischereirechts zulässig ist und auch über die sonstige Eignung des Gewässers für Zwecke der Fischerei.

Vorrangig zu Vorstehendem gilt: Schadensersatzansprüche aufgrund Sachmängeln für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie Schäden, die auf vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung des Veräußerers, seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen, sind nicht ausgeschlossen.

b)

Soweit sich aus dieser Urkunde nichts anderes ergibt, hat der Eigentümer die Sache frei von Rechtsmängeln zu verschaffen und haftet für ungehinderten Besitzübergang und Freiheit des Grundbesitzes von Rechten, die der Entstehung oder Ausübung des Fischereirechts entgegenstehen.

c) Belastungen im Grundbuch des Grundstücks

Das Grundstück ist in Abt. II und III lastenfrei. Die Beteiligten verpflichten sich, dem selbständigen Fischereirecht die erste Rangstelle am Grundstück einzuräumen und hierzu erforderliche Erklärungen zu beschaffen.

2. Besitzübergang

Das Grundstück wird dem Berechtigten heute zur Ausübung des selbständigen Fischereirechts übergeben.

Zum gleichen Zeitpunkt gehen insoweit Besitz, Nutzen, Lasten sowie die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung auf den Berechtigten über.

Schuldrechtlich wird vereinbart, dass die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag mit Wirkung vom Tag des Besitzübergangs zwischen den Vertragsteilen so entstehen, als ob das selbständige Fischereirecht zu diesem Zeitpunkt begonnen hätte.

Das Grundstück ist hinsichtlich der Fischereinutzung nach Erklärung des Veräußerers nicht vermietet oder verpachtet.

3. Nachfolgeklausel

Soweit die Verpflichtungen dieses Vertrages nicht kraft Gesetzes auf Dritte als Rechtsnachfolger des Berechtigten oder des Eigentümers übergehen, ist jeder Vertragsteil verpflichtet, seinem jeweiligen Sonderrechtsnachfolger alle Pflichten aus diesem Vertrag mit jeweiliger Weiterübertragungsverpflichtung aufzuerlegen.

Soweit der Dritte als Rechtsnachfolger in die Verpflichtungen eintritt, ist der andere Vertragsteil verpflichtet, eine befreiende Schuldübernahme auf Kosten des veräußernden Vertragsteils zu genehmigen, falls kein wichtiger Grund entgegensteht, insbesondere Zweifel bestehen bezüglich der künftigen Erfüllung durch den Dritten.

4. Gesamthaftung

Soweit auf einer Seite mehrere Personen stehen, haften sie für die von ihnen übernommenen Verpflichtungen als Gesamtschuldner. Tatsachen, die nur bezüglich eines der Gesamtschuldner vorliegen oder eintreten, wirken für und gegen jeden von ihnen.

VII.

Weitere Grundbucheintragungen

1. Dingliche Einigung

Die Beteiligten sind einig über die Entstehung des selbständigen Fischereirechts gemäß Abschnitt II. mit dem sich aus Abschnitt III. und dem Bayerischen Fischereigesetz ergebenden dinglichen Inhalt an dem in Abschnitt I. genannten Grundstück.

2. Bewilligung und Anträge

Die Beteiligten bewilligen und

beantragen

a)

auf dem Gewässergrundbuchblatt des in Abschnitt I. genannten Grundbesitzes das selbständige Fischereirecht (Abschnitt VII.1.) an erster Rangstelle in Abt. II.

sowie

b)

für das selbständige Fischereirecht die Anlegung eines eigenen Grundbuchblatts i. S. d. Art. 11 Abs. 2 BayFiG sowie in das anzulegende Fischereigrundbuch außer dem selbständigen Fischereirecht

in Abt. II

aa)

die Reallast für den Fischereizins zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers (Abschnitt IV.1.) an erster Rangstelle und

bb)

das Vorkaufsrecht für den jeweiligen Grundstückseigentümer (Abschnitt V.2.) im Nachrang zur Fischereizinsrealast einzutragen.

3. Vormerkung

Variante 1:

Trotz Hinweis des Notars auf die Sicherungswirkung und Dauer bis zur Eintragung des selbständigen Fischereirechts im Grundbuch wünschen die Beteiligten nicht Bewilligung und Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zur Sicherung des Berechtigten.

Ende Variante 1

Variante 2:

Zur Sicherung des Anspruchs des Berechtigten auf Einräumung des selbständigen Fischereirechts bewilligt der Eigentümer und

beantragt

jeder Beteiligte die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 BGB am Gewässergrundstück (Abschnitt I.1.) für den Berechtigten im in Abschnitt II. bezeichneten Berechtigungsverhältnis.

Der Berechtigte bewilligt und

beantragt

deren Löschung mit Eintragung des selbständigen Fischereirechts an erster Rangstelle.

Ende Variante 2

VIII.

Vollzug, Genehmigungen

1.

Der Notar wird umfassend beauftragt und ermächtigt, den Vollzug der Urkunde samt etwaiger Lastenfreistellung zu betreiben und alle zweckdienlichen Erklärungen abzugeben und unter Entwurfsfertigung für alle Beteiligten einzuholen, sowie Anträge zurückzunehmen, abzuändern, erneut zu stellen und Teilvollzug zu beantragen.

2.

Vollzugsmitteilung wird an Beteiligte und Notar erbeten.

IX.

Zusätzliche schuldrechtliche Vereinbarungen

[...]

X.

Kosten und Abschriften

1.

Die Kosten der Urkunde, ihres Vollzugs, Genehmigungen und Katasterfortführung sowie etwa anfallende Steuern trägt der Berechtigte.

Die Kosten einer etwaigen Lastenfreistellung oder Rangrücktritte trägt der Eigentümer.

2.

Von dieser Urkunde erhält:

Ausfertigung:

Grundbuchamt

Beteiligte und Grundbuchberechtigte auf Antrag

Beglaubigte Abschrift:

Eigentümer

Berechtigter

Finanzierungsgläubiger

Einfache Abschriften:

Gutachterausschuss

XI.

Hinweise, Erklärungen

Der Notar hat auf die rechtliche Tragweite hingewiesen, auch auf die zivilrechtlichen Besonderheiten des selbständigen Fischereirechts, ferner auch auf Folgendes:

a) Das selbständige Fischereirecht entsteht erst mit Eintragung im Grundbuch.

b) Die Beteiligten erklären, sich vorab auch über Zweckmäßigkeit eines selbständigen Fischereirechts, der bestellten Rechte sowie Finanzierungsfragen unterrichtet zu haben. Darüber hinaus erklären sie, sich vor Beurkundung über die

öffentlichrechtliche Zulässigkeit des Fischens – sowohl im Grundsatz als auch in Bezug auf den geplanten Umfang – erkundigt zu haben.

[...]

XII.

Vertragsentwurf, Prüfung (§ 17 BeurkG)

Jeder Beteiligte bestätigt, den Vertragsentwurf rechtzeitig vor Beurkundung mit Schreiben vom [...] erhalten zu haben und es bestand ausreichend Zeit zur Prüfung des Inhalts sowie weiterer von den Beteiligten selbst zu klärenden Fragen, auch hinsichtlich Steuern, Finanzierung/Lastenfreistellung, Nutzung, Zustimmungen sowie Zweckmäßigkeit eines selbständigen Fischereirechts, der bestellten Rechte sowie öffentlichrechtlicher Zulässigkeit der Fischerei.

III. Eintragungsbekanntmachung

Angaben zum Eigentümer und den betroffenen Flurstücken (soweit betroffen):

Grundbuchbezirk X-Stadt Blatt 0576:	
Aktuelle Eigentümer:	[...]
Flurstücke:	X-Stadt Flurstück 110/3
Grundbuchbezirk X-Stadt Blatt 0578:	
Aktuelle Eigentümer:	Fischereigemeinschaft X-Stadt e. V., Forellenstraße 7, X-Stadt

1. Gewässergrundstück

Zweite Abteilung (Spalten 1 bis 3)		X-Stadt 0576
LNrE	LNrG	Lasten und Beschränkungen
1	1	Fischereirecht für Fischereigemeinschaft X-Stadt e. V., X-Stadt; mit Bezug auf die Nr. 1 des Fischereigrundbuchs von X-Stadt Blatt 0578; eingetragen am [...]

2. Fischereigrundbuch

Aufschrift	X-Stadt 0578
(Fischereigrundbuch)	

Bestandsverzeichnis (Spalten 1 bis 4)			X-Stadt 0578		
LNrE	LNrG	Bezeichnung der Grundstücke und Rechte	Größe		
			ha	ar	qm
1		Fischereirecht Hintere Au (Baggersee), Flst. 110/3; eingetragen im Grundbuch von X-Stadt Blatt 0576 Abt. II/Ifd. Nr. 1; gemäß Bewilligung vom [...] URNr. [...] / 2012 Notar [...], X-Stadt; angelegt am [...]			

Erste Abteilung (Spalten 1 bis 4)			X-Stadt 0578		
LNrE	Eigentümer	LNrG	Grundlage der Eintragung		
1	Fischereigemeinschaft X-Stadt e. V., X-Stadt	1	Einigung vom [...], eingetragen am [...]		

Zweite Abteilung (Spalten 1 bis 3)			X-Stadt 0578		
LNrE	LNrG	Lasten und Beschränkungen			
1	1	Reallast gemäß Bewilligung vom [...] URNr. [...] / 2012 Notar [...], X-Stadt; eingetragen am [...]			
2	1	Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für den jeweiligen Eigentümer von Flst. 110/3; gemäß Bewilligung vom [...] URNr. / 2012 Notar [...], X-Stadt; eingetragen am [...]			

TAGUNGSBERICHT

Probleme des Rechts der beschränkten Geschäftsfähigkeit

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 25.1.2012

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

Am 25.1.2012 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2011/12 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Probleme des Rechts der beschränkten Geschäftsfähigkeit“. Das Mitglied des Direktoriums der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Hans-Georg Hermann*, begrüßte das Auditorium und führte in das Thema ein. Nach einer kurzweiligen rechtshistorischen Einführung zur Umsetzung des Minderjährigenschutzes im Mittelalter stellte er den ersten Referenten des Abends, den Hamburger Notar Dr. *Malte Ivo*, vor und übergab ihm das Wort.

Der Titel des Referats von *Ivo* lautete „Minderjährige in Familiengesellschaften“. Die Ausführungen betrachteten die verschiedenen Erscheinungsformen einer Familiengesellschaft als Gestaltungsmittel der Vermögensnachfolge. Zunächst verdeutlichte *Ivo* die Vorteile der Gründung einer Familiengesellschaft als Mittel der Vermögensübertragung. Die Eltern könnten sich hierbei über den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse über die Volljährigkeit des beteiligten Kindes hinaus vorbehalten (§§ 709, 710, 714 BGB; §§ 164, 170 HGB). Durch Regelungen zum Ausscheiden aus der Gesellschaft und zur Pauschalierung der Abfindung könne das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff einzelner Gläubiger der Gesellschafter entzogen werden (§ 736 ZPO). Über Regelungen zur beteiligungsdisquotalen Gewinnverteilung sei es schließlich möglich, Substanzwerte bereits auf andere Gesellschafter zu übertragen, während laufende Erträge vollständig der Elterngeneration vorbehalten werden oder nur im Rahmen der einkommensteuerrechtlichen Grundfreibeträge (§ 32a Abs. 1 Nr. 1 EStG) den minderjährigen Gesellschaftern zufließen. Auch biete die wiederholte Anteilsübertragung eine Möglichkeit der gleitenden Übertragung des Gesellschaftsvermögens unter Ausnutzung der steuerlichen Freibeträge (§§ 14, 16 ErbStG). Im Hinblick auf die Vermeidbarkeit von Pflichtteilsansprüchen Dritter durch Abfindungsbeschränkungen verwies *Ivo* auf die bestehenden Unsicherheiten in der Rechtsprechung, die eine solche zumindest problematisch erscheinen lassen.

Anschließend wandte sich *Ivo* den praktischen Überlegungen bei der Rechtsformwahl einer Familiengesellschaft zu. Nach seiner Auffassung sei die Kommanditgesellschaft das Mittel der Wahl. Der Nachteil zwingender Handelsregistereintragung würde über den mit der Eintragung problemlos zu erbringenden Nachweis zu Existenz und Vertretungsregelung der Gesellschaft ausgeglichen. Der Unternehmensgegenstand „Vermögensverwaltung“ sei nach der Handelsrechtsreform 1998 problemlos zulässig und würde darüber hinaus keine Zwangsgliedschaft in der IHK bedingen. Mit Blick auf die Gesellschafterstellung des Minderjährigen verdeutlichte *Ivo* die Vorteile einer Beteiligung des Minderjährigen als Kommanditist. Er verwies neben den die Eltern begünstigenden Vorschriften zur Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (§§ 164, 170 HGB) in diesem Zusammenhang auch auf den Ausschluss der persönlichen Haftung des Minderjährigen für Gesellschaftsverbindlichkeiten bei geleisteter Einlage. Dieser

böte gerade im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren einen bedeutenden Vorteil. Entscheidender Vorteil einer Kommanditgesellschaft sei aber das nach herrschender Meinung fehlende Sonderkündigungsrecht des volljährig gewordenen Kommanditisten. Dieses für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach § 723 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB geltende Sonderkündigungsrecht, welches auch auf die offene Handelsgesellschaft und den persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft Anwendung finde, stelle mit Blick auf die persönliche Entwicklung des Minderjährigen bis zur Volljährigkeit eine Unwägbarkeit dar, die es zu vermeiden gelte. Nachdem dieses Sonderkündigungsrecht unabdingbar sei (§ 723 Abs. 3 BGB) und auch nicht indirekt durch übermäßige Abfindungsbeschränkungen umgangen werden könne, sei die Wahl einer Stellung des Minderjährigen als Kommanditist vorgezeichnet.

Anschließend wandte sich *Ivo* den Problemen einer Beteiligung des minderjährigen Kommanditisten im Gründungsstadium der Gesellschaft zu. Hierbei wies er besonders auf den Vertretungsausschluss der §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB hin, der für beide Elternteile gelte, sobald auch nur ein Elternteil Vertragspartner des Kindes werden soll. Vorab verwies er auf die Rechtsprechung, nach der die Gründung einer Personengesellschaft für den Minderjährigen stets zu einem rechtlichen Nachteil führe; dies gelte selbst dann, wenn dem Minderjährigen dessen Einlage schenkweise überlassen werde. Eine teleologische Reduktion des Vertretungsausschlusses sei im Ergebnis daher nicht möglich. Somit sei ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB bereits dann zu bestellen, wenn nur ein Elternteil an der Gründung der Gesellschaft als Gesellschafter beteiligt werde (§ 181 Alt. 1 BGB). Für den Fall, dass die Gesellschaftsgründung nur durch die minderjährigen Kinder vorgenommen werden soll, könne ein Elternteil zunächst nicht mehrere Kinder vertreten (§ 181 Alt. 2 BGB). Für jedes Kind sei ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen. Für den Fall der Vertretung nur eines der Kinder verwies *Ivo* darüber hinaus auf die Gefahr einer Interessenkollision und gerichtlichen Entziehung der Vertretungsmacht nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3 Hs. 1, 1796 BGB. Mit Blick auf die Rechtsfolgen der unterlassenen Ergänzungspflegerbestellung stellte er klar, dass die schwebende Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages zwar zivilrechtlich über eine Genehmigung des Ergänzungspflegers oder des volljährig gewordenen Kindes mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses geheilt werden könne; steuerrechtlich würde eine solche Genehmigung aber nur für die Zukunft gelten. Die Problematik der familiengerichtlichen Genehmigung eines Gesellschaftsvertrages, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird (vgl. §§ 1643 Abs. 1, 1915 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB) verdeutlichte *Ivo* anhand der fließenden Unterschiede zwischen rein privater Vermögensverwaltung und dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach § 1822 Nr. 3 BGB. Im Hinblick auf die praktisch schwierige Abgrenzung regte er an, stets vorsorglich ein Negativattest einzuholen. Soweit eine familiengerichtliche Genehmigung einzuholen sei, handle es sich um eine Ermessensentscheidung des Gerichts betreffend

die Vorteilhaftigkeit des Vertrages zum Wohl und im Interesse des Mündels. Spätestens an diesem Punkt zeige sich die Vorteilhaftigkeit der Beteiligung des Minderjährigen als Kommanditist. In der Praxis sei eine Genehmigung zur Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter nur schwer zu erlangen; eine Beteiligung als Kommanditist unter gleichzeitiger Schenkung der Einlage sei in der Praxis hingegen wegen der beschränkten Haftung (§ 171 HGB) ohne Weiteres genehmigungsfähig. Die familiengerichtliche Genehmigung wirke zivilrechtlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück. Diese Rückwirkung solle nach Teilen der Literatur auch steuerrechtlich anerkannt werden, soweit sie unverzüglich beantragt und binnen angemessener Frist erteilt würde. Nach *Ivo* kann es indes nur auf die unverzügliche Beantragung ankommen. Eine Erteilung innerhalb angemessener Frist stünde nicht in der Macht der Parteien und könne daher nicht zu ihren Lasten gehen. Ergänzend riet *Ivo* weiterhin dazu, einen Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG zu bestellen.

Unter Verweis auf die geschilderten Problemstellungen bei der Gründung einer Kommanditgesellschaft mit einem minderjährigen Kommanditisten führte *Ivo* schließlich zur Möglichkeit eines derivativen Erwerbs des voll eingezahlten Kommanditanteils durch den Minderjährigen über. In der Literatur mehrten sich die Stimmen, die einen rechtlichen Nachteil für den Minderjährigen verneinten. Die wohl noch herrschende Meinung tendiere aber auch weiterhin dazu, einen lediglich rechtlichen Vorteil wegen des mit dem Anteilserwerb verbundenen Eintritts in ein „Bündel von Rechten und Pflichten“ zu verneinen. Bis zur abschließenden Klärung dieser Frage riet *Ivo* den anwesenden Notaren, auf die Bestellung eines Ergänzungspflegers hinzuwirken. Soweit eine Anteilsübertragung auf mehrere Kinder im Raum stehe, sprach sich *Ivo* gegen eine Bestellung mehrerer Ergänzungspfleger aus, da die bloße Anteilsübertragung keine Rechtsbeziehungen zwischen den Minderjährigen regle. Betreffend eine familiengerichtliche Genehmigung des derivativen Anteilserwerbs durch den Minderjährigen nahm *Ivo* auf die herrschende Meinung Bezug, die § 1822 Nr. 3 BGB auch auf den unentgeltlichen Anteilserwerb anwende. Solange hier keine abschließende Klärung erfolgt sei, riet er zur Einholung der Genehmigung oder eines Negativattests.

Zum Ende seines Referats nahm *Ivo* zu Fragen des Minderjährigenschutzes im Rahmen einer bestehenden Beteiligung als Kommanditist Stellung. Unter Verweis auf die Unmöglichkeit einer Dauerergänzungspflegschaft führte er aus, dass im Rahmen jeder Beschlussfassung der Ausschluss einer Vertretungsbefugnis der Eltern nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB geprüft werden müsse. Dies sei insbesondere dann relevant, wenn die Eltern selbst an der Gesellschaft beteiligt seien oder minderjährige Gesellschafter vertreten würden. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH differenzierte *Ivo* zwischen Tatbeständen, die aus dem Rahmen der Geschäftsführung und der laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten herausfallen und die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses berühren, einerseits und der Geschäftsführung und laufenden Gesellschaftsangelegenheiten andererseits. Nur in erster Fallgruppe sei § 181 BGB anwendbar und die Eltern seien von ihrer Vertretungsmacht ausgeschlossen. Unter Verweis auf eine beispielhafte Aufzählung einschlägiger Einzelfälle bedankte sich *Ivo* bei der Zuhörerschaft und eröffnete eine angeregte Diskussion zu weiteren Vorschlägen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der vorgenommenen Vermögensübertragung.

Das zweite Referat „Die Schenkung und der rechtliche Nachteil“ hielt der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht Professor Dr. *Johannes Hager*. Zunächst

stellte *Hager* nochmals die Bedeutung der Frage des fehlenden rechtlichen Nachteils eines Rechtsgeschäfts nicht nur im Zusammenhang mit § 107 BGB, sondern eben auch im Rahmen einer teleologischen Reduktion von § 181 BGB und § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB heraus. Unter Verweis auf die jüngeren Urteile des BGH aus den Jahren 2004 und 2005 (BGHZ 161, 170; BGHZ 162, 137) skizzierte er die Rechtsprechung des BGH zur Entwicklung der Gesamtbetrachtungslehre (BGHZ 78, 28) und deren endgültige Aufgabe im Jahr 2010 (BGHZ 187, 119). Anknüpfend an letztgenannte Entscheidung bezweifelte *Hager*, dass der dort eingeschlagene Weg geeignet sei, die auftretenden Probleme bei der Schenkung einer vermieteten Eigentumswohnung in den Griff zu bekommen, und formulierte seine These einer Zustimmungspflicht bereits auf der Ebene des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts. Entscheidender Gesichtspunkt bei der Beurteilung eines rechtlichen Nachteils im Rahmen des schuldrechtlichen Geschäfts sei die Konstruktion der gesetzlichen Schuldübernahme. Ließe man die Regelung des § 566 Abs. 1 BGB außen vor, so würde es der Interessenlage der Parteien entsprechen, den Mietvertrag im Wege der rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme auf den Beschenkten übergehen zu lassen. Der Schenker habe wegen des Verlusts des Eigentums an der Wohnung kein weiteres Interesse an seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag. Der Beschenkte habe in der Regel ein Interesse an einem Eintritt in den Mietvertrag. Nur so könne er die vertraglichen Mietzahlungen für sich beanspruchen. Der Mieter wiederum strebe regelmäßig eine Weiternutzung der Wohnung an; ihm sei an einem vertraglichen Recht zum Besitz gegenüber dem Beschenkten gelegen. Soweit man aber eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme annehme, so gehe diese für gewöhnlich mit einem schuldrechtlichen Geschäft einher. Dies folge einerseits aus dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip und andererseits aus der Notwendigkeit einer Kondition bei Vorliegen der allgemeinen Nichtigkeitsgründe. Letztlich ergebe sich das Erfordernis einer schuldrechtlichen Vereinbarung auch aus dem im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme anwendbaren § 417 Abs. 2 BGB. *Hager* legte dar, dass diese Konstruktion einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Vertragsübernahme bei der gesetzlich angeordneten Vertragsübernahme des § 566 Abs. 1 BGB nicht anders sein könne. Dies folge bereits aus dem Schulbeispiel einer zwar im Ergebnis nichtigen Absprache zwischen Schenker und Beschenktem, die Rechtsfolge des § 566 Abs. 1 BGB abzubedinge. Auch die Regelung des § 435 Satz 1 BGB, der über § 523 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Schenkung gilt, gehe davon aus, dass der Beschenkte die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag akzeptiere, im Ergebnis also einer Schuldübernahme zustimme. Dies bedeute aber einen rechtlichen Nachteil. Seine These verdeutlichte *Hager* ergänzend anhand der §§ 647, 648, 401 BGB, denen allen die Idee eines schuldrechtlichen Rechtsgrundes zugrunde liege. Einen abschließenden Beleg für seine These fand *Hager* schließlich in der Rechtsprechung des BGH zur Unbeachtlichkeit weitestgehend theoretisch möglicher außerordentlicher Grundstückslasten und der einen rechtlichen Nachteil begründenden entfernten Gefahr der Übernahme von über einen Nießbrauch beim Schenker verbliebenen Verpflichtungen aus einem Mietvertrag. Während die Pflicht zur Übernahme des Mietvertrages nach Erlöschen des Nießbrauchs letztlich aus der schuldrechtlichen Vereinbarung im Rahmen der Schenkung folge, gebe es für den Fall der öffentlichrechtlichen Lasten, die ja als Folge des Eigentums entstehen, bereits keine schuldrechtliche Pflicht, die der Beschenkte zu übernehmen versprechen könne.

Basierend auf seiner Feststellung eines rechtlichen Nachteils auf der Ebene der schuldrechtlichen Verpflichtung beleuch-

tete *Hager* im Anschluss die Regelung zur Beschränkung der Minderjährigenhaftung nach § 1629a BGB. Nach einführenden Worten zu deren Entstehungsgeschichte im Lichte der Entscheidung des BVerfG vom 13.5.1986 (BVerfGE 72, 155) stellte er die Frage, ob es angebracht erscheine, einen Ergänzungspfleger auch bei der elterlichen Schenkung einer vermieteten Eigentumswohnung einzuschalten. Unter Verweis auf das Gebot der mündelsicheren Anlage verwies *Hager* auf den grundlegenden Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb durch den Minderjährigen. Während in erstem Fall dem Ergänzungspfleger die Aufgabe zukomme, den Abfluss von Vermögen des Minderjährigen in weniger sichere Anlagen zu verhindern, handle der Fall des unentgeltlichen Erwerbs regelmäßig eine bloße Vermögensmehrung beim Minderjährigen. Einer Kontrolle durch den Ergänzungspfleger bedürfe es in diesem Fall nicht. Dies zeige bereits der vergleichbare Fall einer Schenkung des Kaufpreises mit sich hieran anschließendem Immobilienerwerb und Vermietung durch die Eltern als Vertreter des Minderjährigen. Hier scheide eine Beteiligung eines Ergänzungspflegers von vornherein aus. Letztlich habe der Ergänzungspfleger unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden; diese Kontrollfunktion könne aber auch durch die Notare wahrgenommen werden.

Um die Einschaltung eines Ergänzungspflegers zu verneinen, wandte sich *Hager* schließlich wieder der Vorschrift des § 1629a BGB zu, die für den Fall der Schenkung unter teleologischen Gesichtspunkten auf eine Haftung mit dem über-

nommenen Gegenstand zu reduzieren sei. *Hager* bezeichnete die Vorschrift mit Verweis auf die Möglichkeit einer Kahlpfändung des Minderjährigen vor Eintritt der Volljährigkeit ohnehin als missglückt und betonte, dass die von ihm vorgeschlagene Haftungsbeschränkung mit einer der vom BVerfG vorgesehenen Lösungsalternativen in Einklang stehe. Er bezeichnete den Umstand des bereits vermögenden oder später Vermögen erwerbenden Minderjährigen als bloßes Geschenk für künftige Vertragspartner; diese dürften insoweit keinen Vertrauensschutz genießen. Darüber hinaus sei der Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen dem Gläubigerinteresse vorzuziehen. Man vergegenwärtige sich nur den Fall einer mit außergewöhnlichen Altlasten belasteten Wohnung als Schenkungsgegenstand. Dafür, dass der Minderjährige seinen Gläubigern mit anderem Vermögen als dem Schenkungsgegenstand hafte, bestehe kein Anlass.

Hager schlussfolgerte, dass sich mit der im Wege der teleologischen Reduktion des § 1629a BGB vorgenommenen Haftungsbeschränkung auf das übernommene Vermögen das Problem des rechtlichen Nachteils auf schuldrechtlicher Ebene weitestgehend von selbst löse. Durch die beschränkte Haftung des Minderjährigen sei die Einstandspflicht des Minderjährigen für die übernommenen schuldrechtlichen Pflichten von vornherein begrenzt und ein rechtlicher Nachteil scheide aus. Damit sei ein Ergänzungspfleger nicht zu bestellen.

Nach anschließender lebhafter Diskussion hatten die Teilnehmer und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Austausch.

BUCHBESPRECHUNGEN

Spielbauer/Then: WEG. 2. Aufl., ESV, 2011. 1185 S., 98 €

Der Kommentar „Spielbauer/Then. WEG“ liegt frisch in 2. Auflage vor und ist ein rundum gelungenes Werk. Den Verfassern gilt die größte Hochachtung, nur zu zweit den mittlerweile sehr differenzierten Bereich deutschen Wohnungseigentums auf über 1000 Seiten kommentiert zu haben mit zusätzlich spezieller Zusatzinformation für die Praxis zu gesetzlichen Grundlagen und den letzten Gesetzesänderungen. Die Texte lassen erkennen, dass sich die Verfasser auch inhaltlich abgestimmt (und nicht nur zeitgleich abgegeben) haben. Die Kommentierungen sind flüssig, praxisbezogen und regelmäßig gut verständlich. Sie haben die aktuelle Rechtsprechung und viel der mittlerweile unübersichtlich großen Literatur eingearbeitet und zwar sehr leserfreundlich unter sowohl Angabe des Aktenzeichens (für die elektronischen Leser) und zusätzlich einer Printmedien-Fundstelle. Besonders lesenswert und so in der Deutlichkeit noch gar nicht vorhanden sind

die zahlreichen Ausführungen, zum Teil mit Muster, für Kostenverteilung, Jahresabrechnung, Wirtschaftsplan und sonstige Rechnungslegung. Der Kommentar ist auf diese Weise eine große Bereicherung sowohl für die Praxis der Verwaltung von Wohnungseigentum als auch für die Wissenschaft. Natürlich trifft der Leser auch auf Unzweckmäßigkeiten oder gar Fehler. *Then* vertritt etwa in § 18 Rdnr. 7 die Auffassung, dass nur der Miteigentumsanteil des Störers entzogen werden kann, wenn von mehreren Eigentümern einer Wohnung nur einer stört. Das Gesetz gestattet aber nur die Entziehung einer Wohnung als Einheit und rechnet die Störung eines Wohnungseigentümers auch den anderen zu, denn durch Teilungsversteigerung der Wohnung können mehrere Miteigentümer immer die Störung durch nur einen von ihnen verhindern. Das Beispiel will aber nur verdeutlichen, dass die große Linie stimmt und dem Erich Schmidt Verlag mit diesem Kommentar für 98 € ein großer Wurf gelungen ist.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8: Familienrecht II (§§ 1589-1921), SGB VIII. 6. Aufl., Beck, 2012. 2348 S., 269 € (Gesamtabnahmeverpflichtung)

Man kann mit Fug und Recht behaupten, dass der Münchener Kommentar dank seines herausragenden Bandredakteurs (Dr. Dr. h. c. *Dieter Schwab*), aber natürlich auch dank seiner hervorragenden Autoren im Familienrecht Maßstäbe gesetzt hat. Dies gilt auch für den hier zu besprechenden zweiten Band Familienrecht. Dieser erläutert die Bestimmungen zur Verwandtschaft mit den Regelungen zur Abstammung, zur Unterhaltspflicht, zur elterlichen Sorge, zur Adoption sowie zur Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft. Außerdem finden sich Kommentierungen zum SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe – sowie zum Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz. Seit Erscheinen der letzten Auflage waren einige Reformen zu berücksichtigen, z. B. durch das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts, das 3. BtÄndG (gesetzliche Regelung der Patientenverfügung), das FamFG und das Gesetz zur Reform des Personenstandsrechts. Ferner bedurften zahlreiche wichtige Entscheidungen des BVerfG und des BGH einer Einarbeitung, z. B. zur elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder.

Im Kreis der Bearbeiter ergaben sich zur 6. Auflage nur wenige Veränderungen: Frau Prof. *Marina Wellenhofer*, Universität Frankfurt, übernahm insgesamt die Vorschriften über die Verwandtschaft und das Abstammungsrecht. Außerdem werden die §§ 1671-1692 BGB, die bislang durch Herrn Rechtsanwalt PD Dr. *Peter Finger* erläutert wurden, jetzt durch Frau Richterin am KG *Heike Hennemann* kommentiert.

Der Band beginnt mit der Erläuterung der Vorschriften zu Verwandtschaft und Abstammung (Bearbeiterin: *Wellenhofer*). Die übersichtliche Darstellung der Vorschriften zu Verwandtschaft/Schwägerschaft lässt keine Fragen offen. Auch die Ausführungen zur Abstammung tragen der dank moderner Fort-

pflanzungsmethoden immer komplizierter werdenden abstammungsrechtlichen Beurteilung Rechnung. Das Auseinanderfallen von rechtlicher und genetischer Abstammung ist sowohl hinsichtlich der Mutterschaft (vgl. § 1591 Rdnr. 9 ff.) als auch hinsichtlich der Vaterschaft (vgl. § 1592 Rdnr. 18 ff.) ausführlich behandelt. Es finden sich außerdem Ausführungen zu „Babyklappe“ und „anonyme Geburt“ (vgl. § 1591 Rdnr. 40). Schön ist dabei, dass solche Schlüsselbegriffe gleichermaßen im Stichwortverzeichnis zu finden sind, so dass man im Bedarfsfall die wertvollen Erläuterungen auch finden kann.

Äußerst interessant und „up to date“ ist die Kommentierung der neuen Regelung zur Klärung der Abstammungsverhältnisse (§ 1598a BGB), die den Status des Kindes – anders als die Vaterschaftsanfechtung – unberührt lässt. Die Vorschrift will dem berechtigten Anliegen des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung und dem ebenso berechtigten Anliegen des Kindes, von heimlichen Vaterschaftstests verschont zu bleiben, Rechnung tragen. Hier sind Regelungsanlass, die Vorgaben des BVerfG und der Gang der Gesetzgebung vorbildlich so dargestellt, dass man sich schnell ein zuverlässiges Bild über die Problematik verschaffen kann. Dabei mangelt es nicht an – der m. E. begründeten – verfassungsrechtlichen Kritik der Autorin am Ausschluss des leiblichen Vaters von der neu geschaffenen Abstammungsklärmöglichkeit (vgl. § 1598a Rdnr. 10).

Für den Notar besonders informative Ausführungen finden sich in dem von *Wellenhofer* bearbeiteten Teil ferner in § 1600 Rdnr. 33 ff. zum Ausschluss des Vaterschaftsanfechtungsrechts gemäß § 1600 Abs. 5 BGB in den Fällen konsentierter Fremdinsemination (künstliche Befruchtung mit Spendersamen eines Dritten). In der Praxis werden Notare immer wieder mit Vereinbarungen hierüber befasst und müssen dann über die rechtlichen Folgen der Erklärungen belehren. Insgesamt legt *Wellenhofer* damit eine sehr ausführliche, fundierte und gut lesbare (also rundum sehr gelungene) Kommentierung vor.

Dem folgt die Kommentierung von *Born* zum Verwandtenunterhalt (§§ 1601 ff. BGB). Die aus notarieller Sicht vor allem bedeutsamen Unterhaltsfragen des Elternunterhalts und der „indirekten Schwiegerohn-Haftung“ (vgl. § 1601 Rdnr. 9 ff.; bei der es sich eigentlich um eine „Schwiegerkind-Haftungsproblematik“ handelt), sind in ihren wesentlichen Grundzügen dargestellt. Insgesamt ist die Kommentierung solide, kann aber im Einzelfall den Blick in eine Monographie wohl nicht ersetzen.

Die §§ 1616 ff. bis 1625 BGB (Rechtsverhältnis zwischen Eltern und dem Kind, vor allem Kindesnamensrecht) sind durch v. *Sachsen Gessaphe* kommentiert. In den interessanten Ausführungen zum Recht des Kindesvornamens kann man u. a. nachlesen, warum man seine Tochter zwar nicht „Borussia“, wohl aber „Bavaria“ nennen darf (vgl. Anhang nach § 1618 Rdnr. 16).

In der Kommentierung des Rechts der elterlichen Sorge (§§ 1626 ff. BGB) von *Huber* sind vor allem die Ausführungen zu § 1626a BGB (elterliche Sorge der nicht miteinander verheirateten Eltern, Sorgeerklärungen) hervorzuheben. Denn das BVerfG (FamRZ 2010, 1403) hat entschieden, dass § 1626a Abs. 1 Nr. 1 nicht mit Art. 6 Abs. 2 GG (Elternrecht des Vaters) vereinbar ist, da es dem nichtehelichen Vater bislang einen Weg zur gemeinsamen elterlichen Sorge nur mit Zustimmung der Mutter eröffnet. Hierzu findet sich eine für die Praxis hilfreiche, ausführliche Kommentierung der grundlegenden Entscheidungen und der Übergangsregelungen bis zur Neufassung der Vorschriften durch den Gesetzgeber. Ärgerlich ist allerdings, dass sich ab § 1631a BGB auf über 70 Seiten in der Kopfzeile ein nicht gerade kleiner Druckfehler (der bei den Korrekturen eigentlich hätte auffallen müssen) eingeschlichen hat: Neben dem Paragraphen steht jeweils „RelKERzG“, wobei dieses Gesetz lediglich im Anhang zu § 1631 BGB kommentiert ist. Dies ist beim Blättern sehr verwirrend.

Die §§ 1741 ff. BGB in der Kommentierung von *Maurer* bieten einen guten Überblick über die adoptionsrechtlichen Vorschriften. Eher kurz geraten ist aber die Behandlung aktueller adoptionsrechtlicher Probleme, wie beispielsweise die Frage der Zulässigkeit der Fremdadoption durch eingetragene Lebenspartner (vgl. vor § 1741 Rdnr. 27, § 1741 Rdnr. 49, § 1742 Rdnr. 13), da z. B. weder die Entscheidung des OLG Hamm zur Unzulässigkeit der Sukzessivadoption (OLG Hamm, NJW 2010, 2065 = FamRZ 2010, 1260 m. Anm. *Grziwotz* = DNotZ 2010, 698 m. Anm. *G. Müller* = FamFR 2010, 47 m. Anm. *Milzer*) noch die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde (BVerfG, 1 BvR 3247/09) genannt werden. Auch im Hinblick auf die aktuelle Entscheidung des BGH zur Namensführung bei Ehegatten mit Begleitnamen nach Volljährigenadoption (BGH, NJW 2011, 3094 = MittBayNot 2012, 49), die in § 1757 Rdnr. 18 zitiert ist, hätte man sich eine weitere inhaltliche Auseinandersetzung mit der bis dato sehr umstrittenen Thematik gewünscht. Die steuerlich motivierte Volljährigenadoption, die in den letzten Jahren die Gerichte zunehmend beschäftigt hat, findet keinerlei Erwähnung. Damit wird dieser Teil des Kommentars dem selbst gesetzten Ziel des Münchener Kommentars, die „aktuelle Orientierung der Praxis mit wissenschaftlicher Vertiefung zu verbinden“ (vgl. das Vorwort von Herausgeber, Bandredakteur und Verlag), m. E. nicht gerecht.

Positiv hervorzuheben ist dagegen die Kommentierung von Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft (ab §§ 1773 ff. BGB) durch *Wagenitz*, der die praktisch relevanten Aspekte

mit wissenschaftlichem Anspruch darzustellen weiß. Erfreulich ist aus notarieller Sicht z. B. seine Neubearbeitung des § 1828 BGB (Erklärung der Genehmigung) unter besonderer Berücksichtigung des Verfahrens, wobei auch die Notarliteratur zuverlässig ausgewertet wurde.

Grundlegend ist auch (immer) die Kommentierung von *Schwab* zum Betreuungsrecht (§§ 1896 ff. BGB). Daher konnte man die Neuauflage schon mit Spannung erwarten, da sich durch das 3. BtÄndG (gesetzliche Regelung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht) einige Änderungen ergeben haben und vieles nach wie vor sehr kontrovers diskutiert wird. Eine der großen Streitfragen ist z. B., welche Anforderungen an die Bestimmtheit der Maßnahme im Sinne von § 1901a Abs. 1 BGB zu stellen sind. Hierzu referiert *Schwab* unter sorgfältiger Auswertung der Literatur den Streitstand (vgl. § 1901a Rdnr. 17), ohne ein eigenes „Konzept“ zu präsentieren. Er tendiert aber zu einer eher restriktiven Handhabung und akzeptiert als Folge, dass viele der bisher empfohlenen Formulare wohl zu allgemein gehalten sind, um als Patientenverfügung im Sinne von § 1901a Abs. 1 BGB anerkannt zu werden (vgl. § 1901a Rdnr. 20). Diese Ansicht, die von einigen anderen namhaften Autoren geteilt wird (vgl. *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, 426 ff.), verursacht bei mir nach wie vor ein gewisses Unbehagen, weil sich dies als Einfallstor zur Herabstufung der Beachtlichkeit der Patientenverfügung bzw. der Entwertung des Patientenwillens herausstellen könnte (vgl. *G. Müller*, DNotZ 2010, 169 ff.). Andererseits betont auch *Schwab* die Vorrangigkeit des Patientenwillens und die Bedeutung der Patientenautonomie, indem er dem Betreuer eine exklusive oder vorrangige Entscheidungskompetenz über die Geltung der in einer Patientenverfügung niedergelegten Entscheidung des Betreuten abspricht; *Schwab* lehnt sogar die Erforderlichkeit der Betreuerbestellung ab, wenn eine den konkreten Fall treffende Patientenverfügung vorliegt, da der Patient seine Entscheidung bereits selbst getroffen habe und keine Vertretermitwirkung erforderlich sei (vgl. § 1901a Rdnr. 25 ff.). Kritik äußert *Schwab* zu Recht auch an der „eigentümlichen Bestimmung“ des § 1901b BGB, die den erforderlichen „dialogischen Prozess“ zwischen Arzt und Betreuer sicherstellen will (Verhinderung einer „Automatik“ der Patientenverfügung). Die Vorschrift wurde im Gesetzgebungsverfahren ganz am Schluss eingefügt, um auch die letzten Gegner des Gesetzes noch „ins Boot“ zu holen und eine Mehrheit von Abgeordneten für die Verabschiedung des Gesetzes zu gewinnen.

Betrachtet man nunmehr zusammenfassend die Kommentierungsleistung der verschiedenen Autoren, so lassen sich durchaus Unterschiede feststellen. Dies ist allerdings ein für Mehrpersonenwerke typisches Problem und ändert nichts daran, dass im Schnitt auch die 6. Auflage dem schon bislang guten Ruf des Münchener Kommentars im Familienrecht voll gerecht wird. Das Buch verdient daher eine klare Anschaffungsempfehlung.

Als Manko empfinde ich allerdings die Gesamtabnahmeverpflichtung für alle Bände, die mit einem Gesamtpreis von etwa 3.000 € zu Buche schlägt. Da lässt sich nachvollziehen, wieso immer mehr Nutzer auf die Online-Version des Münchener Kommentars unter beck-online.de zurückgreifen. Diese Entwicklung ist aber zugleich auch schade: Denn ein Buch ist ein Buch, und die umfassende Information, die es bietet, lässt sich bei der stets punktuellen Recherche im Internet leider nicht annähernd erschließen.

Rechtsanwältin Dr. *Gabriele Müller*, Würzburg

**Bormann/Kauka/Ockelmann (Hrsg.):
Handbuch GmbH-Recht. 2. Aufl., ZAP, 2011.
1108 S. + CD-ROM, 128 €**

Das nunmehr in der 2. Auflage vorliegende Handbuch zum GmbH-Recht widmet sich vor allem den Änderungen, die das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch das MoMiG erfahren hat. Das Werk verfolgt den Anspruch, einen umfassenden und an den praktischen Bedürfnissen orientierten Überblick über das GmbH-Recht zu vermitteln. In insgesamt 15 Kapiteln wird das Recht der GmbH von der Gründung über die Kapitalaufbringung und -erhaltung bis hin zur Auflösung und Liquidation abgehandelt; auch ein Kapitel zur Besteuerung der GmbH ist enthalten.

Dabei ist auf der einen Seite positiv herauszustellen, dass dem praktischen Anspruch entsprechend, ausgewählte Fragen, die durch das MoMiG aufgeworfen wurden, an den Anfang der Bearbeitung gestellt und anhand aktueller Rechtsprechung abgehandelt werden. Gerade in diesem Bereich hätte sich der Praktiker allerdings häufiger eine eindeutige Antwort auf die aufgeworfenen Fragen gewünscht; die Bearbeitung begnügt sich demgegenüber nicht selten damit, Problemkreise zu beschreiben, ohne eine (eigene) Lösung zu präsentieren, was angesichts des ebenfalls verfolgten wissenschaftlichen Anspruches des Buches zu erwarten gewesen wäre. Besonders augenfällig wird dies etwa bei der durch das MoMiG wieder befeuerten Diskussion um die Frage der Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen, bei der die Autoren auch innerhalb des Buches offenbar keine Einigkeit erzielt haben. *Bormann* hält diese – weitgehend ohne Begründung – weiterhin für zulässig, rät aber gleichzeitig, den Mandanten auf die Risiken einer Auslandsbeurkundung hinzuweisen (S. 7/8). Dies ist für die Praxis sicherlich wenig hilfreich. *Schulze Steinen* hingegen verneint mit sorgfältiger Begründung – lediglich der

pauschale Hinweis auf die „deutlich höheren Kosten einer Beurkundung in Deutschland“ (S. 493) ist aus notarieller Sicht in der Form kaum nachvollziehbar – die Gleichwertigkeit einer Auslandsbeurkundung (S. 494 f.). Beiden Autoren ist sicherlich zuzugeben, dass die Frage höchstrichterlich nicht geklärt ist; gleichwohl wäre aus Praktikersicht hier eine einheitliche Linie wünschenswert gewesen.

Zu Recht kritisch wird die Einführung des Musterprotokolls für die Gründung einer GmbH beurteilt (S. 19 ff.). Die sich in der Praxis ergebenden Folgefragen werden – gerade aus Sicht des Praktikers – gut nachvollziehbar dargestellt. Zu begrüßen ist auch der klare Hinweis, dass das Musterprotokoll für Mehrpersonengesellschaften ungeeignet ist. Im Rahmen der sonst gut gelungenen Darstellung der relevanten Fragen in Bezug auf die Gründung wäre aus Sicht des Praktikers möglicherweise hier und da ein Hinweis auf Möglichkeiten zur „Rettung“ von Problemfällen wünschenswert gewesen, etwa bei verfrühter Einzahlung der Stammeinlage. Gerade in diesem Zusammenhang fällt wieder eine gewisse Uneinheitlichkeit der Bearbeitung auf: Während *Oppenhoff* (S. 38) die Reihenfolge bei der Bargründung zutreffend schildert (Beurkundung der Gründung – Eröffnung eines Kontos für die Gesellschaft in Gründung – Einzahlung), soll nach *Bormann* auch die Eröffnung eines Kontos bereits vor Beurkundung der Gründung möglich sein (S. 171). Dies ist zumindest zweifelhaft.

Abschließend lässt sich feststellen, dass das Handbuch gerade aus praktischer Sicht einen gelungenen Überblick über das GmbH-Recht mit allen seinen Facetten verschafft. Der Leser vermag von den offensichtlich reichlich vorhandenen Erfahrungen der Autoren in diesem Bereich zu profitieren. Das Handbuch vermag daher eine wertvolle Bereicherung der Fachbibliothek des Praktikers darzustellen.

Notar Dr. *Christoph Suttman*, LL.M. (Columbia), Hof

**Hauschild/Kallrath/Wachter (Hrsg.): Notarhand-
buch Gesellschafts- und Unternehmensrecht.
Beck, 2011. 1750 S., 169 €**

Ziel des Werkes ist es ausweislich des Vorwortes, „die notarielle ‚best practice‘ im Gesellschafts- und Unternehmensrecht herauszuarbeiten und fortzuentwickeln“ und dem Leser in allen Fragestellungen dieses Spezialbereichs notarieller Tätigkeit eine Hilfestellung zu bieten. Zu diesem Zweck wird inhaltlich ein weiter Bogen gespannt, der beginnend mit der Rolle des Notars im Gesellschaftsrecht und der Zusammenarbeit mit Mandanten und sonstigen Beteiligten auch Hinweise zur Beratung im Rahmen der Rechtsformwahl gibt. Nach Ausführungen zum Register- und Beurkundungsrecht werden sämtliche deutschen Personen- und Kapitalgesellschaftsformen – einschließlich der SE – eingehend erläutert, wobei GmbH und AG entsprechend ihrer Stellung in der Praxis auch inhaltlich einen Schwerpunkt der Darstellung bilden, und sodann rechtsformübergreifende notarrelevante Themenbereiche wie Konzernrecht, Unternehmenskauf und Unternehmensumstrukturierungen überblicksmäßig dargestellt. Abgerundet wird das Werk mit Kapiteln zu Existenz- und Vertretungsnachweisen in- und ausländischer Gesellschaften, zur Unternehmensnachfolge sowie zum Familien-, Minderjährigen- und Insolvenzrecht. Der Kreis der nicht weniger als 34 Autoren setzt sich ganz überwiegend aus Notaren sowie

Praktikern aus Anwaltschaft und Richterschaft zusammen. Die Beiträge befinden sich auf dem Stand von Juli 2011.

Inhaltlich kann das Werk die aufgrund des Titels und des Vorwortes geweckten Erwartungen, in allen Bereichen des Gesellschafts- und Unternehmensrechts Rede und Antwort zu stehen, durchaus erfüllen. Im täglichen Umgang mit dem Handbuch wird kaum eine auftretende Fragestellung nicht zumindest kurz angesprochen oder erläutert und somit ein Ansatzpunkt für eine – teilweise freilich erforderliche – vertiefte Betrachtung geliefert.

So wird im Rahmen der Ausführungen zur Gestaltung von Satzungen bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung – ganz im Sinne einer für den Praktiker wünschenswert umfassenden Darstellung – auch auf Spezialfragen eingegangen, die sich dem Notar zumindest nicht täglich stellen dürften. Kommentiert wird z. B. die Frage, ob die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH im Innenverhältnis zur Gesellschaft beschränkt werden kann. Zu dieser Problematik werden zunächst kurz die Grundsätze der Geschäftsführerhaftung gegenüber der Gesellschaft erläutert und sodann die Möglichkeit einer haftungsbeschränkenden Vereinbarung erörtert. Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil vom 16.9.2002, II ZR 107/01, NJW 2002, 3777) sind solche Vereinbarungen grundsätzlich zulässig. Sie können im Geschäftsführerdienstvertrag, in einem Gesellschafterbeschluss (so zu-

mindest die überwiegende Auffassung in der Literatur) oder in der Satzung getroffen werden. Weiter weisen *Hauschild/Kallrath* darauf hin, dass die Haftung im Bereich des § 43 Abs. 3 GmbHG sowie wegen Verletzung der §§ 9a, 9b, 57 Abs. 4, 64 GmbHG und der §§ 34 AO, 15a InsO, 266a StGB und wegen Vorsatzes, § 276 Abs. 3 BGB, nicht eingeschränkt werden kann. Abgerundet wird die Darstellung durch einen Formulierungsvorschlag für eine Haftungsbeschränkung in der GmbH-Satzung.

Gerade im Interesse des Notars (und aller Beteiligten) an einem schnellen und reibungslosen Vollzug notarieller Urkunden ist es sicherlich eines der Ziele der Verfasser, im Rahmen eines Praxishandbuchs auf mögliche „Stolpersteine“ hinzuweisen. Als ausgesprochen hilfreich erweisen sich dabei die zu vielen Themen erstellten „Checklisten“, die jeweils die wichtigsten Punkte knapp und übersichtlich zusammenfassen. Auch ansonsten werden die für die Praxis relevantesten Streitfragen angesprochen und erörtert (so z. B. hinsichtlich der von den Registergerichten unterschiedlich beurteilten Frage, wann die Änderung des Geschäftsjahres einer GmbH in das Handelsregister eingetragen worden sein muss; hierzu § 13 Rdnr. 179).

Jedoch soll im Rahmen der Anmeldung einer Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unmittelbar mit der Anmeldung der Satzungsänderung bereits die berichtigte Gesellschafterliste mit der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG, freilich mit der Anweisung, diese erst nach Eintragung der Satzungsänderung in den Registerordner aufzunehmen (§ 13 Rdnr. 516), dem Registergericht eingereicht werden. Obwohl

gewichtige Stimmen in der Literatur (etwa *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1051a) dem zustimmen, besteht nicht zuletzt aufgrund anderslautender Rechtsprechung (Thüringer OLG, Beschluss vom 28.7.2010, 6 W 256/10, MittBayNot 2010, 490 m. w. N. und unter Hinweis auf den Wortlaut des § 40 Abs. 2 GmbHG) zumindest die Gefahr, dass das Registergericht die (wohl treuhänderische) Annahme der Gesellschafterliste ablehnt. Zu Problemen dürfte in diesem Zusammenhang auch die jüngste Rechtsprechung des OLG München (Beschluss vom 26.1.2012, 31 Wx 13/12, MittBayNot 2012, 234) führen, wonach der Notar bei seiner Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbH nicht ohne Weiteres an die zuletzt in den Registerordner eingestellte Liste anknüpfen darf, sondern (nach den Umständen des Falles) an die – inhaltlich – aktuellste Liste anknüpfen muss. Änderungen im Gesellschafterbestand zwischen Anmeldung der Kapitalmaßnahme und deren Eintragung in das Handelsregister könnten vom Notar bei dem vorgeschlagenen Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Indes stellt die vorbezeichnete Unschärfe die Ausnahme dar und kann den positiven Gesamteindruck des Werkes nicht trüben.

Als Fazit kann festgestellt werden, dass das Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht zu Recht im Handapparat vieler Notare einen festen Platz als kompaktes und praxisorientiertes Nachschlagewerk finden wird. Anders als es der Titel erwarten lässt, kann das Werk durchaus auch für Unternehmensjuristen und anwaltliche Berater, die mit „notariellen“ Fragestellungen konfrontiert sind und entsprechende Entwürfe vorzubereiten haben, von Interesse sein.

Notarassessor *Martin Stemmer*, München

Sommer: Beck'sche Musterverträge. Band 14: Die Gesellschaftsverträge der GmbH & Co. KG, 4. Aufl., Beck, 2012. 360 S. + CD-ROM, 39,80 €

Die Beck'schen Musterverträge haben sich ausweislich der Beschreibung des Verlags zum Ziel gesetzt, „Vertragsmuster und allgemeinverständliche Erläuterungen zu ausgewählten wichtigen Rechtsfragen anzubieten“, ohne dabei in juristische Vertiefungen vorzudringen. Diesem Anspruch wird *Sommer* mit seinem Werk zur GmbH & Co. KG gerecht, wobei seine Ausführungen in den meisten Fällen durchaus juristischen Tiefgang beweisen. Das Werk ist in vier Abschnitte geteilt: Einführung, Vertragstexte, Vertragstexte mit Erläuterungen und Checklisten. Den Einführungsteil darf man mit seinen 59 Seiten keineswegs mit einer Einleitung verwechseln. Vielmehr werden neben den verschiedenen Erscheinungsformen einer GmbH & Co. KG (u. a. Einheits-GmbH & Co. KG, doppelstöckige GmbH & Co. KG, Publikums-GmbH & Co. KG, vermögensverwaltende GmbH & Co. KG) ausgewählte gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte einer GmbH & Co. KG behandelt. Im gesellschaftsrechtlichen Teil vertritt *Sommer* überzeugend die Ansicht, dass eine UG (haftungsbeschränkt) Komplementärin einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG sein kann, ohne dass dadurch gegen die gesetzliche Thesaurierungspflicht verstoßen würde (§ 5a Abs. 3 GmbHG). Zwar wird man der Gegenmeinung zugestehen müssen, dass mit der geringen Komplementär-Haftungsvergütung die UG (haftungsbeschränkt) faktisch niemals den vom Gesetzgeber avisierten GmbH-Status erreichen wird.

Daraus aber zu schließen, der UG (haftungsbeschränkt) eine so hohe Haftungsvergütung zukommen zu lassen, um hieraus eine gesetzliche Rücklage bilden zu können, würde zu einer nicht per Gesetz anordenbaren Gewinnerwirtschaftungspflicht führen. Im gesellschaftsrechtlichen Teil finden sich auch einige Hinweise zu den Notar- und Handelsregistergebühren bei der Gründung einer GmbH & Co. KG. Diese Ausführungen sind zumindest unvollständig. Der Notar wird bei Fragen in diesem Bereich aber im Zweifel ohnehin zu anderen Werken greifen.

Einen guten Überblick bieten die Erläuterungen zu den steuerlichen Aspekten einer GmbH & Co. KG. Insbesondere kann man als Notar schnell Antworten finden (ohne freilich eine steuerliche Beratung zu übernehmen) zu den von Mandanten immer wieder aufgeworfenen Fragen des steuerlichen Vergleichs Personengesellschaft vs. Kapitalgesellschaft, der Verlustausgleichsbeschränkung bezüglich anderer Einkunftsarten nach § 15a EStG oder der Gewerbesteuerbelastung (Entlastungskonzept des § 35 EStG). Etwas ausführlichere Erläuterungen hätte man sich zu der seit 2008 eingeführten Thesaurierungsbegünstigung für nicht entnommene Gewinne einer Personengesellschaft (§ 34a EStG) gewünscht. Zwar weist *Sommer* wohl zur Recht darauf hin, dass die hohen formellen Hürden (§ 34a EStG greift nur bei einer Beteiligungsquote des Kommanditisten von mindestens 10 % oder einem Gewinnanteil von mindestens 10.000 €) und die Komplexität der Regelung dazu geführt hätten, dass die Thesaurierungsbegünstigung sich in der Praxis bislang nicht durchgesetzt hätte. Gleichwohl wäre für den betroffenen Vertragsgestalter

ein Textbaustein im KG-Vertrag zu den verschiedenen Varianten einer Thesaurierung von Interesse gewesen. § 14 der Vertragstexte behandelt lediglich die Frage, inwieweit eine Thesaurierungsbegünstigung das Steuerentnahmerecht beeinflusst.

Im Teil B. werden die Vertragstexte ohne Erläuterungen, im Teil C. die (identischen) Vertragstexte mit Erläuterungen dargeboten. Diese Systematik verwirrt etwas und bläht das Werk auf. Wenn der Autor Volltextmuster anbieten möchte, so würde es der Übersichtlichkeit dienen, diese in einem gesonderten Anhang darzustellen. Die Vertragstexte gehen vom Gesellschaftsvertrag einer typischen GmbH & Co. KG aus. Dabei werden zahlreiche Varianten in den jeweiligen Abschnitten angeboten, so dass der Vertragsgestalter zu allen Erscheinungsformen einer GmbH & Co. KG fündig wird. Zu den Sonderfragen, die mit einer Einheits-GmbH & Co. KG verbunden sind, findet sich ein extra Muster mit den entsprechenden Abweichungen. Abschließend wird der Gesellschaftsvertrag einer Komplementär-GmbH dargestellt. Die Satzungstexte inklusive der jeweiligen Varianten bieten dem Kautelarjuristen einen schnellen Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten der Satzungsfassung. Dies hilft sowohl bei der Beratung des Mandanten als auch bei der späteren Erstellung der Satzung. So stellt *Sommer* etwa in § 17 die

denkbaren Möglichkeiten der Vererbung von KG-Anteilen durch einfache und qualifizierte Nachfolgeklauseln, einfache und modifizierte Fortsetzungsklauseln oder Eintrittsklauseln dar; in § 13 finden sich zahlreiche Varianten zur Gewinnverwendung und Ergebnisverteilung, in § 20 zu Abfindungsklauseln. Mit besonderem Interesse liest der Notar den Abschnitt „Vorsorgevollmacht“. Danach sind die Gesellschafter verpflichtet, eine Spezialvollmacht zur Ausübung und Wahrnehmung der Gesellschafterrechte zu errichten. Die Klausel ist durchdacht. Insbesondere ist berücksichtigt, dass eine Vollmacht namentlich bei Grundlagengeschäften der Gesellschaft an ihre Grenzen stößt. Daher ist vorgesehen, dass die Ausübung der Vollmacht, mit Ausnahme von Vermögensrechten (z. B. die Geltendmachung von Gewinnansprüchen), von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängt. Diese Zustimmung wiederum muss die Gesellschafterversammlung erteilen, wenn Bevollmächtigter eine nach dem KG-Vertrag nachfolgeberechtigte Person ist.

Fazit: Das Buch beantwortet sicher und schnell Fragen, die bei Abfassung eines KG-Vertrags auftauchen. Bei Detailfragen wird es weitergehende Literatur nicht ersetzen können – das ist aber auch nicht der Anspruch des Werks.

Notar Dr. *Sebastian Franck*, LL.M. (Kapstadt), Neu-Ulm

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 463, 467 (*Auslösung des Vorkaufsfalls durch Einbringung der Sache in eine Gesellschaft und Übertragung der Geschäftsanteile*)

1. **Bringt der Verpflichtete die mit einem Vorkaufsrecht belastete Sache in eine von ihm beherrschte Gesellschaft ein und überträgt er anschließend die Geschäftsanteile entgeltlich an einen Dritten, kann eine den Vorkaufsfall auslösende kaufähnliche Vertragsgestaltung vorliegen.**
2. **Der Verpflichtete kann die Erstreckung des Vorkaufs auf andere Gegenstände als diejenigen, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, nicht schon deshalb verlangen, weil ein Verkauf im „Paket“ für ihn vorteilhaft ist, sondern nur dann, wenn sich infolge der Trennung der vorkaufsbelasteten Sache kein adäquater Preis für die verbleibenden Gegenstände erzielen lässt.**

BGH, Urteil vom 27.1.2012, V ZR 272/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Den Klägern gehört seit 1986 eine Eigentumswohnung nebst Stellplatz in Form eines Wohnungs- und Teilerbbaurechts. Zu ihren Gunsten besteht ein dingliches Vorkaufsrecht für alle Fälle des Verkaufs des Erbbaugrundstücks.

Über das Vermögen der ursprünglichen Eigentümerin des Erbbaugrundstücks (nachfolgend: Schuldnerin) wurde 2001 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zu 3 als Insolvenzverwalter bestellt. Dieser bot den Klägern einen ihrem Wohnungs- und Teilerbbaurecht entsprechenden Miteigentumsanteil an dem Grundstück zum Kauf an. Das lehnten die Kläger ab, weil ihnen der Preis zu hoch erschien, während andere Wohnungserbbauberechtigte entsprechende Angebote akzeptierten.

Mit notariellem Vertrag vom 24.3.2005 übertrug der Beklagte zu 3 das Eigentum an dem Erbbaugrundstück und an weiteren 86, ebenfalls mit Erbbaurechten belasteten Grundstücken unentgeltlich an die Beklagte zu 1, einer unmittelbar zuvor gegründeten GmbH & Co. KG. Mit weiterem notariellen Vertrag vom selben Tag übertrug der Beklagte zu 3 die Geschäftsanteile an der Beklagten zu 1 und an deren Komplementärin zum Preis von 25.000 € für die GmbH-Anteile und von 7,44 Mio € für die Kommanditanteile auf die V. AG. Die Beklagte zu 1 verwaltet seither die Erbbaurechte für die V. AG.

Die Kläger, die aufgrund der am 24.3.2005 geschlossenen Verträge den Vorkaufsfall für eingetreten halten, haben das Vorkaufsrecht ausgeübt. Ihre Klage, mit der sie von den Beklagten zu 1 und zu 3 u. a. die Übertragung des ihrem Wohnungs- und Teilerbbaurecht entsprechenden Miteigentumsanteils an dem Erbbaugrundstück Zug um Zug gegen Zahlung von 14.860,79 € verlangen, ist in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte zu 3 beantragt, verfolgen die Kläger ihre Anträge weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, durch die Einbringung des Erbbaugrundstücks in die Beklagte zu 1 und die anschließende Übertragung von deren Geschäftsanteilen auf die V. AG sei der Vorkaufsfall nicht eingetreten. Ein Kaufvertrag über das Grundstück sei nicht geschlossen worden. Es liege auch kein Umgehungsgeschäft vor. Die Übertragung der Geschäftsanteile auf die V. AG habe nicht nur dazu gedient, die Rechtsträgerschaft an einem einzelnen Grundstück gegen Entgelt zu verändern; vielmehr sei ein Unternehmen mit dem

Zweck der Gewinnerzielung durch das Generieren von Erbbauzinsen verkauft worden. Das zeige sich auch daran, dass die Beklagte zu 1 die Erbbaurechte dauerhaft verwalte.

II.

Die Revision ist begründet. Hinsichtlich der im Verhandlungstermin nicht vertretenen Beklagten zu 1 ist dies durch Versäumnisurteil auszusprechen, welches jedoch inhaltlich auf einer Sachprüfung beruht (vgl. Senat, Urteil vom 4.4.1962, V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81).

1. Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht den Eintritt des Vorkaufsfalls und hält deshalb alle mit der Klage verfolgten Ansprüche für unbegründet.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats eröffnet § 463 BGB (§ 504 BGB a. F.) nicht nur dann die Ausübung des Vorkaufsrechts, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten formell einen Kaufvertrag über den mit dem Vorkaufsrecht belasteten Gegenstand geschlossen hat. Vielmehr gebietet eine interessengerechte Auslegung der Norm, sie auch auf solche Vertragsgestaltungen zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten anzuwenden, die bei materieller Betrachtung einem Kauf im Sinne des Vorkaufsrechts so nahe kommen, dass sie ihm gleichgestellt werden können, und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seines Erwerbs- und Abwehrinteresses „eintreten“ kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen zu beeinträchtigen (Senat, Urteil vom 11.10.1991, V ZR 127/90, BGHZ 115, 335, 339 f. = MittBayNot 1992, 37; Urteil vom 20.3.1998, V ZR 25/97, NJW 1998, 2136, 2137 = MittBayNot 1998, 334; Urteil vom 26.9.2003, V ZR 70/03, NJW 2003, 3769 = MittBayNot 2004, 187).

Eine kaufähnliche Vertragsgestaltung in diesem Sinne kann gegeben sein, wenn der Verpflichtete die mit einem Vorkaufsrecht belastete Sache in eine von ihm beherrschte Gesellschaft einbringt und anschließend die Geschäftsanteile entgeltlich an einen Dritten überträgt (vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 1992, 461, 462; MünchKommBGB/Westermann, 6. Aufl., § 463 Rdnr. 19a; *Soergel/Wertenbruch*, BGB, 13. Aufl., § 463 Rdnr. 47). Maßgeblich ist auch hier, ob ein interessengerechtes Verständnis der gewählten Vertragsgestaltung zu dem Ergebnis führt, dass allen formellen Vereinbarungen zum Trotz der Wille der Vertragsschließenden auf eine Eigentumsübertragung (auch) der vorkaufsbelasteten Sache gegen Zahlung eines bestimmten Preises gerichtet war (vgl. Senat, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 70/03, NJW 2003, 3769, 3770 = MittBayNot 2004, 187); mehrere Verträge sind dabei in ihrem Zusammenhang zu betrachten (Senat, Urteil vom 15.6.1957, V ZR 198/55, WM 1957, 1162, 1165).

b) Zu Unrecht hält das Berufungsgericht diese Voraussetzungen hier nicht für gegeben. Mit der Einbringung der Grundstücke in die Beklagte zu 1 und dem Verkauf der Anteile an dieser Gesellschaft beabsichtigte der Beklagte zu 3, einen Teil der Insolvenzmasse zu verwerten, indem er diese gegen Übertragung des Eigentums zu Geld machte. Auch aus Sicht der V. AG handelte es sich um ein kaufähnliches Rechtsgeschäft. Das zeigt sich daran, dass das wirtschaftliche Ergebnis der Transaktion kein anderes gewesen wäre, wenn der Insolvenzverwalter die 87 Grundstücke an die V. AG verkauft und diese anschließend eine Verwaltungsgesellschaft gegründet und die Grundstücke darin eingebracht hätte.

Anders als das Berufungsgericht meint, lässt sich diese Bewertung nicht unter Hinweis darauf in Frage stellen, nicht der

Verkauf der Grundstücke habe im Vordergrund gestanden, sondern die Übertragung eines – durch die Ausgliederung eines Betriebsteils der Schuldnerin in die Beklagte zu 1 entstandenen – Unternehmens mit dem Zweck der Gewinnerzielung durch die Einnahme von Erbbauzinsen. Hierbei wird bereits verkannt, dass die Veräußerung eines Unternehmens, welches keinen anderen Zweck hat, als die in seinem Eigentum stehenden Grundstücke zu verwalten, wirtschaftlich dem Verkauf dieser Grundstücke gleichsteht. Im hier zu beurteilenden Fall kommt hinzu, dass ein solches selbständiges Unternehmen zu keiner Zeit existierte; denn die Beklagte zu 1 ist erst am Tag des Verkaufs der Gesellschaftsanteile und damit erkennbar zwecks Verwertung der Grundstücke gegründet worden. Dass mit den Anteilen an der Beklagten zu 1 eine Sachgesamtheit auf die V. AG übertragen wurde, ist für den Eintritt des Vorkaufsfalls ohne Bedeutung (vgl. § 467 BGB). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es schließlich ohne Belang, dass die Beklagte zu 1 noch existiert. Denn die Feststellung, was durch den Verkauf von Gesellschaftsanteilen bewirkt werden soll, hängt nicht davon ab, wie der Käufer dieser Anteile nach dem Erwerb mit der Gesellschaft und deren Vermögen verfährt.

2. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

a) Entgegen der Auffassung des Beklagten zu 3 scheidet der gegen ihn gerichtete Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem der Wohnung der Kläger zugeordneten oder zuzuordnenden Miteigentumsanteil nicht daran, dass die Beklagte zu 1 zwischenzeitlich als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden ist. Ausgeschlossen wäre der Anspruch nur dann, wenn dem Beklagten zu 3 die Leistung deshalb unmöglich geworden wäre (§ 275 Abs. 1 BGB). Dies setzt voraus, dass sich das durch die Veräußerung eingetretene Leistungshindernis nicht durch einen Rückerwerb des Grundstücks bzw. des Miteigentumsanteils, auf das sich das Vorkaufsrecht der Kläger bezieht, beheben lässt (vgl. Senat, Urteil vom 30.10.2009, V ZR 42/09, NJW 2010, 1074, 1075 Rdnr. 11). Hierzu ist nichts festgestellt.

b) Dem Anspruch steht nicht die Vorschrift des § 471 BGB entgegen, wonach das Vorkaufsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Verkauf aus der Insolvenzmasse erfolgt. Ein dingliches Vorkaufsrecht, wie es nach den getroffenen Feststellungen hier besteht, kann auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Insolvenzverwalter aus freier Hand verkauft wird (§ 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB); dem steht die Eigentumsübertragung aufgrund kaufähnlichen Rechtsgeschäfts gleich.

III.

Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

1. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil bislang keine Feststellungen dazu getroffen worden sind, ob das zugunsten der Kläger bestehende dingliche Vorkaufsrecht auf einem ihrem Wohnungs- und Teilerbbaurecht entsprechenden Miteigentumsanteil des Grundstücks lastet oder ob es aus anderen Gründen zu dem Erwerb eines solchen Anteils berechtigt; ferner stehen Feststellungen zu der Ausübung des Vorkaufsrechts (§§ 464, 469 BGB) und zu dem Inhalt des mit den Klägern ggf. zustande gekommenen Kaufvertrages (§§ 464 Abs. 2, 467 Satz 1 BGB) aus.

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Ein Nachteil im Sinne von § 467 Satz 2 BGB (§ 508 Satz 2 BGB a. F.), der den Beklagten zu 3 zu dem Einwand

berechtigte, der Vorkauf müsse auf alle 87 Grundstücke oder auf alle Miteigentumsanteile des vorkaufsbelasteten Grundstücks erstreckt werden, ist nicht schon im Wegfall der Vorrechte zu sehen, die sich aus der Veräußerung der Grundstücke im „Paket“ ergeben. Grundsätzlich bestimmt das Vorkaufsrecht, und nicht der den Vorkaufsfall auslösende Vertrag, welche Gegenstände der Berechtigte erwerben kann; er ist deshalb in der Ausübung seines Rechts nicht gehindert, wenn der vorkaufsbelastete Gegenstand als Teil einer Sachgesamtheit veräußert wird (vgl. Senat, Urteil vom 23.6.2006, V ZR 17/06, BGHZ 168, 152, 157 f. Rdnr. 23 f.). Die Bestimmung des § 467 Satz 2 BGB, die aus Gründen der Billigkeit den Nachteil berücksichtigt, welcher mit der Trennung des vorkaufsbelasteten Gegenstands von der Sachgesamtheit verbunden sein kann, ist als Ausnahme von diesem Grundsatz restriktiv zu handhaben. Kein Nachteil im Sinne dieser Vorschrift ist es, wenn der Mengenverkauf für den Vorkaufsverpflichteten vorteilhafter war als ein Einzelverkauf; denn mit der Auflösung des „Paketes“ musste der Verpflichtete angesichts des Vorkaufsrechts von vornherein rechnen. Die Erstreckung des Vorkaufs auf sämtliche Gegenstände kann der Verpflichtete nur dann verlangen, wenn sich infolge der Trennung des vorkaufsbelasteten Gegenstands kein adäquater Preis für die verbleibenden Sachen erzielen lässt (vgl. *Soergel/Wertenbruch*, BGB, 13. Aufl., § 467 Rdnr. 9). So kann es beispielsweise liegen, wenn zusammen mit dem vorkaufsbelasteten Grundstück eine isoliert nicht sinnvoll nutzbare Fläche oder ein speziell für ein Haus angefertigter Einrichtungsgegenstand verkauft worden ist.

b) Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, auf sachdienliche Anträge hinzuwirken (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Dabei ist zu beachten, dass ein gemäß § 464 Abs. 2 BGB zustande gekommener Kaufvertrag zwischen den Klägern und dem Beklagten zu 3 als dem Verfügungsberechtigten über das Vermögen der aus dem Vorkaufsrecht verpflichteten Schuldnerin bestünde, so dass sich ein Auflassungsanspruch nur gegen den Beklagten zu 3 richten kann.

Hilfsansprüche, die dazu dienen, die Eigentumsumschreibung auf die Kläger zu ermöglichen (§ 1098 Abs. 2 i. V. m. § 888 Abs. 1 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 11.10.1991, V ZR 127/90, BGHZ 115, 335 = MittBayNot 1992, 37, sowie *Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdnr. 988 ff.), kommen gegen die Beklagte zu 1 in Betracht, da sie – und nicht die wirtschaftlich als Käuferin der Grundstücke anzusehende V. AG – als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist. Entsprechendes gilt für zwischenzeitlich erfolgte Belastungen der Sache (vgl. Senat, Urteil vom 20.3.1998, V ZR 25/97, NJW 1998, 2136, 2138 = MittBayNot 1998, 334).

2. BGB §§ 876, 877; ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2; WEG §§ 3, 8; GBO § 19 (*Kein Zustimmungserfordernis der Grundpfandgläubiger bei Begründung von Wohnungseigentum*)

Auch nach Einführung des Rangklassenprivilegs für Wohngeldansprüche (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG) bedarf die Begründung von Wohnungseigentum nicht der Zustimmung der Gläubiger, deren Grundpfandrechte auf dem ganzen Grundstück lasten.

BGH, Beschluss vom 9.2.2012, V ZB 95/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit Erklärung vom 24.11.2010 teilte der Antragsteller ein ihm gehörendes, mit Grundpfandrechten belastetes Grundstück nach § 8 WEG in Wohnungseigentum und beantragte die Eintragung der Aufteilung in das Grundbuch.

Das Grundbuchamt hat die Zustimmung der Grundpfandgläubiger zu der Aufteilung verlangt. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller den Antrag auf Vollzug der Teilung weiter.

Aus den Gründen:

II.

Das Beschwerdegericht hält die Zustimmung der Grundpfandgläubiger zur Vollziehung der Teilungserklärung für erforderlich. Da bei einer Vollstreckung in das Grundstück Forderungen wegen rückständigen Wohngelds im Umfang von 5 % des festgesetzten Verkehrswerts Vorrang vor den Grundpfandrechten hätten (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG), führe die Aufteilung in Wohnungseigentum zu einer Änderung des Haftungsobjekts und erfordere deshalb gemäß den §§ 876, 877 BGB die Zustimmung der Grundpfandgläubiger.

III.

Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Der Vollzug der Teilungserklärung des Antragstellers ist nicht von der Zustimmung der Grundpfandgläubiger abhängig.

1. Richtig ist, dass die Eintragung einer Rechtsänderung die Bewilligung der dinglich Berechtigten gemäß § 19 GBO erfordert, welche nach materiellem Recht der Änderung zustimmen müssen (Senat, Beschluss vom 14.6.1984, V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 347). Unzutreffend ist aber die Annahme des Beschwerdegerichts, bei der Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG handle es sich um die Inhaltsänderung eines Rechts, die in entsprechender Anwendung der §§ 876, 877 BGB der Zustimmung der Grundpfandgläubiger bedürfe.

a) Die Bestimmungen der §§ 876, 877 BGB schützen in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich den Inhaber eines Rechts an einem Grundstück (Zweigrecht), welches ein anderes an diesem Grundstück bestehendes Recht (Hauptrecht) belastet, indem sie die rechtsgeschäftliche Aufhebung und Änderung des Hauptrechts von seiner Zustimmung abhängig machen. Der Grundgedanke der Vorschrift ist einleuchtend: Ein Recht darf nicht ohne Zustimmung seines Inhabers geändert werden, wobei eine solche Änderung schon darin liegt, dass der Gegenstand, auf den sich das Recht bezieht, verändert wird (BGH, Urteil vom 9.6.1969, III ZR 231/65, MDR 1969, 916).

Ein Recht an einem Grundstück kann allerdings nur ein beschränktes dingliches Recht sein, nicht dagegen das Eigentum selbst (Senat, Beschluss vom 14.6.1984, V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346). Auf die – reale oder ideelle – Teilung des Eigentums finden die §§ 876, 877 BGB daher keine Anwendung. Auch bedürfen Grundpfandgläubiger in einem solchen Fall keines Schutzes durch ein Zustimmungserfordernis; denn ihr Interesse an der Erhaltung des Gegenstands, auf den sich ihr Recht bezieht, ist dadurch gewährleistet, dass das Grundpfandrecht an den neu entstandenen (realen oder ideellen) Teilen als Gesamtrecht und damit in der Summe an dem gesamten Grundstück fortbesteht (§ 1132 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. §§ 1114, 1192 Abs. 1 BGB).

b) Nach zutreffender, allerdings nicht unumstrittener Auffassung ist auch die Aufteilung eines Grundstücks nach § 8 WEG ebenso wie die Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG als Teilung des Vollrechts anzusehen, auf welche die Vorschriften über die Änderungen eines belasteten Rechts weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden sind (BayObLGZ 1958, 273, 278 f.; OLG Stuttgart, NJW 1954, 682, 683; OLG München, NJW 2011, 3588; *Staudin-*

ger/Rapp, 2005, § 8 Rdnr. 3; *Briesemeister* in Weitnauer, WEG, 9. Aufl., § 3 Rdnr. 74; *Elzer* in Riecke/Schmid, WEG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 23; *Krause* in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 1; *Bärmann/Pick*, WEG, 19. Aufl., § 8 Rdnr. 10; *Timme/Kral*, WEG, § 8 Rdnr. 23; *Heinemann*, ZfIR 2011, 255, 256). Der Schutz der Grundpfandgläubiger wird auch hier dadurch bewirkt, dass sich ihr Recht kraft Gesetzes in ein Gesamtgrundpfandrecht an den entstehenden Wohnungseigentums-einheiten umwandelt und damit an dem gesamten, in seiner Substanz unveränderten Haftungsobjekt fortbesteht (vgl. Senat, Urteil vom 28.5.1976, V ZR 203/75, NJW 1976, 2340, 2341; BGH, Urteil vom 30.1.1992, IX ZR 64/91, NJW 1992, 1390; für die Unterteilung von Wohnungseigentum Senat, Beschluss vom 17.1.1968, V ZB 9/67, BGHZ 49, 250).

Die Gegenauffassung, die eine entsprechende Anwendung der §§ 876, 877 BGB befürwortet (so insbesondere *Staudinger/Gursky*, 2007, § 877 Rdnr. 43; RGRK-BGB/*Augustin*, 12. Aufl., § 3 WEG Rdnr. 9; *Becker/Schneider*, ZfIR 2011, 545, 548; *Kesseler*, NJW 2010, 2317; *ders.*, ZNotP 2010, 335; vgl. auch BayObLG 1957, 102, 115), vermag nicht zu überzeugen. Für einen Gläubiger, dessen Grundpfandrecht auf dem gesamten Grundstück lastet, wirkt die Begründung von Wohnungseigentum wie eine gemischt reale-ideelle Aufteilung des Vollrechts in Alleineigentum an bestimmten Raumeinheiten und Bruchteilsmiteigentum an dem übrigen Grundstück (vgl. Senat, Beschluss vom 17.1.1968, V ZB 9/67, BGHZ 49, 250, 251, 253; siehe auch *Weitnauer*, DNotZ 1960, 115, 123). Sie lässt die Möglichkeit der Vollstreckung in das gesamte Grundstück – in Gestalt des Zugriffs auf alle Wohnungseigentumsrechte – unberührt. Demgemäß bedürfen, solange ein Recht als Gesamtpfandrecht auf allen Einheiten lastet, auch nachfolgende Änderungen im Verhältnis von Sonder- und Gemeinschaftseigentum nicht der Zustimmung des Pfandgläubigers (vgl. BayObLGZ 1991, 313, 317; BayObLGZ 1993, 166, 168 f. = MittBayNot 1993, 214).

c) Anders verhält es sich nur, wenn selbständig belastete Miteigentumsanteile nach § 3 WEG umgewandelt werden. Hier hat die Begründung von Wohnungseigentum zur Folge, dass sich das Belastungsobjekt von einem Miteigentumsanteil im Sinne von § 1008 BGB in einen Anteil am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer bestimmten Raumeinheit wandelt, welcher durch das zugunsten der übrigen Miteigentümer begründete Sondereigentum beschränkt ist. Demgemäß entspricht es allgemeiner Auffassung, dass bei einer selbständigen Belastung eines Miteigentumsanteils die Begründung von Wohnungseigentum in entsprechender Anwendung der §§ 876, 877 BGB der Zustimmung des Grundpfandgläubigers bedarf (vgl. BayObLGZ 1958, 273, 279; MünchKommBGB/*Commichau*, 5. Aufl., § 3 WEG Rdnr. 9; *Armbrüster* in *Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 2 Rdnr. 26).

d) Aus demselben Grund sind die genannten Vorschriften entsprechend anzuwenden, wenn der Gegenstand oder der Inhalt von selbständig belastetem Wohnungseigentum verändert wird. Hierzu zählen die Begründung von Sondernutzungsrechten (vgl. Senat, Beschluss vom 14.6.1984, V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, sowie Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 11/77, BGHZ 73, 145), die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum oder umgekehrt (vgl. BayObLGZ 1991, 313) und die Änderung der mit dem Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteile (vgl. BayObLGZ 1993, 166, 168 = MittBayNot 1993, 214).

2. Daran, dass die Begründung von Wohnungseigentum nicht der Zustimmung der Grundpfandgläubiger bedarf, deren Rechte auf dem gesamten Grundstück lasten, hat sich durch die Einführung des Rangklassenprivilegs für rückständiges

Wohngeld in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007 (BGBl I, S. 370) nichts geändert (im Ergebnis ebenso KG, ZfIR 2011, 254 = MittBayNot 2011, 301; OLG Oldenburg, Rpfleger 2011, 318; OLG München, NJW 2011, 3588; *Schneider*, ZNotP 2010, 299; *Heinemann*, ZfIR 2011, 255, 256; a. A. *Kessler* in Timme, WEG, § 3 Rdnr. 30; *ders.*, NJW 2010, 2317; wohl auch *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 8 WEG Rdnr. 1). Zwar führt dieses Privileg zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung der Grundpfandgläubiger, weil sie nach der Aufteilung des Grundstücks im Fall der Zwangsvollstreckung mit vorrangigen Ansprüchen aus der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG rechnen müssen. Einer entsprechenden Anwendung der §§ 876, 877 BGB steht aber das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke entgegen (zu deren Notwendigkeit Senat, Beschluss vom 14.6.2007, V ZB 102/06, NJW 2007, 3124 Rdnr. 11 m. w. N.). Das Vorrecht für Wohngeldansprüche betrifft nach dem Willen des Gesetzgebers auch Grundpfandrechte, die vor der Gesetzesänderung begründet worden sind (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 44). Es wirkt somit – da es vor der Gesetzesänderung einhelliger Auffassung entsprach, dass ein Grundstückseigentümer zur Teilung seines Grundstücks gemäß § 8 WEG nach materiellem Recht nicht der Zustimmung der Grundpfandgläubiger bedurfte (vgl. *Staudinger/Gursky*, 2007, § 877 Rdnr. 62; *Armbrüster* in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 2 Rdnr. 23, jeweils m. w. N.) – auch zulasten von Gläubigern, die der Umwandlung des ursprünglich ungeteilten Haftungsobjekts in Wohnungseigentum nicht zugestimmt haben. Das lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber das Recht des Eigentümers, sein Grundstück ohne Zustimmung der dinglichen Gläubiger in Wohnungseigentum aufzuteilen (vgl. BayObLGZ 1958, 273, 278 f.), nicht beschränken wollte. Andernfalls stünden die Grundpfandgläubiger eines erst nach Inkrafttreten des Rangklassenprivilegs geteilten Grundstücks besser als die von einer früheren Aufteilung betroffenen, ohne dass sich hierfür ein sachlicher Grund fände (so zutreffend OLG München, NJW 2011, 3588, 3589).

(...)

Anmerkung:

Mit seinem Beschluss vom 9.2.2012, V ZB 95/11, hat der BGH betätigt, dass die wohnungseigentumsrechtliche Aufteilung einer Immobilie keiner Zustimmung eines Globalgläubigers bedarf; eine Ausnahme gilt bei Teilung nach § 3 WEG nur, wenn – statistisch selten – die Miteigentumsanteile unterschiedlich belastet sind.

1. Die Entscheidung führt zutreffend die Rechtsauffassung aus der Zeit vor der WEG-Novelle 2007 fort (so schon BayObLG, Beschluss vom 14.10.1958, BReg 2 Z 119-127/58, BayObLGZ 1958, 273, und *Staudinger/Rapp*, 13. Aufl. 2005, § 8 WEG, Rdnr. 3). Sie lässt nicht nur die generellen Schwierigkeiten der Praxis bei Adaption einer Gesetzesänderung erahnen, sondern auch eine wachsende akademisch pointierte Behandlung praktischer Probleme (so schon beklagt zur Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG in der Urteilsanmerkung, DNotZ 2012, 11, 12). Wieder war es nicht der Gläubiger, der einen Missstand beklagt hätte, sondern das Grundbuchamt, das aus einer versteigerungsrechtlichen Gesetzesänderung wohnungseigentumsrechtliche Konsequenzen folgert. Auslöser war die Einführung des besonderen Vorrechts in der Versteigerung für Ansprüche aus wohnungseigentumsrechtlichem Hausgeld gemäß dem 2007 neu eingeführten § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG, und zwar vorrangig zu Grundpfandgläubigern (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG).

Dabei war die Kreditwirtschaft ausdrücklich im Gesetzgebungsverfahren beteiligt und hat sich nicht aktiv eingebracht und zwar auch nicht bei der mindestens ebenso einschneidenden Änderung in § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG. Danach bedarf die Änderung der Gemeinschaftsordnung nur in engen Ausnahmen noch der Mitwirkung eines Grundpfandgläubigers. Im Ergebnis ist diese Passivität nur scheinbar und mutmaßlich Ausfluss der Überlegung, dass die Kreditwirtschaft sowohl den kleinen Versteigerungsnachteil von bis zu 5 % des Wohnungswerts (zum Vergleich: bis zu fünf Jahren im österreichischen Recht; §§ 27 Abs. 1 Nr. 1 öWEG, 216 Abs. 1 Nr. 3 öEO) im Interesse sachgerechter Verwaltung und damit einer funktionierenden Wohnungswirtschaft billigt als auch bei Änderungen der Gemeinschaftsordnung dem regelmäßig allstimmig erzielten und trotz vieler Einzelinteressen gefundenen Wohnungseigentümerbeschluss das Vertrauen grundsätzlicher Richtigkeit entgegenbringt. Vor allem aber kann die Kreditwirtschaft sich durch Kündigungs- und andere Darlehensschutzklauseln ausreichend sichern.

2. Der BGH wiederholt in seiner Begründung frühere Feststellungen, dass §§ 876, 877 BGB ausschließlich vom Eigentum abgeleitete Rechte – „Zweigrechte“ – eines Grundstücksgläubigers schützen (Tz. 6), und nicht das Grundstück – das „Hauptrecht“ – selbst betreffen (Tz. 7). Die reine Teilung eröffnet vielmehr einem Gläubiger die Option, nach seiner Wahl im Weg des Gesamtausgebots wie vor Teilung die Immobilie als Ganze oder einzelne Einheiten zur Versteigerung zu bringen (§§ 1132 Abs. 1 BGB, 63 ZVG).

In Konsequenz dazu besteht eine Zustimmungspflicht, wenn selbständig belastete Miteigentumsanteile nach § 3 WEG umgewandelt werden. Hier wandelt sich das Belastungsobjekt von einem „normalen“ zu einem wohnungseigentumsrechtlichen Miteigentumsanteil mit der Folge, dass nun auch das darauf ruhende Recht betroffen ist (Tz. 10).

3. Der BGH anerkennt, dass die Neufassung einen Grundpfandgläubiger im Einzelfall schlechterstellen könne. Der Gesetzgeber habe dies aber ausdrücklich gewollt. Nur planwidrige Gesetzeslücken würden aber eine Analogie begründen können (Tz. 12).

Ein Teil der Literatur (etwa *Bub/von der Osten*, FD-MietR 2012, 330155) bemängelt, dass die Gesetzesänderung echte und damit verfassungswidrige Rückwirkung für Aufteilungen vor der Gesetzesnovelle habe (Art. 20 Abs. 3 GG). Ob das BVerfG dies auch so würdigen würde, ist andererseits keineswegs eindeutig, hat der Gesetzgeber doch nur Sachverhalte novelliert, die nach Inkrafttreten der Neuregelung entstehen und dann zu einer zwar geänderten Rechtsfolge führen, die aber durchaus in Entwicklungen fußt, die im allgemeinen Wirtschaftsleben angelegt oder jedenfalls durch die Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) erfasst sind. Das Rückwirkungsverbot schützt Vertrauen in den Bestand einer Rechtslage, nicht notwendig aber in ihre statische Unabänderbarkeit. Jedenfalls in den mündlichen Ausschussverhandlungen war die verfassungsrechtliche Thematik diskutiert und vom BMJ als verfassungsgerecht bewertet worden. Eingebunden war der damalige Senatsvorsitzende Dr. *Wenzel*. Mindestens seinem damaligen Kollegen und späteren Nachfolger Prof. Dr. *Krüger* waren die damaligen Diskussionen bekannt. Das Schweigen des BGH impliziert also mutmaßlich eine materielle Bewertung von Verfassungsgemäßheit und verkennt die Thematik nicht.

Selbst wenn man grundsätzlich die Novelle als „unzulässig rückwirkend“ würdigt, muss sich der Umfang nicht auf alle vorausgehenden wohnungseigentumsrechtlichen Aufteilungen erstrecken. Hat der Gläubiger sein Recht erst unter aktu-

ellem Recht erworben, hat er nie guten Glauben in die vorherige Rechtslage gehabt. Bei Grundschulden ist darüber hinaus zu fragen, ob nicht vielmehr auf die ihr zugrunde liegende darlehensmäßige Beleihung abzustellen ist. Stellt man auf den Darlehensabschluss ab, könnte man einem Darlehensgeber die Erwägung entgegenhalten, dass er die Rechtsverschlechterung zur nach den meisten Darlehensverträgen zulässigen Darlehenskündigung hätte nehmen können und nicht getan hat. Die – ausgebliebene – Einbringung der Kreditwirtschaft ins damalige Gesetzesänderungsverfahren lässt darauf schließen, dass die Kreditwirtschaft in ihrer Mehrheit die Änderung als nur sachgerechte gesetzliche Fortschreibung einer allgemeinen Entwicklung verstanden hat. Mindestens Österreich hat zeitlich vor Deutschland ein im Zweifel größeres Vorzugspfandrecht der Wohnungseigentümergeinschaft gesetzlich eingeführt und dabei auch keine Gegenvorstellung der Kreditwirtschaft erlebt – so jedenfalls im mündlichen Beitrag von Prof. Dr. Johannes Stabentheimer vom österreichischen Bundesjustizministerium auf der Tagung des ESWiD (Evangelischer Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis, Nürnberg) zusammen mit der Universität Innsbruck auf der wohnungseigentumsrechtlichen Tagung in Obergurgl vom 23. bis 25.3.2012.

4. Für die notarielle Praxis stellt die BGH-Entscheidung nicht nur eine – erleichternde – Bestätigung dar. Sie ist aber auch Hinweis darauf, dass sich jedenfalls in Situationen eines wirtschaftlich veranlassten Notverkaufs die Hinweispflicht des Notars (§ 17 Abs. 1 BeurkG) auf die Gefahr erstrecken kann, dass die Wohnung für Wohngeldrückstände ihres Verkäufers im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG haftet. Die Haftung trifft den Erwerber zwar nicht persönlich, aber doch wirtschaftlich über die Immobilie. Faktisch kann er die Gefahr durch Befragung des Verwalters mindern. Der Verwalter ist zwar nicht dem Erwerber auskunftsverpflichtet, sondern allenfalls dem verkaufenden Wohnungseigentümer. Erhält der Erwerber aber vom Verwalter keine befriedigende Auskunft und verweigert der Veräußerer die Abtretung seines Auskunftsanspruchs, ist die Gefahr eines Rechtsmangels so konkretisiert, dass sich wohl aus Treu und Glauben ein angemessenes Zurückbehaltungsrecht ableiten lässt. Daneben hat der Verwalter wohl seine Pflicht verletzt, bei der Forderungsbeitreibung nach Kräften zu helfen.

Notar Dr. Heinrich Kreuzer, München

3. BGB §§ 1093 Abs. 1, Abs. 3, 1041 (*Kostenbeteiligung des dinglichen Wohnungsrechtsinhabers an Gemeinschaftsanlagen*)

1. **Der Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts hat sich an den Kosten zu beteiligen, die dem Eigentümer durch die gewöhnliche Unterhaltung der zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen entstehen (Fortführung von Senat, BGHZ 52, 234 = NJW 1969, 1847).**
2. **Die anteilig auf seine Wohnung entfallenden verbrauchsabhängigen Kosten von Heizung und Warmwasserbereitung trägt der Wohnungsberechtigte auch dann, wenn er die Wohnung nicht nutzt.**

BGH, Urteil vom 21.10.2011, V ZR 57/11

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin bestellte 1989 zugunsten des Beklagten ein unentgeltliches dingliches Wohnungsrecht an einer in ihrem Haus befindlichen Wohnung. Seit dem Jahr 2000 nutzt der

Beklagte die Wohnung nicht mehr. Die Klägerin, die seit 2003 Eigentümerin des Hauses ist, forderte von dem Beklagten erfolglos Zahlung aufgrund von Abrechnungen über die Kosten für Heizung und Warmwasserbereitung für die Zeiträume 2006/2007 und 2007/2008, in denen die entstandenen Kosten zu 30 % als Grundkosten verbrauchsunabhängig nach Wohnfläche und zu 70 % verbrauchsabhängig umgelegt wurden. Mit der Klage hat die Klägerin aus diesen Abrechnungen nur anteilige Grundkosten in Höhe von insgesamt 1.582,73 € geltend gemacht, nämlich 744,82 € für das Jahr 2006/2007 und 837,91 € für das Jahr 2007/2008. Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat ihr das LG unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen in Höhe von 1.345,32 € stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Anschlussrevision der Klägerin hat die umfassende Verurteilung des Beklagten nach den Schlussanträgen in der Berufungsinanz zum Ziel. Jede Partei beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenseite.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, der Wohnungsberechtigte habe zwar im Grundsatz nur die von ihm verursachten Kosten zu tragen. Ihn treffe aber die Erhaltungspflicht nach § 1093 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1041 BGB. Dazu gehöre auch die Beheizung in der kalten Jahreszeit, die voraussetze, dass die notwendigen Anlagen betriebsbereit und funktionsfähig seien. Selbst wenn der Wohnungsberechtigte die Wohnung nicht nutze und keine Heizenergie verbrauche, verursache er daher die Grundkosten der Heizung. Der Anspruch sei aber gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV um 15 % zu kürzen, weil der frei zugängliche Zähler „andere Verbräuche eines Nachbarn“ erfasst habe.

II.

1. Die Revision hat keinen Erfolg. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die verbrauchsabhängigen Grundkosten der Heizung zu tragen, hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Das gilt auch für die Grundkosten der Warmwasserbereitung, die das Berufungsgericht ohne Begründung zugesprochen hat.

a) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien nicht – wie es schuldrechtlich möglich wäre (vgl. Senat, Urteil vom 25.9.2010, V ZR 36/09, NJW 2009, 3644 Rdnr. 9 m. w. N.) – vereinbart, dass der Beklagte die Grundkosten der Heizung und der Warmwasserbereitung zu tragen hat.

b) Allerdings hat der Wohnungsberechtigte trotz der Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts verbrauchsabhängige Kosten wie Strom, Wasser und Heizung zu tragen, weil es sich nicht um Kosten der Wohnung, sondern um die erst durch die Ausübung des Wohnungsrechts verursachten Kosten ihrer Nutzung handelt (BeckOK-BGB/Wegmann, 2011, § 1093 Rdnr. 26; MünchKommBGB/Joost, 5. Aufl., § 1093 Rdnr. 9; Palandt/Bassenge, 70. Aufl., § 1093 Rdnr. 10). Ob die Grundkosten der Heizung und Warmwasserbereitung dazu gehören, wenn der Wohnungsberechtigte die Wohnung tatsächlich nutzt, kann dahinstehen. Denn diese Kosten beruhen – wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt richtig erkannt hat – jedenfalls dann nicht auf einem Verbrauch, wenn es an einer solchen Nutzung fehlt. Grund hierfür ist, dass 30 % bis 50 % der Gesamtkosten für Heizung und Warmwasserbereitung verbrauchsunabhängig umgelegt werden müssen (§ 7 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 1 HeizkostenV in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung; im Folgenden: HeizkostenV), was dem nicht durch das Nutzerverhalten beeinflussbaren Kostenanteil Rechnung tragen soll (Danner/Theobald/Schumacher, Ener-

gierecht, 2011, § 7 HeizkostenV Rdnr. 5 f.). Dies hat zur Folge, dass der auf die Wohnung des Beklagten bezogene Anteil an diesen Grundkosten nicht auf die Inhaber anderer Wohnungen umgelegt werden kann, sondern auch ohne Nutzung auf seine Wohnung entfällt.

c) Aus der Pflicht des Wohnungsberechtigten, für die gewöhnliche Unterhaltung der Wohnung zu sorgen (§ 1093 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1041 Satz 2 BGB), kann nicht – wie das Berufungsgericht meint – hergeleitet werden, dass er diese Grundkosten zu tragen hat. Für die Warmwasserbereitung ist ohnehin nicht ersichtlich, inwieweit sie der Erhaltung der Wohnung dienen sollte. Nichts anderes gilt für die Grundkosten der Heizung, weil die Kostentragungspflicht des Wohnungsberechtigten nur so weit wie seine Erhaltungspflicht reicht. Die Bereitstellung einer funktionsfähigen Heizung ist keine Maßnahme der gewöhnlichen Erhaltung. Sie ist ebenso wie die Installation der Heizungsanlage lediglich Voraussetzung dafür, dass die Wohnung infolge der Beheizung erhalten werden kann. Nichts anderes ergibt sich aus dem Hinweis des Berufungsgerichts auf den drohenden Verfall der Bausubstanz. Durch die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft der Heizung wird die Wohnung für sich genommen weder erhalten noch wird ihr Zustand verbessert. Dazu bedürfte es der Beheizung der Wohnung selbst, die verbrauchsabhängige Kosten nach sich ziehen würde.

d) Eine Pflicht des Wohnungsberechtigten, anteilige verbrauchsunabhängige Kosten von Heizung und Warmwasserbereitung zu tragen, leitet der Senat aber aus dem Umstand her, dass die Zentralheizung ebenso wie die Warmwasserbereitungsanlage zu den gemeinschaftlichen Anlagen im Sinne von § 1093 Abs. 3 BGB gehört.

aa) Ob der Wohnungsberechtigte verpflichtet ist, sich an den Kosten der gewöhnlichen Unterhaltung von gemeinschaftlichen Anlagen zu beteiligen, ist umstritten. Der Senat hat diese Frage bislang offen gelassen (Senat, Urteil vom 4.7.1969, V ZR 37/66, BGHZ 52, 234, 236 f.). Die überwiegende Ansicht geht von einer Pflicht zur Beteiligung an Betriebs- und Unterhaltungskosten aus (*Erman/Grziwotz*, BGB, 13. Aufl., § 1093 Rdnr. 15; *MünchKommBGB/Joost*, 5. Aufl., § 1093 Rdnr. 14; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 1093 Rdnr. 13; *RGRK/Rothe*, BGB, 12. Aufl., § 1093 Rdnr. 8; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1093 Rdnr. 9; *Staudinger/Mayer*, 2009, § 1093 Rdnr. 33; für die gleichlautende Vorschrift des § 33 Abs. 3 WEG *Timme/Munzig*, WEG, § 33 Rdnr. 28; anders *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., Rdnr. 1257: nur Beteiligung an Betriebskosten). Andere sehen für eine Kostenbeteiligung keine gesetzliche Grundlage (*BeckOK-BGB/Wegmann*, 2011, § 1093 Rdnr. 25; vgl. auch LG Hamburg, MDR 1963, 218).

bb) Mit der überwiegenden Auffassung sieht der Senat eine Kostenbeteiligung des Wohnungsberechtigten für die gewöhnliche Unterhaltung der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen als gerechtfertigt an.

(1) Allerdings verweist § 1093 Abs. 3 BGB, anders als § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB, nicht auf § 1041 BGB. Demzufolge obliegt die Unterhaltung der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen dem Eigentümer. Hinsichtlich der Zentralheizung ist der Eigentümer nach der Rechtsprechung des Senats sogar dazu verpflichtet, für ihre Instandhaltung und Instandsetzung zu sorgen, obwohl eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt. Der Senat hat eine solche Pflicht aufgrund einer sachgerechten Interessenabwägung angenommen, weil dem Wohnungsberechtigten andernfalls die ordnungsgemäße Benutzung seiner Räume unmöglich gemacht würde (Senat, Urteil vom 4.7.1969, V ZR 37/66, BGHZ 52,

234, 237 ff.; zustimmend *Staudinger/Mayer*, 2009, § 1093 Rdnr. 33, 39; ablehnend *MünchKommBGB/Joost*, 5. Aufl., § 1093 Rdnr. 14).

(2) Ob der Eigentümer berechtigt ist, die Kosten für die gewöhnliche Unterhaltung der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen im Sinne von § 1041 Satz 2 BGB auf die Nutzungsberechtigten umzulegen, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Die Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts spricht jedenfalls nicht dagegen, weil ein solcher Kostenanteil kein Entgelt für das Wohnungsrecht selbst darstellt. Fest steht nur, dass der Wohnungsberechtigte nicht für die außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung gemeinschaftlicher Anlagen und Einrichtungen aufkommen muss. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 1093 Abs. 1 Satz 2 i. V. m § 1041 Satz 2 BGB (Senat, Urteil vom 4.7.1969, V ZR 37/66, BGHZ 52, 234, 236 f.). Schon aus diesem Grund scheidet eine analoge Anwendung von § 748 BGB (hierfür aber *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 1257).

(3) Maßgeblich ist auch insoweit eine sachgerechte Abwägung der beiderseitigen Interessen. Sie führt im Ergebnis zu einer Pflicht des Wohnungsberechtigten zur Kostenbeteiligung. Er kann lediglich die Mitbenutzung verlangen, ohne dass sich sein Wohnungsrecht als solches auf die gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen erstreckt. Erhaltungs- und Verbesserungsmaßnahmen darf er selbst nicht vornehmen, obwohl funktionsfähige gemeinschaftliche Anlagen und Einrichtungen in seinem Interesse liegen. Dagegen wird der Eigentümer mit der Vornahme von Unterhaltungsmaßnahmen belastet, zu denen er dann, wenn die Gebrauchsfähigkeit der Heizung gefährdet ist, sogar verpflichtet ist (Senat, Urteil vom 4.7.1969, V ZR 37/66, BGHZ 52, 234, 237 ff.).

Ein wirtschaftlicher Anreiz zur Vornahme von Unterhaltungsmaßnahmen, die über diese Verpflichtung hinausgehen, wäre nicht gegeben, wenn ihre Kosten einseitig dem Eigentümer überbürdet würden. Die Pflicht zur Kostenbeteiligung ist deshalb nicht davon abhängig, dass der Eigentümer zu der Unterhaltungsmaßnahme verpflichtet ist (so aber wohl *Timme/Munzig*, WEG, § 33 Rdnr. 28). Ebenso wenig ist eine Unterscheidung zwischen Unterhaltungs- und Betriebskosten angezeigt (hierfür *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 1256 f.), zumal die Betriebskosten im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV auch verbrauchsabhängige Kosten umfassen. Derartige Differenzierungen sind schon im Hinblick auf sonst unvermeidbare Abgrenzungsprobleme nicht sachgerecht.

cc) Unerheblich ist, dass der Beklagte die Wohnung nicht nutzt. Die gewöhnliche Unterhaltung von gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen liegt – wie ausgeführt – in seinem Interesse. Die fehlende Nutzung beruht auf seiner freien Entscheidung, deren wirtschaftliche Folgen er nicht auf die Klägerin verlagern kann.

dd) Die Kostenverteilung hat das Berufungsgericht für Heizung und Warmwasser rechtsfehlerfrei anhand von § 7 HeizkostenV ermittelt. Gegen die Abrechnung als solche erhebt die Revision keine Einwände.

2. Die Anschlussrevision hat Erfolg. (...)

Die auf § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenVO gestützte Kürzung der Forderung um 15 % ist rechtsfehlerhaft. Das Kürzungsrecht des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV entsteht nur dann, wenn entgegen den Vorschriften der Verordnung verbrauchsunabhängig abgerechnet wird, nicht aber, wenn die Abrechnung aus sonstigen Gründen fehlerhaft ist (BGH, Urteil vom 16.11.2005, VIII ZR 373/04, NJW-RR 2006, 232 Rdnr. 21 m. w. N.; *Danner/Theobald/Schumacher*, Energierecht, 2011, § 12 HeizkostenV Rdnr. 7 f.; *MünchKommBGB/Schmid*,

5. Aufl., § 12 HeizkostenV Rdnr. 1). Danach besteht hier kein Kürzungsrecht, weil die Abrechnung nach den Vorgaben der Heizkostenverordnung erfolgt ist. Zwar mag der verbrauchsabhängige Teil der Abrechnung Fehler aufweisen, die ggf. rechnerisch korrigiert werden müssten. Sie wird dadurch aber nicht zu einer verbrauchsunabhängigen Abrechnung.

(...)

Anmerkung:

Mit dem Urteil bejaht der BGH die in Literatur und Rechtsprechung umstrittene Frage, ob sich der Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts an den gewöhnlichen Unterhaltungskosten von Gemeinschaftsanlagen i. S. d. § 1093 Abs. 3 BGB zu beteiligen hat. Die Entscheidung überzeugt im Ergebnis und ist in ihrer Begründung durchaus bemerkenswert.

1. Sachverhalt

Dem Beklagten wurde ein unentgeltliches dingliches Wohnungsrecht an einer Wohnung im Haus der Klägerin bestellt. Diese forderte nun erfolglos vom Beklagten die anteilige Zahlung der verbrauchsabhängig nach Wohnfläche umgelegten Grundkosten für Heizung und Warmwasserbereitung. Im fraglichen Zeitraum nutzte der Beklagte die Wohnung nicht.

2. Zur Begründung des BGH

Der BGH stellt zunächst fest, dass der Wohnungsberechtigte, auch bei Unentgeltlichkeit seines Wohnungsrechts, die durch die Nutzung entstehenden verbrauchsabhängigen Kosten wie Strom, Wasser und Heizung zu tragen hat.¹ Die in Frage stehenden Grundkosten für Warmwasserbereitung und Heizung fallen hierunter jedoch nicht, denn sie bestimmen sich gemäß §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 HeizkostenV verbrauchsunabhängig nach Wohn- bzw. Nutzfläche und können deswegen, selbst wenn die Wohnung nicht genutzt wird, auch nicht auf die Inhaber der anderen Wohnungen im Haus umgelegt werden.

Sodann wendet sich der Senat der Frage zu, ob der Wohnungsberechtigte die verbrauchsunabhängigen Grundkosten für Heizung und Warmwasserbereitung zu tragen hat. Der BGH lehnt zunächst zu Recht die Begründung der Kostentragungspflicht über § 1093 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1041 BGB durch das Berufungsgericht ab. Die bloße Bereitstellung einer funktionsfähigen, aber nicht genutzten Heizung und Warmwasserbereitung dient nicht unmittelbar dem Erhalt der Wohnung. Eine Unterhaltungspflicht für Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen außerhalb der Wohnung aus § 1093 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1041 BGB zu folgern, ist deshalb nicht überzeugend.² Aus dem Zusammenhang mit den Regelungen der §§ 1042 und 1044 BGB ergibt sich, dass sich die Erhaltungspflicht in § 1041 BGB grundsätzlich auf Sachen erstrecken soll, welche sich im Besitz des Berechtigten befinden. Folglich gilt der Verweis auf die Vorschriften des Nießbrauchs in § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB für die aufgrund der persönlichen Dienstbarkeit benutzbare Sache selbst, also im entschiedenen Falle die Wohnung, und nicht auch für Anlagen, die nur mittelbar der Nutzbarkeit der Wohnung dienen und nicht im Besitz des Berechtigten stehen.

¹ Keinen Grund hatte der BGH, auf die Frage einzugehen, ob für verbrauchsabhängige Kosten eine Kostentragungspflicht des Eigentümers Gegenstand einer dinglichen Vereinbarung sein kann. Dies wird von der h. M. bejaht; vgl. nur *Staudinger/Mayer*, 2009, § 1093 Rdnr. 46 m. w. N.

² A. A. aber offenbar *Staudinger/Mayer*, § 1093 Rdnr. 31 m. w. N.

Der BGH leitet die anteilige Kostentragungspflicht schließlich auf einem anderen Wege her: Zentralheizung und Warmwasserbereitungsanlage sind gemeinschaftliche Anlagen i. S. v. § 1093 Abs. 3 BGB, welche der Wohnungsberechtigte mitbenutzen darf.³ Die entscheidende Frage ist somit, ob der Wohnungsberechtigte sich auch an den Kosten für die gewöhnliche Unterhaltung solcher gemeinschaftlicher Anlagen zu beteiligen hat. Diese Frage bejaht der Senat im Ergebnis zu Recht. Bemerkenswert ist, dass er sich bei der Begründung dieses Ergebnisses auf eine vom Gesetz völlig losgelöste Interessenabwägung beschränkt. Er nimmt an, der Wohnungsberechtigte müsse an den Kosten beteiligt werden, weil „funktionsfähige gemeinschaftliche Einrichtungen und Anlagen in seinem Interesse liegen“. Zudem solle dem Eigentümer durch die Kostenbeteiligung ein wirtschaftlicher Anreiz gesetzt werden, Unterhaltungsmaßnahmen vorzunehmen, welche über die bloße Sicherstellung der Gebrauchsfähigkeit hinausgehen. Die vom BGH angestellten wirtschaftlichen Überlegungen sind gut nachvollziehbar, schließlich profitiert der Wohnungsberechtigte unmittelbar von den Unterhaltungsmaßnahmen. Der Eigentümer hat allerdings zu beachten, dass die von ihm getätigten, über die Gewährleistung der Gebrauchsfähigkeit hinausgehenden Unterhaltungsmaßnahmen nur so weit gehen dürfen, dass sie noch als „gewöhnliche Unterhaltungsmaßnahmen“ qualifiziert werden können.⁴ Ansonsten muss er für die Maßnahmen selbst aufkommen; die Kosten für außergewöhnliche Unterhaltungsmaßnahmen muss der Wohnungsberechtigte nach ganz herrschender Meinung,⁵ der sich auch der Senat selbst anschließt, nämlich nicht tragen.

Der Senat hätte die anteilige Kostentragungspflicht nicht nur auf diese Interessenabwägung stützen können, sondern auch auf die für alle Dienstbarkeiten geltenden gesetzlichen Regelungen über die Erhaltungs- und Unterhaltungspflicht von Anlagen (§§ 1090 Abs. 2, 1020 BGB). In § 1020 Satz 2 BGB findet sich der Rechtsgedanke, dass der Inhaber einer Dienstbarkeit eine ihm dienende Anlage auf eigene Kosten erhalten muss. Unerheblich ist hierfür, in wessen Eigentum die Anlage steht; entscheidend ist, dass der Berechtigte sie für eigene Zwecke verwendet.⁶ Nach neuerer Rechtsprechung des Senats ändert auch eine Mitbenutzung der Anlage durch den Eigentümer nichts an der Unterhaltungspflicht des Berechtigten.⁷ Zwar regelt § 1020 Satz 2 BGB eine direkte Pflicht zur Unterhaltung und nicht zur Kostentragung. Wenn der Berechtigte dieser Unterhaltungspflicht aber nicht nachkommt und daraufhin der Eigentümer Unterhaltungsmaßnahmen vornehmen muss, ist der Berechtigte diesem anteilig „zur Erstattung der Kosten als Schadensersatz statt der Leistung“ verpflichtet.⁸ Die vom Senat angestellte Überlegung, dass jemand, der von gemeinschaftlichen Einrichtungen und Anlagen profitiert, für ihren Unterhalt auch anteilig aufkommen muss, hätte sich also – gerade im Hinblick auf die Rechtsprechung des Senats selbst – durchaus auch dem Gesetz entnehmen lassen.

³ Vgl. *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1093 Rdnr. 9; *MünchKommBGB/Joost*, 5. Aufl., § 1093 Rdnr. 13.

⁴ Zum Begriff der gewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahme vgl. *Soergel/Stürner*, BGB, § 1041 Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Pohlmann*, 5. Aufl., § 1041 Rdnr. 4.

⁵ BGH, V ZR 37/66, BGHZ 52, 234, 236 f.; *Staudinger/Mayer*, § 1093 Rdnr. 33; *MünchKommBGB/Joost*, § 1093 Rdnr. 14.

⁶ *MünchKommBGB/Joost*, § 1020 Rdnr. 9; *Ermann/Grzizwotz*, BGB, 13. Aufl., § 1020 Rdnr. 3.

⁷ BGH, V ZR 42/04, NJW 2005, 894; BGH, V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495.

⁸ BGH, V ZR 42/04, NJW 2005, 894 (3. Leitsatz).

3. Praktische Folgen

Zwar beendet der BGH den Streit über die Frage, ob der Wohnungsberechtigte an den Kosten für die gewöhnliche Unterhaltung gemeinschaftlicher Anlagen i. S. d. § 1093 Abs. 2 BGB zu beteiligen ist. In der notariellen Beratungspraxis sollte dennoch auf eine vertragliche Vereinbarung über die Verteilung der Unterhaltungspflichten zwischen Eigentümer und Wohnungsberechtigtem hingewirkt werden. Dies gilt vor allem, wenn ein von der vorliegenden Entscheidung abweichendes Ergebnis gewünscht wird. Die Pflicht des Eigentümers zur Unterhaltung der gemeinschaftlichen Anlagen kann mit dinglicher Wirkung vereinbart werden (§ 1021 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1090 Abs. 2 BGB),⁹ ebenso umgekehrt die Unterhaltungspflicht des Wohnungsberechtigten (§ 1021 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1090 Abs. 2 BGB). Eine Unterhaltungspflicht schließt Kostentragungspflichten des Unterhaltungspflichtigen konsequenterweise mit ein. Hingegen sollte man nicht so weit gehen, im Zusammenhang mit der Bereitstellung und laufenden Unterhaltung gemeinschaftlicher Anlagen Zahlungspflichten zwischen den Parteien zum Gegenstand zulässiger dinglicher Einigung und Eintragung zu machen. Solche Zahlungspflichten sind entweder wohngeldähnliche Vorauszahlungen oder schuldrechtliche Folge des Verstoßes gegen verdinglichte Unterhaltungspflichten und von der Typizität des dinglichen Wohnungsrechts, anders als die Unterhaltungspflichten selbst, nicht erfasst. Ihre Höhe unterliegt auch laufender inhaltlicher Veränderung. Beim Bereitstellungskostenersatz für Anlagen beginnt sich zudem die Grenze zum unzulässigen Entgelt für das Wohnungsrecht zu vermischen.¹⁰ Das Interesse des Verkehrs an Rechtsklarheit, dem die Typizität des unentgeltlichen Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB Rechnung tragen soll, wäre damit verletzt. Schuldrechtliche Vereinbarungen über Zahlungspflichten und ihre Abwicklung sind natürlich stets möglich, in der Praxis sind sie nicht selten Gegenstand dinglicher Bedingung des Wohnrechts. Wer detaillierte dingliche Vereinbarungen über Zahlungen und Kostenabrechnungen wünscht, wäre ggf. auf die gestalterischen Möglichkeiten des Dauerwohnrechts¹¹ zu verweisen (§§ 31 ff. WEG).

Professor Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner und
Wiss. Mitarbeiter Jan-Michael Klett, Freiburg

⁹ So auch BayObLG, 2 Z 69/78, BayObLGZ 1979, 372; *Staudinger/Mayer*, § 1093 Rdnr. 45 m. w. N.

¹⁰ Vgl. zum „Quasi-Entgelt“ auch *Soergel/Stürner*, BGB, § 1093 Rdnr. 7, 11.

¹¹ Hierzu schon *Stürner*, AcP 194 (1994), 265, 281 f.

4. BGB §§ 883 Abs. 1, 2205 Satz 3; GBO §§ 18, 29 Abs. 1, 52 (*Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung durch den Testamentsvollstrecker gegenüber dem Grundbuchamt*)

1. **Zu den Anforderungen an die im Grundbuchverfahren erforderliche Darlegung, dass die vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Verfügung über Grundbesitz eine entgeltliche ist.**

2. **Eine entgeltliche Verfügung ist anzunehmen, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind. Für den Nachweis genügt auch eine privatschriftliche Erklärung des Testamentsvoll-**

streckers, die diesen Anforderungen entspricht. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 6.12.2011, 34 Wx 403/11; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Im Grundbuch als Eigentümer von Wohnungseigentum sind eingetragen je zu 1/2 die Beteiligte zu 1 sowie die Beteiligten zu 1 und 2 sowie W. R. in Erbengemeinschaft. W. R. ist verstorben und wurde gemäß Erbschein vom 4.10.2010 von S. und C. R. beerbt. Testamentsvollstreckung ist angeordnet; Testamentsvollstrecker ist der Beteiligte zu 3. Mit notariellem Vertrag vom 1.6.2011 verkauften die Beteiligten zu 1, 2 und 3 an den Beteiligten zu 4 das Wohnungseigentum zum Kaufpreis von 58.000 €. Die Verkäufer bewilligten zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums die Eintragung einer Vormerkung. Unter dem 8.6.2011 hat der Notar die Eintragung der Vormerkung gemäß § 15 GBO beantragt.

Mit Zwischenverfügung vom 21.7.2011 hat das Grundbuchamt Frist zur Beseitigung folgenden Hindernisses gesetzt: Es fehle an einem vormerkungsfähigen Anspruch, da der Veräußerungsvertrag des mitwirkenden Testamentsvollstreckers wegen Unentgeltlichkeit unwirksam sei. Daher sei die Zustimmung der Erben und der Vermächtnisnehmerin des verstorbenen Miteigentümers erforderlich. Es sei auch möglich, den Nachweis der Entgeltlichkeit durch ein Wertgutachten zu führen. Es gebe Anhaltspunkte für eine nicht vollständige Entgeltlichkeit. Der im Jahre 1990/1991 für 199.500 DM erworbene Grundbesitz sei für 58.000 € veräußert worden. Die Kaufpreishochrechnung ergebe als aktuellen Wert einen Betrag von 113.554,70 €. Somit fehle es an einem gleichwertigen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und damit an der Entgeltlichkeit.

Bei einer Eigentumswohnanlage werde der Wert grundsätzlich mittels Baupreisindex auf der Grundlage eines früheren Kaufpreises ermittelt. Dabei würde der Altersabnutzung Rechnung getragen und zudem noch ein Sicherheitsabschlag berücksichtigt. Aus der Stellungnahme des Maklers gehe hervor, dass die Ermittlung des Kaufpreises auf einem „relativ geringen“ Mietpreis beruhe. Ein weiterer Anhaltspunkt bestehe darin, dass im Jahre 2009 mehrere Verkäufe von Einheiten in derselben Wohnanlage zu ca. 100.000 € stattgefunden hätten. Außerdem ergebe sich aus der Nachlassakte, dass es innerhalb der Erbengemeinschaft Wertermittlungsprobleme gebe. Aufgrund dieser Anhaltspunkte sei der Frage der Entgeltlichkeit nachzugehen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat. Die Beschwerde wird damit begründet, dass der Vergleich mit einem Kaufpreis vor 20 Jahren keinen tauglichen Wertmaßstab für heute bilde. Das Viertel, in dem die Wohnung gelegen sei, sei damals ein „junges, aufstrebendes Viertel“ gewesen. Es habe sich aber zu einem problematischen Viertel entwickelt mit einem hohen Anteil von Familien mit Migrationshintergrund. (...)

Zum Verkauf sei es folgendermaßen gekommen: Das Verhältnis zwischen Miteigentümern sei gespannt. Nach einigen Bemühungen sei zum Jahreswechsel 2010/2011 ein Einvernehmen darüber erzielt worden, dass der Sparkassen-Immobilienervice beauftragt werde, einen Käufer zu finden. Der Makler habe berichtet, er habe mehrere Interessenten, die bereit wären, die Wohnung zu Kaufpreisen von 50.000 € und etwas mehr zu kaufen. Keiner sei bereit gewesen, auch nur 60.000 € zu zahlen. Ein höherer Kaufpreis als die vereinbarten 58.000 € sei für diese Wohnung in vermietetem Zustand nicht zu erzielen.

Es sei schließlich nicht ersichtlich, welche Veranlassung der Beteiligte zu 3 haben sollte, die Erben durch einen Unterwertverkauf zu schädigen. Dies gelte auch für den Verfahrensbevollmächtigten als Vertreter der zu 7/8 wertmäßig am Verkauf Beteiligten zu 1 und 2.

Aus den Gründen:

II.

Die nach §§ 71 Abs. 1 i. V. m. 13 Abs. 1 Satz 2 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung ist ersatzlos aufzuheben.

1. Über den Grundbesitz haben die Beteiligten zu 1 und 2 und für die beiden Erbinnen der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker verfügt. Der Testamentsvollstrecker ist gemäß § 2205 Satz 3 BGB grundsätzlich nicht zu unentgeltlichen Verfügungen befugt. Die unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers ist schwebend unwirksam (*Heckschen* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2205 BGB Rdnr. 10). Dies betrifft sowohl das schuldrechtliche Geschäft als auch das dingliche Vollzugsgeschäft (vgl. *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2205 Rdnr. 30). Das Grundbuchamt hat jedenfalls bei der Eigentumsumschreibung zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat (vgl. *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 52 Rdnr. 23).

Eine unentgeltliche Verfügung, die der Eintragung der Vormerkung entgegensteht bzw. diese von der Zustimmung der Erben abhängig machen würde, liegt nicht nur dann vor, wenn die Verfügung insgesamt unentgeltlich ist. Die nur teilweise unentgeltliche Verfügung steht der insgesamt unentgeltlichen gleich.

2. Allerdings steht die schwebende Unwirksamkeit eines Anspruchs ihrer Vormerkungsfähigkeit nicht entgegen. Schwebend unwirksame Ansprüche werden wie künftige Ansprüche behandelt (vgl. BayObLG, DNotZ 1990, 297; KG, FGPrax 2011, 79). Zwar liegt auch in der Einräumung einer Eigentumsvormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB bereits eine Verfügung über das Vermögen der Erbengemeinschaft. Insofern wird aber die Meinung vertreten, dass dann, wenn die Eigentumsumschreibung erst vorgemerkt wird, das Grundbuchamt die Entgeltlichkeit nicht zu prüfen braucht. Denn die Eintragung der Vormerkung kann nur verweigert werden, wenn für das Grundbuchamt sicher feststeht, dass der gesicherte Anspruch nie zur wirksamen Entstehung gelangen wird. Weil aber eine (teilweise) unentgeltliche Verfügung auch dann voll wirksam werden kann, wenn die Erben oder Vermächtnisnehmer zustimmen, erweist sich deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit erst bei der Vornahme der endgültigen Eintragung (vgl. OLG Zweibrücken, FGPrax 2007, 11; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 77).

3. Unabhängig hiervon kann das Grundbuchamt einen Nachweis der Entgeltlichkeit oder die Zustimmung der Erben aus folgenden Gründen nicht verlangen: Ein derartiger Nachweis als Eintragungsvoraussetzung wird regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden können. Die Rechtsprechung hat den allgemeinen Satz aufgestellt, dass eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 52 Rdnr. 23 m. w. N.; *Meikel/Hertel*, GBO, 10. Aufl., § 29 Rdnr. 439). Dabei genügt auch eine privatschriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers, die diesen Anforderungen entspricht.

Vor allem kann sich der Nachweis auch auf allgemeine Erfahrungssätze stützen. Ein allgemeiner Erfahrungssatz besagt zum Beispiel, dass ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten ein entgeltlicher Vertrag und keine verschleierte Schenkung ist, wenn die Gegenleistung an den Vorerben bzw. Testamentsvollstrecker erbracht wird (vgl. *Meikel/Hertel*, a. a. O., § 29 Rdnr. 440; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 78).

4. Nach diesen Grundsätzen deutet hier nichts auf ein unentgeltliches Geschäft hin. Der Grundbesitz wurde an einen unbeteiligten Dritten verkauft. Anhaltspunkte, dass diesem

ein verdecktes Geschenk zugewandt werden sollte, sind nicht ersichtlich. Zwar hat nicht der Testamentsvollstrecker, sondern haben die Beteiligten zu 1 und 2 als Miteigentümer, die ebenfalls auf der Verkäuferseite stehen, die Gründe für die Kaufpreisbildung nachvollziehbar dargelegt. Wenn diese, denen $\frac{7}{8}$ des Grundbesitzes gehört, aber den Verkauf zu dem genannten Preis vornehmen, so spricht schon aus diesem Grund nichts dafür, dass der Testamentsvollstrecker für den restlichen $\frac{1}{8}$ -Anteil eine unentgeltliche Verfügung bezweckte.

Soweit das Grundbuchamt den Nachlassakten entnimmt, dass es unter den Erben und den Miterben aus dem früheren Erbfall zu Streitigkeiten über den Wert von Grundbesitz – nicht unbedingt des gegenständlichen – gekommen ist, betrifft dies das Verhältnis der Miterben untereinander. Schlüsse, ob ein mit einem Dritten vereinbarter Kaufpreis dem Wert des Grundstücks entspricht, lassen sich hieraus nicht ohne Weiteres ziehen.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Amann*, MittBayNot 2012, 267 (in diesem Heft).

5. GBO § 35 Abs. 1 Satz 2; BGB § 2293 (*Erbnachweis im Grundbuchverfahren bei einem Erbvertrag mit freiem Rücktrittsvorbehalt*)

Zum Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren bei vorbehaltenem Rücktritt vom Erbvertrag.

OLG München, Beschluss vom 3.11.2011, 34 Wx 272/11

Die Beteiligte hat als Erbin der im Grundbuch eingetragenen und am 24.5.2010 verstorbenen (Mit-)Eigentümerin die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge nach Annahme der Erbschaft unter Bezugnahme auf die Nachlassakte beantragt. In der Nachlassakte befindet sich ein notarieller Erbvertrag vom 11.12.2007, nach dem die Beteiligte als alleinige und unbeschränkte Erbin eingesetzt ist. Der Erbvertrag enthält in Abschnitt II Ziffer 4 a ein freies und uneingeschränktes Recht zum Rücktritt, der nur wirksam sein soll, wenn die Erklärung notariell beurkundet und dem anderen Vertragspartner in Ausfertigung zugegangen ist.

Das Grundbuchamt hat am 23.2.2011 mit fristsetzender Zwischenverfügung beanstandet, dass die Erbfolge nicht nachgewiesen sei. Dazu müsse entweder eine notarielle eidesstattliche Versicherung vorgelegt werden, in der angegeben werde, dass das Rücktrittsrecht von keinem der Erbvertragspartner ausgeübt worden sei, oder aber es sei ein Erbschein vorzulegen.

Die notariell vertretene Beteiligte hat Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt. Sie meint, die Erbfolge sei durch Vorlage des Erbvertrags samt Eröffnungsniederschrift bereits nachgewiesen; Zweifel an dem Erbrecht ergäben sich nicht. Entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen könnten, seien nicht geeignet, die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen. Da ein etwa erklärter Rücktritt vom Erbvertrag notariell hätte beurkundet werden müssen und der beurkundende Notar die Rücktrittserklärung auch dem zuständigen Standesamt anzuzeigen gehabt hätte, hätte das Nachlassgericht dies im Nachlassverfahren feststellen müssen. Dazu sei in der Niederschrift nichts vermerkt, vielmehr das Erbrecht aufgrund des abgelieferten Erbvertrags festgestellt. Deshalb bestehe auch für das Grundbuchamt kein Anlass, weitere Nachforschungen anzustellen bzw. die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zu verlangen.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die gegen die Zwischenverfügung vom Notar als Bevollmächtigten zulässig eingelegte Beschwerde (§§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 73 GBO, 10 Abs. 4 FamG) hat keinen Erfolg.

1. Die Berichtigung des Grundbuchs durch Nachweis der Erbfolge erfolgt im Grundbuchverfahren in erster Linie durch einen vom Nachlassgericht zu erteilenden Erbschein (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO). Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Dem hat die Beteiligte entsprochen. Neben der Niederschrift über die Eröffnung liegt ein notarieller Erbvertrag (vgl. §§ 2275, 2276 BGB) vom 11.12.2007 vor, der diese als alleinige Erbin ausweist.

2. Indessen enthält der Erbvertrag ein (unbeschränktes) Recht zum Rücktritt. Hinsichtlich des Umstands, dass dieses Recht nicht ausgeübt wurde – einer sog. Negativtatsache –, besteht also eine Nachweislücke. Nach herrschender Rechtsprechung kann in Fällen, in denen das Nachlassgericht ohne weitere Ermittlungen eine eidesstattliche Versicherung gemäß § 2356 Abs. 2 BGB der Erbscheinserteilung zugrunde legen würde (BayObLG, NJW-RR 2003, 736 = MittBayNot 2003, 489; *Böhringer*, Rpfleger 2003, 157, 167), auch das Grundbuchamt eine vor dem Notar abgegebene eidesstattliche Versicherung verlangen und verwerten. Das gilt namentlich für den Nachweis des Nichtvorliegens bestimmter Tatsachen, wie hier des Umstands, dass ein Rücktritt nicht erklärt worden ist (zu allem auch *Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl., § 35 Rdnr. 117). Insoweit stellt die – in ständiger Praxis zugelassene – eidesstattliche Versicherung eine Nachweiserleichterung dar, weil ansonsten nach der Grundregel des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO zum Nachweis der Erbfolge ein Erbschein unerlässlich wäre. Dem folgt auch der Senat. Demnach verlangt das Grundbuchamt zu Recht die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung.

Soweit gelegentlich ein derartiger – zusätzlicher – Nachweis für entbehrlich erachtet wird, wenn für die Ausübung des vorbehaltenen Rücktritts keine greifbaren Anhaltspunkte ersichtlich seien (LG Kleve, MittRhNotK 1989, 273), kann dem nicht zugestimmt werden (siehe *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 112). Vielmehr gilt es, eine grundbuchrechtliche Nachweislücke zu schließen, die nicht durch sonstige – dem Grundbuchamt verwehrt – Ermittlungen oder gar bloße Vermutungen geschlossen werden kann. Darunter würde die Zuverlässigkeit des Grundbuchinhalts leiden.

Dem steht weder die Notwendigkeit entgegen, dass auch der Rücktritt der notariellen Beurkundung bedarf (§ 2296 Abs. 2 Satz 2 BGB) und der Notar das zuständige Standesamt über entsprechende Erklärungen schriftlich zu benachrichtigen hat (§ 34a BeurkG). Insofern wird die Feststellung des Erbrechts durch das Nachlassgericht erleichtert oder gar erst ermöglicht. Für den grundbuchrechtlichen Nachweis gilt indessen die spezielle Regel des § 35 GBO.

(...)

Anmerkung:

Der größte Vorzug notarieller Testamente und Erbverträge ist sicherlich, dass sie stärker als eigenhändige Testamente die rechtssichere Umsetzung des Erblasserwillens gewährleisten. Neben der fachkundigen Gestaltung des letzten Willens ist es ein weiterer Vorzug notarieller Verfügungen von Todes we-

gen, den Erben zumeist die Kosten und Mühen eines späteren Erbscheinsverfahrens zu ersparen. Ergibt sich die Erbfolge aus einer notariellen Urkunde, so reicht in der Praxis (auch gegenüber Banken und Behörden) in aller Regel diese Urkunde nebst Eröffnungsniederschrift zum Nachweis der Rechtsnachfolge aus (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO). Hiervon macht nun allerdings das OLG München für das Grundbuchverfahren eine überraschende Ausnahme: Erbverträge mit Rücktrittsvorbehalt sollen nur in Verbindung mit einer Versicherung an Eides statt, dass der Rücktritt nicht erfolgt ist, zum Rechtsnachfolgenachweis taugen.

Die Entscheidung des OLG München vermag weder im Ergebnis noch in der Begründung zu überzeugen: Angesichts eines im Erbvertrag vorbehaltenen (freien) Rücktrittsrechts postuliert das Gericht eine „Nachweislücke“ hinsichtlich der „Negativtatsache“, dass dieses Recht nicht ausgeübt wurde. Diese Lücke könne allerdings durch Vorlage einer Versicherung an Eides statt, dass ein Rücktritt nicht erfolgt sei, geschlossen werden, so dass ein Erbschein nicht vorgelegt werden müsse. Diese Argumentation ist schon auf den ersten Blick schwer nachzuvollziehen. Bei näherem Hinsehen erweist sie sich als unhaltbar.

Dass die Entscheidung des OLG München nicht richtig sein kann, liegt schon angesichts folgender Überlegung auf der Hand: § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO erlaubt es, eine Erbfolge, welche in einer öffentlichen Urkunde angeordnet ist, regelmäßig durch Vorlage der entsprechenden Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung nachzuweisen. Weitere Nachweise sieht diese Vorschrift nicht vor, obwohl bei jeder Verfügung von Todes wegen die abstrakte Möglichkeit besteht, dass diese – etwa aufgrund fehlender Testierfähigkeit, der Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments oder eines Erbvertrages, sowie insbesondere aufgrund späterer Änderung oder Aufhebung – nicht (mehr) für die Erbfolge maßgeblich ist.¹ Folgerichtig entspricht es der ganz herrschenden Meinung², dass das Grundbuchamt insoweit im Regelfall die Wirksamkeitsvoraussetzungen – und auch die negative Tatsache der Nicht-Aufhebung³ – zu unterstellen hat, sofern nicht konkrete Umstände diesbezüglich Zweifel veranlassen. Andernfalls ergäbe die Vorschrift des § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO keinen vernünftigen Sinn.⁴

Die Erklärung, weshalb für die Frage, ob ein Rücktritt vom Erbvertrag erfolgt ist, etwas anderes gelten soll, bleibt das Gericht schuldig. Der Umstand, dass das Rücktrittsrecht „unbeschränkt“ war, ist jedenfalls kein geeignetes Differenzierungskriterium. Denn im Vergleich zu einem Einzeltestament, das per se frei widerruflich ist, ist der Rücktritt vom Erbvertrag an höhere formale Erfordernisse, nämlich die notarielle Beurkundung und den Zugang der Rücktrittserklärung (§ 2296 Abs. 2 BGB), gebunden. Zudem war und ist durch § 34a BeurkG – und zwar sowohl nach der bis zum 31.12.2011 geltenden Fassung als auch nach Einführung des Zentralen Testamentsregisters – sichergestellt, dass die Rücktrittserklärung vom Nachlassgericht beachtet wird. Anders ist dies beim privatschriftlichen Widerruf eines öffentlichen Testaments. Somit wäre es gerade beim Erbvertrag nahe liegend gewesen, einen allgemeinen Erfahrungssatz anzunehmen, dass ein Rücktritt nicht erfolgt ist, sofern dieser nicht aus den Nachlass-

¹ *Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rdnr. 125.

² *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 788; *Meikel/Roth*, GBO, § 35 Rdnr. 125 („allgemein anerkannt“); *Demharter*, GBO, § 35, Rdnr. 39; DNotI-Report 2006, 182 f., jeweils m. w. N.

³ OLG Frankfurt, MittBayNot 1999, 184.

⁴ Ebenso *Meikel/Roth*, GBO, § 35 Rdnr. 125.

akten ersichtlich ist. Folge eines solchen Erfahrungssatzes wäre, dass – sogar unabhängig von der Erleichterung des § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO – ein weiterer Nachweis des „Nicht-Rücktritts“ schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Grundbuchrechts⁵ entbehrlich wäre.

Hierauf geht das OLG München jedoch nicht ein. Vielmehr geht es – im krassen Gegensatz zur von ihm nicht weiter diskutierten ganz herrschenden Meinung und ohne eine Rechtsbeschwerde (§ 78 GBO) zuzulassen – davon aus, dass schon die bloße Möglichkeit eines Rücktritts vom Erbvertrag ausreicht, um diesbezüglich einen zusätzlichen Nachweis durch Versicherung an Eides statt zu verlangen. Denkt man diese Auffassung konsequent zu Ende, so müsste das Gericht auch bei jedem öffentlichen (Einzel-)Testament eine Versicherung dahingehend verlangen, dass das Testament nicht widerrufen wurde. Von der Erleichterung des § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO bliebe dann in der Praxis nichts übrig. Abwegig ist es, wenn das Gericht die Forderung einer eidesstattlichen Versicherung damit begründet, dass „für den grundbuchrechtlichen Nachweis ... indessen die spezielle Regel des § 35 GBO“⁶ gelte; denn § 35 GBO enthält das Erfordernis einer eidesstattlichen Versicherung gerade nicht!

Nur am Rande sei angemerkt, dass die vom OLG München zitierte abweichende Entscheidung des LG Kleve,⁷ wie schon bei oberflächlicher Lektüre der Entscheidung unschwer erkennbar ist, nicht den Fall eines Rücktritts vom Erbvertrag, sondern einen Erbvertrag, der unter der auflösenden Bedingung des Rücktritts von einem anderen Vertrag, nämlich von einem in derselben Urkunde abgeschlossenen Versorgungsvvertrag, geschlossen wurde, betraf. Bei einer solchen bedingten Erbeinsetzung ließe sich in der Tat darüber nachdenken, ob das Grundbuchamt im Einzelfall weitere Nachweise bezüglich des Nichteintritts der auflösenden Bedingung verlangen kann.⁸ Allerdings ist auch insoweit – wie das LG Kleve zu Recht ausführt – Zurückhaltung geboten, sofern keinerlei Anhaltspunkte für den Eintritt der auflösenden Bedingung bestehen.⁹ Anders mag dies bei durch sog. Pflichtteilsstrafklauseln bedingten Erbeinsetzungen sein, da es (leider) durchaus der Lebenserfahrung entspricht, dass Pflichtteilsansprüche gegen den Willen eines gewillkürten Erben durchgesetzt werden.¹⁰

Einzig zutreffend an der Entscheidung des OLG München ist somit der erste Absatz der Begründung. Dort heißt es: „Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Dem hat die Beteiligte gesprochen.“ Dem wäre eigentlich nichts hinzuzufügen gewesen. So ärgerlich die Entscheidung des OLG München auch sein mag, den Wert notarieller Verfügungen von Todes wegen stellt sie nicht in Frage. Ganz abgesehen davon, dass das zusätzliche Nachweiserfordernis nichts an den Vorteilen, welche eine intelligent und rechtssicher gestaltete notarielle Urkunde bietet, ändert, bleibt zu hoffen, dass die ganz überwie-

gende Praxis der Auffassung des OLG nicht folgen wird. Sollte dennoch im Einzelfall eine Versicherung an Eides statt für die Grundbuchberichtigung gefordert werden, so ist der hiermit verbundene zusätzliche Aufwand immer noch deutlich geringer als bei der Erteilung eines Erbscheins.

Notar *Stefan Braun*, LL. M. (L.S.E., London),
Maître en droit (Paris), Erlangen

Hinweis der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München:

Die Beurkundung einer vom Grundbuchamt geforderten Versicherung an Eides statt löst nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse folgende Kosten aus:

Für die eidesstattliche Versicherung entsteht eine $10/10$ -Gebühr gemäß § 49 Abs. 1 KostO. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1, notfalls nach Abs. 2 KostO zu bestimmen. Die Versicherung bezieht sich zwar auf die Erbfolge als solche, wird aber nur als Nachweis für die Verfügungsberechtigung über das Eigentum an einem bestimmten Grundstück benötigt. Es erscheint daher sachgerecht, für die Wertschätzung nicht vom ganzen Nachlass auszugehen, sondern nur vom Wert des betroffenen Grundstücks (Verkehrswert nach § 19 Abs. 2 KostO oder bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben von dem nach § 19 Abs. 4 KostO maßgebenden 4-fachen Einheitswert).

Ein Teilwert von 10–30 % dürfte angemessen sein.

6. BGB §§ 1643 Abs. 2 Satz 2, 1822 Nr. 2 (*Erforderlichkeit der familiengerichtlichen Genehmigung bei selektiver Erbausschlagung durch die Eltern*)

§ 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB findet keine Anwendung, wenn die Eltern nach eigener Erbausschlagung die Erbschaft nachfolgend für drei ihrer vier Kinder ausschlagen und für eines annehmen. In einem solchen Fall der selektiven Ausschlagung ist eine familiengerichtliche Genehmigung (§ 1822 Nr. 2 BGB) erforderlich.

KG, Beschluss vom 13.3.2012, 1 W 747/11

Die am ... 2008 in X1. ... verstorbene Erblasserin wurde von ihrem Ehemann, dem Beteiligten zu 3 sowie ihren sieben Kindern, u. a. dem Beteiligte zu 1, beerbt.

Mit notarieller Erklärung vom 20.2.2009 haben die Kinder die Erbschaft nach ihrer verstorbenen Mutter ausgeschlagen, weil der Nachlass überschuldet sei, nachdem zunächst von einem Nachlasswert von 100.000 € ausgegangen worden war. Nachfolgend haben die Kinder auch für die jeweils vorhandenen Enkel die Erbschaft ausgeschlagen, wobei der Beteiligte zu 1 und seine Ehefrau die Erbschaft nur bezüglich ihrer Kinder ... und ... ausgeschlagen haben, nicht jedoch für das weitere Kind, den am ... 2005 geborenen ..., den Beteiligten zu 2.

Aufgrund der Erbscheinsverhandlung vom 4.11.2009 des AG Tempelhof-Kreuzberg zum Az. 61 VI 764/08 erteilte das Gericht am 27.11.2009 auf Antrag des Beteiligten zu 2 einen Gemeinschaftlichen Erbschein, mit dem die Beteiligten zu 2 und 3 zu jeweils $1/2$ als Erben ausgewiesen wurden.

Durch notariell beglaubigte Erklärung vom 20.9.2010 hat der Beteiligte zu 1 sowohl allein seine eigene Erbausschlagung als auch gemeinsam mit seiner Ehefrau die Ausschlagung für sämtliche Kinder angefochten, da sie irrtümlich von einer Überschuldung des Nachlasses ausgegangen seien. Erst durch die Vermögensaufstellung der Erbengemeinschaft nach ... per 30.6.2010 (...), die ein Vermögen von 139.565 € ergab, habe sich herausgestellt, dass die bisher angenommenen Verbindlichkeiten wesentlich geringer waren bzw. überhaupt nicht bestanden. Der Beteiligte zu 1 hat die Einziehung des Erbscheins vom 27.11.2009 u. a. auch deshalb beantragt, weil für die Erbausschlagung seiner weiteren Kinder neben dem Beteiligten zu 2

⁵ Vgl. hierzu *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rdnr. 63 f.

⁶ Gründe Ziffer II. 2. a. E.

⁷ LG Kleve, MittRhNotK 1989, 273 f.

⁸ So *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 112.

⁹ Ebenso geht DNofl-Report 2006, 182 f. davon aus, dass bei einer durch eine Scheidungsklausel bedingten Erbeinsetzung regelmäßig keine Versicherung an Eides statt gefordert werden kann.

¹⁰ Vgl. *Demharter*, GBO, § 35, Rdnr. 39; *Hügel/Wilsch*, GBO, § 35 Rdnr. 105 f.

keine familiengerichtliche Genehmigung vorgelegen habe. Auch hierüber habe er sich geirrt.

Für den Beteiligten zu 2 ist durch Beschluss des AG Tempelhof-Kreuzberg, Familiengericht, 133 F 24176/10, das Bezirksamt X2 von X1.- Jugendamt – im vorliegenden Einziehungsverfahren zum Ergänzungspfleger bestellt worden.

Das AG – Nachlassgericht – hat unter dem 25.7.2011 den Antrag des Beteiligten zu 1 auf Einziehung des Erbscheins zurückgewiesen, weil der vorgetragene Anfechtungsgrund nicht glaubhaft sei. (...)

Hiergegen richtet sich die nicht weiter begründete Beschwerde des Beteiligten zu 1, der das AG durch Beschluss vom 19.11.2011 nicht abgeholfen und die Akte dem Senat vorgelegt hat. (...)

Aus den Gründen:

II.

1. Das gemäß §§ 38, 58 Abs. 1, 59 Abs. 1, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, 64 Abs. 1 und 2 FamFG als Beschwerde zulässige Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 ist nach der vom Nachlassgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe gemäß § 68 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 FamFG dem Senat zur Entscheidung angefallen.

Gegen die Ablehnung der Einziehung eines Erbscheins beschwerdeberechtigt ist jeder, der das einem anderen bescheinigte Erbrecht selbst in Anspruch nimmt. Dies ist beim Beteiligten zu 1 der Fall, der bei einem Erfolg seiner Anfechtung der Erbausschlagung für sich und seine Kinder selbst als Erbe in Betracht kommt.

Im Erbscheinsverfahren ist der Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln; ob ein bereits erteilter Erbschein unrichtig und daher nach § 2361 BGB einzuziehen ist, muss ohne Rücksicht auf Vorbringen und Anträge der Beteiligten entschieden werden (BGH, NJW 2006, 3353, 3354). Ergeben sich erst im Beschwerdeverfahren Zweifel an der Richtigkeit des Erbscheins, so hat das Beschwerdegericht die Zweifel zu klären. Es prüft alle Gesichtspunkte selbst, die geeignet sind, die Unrichtigkeit des Erbscheins zu begründen, §§ 68 Abs. 3, 26 FamFG (Staudinger/Herzog, Neubearbeitung 2010, § 2361 Rdnr. 52 m. w. N.).

Die volle Überprüfungsmöglichkeit des Beschwerdegerichts ist durch den erstinstanzlichen Verfahrensgegenstand und den beim Beschwerdegericht angefallenen Gegenstand beschränkt. Das ergibt sich aus dem Wesen des Rechtsmittelverfahrens, das notwendigerweise keine andere Angelegenheit betreffen darf als diejenige, die Gegenstand der angefochtenen Entscheidung gewesen ist (BGH, FGPrax 2011, 78).

Verfahrensgegenstand im ersten Rechtszug war hier die Einziehung des Erbscheins, wobei der Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz vom 20.9.2010 neben einer Anfechtung seiner Ausschlagungserklärung wegen Irrtums über den Wert des Nachlasses geltend gemacht hat, dass er auch darüber geirrt habe, dass die Ausschlagung für seine drei weiteren Kinder wirksam sei und zum Anfall der Erbschaft an seinen Sohn ... geführt habe. Diese sei jedoch mangels familiengerichtlicher Genehmigung unwirksam.

2. Der Einziehungsantrag des Beteiligten zu 1, der rechtlich eine Verfahrens Anregung nach §§ 2361 Abs. 3 BGB, 24 Abs. 1 FamFG darstellt, ist begründet, da nach dem sich aus dem Akteninhalt ergebenden Sachverhalt der Erbschein unrichtig ist (§ 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die Erbscheinerteilung stellt sich schon deshalb als fehlerhaft dar, weil das AG zu Unrecht von der Wirksamkeit der Erbausschlagung des Beteiligten zu 1 und seiner Ehefrau hinsichtlich der Kinder ..., ... und ... ausgegangen ist, denn diese be-

durfte entgegen der Auffassung des AG der familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB, die nicht vorliegt.

§ 1643 BGB enthält insoweit zwingendes Recht (Palandt/Diederichsen, 71. Aufl., § 1643 Rdnr. 1).

Das AG ist unzutreffend davon ausgegangen, dass die Ausnahmeregelung des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach für den Fall, dass der Anfall der Erbschaft erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils eintritt, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt, die Genehmigung nur erforderlich ist, wenn dieser neben dem Kind berufen ist, zur Anwendung kommt.

Zwar betrifft § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB nach seinem Wortlaut auch den Fall, dass die Eltern die Erbschaft für drei ihrer Kinder ausschlagen und für ein Kind annehmen; mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist dies aber nicht in Einklang zu bringen. Hinter § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB steht die Vermutung, dass nach der Lebenserfahrung anzunehmen ist, dass für den Fall, dass die Eltern eine Erbschaft ausschlagen, der Anfall dann auch für das Kind nachteilig ist oder sonst ein guter Grund für die Ausschlagung vorliegt (Palandt/Diederichsen, § 1643, Rdnr. 2 m. w. N.). Diese Vermutung ist widerlegt, wenn das Verhalten der Eltern zeigt, dass sie die Erbschaft für sich selbst nicht ausgeschlagen haben, weil ihre Annahme nachteilig wäre, sondern weil sie den Nachlass in eine bestimmte Bahn lenken wollten (Ivo, ZEV 2002, 309, 313). In einem solchen Fall liegt das Interesse, das die Eltern bei der Ausschlagung für sich selbst verfolgen, nicht auf der gleichen Linie wie das Interesse der Kinder, für die sie die Erbschaft gleichfalls ausschlagen; die Eltern wollen die Erbschaft nicht – aus welchen Gründen auch immer – von den als Ersatzerben berufenen Kindern schlechthin fernhalten, sondern in eine bestimmte Richtung lenken. Eine solche gezielte Maßnahme, die einen Teil der Kinder benachteiligt, aber andere oder ein anderes begünstigt, soll nicht der Kontrolle des Familiengerichts entzogen sein (Staudinger/Engler, Neubearbeitung 2009, § 1643 Rdnr. 38c mit umfangreichen Nachweisen; zur „selektiven Ausschlagung“ vgl. auch Sagmeister, ZEV 2012, 121, 123).

Da die Erbausschlagungen der weiteren Kinder des Beteiligten zu 1 mangels der erforderlichen familiengerichtlichen Genehmigung (§ 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 2 BGB) unwirksam sind, ist der erteilte Erbschein als unrichtig einzuziehen, ohne dass es einer abschließenden Entscheidung über die Anfechtung der Erbausschlagung durch den Beteiligten zu 1 bedarf. Die zur Begründung des Erbscheinsantrags erforderlichen Tatsachen sind nicht mehr als festgestellt zu erachten, da es als ausgeschlossen erscheint, dass das Familiengericht eine Genehmigung zu einer selektiven Erbausschlagung erteilt.

3. Das AG war daher zur Einziehung des Erbscheins unter Rückgabe des Verfahrens anzuweisen, da das Beschwerdegericht selbst die Einziehung nicht anordnen darf (OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 1282; vgl. auch MünchKommBGB/J. Mayer, 5. Aufl., § 2361 Rdnr. 46 m. w. N.).

Dem Senat ist insoweit eine eigene Beurteilung verwehrt, da das Beschwerdegericht nur in den Grenzen des Rechtsmittels vollständig an die Stelle des erstinstanzlichen Gerichts tritt und ihm notwendige Ausführungshandlungen nicht obliegen (vgl. Bumiller/Harders, FamFG, 10. Aufl., § 69 Rdnr. 7 und 8).

(...)

7. BGB §§ 2100, 134; HeimG § 14 Abs. 1; FGG §§ 28 Abs. 3, 27 Abs. 1 (*Wirksamkeit eines „stillen“ Testaments zugunsten des Heimträgers*)

Das Testament des Angehörigen eines Heimbewohners, mit dem der Heimträger zum Nacherben eingesetzt wird und von dem dieser erst nach dem Tode des Erblassers erfährt, ist nicht nach § 14 Abs. 1 HeimG i. V. m. § 134 BGB unwirksam.

BGH, Beschluss vom 26.10.2011, IV ZB 33/10

Der Beteiligte zu 1 ist der einzige Sohn des am 11.9.2007 verstorbenen, verwitweten Erblassers. Er ist schwerbehindert und lebt in einer Einrichtung, die Wohnheime und Tagesförderstätten für Menschen mit schwerer Behinderung umfasst und deren Träger der Beteiligte zu 2 ist. In einem notariellen Testament vom 16.3.2006 setzte der Erblasser den Beteiligten zu 1 zu seinem nicht befreiten Vorerben und die Einrichtung zum Nacherben sowie zum Ersatzerben ein. Über dieses Testament wurde der Heimträger erst nach dem Tode des Erblassers informiert.

Der Beteiligte zu 1 hat mit Antrag vom 28.9.2007 einen Erbschein beantragt. Diesen Antrag hat er später dahin konkretisiert, dass der beantragte Erbschein ihn als Alleinerben nach seinem Vater ausweisen soll, weil die Erbinsetzung des Beteiligten zu 2 gegen § 14 HeimG verstoße.

Das Nachlassgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Das LG hat die hiergegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen hat der Beteiligte zu 1 weitere Beschwerde eingelegt.

Das Gericht der weiteren Beschwerde, dessen Beschluss u. a. in ZEV 2011, 424, veröffentlicht ist, sieht sich an einer eigenen Entscheidung über die weitere Beschwerde gehindert, weil es bei der Auslegung von § 14 Abs. 1 HeimG von einer Entscheidung des OLG München vom 20.6.2006 (NJW 2006, 2642 f.) abzuweichen beabsichtige, und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist nach § 28 Abs. 2 FGG statthaft. (...)

2. Das vorliegende Gericht möchte § 14 Abs. 1 HeimG und damit eine Bundesnorm („reichsgesetzliche Vorschrift“) in einer seine Entscheidung tragenden Weise anders auslegen als das OLG München in einer Entscheidung vom 20.6.2006 (a. a. O.), die ebenfalls auf eine weitere Beschwerde in einem FGG-Verfahren ergangen ist.

Das OLG München hat in dieser Entscheidung die Auffassung vertreten, dass die Vorschrift des § 14 Abs. 1 HeimG, die es dem Heimträger verbietet, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 5 vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen, auch eingreife, wenn ein Angehöriger eines Heimbewohners den Träger zum Erben oder Vermächtnisnehmer einsetze und der Heimbewohner weiterhin in der Einrichtung dieses Trägers lebe und deren Dienste in Anspruch nehme.

Demgegenüber möchte das vorliegende Gericht diese Norm dahingehend auslegen, dass sie nicht eingreift, wenn ein Angehöriger eines Heimbewohners den Heimträger in seinem Testament bedenkt, ohne dass dieser zu Lebzeiten des Testierenden hiervon Kenntnis erlangt. Es hat hierzu im Wesentlichen ausgeführt:

Testamentarische, d. h. einseitige Zuwendungen unterfielen der Vorschrift des § 14 Abs. 1 HeimG nur, wenn sich der Eintritt des Vermögensvorteils auf ein Einvernehmen zwischen dem Testierenden und dem Bedachten gründe. Daran fehle es, wenn der Heimträger bedacht werde, ohne dass er zu Lebzeiten des Testierenden hiervon Kenntnis erlange. Zwar sei auch in dieser Konstellation die Sicherung des Heimfriedens als ein

Schutzzweck des HeimG gefährdet, wenn der Heimbewohner bei Eintritt des Erbfalls noch lebe. Nicht betroffen seien aber die von Grundrechtspositionen getragenen weiteren Schutzzwecke der Testierfreiheit der Heimbewohner und des Schutzes ihrer hilflosen Lage vor Ausnutzung. Dagegen werde bei der weiten Auslegung des Begriffs „gewähren lassen“ durch das OLG München in die Testierfreiheit des nicht vom HeimG zu schützenden Dritten eingegriffen. Mit dieser weiten Auslegung werde für ihn selbst eine „stille Testierung“ tatsächlich nahezu unmöglich. Eine derart weitgehende Einschränkung der Testierfreiheit des Dritten sei zur Sicherung des Heimfriedens nicht erforderlich. Sie würde das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip unverhältnismäßig beschränken. (...)

4. Somit ist der Senat anstelle des OLG zur Entscheidung über die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1 berufen, § 28 Abs. 3 FGG.

III.

Die nach § 27 Abs. 1 FGG statthafte weitere Beschwerde ist unbegründet.

Der Erbscheinsantrag und damit auch die Beschwerde hätten nur dann Erfolg, wenn die im Testament des Erblassers angeordnete Nacherbschaft wegen eines Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 HeimG unwirksam wäre. Das ist aber nicht der Fall.

1. Allerdings können auch testamentarische Verfügungen wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sein; deshalb gilt § 14 HeimG nicht nur für Verträge, sondern auch für letztwillige Verfügungen durch Testament (BayObLG, NJW 1992, 55 = MittBayNot 1991, 265 unter II 3 a bb m. w. N.). Dabei zieht ein Verstoß gegen § 14 HeimG gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit nach sich, obwohl sich das Verbot nur gegen den Heimträger richtet (BGH, Urteil vom 9.2.1990, V ZR 139/88, BGHZ 110, 235, 240 = MittBayNot 1990, 300).

2. Ein Eingreifen des an den Heimträger gerichteten Verbots setzt voraus, dass dieser sich etwas „versprechen oder gewähren“ lässt. Eine einseitige Willenserklärung oder Betätigung des Gebers genügt mithin nicht; es muss eine Annahmeerklärung des Empfängers oder ein entsprechendes vorangegangenes Verlangen hinzukommen. Am notwendigen Merkmal des „sich gewähren lassen“ fehlt es deshalb nach allgemeiner Auffassung beim „stillen“ Testament eines Heimbewohners, von dem der Heimträger bis zum Eintritt des Erbfalls keine Kenntnis erlangt hat (BayObLG, a. a. O.; *Dahlem/Giese/Igl/Klie*, Heimrecht des Bundes und der Länder, Stand August 2008, § 14 HeimG Rdnr. 12; *Kunz/Butz/Wiedemann*, Heimgesetz, 10. Aufl., § 14 Rdnr. 8; *Planholz* in LPK-HeimG, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 8; *Staudinger/Otte*, 2003, Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rdnr. 145; *Rastätter*, Der Einfluss des § 14 HeimG auf Verfügungen von Todes wegen, 2004, S. 63 ff.; noch weitergehend *Hollstein*, Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot aus § 14 Abs. 1, 5 HeimG vor und nach der Föderalisierung des Heimrechts, 2010, S. 82, die testamentarische Zuwendungen insgesamt aus dem Anwendungsbereich von § 14 HeimG herausnehmen will). Auch der Senat hat die Nichtigkeit des Testaments in einem früher entschiedenen Fall demzufolge allein mit der Kenntnis der dort Bedachten bzw. ihrer Wissensvertreter begründet (Beschluss vom 24.1.1996, IV ZR 84/95, ZEV 1996, 147 f.).

Des Weiteren hat das BVerfG die in § 14 HeimG enthaltene Einschränkung der Testierfreiheit des Heimbewohners als verfassungskonform u. a. mit der Erwägung gebilligt, eine Unverhältnismäßigkeit der Regelung zur Erreichung der mit

ihr verfolgten Zwecke liege nicht vor, weil testamentarische Verfügungen, die dem Betroffenen nicht mitgeteilt und im Stillen angeordnet werden, stets zulässig seien; bei fehlender Kenntnis des Begünstigten sei das Testament stets wirksam (BVerfG, NJW 1998, 2964 unter II 1).

3. Dies ist entgegen der Auffassung des OLG München (a. a. O.) jedenfalls nicht dann anders zu beurteilen, wenn das den Heimträger begünstigende Testament nicht vom Heimbewohner, sondern von einem seiner Angehörigen stammt und der Heimbewohner nach dem Tode des Erblassers weiterhin im Heim des Trägers lebt.

Wie im Vorlagebeschluss zutreffend ausgeführt, kann von den mit § 14 HeimG verfolgten Zwecken (vgl. dazu BVerfG, a. a. O.) in dieser Konstellation allein der Schutz des Heimfriedens betroffen sein. Weder die Testierfreiheit der Heimbewohner noch deren Schutz vor einer Ausnutzung hilfloser Lage werden von der Frage berührt, ob der letztwilligen Verfügung eines Dritten Wirksamkeit zuerkannt werden kann. Diesen beiden Zwecken ist jedoch bei der Feststellung, dass die Einschränkung der Testierfreiheit durch § 14 HeimG noch verhältnismäßig und damit verfassungsgemäß ist (vgl. BVerfG, a. a. O.), deutlich höheres Gewicht beizumessen als dem Schutz des Heimfriedens, da sie ihre Grundlage ebenfalls in Grundrechten des Heimbewohners finden.

Hinzu kommt, dass selbst der Heimfrieden in dem Fall, dass der Heimträger von einem ihn begünstigenden Testament eines Dritten nach dessen Ableben erfährt, allenfalls in geringerem Maße betroffen sein kann als bei Testamenten des Heimbewohners, die ihm zu dessen Lebzeiten bekannt werden. Schutz des Heimfriedens bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Träger nicht durch die mittels Testament in Aussicht gestellte Zuwendung in seinem Verhalten gegenüber dem Heimbewohner beeinflusst werden soll, was im Falle privilegierender Maßnahmen zu Neid, Missgunst und Verärgerung bei anderen Heimbewohnern führen kann. Diese abstrakte Gefahr der Bevorzugung der Person wegen eines den Träger begünstigenden Testaments des Heimbewohners gründet sich aber u. a. darauf, dass der Träger sich mit einer ausgesprochenen, unausgesprochenen oder gar nur vermuteten Erwartungshaltung des Heimbewohners zu privilegierter Behandlung konfrontiert sehen kann, widrigenfalls das Testament wieder geändert würde. Er könnte sich deshalb zu zusätzlichen Leistungen gegenüber dem Erblasser veranlasst sehen, damit sich die in Aussicht gestellte Erwerbschance verwirklicht (ebenso *Hollstein*, a. a. O., S. 76).

Diese Gefahr besteht indessen nicht, wenn es sich bei dem Erblasser um einen Dritten handelt und der Heimträger erst nach dessen Tod vom Testament erfährt. Die letztwillige Verfügung ist dann nicht mehr änderbar und der Heimträger hat unter diesem Gesichtspunkt keine Veranlassung zu einer Vorzugsbehandlung des Heimbewohners. Nur der Gesichtspunkt der Dankbarkeit ist dann noch ein Umstand, der das Verhalten des Heimträgers zu beeinflussen geeignet ist.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Heimträger, zu dessen Gunsten eine Nacherbschaft nach dem Heimbewohner angeordnet ist, aufgrund der Testamentseröffnung auch beim sog. „stillen“ Testament des Erblassers notwendigerweise vor dem Nacherbfall Kenntnis von seiner Einsetzung erhält und er zu Lebzeiten des als Vorerbe eingesetzten Heimbewohners auch nur ein Anwartschaftsrecht erlangt (vgl. Münch-KommBGB/*Grunsky*, 5. Aufl., § 2100 Rdnr. 34 m. w. N.). Dem Heimbewohner verbleibt zudem, im Rahmen seiner Befugnisse als nicht befreiter Vorerbe über den Umgang mit dem Nachlass auf dessen Bestand Einfluss zu nehmen.

Diese Umstände vermögen indes eine weitgehende Einschränkung der Testierfreiheit eines außenstehenden Dritten, die ihm nicht die Möglichkeit lässt, den Heimträger im Wege des „stillen“ Testierens zum Nacherben zu bestimmen, nicht zu rechtfertigen. Bei der von Verfassungen wegen gebotenen Abwägung zwischen der verfassungsrechtlich garantierten Testierfreiheit (vgl. BVerfGE 67, 329, 341) und dem – wie dargestellt – in dieser Konstellation allenfalls noch in geringem Maße gefährdeten Heimfrieden ist auch zu berücksichtigen, dass sich eine absolut gleiche Behandlung und Betreuung sämtlicher Heimbewohner durch das Personal in der Realität ohnehin nie erreichen lassen wird, weil sie unvermeidlich auch durch Gegebenheiten auf zwischenmenschlicher Ebene wie Sympathie und Antipathie beeinflusst wird, die ihrerseits auf unterschiedlichsten Umständen beruhen können (vgl. *Hollstein*, a. a. O., S. 76 f.; *Rastätter*, a. a. O., S. 66).

Zum Schutze der Testierfreiheit ist § 14 Abs. 1 HeimG nach alledem verfassungskonform dahin auszulegen, dass er dem Angehörigen eines Heimbewohners die Einsetzung des Heimträgers als Nacherbe in einem „stillen“ Testament, von dem der Heimträger erst nach dem Tode des Erblassers erfährt, nicht verbietet.

Anmerkung:

1. Nach § 14 Abs. 1 HeimG ist es dem Heimträger untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern oder den Bewerberinnen und Bewerbern um einen Heimplatz Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 5 HeimG vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Schutzzweck des § 14 HeimG ist es,

- eine unterschiedliche, sachlich nicht gerechtfertigte Behandlung der Heimbewohner zu verhindern (Schutz des Heimfriedens),
- die Bewohner vor finanzieller Ausnutzung oder Benachteiligung, insbesondere durch die nochmalige Abgeltung einer Leistung des Trägers, zu schützen sowie
- die Testierfreiheit der Bewohner zu sichern.¹

Hierbei handelt es sich nach Auffassung des BVerfG² um legitime Gemeinwohlziele. § 14 HeimG als Bundesvorschrift wurde zwischenzeitlich weitgehend inhaltsgleich in die Landesheimgesetze aufgenommen, so z. B. in Bayern in Art. 8 des Pflege- und Wohnqualitätsgesetzes (PfleWoqG)³, so dass die Frage nach der Auslegung der Verbotsnorm nach wie vor von Interesse ist.

Bei § 14 HeimG handelt es sich (eigentlich) um eine öffentlichrechtliche Verbotsnorm, die sich an den Heimträger richtet. § 14 HeimG ist nach herrschender Ansicht aber auch Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB, so dass ein Rechtsgeschäft, das den Tatbestand erfüllt, nichtig ist.⁴ Dabei erfasst § 14 HeimG nach herrschender Ansicht⁵ nicht nur lebzeitige Zuwendungen, sondern auch Zuwendungen durch Verfügungen von Todes wegen (beispielsweise im Rahmen eines Erb-

¹ Vgl. BT-Drucks. 11/5120, S. 17 f.

² BVerfG, 1 BvR 434/98, NJW 1998, 2964 = FamRZ 1998, 1498 = DNotZ 1999, 56.

³ Aktuelle Übersicht zu den Landesheimgesetzen unter www.dnoti.de unter Gesetzesänderungen/Erbrecht.

⁴ BGH, V ZR 139/88, BGHZ 110, 235, 240 = MittBayNot 1990, 300; BayObLG, BReg 1a Z 3/90, BayObLGZ 1991, 251 ff. = FamRZ 1991, 1354 = NJW 1992, 55 = MittBayNot 1991, 265 = DNotZ 1992, 258.

⁵ Vgl. nur *Burandt/Rojahn/G. Müller*, Erbrecht, Querschnittskommentar, 2011, § 14 HeimG Rdnr. 10 ff.

vertrages mit dem Verbotsadressaten). Dies hat unmittelbare Konsequenzen für die Beurkundungstätigkeit des Notars. Denn nach der Rechtsprechung ist der Notar verpflichtet, im Zusammenhang mit der Errichtung von letztwilligen Verfügungen zugunsten eines Verbotsadressaten des § 14 Abs. 1 HeimG⁶ den Erblasser auf die Bestimmung des § 14 HeimG hinzuweisen und über die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung (vgl. § 14 Abs. 6 HeimG) zu belehren. Andernfalls droht eine Haftung des Notars.⁷

2. Vor diesem Hintergrund ist es beunruhigend, dass die Rechtsprechung die Norm in letzter Zeit immer weiter ausdehnt mit der Folge, dass diese zunehmend ihre Konturen verliert. Zwar ist noch nachzuvollziehen, dass in den letzten Jahren mehrfach eine analoge Anwendung des § 14 Abs. 1 oder 5 HeimG auf sog. „Umgehungstatbestände“ befürwortet wurde, wenn anstelle des Verbotsadressaten eine diesem nahe stehende natürliche oder mit ihm verbundene juristische Person begünstigt wurde und sich die Zuwendung – wenn auch über den Umweg eines Dritten – als Zuwendung an den Verbotsadressaten selbst darstellte.⁸ Während dies bei juristischen Personen nur angenommen wurde, wenn der Empfänger die Mittel zwingend an den Verbotsadressaten herauszugeben hatte⁹ bzw. eine personelle Verflechtung zwischen Heimträger und Zuwendungsempfänger gegeben war¹⁰, soll es nach der wenig überzeugenden Entscheidung des VG Würzburg¹¹ im Falle einer „Stiftungsproblematik“ für die analoge Anwendung des § 14 Abs. 1 HeimG genügen, dass die verschiedenen juristischen Personen in der Öffentlichkeit als zusammengehörig aufgetreten sind (was auch immer hierunter zu verstehen ist; im konkreten Fall ging es jedenfalls um einen gemeinsamen Internetauftritt).

Als bedenkliche Ausweitung des § 14 Abs. 1 HeimG stellt sich auch der hier zur Vorlage an den BGH führende Beschluss des OLG München vom 20.6.2006¹² dar. Zuvor war es einhellige Meinung gewesen, dass testamentarische Zuwendungen zugunsten des Heimträgers wegen der Formulierung „gewähren lassen“ nur dann unwirksam sind, wenn sich der Eintritt des Vermögensvorteils auf ein Einvernehmen zwischen dem Testierenden und dem Bedachten gründet, also zu der einseitigen Willenserklärung des Testierenden das Einverständnis des Bedachten mit der Zuwendung hinzutritt oder ein entsprechendes Verlangen vorangegangen ist.¹³ Die ständige Rechtsprechung ging daher davon aus, dass eine letztwillige Verfügung nicht gegen § 14 Abs. 1 HeimG verstößt, wenn der Heimträger von der testamentarischen Zuwendung zu seinen

Gunsten erst nach dem Tod des Erblassers Kenntnis erlangt hat.¹⁴

Das OLG München nahm dagegen in Abkehr von dieser ständigen Rechtsprechung für den Fall einer Drittzuwendung (§ 14 Abs. 1 HeimG erfasst nicht nur Zuwendungen durch, sondern auch zugunsten von Heimbewohnern) an, dass die Zuwendung an den Heimträger selbst dann unwirksam ist, wenn der Heimträger zu Lebzeiten des Erblassers keine Kenntnis von der Zuwendung erlangt habe, sofern nur der Heimvertrag nach der Annahme der Zuwendung (im konkreten Fall ein Grundstücksvermächtnis) fortbesteht. Auf Basis der Rechtsansicht des OLG München wären Drittzuwendungen in vielen Fällen unwirksam, da die Kenntniserlangung immer im Zusammenhang mit dem Tod des Erblassers und der Eröffnung seiner Verfügung eintritt. Die einzige Möglichkeit, die Zuwendung zu „retten“, wäre im Anschluss an die Rechtsansicht des OLG München, den Heimvertrag unmittelbar nach Eintritt des Erbfalls und Annahme des Vermächtnisses zu beenden, ein aus Sicht des Behindertenwohls geradezu groteskes Ergebnis.¹⁵

3. Der BGH ist mit der vorstehenden Entscheidung daher zu Recht wieder zur alten ständigen Rechtsprechung zurückgekehrt. Die im Ergebnis überzeugende Entscheidung ist vor allem für die Gestaltung von Behindertentestamenten wichtig, in denen der Heimträger bisweilen dann als Endbedachter (Nacherbe) eingesetzt wird, wenn außer dem behinderten Abkömmling keine anderen nächsten Angehörigen vorhanden sind (wie dies z. B. bei einer alleinerziehenden Mutter mit behindertem Kind der Fall sein kann). Mit der neuen Entscheidung des BGH sind damit Drittzuwendungen an den Heimträger wieder möglich, sofern diese „heimlich“ und ohne Kenntnis und Billigung des Heimträgers erfolgen.

Der BGH begründet seine Entscheidung auch zu Recht mit einer – notwendigen – verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes. Eine solche hat immer dann stattzufinden, wenn eine Gesetzesbestimmung im Rahmen ihres Wortlauts unterschiedliche Auslegungen ermöglicht, aber nicht alle diese möglichen Auslegungen mit dem Grundgesetz vereinbar sind.¹⁶ Das ist hinsichtlich der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gewähren lassen“ in § 14 Abs. 1 HeimG ohne Weiteres der Fall. Etwas enttäuschend ist nur, dass sich der BGH lediglich weitgehend der Argumentation des vorlegenden Gerichts (OLG Karlsruhe) anschließt, ohne selbst umfassend die hierzu vorliegende Rechtsprechung und Literatur – insbesondere die Gesetzgebungsgeschichte – zu beleuchten.

Dabei lässt sich diesen Unterlagen entnehmen, dass sich der Gesetzgeber bei der Konzipierung des § 14 HeimG an den Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB angelehnt hat,¹⁷ der auch die Wendung „sich gewähren lassen“ enthält.¹⁸ Auch dort wird die Wendung so verstanden, dass sich das Eintreten eines Vermögensvorteils auf ein Einvernehmen zwischen dem Zuwendenden und dem Bedachten gründen muss, woran es fehlt, wenn der Heimträger zu Lebzeiten des Testierenden

⁶ Ein weitgehend inhaltsgleiches Begünstigungsverbot enthält § 14 Abs. 5 HeimG für die Leitung, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeiter des Heims.

⁷ Vgl. dazu die Haftungsentscheidung des OLG München, 1 U 4776/94, ZEV 1996, 145 f. m. Anm. *Rossak*. Der BGH nahm die hiergegen eingelegte Revision des beklagten Notars nicht zur Entscheidung an; vgl. BGH, ZEV 1996, 145 f.

⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, 3 Wx 250/97, MittBayNot 1998, 264; BayObLG, 1Z BR 149/99, MittBayNot 2000, 453; BayObLG, 1Z BR 68/00, NJW-RR 2001, 295; OLG Frankfurt/M., 20 W 71/99, NJW 2001, 1504 = DNotZ 2001, 716.

⁹ BayObLG, 1Z BR 147/99, NJW 2000, 1959.

¹⁰ BayObLG, 1Z BR 17/03, DNotZ 2003, 873; VG Sigmaringen, Urteil vom 26.2.2003, Az. 3 K 1082/01, n. v.

¹¹ W 1 K 08.638, ZEV 2008, 601 ff. m. abl. Anm. *Limmer*.

¹² 33 Wx 119/06, NJW 2006, 2642 = DNotZ 2006, 933.

¹³ Vgl. BVerwG, 7 B 86/89, NJW 1990, 2268; BayObLG, BReg. 1a Z 3/90, BayObLGZ 1991, 251 = FamRZ 1991, 1354 = NJW 1992, 55 = DNotZ 1992, 258; KG, 1 W 3540/97, DNotI-Report 1998, 142 = Rpflieger 1998, 428 = ZEV 1998, 437 = FamRZ 1998, 1542 = NJW-RR 1999, 2.

¹⁴ BayObLG, BReg. 1 a Z 3/90, BayObLGZ 1991, 251 ff. = FamRZ 1991, 1354 = NJW 1992, 55 = DNotZ 1992, 258; BayObLG, 1Z BR 9/92, FamRZ 1992, 975; BayObLG, 1Z BR 9/92, BayObLGZ 1992, 344 = FamRZ 1993, 479 = NJW 1993, 1143 = DNotZ 1993, 453.

¹⁵ Vgl. *Tersteegen*, ZErB 2007, 414 ff.

¹⁶ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 442.

¹⁷ Vgl. BT-Drucks. 7/180, S. 15.

¹⁸ § 138 Abs. 2 BGB ist wiederum zum Teil inhaltsgleich mit dem Straftatbestand des Wuchers (§ 291 StGB).

keine Kenntnis erlangt hat.¹⁹ Dies hervorzuheben wäre wichtig gewesen, da es immer wieder Versuche – nicht nur des OLG München – gibt, die Norm anders auszulegen.²⁰ Sanktioniert wird bei § 14 HeimG aber nicht die Zuwendung an den Heimträger als solche, sondern nur der einvernehmliche Charakter der Zuwendung.²¹

Dafür, dass die Entscheidung des BGH richtig ist, spricht auch der verfassungsrechtliche Hintergrund: Das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG berührt die allgemeine Handlungsfreiheit und die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) des Heimträgers und des Heimbewohners (bzw. zuwendenden Dritten) und den unter der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG stehenden Grundsatz der Testierfreiheit des Zuwendenden.²² Dieser verfassungsrechtliche Bezug zur Testierfreiheit verlangt eine enge Auslegung der Vorschrift und zwar insbesondere dann, wenn sie auf einseitige letztwillige Verfügungen Anwendung finden soll.²³ Dies wird beeindruckend deutlich auch durch das BVerfG bestätigt, das in seiner Entscheidung zu § 14 HeimG²⁴ das Fehlen eines Verstoßes der Norm gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot gerade mit der Möglichkeit des Erblassers zum „stillen Testieren“ begründet hat. Dafür, dass dies bei Drittzuwendungen anders zu sehen sein sollte, gibt es keinerlei Hinweise.

4. Abschließend bleibt noch anzumerken, dass die Argumentation des BGH mit dem Schutzzweck dagegen aus meiner Sicht etwas „wackelig“ ist. Denn durch eine Drittzuwendung kann der Heimfrieden nach dem Ableben des Erblassers definitiv gestört sein. Ob es zur Ungleichbehandlung der Heimbewohner im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Zuwendung oder (was aus Sicht des BGH anders zu bewerten sei) aus Dankbarkeit für eine bereits erfolgte Zuwendung kommt, kann m. E. nicht entscheidend sein. Im Ergebnis wird man im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen „background“ des § 14 HeimG (vgl. oben 3) wohl einfach zu akzeptieren haben, dass nicht jede Zuwendung, die zur Ungleichbehandlung führen kann, mit einer Unwirksamkeitssanktion belegt ist bzw. werden kann. Andernfalls müssten umfassend alle Zuwendungen an den Heimträger verboten werden. Dies ist gerade nicht der Fall und wäre nach der o. a. Entscheidung des BVerfG wohl auch als unverhältnismäßiger Eingriff in die Testierfreiheit zu werten.

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Müller, Würzburg

¹⁹ BayObLG, BReg. 1 a Z 3/90, BayObLGZ 1991, 251 ff. = FamRZ 1991, 1354 = NJW 1992, 55 = DNotZ 1992, 258; BayObLG, IZ BR 9/92, FamRZ 1992, 975 = BeckRS 1992, 30897505.

²⁰ Vgl. nur *Sagmeister*, ZEV 2012, 99, 100.

²¹ *Tersteegen*, ZErB 2007, 414, 416.

²² Vgl. BayObLG, BReg. 1 a Z 3/90, BayObLGZ 1991, 251 ff. = FamRZ 1991, 1354 = NJW 1992, 55 = DNotZ 1992, 258.

²³ BayObLG, BReg. 1 a Z 3/90, BayObLGZ 1991, 251 ff. = FamRZ 1991, 1354 = NJW 1992, 55 = DNotZ 1992, 258.

²⁴ BVerfG, 1 BvR 434/98, NJW 1998, 2964 = ZEV 1998, 312 = DNotZ 1999, 56.

8. BGB §§ 2265, 2269, 2270, 2271, 2079, 2283, 2285 (*Späterer Beitritt des anderen Ehegatten zum gemeinschaftlichen Testament*)

1. Ein gemeinschaftliches Testament kann auch dann wirksam errichtet sein, wenn der andere Ehegatte erst nach längerer Zeit beitritt, sofern im Zeitpunkt

des Beitritts der Wille des ersttestierenden Ehegatten zur gemeinschaftlichen Testierung weiterhin besteht.

2. Irrt sich der nach Wiederverheiratung anfechtungsberechtigte überlebende Ehegatte über die Bindungswirkung, hindert das nicht den Beginn der Anfechtungsfrist.

OLG München, Beschluss vom 1.12.2011, 31 Wx 249/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der am 29.11.2009 im Alter von 77 Jahren verstorbene Erblasser war mit der Beteiligten zu 1 in zweiter Ehe verheiratet. Die Ehe wurde am 4.8.1995 geschlossen. In erster Ehe war der Verstorbene mit der am 2.6.1992 verstorbenen Frau E. K. verheiratet. Aus dieser Ehe sind die Beteiligten zu 2 und 3 hervor gegangen.

Es liegt eine letztwillige Verfügung des Erblassers und seiner ersten Ehefrau vom 19.2.1971/20.3.1977 vor, die von dem Erblasser geschrieben und unterschrieben ist und mit einer unterschriebenen Beitrittsklärung seiner Ehefrau versehen ist. Sie lautet wie folgt:

„Gemeinschaftliches Testament

Wir, die Eheleute (...), bestimmen für den Fall unseres Todes was folgt:

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu befreiten Vorerben unseres derzeitigen Nachlasses ein, d. h. der Überlebende ist von sämtlichen im Gesetz vorgeschriebenen Beschränkungen befreit und kann frei und unbeschränkt über den Nachlass verfügen.

Als Nacherben setzen wir unsere Kinder (Beteiligter zu 2 und Beteiligter zu 3) zu gleichen Teilen ein. Sollte eines unserer Kinder vor uns sterben, so treten dessen Abkömmlinge an seine Stelle.

(Ort), den 19.2.1971

(Unterschrift des Erblassers)

Das vorstehende Testament meines Ehemannes soll auch als mein Testament gelten.

(Ort), den 20.3.1977

(Unterschrift der vorverstorbenen Ehefrau)“

Der Erblasser übersandte dieses Testament nach dem Tod seiner ersten Ehefrau an das Nachlassgericht, wobei er es als das „gemeinsame Testament von meiner verstorbenen Frau und mir“ bezeichnete. Bei der Eröffnung gab er gegenüber dem Nachlassgericht an, dass ihm und seiner Ehefrau der Begriff der Vor- und Nacherbschaft nicht bekannt gewesen sei. Er habe die Formulierung einer Broschüre entnommen. Beide Ehegatten hätten tatsächlich eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung gewollt, wobei der Überlebende rechtsgeschäftlich über den gesamten Nachlass allein Verfügungsberechtigt habe sein sollen. Erben des Letztversterbenden sollten die Beteiligten zu 2 und 3 sein. Dementsprechend wurde dem Erblasser antragsgemäß ein Erbschein als Alleinerbe ohne Nacherbenvermerk erteilt.

Der Erblasser errichtete am 31.8.2004 ein handschriftliches Testament, in dem er die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin einsetzte. Am 5.12.2008 schlossen der Erblasser und die Beteiligte zu 1 einen notariellen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben einsetzten.

Der Beteiligte zu 2 hat am 12.7.2010 Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt, der ihn mit dem Beteiligten zu 3 gemäß Testament vom 19.2.1971/20.3.1977 als Miterben zu je 1/2 ausweist. Die Beteiligte zu 1 hat dem widersprochen. Sie ist der Auffassung, dass sie Alleinerbin aufgrund des Erbvertrages vom 5.12.2008 sei. Ein gemeinschaftliches Testament mit wechselseitigen Bindungen liege nicht vor. Vorsorglich erklärte sie mit Schriftsatz vom 14.6.2010 die Anfechtung des Testaments vom 19.2.1971/20.3.1977 wegen Übergang eines Pflichtteilsberechtigten und wegen Irrtums des Erblassers über die Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung.

Mit Beschluss vom 15.10.2010 hat das Nachlassgericht den beantragten Erbschein bewilligt. Der Erblasser habe mit seiner damaligen Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen verfasst. Die von der Beteiligten zu 1 erklärte Anfechtung greife wegen Fristablaufs nicht durch. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Erbfolge nicht nach dem Erbvertrag vom 5.12.2008, sondern nach dem vom Erblasser mit seiner vorverstorbenen Ehefrau in den Jahren 1971/1977 errichteten Testament bestimmt, und daher die Beteiligten zu 2 und 3 je zur Hälfte Erben des Erblassers geworden sind.

1. Auch der Senat ist der Auffassung, dass der Erblasser und seine vorverstorbenen Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament im Sinne der §§ 2265, 2269 BGB errichtet haben.

a) Voraussetzung ist nach allgemeiner Auffassung, dass der Wille der testierenden Eheleute auf die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments gerichtet ist und sich aus der Testamentsurkunde selbst zumindest andeutungsweise ergibt, dass es sich um eine gemeinschaftliche Erklärung handelt (vgl. dazu *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 1. Aufl., § 2265 Rdnr. 8 ff. m. w. N.).

Hier zeigt sich der Wille der Ehegatten zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments bereits in der Überschrift („gemeinschaftliches Testament“) wie auch in der Verwendung der Ausdrücke „Wir“, „die Eheleute (...) setzen uns hiermit gegenseitig“ und „unseres (...) Nachlasses“ (vgl. *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., vor § 2265 Rdnr. 8). Mit diesen Formulierungen hat der Erblasser, der das Testament geschrieben hat, deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er gemeinsam mit seiner Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament errichten wollte und nicht etwa für sich allein ein Einzeltestament. Die Erklärung der Ehefrau stellt eine typische Beitrittserklärung zu dem vom anderen Ehegatten geschriebenen gemeinschaftlichen Testament dar und nicht etwa ein Einzeltestament, denn sie enthält für sich genommen überhaupt keine letztwillige Verfügung (vgl. *Burandt/Rojahn/Braun*, a. a. O., § 2267 Rdnr. 15; *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2267 BGB Rdnr. 25). Die Ehefrau hat vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass auch sie im Einklang mit dem Willen ihres Ehemanns ein gemeinschaftliches Testament errichten will und dass die von ihm getroffenen Verfügungen auch ihrem Willen entsprechen. Mit diesem Beitritt wurde daher von den Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament im Sinne der §§ 2265 ff. BGB wirksam errichtet.

b) Dem steht nicht entgegen, dass die Ehefrau ihre Erklärung erst rund sechs Jahre nach der des Ehemannes abgegeben hat. Es ist nämlich nicht erforderlich, dass die Erklärungen der Ehegatten gleichzeitig erfolgen.

aa) Die korrespondierende Erklärung durch den anderen Ehegatten kann grundsätzlich auch noch nach längerer Zeit erfolgen (*Staudinger/Kanzleiter*, 2006, Vorbem. zu §§ 2265 ff. Rdnr. 20 unter Hinweis auf KG, KGJ 51, 82: Abstand von 7 Jahren; kritisch hierzu *Reimann/Bengel/J. Mayer*, vor §§ 2265 ff. BGB Rdnr. 23; *Coing*, JZ 1952, 611; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 24 III 2c Fn 83). Voraussetzung ist aber, dass in diesem Zeitpunkt noch die Zustimmung des anderen (ersttestierenden) Ehegatten hierzu gegeben ist (*Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O.; *MünchKommBGB/Musielak*, 2010, vor § 2265 Rdnr. 10, § 2267 Rdnr. 15).

bb) Das war hier nach Auffassung des Senats bei Abgabe der korrespondierenden Erklärung seiner vorverstorbenen Ehefrau am 20.3.1977, also sechs Jahren nach seiner eigenen Erklärung, bei dem Erblasser weiterhin der Fall, wie sich aus dessen Verhalten nach dem Tod seiner Ehefrau im Jahre 1992

ergibt. Zum einen legte er das Testament vor und stützte darauf sein Erbrecht. Dabei bezeichnete er die eingereichte Verfügung gerade als „gemeinsames Testament von meiner verstorbenen Frau und mir“. Zum anderen stellen seine weiteren Angaben gegenüber dem Nachlassgericht am 13.8.1992 im Rahmen der Eröffnung des Testaments ein gewichtiges Indiz hierfür dar. Dabei bekundete er, dass durch das Testament sowohl von ihm als auch von seiner Ehefrau eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung über den gesamten Nachlass und eine Schlusserbeneinsetzung ihrer beider Söhne beabsichtigt war. Damit brachte er zum Ausdruck, dass der Wille der Ehegatten darauf gerichtet war, ihre Erbfolge, insbesondere auch den Fall des Ablebens des überlebenden Ehegatten, gemeinsam zu regeln und dass seine sechs Jahre zuvor getroffene Verfügung auch im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung seiner vorverstorbenen Ehefrau weiterhin gelten sollte.

cc) Hingegen lässt die Erklärung des Erblassers in § 1 Ziffer 3 des Erbvertrags vom 5.12.2008, dass er durch ein gemeinschaftliches Testament nicht in der freien Verfügung über seinen Nachlass beschränkt sei, entgegen dem Beschwerdevorbringen keinen hinreichenden Rückschluss darauf zu, dass der Erblasser selbst nicht von einer gemeinschaftlichen Verfügung der Ehegatten bezüglich des Testaments aus den Jahren 1971/1977 ausgegangen ist. Sie kann ebenso bedeuten, dass er sich durch das Testament lediglich in seiner Testierfreiheit als nicht beschränkt angesehen hat (vgl. dazu unten). Im Übrigen steht diese Erklärung des Erblassers im Widerspruch zu seinen Angaben bezüglich des Testaments aus den Jahren 1971/1977 vor dem Nachlassgericht im Jahre 1992, die zum Zeitpunkt des letzten Errichtungsaktes (Beitritt der vorverstorbenen Ehefrau) zeitnäher erfolgt sind.

2. An die Einsetzung der gemeinsamen Kinder als Schlusserben war der Erblasser gebunden. Die Erbfolge nach dem Erblasser bestimmt sich deshalb nicht nach dem Erbvertrag vom 5.12.2008, sondern nach dem mit seiner vorverstorbenen Ehefrau errichteten gemeinschaftlichen Testament aus den Jahren 1971/1977.

a) Auch der Senat ist der Auffassung, dass die Ehegatten mit dem gemeinschaftlichen Testament nicht eine Vor- und Nacherbschaft anordnen, sondern sich gegenseitig als Alleinerben und die Beteiligten zu 2 und 3 als Schlusserben einsetzen wollten. Dem Gebrauch der Worte „Vorerbe“ und „Nacherbe“ kommt für sich allein keine entscheidende Bedeutung im Rahmen der Auslegung zu. Maßgebend ist auch insoweit der Wille beider Erblasser (BGH, NJW 1983, 277, 278). Hier ergibt sich aus der Erklärung des Erblassers gegenüber dem Nachlassgericht, dass er die einer Broschüre entnommenen Begriffe nicht im Rechtssinne verwendet hatte und die Ehegatten tatsächlich eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung mit Schlusserbeneinsetzung anordnen wollten.

b) Zutreffend ist das Nachlassgericht auch zu dem Ergebnis gelangt, dass die in dem gemeinschaftlichen Testament von dem Erblasser angeordnete Schlusserbeneinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 zu seiner eigenen Einsetzung als Alleinerbe seiner Ehefrau wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB ist und daher der Erblasser in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB daran gehindert war, die Erbinsetzung nach seinem Ableben davon abweichend zu regeln.

aa) Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit

Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLGZ 1991, 173, 175 f. = MittBayNot 1991, 174; OLG Hamm, FamRZ 2004, 662). Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung (BGHZ 112, 229, 233). Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410). Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

bb) Schon nach der Lebenserfahrung liegt es nahe, dass die Einsetzung des Erblassers durch seine erstverstorbene Ehefrau in Abhängigkeit zu dessen Einsetzung der gemeinsamen Kinder getroffen wurde. Indem die Ehefrau, wie geschehen, ihren Ehemann zum Alleinerben einsetzt, übergeht und enterbt sie ihre eigenen Kinder; denn ihre eigene Schlusserbeinsetzung der Kinder wird im Fall ihres Vorversterbens gegenstandslos. Wer sein Vermögen letztendlich an die eigenen Kinder weitergeben will, sie aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird. Das Gesetz schützt dieses Vertrauen der Eheleute in den Bestand einer solchen Regelung, indem es zu Lebzeiten beider Ehegatten einen einseitigen Widerruf nur in einer besonderen Form gestattet, die sicherstellt, dass der andere Ehegatte von dem Widerruf erfährt (§§ 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 Abs. 2 BGB), und indem es nach dem Tod des Erstversterbenden den Widerruf grundsätzlich ausschließt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB).

cc) Selbst wenn man jedoch nach all dem noch Zweifel haben müsste, dass die genannten Verfügungen wechselbezüglich sind, so wäre nach der ergänzend heranzuziehenden Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB, die durch individuelle Auslegung jedenfalls nicht widerlegt ist, von einer Wechselbezüglichkeit auszugehen. Durchgreifende Umstände, die gegen dieses Auslegungsergebnis sprechen, sind nicht zutage getreten.

(1) Der Umstand, dass der Erblasser im Nachgang zu der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nochmals neu testiert hat (2004) wie auch den Erbvertrag mit der Beteiligten zu 1 schloss und sich dabei in seiner Testierfreiheit nicht gebunden angesehen hat, stellt dafür kein hinreichendes Indiz dar. Maßgeblich ist der Wille der beiden Ehegatten im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments, also im Zeitpunkt, als die vorverstorbene Ehefrau im Jahre 1977 ihre letztwilligen Verfügungen getroffen hat. Für diesen Zeitpunkt liegen nach Überzeugung des Senats jedoch keine durchgreifenden Anhaltspunkte vor, dass nach dem Willen der Erblasser die Schlusserbeinsetzung ihrer gemeinsamen Kinder zu der jeweiligen Einsetzung des anderen Ehegatten als Alleinerben nicht in einer Wechselwirkung zueinander stehen sollte.

(2) Der Bestimmung in dem gemeinschaftlichen Testament, dass der „Überlebende von sämtlichen im Gesetz vorgesehe-

nen Beschränkungen befreit sein sollte und frei und beschränkt über den Nachlass verfügen könne“, wie auch der Erklärung des Erblassers vor dem Nachlassgericht bei Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments im Jahre 1992 lässt sich nicht entnehmen, dass von den Ehegatten eine Wechselbezüglichkeit ihrer Verfügungen nicht gewollt war. Eine solche Formulierung enthält regelmäßig lediglich die Ermächtigung des Überlebenden über die Erbschaft unter Lebenden, nicht aber von Todes wegen frei zu verfügen (*Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 57; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 21; BayObLG, FamRZ 1985, 209; OLG Hamm, OLGR 2002, 179 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 29.3.2011, 10 U 112/10; KG, FamRZ 1998, 124). Gegenteilige Anhaltspunkte (vgl. OLG Hamm, FamRZ 2007, 678) sind vorliegend nicht gegeben. Vielmehr legt die Aussage des Erblassers vor dem Nachlassgericht im Rahmen der Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments nahe, dass die eingeräumte Verfügungsbefugnis zugunsten des Überlebenden keine erbrechtliche Komponente mit einschloss, sondern sich auf rechtsgeschäftliche Verfügungen beschränkte, wie auch die Weitergabe des gemeinsamen Vermögens an ihre Söhne nicht nur eine untergeordnete Rolle gespielt hat.

(3) Entgegen dem Beschwerdevorbringen steht auch der Umstand, dass bis zur vollständigen Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments ein Zeitraum von ca. sechs Jahren verstrichen ist, der wechselseitigen Abhängigkeit der Verfügungen der Ehegatten nicht entgegen. Ob im Einzelfall bei einem Beitritt des anderen Ehegatten erst nach mehreren Jahren angenommen werden kann, dass die Verfügungen des zuerst Testierenden auch ohne die Verfügungen des anderen erfolgt wären (vgl. *Pfeiffer*, FamRZ 1993, 1266, 1271 im Hinblick auf die Entscheidung des KG, KGJ 51, 82/86), bedarf hier keiner Entscheidung. Anders als in dem vom KG entschiedenen Sachverhalt, in dem die überlebende Ehefrau ihren Beitritt zu dem von ihrem Mann errichteten Testament sieben Jahre später erklärt hatte, als dieser bereits im Sterben lag, erfolgte hier der Beitritt durch die (später als erste verstorbene) Ehefrau lange vor dem Tod des Ehemannes. Überdies hat sich der Erblasser, der seine Verfügung zuerst niedergeschrieben hatte, nach dem Tod seiner Ehefrau gerade auf das gemeinschaftliche Testament gestützt und in seiner Erläuterung für dessen Auslegung vor dem Nachlassgericht darauf hingewiesen, dass das Testament von seiner Ehefrau und ihm einvernehmlich abgefasst worden sei. Es kann deshalb nicht angenommen werden, dass der Erblasser als der zuerst Testierende seine Verfügungen auch ohne die Verfügungen seiner Ehefrau getroffen hätte. Im Übrigen geht es hier darum, ob die Verfügung der später beigetretenen Ehefrau zugunsten des Ehemannes wechselbezüglich zu dessen Einsetzung der gemeinsamen Kinder ist.

3. Der Senat teilt auch die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die von der Beschwerdeführerin erklärte Anfechtung nicht durchgreift.

a) Soweit sich die Anfechtungserklärung darauf stützt, dass sich der Erblasser über die Bindungswirkung der Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder geirrt habe, hat die Anfechtung bereits deswegen keinen Erfolg, da ein solcher Irrtum über die Bindungswirkung keinen zur Anfechtung berechtigenden Inhaltsirrtum im Sinne des § 2078 BGB, sondern lediglich einen unbeachtlichen Rechtsfolgeirrtum darstellt (vgl. dazu näher OLG München, NJW-RR 2011, 1020, 1022 = MittBayNot 2011, 505).

b) Auch die von der Beschwerdeführerin erklärte Anfechtung gemäß § 2079 BGB greift nicht durch. Nach § 2285 BGB, der auf wechselbezügliche Verfügungen des überleben-

den Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament entsprechend anwendbar ist (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 32), besteht das Anfechtungsrecht des Dritten im Sinne des § 2079 BGB nicht mehr, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers selbst bereits zur Zeit des Erbfalls erloschen ist. Dies ist hier der Fall.

aa) Gemäß § 2283 Abs. 1 BGB kann die Anfechtung durch den Erblasser nur binnen Jahresfrist, beginnend mit dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt (§ 2283 Abs. 2 BGB), erklärt werden, d. h. er alle Tatsachen kennt, die für die Anfechtung erforderlich sind. Entscheidend sind hier der Tod der ersten Ehefrau (2.6.1992), die Annahme der Erbschaft nach ihrem Tode (13.8.1992), die Tatsache der Wiederverheiratung (4.8.1995) und das Vorhandensein des gemeinschaftlichen Testaments aus den Jahren 1971/1977 mit der Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder. Die Anfechtungsfrist beginnt frühestens mit dem Zeitpunkt der Wiederverheiratung (§ 2281 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Dieser Zeitpunkt und nicht der der Errichtung des Erbvertrages am 3.12.2008 steht bezüglich der Kenntnis des Anfechtungsgrundes daher inmitten. Zu diesem Zeitpunkt hat der überlebende Ehegatte dann Kenntnis von dem gemeinschaftlichen Testament, wenn er sich daran ohne weitere Gedächtnishilfe erinnern würde, falls er sich mit der Frage der Nachlassregelung befassen sollte (BayObLG, FamRZ 1995, 1024 = MittBayNot 1995, 145). Die Kenntnis fehlt aber dann, wenn das Testament so weit aus der Erinnerung des Überlebenden entchwunden ist, dass es selbst bei Befassung mit der Nachlassregelung nicht in dessen Bewusstsein zurückgerufen worden wäre (BayObLG, a. a. O.). Im letztgenannten Fall ist die für den Fristbeginn erforderliche Kenntnis erst dann gegeben, wenn der Anfechtungsberechtigte konkret an seine frühere Verfügung erinnert wird.

bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist es nach Auffassung des Senats fernliegend, dass das Vorhandensein des gemeinschaftlichen Testaments, das er mit seiner ersten Ehefrau errichtet hat, im Zeitpunkt der Heirat mit der Beschwerdeführerin (4.8.1995) aus der Erinnerung des Erblassers entchwunden ist. Die erste Ehefrau des Erblassers war erst drei Jahre zuvor am 2.6.1992 vorverstorben. Das mit ihr errichtete gemeinschaftliche Testament war zudem am 13.8.1992 Gegenstand einer eingehenden Erörterung vor dem Nachlassgericht über die Auslegung.

cc) Entgegen dem Beschwerdevorbringen lief die Frist ab Wiederverheiratung des Erblassers selbst dann, sofern er sich im Irrtum über die Bindungswirkung der wechselseitigen Verfügungen in dem Testament aus den Jahren 1971/1977 befunden hat. Grundsätzlich hindert nur ein Tatsachenirrtum des Anfechtungsberechtigten die Kenntnis und damit den Fristbeginn. Die rechtsirrtümliche Beurteilung eines den Tatsachen nach richtig erkannten Anfechtungsstatbestandes geht hingegen, soweit es sich um das Anfechtungsrecht und seine Ausübung handelt, zulasten des Berechtigten (vgl. BGH, FamRZ 2011, 1224 m. w. N.).

Dies ist hier der Fall. Der Erblasser hatte Kenntnis von den für den Beginn der Anfechtungsfrist maßgeblichen Tatsachen. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass er irrtümlich annahm, dass die Schlusserbeneinsetzung durch seine zweite Eheschließung hinfällig war (vgl. dazu BayObLG, NJW-RR 1992, 1223) liegen nicht vor. Ein Irrtum über eine Bindungswirkung, über die Notwendigkeit der Anfechtung oder darüber, dass auch ein gemeinschaftliches Testament vom Erblasser angefochten werden kann, stellt hingegen lediglich einen Rechtsirrtum dar, der den Ablauf der Anfechtungsfrist nicht hindert (*Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., § 2283 Rdnr. 8).

dd) Die Anfechtungsfrist im Sinne des § 2283 Abs. 1 BGB war somit mit Ablauf des 5.8.1996 verstrichen und das Anfechtungsrecht des Erblassers erloschen. Demgemäß konnte auch die Beschwerdeführerin im Jahre 2010 nicht mehr die Schlusserbeneinsetzung in dem gemeinschaftlichen Testament 1971/1977 anfechten.

(...)

Anmerkung:

1. Bekannte Aussagen – ungewöhnlicher Aufhänger

Nach ganz herrschender Meinung ist § 2289 BGB auf wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament entsprechend anwendbar, soweit die Verfügungen durch den Tod eines Ehegatten bindend geworden sind.¹ Somit sind spätere Verfügungen (hier: Einsetzung der zweiten Ehefrau als Erbin) insoweit unwirksam, als sie das Recht der bindend Bedachten beeinträchtigen würden, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB analog. Von maßgeblicher Bedeutung ist daher die Frage, ob es sich bei dem Testament vom 19.2.1971/20.3.1977 um ein gemeinschaftliches Testament handelt und die für den Fall des Todes des Längerlebenden getroffenen Verfügungen wechselbezüglich sind. Beides hat das OLG München (zu Recht) bejaht und dabei die bisherige Linie der Rechtsprechung und herrschenden Meinung bestätigt.²

a) Errichtungszusammenhang

Dies soll Anlass sein, sich die Voraussetzungen des gemeinschaftlichen Testaments (die im BGB nicht definiert sind) nochmals kurz vor Augen zu führen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass jeder der beiden Testierenden (mindestens) eine Verfügung trifft und diese Verfügungen in einem sog. „Errichtungszusammenhang“ stehen.³ Die Ehe/eingetragene Lebenspartnerschaft ist zwar nicht begriffliches Erfordernis des gemeinschaftlichen Testaments, aber nach § 2265 BGB (i. V. m. § 11 Abs. 4 Satz 1 LPartG) Wirksamkeitsvoraussetzung; die nachträgliche Heirat/Verpartnerung führt nicht zur Heilung.⁴ Nach der sog. vermittelnden subjektiven Auffassung, die auch der überwiegende Teil der Rechtsprechung vertritt, ist der Errichtungszusammenhang gegeben, wenn sich aus der Testamentsurkunde zumindest andeutungsweise ergibt, dass es sich um eine gemeinschaftliche Erklärung handelt.

Sind diese Hürden genommen, ist es unerheblich, ob die Verfügungen zeitgleich oder mit zeitlichem Abstand errichtet werden; auch die Niederlegung in getrennten Urkunden ist möglich.⁵ Maßgeblich ist allein, dass der Wille, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, jeweils bei Niederlegung der eigenen Verfügung und darüber hinaus noch bis zur vollständigen Abfassung der Verfügung des anderen Teils be-

¹ Vgl. nur OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 265, 266.

² Bei den im Beschluss erörterten Fragen der Anfechtung bewegt sich das OLG München ebenfalls auf der Linie der Rechtsprechung; vgl. hierzu nur die im Beschluss zitierten Beschlüsse des OLG München, NJW-RR 2011, 1020 ff = MittBayNot 2011, 505 m. Anm. *Kanzleiter*, und des BGH, FamRZ 2011, 1224 = DNotI-Report 2011, 102.

³ *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 1. Aufl. 2011, § 2265 BGB Rdnr. 3 ff.

⁴ Grundlegend RGZ 87, 33.

⁵ BeckOKBGB/*Litzenburger*, Stand 1.2.2012, § 2265 Rdnr. 6 f. m. w. N.

steht.⁶ Dagegen ist die nachträgliche Vergemeinschaftung, also die Umwidmung einer als einseitiges Testament geplanten Verfügung in einen Teil eines gemeinschaftlichen Testaments, nach herrschender Meinung unzulässig.⁷ Ist dieses Willensmoment zur gemeinschaftlichen Errichtung jedoch gegeben, ist auch ein längerer zeitlicher Abstand unproblematisch. Je größer dieser Abstand ist, desto genauer wird jedoch zu prüfen sein, ob von Anfang an der Beitritt des anderen Ehegatten einkalkuliert war und ein (anfänglicher und fortbestehender) Gemeinschaftlichkeitswille vorliegt.⁸

Die Errichtung durch späteren Beitritt eines Ehegatten ist zwar nicht der Regelfall, in der Praxis aber häufig anzutreffen. Das Besondere an dem hier vorliegenden Fall ist „nur“ der immense zeitliche Abstand von sechs Jahren. Da aber durch die Aussage des Ehemannes im Erbscheinsverfahren nach dem Tod der ersten Ehefrau der anfängliche und fortbestehende Gemeinschaftlichkeitswille hinreichend dokumentiert war, sind die geschilderten Voraussetzungen hinreichend nachgewiesen.

b) Wechselbezüglichkeit

Da das gemeinschaftliche Testament keine Aussagen zur Wechselbezüglichkeit enthält und keine eindeutigen Anhaltspunkte für oder gegen die Wechselbezüglichkeit ermittelt werden konnten, war auf die Auslegungsregel des § 2270 BGB zurückzugreifen. Die Einsetzung der gemeinschaftlichen Kinder durch den Mann ist daher als wechselbezüglich zu der Einsetzung des Mannes durch die Ehefrau anzusehen.

Ungewöhnlich scheinen in diesem Kontext die – ersichtlich dem Parteivorbringen geschuldeten – Äußerungen des OLG München zur Bedeutung der zeitlichen Dimension für die Frage der Wechselbezüglichkeit (Abschnitt II Ziffer 2 b) cc) (3) des Beschlusses). Natürlich, möchte man sagen, haben die zeitlichen Umstände auf die Wechselbezüglichkeit keinen Einfluss. Entweder der Ehemann wollte von Anfang an eine wechselbezügliche Verfügung errichten oder nicht. Zwar ist es denkbar, dass er von Anfang an einen quasi gestaffelten Willen hatte („bei Beitritt bis zu einem bestimmten Termin handelt es sich um wechselbezügliche Verfügungen, bei einem späteren Beitritt um einseitige“), doch ist dies in der Praxis, in der sich die meisten Menschen über die Wechselbezüglichkeit keine konkreten Gedanken machen, eher unwahrscheinlich. Auch ist ein solcher Wille im Testament nicht hinreichend angedeutet.

Ein zwischen Errichtung der eigenen Verfügung und dem Beitritt des Ehegatten erfolgter Sinneswandel kann auch m. E. auf der Ebene der Wechselbezüglichkeit keine Beachtung finden. Eine Verfügung von Todes wegen ist nach dem zum Zeitpunkt der Errichtung vorhandenen Willen zu beurteilen; eine spätere Willensänderung ist allenfalls im Rahmen der Anfechtung zu beachten. Zeitpunkt der Errichtung ist die Niederlegung der eigenen Verfügung und nicht der Beitritt durch den anderen Ehegatten. Das Besondere bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ist jedoch der Umstand, dass der Wille des zuerst Testierenden auch noch im Zeitpunkt des Beitritts fortbestehen muss. Wollte der zuerst Testierende ursprünglich ein gemeinschaftliches Testament mit Bindungswirkung errichten und ändert er vor dem Beitritt des Ehegatten

seinen Willen hinsichtlich der Bindungswirkung, dann verlangt dieser geänderte Wille eine neue Handlung der betreffenden Person. Liegt diese neue Handlung nicht vor, dann führt der „Beitritt“ des Ehegatten nicht zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments;⁹ es handelt sich um einen Fall des fehlerhaften Beitritts. Es wäre nur in diesem Fall die vom OLG München aufgeworfene Frage zu stellen, ob der zuerst Testierende (hier der Ehemann) auch ohne seinen Ehepartner verfügt hätte, seine Erklärungen also als Einzeltestament aufrechterhalten werden können¹⁰.

Um ein Versehen handelt es sich wohl, wenn das OLG München in diesem Kontext erörtert, ob die Verfügung der später beigetretenen Ehefrau zugunsten des Ehemannes wechselbezüglich zu dessen Erbinsetzung der gemeinsamen Kinder ist. Von Bedeutung für die Wirksamkeit der später durch den Ehemann errichteten Verfügung ist allein (wie auch in Abschnitt II Ziffer 2 b) des Beschlusses ausgeführt), ob seine Erbinsetzung der gemeinsamen Kinder wechselbezüglich zur Verfügung der Ehefrau zu seinen Gunsten ist (die weiteren Wechselbezüglichkeiten spielen erst im Rahmen der Folgen einer wirksamen Anfechtung o. ä. eine Rolle).

2. Fazit

Die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments kann sich über mehrere Jahre hinziehen, sofern ein (anfänglicher und) fortbestehender Gemeinschaftlichkeitswille des ersttestierenden Ehegatten vorliegt. Da die zeitliche Dimension, von Sonderfällen abgesehen, für die Beurteilung der Wechselbezüglichkeit keine Rolle spielt, birgt das gemeinschaftliche Testament auch in dieser Variante für die Beteiligten oft nicht bedachte Überraschungen.

Notar *Christian Braun*, Ottobeuren

⁹ Für den Fall der nachträglichen Vergemeinschaftung *Burandt/Rojahn/Braun*, § 2267 BGB Rdnr. 24.

¹⁰ Zur Auslegung bei fehlerhaftem oder fehlendem Beitritt *Burandt/Rojahn/Braun*, § 2265 BGB Rdnr. 44 ff.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. BGB § 2209; HGB §§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 177 (*Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister bei Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung über den Nachlass eines Kommanditisten*)

Ist über den Nachlass eines Kommanditisten Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, so ist auf Antrag des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckervermerk in das Handelsregister einzutragen.

BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 15/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Antragsteller ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass des am 22.4.2009 verstorbenen J. B. Dessen Erben sind ausweislich eines privatschriftlichen Testaments R. B. und M. B. Der Erblasser war mit einer Hafteinlage von 10.000 € Kommanditist der O. GmbH & Co. KG.

Der Antragsteller hat unter Beifügung einer Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses und einer beglaubigten Ablichtung des Testaments folgende Eintragung in das Handelsregister beantragt:

Der Gesellschafter J. B. ist verstorben. Seine Beteiligung ist auf die Erbengemeinschaft, bestehend aus R. B. und M. B., im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergegangen. Es ist Testamentsvollstreckung angeordnet.

⁶ *Burandt/Rojahn/Braun*, § 2265 BGB Rdnr. 12; *Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, vor §§ 2265 ff. Rdnr. 23.

⁷ Vgl. nur *BeckOKBGB/Litzenburger*, § 2265 Rdnr. 7 m. w. N.

⁸ *Burandt/Rojahn/Braun*, § 2267 BGB Rdnr. 24; kritisch bei längeren Fristen, aber im Ergebnis ebenso *Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer*, vor §§ 2265 ff. Rdnr. 23.

Die übrigen Gesellschafter haben sich gemäß einer Erklärung der Komplementärin dem Antrag angeschlossen.

Das AG – Registergericht – hat dem Antragsteller mit Zwischenverfügung vom 31.3.2011 mitgeteilt, dass die Erben nicht als Erbengemeinschaft eingetragen werden könnten, dass ein schützenswertes Interesse an der Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks nicht bestehe und dass die Vorlage eines Erbscheins jedenfalls dann erforderlich sei, wenn das Nachlassgericht die Nachlassakten nicht auf Anforderung übersende.

Die dagegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat das OLG zurückgewiesen. Es hat die Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG zugelassen und zur Begründung ausgeführt: Bislang habe nur das KG entschieden, dass ein Testamentsvollstreckervermerk in Bezug auf einen Kommanditanteil nicht eingetragen werden könne. Ein Teil des Schrifttums sehe das anders. Deshalb sei eine höchstgerichtliche Klärung dieser Frage angemessen.

Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller seinen Eintragungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

(...)

III.

Soweit die Rechtsbeschwerde zulässig ist, hat sie in der Sache Erfolg.

1. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Beschwerdegericht insoweit ausgeführt: Das Registergericht habe zu Recht die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks abgelehnt. Dabei schließe sich das Gericht der Auffassung des KG in dessen Beschluss vom 4.7.1995 (WM 1995, 1890 = MittBayNot 1996, 53) an. Danach sei ein Testamentsvollstreckervermerk nicht eintragungsfähig. Eine im Schrifttum vertretene Gegenmeinung berufe sich allein auf ein Publizitätserfordernis. Dieses bestehe aber nicht, weil sich die Haftungsverhältnisse in Bezug auf den Kommanditanteil durch die Testamentsvollstreckung nicht änderten.

2. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Das Beschwerdegericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass eine Testamentsvollstreckung sich auf einen Kommanditanteil beziehen kann. Das entspricht, sofern die übrigen Gesellschafter einverstanden sind oder der Gesellschaftsvertrag es vorsieht, der Rechtsprechung des BGH (BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 191 ff. = MittBayNot 1989, 323).

b) Unzutreffend ist aber die Annahme des Beschwerdegerichts, eine derartige Testamentsvollstreckung könne nicht im Handelsregister vermerkt werden. Jedenfalls wenn eine Dauervollstreckung im Sinne des § 2209 BGB angeordnet ist, kann ein entsprechender Testamentsvollstreckervermerk im Handelsregister eingetragen werden (ebenso *Ulmer*, NJW 1990, 73, 82; *D. Mayer*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Rdnr. 5.212; ZIP 1990, 976, 978; *Plank*, ZEV 1998, 325, 327 ff.; *Schaub*, ZEV 1996, 68 f.; *Weidlich*, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, 1992, S. 90 f.; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 20. Aufl., Rdnr. 373; *Aderhold* in Westermann, Handbuch Personengesellschaften, Stand September 2008, Rdnr. 2448; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, 2. Aufl., § 177 Rdnr. 37; *Staudinger/Reimann*, 2003, Vorbem. zu §§ 2197-2228 Rdnr. 102; *Lorz* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 139 Rdnr. 89; *von Gerkan/Haas* in Röhricht/Graf von Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 177 Rdnr. 18; *Oetker*, HGB, 2. Aufl., § 177 Rdnr. 15; *Strohn* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 177 Rdnr. 22; *Koller* in *Koller/*

Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 177 Rdnr. 7; a. A. *KG*, WM 1995, 1890 ff. = MittBayNot 1996, 53; *Reinke*, Rpfleger 1994, 1, 5 f.; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2205 Rdnr. 44; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 769; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl., § 2205 Rdnr. 46; anders auch für eine Testamentsvollstreckung an einem Handelsgeschäft RGZ 132, 138; offen gelassen von BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 190 = MittBayNot 1989, 323).

aa) Grundsätzlich werden in das Handelsregister allerdings nur die Tatsachen und Rechtsverhältnisse eingetragen, deren Eintragung gesetzlich vorgesehen ist. Aufgrund der Funktion des Handelsregisters, Umstände zu verlaublichen, die für den Rechtsverkehr von wesentlicher Bedeutung sind, lässt die Rechtsprechung aber auch darüber hinausgehende Eintragungen zu, wenn ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Information besteht (BGH, Beschluss vom 28.2.1983, II ZB 8/82, BGHZ 87, 59, 62; Beschluss vom 30.1.1992, II ZB 15/91, ZIP 1992, 395, 397 = MittBayNot 1992, 218; Beschluss vom 10.11.1997, II ZB 6/97, ZIP 1998, 152 = MittBayNot 1998, 117). Die dem Handelsregister zukommende Publizitätsfunktion soll es der Öffentlichkeit – wie den Arbeitnehmern, den künftigen oder gegenwärtigen Gläubigern, den Gesellschaftern und den potentiellen Anteilserwerbern – ermöglichen, sich über die Rechtsverhältnisse von Kaufleuten und Gesellschaften zu unterrichten (BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 344).

bb) Im vorliegenden Fall besteht ein schutzwürdiges Bedürfnis des Rechtsverkehrs, durch das Handelsregister über die angeordnete Dauertestamentsvollstreckung informiert zu werden.

Nach § 177 HGB wird die Kommanditgesellschaft beim Tod eines Kommanditisten mit den Erben fortgesetzt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH geht der Kommanditanteil dabei nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erbengemeinschaft über. Vielmehr erwerben die zur Nachfolge des Kommanditisten bestimmten Erben im Wege der Sonderrechtsnachfolge jeweils eigenständige Gesellschaftsanteile im Umfang ihrer Erbquoten (BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186, 191 ff.; Urteil vom 10.2.1977, II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 229 ff.; Urteil vom 4.5.1983, IVa ZR 229/81, NJW 1983, 2376; Urteil vom 14.5.1986 IV ZR 155/84, BGHZ 98, 48, 50 ff.). Ist an dem Nachlass eine Testamentsvollstreckung angeordnet, erfasst sie auch diese im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergebenen Gesellschaftsanteile, sofern das im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist oder die übrigen Gesellschafter zustimmen (BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 191 ff. = MittBayNot 1989, 323). Allein der Testamentsvollstrecker ist – soweit der Erblasser ihm nicht nur beschränkte Rechte eingeräumt hat – nach §§ 2205, 2211 BGB befugt, die Rechte und Pflichten der Erben hinsichtlich des Kommanditanteils auszuüben und über den Anteil zu verfügen. Eine sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebende Einschränkung besteht lediglich insoweit, als er die persönliche und nicht auf den Nachlass beschränkbare (BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 191 ff., 197 f. = MittBayNot 1989, 323) Haftung der Kommanditisten-Erben nach §§ 128, 171, 172 Abs. 4 HGB nicht erweitern darf.

Daraus ergeben sich Folgerungen für die Haftungsverhältnisse. Durch die Testamentsvollstreckung werden die Gesellschafter-Erben zwar nicht davor geschützt, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in den Grenzen der §§ 171 ff. HGB persönlich in Anspruch genommen zu werden. Eine

Beschränkung der Haftung auf den Nachlass würde den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen widersprechen. Die Eigengläubiger des Gesellschafter-Erben können aber nach § 2214 BGB nicht auf das Nachlassvermögen Zugriff nehmen (*Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., S. 697). Das der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlassvermögen und damit auch der Kommanditanteil dienen während der Dauer der Testamentsvollstreckung nur den Nachlassgläubigern, nicht auch den Eigengläubigern der Gesellschafter-Erben als Haftungsmasse. Insoweit entfaltet die Testamentsvollstreckung eine unmittelbare haftungsrechtliche Außenwirkung.

Ein Interesse des Rechtsverkehrs an der Verlautbarung der Testamentsvollstreckung besteht auch insofern, als der Testamentsvollstrecker nicht berechtigt ist, die Haftsumme des Kommanditisten-Erben zu erhöhen, jedenfalls ohne dessen dadurch ausgelöste persönliche Haftung mittels einer Leistung aus dem Nachlass sogleich auszuschließen (*Münch-KommBGB/Zimmermann*, 5. Aufl., § 2205 Rdnr. 44). Tut er das dennoch, überschreitet er damit seine Vertretungsbefugnis oder missbraucht sie (BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 197 f. = MittBayNot 1989, 323). Das Registergericht wird einen solchen Gesellschafterbeschluss nicht eintragen. Dennoch kann ein entsprechendes Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger auf die Wirksamkeit der Haftsummenerhöhung begründet werden, wenn ihnen die Erhöhung von der Gesellschaft nach § 172 Abs. 2 HGB mitgeteilt wird. Besteht eine Testamentsvollstreckung, ist diese Mitteilung indes für den Nachlass ohne Folgen, sofern ihr nicht sowohl der Testamentsvollstrecker als auch der Gesellschafter-Erbe zugestimmt haben.

Die Vertreter der Gegenmeinung, nach der die Eintragung der Testamentsvollstreckung unzulässig sein soll, berufen sich zu Unrecht darauf, dass die Publizitätsfunktion des Handelsregisters das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten betreffe, die Testamentsvollstreckung aber allein das Verhältnis des Gesellschafters zu Dritten (KG, WM 1995, 1890 ff. = MittBayNot 1996, 53). Das Handelsregister soll nach §§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 107, 162 HGB auch Auskunft über die Personen geben, die an der Gesellschaft beteiligt sind. Sie haben entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Deshalb hat der Rechtsverkehr ein berechtigtes Interesse, über diese Personen informiert zu werden. Das gilt im Grundsatz auch für die Kommanditisten. Diese sind zwar im gesetzlichen Regelfall von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164 Satz 1 Hs. 1 HGB). Sie haben aber an etwaigen Änderungen des Gesellschaftsvertrages mitzuwirken und ihnen steht gemäß § 164 Satz 1 Hs. 2 HGB ein Widerspruchsrecht bei Handlungen zu, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen. Da diese Rechte gemäß §§ 2205, 2211 BGB, jedenfalls soweit nicht in die unentziehbare Rechtsstellung des Gesellschafters eingegriffen wird (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 198 f. = MittBayNot 1989, 323), allein der Testamentsvollstrecker ausüben kann, hat der Rechtsverkehr ein berechtigtes Interesse, nicht nur die Namen der Kommanditisten zu erfahren, sondern auch über die angeordnete Testamentsvollstreckung unterrichtet zu werden.

Internationales Privatrecht

10. EGBGB Art. 5 Abs. 1 Satz 2, 14, 17; FamFG § 107 Abs. 1, Abs. 5 (*Zur Anerkennung einer in Ägypten ausgesprochenen Verstoßung*)

1. **Zur Anerkennung einer in Ägypten ausgesprochenen Privatscheidung (Verstoßung).**
2. **Das maßgebliche Recht für die Scheidung von Eheleuten, die bei Eheschließung dieselbe (hier: ägyptische) Staatsangehörigkeit besaßen, von denen ein Ehegatte im Laufe der Ehe aber die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat, bestimmt sich wegen des Vorrangs der deutschen Staatsangehörigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB) nicht aus Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB.**

OLG München, Beschluss vom 31.1.2012, 34 Wx 80/10

Die Beteiligten schlossen am ... 1993 vor dem geistlichen Standesbeamten im Bezirk des AG G. (Ägypten) die Ehe.

Der Ehemann war seit Geburt ägyptischer Staatsangehöriger. Im Jahr 1990 kam der Antragsteller nach Deutschland, war aber zum Teil auch in K. noch freiberuflich tätig, und erwarb mit Einbürgerung am 21.8.2000 die deutsche Staatsangehörigkeit, die er seitdem – wohl ausschließlich – besitzt. Seit Geburt ist die Antragsgegnerin sowohl ägyptische als auch britische Staatsangehörige.

Der Antragsteller hat am ... 2009 die Scheidung dieser Ehe nach islamischem Recht ausgesprochen. Diese wurde vom Gerichtshof für Personenangelegenheiten von A. (Ägypten) am 19.11.2009 bestätigt und am 21.11.2009 in der Scheidungsurkunde mit folgendem Inhalt aufgenommen:

„Es erschien Herr (= Antragsteller), sich selbst vertretend, Inhaber des nationalen Personalausweises Nr. ..., ausgestellt vom Zivilmeldeamt ..., Staatsangehörigkeit des Ehemannes: Ägypter, ... wohnhaft in ..., N. City ...

und Frau (= Antragsgegnerin) (... nicht anwesend) ...

(...)

Am 13.11.2009 erklärte o. g. Ehemann vor beiden o. g. Zeugen die vollzogene Scheidung von seiner Ehefrau ..., die nicht in dieser Sitzung anwesend ist, gemäß der Shariaa“.

Ein Widerruf der Scheidung erfolgte binnen dreier Monate ab dem Scheidungsausspruch nicht.

Die Antragsgegnerin lebte jedenfalls seit 1995 in Deutschland sowie Mitte 2009 mit dem Antragsteller auch einige Monate in den Niederlanden. Zum Zeitpunkt der Ehescheidung war die Ehefrau in M. gemeldet und lebte hier. Der Antragsteller arbeitet weiterhin als Ingenieur in den Niederlanden, die Ehefrau beim Konsulat der Vereinigten Arabischen Emirate (VAE) in Deutschland.

Der Antragsteller hat am 8.2.2010 beim Präsidenten des OLG München die Anerkennung der Ehescheidung beantragt. Die Antragsgegnerin hat sich gegen die Anerkennung ausgesprochen und bereits mit Schriftsatz vom 3.3.2010 Einwendungen erhoben, da der Antragsteller gegenüber dem Gerichtshof von A./Ägypten falsche Angaben gemacht habe, sie bei der Scheidung nicht anwesend war und davon nichts gewusst habe.

Der Präsident des OLG München hat mit Entscheidung vom 28.5.2010 festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung der am 13.11.2009 ausgesprochenen, am 19.11.2009 bestätigten und am 21.11.2009 eingetragenen Ehescheidung nicht vorliegen, und den Antrag zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Antragsteller. Er beantragt, die Entscheidung aufzuheben und auszusprechen, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung der Ehescheidung vorliegen. Dies folge aus den Regeln des Internationalen Privatrechts, zumal beide Ehegatten zu Beginn der Ehe dieselbe Staatsangehörigkeit gehabt und in Ägypten gewohnt hätten. Es handele sich schon nicht um eine Privatscheidung, da die Verstoßung vom Gerichtshof bestätigt und eingetragen wurde. Im Übrigen sei der Lebensmittelpunkt in Ägypten anzusiedeln, da die ehemalige gemeinsame Staatsangehörigkeit, eine ge-

meinsame sprachliche, kulturelle und religiöse Zugehörigkeit zu Ägypten gegeben sei und zudem eine Begründung eines gemeinsamen Aufenthalts in Ägypten beabsichtigt gewesen sei. Die Antragsgegnerin arbeite im Konsulat der VAE, das extratoriales Gebiet sei, so dass auch sie ihren Lebensmittelpunkt nicht in Deutschland habe.

Die Antragsgegnerin hatte Gelegenheit, sich zum gerichtlichen Antrag zu äußern.

Aus den Gründen:

II.

Der Antrag auf Entscheidung durch das OLG München ist statthaft (§ 107 Abs. 5 FamFG) und auch im Übrigen zulässig. Er ist jedoch ohne Erfolg.

1. Es liegt eine Entscheidung im Sinne von § 107 Abs. 1 Satz 1 FamFG vor, weil die Privatscheidung unter Mitwirkung einer ausländischen Behörde, nämlich einer Registrierung durch den Gerichtshof für Personenangelegenheiten von A. (Ägypten), zustande gekommen ist (*Keidel/Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl. § 107 Rdnr. 19).

Soweit der Antragsteller vorbringt, die Scheidung sei nach Schlichtungsversuchen erfolgt und bestätigt sowie eingetragen, so dass es sich nicht um eine Privatscheidung handle, ist dem nicht zu folgen. Nach der eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers vom 28.2.2010 hat er die Verstoßung ausgesprochen. Selbst wenn diese durch einen Gerichtshof anerkannt wurde, handelt es sich bei der Verstoßung um eine Privatscheidung (*Ebert/Hefny* in *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 6. Aufl., Stand 2011, Stichwort Ägypten, S. 31; *Staudinger/Mankowski*, Bearb. 2011, Art. 17 EGBGB Rdnr. 63).

Da jedenfalls die Ehefrau ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Bayern hatte, war gemäß § 107 Abs. 2 und 3 i. V. m. § 5 GZVJu in der Fassung vom 1.10.2009 (GVBl, S. 523) der Präsident des OLG München zuständig.

2. Dieser hat zutreffend festgestellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung der ausländischen Ehescheidung nicht gegeben sind, da eine Anknüpfung an das ägyptische Recht nach den Regeln des Internationalen Privatrechts nicht möglich ist.

a) Soweit die Ehescheidung voraussetzt, dass aus der Sicht des deutschen Rechts überhaupt eine wirksame Ehe besteht (*Palandt/Thorn*, 71. Aufl., Art. 17 EGBGB Rdnr. 13), wurde diese durch die vorgelegte Heiratsurkunde und den Ehevertrag belegt.

b) Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB folgt das Scheidungsstatut dem Ehwirkungsstatut des Art. 14 EGBGB. Anknüpfungzeitpunkt ist nach Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB der Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags bzw. bei Privatscheidungen der Zeitpunkt, der der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vergleichbar ist (*Palandt/Thorn*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 7). Soweit der Antragsteller darauf hinweist, das Ehwirkungsstatut folge nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 EGBGB dem ägyptischen Recht, da die Ehegatten noch im Jahr 2000 die gemeinsame ägyptische Staatsangehörigkeit besessen hatten, kommt es darauf nicht an. Für das Scheidungsstatut wird zwar auf Art. 14 EGBGB verwiesen, allerdings ein anderer Zeitpunkt für maßgeblich erklärt.

(1) In Folge der Verweisung auf Art. 14 EGBGB bestimmt sich das Scheidungsstatut in erster Linie nach dem gemeinsamen Heimatrecht (Personalstatut) der Ehegatten zum Zeitpunkt der Ehescheidung. Die angegriffene Entscheidung geht zutreffend davon aus, dass hierbei Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zu berücksichtigen ist (so auch *Bamberger/Roth/Heidenhoff*, BGB, 2. Aufl., Art. 17 Rdnr. 51; *BayObLG*, NJW-RR 1994,

771; a. A. offenbar *AG Garmisch-Partenkirchen* vom 29.1.2007, 1 F 263/06 bei juris; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2009, 1515, allerdings ohne Auseinandersetzung mit der Frage der Anwendbarkeit von Art. 5 EGBGB). Die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB folgt nicht nur aus dem Wortlaut der Verweisungsnorm, sondern auch daraus, dass Art. 17 EGBGB das Scheidungsstatut eigenständig regelt und klarstellt, dass das anwendbare Recht (nur) bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung wechseln kann (*Staudinger/Mankowski*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 140, 141). Wäre – wovon der Antragsteller ausgeht – auf die Staatsangehörigkeit bei Eheschließung abzustellen, hätte es einer besonderen Regelung eines Scheidungsstatuts nicht bedurft. Der Verweis auf die Entscheidung des BGH vom 20.6.2007 (XII ZB 17/04, NJW 2007, 3347) ist schon deshalb nicht einschlägig, weil sie zur Frage des Namensrechts und damit zu Art. 10 EGBGB ergangen ist.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB führt wegen des Anknüpfungzeitpunktes der Rechtshängigkeit der Scheidungssache dazu, dass stets nur die deutsche Staatsangehörigkeit zu beachten ist, sofern diese in dem vorgenannten Zeitpunkt zumindest auch besteht (*Bamberger/Roth/Heidenhoff*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 52).

Der Antragsteller ist (zumindest auch und vermutlich ausschließlich) deutscher Staatsangehöriger. Ob er seine ägyptische Staatsangehörigkeit behalten hat, kann letzten Endes dahinstehen, da Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB die deutsche Staatsangehörigkeit als vorrangig bezeichnet. Daher ist nicht an die gemeinsame Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Eheschließung anzuknüpfen; Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB greift nicht ein, denn die Beteiligten hatten im Jahr 2009 ob des Vorrangs nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB keine gemeinsame Staatsangehörigkeit.

(2) Eine Rechtswahl nach Art. 14 Abs. 3 EGBGB ist zwar behauptet. Aus den vorgelegten Unterlagen, insbesondere dem Ehevertrag, ergibt sich eine solche jedoch nicht.

(3) Auch Art. 17 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB führt nicht zur Anwendbarkeit ägyptischen Rechts. Danach wäre der gemeinsame Aufenthalt beider Ehegatten im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags oder der letzte gemeinsame Aufenthalt maßgeblich. Dieser lag, auch nach dem Vortrag des Antragstellers, zum Zeitpunkt der Scheidung nicht in Ägypten; vielmehr waren die Ehegatten zu diesem Zeitpunkt in den Niederlanden gemeldet und vermutlich wohnhaft.

Dass die Beteiligten möglicherweise auch gemeinsam Immobilien in Ägypten besitzen, ist insofern nicht erheblich, da auch die Angaben des Antragstellers nicht den Schluss auf einen dortigen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB zum Scheidungszeitpunkt zulassen. Als gewöhnlicher Aufenthalt ist der Ort eines nicht nur vorübergehenden Verweilens, an dem der Daseinsmittelpunkt der Person liegt, zu verstehen (*Palandt/Thorn*, Art. 5 EGBGB Rdnr. 10). Die Antragsgegnerin selbst gibt an, in Deutschland und den Niederlanden ihren Lebensmittelpunkt gehabt zu haben. In Anbetracht der langjährigen Berufsausübung des Antragstellers in Deutschland und den Niederlanden scheidet – trotz möglicher Besuche von Verwandten in Ägypten – auch ein Daseinsmittelpunkt des Antragstellers in Ägypten aus. Auch ein zunächst gemeinsamer, dann ununterbrochener gewöhnlicher Aufenthalt nur eines der Ehegatten in Ägypten lag nicht vor, so dass auch insofern die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB nicht gegeben sind (BGH, NJW 1993, 2047, 2048).

(4) Eine Anknüpfung an das ägyptische Recht nach Art. 17 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB scheidet aus. Danach unterliegen die Wirkungen der Ehe dem Recht

des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind. Zur Klärung dieser Voraussetzung ist für jeden Einzelfall zu prüfen, zu welchem Staat und zu welcher Rechtsordnung beide Ehegatten gemeinsam die stärkste Beziehung besitzen. Dabei können auch eine (zeitweise) gemeinsame Staatsangehörigkeit, der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt, gemeinsame soziale Bindungen durch Herkunft, Kultur, Sprache, berufliche Tätigkeit, aber auch gemeinsame objektiv feststellbare Zukunftspläne berücksichtigt werden (*Palandt/Thorn*, Art. 14 EGBGB Rdnr. 10).

Selbst nach dem Vortrag des Antragstellers liegen die stärksten Beziehungen beider Ehegatten bei objektiver Beurteilung nicht in Ägypten, auch wenn bis zum Jahr 2000 eine gemeinsame ägyptische Staatsangehörigkeit bestand. Der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt war – trotz möglichen Immobilienbesitzes in Ägypten – seit langem in Deutschland, wo die drei gemeinsamen Kinder geboren wurden, zuletzt in den Niederlanden. Zwar stammt der Antragsteller aus Ägypten. Die Antragsgegnerin wohnte dort aber selbst nach dem insofern widersprüchlichen Vortrag des Antragstellers nur zwei oder vier Jahre. Eine gemeinsame Herkunft kann der Antragsteller nicht belegen, nachdem er selbst in Ägypten geboren wurde und dort aufgewachsen ist, die Antragsgegnerin aber in L. geboren ist und in Großbritannien und Katar aufwuchs.

Soweit der Antragsteller darstellt, dass er – obwohl er die deutsche Staatsangehörigkeit angenommen hat und seitdem die ägyptische möglicherweise nicht mehr besitzt – der ägyptischen Kultur, insbesondere der Religion zugewandt ist, bringt er schon nicht vor, inwieweit das auch für die Antragsgegnerin gilt. Aus deren Stellungnahmen erschließt sich dies nicht. Die Zugehörigkeit zum Islam, die behauptete gemeinsame Religionsausübung und die Pflege der gemeinsamen Muttersprache selbst indizieren – für sich oder auch zusammengenommen – nicht schon die starke Beziehung gerade zu Ägypten, zumal die Antragsgegnerin zwölf Jahre lang in Katar gelebt hatte.

Auch die berufliche Tätigkeit der Beteiligten ist nicht auf Ägypten ausgerichtet. Der Antragsteller selbst arbeitet seit langem in Europa bzw. von Europa aus. Dass die Antragsgegnerin nunmehr als Angestellte des Konsulats der VAE arbeitet, belegt ebenfalls keine Ausrichtung der Tätigkeit gerade auf Ägypten hin.

Der Beleg, dass sich der Antragsteller 2007 für eine Stelle bei der UNESCO in K. beworben hatte, ergibt für sich, betrachtet für den maßgeblichen Zeitpunkt, keine gemeinsamen, objektiv feststellbaren Zukunftspläne in Ägypten. Im Anschluss an die Ablehnung der Bewerbung hat sich der Antragsteller nach den Niederlanden orientiert, wohin er 2009 verzog und wo er seitdem arbeitet. Dies belegt gerade keine im Zeitpunkt der Scheidung bestehende Absicht, nach Ägypten überzusiedeln. Der mögliche Wunsch, selbst später wieder nach Ägypten zu gehen, ist für die Bestimmung des Scheidungsstatuts schon deswegen unerheblich, da die Antragsgegnerin diese Absicht offensichtlich nicht hat.

c) Da somit auf die Ehescheidung gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 1 mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB deutsches Recht Anwendung findet, steht die Vorschrift des § 1564 Satz 1 BGB der Anerkennung der in Ägypten ausgesprochenen Privatscheidung (Verstoßung) entgegen. Nach § 1564 BGB kann die Ehe nur durch gerichtliches Urteil geschieden werden.

3. Auf die Frage, ob – wie geltend gemacht und nach den Unterlagen auch naheliegend – das Anerkennungshindernis des fehlenden rechtlichen Gehörs nach § 109 Abs. 1 Nr. 2 FamFG besteht, kommt es daher nicht mehr an.

(...)

Anmerkung:

1. Sachverhalt

Die Beteiligten haben 1993 in Gizeh geheiratet. Damals war der Ehemann ägyptischer Staatsangehöriger, lebte aber schon seit 1990 in Deutschland. Die Ehefrau war bei Eheschließung und bis heute weiterhin sowohl ägyptische als auch britische Staatsangehörige (Doppelstaaterin). Später lebten die Eheleute lange Zeit in Deutschland und zuletzt gemeinsam in den Niederlanden.

Im Jahre 2009 sprach der Ehemann vor einem Gerichtshof in Ägypten in Gegenwart von zwei Zeugen die Verstoßung seiner Ehefrau (*talaq*) aus. Die Ehefrau war hierbei weder persönlich anwesend noch rechtlich vertreten. Nunmehr verfolgt der Ehemann vor dem OLG München die gerichtliche Anerkennung der Scheidung. Diese wurde ihm versagt.

2. Das Erfordernis der Anerkennung der Scheidung

Für die Anerkennung im Ausland ergangener Scheidungen ist vorrangig die sog. Brüssel IIa-VO¹ zu beachten. In einem anderen Mitgliedsstaat der EU (ausgenommen Dänemark) ergangene Scheidungsurteile sind in Deutschland gemäß Art. 21 Abs. 1 Brüssel IIa-VO ohne weiteres Verfahren unmittelbar wirksam. Ist die Scheidung außerhalb der EU ergangen – wie also z. B. im vorliegenden Fall in Ägypten – ist die Brüssel IIa-VO nicht anwendbar.

Nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen ist eine im Ausland ergangene gerichtliche Entscheidung ohne weiteren inländischen Rechtsakt unmittelbar wirksam (vgl. §§ 108 Abs. 1 FamFG, 328 ZPO). Allerdings statuiert § 107 FamFG für die Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils ein besonderes Anerkennungsverfahren. Das gilt auch für Scheidungen im Verwaltungswege oder solche, bei denen staatliche Behörden nicht konstitutiv mitgewirkt haben.² Die Anerkennungsentscheidung ist gemäß § 107 Abs. 9 FamFG für alle inländischen Behörden und Gerichte bindend. Solange die Entscheidung über die Anerkennung nicht ergangen ist, kann die ausländische Scheidung im Inland nicht beachtet werden. Ein in Deutschland eingeleitetes Verfahren zur Durchführung des Versorgungsausgleichs oder ein Nachlassverfahren wäre bis zum Abschluss des Anerkennungsverfahrens gemäß § 107 FamFG auszusetzen.

Zuständig für das Anerkennungsverfahren ist gemäß § 107 Abs. 2 FamFG die Landesjustizverwaltung des Bundeslandes, in dem einer der Ehegatten seinen Wohnsitz hat. In vielen Bundesländern ist diese Aufgabe auf den Präsidenten des OLG delegiert worden. So ist in Bayern der Präsident des OLG München landesweit für alle OLG-Bezirke zuständig.³

Insofern besteht für die Justizverwaltung ein Anerkennungsmonopol. Das Anerkennungsverfahren erspart den Beteiligten, bei jedem neuen Verfahren – bis hin zum Nachlassverfahren – die Wirksamkeit der ausländischen Scheidung inzidenter und mit ungewissem Ausgang von Neuem darzu-

¹ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. EU 2003, Nr. L 338, S. 1. Manchmal auch als „EuEheVO“ abgekürzt.

² BGHZ 82, 34; *Ludwig* in *JurisPK-BGB*, 5. Aufl. 2010, Art. 17 EGBGB Rdnr. 102 m. w. N.

³ § 5 Gerichtliche Zuständigkeitsverordnung Justiz (GZVJu) vom 16.11.2004 (GVBl 2004, S. 471) in der Neufassung durch die Sechste Verordnung zur Änderung der Gerichtlichen Zuständigkeitsverordnung Justiz vom 1.10.2009, BayGVBl. 2009, S. 523.

legen. Des Weiteren soll durch die Konzentration bei einer zentralen Stelle eine Spezialisierung der mit der Prüfung der Scheidung betrauten Personen erreicht und eine kompetente Bearbeitung gefördert werden. Die vorliegende Entscheidung zeigt freilich, dass selbst diese Personen mit der Materie ihre Schwierigkeiten haben.

Gemäß § 107 Abs. 1 Satz 2 FamFG entfällt das Anerkennungserfordernis, wenn ein Gericht des Staates entschieden hat, dem beide Eheleute zur Zeit der Entscheidung angehört haben. Im vorliegenden Fall war die Ehefrau bei Scheidung zugleich ägyptische und britische Staatsangehörige. Der Ehemann hat nach Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben und die ägyptische Staatsangehörigkeit dabei möglicherweise aufgegeben oder verloren. Schon dann, wenn nur ein Ehegatte neben der gemeinsamen eine weitere Staatsangehörigkeit besitzt, wird aber angenommen, dass das „Heimatstaatsprivileg“ in § 107 Abs. 1 Satz 2 FamFG nicht mehr eingreife.⁴ Zumindest hält man für diesen Fall eine freiwillige Durchführung des Anerkennungsverfahrens („fakultatives Anerkennungsverfahren“) für zulässig.⁵

3. Die kollisionsrechtliche Prüfung durch das OLG München

Das Gericht prüft die Anwendbarkeit ägyptischen Rechts anhand der Verweisungskette in Art. 17 Abs. 1 Satz 1, 14 Abs. 1 EGBGB. Da zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags der Ehemann bereits die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hatte, konnte gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB eine eventuell daneben noch bestehende ägyptische Staatsangehörigkeit nicht mehr berücksichtigt werden. Da die Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Ägypten, sondern den Niederlanden hatten und die Eheleute auch nicht auf andere Weise mit Ägypten am engsten verbunden waren, scheidet die Verweisung auf das ägyptische Recht aus. Am Ende wird die Geltung deutschen Scheidungsrechts aus „Art. 17 Abs. 1 Satz 1 mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB“ hergeleitet.

4. Anmerkungen

a) Gerichtliche oder private Scheidung im Sinne von Art. 17 EGBGB?

Zur Feststellung der Wirksamkeit einer im Ausland vorgenommenen Scheidung ist aus deutscher Sicht zunächst danach zu differenzieren, ob diese durch ein Gericht bzw. eine staatliche Behörde ausgesprochen worden ist oder durch Rechtsgeschäft vorgenommen wurde.⁶ Für die Anerkennung einer ausländischen gerichtlichen Scheidung gelten die zivilprozessualen Grundsätze. Danach ist die Scheidung selbst dann anzuerkennen, wenn das ausländische Gericht ein aus deutscher Sicht nicht anwendbares Recht zugrunde gelegt hat und zu einer aus deutscher Sicht „unrichtigen“ Entscheidung gekommen ist. Allein bei Vorliegen einer der in § 109 FamFG aufgeführten Versagungsgründe (fehlende internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichts, Verletzung bestimmter verfahrensrechtlicher Mindeststandards, Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen internationalen ordre public) kann die Anerkennung versagt werden.

⁴ MünchKommBGB/Winkler von Mohrenfels, 5. Aufl. 2010, Art. 17 EGBGB Rdnr. 350; Geimer in Zöllner, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 107 FamFG Rdnr. 42.

⁵ Hau in Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl. 2011, § 107 FamFG Rdnr. 32.

⁶ Zur außergerichtlichen Entscheidung im ausländischen Recht vgl. die rechtsvergleichende Darstellung bei Martiny, StAZ 2011, 197.

Ist die Scheidung dagegen durch Erklärung eines oder beider Ehegatten ohne Mitwirkung eines Gerichts oder einer staatlichen Behörde vorgenommen worden (sog. Privatscheidung), so ist eine verfahrensrechtliche „Anerkennung“ nicht möglich. Vielmehr beurteilt sich die Wirksamkeit der entsprechenden Handlungen nach dem gemäß Art. 17 Abs. 1 EGBGB bestimmten Scheidungsstatut. Zusätzlich ist Art. 17 Abs. 2 EGBGB zu beachten, wonach eine Scheidung im Inland nur durch gerichtliche Entscheidung erfolgen kann.

Im vorliegenden Fall ist die Scheidung laut Sachverhalt in Ägypten vor einem Gerichtshof für Personenangelegenheiten vorgenommen worden und vom Gerichtshof protokolliert worden. Es stellt sich daher die Frage, ob hier eine Privatscheidung oder eine gerichtliche Scheidung vorliegt. Entscheidend für die Abgrenzung ist, ob nach dem angewandten Recht die Mitwirkung des Gerichts für die Wirksamkeit der Scheidung erforderlich bzw. die Scheidung vom Gericht ausgesprochen wird oder ob schon der Ausspruch der Verstoßung durch den Ehemann in Gegenwart der beiden Zeugen konstitutiv ist.⁷ Dabei lässt selbst eine Amtsempfangsbedürftigkeit der Erklärungen der Eheleute – wie z. B. in Japan, wo die Erklärungen der Eheleute gegenüber dem Bezirksamt abzugeben sind – den Charakter der Privatscheidung unberührt.⁸ In Ägypten wird zwischen der gerichtlichen Scheidung der Ehe (faskh) und der Scheidung durch Verstoßung (talaq) unterschieden.⁹ Da die Verstoßung nach den einschlägigen Regeln des islamischen Rechts bereits mit Ausspruch durch den Ehemann wirksam wurde, ist die hier erfolgte Scheidung – trotz Verlegung in den Gerichtsraum – mithin als Privatscheidung zu qualifizieren.¹⁰ Die Ehe ist im vorliegenden Fall also nur dann wirksam geschieden worden, wenn auf die Scheidung ein Recht anwendbar ist, welches die Scheidung durch Verstoßung zulässt.

b) Auf die Scheidung anwendbares Recht

Gemäß Art. 17 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziffer 1 EGBGB ist für die Bestimmung des Scheidungsstatuts vorrangig das Recht des Staates anzuwenden, dem die Eheleute zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags beide gemeinsam angehören. Durch diese zeitliche Fixierung der Anknüpfung auf die Rechtshängigkeit der Klage ergibt sich eine Unwandelbarkeit des Scheidungsstatuts. Ein Wechsel der Staatsangehörigkeit oder des gewöhnlichen Aufenthalts durch einen oder beide Ehegatten während der Dauer des Scheidungsverfahrens lässt die Geltung des auf die Begründetheit des Scheidungsantrags anwendbaren Rechts also unberührt. Dieser Zeitpunkt lässt sich im vorliegenden Fall nicht feststellen, da die Scheidung nicht gerichtlich erhoben wurde, sondern durch private Erklärung erfolgte. Bei Privatscheidungen wird daher ersatzweise auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem die Verstoßung erklärt wurde¹¹ bzw. zu dem die Verstoßungserklärung der Ehefrau zugegangen ist.¹²

Im vorliegenden Fall besaßen die Eheleute bei Ausspruch der Verstoßung beide die ägyptische Staatsangehörigkeit – sollte der Ehemann im Rahmen seiner Einbürgerung in Deutschland

⁷ Vgl. hierzu *Staudinger/Mankowski*, 2003, Art. 17 EGBGB Rdnr. 59.

⁸ *Nishitani*, IPRax 2002, 49.

⁹ *Shaham*, Family and the Court in Modern Egypt, 1997, S. 113 ff.

¹⁰ BayObLG, FamRZ 2003, 381, zur Scheidung durch talaq vor einem Gericht in Jordanien.

¹¹ Präsidentin OLG Frankfurt, StAZ 2003, 137; *Staudinger/Mankowski*, 2003, Art. 17 EGBGB Rdnr. 146.

¹² BayObLG, FamRZ 1994, 1264.

die ägyptische Staatsangehörigkeit beibehalten haben¹³ oder im Anschluss an die Einbürgerung erneut erworben haben. Wenn ein Ehegatte mehrere Staatsangehörigkeiten besitzt, so kann aber nicht jede Staatsangehörigkeit gleichberechtigt mit der Staatsangehörigkeit des anderen Ehegatten kombiniert werden. Vielmehr muss vor Ermittlung der gemeinsamen Staatsangehörigkeit auf Seiten jedes Ehegatten vorrangig festgestellt werden, welche für ihn die gemäß Art. 5 Abs. 1 EGBGB effektive Staatsangehörigkeit ist. Erst dann kann weiter geprüft werden, ob beide Eheleute die gemeinsame Staatsangehörigkeit haben.¹⁴ Gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB kann auf Seiten des Ehemannes – wie vom Gericht zutreffend festgestellt – ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit berücksichtigt werden. Da seine Ehefrau nicht Deutsche war, lag bei Scheidung keine gemeinsame Staatsangehörigkeit vor.

Das Gericht hat anschließend geprüft, ob die Eheleute einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt gemäß Art. 14 Abs. 1 Ziffer 2 EGBGB in Ägypten hatten (Urteilsgründe II 2 b (3)) bzw. mit Ägypten auf andere Weise am engsten verbunden im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Ziffer 3 EGBGB waren (Urteilsgründe II 2 b (4)). Diese Ausführungen sind aus mehrfachen Gründen verfehlt:

Zum einen stehen die Anknüpfungstatbestände in Art. 14 Abs. 1 Ziffer 1 bis 3 EGBGB nicht im Verhältnis der Beliebigkeit zueinander, sondern in einer fest geordneten Rangfolge. Im Rahmen einer Kaskadenanknüpfung fallen alle weiteren Stufen weg, sobald auf einer vorrangigen Stufe eine Anknüpfung zustande gekommen ist.¹⁵ Insoweit ist es daher fehlerhaft, wenn das Gericht eine „engste Verbindung“ der Eheleute nach Ägypten prüft, nachdem es zuvor festgestellt hatte, dass die Eheleute bei Scheidung beide ihren Lebensmittelpunkt und gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Ziffer 2 EGBGB in den Niederlanden hatten.

Zum anderen hätte das Gericht die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 14 Abs. 1 Ziffer 1 Fall 2 EGBGB prüfen müssen. Art. 14 Abs. 1 Ziffer 1 EGBGB enthält zwei Tatbestände: die aktuelle gemeinsame Staatsangehörigkeit (Fall 1) und, hilfsweise, die letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit während der Dauer der Ehe (Fall 2). Es genügt also für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, dass eine der beiden Staatsangehörigkeiten zu irgendeinem Zeitpunkt ihrer Ehe für beide Eheleute die einzige bzw. die effektive Staatsangehörigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EGBGB war – soweit nur einer der Eheleute diese noch beibehalten hat.¹⁶ Im vorliegenden Fall war der Ehemann bis zur Einbürgerung in Deutschland ausschließlich ägyptischer Staatsangehöriger. Diese Staatsangehörigkeit wurde bei Heirat also nicht durch die deutsche ersetzt oder gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB durch diese verdrängt. Die Ehefrau besaß zwar schon bei Heirat neben der ägyptischen auch die britische Staatsangehörigkeit. Insoweit hätte das Gericht also feststellen müssen, ob sie aufgrund des

Umstands, dass sie in London geboren wurde und einen Teil ihrer Jugendzeit (neben 12 Jahren in Katar) in Großbritannien verbrachte, die engeren Beziehungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB nach England hatte.

Rätselhaft bleibt schließlich, wie das Gericht am Ende aus „Art. 17 Abs. 1 Satz 1 mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB“ zur Anwendung deutschen Rechts gelangt. Eine einseitige Anknüpfung des Scheidungsstatuts an eine deutsche Staatsangehörigkeit des Ehemannes findet in Deutschland seit 1986 nicht mehr statt.

c) Rückverweisung durch das ägyptische IPR

Sollte sich – wie der Ehemann behauptet – aus Art. 17 Abs. 1 EGBGB eine Verweisung auf das ägyptische Recht ergeben, so wäre dennoch gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB deutsches Scheidungsrecht anzuwenden, wenn das ägyptische Recht eine Rückverweisung auf das deutsche Recht aussprechen würde.

Art. 13 Abs. 2 ägyptisches ZGB unterstellt die Scheidung durch Verstoßung dem Recht des Staates, dem der Ehemann bei Verstoßung angehört.¹⁷ Das ägyptische Recht nimmt die Verweisung also nur dann an, wenn der Ehemann bei Scheidung noch ägyptischer Staatsangehöriger gewesen sein sollte – wobei gemäß Art. 25 Abs. 2 ägyptisches ZGB genügen würde, dass er die ägyptische neben der deutschen Staatsangehörigkeit beibehalten hätte. Hätte der Ehemann die ägyptische Staatsangehörigkeit dagegen aufgegeben und nicht wieder erworben, so würde das ägyptische IPR eine Rückverweisung auf das deutsche Recht aussprechen. Deutsches Scheidungsrecht wäre selbst dann anzuwenden, wenn sich aus Art. 17 Abs. 1 EGBGB eine Verweisung auf ägyptisches Recht ergäbe.

d) Verstoß gegen den inländischen ordre public

Umstritten ist, wann eine Scheidung durch Verstoßung gegen den deutschen ordre public verstößt. Mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 GG) kollidiert das einseitige Verstoßungsrecht des Ehemannes. Unter dem Schutz von Ehe und Familie ist das fehlende Erfordernis jeglicher Scheidungsgründe anstößig. Einige Gerichte haben Bedenken wegen einer „Verletzung des rechtlichen Gehörs“ geäußert.¹⁸ Da bei einer Privatscheidung die Gewährung rechtlichen Gehörs schon mangels Mitwirkung eines Gerichts ausscheidet, vermag dieses Argument aber nicht zu überzeugen.

Zumeist wird die im Ausland vorgenommene Verstoßung anerkannt, wenn entweder die Ehefrau mit der Scheidung einverstanden war oder die Ehe zerrüttet war, so dass sie auch nach deutschem Recht zu scheiden wäre.¹⁹

¹⁷ *El Akrat* in Rieck, *Ausländisches Familienrecht*, Länderbericht Ägypten (Februar 2005) Rdnr. 75.

¹⁸ OLG Stuttgart, *FamRZ* 2000, 171 (Privatscheidung jordanischen Rechts); BayObLGZ 1982, 353 (Privatscheidung in Ägypten).

¹⁹ BGHZ 160, 332 = *FamRZ* 2004, 1952; OLG Frankfurt, *FamRZ* 2009, 1504 (bei Zustimmung der Ehefrau); OLG Hamm, *IPRax* 2008, 353; OLG Koblenz, *FamRZ* 1993, 563 (bei Zerrüttung); *Staudinger/Mankowski*, 2010, Art. 17 EGBGB Rdnr. 122; Münch-KommBGB/Winkler von Mohrenfels, 5. Aufl. 2010, Art. 17 EGBGB Rdnr. 112. Der österreichische OGH hält in ständiger Rechtsprechung den österreichischen ordre public – § 6 des österreichischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht – nur dann für gewahrt, wenn die Ehefrau in die Scheidung eingewilligt hat (zuletzt Entscheidung vom 13.10.2011, 6 Ob 69/11g – Scheidung im Iran). In einer Entscheidung vom 28.6.2007 (3 Ob 130/07) hatte der OGH die Anerkennung einer in Ägypten vom Ehemann ausgesprochenen talaq-Scheidung trotz Antrags beider Eheleute auf Anerkennung abgelehnt, weil der beiderseitige Antrag den im einseitigen Ausspruch der Scheidung liegenden Verstoß gegen den ordre public nicht mehr sanieren könne (aktueller Überblick zur Rechtsprechung der österreichischen Gerichte bei *Posch*, *ZfRV* 2012, 71, 75).

¹³ Die Aufgabe der ausländischen Staatsangehörigkeit vor Einbürgerung wird jetzt in § 9 Abs. 1 Ziffer 1 und § 10 Abs. 1 Ziffer 4 StAG verlangt, während in besonderen Fällen gemäß § 12 StAG und bei der sog. Ermessenseinbürgerung nach § 8 StAG die ausländische Staatsangehörigkeit beibehalten werden kann.

¹⁴ OLG München, *FamRZ* 1994, 634; *Henrich*, *Internationales Familienrecht*, 2. Aufl. 2000, S. 57.

¹⁵ *Schotten/Schmellenkamp*, *Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 113; *Mörsdorf-Schulte* in *Bamberger/Roth, BGB*, 3. Aufl. 2012, Art. 14 EGBGB Rdnr. 25.

¹⁶ OLG Hamm, *FamRZ* 2011, 220: weitere Anwendbarkeit türkischen Rechts auf Scheidung trotz zwischenzeitlichem Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch den Ehemann; OLG Düsseldorf, *FamRZ* 2009, 2091: Eheleute mit ursprünglich beiderseits togolesischer Staatsangehörigkeit; *Jayme*, *IPRax* 2002, 209.

5. Ausblick auf die Rom III-Verordnung

Vom 21.6.2012 an ist das auf die Scheidung anwendbare Recht nach der sog. Rom III-VO²⁰ zu bestimmen. Diese gilt im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit neben Deutschland für dreizehn weitere Mitgliedstaaten²¹ der EU. Die Regeln gelten gemäß Art. 4 Rom III-VO als sog. *loi universelle* unabhängig davon, ob das anwendbare Recht das eines teilnehmenden Mitgliedstaates ist oder nicht – also auch im Verhältnis zu Ägypten. Art. 17 Abs. 1 EGBGB wird daher ab dem 21.6.2012 durch die Rom III-VO vollständig verdrängt.²²

Die Eheleute haben jetzt die Möglichkeit, das auf die Scheidung anwendbare Recht in eingeschränktem Rahmen zu wählen. Gemäß Art. 5 Abs. 1 Rom III-VO können sie die Scheidung dem Recht des Staates unterstellen, in dem sie zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, in dem sie zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen zum Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder dem Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt.

Die Rechtswahl bedarf gemäß Art. 7 Abs. 1 Rom III-VO der Schriftform, der Datierung und der Unterzeichnung durch beide Ehegatten. Art. 7 Abs. 2 Rom III-VO enthält einen Vorbehalt für weitergehende Formerfordernisse nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Das am gemeinsamen Lebensmittelpunkt der Ehegatten bestehende Formerfordernis kann also nicht dadurch umgangen werden, dass der Abschluss der Vereinbarung ins Ausland verlegt wird. Der Referentenentwurf des BMJ sieht in einem neu geschaffenen Art. 46d EGBGB für die Rechtswahl die Beurkundungspflicht vor. Hat ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen teilnehmenden Mitgliedstaat, so genügt auch die Einhaltung der dort geltenden Formerfordernisse für die Rechtswahl, Art. 7 Abs. 3 Rom III-VO. Hat der andere Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt dagegen in keinem der teilnehmenden Mitgliedstaaten, so bleibt es bei dem in Art. 46d EGBGB statuierten Beurkundungserfordernis, Art. 7 Abs. 4 Rom III-VO.

Haben die Eheleute keine Rechtswahl getroffen, so gilt für die Bestimmung des Scheidungsstatuts gemäß Art. 8 Rom III-VO folgende Anknüpfungsleiter:

1. Das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, hilfsweise
2. das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und einer der

Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, hilfsweise

3. das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts besitzen, und schließlich

4. die *lex fori* (das Recht des Staates des angerufenen Gerichts).

Unterstellt man im Fall des OLG München, dass die Eheleute zum Zeitpunkt der Verstoßung beide in den Niederlanden nicht nur gemeldet waren, sondern dort auch ihren tatsächlichen Lebensmittelpunkt hatten, wäre also wegen des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute dort gemäß Art. 8 Abs. 3 Ziffer 1 Rom III-VO niederländisches Scheidungsrecht anzuwenden. Danach ist die einseitige Verstoßung wirkungslos.

In den meisten Fällen wird die Rom III-VO die Möglichkeit einer Privatscheidung künftig ausschließen, weil auch für in Deutschland lebende Eheleute mit übereinstimmender ausländischer Staatsangehörigkeit²³ nach Art. 8 Rom III-VO nun deutsches Scheidungsrecht gelten wird. Das ausländische Heimatrecht eines der Ehegatten kann aber durch Rechtswahl wieder eingeführt werden. So könnten z. B. die Eheleute im hier besprochenen Fall nach Inkrafttreten der Rom III-VO durch Ehevertrag vor einem deutschem Notar nicht nur die finanziellen Folgen der Scheidung regeln, sondern durch Wahl des ägyptischen Heimatrechts der Ehefrau für die Scheidung der Ehe mit anschließendem *talaq* des Ehemannes²⁴ so gleich auch die Scheidung der Ehe bewirken.

Die Rom III-VO regelt das auf die Scheidung anwendbare Recht abschließend. Aus dem nach der Rom III-VO bestimmten Recht ergibt sich damit also auch, ob für die Scheidung eine gerichtliche Entscheidung erforderlich ist oder ob diese durch Rechtsgeschäft erfolgen kann. Einen Vorbehalt für nationale Sondervorschriften wie Art. 17 Abs. 2 EGBGB, wonach eine Ehe im Inland ausschließlich durch ein Gericht geschieden werden kann, enthält die Rom III-VO nicht. Künftig können Ehen in Deutschland nach Maßgabe eines ausländischen Scheidungsstatuts also auch ohne Mitwirkung eines Gerichts geschieden werden.²⁵ Der Referentenentwurf lässt Art. 17 Abs. 2 EGBGB bestehen. Er verweist darauf, dass Art. 17 Abs. 2 EGBGB eine Vorschrift des Scheidungsverfahrens

²³ Handelte es sich um die Ehe zwischen einem Ausländer und einem Deutschen oder zwei Ausländern unterschiedlicher Staatsangehörigkeit, so war über Art. 17 Abs. 1, 14 Abs. 1 Ziffer 2 EGBGB zumeist bisher schon deutsches Scheidungsrecht anzuwenden. Die häufig als problematisch hingestellten sogenannten „binationalen Ehen“ sind mithin von der Rechtsanwendung her gesehen nicht schwieriger als rein deutsche Ehen.

²⁴ In Gegenwart der vom islamischen Recht verlangten beiden „rechtgläubigen“ Männer als Zeugen und mit der vom deutschen *ordre public* verlangten Zustimmung der Ehefrau.

²⁵ Nach Ansicht von Gruber (NK-BGB, Band 1: Allgemeiner Teil, EGBGB, 2. Aufl. 2011, Anhang zu Art. 17 EGBGB Rdnr. 5) soll die Rom III-VO ausschließlich für gerichtliche Scheidungen gelten. Art. 17 Abs. 1 und 2 EGBGB dürften also nicht aufgehoben werden. Diese Ansicht lässt sich m. E. aus der Rom III-VO aber nicht herleiten (für die Anwendung auf Privatscheidungen z. B. Helms, FamRZ 2011, 1765, 1766; ebenso die Begründung zum Referentenentwurf des BMJ – a. a. O. (Fn. 22) – unter A I 5 a). Nach Heiderhoff (in Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, Art. 17 EGBGB Rdnr. 8) geht die Rom III-VO bei „gemischt-nationalen Ehen“ Art. 17 Abs. 1 EGBGB vor, so dass Art. 17 Abs. 1 und 2 EGBGB bei Eheleuten mit identischer ausländischer Staatsangehörigkeit – also z. B. in München lebende Italiener oder in Stuttgart lebende Türken – weiter gelten müsste.

²⁰ Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. EU 2010, Nr. L 43, S. 10.

²¹ Belgien, Bulgarien, Spanien, Frankreich, Italien, Lettland, Luxemburg, Ungarn, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien und Slowenien.

²² Der Referentenentwurf des BMJ vom 2.5.2012 sieht daher vor, dass Art. 17 Abs. 1 EGBGB durch eine Vorschrift ersetzt wird, die für die nicht durch andere Vorschriften des EGBGB erfassten vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen auf das nach der Rom III-VO bestimmte Scheidungsstatut verweist. Auch Art. 17 Abs. 3 Satz 1 EGBGB soll durch eine Verweisung auf das nach der Rom III-VO anwendbare Recht ersetzt werden. Da der Versorgungsausgleich aber ohnehin immer nur nach deutschem Recht durchgeführt wird, ergeben sich hieraus wohl nur für wenige Paare Änderungen.

rens sei.²⁶ Das kann aber am Ergebnis nichts ändern, denn zur Durchführung einer Privatscheidung ist die Einleitung eines gerichtlichen Scheidungsverfahrens erst gar nicht erforderlich. Ob für die Scheidung ein gerichtliches Verfahren erforderlich ist, ist aber eine Frage des materiellen Rechts und damit allein vom Scheidungsstatut zu entscheiden.²⁷ Das erkennt der Autor des Referentenentwurfs an, indem dieser ausführt, dass bei Geltung deutschen Scheidungsrechts die Scheidung auch im Ausland gemäß § 1564 BGB nur durch gerichtliche Entscheidung erfolgen könne und eine Privatscheidung ausgeschlossen sei.²⁸ Darüber hinaus gehen die Vorschriften der Rom III-VO als vorrangiges supranationales Recht dem nationalen Recht vor, ohne dass es darauf ankommt, ob die entgegenstehenden Vorschriften des nationalen Rechts materiellrechtlich oder verfahrensrechtlich qualifiziert werden.

Gegen die Anwendung eines ausländischen Rechts, das die Scheidung der Ehe ohne gerichtliche Mitwirkung ermöglicht, kann daher m. E. allenfalls die in Art. 12 Rom III-VO niedergelegte *ordre public*-Klausel eingesetzt werden.²⁹ Diese greift ein, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts „offensichtlich unvereinbar“ ist. Angesichts der zunehmenden Verbreitung standesamtlicher Scheidungen in den skandinavischen Staaten, der zunehmend reduzierten Funktion des Gerichts beim Ausspruch der Scheidung in der deutschen forensischen Praxis und des geringen Aufwands für eine Umgehung dieses Verbots durch Verlegung der Privatscheidung ins Ausland fällt es freilich schwer, in jeder inländischen Privatscheidung einen *ordre public*-Verstoß zu erkennen. Für eine endgültige Klärung dieser Frage wird man wohl auf eine Entscheidung des EuGH warten müssen.

Rechtsanwalt Dr. Rembert Süß, Würzburg

²⁶ Helms, FamRZ 2011, 1765, 1766. Der Referentenentwurf des BMJ führt aus, bei Art. 17 Abs. 2 EGBB handele es „sich um eine Vorschrift zum Scheidungsverfahren im Inland, die von der Rom III-Verordnung nicht berührt“ werde. Diese These entsprach der bis zur Einführung von Art. 17 Abs. 2 EGBGB durch das IPR-Neuregelungsgesetz von 1986 überwiegenden Auffassung in Deutschland (vgl. nur BGHZ 82, 34; Staudinger/Mankowski, 2010, Art. 17 EGBGB Rdnr. 182).

²⁷ Geimer in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 107 FamFG Rdnr. 29; ders., Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 2641a; Kegel, IPRax 1983, 23; Staudinger/Spellenberg, IntVerfREhe, 2005, § 328 ZPO Rdnr. 559.

²⁸ Referentenentwurf des BMJ vom 2.5.2012, Begründung Teil B, „Zu Nummer 2 (Änderung des Artikels 17)“ Abs. 5.

²⁹ Vgl. auch Geimer in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 107 FamFG Rdnr. 29.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

11. ZPO §§ 568 Satz 2 Nr. 2, 726 Abs. 1 (*Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung*)

Zur Auslegung einer mit einer Unterwerfungserklärung verbundenen Erklärung des Schuldners in einer notariellen Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld, mit der er die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der Grundschuldsumme in der Weise übernimmt, dass der jeweilige Gläubiger ihn daraus schon vor der Vollstreckung in den Grundbesitz in Anspruch nehmen darf.

BGH, Beschluss vom 24.11.2011, VII ZB 12/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notarieller Urkunde vom 24.8.2005 bestellte der Erblasser und Rechtsvorgänger der Schuldner (im Folgenden: D) für die P-Grundstücksgesellschaft mbH eine Briefgrundschuld über 50.000 € nebst Zinsen an einem zuvor von D ersteigerten Grundstück. Die Grundschuld wurde nicht in das Grundbuch eingetragen. Das Grundstück wurde mangels Zahlung des Bargebots durch D erneut zwangsversteigert.

Unter Ziffer V. heißt es in der Urkunde:

„Zugleich übernimmt Herr ... D für die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe des Grundschuldbetrages und der Zinsen die persönliche Haftung, aus der der jeweilige Gläubiger ihn schon vor der Vollstreckung in den Grundbesitz in Anspruch nehmen kann. Er unterwirft sich wegen dieser Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Er weist den Notar an, dem Gläubiger auch insoweit sofort vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen.“

Die P-Grundstücksgesellschaft mbH trat die Forderung durch notarielle Erklärung vom 15.3.2010 an den Gläubiger ab. Am 4.5.2010 erteilte der Notar dem Gläubiger unter Bezugnahme auf die Abtretungserklärung „lediglich in persönlicher Hinsicht“ eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 24.8.2005.

Das AG hat die hiergegen gerichtete Klauselerinnerung der Schuldner zurückgewiesen. Der dagegen gerichteten sofortigen Beschwerde der Schuldner hat das LG (Einzelrichter) stattgegeben und die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig erklärt. Dagegen wendet sich der Gläubiger mit der vom Einzelrichter zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der er die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde erstrebt.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Die Einzelrichterentscheidung unterliegt der Aufhebung, weil sie unter Verletzung des Verfassungsgebots des gesetzlichen Richters ergangen ist. Der Einzelrichter durfte über die Zulassung nicht selbst entscheiden, sondern hätte das Verfahren gemäß § 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO der Kammer übertragen müssen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 5.5.2011, VII ZB 15/11, veröffentlicht in juris; vom 13.3.2003, IX ZB 134/02, BGHZ 154, 200; vom 10.4.2003, VII ZB 17/02, BauR 2003, 1252 = ZfBR 2003, 557; vom 11.9.2003, XII ZB 188/02, NJW 2003, 3712; vom 24.7.2008, VII ZB 2/08, in juris).

3. Die Aufhebung führt zur Zurückverweisung der Sache an den Einzelrichter, der den angefochtenen Beschluss erlassen hat.

4. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Die Klausel hätte nach dem festgestellten Sachverhalt nicht erteilt werden dürfen, weil die Vollstreckung nach dem Inhalt des Titels jedenfalls an eine Bedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO geknüpft ist, deren Eintritt der Gläubiger nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen hat.

a) Das Beschwerdegericht entnimmt dem Vollstreckungstitel im Wege der Auslegung, dass nur der jeweilige Inhaber der Grundschuld berechtigt sein soll, wegen der persönlichen Forderung gegen den Schuldner zu vollstrecken. Darin liegt eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO dergestalt, dass jedenfalls die Vollstreckung jedes Rechtsnachfolgers des in der Schuldurkunde bezeichneten Gläubigers hinsichtlich der persönlichen Forderung gegen den Schuldner über die hierfür maßgeblichen allgemeinen Vollstreckungs-

voraussetzungen hinaus von dem Eintritt einer weiteren Tatsache, nämlich dem Erwerb der Grundschuld, abhängt.

b) Der BGH hat bereits darauf hingewiesen, dass das Klauselerteilungsorgan verpflichtet ist, durch Auslegung des Titels zu ermitteln, ob dessen Vollstreckbarkeit seinem Inhalt nach vom Eintritt durch den Gläubiger zu beweisender Tatsachen gemäß § 726 Abs. 1 ZPO abhängt (BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489 m. w. N., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Einwendungen des Schuldners hiergegen sind demnach formeller Art und können im Klauselerinnerungsverfahren nach § 732 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden (vgl. BGH, Beschluss vom 16.4.2009, VII ZB 62/08, BauR 2009, 1330 Rdnr. 12 m. w. N.). Das betrifft auch die nach obigen Grundsätzen gebotene Auslegung des Titels, die das Vollstreckungsgericht im Verfahren nach § 732 Abs. 1 ZPO selbständig vorzunehmen hat.

c) Die Auslegung des Vollstreckungstitels durch das Beschwerdegericht berücksichtigt die vom BGH hierfür entwickelten Grundsätze (vgl. BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, a. a. O., m. w. N.). Seine Erwägungen lassen Auslegungsfehler nicht erkennen. Sie führen zu einem Auslegungsergebnis, welches der Senat für eine nahezu wortgleiche Haftungsübernahmeerklärung bereits gebilligt hat (Beschluss vom 12.12.2007, VII ZB 108/06, NJW 2008, 918, 919 = MittBayNot 2008, 405). Allerdings hatte in jenem Fall der Schuldner die persönliche Haftung ausdrücklich nur gegenüber dem jeweiligen „Gläubiger der Grundschuld“ übernommen. Obwohl in der vorliegenden Klausel ein solcher klarstellender Zusatz fehlt, kann sie ohne Verstoß gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze und die Denkgesetze in eben diesem, die Interessen der Beteiligten in Betracht nehmenden, Sinne verstanden werden.

(...)

Anmerkung:

1. Derselbe Senat hatte bereits im Beschluss vom 12.12.2007¹ die Übernahme der persönlichen Haftung² „gegenüber dem jeweiligen Gläubiger der Grundschuld“ exakt wortlautgetreu ausgelegt mit der Folge, dass sich nach Erlöschen der damals bestellten Grundschuld (durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung) der Anspruch aus der persönlichen Haftung als nicht abtretbar erwies. Deswegen war eine andere Entscheidung trotz des leichten Unterschiedes in der Formulierung nicht unbedingt zu erwarten. Für die künftige Praxis folgt daraus die Empfehlung, sich bei der Formulierung der persönlichen Haftung auf das Nötigste zu beschränken und insbesondere alle Hinweise auf eine Abhängigkeit der persönlichen Haftung von der Grundschuld zu vermeiden.

So könnte man entsprechend der Grundschuldbestellung formulieren:

„Der Darlehensnehmer (ggf. namentliche Bezeichnung) anerkennt, der XY-Bank mit Sitz in ... einen Betrag von ... € nebst 18 % Jahreszinsen (ggf. nebst Nebenleistungen) hieraus ab heute zu schulden. Er unterwirft sich wegen dieser Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde.“

¹ NJW 2008, 918 = MittBayNot 2008, 405 = DNotZ 2008, 833 (mit abl. Anm. Wolfsteiner).

² Unbedingt lesenswert dazu Dieckmann, WM 2010, 1254.

Allein die namentliche Benennung des Gläubigers, die sich ja auch aus dem Rubrum eines jeden Endurteils ergibt,³ führt nicht zu einer Abtretungsbeschränkung.⁴

2. Inhaltlich kann die Argumentation des BGH trotz der Anknüpfung an den Vorbeschluss nicht überzeugen.

Der BGH verweist den Rechtsstreit wegen einer fehlerhaften Zuständigkeitsannahme (nämlich des Einzelrichters) an die Vorinstanz zurück. Formal hat damit der beschwerdeführende Zessionar diese Instanz „gewonnen“. Inhaltlich billigt der BGH jedoch ausdrücklich die dem Zessionar nachteilige Auslegung der Klausel und gibt seine Billigung dem Beschwerdegericht als Hinweis mit auf den Weg. Unabhängig von der allgemeinen Frage nach der Bindung des Beschwerdegerichts an solche Hinweise erscheint dies in der konkreten Verfahrenssituation wenig zweckmäßig.⁵ Wie soll nämlich nun das Beschwerdegericht vorgehen, wenn es in der Besetzung als Kollegialgericht eine ganz andere Auslegung der Urkunde vertritt? Durch die starke Präjudizwirkung dieser Hinweise wird der Zweck der Zurückverweisung an das Kollegialgericht konterkariert.

3. Der BGH hat zwar im nun erneut zitierten Beschluss vom 29.6.2011⁶ das Klauselerteilungsorgan angewiesen, den Eintritt etwaiger Vollstreckungsbedingungen zu überprüfen. Nur hatte diese Entscheidung – ebenso wie die kurz zuvor ergangene Entscheidung vom 19.8.2010⁷ – aufgrund ihrer Einbettung in den damaligen Diskussionsstand eine ganz andere Betonung. Sie wurde zwischen den Zeilen anders gelesen. Dass Vollstreckungsbedingungen nach § 726 ZPO vom Klauselerteilungsorgan zu überwachen sind, war ja auch vor dem 29.6.2011 allseits unbestritten, ebenso, dass solche Bedingungen auch abweichend von den Fälligkeitvoraussetzungen des schuldrechtlichen Anspruchs privatautonom gesetzt werden können. Eben diese Überwachungspflicht führte überhaupt erst im Massengeschäft der Grundschuld zu den erheblichen Praxisproblemen infolge der Postulate des XI. Senats⁸ zur Klauselumschreibung nach Grundschuldzessionen. Die Bedeutung des Beschlusses vom 29.6.2011, anerkannt vom VII. Senat selbst in der Zurückweisung der vom XI. Senat vorgebrachten Argumente, bestand vielmehr in einer Einschränkung von Vollstreckungsbedingungen, nämlich in der Vorgabe, solche Bedingungen müssten ausdrücklich vereinbart werden; sie dürften weder den Parteien noch den Vollstreckungsorganen erst durch Auslegung untergeschoben werden. Warum nun aber die Formulierung „der jeweilige Gläubiger“ im Besprechungsfall eine hinreichend ausdrückliche Vollstreckungsbedingung sein soll,⁹ die Formulierung zur Verwendungsbeschränkung der Valuta im Beschluss vom

³ Ohne dass titulierte Ansprüche damit Abtretungsbeschränkungen unterlägen; dann wäre § 727 ZPO in diesem Zusammenhang bedeutungslos.

⁴ Nobbe, ZIP 2008, 97, zu Forderungsverkäufen mit Darstellung der Rechtsprechung, welche die Annahme stillschweigend vereinbarter Abtretungsbeschränkungen stets abgelehnt hat.

⁵ Zöller/Hefler, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 563 Rdnr. 3. Er bezeichnet solche Richtlinien als „wünschenswert“. Dem kann für den hier bejahten Aufhebungsgrund nicht gefolgt werden.

⁶ NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489 (mit Anm. Volmer) = DNotZ 2011, 751.

⁷ BGH, DNotZ 2011, 264 = ZfIR 2010, 677 (mit Anm. Herrler) zur Verwendungskontrolle der Valuta auszahlung.

⁸ MittBayNot 2010, 378.

⁹ Noch dazu in einem Formulierungszusammenhang, der eher auf eine Ausdehnung oder zumindest zeitliche Vorverlegung des Vollstreckungszugriffs hinweist, nämlich „schon vor der Vollstreckung in den Grundbesitz“.

19.8.2010 hingegen nicht,¹⁰ lässt sich meiner Ansicht nach nicht begründen.

4. Natürlich ist man als Notar bei der Klauselauslegung geprägt durch noch ausführlichere Formulierungen, welche die Bedeutung der persönlichen Haftung klar herausstellen, nämlich als Vollstreckungszugriff gerade für den Fall, dass die Verwertung der Grundschuld keine vollständige Befriedigung bringt¹¹ oder – gleichbedeutend – für den Fall, dass die Grundschuld erst gar nicht eingetragen wird. Insoweit wäre die Kritik zunächst gegen die Auslegung durch das Beschwerdegericht zu richten.¹² Andererseits bejaht der BGH aber ausdrücklich für sich die Kompetenz, die Auslegung der Instanzgerichte auf die Einhaltung der Denkgesetze und die Berücksichtigung alternativer Auslegungsmöglichkeiten zu überprüfen.¹³ Auch dazu fällt auf, dass derselbe Senat im zitierten Beschluss vom 29.6.2011 – ebenso wie in den zahlreichen anderen Folgebeschlüssen dazu – eine inhaltlich wesentlich dichtere Kontrollbefugnis für sich in Anspruch genommen hat.

Zwar besteht ein Unterschied darin, dass die Zession der Grundschuld – jedenfalls der Buchgrundschuld – im Gegensatz zum „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ durch Einsicht in das – in diesem Zusammenhang offenkundige – Grundbuch problemlos festgestellt werden kann. Auf diesen Gesichtspunkt der Beweisnot des Rechtsnachfolgers stellt der BGH im Beschluss vom 29.6.2011 aber nicht vorrangig ab,¹⁴ sondern allein auf die Unwägbarkeiten bei einer Titelauslegung durch das zur Klauselerteilung berufene Organ der Rechtspflege. Auch insoweit sehe ich eine Abweichung, keine Bestätigung des Beschlusses vom 29.6.2011.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

¹⁰ Dort lautete der entscheidende Satz: „Der Grundschuldgläubiger darf die Grundschuld nur insoweit als Sicherheit verwerten oder behalten, wenn er sicherstellt, dass die von der Landeskreditbank den Darlehensnehmern gewährten und zu gewährenden Kredite nur für die Bebauung des Flurstücks ... und für keine anderen Besicherungszwecke verwendet wird.“

¹¹ So der Versuch des Gläubigers in BGH, Beschluss vom 12.12.2007 (Fn. 1), oder ausgedrückt etwa durch die Formulierung: „Dies gilt auch für den Fall, dass die Grundschuld durch Zwangsversteigerung erlischt.“, gebilligt von BGH, DNotZ 1988, 487 = MittBayNot 1988, 74; BGH, NJW 1991, 286.

¹² Was aber natürlich schwerfällt, da seine Erwägungen nicht ansatzweise mitgeteilt werden.

¹³ Vgl. Tz. 13: „Seine Erwägungen lassen Auslegungsfehler nicht erkennen.“

¹⁴ Leicht andere Akzentuierung in BGH, DNotZ 2011, 264 (Fn. 7), dort Tz. 20, wenn das Beschwerdegericht zustimmend wiedergegeben wird mit der Erwägung, dass nicht nachweisbare Voraussetzungen im Zweifel nicht als Vollstreckungsbedingung gesetzt würden.

12. ZPO §§ 767 Abs. 2, 3, 797 Abs. 4; BGB § 826 (*Einwendungsausschluss bei wiederholter Vollstreckungsgegenklage gegen notarielle Urkunde*)

1. **Bei einer wiederholten Vollstreckungsgegenklage gegen eine notarielle Urkunde findet § 767 Abs. 2 ZPO entgegen § 797 Abs. 4 ZPO Anwendung.**
2. **Es kommt für die Annahme einer Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO weder auf den Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts noch auf denjenigen der Kenntniserlangung der zugrundeliegenden Um-**

stände, sondern auf den Zeitpunkt an, in dem das Recht objektiv erstmalig hätte ausgeübt werden können.

OLG Celle, Urteil vom 6.7.2011, 4 U 14/11

Die Klägerin begehrt die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde, hilfsweise die Feststellung der Unzulässigkeit und hilfsweise die Herausgabe der notariellen Urkunde. (...)

Die Klägerin hat mit notariellem Kaufvertrag vom 30.12.2005 eine Eigentumswohnung von der Beklagten, und zwar einen $\frac{90}{1000}$ (abgeändert durch Vertrag vom 4.5.2006 auf $\frac{99,82}{1000}$) Miteigentumsanteil an dem bebauten Grundstück... in B. P. erlangt. Der Kaufpreis betrug 110.000 €. Fälligkeits- und Zwangsvollstreckungsregelungen waren in §§ 3 und 6 der Urkunde enthalten. Im Verfahren 16 O 365/06 LG Hannover hat die Klägerin Vollstreckungsgegenklage erhoben. Diese hat das LG Hannover mit Urteil vom 12.9.2008 abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage der Beklagten dazu verurteilt, zu erklären, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen gemäß § 3 Ziffer 1 des Kaufvertrags vorliegen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat der Senat mit Beschluss vom 10.3.2009 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Der Urkundsnotar teilte mit Schreiben vom 20.3.2009 die Fälligkeit des Kaufpreises mit. Die Klägerin hat den Kaufpreis bislang nicht gezahlt. Die Beklagte hat deswegen im Grundbuch von A. für die Hof- und Gebäudefläche der Klägerin ... eine Sicherungshypothek eintragen lassen. Ferner hat sie die monatliche Pension der Klägerin vom Landesamt für Besoldung und Versorgung Nordrhein-Westfalen gepfändet. Die Vollstreckung erfolgt wegen des Kaufpreises einschließlich Zinsen seit dem 30.1.2006. Unter dem 13.10.2009 hat die Klägerin die Anfechtung des Kaufvertrages gegenüber der Beklagten mit der Behauptung erklärt, die Wohnung habe bei Vertragsschluss einen Verkehrswert von nur 47.690 € gehabt. Die Minderung des Verkehrswertes bestehe deshalb, weil sich die Wohnung in Ortsrandlage befinde, durch eine Hauptverkehrsstraße beeinträchtigt sei und keinen Fahrstuhl aufweise. Die weite Entfernung des Parkplatzes vom Hauseingang sowie das Fehlen einer Einbauküche träten hinzu. Hiervon hätte die finanzierende Bank Kenntnis gehabt. Die Beklagte, die finanzierende Bank (bei der die Beklagte angestellt sei) und der Makler hätten bewusst zusammengewirkt, um eine Veräußerung zu einem überhöhten Kaufpreis zu erreichen.

In einem Verfahren der B. GmbH gegen die hiesige Klägerin auf Zahlung von Maklerlohn hat das OLG Hamm einen Beweisbeschluss über den Wert der verkauften Wohnung erlassen.

Das LG hat die Klage unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin sei mit den nunmehr erhobenen Einwendungen nach § 767 Abs. 2 und 3 ZPO ausgeschlossen. Diese Vorschriften seien entgegen § 797 Abs. 4 ZPO anwendbar, da es sich vorliegend um eine wiederholte Vollstreckungsgegenklage handle. Denn die dem Vorbringen zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände hätten bereits vor Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage im Verfahren 16 O 365/06 LG Hannover vorgelegen. Bei Gestaltungsrechten sei allein auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Gründe, auf denen sie beruhen, objektiv entstanden sind und erstmalig die Befugnis bestand, sie auszuüben. Auf die Kenntnis von diesen Umständen oder die Ausübung des Gestaltungsrechtes komme es nicht an.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Zur Begründung hat die Klägerin ausgeführt, sie hätte in diesem Verfahren erstmalig Vortrag zur sittenwidrigen Überhöhung des Kaufpreises und zur Zusammenwirkung der Beklagten als Verkäuferin, der finanzierenden Bank und des Maklers gehalten. Im Vorverfahren hätte eine sittenwidrige Überhöhung des Kaufpreises nicht im Raume gestanden. Die Berufung zitiert eine im Schrifttum vertretene Auffassung, dass dem Wortlaut des § 797 Abs. 4 ZPO nicht zu entnehmen sei, § 767 Abs. 2 ZPO gelte auch bei einer wiederholten Klage. Dies lasse sich mit Sinn und Zweck der Gesetzssystematik nicht rechtfertigen. Die Nichtigkeit des Geschäftes könne sich erst auswirken, sofern von dem Gestaltungsrecht infolge Kenntniserlangung überhaupt Gebrauch gemacht werden könne. Ferner trägt die Klägerin vor, dass LG hätte von Amts wegen ihren Antrag in einen Feststellungsantrag auf Unzulässigkeit umdeuten müssen. Außerdem sei ein Anspruch aus § 826 BGB begründet, da seitens der Beklagten ein Titelmisbrauch vorliege. Zudem habe das LG übersehen, dass die Zwangsvollstreckung der Beklagten hinsichtlich der Zinsen ab dem 30.1.2006 gemäß § 6 der notariellen Urkunde unzulässig sei. Die Fälligkeit des

Kaufpreises sei erst durch ein Schreiben des Urkundsnotars unter dem 20.3.2009 eingetreten, da Fälligkeitsvoraussetzung die vollständige Renovierung der Wohnung sei. Dieser Umstand sei erst nach Abschluss des ersten Verfahrens eingetreten. Deswegen sei die Klägerin mit diesem Vorbringen nicht ausgeschlossen. Die Klägerin meint zudem, das der Klägerin ausgehändigte Finanzierungsangebot betreffe nicht die konkrete Wohnung, wie die Beklagte hat vorbringen lassen. Insoweit sei die Klägerin des Weiteren getäuscht. (...)

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie trägt nach Einholung eine Auskunft des beurkundenden Notars vor, dass das notariell im Kaufvertrag genannte Datum zur Fälligkeit der Kaufpreiszahlung mit 1.6.2005 falsch sei und stattdessen auf den 1.6.2006 zu lauten habe. Verzug der Klägerin mit der Kaufpreiszahlung sei mithin zwei Wochen nach Zugang des Fälligkeitsmitteilungsschreibens des Urkundsnotars M. nach dem 1.6.2006 eingetreten.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung hat lediglich hinsichtlich eines Teils der von der Beklagten vollstreckten Zinsen Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Der Hauptantrag der Klägerin auf Klärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist überwiegend unbegründet und nur hinsichtlich eines Teils der vollstreckten Zinsen begründet.

Die Zwangsvollstreckung wäre unzulässig, wenn die Klägerin zu Recht Einwendungen gegen den sich aus der notariellen Urkunde ergebenden Anspruch der Beklagten vorbringen könnte. Dabei können – anders als bei Urteilen – nicht nur rechtsvernichtende und rechtshemmende, sondern auch rechtshindernde Einwendungen wie z. B. nach § 138 BGB Berücksichtigung finden (*Schuschke/Walker/Raebel*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 767 Rdnr. 29). Es kommt allerdings nicht darauf an, ob solche Einwendungen tatsächlich bestehen und begründet sind. Denn die Klägerin ist sowohl mit der von ihr behaupteten Sittenwidrigkeit des Kaufpreises als auch mit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und eines behaupteten kollusiven Zusammenwirkens zwischen der Beklagten, der Maklerin und der finanzierenden Bank ausgeschlossen. Der hierzu in diesem Verfahren gehaltene Vortrag ist gemäß § 767 Abs. 2 und 3 ZPO präkludiert.

a) Die Klägerin ist mit ihrem Vortrag zu den Umständen eines sittenwidrig überhöhten Kaufpreises gemäß § 767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

Zwar findet diese Vorschrift gemäß § 797 Abs. 4 ZPO keine Anwendung bei der Vollstreckung aus notariellen Urkunden. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH aber nicht bei einer wiederholten Vollstreckungsgegenklage (NJW-RR 1987, 59). Denn § 797 Abs. 4 ZPO regelt nur den Normalfall, dass gegen eine vollstreckbare Urkunde erstmals eine Vollstreckungsgegenklage erhoben wird. Hat bereits ein Vollstreckungsabwehrverfahren stattgefunden, sind Einwendungen ausgeschlossen, die in dem früheren Verfahren hätten geltend gemacht werden können (siehe auch OLG Brandenburg, Urteil vom 22.12.2008, 3 U 160/07; OLGR Zweibrücken 1997, 110). Grund für § 797 Abs. 4 ZPO ist, dass die titulierte Forderung noch nicht gerichtlich überprüft sei, ein Ausschluss früherer Einwendungen daher nicht gerechtfertigt sei. Diese Überlegung greife nicht, wenn bereits ein gerichtliches Vollstreckungsverfahren stattgefunden habe und entschieden worden sei (*Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 797 Rdnr. 17).

Der Senat schließt sich der Rechtsprechung des BGH an. Denn Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO, dem Gläubiger die Vollstreckung des Titels zu ermöglichen und ihn nicht

mehr mit Einwendungen zu konfrontieren, mit denen er nicht mehr zu rechnen braucht, legen es nahe, die Einwendungsmöglichkeiten des Schuldners restriktiv zu behandeln. Andernfalls hätte es ein Schuldner in der Hand, Einwendungen gegen Ansprüche aus notariellen Urkunden sukzessive vorzubringen und eine Zwangsvollstreckung auf ewig hinauszuzögern. Das Argument für die Berechtigung des § 797 Abs. 4 ZPO, die Bindung der Präklusion an die Rechtskraft, welche bei notariellen Urkunden nicht besteht, greift eben nur für die erste Vollstreckungsabwehrklage gegen eine notarielle Urkunde, nicht hingegen für weitere.

Nach diesen Maßstäben sind die von der Klägerin vorgetragene Umstände zur Werthaltigkeit der Wohnung nicht zu berücksichtigen. Denn diese Faktoren haben bereits bei Vertragsschluss am 30.12.2005 vorgelegen, wie sie selbst vorgetragen hat. Sie hätten im Rahmen der ersten Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden müssen. Dieses Verfahren war mit dem Zurückweisungsbeschluss des Senats vom 10.3.2009 beendet. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Klägerin nach ihren Angaben erst bei ihren Verkaufsversuchen im Sommer 2009 davon erfahren hat, dass die Wohnung angeblich einen Wert von knapp unter 50.000 € und damit weniger als die Hälfte des Kaufpreises haben soll. Denn dies ist nur die Schlussfolgerung aus den verkehrswertbildenden Faktoren der Wohnung. Die Umstände, die den Verkehrswert beeinflussen, haben jedoch bereits vor der ersten Vollstreckungsgegenklage im Verfahren 16 O 236/10 LG Hannover vorgelegen.

b) Die Klägerin ist ebenfalls mit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung über den Wert der Wohnung und angeblichen kollusiven Zusammenwirkens der Beklagten mit Makler und finanzierender Bank präkludiert, die sie nach Abschluss der ersten Vollstreckungsgegenklage erklärt hat.

Die Klägerin vertritt hierzu mit der wohl überwiegenden Meinung im Schrifttum den Standpunkt, dass es für die Frage, ob eine Präklusion anzunehmen ist, auf den Zeitpunkt der Ausübung des Anfechtungsrechts ankomme. Erst dann trete die Rechtsänderung ein (vgl. *Musielak/Lackmann*, ZPO, 7. Aufl., § 767 Rdnr. 36 f.). Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur sind der Ansicht, es komme auf den Zeitpunkt an, in dem erstmalig – theoretisch – das Recht hätte ausgeübt werden müssen. Wird die Rechtswirkung der Einwendung erst durch eine Willenserklärung ausgelöst, sei der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Willenserklärung objektiv hätte abgegeben werden können. Auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung komme es nicht an (z. B. BGH, NJW-RR 1987, 59; NJW 1994, 2769; NJW 2009, 1671 f.). Diese letztgenannte Auffassung verdient nach Ansicht des Senats den Vorzug. Nur so lässt sich der restriktive Charakter des § 767 Abs. 2 ZPO verwirklichen und seinem Ziel, im Interesse eines zügigen Fortgangs der Vollstreckung Verzögerungen durch den Schuldner entgegenzuwirken, gerecht werden (vgl. *Schuschke/Walker/Raebel*, a. a. O., § 767 Rdnr. 32).

c) Gleiches gilt für den Umstand, das der Klägerin vorgelegte Finanzierungsangebot würde nicht die gekaufte Wohnung betreffen. Auch dieses Angebot hat der Klägerin bereits vor Einreichung der ersten Vollstreckungsgegenklage, nämlich vor Abschluss des notariellen Kaufvertrags, vorgelegen.

d) Ein Anspruch aus § 826 BGB besteht nicht. Die hierfür erforderlichen Voraussetzungen sind nicht gegeben. Eine sittenwidrige Erschleichung des Titels ist ebenso wenig ersichtlich wie eine sittenwidrige Vollstreckung durch die Beklagte. Die Klägerin ist den Ausführungen des Senats im Beschluss vom 12.4.2011 insoweit nicht weiter in erheblicher Weise entgegengetreten.

e) Die Klägerin hat mit der Berufungsbegründung allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass die Fälligkeit des Kaufpreises erst mit der Erklärung des Notars unter dem 20.3.2009 eingetreten ist, Zinsen also mithin erst 2 Wochen nach Zugang des entsprechenden Schreibens (vgl. § 3 Nr. 1 Kaufvertrag) verlangt werden können. Gemäß § 3 Nr. 2 Kaufvertrag gerät der Käufer ohne Mahnung in Verzug. Dies ist bei einem – fiktiven – Zugang am Montag, dem 23.3.2009, dann Dienstag, der 7.4.2009.

Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang auf das Schreiben des Urkundsnotars vom 24.5.2011 hinweist, ist dieser Vortrag unerheblich. Zwar dürfte es sich in der Tat in § 3 KV bei der Angabe, Fälligkeit trete nicht vor dem 1.6.2005 ein, um einen Schreibfehler handeln, da das Datum der Beurkundung der 30.12.2005 war. Jedoch bringt dies keine Klärung der eigentlichen Frage, welche Fälligkeitsregelung hinsichtlich der Zinsen Vorrang hat und in welcher Höhe die Beklagte die Zwangsvollstreckung betreiben kann.

2. Der Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist zulässig, aber unbegründet.

Einwendungen gegen den sich aus dem vollstreckbaren Titel ergebenden Anspruch können mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Dem entspricht der Hauptantrag. Mit dem Feststellungsantrag kann die Wirksamkeit eines Titels bekämpft werden (z. B. wegen eines nicht vollstreckungsfähigen Inhalts, vgl. *Thomas/Putzo*, ZPO, 32. Aufl., § 767 Rdnr. 8, § 797 Rdnr. 13). Dies Ziel verfolgt die Klägerin nicht. Jedenfalls trägt sie hierfür keine Argumente vor. Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten hat, der Titel sei deswegen unwirksam, weil sich die Daten in der notariellen Urkunde widersprüchen und eine Fälligkeit nicht ausdrücklich festgestellt werden könne, so dass ein Vollstreckungsorgan nicht vorgehen könne, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Es ist aus den aus der Urkunde relevanten Daten i. V. m. dem Fälligkeitsschreiben des Notars sehr wohl ersichtlich, ab wann die Beklagte Zinsen verlangen kann. Der Notar, der gemäß § 797 Abs. 2 ZPO für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung verantwortlich ist, sowie die verantwortlichen Vollstreckungsorgane können ohne Weiteres die Fälligkeit des Kaufpreises und die Höhe der Zinsen ermitteln.

3. Der hilfsweise gestellte Antrag der Klägerin auf Herausgabe der notariellen Urkunde ist unbegründet. Ein Herausgabeanspruch aus § 371 BGB analog besteht nicht. Hierzu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Insbesondere ist die sich aus der notariellen Urkunde ergebende Schuld durch die Klägerin nicht erfüllt.

4. Der der Klägerin nicht nachgelassene Schriftsatz vom 4.7.2011 bot keinen Anlass zur Wiedereröffnung der Verhandlung gemäß § 156 ZPO. Verfahrensfehler sind weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich.

(...)

Anmerkung:

1. Zur Lebenswelt der Vollstreckungsunterwerfungserklärung in notariellen Urkunden gehört nicht nur deren Gestaltung und Ausfertigung, sondern auch deren Bekämpfung, namentlich durch die Vollstreckungsrechtsbehelfe. In deren dickem Köcher¹ ist die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO der schärfste Pfeil. Auch wenn man in seiner eige-

nen notariellen Praxis hiermit regelmäßig² nicht (mehr) befasst ist, lohnt die Lektüre der vorstehenden Entscheidung aus grundsätzlichen Erwägungen, um den Gesamtüberblick im Bereich der vollstreckbaren Urkunden zu behalten. Außerdem ist das Urteil für diejenigen Standesangehörigen interessant, die sich in Ausbildung und Prüfung engagieren, weil es sich hervorragend als Schulfall für eine Klausur oder das Prüfungsgespräch eignet. Dabei bringt der zweite Leitsatz in der klassischen Problematik „Präklusion bei Gestaltungsrechten“ nichts Neues und entspricht der herrschenden Meinung, namentlich der Rechtsprechung des BGH,³ auch im Fall der wiederholten Vollstreckungsgegenklage.⁴ Spannender und einer kritischen Hinterfragung würdig ist jedoch der erste Leitsatz.

2. Bei einer Vollstreckungsgegenklage sind nach § 767 Abs. 2 ZPO „Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen“ (vgl. § 767 Abs. 1 ZPO) „nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen ... spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.“ Bei einer notariellen Urkunde mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung gibt es jedoch weder ein Urteil noch eine (streitige) mündliche Verhandlung nach ZPO. Dies sieht auch der Gesetzgeber so, hat er doch in § 797 Abs. 4 ZPO die Unanwendbarkeit des § 767 Abs. 2 ZPO für die Abwehrklage gegen die Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden festgeschrieben. Kann daher bei notariellen Urkunden immer wieder Gegenklage, mit neuen Gründen,⁵ erhoben werden, ohne Gefahr der Präklusion? Natürlich nicht, möchte man meinen, und eigentlich müsste der Fall doch klar sein, wenn man in § 767 ZPO noch einen Absatz weiter liest: „Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war.“ Die Bedeutung dieses § 767 Abs. 3 ZPO ist allerdings nicht unumstritten:

a) Nach einer Ansicht ist die Norm nämlich rein innerprozessual zu deuten. Einwendungen, die erst nach Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage entstehen oder dem Kläger erst nach Klageerhebung bekannt werden, können nachgeschoben werden, müssen aber auch nachgeschoben werden, sobald der Kläger hierzu imstande ist. Abs. 3 prägt nach dieser Meinung lediglich das innerprozessuale Beschleunigungsgebot aus und tritt nach diesem Verständnis ergänzend neben die Konzentrationsvorschriften der §§ 272 Abs. 1, 273, 282 ZPO.⁶

b) Nach der überwiegenden Auffassung bedeutet „Geltendmachung in der Klage“ nur, aber auch, dass die Einwendungen in überhaupt demselben Klageverfahren, also in einem Prozess, geltend gemacht werden müssen.⁷ Abs. 3 soll daher

² Von den spezifischen notariellen Klauselrechtsbehelfen einmal abgesehen, von denen ich allerdings noch keinen in meiner Praxis erleben durfte.

³ Etwa BGH, NJW 2009, 1671; NJW-RR 1987, 59; speziell zur wiederholten Vollstreckungsabwehrklage bei § 767 Abs. 3 ZPO siehe BGH, NJW 1973, 1328.

⁴ BGH, NJW 1973, 1328.

⁵ Andernfalls läge schon das gewöhnliche Prozesshindernis der entgegenstehenden Rechtskraft vor, die erneute Klage wäre schon unzulässig (und nicht, wie bei entgegenstehender Präklusion, unbegründet).

⁶ MünchKommZPO/K. Schmidt, 3. Aufl. 2007, § 767 Rdnr. 86; zust. *Thomas/Putzo*, ZPO, 32. Aufl. 2011, § 767 Rdnr. 29.

⁷ BGHZ 167, 150, 153 = BGH, NJW 2006, 1969, 1979; vgl. im Ergebnis auch schon BGHZ 61, 25 = NJW 1973, 1328, wobei am Ende das Verhältnis zu §§ 767 Abs. 2, 797 Abs. 4 ZPO nicht recht klar wird; *Zöller/Herget*, 28. Aufl. 2010, § 767 Rdnr. 22.

¹ Vgl. *Herrler*, NJW 2011, 2762, 2763.

der Verschleppung der Zwangsvollstreckung durch wiederholte Vollstreckungsgegenklagen entgegenwirken.⁸ Der Schuldner ist nach dieser Auslegung des Abs. 3 nicht gehindert, innerhalb eines nach § 767 geführten Prozesses Einwendungen nachzuschieben, die er bereits in der Klagschrift hätte vorbringen können – was er nach der erstgenannten Auffassung nicht ohne Weiteres könnte. Auf der anderen Seite hält Abs. 3 nach dieser Auffassung den Schuldner aber auch an, diese neuen, erst während des Prozesses entstehenden Einwendungen noch in diesem Prozess tatsächlich geltend zu machen, und verhindert, dass der Schuldner diese Einwendungen mit einer erneuten Klage aus § 767 (oder Bereicherung) geltend macht. Nach dieser herrschenden Meinung dient Abs. 3 damit nur mittelbar der innerprozessualen Präklusion und befasst sich unmittelbar mit der Präklusionswirkung für künftige Vollstreckungsgegenklagen. Kurz gefasst regelt § 767 Abs. 3 ZPO im Verhältnis von wiederholten Abwehrklagen das, was § 767 Abs. 2 ZPO im Verhältnis erster Gegenklage zum Erkenntnisverfahren regelt.

3. Dass dieser Meinungsstreit nicht lediglich akademisch ist, macht das vorstehende Judikat deutlich. Die dortige Konstellation – wiederholte Vollstreckungsabwehrklage gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde – hätte eigentlich zum Schwur zwingen müssen. Denn § 767 Abs. 2 ZPO ist hier nicht anwendbar, da es an einem zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, in dem präklusionsfähige Einwendungen erhoben werden könnten, bei der notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung naturgemäß fehlt. Die Nichtanwendungsvorschrift des § 797 Abs. 4 ZPO ist nach dem Verständnis der vorgenannten herrschenden Meinung eigentlich deklaratorisch bis überflüssig. Jedenfalls ist nach dieser herrschenden Meinung Abs. 2 nur auf das Verhältnis zwischen dem zum Titel führenden Prozess und einer Vollstreckungsgegenklage anwendbar, aber nicht auf das Verhältnis eines nach § 767 geführten Rechtsstreits zum nächsten. Denn der in diesen Fällen u. U. nötige Einwendungsausschluss wird über § 767 Abs. 3 ZPO erzielt.

Die Gegenansicht müsste Abs. 2 anwenden, denn nach ihr geht es bei Abs. 3 nur um eine innerprozessuale Präklusion⁹ – nur ginge sie im entschiedenen Fall ins Leere, weil § 767 Abs. 2 ZPO auf notarielle Urkunden eben keine Anwendung findet. Das würde bedeuten, dass bei diesen bar jeder Notwendigkeit und Wertung Vollstreckungsabwehrklagen *ad infinitum* möglich wären. Diese Ansicht muss daher in die juristische Trickkiste greifen und – entgegen dem Wortlaut des § 797 Abs. 4 ZPO! – Abs. 2 „analog“ auf wiederholte Vollstreckungsgegenklagen anwenden, um das nötige und gewünschte Ergebnis zu erzielen: Habe bereits ein Prozess nach § 767 stattgefunden, so folge aus Abs. 2 für eine weitere Vollstreckungsgegenklage, dass Einwendungen, die schon in dem ersten Verfahren hätten geltend gemacht werden können, präkludiert sind. Dieser, zumal zirkulär anmutenden, Verrenkung bedarf es bei dem der herrschenden Meinung entsprechenden Verständnis von § 767 Abs. 3 ZPO nicht. Erstaunlich ist, dass das OLG auf diese Problematik gar nicht eingeht, ja, § 767 Abs. 3 ZPO nicht einmal ernsthaft erwähnt.¹⁰ Dass der BGH diese Problematik ebenfalls gelegentlich durcheinanderzu-

wirbeln scheint,¹¹ mag die Celler Richter entschuldigen, macht die Sache für den prozessualen Dogmatiker aber nicht einfacher.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

¹¹ BGH, NJW-RR 1987, 59; NJW 1973, 1328, unter I. 2. a) und b) der Gründe einerseits, c) der Gründe andererseits.

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BeurkG §§ 51, 54; BGB § 1896 Abs. 2 Satz 2 (*Erteilung einer weiteren Ausfertigung der Vorsorgevollmacht*)

Wird der Notar im Rahmen der Beurkundung einer Vorsorgevollmacht angewiesen, dem Bevollmächtigten eine weitere Ausfertigung der Urkunde nur auf schriftliche Anweisung des Vollmachtgebers zu erteilen, darf er sich hierüber nicht allein deshalb hinwegsetzen, weil der Vollmachtgeber zwischenzeitlich dauerhaft geschäftsunfähig ist.

LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 22.12.2011, 12 T 7607/11; mitgeteilt von Dr. Holger Jäckel, Richter am LG Nürnberg-Fürth

Mit Urkunde vom 31.7.2006, URNr. ... des Notars Dr. V in H hat Frau S, seinerzeit wohnhaft ..., eine Vorsorgevollmacht mit Betreuungsverfügung und Patientenverfügung beurkunden lassen. Alleiniger Bevollmächtigter ist ihr Sohn, der Beschwerdeführer. Notar B ist Amtsnachfolger von Dr. V und verwahrt die Urkunde für diesen. Frau S wurde am 3.8.2006 eine einfache Abschrift sowie eine Ausfertigung der Urkunde für den Bevollmächtigten übersandt. Eine beglaubigte Abschrift wurde an das AG Hersbruck gesandt.

Die Urkunde enthält folgende Klausel:

„Der beurkundende Notar wird angewiesen, dem Bevollmächtigten weitere Ausfertigungen dieser Urkunde nur auf schriftliche Anweisung des Vollmachtgebers zu erteilen.“

Frau S ist nach dem im Betreuungsverfahren ... des AG Hersbruck eingeholten psychiatrischen Fachgutachten vom 14.7.2010 dauerhaft geschäftsunfähig. In ihren Unterlagen sind die einfache und beglaubigte Abschrift, nicht jedoch die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde auffindbar.

Auf Anraten des Notars B hat der Beschwerdeführer zunächst ein Betreuungsverfahren mit dem Ziel eingeleitet, einen Betreuer bestellen zu lassen, welcher für Frau S den Notar anweist, eine weitere Ausfertigung der Vollmachtsurkunde an den Beschwerdeführer zu erteilen. Die Bestellung eines Betreuers mit eingeschränktem Aufgabenkreis hat das Betreuungsgericht (AG Hersbruck) im Hinblick auf die Vorsorgevollmacht gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB abgelehnt. (...)

Mit Schreiben vom 13.9.2011 hat der Beschwerdeführer nochmals schriftlich die Erteilung einer weiteren Ausfertigung der Vollmachtsurkunde beantragt und vorsorglich gegen eine ablehnende Entscheidung Beschwerde eingelegt. Er ist der Auffassung, dass er aufgrund des Wunsches seiner Mutter, eine gerichtliche Betreuung zu vermeiden, einen Anspruch auf Erteilung der weiteren Urkundsausfertigung hat, da seine Mutter wegen gesundheitlicher Probleme nicht mehr in der Lage ist, eine schriftliche Anweisung zu erteilen.

Der Notar B hat die Angelegenheit mit Schreiben vom 14.9.2011 dem Gericht vorgelegt. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Nach § 54 Abs. 1 BeurkG ist gegen die Entscheidung des Notars, eine Ausfertigung nicht

⁸ So BGH, NJW 1960, 2286, 2287; NJW 1991, 2280, 2281; Zöller/Herget, § 767 Rdnr. 22.

⁹ Siehe oben 2 a); so auch ausdrücklich z. B. MünchKommZPO/K. Schmidt, § 767 Rdnr. 90; Thomas/Putzo, § 767 Rdnr. 29.

¹⁰ Bezeichnenderweise heißt es lediglich einmal pauschal (II. 1. a. E. der obigen Gründe): „... Vortrag ist gemäß § 767 Abs. 2 und 3 ZPO (sic!) präkludiert“.

zu erteilen, die Beschwerde gegeben (vgl. *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 54 Rdnr. 5). Der Beschwerdeführer durfte gegen die noch nicht ergangene Entscheidung ausnahmsweise bereits vorsorglich ein Rechtsmittel einlegen (zum Grundsatz OLG Koblenz, NJW-RR 1986, 935). Der Notar hat bereits vor dem Schreiben des Beschwerdeführers vom 13.9.2011 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er sich ohne schriftliche Anweisung der Vollmachtgeberin oder eines Betreuers außerstande sieht, eine weitere Ausfertigung der Urkunde zu erteilen und deswegen die Einleitung eines Betreuungsverfahrens angeregt. Dem Beschwerdeführer nach ergebnislosem Abschluss des Betreuungsverfahrens die Beschwerde nur nach einer förmlichen Entscheidung zu gestatten, würde eine sinnlose Formalie darstellen. Der Notar hat durch die Vorlage beim LG hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass er an seiner bereits geäußerten Auffassung festhält.

III.

Das Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Eine pflichtwidrige Amtsverweigerung des Beschwerdegegners kann nicht festgestellt werden. Er war im Rahmen seiner Amtspflichten nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Erteilung einer weiteren Ausfertigung der beurkundeten Vorsorgevollmacht vom 31.7.2006 an den Beschwerdeführer zu verweigern. Dem Beschwerdeführer steht kein Anspruch auf Erteilung einer weiteren Ausfertigung der Vorsorgevollmacht zu. Die Antragsberechtigung hat der Notar wegen seiner Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, § 18 BNotO, sorgfältig zu prüfen. Wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer weiteren Ausfertigung fehlen, muss er diese verweigern.

Die Berechtigung, Ausfertigungen notarieller Urkunden zu verlangen, bestimmt sich grundsätzlich nach § 51 BeurkG. Danach können Ausfertigungen bei Niederschriften von Willenserklärungen im Regelfall nur die Personen verlangen, die eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben haben, § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG. Erklärungen des Beschwerdeführers sind in der Urkunde nicht enthalten. Personen, die durch die beurkundete Erklärung Rechte erwerben oder in deren Rechtskreis durch die Erklärung eingegriffen wird, können keine Ausfertigung fordern (vgl. *Winkler*, a. a. O., § 51 Rdnr. 8; *Armbrüster/Preuss/Renner*, BeurkG/DONot, 5. Aufl. 2008, § 51 Rdnr. 10).

Ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Erteilung einer Ausfertigung ergibt sich auch nicht aus § 51 Abs. 2 BeurkG. Die Vollmachtgeberin hat vorliegend von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, durch Erklärung den Kreis der Ausfertigungsberechtigten personell auf den Beschwerdeführer zu erweitern, die Erteilung von Ausfertigungen aber gleichzeitig an weitere Voraussetzungen geknüpft. Der beurkundende Notar ist an die Weisungen gebunden. Die Bindungswirkung erstreckt sich auch auf den Amtsnachfolger (*Schippel/Bracker*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 51 Rdnr. 66). Indes sind die von der Vollmachtgeberin aufgestellten Voraussetzungen für die Erteilung einer weiteren Ausfertigung der Vollmachtsurkunde nicht gegeben. Eine schriftliche Anweisung der Vollmachtgeberin kann der Beschwerdegegner nicht vorweisen.

Auch im Rahmen der Auslegung der Anordnung nach § 133 BGB ergibt sich nichts anderes. Die Kammer verkennt dabei nicht, dass durch das Ausstellen einer Vorsorgevollmacht im Regelfall die Anordnung einer Betreuung vermieden werden soll, vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB. Dennoch kann ein erkennbarer Wille der Vollmachtgeberin, im Falle ihrer Geschäftsunfähigkeit zur Vermeidung eines Betreuungsverfahrens einen Anspruch des Beschwerdegegners auf Erteilung von Ausfertigungen der Vollmachtsurkunde auch ohne ihre

schriftliche Anweisung zu begründen, nicht angenommen werden.

Die Einschränkung der Berechtigung des Bevollmächtigten zum Erhalt von Ausfertigungen nur für den Fall einer schriftlichen Anweisung der Vollmachtgeberin verfolgt im Falle der Vorsorgevollmacht ersichtlich mehrere Funktionen. Zum einen soll es dem Vollmachtgeber überlassen bleiben, ob und wann die Vollmacht im Verhältnis zum Bevollmächtigten tatsächlich erteilt wird. Bei der Erteilung einer unbedingten Vorsorgevollmacht kann dadurch verhindert werden, dass diese entgegen dem Willen des Vollmachtgebers vor Eintritt des Vorsorgefalles genutzt wird. Eine wirksame Erteilung der Vollmacht im Innenverhältnis zum Bevollmächtigten setzt nach §§ 130 Abs. 1 Satz 1, 167 Abs. 1 BGB voraus, dass die Erklärung der Vollmachtgeberin willentlich in den Verkehr gebracht worden ist (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 384) und dem Bevollmächtigten zugeht. Allein durch die Errichtung einer notariellen Urkunde hat sich die Vollmachtgeberin der beurkundeten Erklärung noch nicht begeben, so dass eine wirksame Abgabe der Willenserklärung nicht vorliegt. Im Übrigen kann auch im Falle der wirksamen Erteilung die Vollmacht jederzeit widerrufen werden. Solange die Vollmacht nicht erteilt wurde, oder für den Fall, dass ein Widerruf erfolgt, soll der Vollmachtgeber durch die getroffene Regelung vor den Folgen des § 172 BGB geschützt werden. Voraussetzung für den Rechtsschein des Vorliegens einer Vollmacht nach § 172 BGB ist gemäß ständiger Rechtsprechung, dass die Vollmachtsurkunde in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegt wird (vgl. BGH, NJW 1997, 312 = MittBayNot 1997, 33 m. w. N). Da die Mutter des Beschwerdegegners – wie sich aus dem Gutachten vom 14.7.2010 ergibt – mittlerweile dauerhaft geschäftsunfähig ist, ist eine Nutzung der Vollmacht vor Eintritt des Vorsorgefalles nicht mehr zu befürchten. Es besteht aber weiterhin die Möglichkeit, dass die Vollmacht nach dem Willen der Vollmachtgeberin gar nicht wirksam erteilt oder mittlerweile widerrufen (§§ 168, 167 BGB) wurde und die Ausfertigung deswegen willentlich vernichtet wurde. Es ist aber weder Aufgabe des Notars zu prüfen, ob dieser Fall eingetreten ist, noch gibt es Anhaltspunkte dafür, dass dies dem Willen der Vollmachtgeberin entspricht.

Nach alledem bleibt die Beschwerde erfolglos.

(...)

Kostenrecht

14. KostO §§ 20 Abs. 2, 156 (*Abweichung vom Regelwert bei Beurkundung eines Vorkaufsrechts für ein Erbbaurecht*)

1. **§ 156 KostO ist auch auf Notarkostenrechnungen aus der Zeit vor dem 1.9.2009 anwendbar, wenn die gerichtliche Überprüfung erst danach beantragt wird.**
2. **Eine Abweichung von dem Regelwert für die Beurkundung eines Vorkaufsrechts für ein Erbbaurecht lässt sich nicht darauf stützen, dass die Veräußerung eines Erbbaurechts nach dessen Inhalt auch von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängt.**
3. **Eine solche Abweichung kommt nur ausnahmsweise und nur in Betracht, wenn der Eintritt des Vorkaufsfalles und die Ausübung des Vorkaufsrechts aufgrund von anderen für alle Beteiligten erkennbaren eindeutigen und sicher vorhersehbaren Umständen im Zeitpunkt der Beurkundung weniger wahrscheinlich ist als die Nichtausübung.**

4. Bei der Bemessung der gebotenen Abweichung von dem Regelwert des § 20 Abs. 2 KostO hat der Tatrichter ein Ermessen, dessen Ausübung im Rechtsbeschwerdeverfahren nur eingeschränkt überprüfbar ist.

BGH, Beschluss vom 6.10.2011, V ZB 52/11

Der Beteiligte zu 1 (fortan: Notar) beurkundete am 1.7.2009 zwei Erbbaurechtsbestellungsverträge, in welchen eine große kreisangehörige Stadt dem Beteiligten zu 2 (fortan: Landkreis) jeweils ein Erbbaurecht an zwei ihr gehörenden, nahe beieinander liegenden innerstädtischen Grundstücken bestellte, einem mit einem Bürogebäude bebauten und einem von der Grundstückseigentümerin auf ihre Kosten auf einer Teilfläche zur Schaffung von Behördenparkplätzen von der bisherigen Bebauung freizumachenden Grundstück. In beiden Verträgen ist ein dingliches Vorkaufsrecht zugunsten der Stadt für alle Verkaufsfälle und – als Inhalt des jeweiligen Erbbaurechts – vorgesehen, dass der Landkreis zur Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts der Zustimmung der Stadt als Grundstückseigentümerin bedarf. In seinen für die Verträge erteilten Kostenrechnungen vom 17.7.2009, deren Schuldner der Landkreis ist, berechnete der Notar den Einsatzwert für die Beurkundung der Vorkaufsrechte auf der Grundlage des halben Werts der Sache (§ 20 Abs. 2 KostO). Die Wertansätze von 12.243.900 € für das eine und von 948.131 € für das andere Vorkaufsrecht hält der Landkreis für überhöht. Er meint, es habe nicht die Hälfte, sondern nur ein Zehntel des Werts der jeweiligen Erbbaurechte angesetzt werden dürfen, da diese durch den Zustimmungsvorbehalt weitgehend entwertet seien. Den am 20.12.2009 eingegangenen Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat das LG zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Landkreises hat das OLG die Kostenrechnungen in dem beantragten Umfang gekürzt. Dagegen wendet sich der Notar mit der von dem OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde, die der Landkreis für unbegründet hält.

Aus den Gründen:

II.

Das Beschwerdegericht geht davon aus, dass sich der Rechtsschutz gegen die vor dem Inkrafttreten von § 156 KostO am 1.9.2009 erteilten Kostenrechnungen dennoch nach dieser Vorschrift richtet, weil der Antrag auf Entscheidung des LG erst nach dem 1.9.2009 gestellt worden ist. Den Antrag hält es für begründet. Die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts senke die Wahrscheinlichkeit, dass ein dem Grundstückseigentümer eingeräumtes Vorkaufsrecht praktische Bedeutung erlange, auf ein sehr geringes Maß herab. Der Zustimmungsvorbehalt bringe ein ausgeprägtes Interesse an Kontinuität zum Ausdruck und wirke abschreckend. Hier handle es sich zudem um Erbbaurechtsbestellungsverträge zwischen Kommunen, die langfristig planen. Die Bauwerke sprächen nur einen kleinen Kreis von Nutzern an. Schließlich sei die Durchführung der Verträge von der Bewilligung von Fördermitteln abhängig. Das zwingt die Stadt als Grundstückseigentümerin, an der Nutzung festzuhalten, um eine Rückforderung von Subventionen zu vermeiden. Diese Zweckbindung ergebe sich auch aus der nach dem Inhalt der Rechte zulässigen Nutzung. Deshalb sei der Wert der Vorkaufsrechte in den beiden angegriffenen Kostenrechnungen nicht mit der Hälfte, sondern mit 10 % des Werts der Sache anzusetzen.

III.

Diese Erwägungen halten im Ergebnis einer rechtlichen Prüfung stand. Das Rechtsmittel des Notars bleibt deshalb ohne Erfolg.

1. Die Rechtsbeschwerde ist allerdings nach § 156 Abs. 4 Satz 1 KostO i. V. m. § 70 Abs. 1 FamFG statthaft, weil sie von dem Beschwerdegericht zugelassen worden ist. Sie ist nach §§ 71 f. FamFG auch sonst zulässig. Diese Vorschriften sind, was das Beschwerdegericht nicht anders sieht, nach dem

hierfür allein maßgeblichen (Begründung des FGG-RG in BT-Drucks 16/6308, S. 359) Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG auf den vorliegenden Altfall anwendbar. Die angegriffenen Kostenrechnungen sind zwar vor dem Inkrafttreten der Änderung des § 156 KostO erteilt, der Antrag auf gerichtliche Nachprüfung ist aber erst danach gestellt worden. Darauf kommt es für die Bestimmung des in zeitlicher Hinsicht anwendbaren Verfahrensrechts an; die hierfür nicht gedachte Vorschrift des § 161 KostO ist auf diesen Fall nicht anwendbar (a. A. OLG München, ZNotP 2010, 359, 360 = MittBayNot 2010, 500).

2. Die Rechtsbeschwerde ist indessen im Ergebnis nicht begründet.

a) Der Geschäftswert eines Vorkaufsrechts für ein Erbbaurecht bemisst sich nach § 20 Abs. 2 KostO in der Regel nach dem „halben Wert der Sache“. Ob das auch dann gilt, wenn sich der Grundstückseigentümer die Zustimmung zu dessen Verkauf vorbehalten hat, ist umstritten. Der Streitstand stellt sich, wie die Ländernotarkasse in ihrer durch das LG eingeholten Stellungnahme im Einzelnen und zutreffend dargelegt hat, wie folgt dar: Nach einer Ansicht entwertet ein solcher Zustimmungsvorbehalt den Wert des Vorkaufsrechts erheblich. Dieser könne nur noch mit 10 % bis 20 % des Werts nach Bebauung angesetzt werden (BayObLG, DNotZ 1968, 760, 764; 1984, 113, 115; KG, FGPrax 1999, 72, 74; KGR 1994, 96; DNotZ 1969, 437, 438; OLG Braunschweig, KostRspr § 20 Abs. 2 KostO Nr. 18; OLG Frankfurt/Main, JurBüro 1960, 214, 216; 1974, 629; 1976, 1364; OLG Hamm, Rpfleger 1960, 65; OLG Neustadt/Weinstraße, DNotZ 1964, 242; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort Erbbaurecht unter Nr. 1.2.7; *Schwarz* in *Korinthenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 21 Rdnr. 25; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Dezember 2007, § 21 Rdnr. 5; v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., Rdnr. 9.3; *Waldner*, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Teil J Rdnr. 78; *Mümmeler*, JurBüro 1983, 1150, 1155). Zur Begründung wird auf die geringe Bedeutung eines Vorkaufsrechts neben einem Zustimmungsvorbehalt sowie darauf verwiesen, dass die Bestellung des Vorkaufsrechts wegen der Einbeziehung des Werts der Bebauung andernfalls eine höhere Gebühr auslöse als die Bestellung des Erbbaurechts an sich. Nach der Gegenmeinung mindert die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für den Grundstückseigentümer die wirtschaftliche Bedeutung eines ihm eingeräumten Vorkaufsrechts nicht. Das Vorkaufsrecht einerseits und der Zustimmungsvorbehalt andererseits hätten eine unterschiedliche Funktion. Auch komme es für die Bewertung der Beurkundungstätigkeit nicht darauf an, in welchem Umfang von den eingeräumten Rechten und Befugnissen Gebrauch gemacht werde (OLG Celle, DNotZ 1960, 51, 52; OLG Hamburg, DNotZ 1961, 434, 435; OLG Karlsruhe, DNotZ 1963, 569, 570; OLG München, FGPrax 2006, 134, 135 = MittBayNot 2006, 531; OLG Schleswig, JurBüro 1976, 354; 1982, 1867 f.; OLG Stuttgart, Rpfleger 1964, 131; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 8; *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl., § 20 KostO Rdnr. 36; *Notarkasse A. d. ö. R., München*, Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 456 unter Abweichung von der gegenteiligen Ansicht in 6. Aufl., Rdnr. 384, 391; *Hügel/Otto* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 57 Rdnr. 59 M Kostenanmerkung 1 a cc).

b) Den Senat überzeugt die zweite Ansicht.

aa) Mit der Einräumung eines Vorkaufsrechts wird ein durch den Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten und die Ausübung des Vorkaufsrechts bedingter Kaufvertrag geschlossen.

Der Wert des Vorkaufsrechts entspricht aber nicht dem vollen Wert dieses Kaufvertrags, weil unsicher ist, ob es zu dem Eintritt der Bedingungen kommt. Der Gesetzgeber hält deren Eintritt oder Nichteintritt, wie auch das Beschwerdegericht nicht verkennt, für gleich wahrscheinlich und hat deshalb als Regel den halben Wert der Sache vorgegeben.

bb) Eine Abweichung von der gesetzlichen Regel kommt nur in Betracht, wenn sich die Erwartung des Gesetzgebers, der Eintritt des Vorkaufsfalls und die Ausübung des Vorkaufsrechts seien gleich wahrscheinlich oder unwahrscheinlich, als unzutreffend erweist. Dafür kann es allerdings nicht darauf ankommen, ob das beurkundete Vorkaufsrecht von dem einzelnen Vorkaufsberechtigten tatsächlich ausgeübt werden wird. Denn das lässt sich nicht vorhersehen. Eine solche Spekulation wäre keine taugliche Grundlage für die Bemessung der Gebühren – hier – eines Notars. Von dem Regelwert für die Beurkundung eines Vorkaufsrechts kann deshalb nur abgewichen werden, wenn der Eintritt des Vorkaufsfalls und die Ausübung des Vorkaufsrechts aufgrund von für alle Beteiligten erkennbaren eindeutigen Umständen im Zeitpunkt der Beurkundung sicher weniger wahrscheinlich sind als das Nichteintreten dieser Umstände.

cc) Das kann, anders als das Beschwerdegericht meint, nicht schon aufgrund des Umstands angenommen werden, dass die Veräußerung eines Erbbaurechts nach dessen Inhalt auch von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängt. Welchen Einfluss ein solcher Vorbehalt auf den für die Bemessung der Gebühr maßgeblichen Eintritt oder Nichteintritt der Bedingungen des Vorkaufs hat, bleibt letztlich Spekulation und ist damit keine taugliche Grundlage für eine Abweichung von dem Regelwert des § 20 Abs. 2 KostO.

(1) Die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts wäre sinnlos, wenn der Grundstückseigentümer mit einem gleichzeitig vereinbarten Zustimmungsvorbehalt die Absicht verfolgte, den Eintritt der Bedingungen für das Wirksamwerden des ihm selbst eingeräumten Vorkaufsrechts durch die Verweigerung der Zustimmung von vorneherein zu verhindern. Ein Grundstückseigentümer, der dieses Ziel anstrebt, wird gewöhnlich davon absehen, sich ein Vorkaufsrecht einräumen zu lassen. Soll ihm aber nach dem Vertrag – wie hier – ein dingliches Vorkaufsrecht, noch dazu für alle Verkaufsfälle, eingeräumt werden, liegt dem regelmäßig die Vorstellung zugrunde, dass dieses Vorkaufsrecht tatsächlich auch einmal zur Ausübung kommen kann, dass es also auch zustimmungsfähige Verkäufe gibt, die dennoch zur Ausübung des Vorkaufsrechts führen.

(2) Eine andere Gestaltung wäre auch nicht zulässig. Der Zustimmungsvorbehalt gibt dem Grundstückseigentümer nämlich nicht das Recht, das Wirksamwerden des Kaufvertrags mit dem Dritten nach eigenem Gutdünken zu verhindern. Dem Erbbauberechtigten steht vielmehr nach § 7 Abs. 1 und 3 ErbbauRG ein gesetzlicher Anspruch auf Zustimmung des Grundstückseigentümers zu der beabsichtigten Veräußerung zu. Danach kann die verweigerte Zustimmung des Grundstückseigentümers durch das Gericht ersetzt werden, wenn anzunehmen ist, dass durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird und dass die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet. Dieses Verfahren muss entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts auch nicht abschrecken. Ein Grundstückseigentümer, der seine Zustimmung pflichtwidrig und schuldhaft verweigert, haftet dem Erbbauberechtigten nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Ersatz des daraus ent-

stehenden Schadens (vgl. Senat, Urteil vom 16.12.1994, V ZR 163/93, WM 1995, 770, 771), es sei denn, der Erbbauberechtigte hätte den Schaden im Wege eines Antrages nach § 7 Abs. 3 ErbbauRG auf gerichtliche Ersetzung der Zustimmung verhindern können (vgl. auch OLG Frankfurt/Main, OLGR 1998, 205, 207).

(3) Damit hängt das Wirksamwerden des Kaufvertrags mit dem Dritten, aber auch des durch den Vorkaufsfall und die Ausübung des Vorkaufsfall bedingten Kaufvertrags über das Erbbaurecht mit dem Grundstückseigentümer selbst auch bei einem Zustimmungsvorbehalt letztlich davon ab, welches Interesse der Grundstückseigentümer bei Eintritt des Vorkaufsfalls konkret hat und wie er seine rechtlichen Möglichkeiten einschätzt, dieses Interesse auch durch Verweigerung der Zustimmung zu verwirklichen. Diese Situation lässt sich bei der Beurkundung nicht sicher abschätzen und rechtfertigt deshalb eine Herabsetzung des Regelwerts eines Vorkaufsrechts nicht.

(4) Eine solche Herabsetzung ist auch nicht, wie teilweise geltend gemacht wird, damit zu rechtfertigen, dass die Gebühr für die Beurkundung des Vorkaufsrechts höher ausfallen könne als die für die Bestellung des Erbbaurechts selbst. Das ist zwar möglich, hat seinen Grund aber in der Wahl des Werts der Sache als Anknüpfungspunkt für die Bemessung der Gebühr und besagt nichts darüber, mit welcher Wahrscheinlichkeit es zur Ausübung des Vorkaufsrechts und/oder des Zustimmungsvorbehalts kommt.

c) Dass der Eintritt des Vorkaufsfalls und die Ausübung des Vorkaufsrechts weniger wahrscheinlich sind als das Nichteintreten dieser Umstände, kann sich indes auch aus anderen für alle Beteiligten erkennbaren eindeutigen und sicher vorherzusehenden Umständen im Zeitpunkt der Beurkundung ergeben. Solche Umstände liegen hier, wie das Beschwerdegericht im Ergebnis zu Recht angenommen hat, vor.

aa) Der Umstand, dass der Grundstückseigentümer hier eine Gemeinde ist, genügt dafür allerdings nicht. Eine Gemeinde kann zwar von einem Vorkaufsrecht nicht nach Belieben Gebrauch machen. Sie müsste dazu die kommunalrechtlichen Vorgaben beachten und dürfte das Vorkaufsrecht nur ausüben, wenn sie das Erbbaurecht für ihre Zwecke benötigt. Sie bedürfte der kommunalaufsichtlichen Genehmigung, die hier zudem der beteiligte Landkreis erteilen müsste, der zugleich Inhaber des Erbbaurechts ist. Außerdem müssten im Haushalt der Grundstückseigentümerin die für den Ankauf erforderlichen Mittel bereitgestellt worden sein. Diese Umstände mögen ein nicht zu überwindendes Hindernis für die Ausübung des Vorkaufsrechts im konkreten Verkaufsfall darstellen. Sicher vorhersehen lässt sich das aber nicht. Der Landkreis dürfte die Genehmigung auch nicht von seinen eigenen Interessen abhängig machen, sondern nur von den objektiven Bedürfnissen der Grundstückseigentümerin. Ob Haushaltsmittel bereitstehen, bestimmt sich letztlich nach der durch den Verkaufsfall entstehenden zukünftigen Lage, die sich nicht ansatzweise vorhersehen lässt. Das alles besagt über die geringere Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Vorkaufsfalls und der Ausübung des Vorkaufsrechts nichts.

bb) Dass der Eintritt des Vorkaufsfalls hier mit der erforderlichen Eindeutigkeit und Sicherheit unwahrscheinlicher ist als von dem Gesetzgeber in § 20 Abs. 2 KostO für den Regelfall vorausgesetzt, ergibt sich aber vor allem aus der nach den Erbbaurechten zulässigen Nutzung der Erbbaugrundstücke und den von dem Landkreis nach den Angaben des Notars in den Kostenrechnungen vorgesehenen erheblichen Investitionen.

(1) Die Erbbaugrundstücke sollen nach § 7 der Verträge „für Zwecke der öffentlichen Verwaltung vor allem im Bereich der

Aufgaben des Landkreises“ genutzt werden. Das schränkt den Kreis der denkbaren Verkaufsfälle stark ein. Ohne Weiteres verkäuflich wären die beiden Erbbaurechte danach nur an andere Träger öffentlicher Aufgaben. Verkäufe an Dritte müssten dagegen von einer Änderung des Erbbaurechts oder wenigstens einer Zustimmung der Grundstückseigentümerin begleitet werden.

(2) Eine solche Veränderung der Nutzung ist wenig wahrscheinlich. Auf beiden Erbbaugrundstücken sollten Baumaßnahmen durchgeführt werden, deren Umfang in den Kostenrechnungen mit 2 Mio. € für das für Behördenparkplätze zu nutzende Erbbaugrundstück und mit 28 Mio. € für das mit dem Altbau bebaute Erbbaugrundstück angegeben und von den Beteiligten nicht angezweifelt wird. Diese Investitionen setzen indes, worauf das Beschwerdegericht zu Recht hingewiesen hat, ausweislich der Rücktrittsklauseln in § 19 des Vertrags zu UR-Nr. 1163/2009 und § 20 des Vertrags zu UR-Nr. 1162/2009 die Bewilligung von Fördermitteln voraus. Das zwingt wiederum dazu, deren spätere Rückforderung wegen Verfehlers des Förderzwecks zu vermeiden. Als Erwerbsinteressenten kommen deshalb nur Träger in Betracht, die in den Förderzweck eintreten können.

(3) Ob die Grundstückseigentümerin überhaupt Veranlassung haben kann, bei solchen Verkaufsfällen das Vorkaufsrecht auszuüben, ist zweifelhaft. Wenig wahrscheinlich ist aber, dass sie bereit und in der Lage sein wird, in solchen Verkaufsfällen die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts zu schaffen. Angesichts des beschriebenen Investitionsvolumens von etwa 30 Mio. € wird mit entsprechend hohen Verkaufspreisen zu rechnen sein, die auch eine große kreisangehörige Stadt wie die Grundstückseigentümerin nicht ohne Weiteres aufbringen kann.

cc) Bei der Bemessung der hiernach gebotenen Abweichung von dem Regelwert des § 20 Abs. 2 KostO hat der Tatrichter ein Ermessen. Dessen Ausübung durch das Beschwerdegericht ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur eingeschränkt überprüfbar und in diesem Rahmen nicht zu beanstanden.

(...)

Anmerkung:

Der Beschluss des BGH schafft Klarheit zu zwei kostenrechtlich bedeutsamen Fragestellungen, nämlich zur Abgrenzung, welches Kostenverfahren für Einwendungen gegen Kostenberechnungen anzuwenden ist, die vor dem 1.9.2009 beurkundete Vorgänge betreffen, und zu Grundsätzen für die Geschäftswertermittlung eines Vorkaufsrechts, das der Erbbauberechtigte dem Eigentümer bei der Begründung eines Erbbaurechts einräumt.

1. Anwendbares Recht

Die Einwendungen der Verfahrensbeteiligten betreffen eine Kostenberechnung für eine Beurkundung vom 1.7.2009. Der Antrag auf Überprüfung der Kostenberechnung wurde am 20.12.2009 gestellt. Mit Wirkung zum 1.9.2009 wurde die KostO durch Art. 47 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 teilweise geändert.¹ An die Stelle des Beschwerdeverfahrens gegen notarielle Kostenberechnungen ist das Rechtsmittelverfahren getreten. Übergangsvorschriften sind in Art. 111 FGG-RG und § 161 Satz 1 KostO geregelt.

¹ Art. 112 Abs. 1 FGG-RG.

Unstreitig ist, dass für alle ab 1.9.2009 fällig gewordenen Notarkosten das Rechtsmittelverfahren anzuwenden ist. Für alle Verfahren, die vor dem 1.9.2009 eingeleitet worden sind, gilt für das gesamte Verfahren das alte Recht.

Unterschiedliche Auffassungen haben jedoch darüber bestanden, welches Recht zur Anwendung gelangt, wenn der Kostenanspruch vor dem 1.9.2009 entstanden ist, der Antrag auf Überprüfung der Kostenberechnung jedoch erst nach dem 1.9.2009 beim LG eingegangen ist. Das OLG München² stellt auf die Fälligkeit der Kosten ab und meint, dass als Übergangsvorschrift § 161 KostO anwendbar sei, so dass auch für diese Fälle das Recht des bisherigen Beschwerdeverfahrens zur Anwendung gelangt.³ Dieser Auffassung ist das OLG Dresden neben anderen Gerichten nicht gefolgt und hat die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Der BGH ist der Auffassung des vorlegenden OLG Dresden ausdrücklich gefolgt, wonach für Altfälle auf den Eingang des Antrags beim LG abzustellen ist. Der Antrag auf gerichtliche Nachprüfung ist erst nach dem 1.9.2009 gestellt worden, so dass ausschließlich Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG auf den vorliegenden Altfall anwendbar ist. Der BGH nimmt hier Bezug auf die entsprechende Begründung des FGG-RG in der BT-Drucks. 16/6308, S. 359. Damit ist aber auch die Rechtsbeschwerde nach § 156 Abs. 4 Satz 1 KostO i. V. m. § 70 Abs. 1 FamFG statthaft gewesen, weil diese vom Beschwerdegericht zugelassen worden war.

2. Wertbestimmung eines Vorkaufsrechts am Erbbaurecht

Der eigentliche Auslöser des Kostenverfahrens waren die unterschiedlichen Auffassungen zur Geschäftswertermittlung für die Beurkundung der Vorkaufsrechtseinräumung im Zusammenhang mit der Bestellung eines Erbbaurechts, wenn zur Veräußerung die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich ist.

Bei der Begründung von Erbbaurechten wird regelmäßig vereinbart, dass nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts zur Veräußerung die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich ist. Ebenso häufig wird dem Grundstückseigentümer am neu zur Entstehung gelangenden Erbbaurecht ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle eingeräumt.

Dass die Vorkaufsrechtseinräumung neben der Erbbaurechtsbestellung als gegenstandsverschieden nach § 44 Abs. 2 lit. a KostO zu bewerten ist, war bereits bisher unstreitig⁴ und wurde durch den vorliegenden Beschluss bestätigt.

Maßgebliche Vorschrift für die Bewertung eines Vorkaufsrechtes ist § 20 Abs. 2 KostO, wonach in der Regel der halbe Wert der Sache, also der halbe Wert des Erbbaurechtes, anzunehmen ist. Als Bemessungsgrundlage der Wertermittlung für das Vorkaufsrecht ist der Bodenwertanteil mit 80 % des Grundstückswertes⁵ und der Wert der vom Erbbaurecht umfassten Gebäude anzunehmen.

² ZNotP 2010, 359.

³ ZNotP 2010, 359 m. abl. Anm. *Tiedtke* = MittBayNot 2010, 500 m. abl. Anm. *Soutier*.

⁴ *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 21 Rdnr. 25, § 44 Rdnr. 158 m. w. N.; *Tiedtke/Diehn*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 3. Aufl., Rdnr. 1050; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort Erbbaurecht Ziff. 1.2.7; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 7; *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 501.

⁵ BayObLG, MittBayNot 1983, 27 = DNotZ 1984, 113.

Im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis des Eigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechtes wurde bisher teilweise die Auffassung vertreten, dass als Geschäftswert für die Vorkaufsrechtseinräumung in Abweichung vom Regelwert des § 20 Abs. 2 KostO nur mehr ein Teilwert in Höhe von etwa 10 % des Erbbaurechtswertes angenommen werden könne.⁶ Ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung hingegen ist davon ausgegangen, dass das Erfordernis der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechtes als Voraussetzung zur Entstehung des Vorkaufsfalles keinen Einfluss auf den Wert des dann ausübaren Vorkaufsrechts hat.⁷

Das OLG München hat bereits mit Beschluss vom 8.2.2006⁸ die vom BGH jetzt bestätigte Auffassung vertreten, dass allein das Zustimmungserfordernis keinen Abschlag vom Regelwert des § 20 Abs. 2 KostO rechtfertigt. Bereits in der 7. Auflage des Streifzuges (Stand: 1.1.2008) hat sich die Notarkasse A. d. ö. R. der Meinung des OLG München angeschlossen und damit die früher vertretene Auffassung aufgegeben.

Der BGH hat nunmehr entschieden, dass ein Abschlag vom Regelwert nicht deshalb in Betracht kommt, weil zur Veräußerung die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich ist. Er hat klargestellt, dass das Zustimmungserfordernis des Grundstückseigentümers zur Veräußerung unabhängig von den Beweggründen für die Einräumung eines Vorkaufsrechtes am Erbbaurecht zu betrachten ist und demzufolge auch bei der Wertbestimmung zur Vorkaufsrechtseinräumung auszuscheiden hat. Der Zustimmungsvorbehalt des Grundstückseigentümers sichere diesem nur eingeschränkte Möglichkeiten, die Veräußerung an Dritte zu verhindern. Aus § 7 ErbbauRG ergibt sich ein Anspruch auf Zustimmung zur Veräußerung, wenn durch die Veräußerung die Zwecke des Erbbaurechtes nicht gefährdet werden oder keine in der Person des Erwerbers liegenden Gründe gegeben sind, die die vertraglichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurecht gefährden würden.

Ein Abschlag auf den nach § 20 Abs. 2 KostO anzunehmenden hälftigen Wert kommt auch nicht deshalb in Betracht, weil hierdurch die Kosten für die Vorkaufsrechtseinräumung höher ausfallen können als für die Bestellung des Erbbaurechtes selbst.

Ein den Regelwert unterschreitender Wert kann jedoch dann veranlasst sein, wenn das Vorkaufsrecht an einem Erbbaurecht eingeräumt wird, das bereits nach seiner Beschaffenheit und den Nutzungsmöglichkeiten nur einer eingeschränkten Verwertung zugänglich ist und deshalb das Eintreten eines Veräußerungsfalles, der das Vorkaufsrecht entstehen lässt, wenig wahrscheinlich ist. Dies kann insbesondere bei öffentlichen Zwecken dienenden Gebäuden anzunehmen sein.

Die bereits bisher von der *Prüfungsabteilung* der Notarkasse vertretene Auffassung wurde durch die Entscheidung des BGH bestätigt.⁹

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

⁶ BayObLG, MittBayNot 1968, 45 = DNotZ 1968, 760, und 1984, 113; KG, FGPrax 1999, 72, und DNotZ 1969, 437; OLG Braunschweig, Kostenrechtsprechung, § 20 Abs. 2 KostO Nr. 18; OLG Frankfurt/Main, JurBüro 1960, 214, und DNotZ 1974, 629, sowie 1976, 1364; OLG Hamm, Rpfleger 1960, 65; OLG Neustadt/Weinstraße, DNotZ 1964, 242.

⁷ OLG Celle, DNotZ 1960, 51; OLG Hamburg, DNotZ 1961, 434; OLG Karlsruhe, DNotZ 1963, 569; OLG München, FGPrax 2006, 134; OLG Schleswig, JurBüro 1976, 354 und, JurBüro 1982, 1867; OLG Stuttgart, Rpfleger 1964, 131.

⁸ MittBayNot 2006, 531 m. Anm. *Prüfungsabteilung* = ZNotP 2007, 76.

⁹ *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 503.

Öffentliches Recht

15. GmbHG § 52 Abs. 1; NWGO § 113 Abs. 1 (*Weisungsgebundenheit des Aufsichtsrats einer kommunalen GmbH*)

Schließt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH, bei der eine Gemeinde Mehrheitsgesellschafterin ist, die Anwendung der Bestimmungen des Aktiengesetzes für den vorgesehenen fakultativen Aufsichtsrat aus, so muss er regeln, was stattdessen gelten soll. Dazu gehört auch die Regelung eines eventuellen Weisungsrechts der zuständigen kommunalen Organe. Ist dies nicht ausdrücklich erfolgt, kann das Bestehen eines Weisungsrechts durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ermittelt werden.

BVerwG, Urteil vom 31.8.2011, 8 C 16.10

Die Kläger sind Mitglieder des beklagten Rates der Stadt S und dessen Vorschlag von der Gesellschafterversammlung der S GmbH (im Folgenden: SVB) gewählte Aufsichtsratsmitglieder dieses Unternehmens. Sie wenden sich gegen Weisungen, Aufträge und andere Maßnahmen des Beklagten, durch die sie die freie Ausübung ihrer Aufsichtsratsmandate gefährdet sehen.

An der 1972 zunächst von der Stadt S allein gegründeten SVB sind seit 1984 neben der Stadt, die noch über einen Geschäftsanteil von 74,88 % des Stammkapitals verfügt, die R AG mit 24,92 % und das Bankhaus ... mit 0,2 % beteiligt. Die §§ 7 bis 9 des zuletzt – aber nicht insoweit – am 17.7.2002 geänderten Gesellschaftsvertrages regeln die Zusammensetzung, Amtsdauer und Arbeitsweise sowie die Aufgaben des bei der SVB zu bildenden Aufsichtsrates. Er besteht aus 17 Mitgliedern, von denen 14 die Stadt S stellt. Acht von ihnen werden nach den für die Bestellung von Ausschüssen nach der Gemeindeordnung geltenden Verfahren vom Rat der Stadt zur Wahl vorgeschlagen. Gemäß § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages finden die Bestimmungen des AktG auf den Aufsichtsrat keine Anwendung. Zu seinen Aufgaben gehört neben der Überwachung der Geschäftsführung u. a. die Erteilung der Zustimmung zu grundlegenden Geschäftsvorgängen, darunter auch die Festsetzung und Änderung der allgemeinen Tarifpreise und allgemeinen Versorgungsbedingungen.

Im Zuge der Preisfestsetzung bei der SVB war es in den Jahren 2005 und 2006 in den Gremien der Stadt S mehrfach zu Divergenzen über die Zulässigkeit von Weisungen des Rates gegenüber Mitgliedern des Aufsichtsrates der SVB, die zugleich Mitglieder des Rates der Stadt und auf dessen Vorschlag von der Gesellschafterversammlung in den Aufsichtsrat gewählt worden sind, gekommen. Am 13.9.2006 beschloss der Haupt- und Finanzausschuss des Beklagten, die städtischen Vertreter im Aufsichtsrat der SVB zu beauftragen, einer Erhöhung der Erdgas- und Wärmeabgabepreise zum 1.10.2006 in der Sitzung des Aufsichtsrates der SVB am 14.9.2006 nicht zuzustimmen. Zugleich erteilte der Ausschuss den städtischen Vertretern im Aufsichtsrat der SVB die Weisung, einen Antrag auf geheime Abstimmung im Aufsichtsrat abzulehnen. Diese Dringlichkeitsentscheidung des Ausschusses wurde vom Beklagten in der Sitzung vom 26.9.2006 genehmigt. In der Aufsichtsratssitzung vom 14.9.2006 wurde die Preiserhöhung ab 1.10.2006 dennoch in geheimer Abstimmung gebilligt.

Hierauf beantragten vier Ratsfraktionen, in der am 13.12.2006 stattfindenden Sitzung des Beklagten zu beschließen, seine Mitglieder im Aufsichtsrat der SVB zu beauftragen, in der Aufsichtsratssitzung am 14.12.2006 für die Rücknahme der Preiserhöhung vom 1.10.2006 zum 1.1.2007 einzutreten und einem entsprechenden Antrag zuzustimmen sowie einen Antrag im Aufsichtsrat auf geheime Abstimmung abzulehnen. Der Antrag wurde unter Tagesordnungspunkt (TOP) 4.1 in die Tagesordnung der Ratssitzung vom 13.12.2006 aufgenommen und mehrheitlich beschlossen. In der Sitzung des Aufsichtsrates der SVB vom 14.12.2006 kam gleichwohl keine entsprechende Beschlussfassung zustande.

Bereits am 5.12.2006 hatten die Kläger beim VG Klage erhoben. Angesichts der unmittelbar bevorstehenden Ratssitzung hatten sie zugleich den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, dem Beklagten bzw. Antragsgegner zu untersagen, ihnen als vom Rat der Stadt vorgeschlagenen und von der Gesellschafterversammlung der SVB gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrates in Bezug auf die Aus-

übung ihres Stimmrechts im Aufsichtsrat Weisungen oder das Stimmrecht berührende Aufträge zu erteilen oder sie in irgendeiner anderen Weise zu veranlassen, ihr Stimmrecht in einer bestimmten Art und Weise auszuüben, und insbesondere dem Beklagten zu untersagen, am 13.12.2006 den unter TOP 4.1 bezeichneten Beschluss zu fassen. Der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes blieb – auch im Beschwerdeverfahren – ohne Erfolg.

Nach Durchführung der Aufsichtsratsitzung vom 14.12.2006 haben die Kläger ihre Klage umgestellt und die Feststellung begehrt, dass die Beschlüsse des Beklagten in der Ratssitzung vom 13.12.2006 zum TOP 4.1 sie in ihren organschaftlichen Rechten verletzt haben. Zudem haben sie die Klage um den Feststellungsantrag erweitert, dass der Beklagte generell nicht berechtigt sei, ihnen Weisungen oder das Stimmrecht im Aufsichtsrat berührende Aufträge zu erteilen.

Zur Begründung haben sie vorgetragen, die Klage sei als Kommunalverfassungsstreit zulässig. Ein Weisungsrecht nach § 113 Abs. 1 GO NRW bestehe nicht, wobei dahinstehen könne, ob sie als von der Gesellschafterversammlung gewählte und vom Rat der Stadt S vorgeschlagene Mitglieder des Aufsichtsrates als Vertreter der Gemeinde im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden könnten. Nach herrschender Auffassung hätten Aufsichtsratsmitglieder ihr Stimmrecht eigenverantwortlich auszuüben und seien keinem Weisungsrecht unterworfen. Das Gesellschaftsrecht lasse eine Bindung von Aufsichtsratsmitgliedern an Weisungen oder Aufträge nur zu, wenn ein Weisungsrecht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag verankert sei. Diese Ansicht werde durch § 108 Abs. 4 Nr. 2 – nun Abs. 5 Nr. 2 – GO NRW belegt. Der Gesellschaftsvertrag der SVB sehe keine Möglichkeit für Weisungen gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern vor. Eine dahingehende Änderung des Gesellschaftsvertrages sei nicht möglich, weil die Minderheitsgesellschafter dies ablehnten. Die bereits beschlossene Preiserhöhung rückgängig zu machen, widerspräche dem Interesse der Gesellschaft, da die Erhebung nur der niedrigeren früheren Preise im Jahr 2007 zu einer gravierenden Unterdeckung und damit zu einer existenziellen Gefahr für das Unternehmen geführt hätte. Ebenso unverständlich sei der Versuch, eine geheime Abstimmung im Aufsichtsrat zu unterbinden.

Mit Urteil vom 13.7.2007 hat das VG die Klage abgewiesen. Für die begehrte Feststellung einer Rechtsverletzung durch die Weisungen vom 13.12.2006 fehle das Feststellungsinteresse. Der erweiternde Klageantrag sei demgegenüber zulässig. Der Beklagte sei aber grundsätzlich zur Erteilung von Weisungen bezüglich der Ausübung des Stimmrechts im Aufsichtsrat der SVB berechtigt.

Mit Urteil vom 24.4.2009 hat das OVG die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Rechtsgrundlage des kommunalen Weisungsrechts sei § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW. Die Vorschrift sei verfassungsgemäß, insbesondere kompetenzgemäß erlassen. Ihre Voraussetzungen seien erfüllt. Die Kläger könnten als Vertreter der Gemeinde im Sinn dieser Vorschrift angesehen werden, denn hierzu zählten auch die auf Vorschlag der Gemeinde von der Gesellschafterversammlung in den Aufsichtsrat gewählten Mitglieder. Die Weisungsbindung der Kläger sei nicht gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 GO NRW durch andere gesetzliche Bestimmungen, insbesondere § 52 Abs. 1 GmbHG, ausgeschlossen. Der Aufsichtsrat der SVB entspreche entgegen der Ansicht der Kläger nicht einem obligatorischen Aufsichtsrat. Bei der SVB liege vielmehr ein fakultativer Aufsichtsrat vor, wobei § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages vorsehe, dass die Bestimmungen des AktG auf den Aufsichtsrat keine Anwendung finden. Eine Kollision mit den Vorgaben des Gesellschaftsrechts liege nicht vor. Es sei nicht davon auszugehen, dass es die Zulässigkeit von Weisungen abschließend regelt und keinen Raum für ein Weisungsrecht auf kommunalrechtlicher Grundlage lasse. Namentlich stehe der kommunalrechtlichen Weisungsbefugnis des Beklagten kein allgemeiner ungeschriebener gesellschaftsrechtlicher Grundsatz der Weisungsfreiheit von Aufsichtsratsmitgliedern entgegen. Bei einem fakultativen Aufsichtsrat bedeute das Weisungsrecht keinen Eingriff in originäre Rechte des Aufsichtsorgans. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, dass mit der Bestellung des Aufsichtsrates ein Vertrauen des Rechtsverkehrs in dessen Unabhängigkeit begründet werde. Ein solches sei nur insoweit denkbar, wie es durch den Gesellschaftsvertrag gerechtfertigt werde. Dass ein Weisungsrecht nur zulässig sei, wenn es im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich festgeschrieben werde, könne nicht aus § 108 Abs. 4 Nr. 2 – nunmehr Abs. 5 Nr. 2 – GO NRW abgeleitet werden. Es genüge, die in § 52 Abs. 1 GmbHG vorgesehene Geltung der Vorschriften des AktG durch den Gesellschaftsvertrag abzubedingen. Die Weisungsgebundenheit der Kläger sei nicht einmal durch eine

Verpflichtung auf das Wohl der Gesellschaft beschränkt, weil gesellschaftsrechtliche Vorschriften das kommunale Weisungsrecht nicht einschränkten. Demzufolge habe auch der Berufungsantrag zu 2. – früherer Klageantrag zu 1. – keinen Erfolg.

Zur Begründung ihrer Revision haben die Kläger ihren bisherigen Vortrag wiederholt. Sie heben hervor, dass Aufsichtsratsmitglieder nach der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur generell keinen Weisungen unterworfen seien. Etwas anderes gelte nur, wenn das Weisungsrecht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sei. Anderenfalls würden auch die auf Vorschlag des Beklagten gewählten Aufsichtsratsmitglieder gegenüber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat ungleich behandelt.

Nachdem die Kläger zu 2 und 4 aus dem Aufsichtsrat der SVB ausgeschieden sind, haben sie den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Der Beklagte hat der Erledigung zugestimmt.

(...)

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Der Vertreter des Bundesinteresses beteiligt sich am Verfahren. Er hält eine Weisungsgebundenheit der auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrates einer GmbH mit kommunaler Beteiligung nur dann mit Gesellschaftsrecht, insbesondere mit § 52 GmbHG, für vereinbar, wenn der Gesellschaftsvertrag das Weisungsrecht ausdrücklich vorsieht. Hier könne § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages allenfalls durch Auslegung entnommen werden, dass die Weisungsfreiheit für alle Aufsichtsratsmitglieder nicht gelte und die Kläger an die Weisungen des Beklagten gebunden seien. § 52 Abs. 1 GmbHG verlange aber die positive Regelung eines Weisungsrechts im Sinn eines Vertragsvorbehalts.

Aus den Gründen:

II.

Nachdem die Kläger zu 2 und 4 und der Beklagte übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist das Verfahren insoweit entsprechend §§ 141 Satz 1, 125 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen. Die Vorentscheidungen sind mit Ausnahme der Kostenentscheidung wirkungslos (§ 173 VwGO i. V. m. § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

Die Revision der Kläger zu 1 und 3 ist unbegründet. Zwar verletzt das angefochtene Urteil Bundesrecht, es stellt sich aber im Ergebnis als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO).

Die Annahme des OVG, die Kläger seien bei ihrer Tätigkeit als Mitglieder des Aufsichtsrates der SVB an Beschlüsse und Weisungen des Beklagten gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.7.1994 (GV. NRW 1994, 666), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.5.2011 (GV. NRW 2011, 271), bereits deshalb gebunden, weil eine andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 GO NRW nicht bestehe, verletzt § 52 GmbHG (1.). Allein die Regelung des § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages, demzufolge die SVB einen Aufsichtsrat hat, auf den die Bestimmungen des AktG keine Anwendung finden, reicht nicht aus, die Anwendbarkeit des § 52 Abs. 1 GmbHG zu verneinen (2.). Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages ergibt aber ein Weisungsrecht des Beklagten (3.).

1. Die Frage, ob die Kläger kommunalrechtlich verpflichtet sind, Weisungen des Beklagten in Ansehung ihrer Mandatswahrnehmung im Aufsichtsrat der SVB entgegenzunehmen und zu befolgen, regelt das Landesrecht. Das Berufungsgericht hat die Rechtsgrundlage in § 113 Abs. 1 GO NRW gesehen und, für das Revisionsgericht bindend, festgestellt, dass die Kläger Vertreter der Gemeinde im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 1 GO NRW sind. Dagegen lassen sich bundesrechtliche Einwände nicht erheben; namentlich steht dem Land Nordrhein-Westfalen die Gesetzgebungskompetenz für das Kommunalrecht auch in Ansehung dieser Regelung zu.

Das wird von den Klägern im Revisionsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen.

Gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW sind die Vertreter der Gemeinde in Aufsichtsräten von juristischen Personen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, an die Beschlüsse des Rates gebunden. Das gilt gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 GO NRW jedoch nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Eine derartige anderweitige gesetzliche Bestimmung stellt § 52 Abs. 1 GmbHG dar. Danach sind auf einen nicht obligatorischen, sondern nur nach dem Gesellschaftsvertrag zu bestellenden Aufsichtsrat (fakultativer Aufsichtsrat) verschiedene Regelungen des AktG entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Zu diesen Regelungen gehören auch § 111 Abs. 5 AktG und §§ 116, 93 AktG, aus denen der aktienrechtliche Grundsatz hergeleitet wird, dass Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und im Rahmen der ihnen persönlich obliegenden Amtsführung keinen Weisungen unterliegen (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 18.9.2006, II ZR 137/05, BGHZ 169, 98 Rdnr. 18 m. w. N.).

Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht einen darüber hinausgehenden ungeschriebenen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Weisungsunabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern abgelehnt. Dass Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und keinen Weisungen unterliegen, ist ein Grundsatz des Aktienrechts, der auf § 111 Abs. 5 AktG gestützt wird und damit zugleich normativ verankert ist (vgl. BGH, Urteil vom 18.9.2006, a. a. O., Rdnr. 18). Ein solcher Grundsatz ist für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH nicht begründbar. § 52 Abs. 1 GmbHG gestattet explizit abweichende Regelungen von den aktienrechtlichen Bestimmungen, aus denen die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder hergeleitet wird. Man mag die Weisungsfreiheit als „Normalzustand“ (so *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327, 329) auch der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats ansehen; der Gesellschaftsvertrag kann aber anderes bestimmen (so auch *Held* u. a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: Dezember 2010, § 108 Erl. 7.1; *Lohner/Zieglmeier*, BayVBl 2007, 581, 585). Ein freiwillig gebildeter Aufsichtsrat einer GmbH muss nicht zwingend die Mindestanforderungen eines unabhängigen Überwachungsorgans erfüllen. Die Ausgestaltung der Aufgaben und Rechte eines fakultativen Aufsichtsrates liegt in der Hand der Gesellschafter, die dies im Gesellschaftsvertrag regeln. § 52 GmbHG sieht dafür gerade keine bindenden Vorgaben vor. Vielmehr verfügen die Gesellschafter über eine große organisatorische Gestaltungsfreiheit. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Bezeichnung „Aufsichtsrat“ (siehe auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 22; *Schneider* in *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 52 Rdnr. 4). Dieser Begriff ist weder im Gesetz noch durch die Rechtsprechung abschließend definiert.

Entgegen der Auffassung der Kläger kann sich deshalb auch kein Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder bilden. Die Befugnisse eines fakultativen Aufsichtsrates sind von der Ausgestaltung des jeweiligen Gesellschaftsvertrages abhängig. Ohne Kenntnis dieses Vertrages kann der Rechtsverkehr kein Vertrauen in bestimmte Rechte und Pflichten der Mitglieder des Aufsichtsrates haben.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann eine Weisungsfreiheit der Kläger nicht allein deshalb verneint werden, weil § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages die Anwendbarkeit des AktG ausschließt. Denn Voraussetzung für ein Abweichen von dem Regelfall des § 52 Abs. 1 GmbHG

ist, dass „im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist“. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn der Gesellschaftsvertrag die in § 52 Abs. 1 GmbHG aufgeführten Vorschriften des AktG pauschal für unanwendbar erklärt. Dieser in der rechtswissenschaftlichen Literatur nahezu einhellig vertretenen Auffassung (vgl. z. B. *Zöllner/Noack*, a. a. O., Rdnr. 23; *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327, 329 f.; *Weiblen/May*, GemH 1987, 169, 171; *Grünebaum*, VR 2004, 55, 56; *Schodder*, EWiR 2009, 715, 716) ist zu folgen. Inwieweit der Gesellschaftsvertrag von der gesetzlichen Regel abweicht, muss vielmehr im Einzelnen „bestimmt“ sein. Der Gesellschaftsvertrag muss die gesetzliche Regelung durch eine andere Regelung ersetzen, die ihrerseits genügend bestimmt ist, um zusammen mit den nicht abbedungenen gesetzlichen Vorschriften die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, seiner Aufgaben, Befugnisse und seiner Verfahrensweise zweifelsfrei erkennen zu lassen.

Ob der Gesellschaftsvertrag der SVB in diesem Sinne „ein anderes bestimmt“, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Das Revisionsgericht kann die Würdigung des Berufungsgerichts nur korrigieren, wenn sie die erwähnten bundesrechtlichen Vorgaben oder die bundesrechtlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB missachtet. Hier hat das Berufungsgericht die Vorgaben des § 52 Abs. 1 GmbHG dadurch verletzt, dass es eine hinreichende Abweichung von §§ 111 Abs. 5, 116 Satz 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 AktG schon darin gesehen hat, dass § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages die Vorschriften des AktG pauschal abbedingt. Das genügt nicht.

3. Der Gesellschaftsvertrag trifft in seinen §§ 7 bis 9 verschiedene konkrete Regelungen im Hinblick auf den Aufsichtsrat, insbesondere über seine Bildung und Zusammensetzung, seine Aufgaben und seine Beschlussfassung. Er setzt damit eigene Bestimmungen an die Stelle der aktienrechtlichen Vorschriften. Zwar fehlt eine ausdrückliche Aussage zum Weisungsrecht. Die Auslegung ergibt aber, dass die auf Vorschlag des Rates der Stadt bestellten Mitglieder des Aufsichtsrats an Weisungen des Rates gebunden sein sollen.

Das kann das Revisionsgericht feststellen, weil das Berufungsgericht sich die Frage nicht gestellt hat, der Gesellschaftsvertrag schriftlich vorliegt und es zu seiner Auslegung nicht des Rückgriffs auf weitere Umstände bedarf. Ein solcher Rückgriff auf außerhalb der Vertragsurkunde gelegene Umstände verbietet sich schon aus Gründen des nötigen Schutzes des Rechtsverkehrs. Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH bedarf der notariellen Form und ist im Handelsregister zu veröffentlichen. Dies dient namentlich dem Schutz der Gläubiger und der künftigen Gesellschafter. Deshalb müssen die wesentlichen Bestandteile der formbedürftigen Erklärung in der Urkunde selbst niedergelegt sein; Nebenabreden und Sinndeutungen, die für Außenstehende nicht erkennbar sind, sind unzulässig (st. Rspr.; vgl. RG, Urteil vom 25.4.1933, II 411/31, RGZ 140, 303, 306 f.; BGH, Urteil vom 13.3.1989, II ZR 193/88, NJW-RR 1989, 993 Rdnr. 18).

Das schließt aber nicht aus, bei der Auslegung eines Gesellschaftsvertrages dessen normatives Umfeld in Rechnung zu stellen. Namentlich sind für die Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer Gesellschaft, an der – wie aus dem Handelsregister ersichtlich – eine Gemeinde maßgeblich beteiligt ist und zu deren Aufgaben die Wahrnehmung der kommunalen Daseinsvorsorge für ihre Einwohner gehört, diejenigen Vorschriften des Verfassungs- und Gesetzesrechts zu berücksichtigen, welche für die Gemeinde verbindlich sind. Es spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Gemeinde die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft einhalten wollte und will. Weil diese gesetzlichen Bestimmungen im Gesetzblatt bekanntgemacht

sind, steht auch der gebotene Schutz des Rechtsverkehrs ihrer Berücksichtigung nicht entgegen.

Hiernach ist der Gesellschaftsvertrag der SVB dahin auszuulegen, dass anstelle der abbedungenen aktienrechtlichen Vorschriften ein Weisungsrecht des Beklagten gegenüber den von ihm vorgeschlagenen Mitgliedern des Aufsichtsrats vereinbart ist. Das ergibt sich aus § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW. Nach dieser Vorschrift darf sich die Gemeinde nur an Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH beteiligen, wenn der Rat den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass diese Regelung – seinerzeit als § 108 Abs. 4 Satz 2 – erst durch das Änderungsgesetz vom 15.6.1999 (GVBl, S. 386) in die Gemeindeordnung eingefügt wurde und damit zum Zeitpunkt der Gründung der SVB im Jahre 1972 und zum Zeitpunkt des Eintritts der privaten Gesellschafter im Jahr 1984 noch nicht galt. Das Änderungsgesetz vom 15.6.1999 hat lediglich klargestellt, was zuvor bereits geltendes Recht war. Zum einen sah bereits § 72 Abs. 1 der Gemeindeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.8.1969 (GVBl, S. 656) – die Vorgängervorschrift zum heutigen § 113 Abs. 1 GO NW – vor, dass die Vertreter der Gemeinde in Eigengesellschaften und in wirtschaftlichen Unternehmen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind. Das setzte schon damals voraus, dass der Gesellschaftsvertrag ein solches Weisungsrecht zuließ. Zum anderen ist die Bindung der auf Vorschlag des Rates bestellten oder gewählten Mitglieder des Aufsichtsrates an die Beschlüsse des Rates ein Ausfluss des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 GG, das seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland gebietet, dass eine Gemeinde, wenn sie sich zum Betrieb einer Versorgungseinrichtung einer juristischen Person des Privatrechts bedient, durch Einwirkungs- und Kontrollrechte hinreichend Einfluss auf den Betreiber nehmen kann (vgl. Urteil vom 6.4.2005, 8 CN 1.04, BVerwGE 123, 159, 165 = Buchholz 415.1 Allg. KommR Nr. 154).

Auch eine Auslegung des Gesellschaftsvertrages, welche die Geschichte der Gesellschaft in Rechnung stellt, könnte zu keinem anderen Ergebnis führen; darauf sei lediglich ergänzend hingewiesen. Die SVB ist 1972 als Eigengesellschaft der Stadt gegründet worden. Wie erwähnt, bestimmte § 72 Abs. 1 GO NW in deren damaliger Fassung bereits, dass die Vertreter der Gemeinde in Eigengesellschaften an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind. Für die Stadt bestand damals keine Veranlassung, diesbezügliche Regelungen noch eigens in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Als 1984 die privaten Gesellschafter hinzutraten, wussten sie um die kommunalrechtliche Bindung der Stadt und hätten, falls sie deren Weisungsbefugnis für die SVB hätten ausschließen wollen, die Aufnahme einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung in den Vertrag durchsetzen müssen (vgl. auch Grunewald, ZGR 1995, 68, 87). Das haben sie nicht getan.

4. Verfahrensfehler werden von der Revision nicht substantiiert dargelegt. Allein das Unterlassen der von den Klägern begehrten Auslegung stellt weder eine Überraschungsentcheidung des Berufungsgerichts noch einen Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs dar.

(...)

Anmerkung:

Auch wenn die Bayerische Gemeindeordnung seit der Reform von 1997 mit dem rechtsfähigen Kommunalunterneh-

men (Art. 89 ff. BayGO) eine attraktive Alternative zu den herkömmlichen Rechtsformen für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden bereitstellt (siehe *Leitzen*, MittBayNot 2009, 353 ff.), erfreuen sich Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften auf diesem Gebiet nach wie vor großer Beliebtheit. Die hierbei auftretenden Fragen an der Schnittstelle zwischen Kommunal- und Gesellschaftsrecht sind nur teilweise geklärt und nur selten Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Auch wenn Gegenstand des Urteils des BVerwG vom 31.8.2011 ein Fall aus dem Bereich der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung war, ist die Entscheidung von überregionalem Interesse, weil das Gericht grundlegende Ausführungen zum GmbH-Recht gemacht hat, die in der Praxis insbesondere für Beteiligungen von Gemeinden an GmbHs von Interesse sind, und – gerade auch in Bayern – Anlass für die Aufnahme besonderer Regelungen in die Satzungen kommunal beherrschter Gesellschaften sein sollten.

Konkret ging es um Weisungsrechte einer nordrhein-westfälischen Gemeinde gegenüber Mitgliedern des Aufsichtsrats einer GmbH, an der die Gemeinde mit 74,88 % beteiligt war. Weisungsrechte der Gemeinde sollen der Gemeinde die Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft zwecks Verwirklichung des öffentlichen Interesses ermöglichen. Die Bindung der seitens einer Gemeinde entsandten Mitglieder des Aufsichtsrates einer Kapitalgesellschaft an Weisungen der Gemeinde ist in den deutschen Gemeindeordnungen teilweise ausdrücklich geregelt (z. B. § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW), teilweise wird die Zulässigkeit entsprechender Weisungen implizit vorausgesetzt (so etwa in Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BayGO). Ausdrückliche gesellschaftsvertragliche Regelungen zur Weisungsgebundenheit sind demgegenüber noch selten. Das BVerwG hat zunächst zu der Frage Stellung genommen, ob über § 111 Abs. 5 AktG hinaus ein allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundsatz der Weisungsunabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern anzuerkennen ist. Ein solcher (bundesrechtlicher) Grundsatz wird in der Literatur zum Teil angenommen und hätte Vorrang vor etwaigen kommunalrechtlichen Regelungen zur Weisungsgebundenheit der Mitglieder in Aufsichtsräten von Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung (Art. 25 GG). Das Gericht verneint die Frage für die GmbH unter Hinweis auf die Satzungsdispositivität von § 52 Abs. 1 GmbHG, wobei aber beachtet werden muss, dass die Frage von vornherein nur fakultative Aufsichtsräte betrifft und nicht solche, die nach dem Gesetz zwingend einzurichten sind, sei es nach dem AktG, sei es nach mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften. Zu klären war danach die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag der betroffenen GmbH eine Abweichung von § 52 Abs. 1 GmbHG und dessen Verweisung auf das Aktienrecht einschließlich der dort geregelten Weisungsfreiheit der Aufsichtsräte enthielt. Unter Hinweis auf § 108 Abs. 4 Nr. 2 GO NRW und deren Vorgängernorm hat das Gericht dem Gesellschaftsvertrag eine stillschweigende Abbedingung entnommen und damit die Weisungsgebundenheit der von der Gemeinde bestimmten Aufsichtsräte bejaht. Nach § 108 Abs. 4 Nr. 2 GO NRW darf sich die Gemeinde nur dann an Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH beteiligen, wenn der Rat den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann, soweit die Bestellung eines Aufsichtsrates nicht gesetzlich vorgeschrieben ist. Kommunalrechtlich ist das Weisungsrecht in NRW nicht ausdrücklich geregelt, liegt aber der Regelung des § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW zugrunde, wonach die Vertreter von Gemeinden in Beiräten, Ausschüssen oder entsprechenden Organen von juristischen Personen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder

mittelbar beteiligt ist, an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind. Implizit bejaht, aber leider nicht ausführlich erörtert hat das Gericht mit seiner Entscheidung die sehr umstrittene Frage, ob Weisungsrechte zugunsten der Gemeinde überhaupt zulässigerweise in der Satzung einer Mehrpersonen-GmbH aufgenommen werden dürfen (hierzu *Altmeyen*, NJW 2003, 2561, 2563).

Auch wenn die Entscheidung des BVerwG vor allem wegen ihres Mangels an Substanz zu den gesellschaftsrechtlichen Kernfragen kritisiert wird (*Altmeyen*, NJW 2011, 3737; *Heidel*, NZG 2012, 48), klärt sie aus Sicht der Praxis doch wichtige Fragen, die vor allem – aber nicht zwingend nur – GmbHs mit kommunalen Anteilseignern betreffen. Zwar hat das Gericht im Streitfall die Satzung im Sinne der Gemeinde ausgelegt und eine konkludente Weisungsgebundenheit angenommen; für die Praxis kann die Empfehlung aber nur lauten, eine etwaige Weisungsgebundenheit von Mitgliedern des fakultativen Aufsichtsrates einer GmbH ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag zu legitimieren (so auch *Laier*, GWR 2011, 521). Dies gilt auch und erst recht für GmbHs mit Beteiligung bayerischer Gemeinden: Denn die bayerische Gemeindeordnung enthält keine dem § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW entsprechende Vorschrift, sondern zu den hier entscheidenden Fragen nur die Regelung des Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BayGO, wonach sich die Gemeinde gegenüber den Mitgliedern eines Aufsichtsrates oder eines entsprechenden Gremiums Weisungsrechte im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung vorbehalten soll, soweit dies zulässig ist. Zwar dürften die Gerichte unter Berufung auf die Entscheidung des BVerwG aufgrund ergänzender Satzungsauslegung eine implizite Weisungsgebundenheit auch für fakultative Aufsichtsräte von GmbHs mit Beteiligung einer bayerischen Gemeinde annehmen. Abgesehen davon, dass die gemeindlich bestellten Aufsichtsräte immer schon gut beraten waren, Weisungen der Gemeinde zu folgen, kann den Gemeinden im Interesse der Rechtsklarheit gleichwohl nur dringend empfohlen werden, dafür zu sorgen, dass im Gesellschaftsvertrag solcher Gesellschaften ausdrücklich bestimmt wird, dass die von der Gemeinde gesandten Aufsichtsratsmitglieder nicht weisungsfrei sind, sondern den Weisungen der Gemeinde folgen dürfen (und müssen).

Notarassessor Dr. *Mario Leitzen*, M. Jur. (Oxon), Düsseldorf

Steuerrecht

16. UmwStG § 24 Abs. 1 und 2; AO § 42 (*Einbringung eines Einzelunternehmens in eine Personengesellschaft bei vorheriger Veräußerung einer wesentlichen Betriebsgrundlage unter Aufdeckung der stillen Reserven*)

- Der Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UmwStG steht weder § 42 AO noch die Rechtsfigur des Gesamtplans entgegen, wenn vor der Einbringung eine wesentliche Betriebsgrundlage des einzubringenden Betriebs unter Aufdeckung der stillen Reserven veräußert wird und die Veräußerung auf Dauer angelegt ist.**
- Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Wirtschaftsgut eine wesentliche Betriebsgrundlage des einzubringenden Betriebs im Rahmen des § 24 Abs. 1 UmwStG darstellt, ist in Fällen der Einbringung durch Einzelrechtsnachfolge der Zeitpunkt der tatsächlichen Einbringung.**

BFH, Urteil vom 9.11.2011, X R 60/09

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Im Ergebnis zu Recht hat das FG das Vorliegen der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 UmwStG bejaht und damit den Ansatz eines Zwischenwertes nach § 24 Abs. 2 UmwStG für zulässig erachtet.

1. Wird ein Betrieb oder Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in eine Personengesellschaft eingebracht und wird der Einbringende Mitunternehmer der Gesellschaft, gelten nach § 24 Abs. 1 UmwStG für die Bewertung des eingebrachten Betriebsvermögens die Absätze 2 bis 4. Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 UmwStG darf die Personengesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen in ihrer Bilanz einschließlich der Ergänzungsbilanzen für ihre Gesellschafter mit dem Buchwert oder mit einem höheren Wert ansetzen. Bei dem Ansatz des eingebrachten Betriebsvermögens dürfen nach § 24 Abs. 2 Satz 3 UmwStG die Teilwerte der einzelnen Wirtschaftsgüter nicht überschritten werden. Nach § 24 Abs. 3 Satz 1 UmwStG gilt der Wert, mit dem das eingebrachte Betriebsvermögen in der Bilanz der Personengesellschaft einschließlich der Ergänzungsbilanzen für ihre Gesellschafter angesetzt wird, für den Einbringenden als Veräußerungspreis. Sind die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 UmwStG hingegen nicht erfüllt, gilt für die Einbringung nicht das Wahlrecht nach § 24 Abs. 2 UmwStG. Dies hat zur Folge, dass die Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten nach allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen als tauschähnlicher Veräußerungsvorgang einzuordnen ist und die in den übertragenen Wirtschaftsgütern enthaltenen stillen Reserven aufzudecken und zu versteuern sind (vgl. BFH, Urteil vom 16.2.1996, I R 183/94, BFHE 180, 97, BStBl II 1996, S. 342, zu § 20 UmwStG).

2. Im Ergebnis zu Recht ist das FG davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 UmwStG erfüllt sind, da sämtliche wesentlichen Betriebsgrundlagen des Betriebs im maßgeblichen Zeitpunkt der Einbringung am 31.10.2000 übertragen wurden. Diesem Ergebnis steht § 42 AO – selbst bei Berücksichtigung der sog. Gesamtplanrechtsprechung des BFH – nicht entgegen.

Die Einbringung eines Betriebs im Sinne des § 24 Abs. 1 UmwStG verlangt, dass sämtliche wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang in das mitunternehmerische Betriebsvermögen der aufnehmenden Personengesellschaft übertragen werden (ständige Rechtsprechung, z. B. BFH, Urteil vom 16.12.2004, IV R 3/03, BFH/NV 2005, 879; vgl. auch BFH-Urteil in BFHE 180, 97, BStBl II 1996, S. 342, zu § 20 UmwStG; *Schmitt/Hörnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG, 5. Aufl., § 24 UmwStG Rdnr. 59, 93 m. w. N.). Werden Wirtschaftsgüter, die zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehören, zurückbehalten, kommt eine Anwendung des § 24 UmwStG grundsätzlich nicht in Betracht. Die Zurückbehaltung wesentlicher Betriebsgrundlagen führt regelmäßig zu einer gewinnrealisierenden Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern, soweit nicht ausnahmsweise die eingebrachten Wirtschaftsgüter noch die Merkmale eines Betriebs oder Teilbetriebs aufweisen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 180, 97, BStBl II 1996, S. 342; *Schmitt/Hörnagl/Stratz*, a. a. O., § 24 UmwStG Rdnr. 95; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 20 Rdnr. 40; *Schlößer* in Haritz/Menner, UmwStG, 3. Aufl., § 24 Rdnr. 30; *Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, UmwStG, 6. Aufl., § 24 Rdnr. 89 f. i. V. m. § 20 Rdnr. 64 ff.). Nach den Feststellungen des FG war das Grundstück – insoweit auch zwischen den Beteiligten unstreit-

tig – zumindest bis zur Veräußerung an die Ehefrau des Klägers eine wesentliche Betriebsgrundlage des Einzelunternehmens.

a) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob das Grundstück (noch) eine wesentliche Betriebsgrundlage des klägerischen Einzelunternehmens darstellte, war – wie das FG zutreffend ausgeführt hat – im vorliegenden Fall der 31.10.2000.

aa) Zu der Frage, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung eines Wirtschaftsguts als wesentliche oder unwesentliche Betriebsgrundlage abzustellen ist, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. So wird auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Einbringung abgestellt (*Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, a. a. O., § 24 UmwStG Rdnr. 59; *Widmann* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 24 UmwStG Rdnr. 118, § 20 UmwStG Rdnr. 30) oder (im Fall der Einzelrechtsnachfolge) auf den Abschluss des Einbringungsvertrags bzw. den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, wenn dies erst zu einem späteren Zeitpunkt übergeht (*Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, a. a. O., § 20 UmwStG Rdnr. 27; *Behrens/Schmitt*, FR 2002, 549, 550). Teilweise wird auch allein der Abschluss des Einbringungsvertrags als maßgeblich angesehen (*Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, a. a. O., § 20 Rdnr. 42). Der I. Senat des BFH hat in seinem Urteil vom 16.12.2009, I R 97/08, BFHE 228, 203, BStBl II 2010, S. 808, unter II. 2. a (vgl. auch BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 96/08, BFHE 229, 179, BStBl II 2011, S. 467 = *MittBayNot* 2011, 169, unter II. 4. c aa) ausgeführt, für die Beurteilung als wesentliche Betriebsgrundlage sei grundsätzlich auf die Situation aus der Sicht des Einbringenden zum Zeitpunkt der Einbringung abzustellen; ähnlich BFH-Urteil in BFH/NV 2005, 879, unter 2.

bb) In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des I. Senats und der überwiegenden Auffassung im Schrifttum hält der erkennende Senat den Zeitpunkt der tatsächlichen Einbringung im Sinne der Übertragung des (wirtschaftlichen) Eigentums bzw. des Abschlusses des dinglichen Einbringungsvertrags für entscheidend.

Nicht maßgeblich ist dagegen – wie das FG zutreffend ausgeführt hat – der Abschluss des Gesellschaftsvertrags der KG, der lediglich die schuldrechtliche Verpflichtung zur (zukünftigen) Einbringung des klägerischen Einzelunternehmens enthält. Dies folgt bereits daraus, dass nach § 3 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags nur die Aktiva und Passiva des klägerischen Einzelunternehmens eingebracht werden sollten, die bei Eintragung der KG in das Handelsregister (20.10.2000) vorhanden waren. Insoweit stand bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags der KG noch nicht fest, welche Wirtschaftsgüter einzubringen waren. Wollte man daher in der Regelung des § 3 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags bereits die Übertragung des Eigentums an den Wirtschaftsgütern erkennen, verstieße eine solche Regelung – wie das FG zu Recht ausführt – gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. hierzu z. B. *Bamberger/Roth/Kindl*, BGB, 2. Aufl., § 929 Rdnr. 5; *Erman/L. Michalski*, BGB, 13. Aufl., § 929 Rdnr. 2). Insoweit kann sich etwas anderes auch nicht aus der Regelung des § 3 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags ergeben, nach der der Kläger als Kommanditist seinen Kapitalanteil mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags erbringt, da diese Regelung allenfalls das Innenverhältnis der Gesellschafter betreffen kann.

cc) Nach den Feststellungen des FG brachte der Kläger sein Einzelunternehmen am 31.10.2000 – dem damit für die Frage der Wesentlichkeit der Betriebsgrundlagen maßgeblichen Zeitpunkt – in die KG ein.

b) Am 31.10.2000 gehörte das Grundstück nicht mehr zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen des Einzelunternehmens

und konnte deshalb nicht in einer die Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UmwStG ausschließenden Weise zurückbehalten werden. Der Kläger hatte das Grundstück zuvor veräußert, so dass er am 31.10.2000 weder zivilrechtlicher noch wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks war.

aa) Der Kläger hatte das Grundstück mit notariellem Kaufvertrag vom 29.9.2000 an seine Ehefrau verkauft, die mit Eintragung des Übergangs des Eigentums an dem Grundstück in das Grundbuch am 27.10.2000 zivilrechtliche Eigentümerin wurde.

bb) Die Veräußerung des Grundstücks ist nach Auffassung des erkennenden Senats auch bei Beachtung der Anforderungen der Rechtsprechung des BFH an Verträge zwischen nahen Angehörigen steuerrechtlich wirksam. (...)

c) Die Vorschrift des § 42 AO steht der Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UmwStG jedenfalls in dem vorliegenden Fall, in dem eine wesentliche Betriebsgrundlage des einzubringenden Betriebs vor Einbringung unter Aufdeckung sämtlicher stillen Reserven auf Dauer veräußert worden ist, nicht entgegen.

Ein Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO ist gegeben, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die, gemessen an dem erstrebten Ziel, unangemessen ist, der Steuerminde- rung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist (ständige Rechtsprechung, z. B. BFH-Urteile vom 16.1.1996, IX R 13/92, BFHE 179, 400, BStBl II 1996, S. 214, und vom 17.12.2003, IX R 56/03, BFHE 205, 70, BStBl II 2004, S. 648). Eine rechtliche Gestaltung ist dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht nutzt, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll (z. B. BFH-Urteile vom 16.1.1992, V R 1/91, BFHE 167, 215, BStBl II 1992, S. 541, und in BFHE 179, 400, BStBl II 1996, S. 214). Dies ist nach Auffassung des erkennenden Senats schon deshalb zu verneinen, da – angesichts der Veräußerung zum Verkehrswert – eine intendierte Steuerminde- rung nicht erkennbar ist. Hinzu kommt der tatsächliche Übergang des Wertminderungsrisikos bzw. der Wertsteigerungschance. Aufgrund dessen rechtfertigt auch die anschließende Vermietung des Grundstücks an die GmbH durch die Ehefrau des Klägers – trotz des insoweit zur Ausgangslage unveränderten Nutzungs- und Funktionszusammenhangs – nicht die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs im Sinne des § 42 AO (ebenso *Behrens/Schmitt*, FR 2002, 549, 552).

d) Angesichts der Veräußerung des Grundstücks zum Verkehrswert kommt eine Versagung des Zwischenwertansatzes nach § 24 Abs. 2 UmwStG auch unter Berücksichtigung der Rechtsfigur des Gesamtplans nicht in Betracht. (...)

Soweit man eine Einbringung nach § 24 UmwStG nicht für möglich hält, wenn eine wesentliche Betriebsgrundlage zurückbehalten wird oder in engem zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang in ein anderes Betriebsvermögen überführt wird (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2007, 1939, zu § 20 UmwStG), ergibt sich aus dieser Rechtsprechung zumindest für die vorliegende Fallkonstellation nicht, dass aufgrund der Veräußerung des Grundstücks an die Ehefrau des Klägers vor der Einbringung am 31.10.2000 die Anwendung des § 24 UmwStG zu versagen wäre.

aa) Maßgeblich ist, dass die Veräußerung des Grundstücks zum Verkehrswert von den Vertragsparteien als Rechtsgeschäft mit sämtlichen Rechtsfolgen gewollt war.

Ein Gesamtplan im Sinne der Rechtsprechung des BFH ist regelmäßig dadurch gekennzeichnet, dass ein einheitlicher wirtschaftlicher Sachverhalt aufgrund eines vorherigen, zielgerichteten Plans „künstlich“ zergliedert wird und den einzelnen Teillakten dabei nur insoweit Bedeutung zukommt, als sie die Erreichung des Endzustandes fördern (*Fischer* in Hübschmann/Hepp/Spitaler (HHSp), § 42 AO Rdnr. 360, 366, 376: Ausprägung des angloamerikanischen Prinzips der „substance over form“; *ders.*, FR 2006, 297, u. a. mit Hinweis auf die Urteile des EuGH vom 14.12.2000, Rs. C 110/99 – Emsland-Stärke, Slg. 2000, I 11569, und vom 21.2.2006, Rs. C 255/02 – Halifax u. a., Slg. 2006, I 1609; *Förster/Schmidtmann*, StuW 2003, 114, 120). Dementsprechend ist ein Gesamtplan zu verneinen, wenn wirtschaftliche Gründe für die einzelnen Teilschritte vorliegen und es dem Steuerpflichtigen gerade auf die Konsequenzen dieser Teilschritte ankommt (vgl. BFH, Urteil vom 9.11.2000, IV R 60/99, BFHE 193, 433, BStBl II 2001, S. 101; *Fischer* in HHSp, § 42 AO Rdnr. 366; *Förster/Schmidtmann*, StuW 2003, 114, 120); die Teilschritte haben insoweit eine eigenständige Funktion (vgl. *Offerhaus* in FS Spindler, Steuerrecht im Rechtsstaat, 2011, S. 677, 678; *ders.*, FR 2011, 878, 879).

Im vorliegenden Fall wurde das Grundstück unter Aufdeckung sämtlicher stillen Reserven an die Ehefrau des Klägers veräußert. Das Rechtsgeschäft als solches war demnach – auch angesichts des fehlenden Interesses der GmbH an dem Grundstück – gewollt. Es war auch unter Beachtung der Anforderungen der Rechtsprechung des BFH an Verträge zwischen nahen Angehörigen steuerrechtlich anzuerkennen; die Weiterveräußerung des Grundstücks durch die Ehefrau mit Kaufvertrag vom 24.9.2005 an die GmbH rechtfertigt angesichts der Länge des Zeitraums bis zu der Weiterveräußerung ebenfalls keine andere rechtliche Bewertung (vgl. oben unter Ziffer II. 2. b bb (2)). Dem Kläger und seiner Ehefrau kam es auf den Eintritt der rechtlichen Folgen, namentlich des zivilrechtlichen Eigentumsübergangs, an. Die Veräußerung war damit nicht – als unselbständiger Teilschritt – lediglich final auf die Erreichung eines Endzustandes im Rahmen eines Gesamtplans gerichtet.

bb) Gegen die Rechtmäßigkeit des Ansatzes des eingebrachten Betriebsvermögens zum Zwischenwert nach § 24 Abs. 2 UmwStG spricht auch nicht die Rechtsprechung des IV. Senats des BFH. Dieser hat sich in seinem Beschluss in BFH/NV 2007, 1939, auf die zu der Tarifermäßigung in Veräußerungsfällen nach §§ 16, 34 EStG ergangene Rechtsprechung gestützt – insbesondere auf das BFH, Urteil vom 19.3.1991, VIII R 76/87, BFHE 164, 260, BStBl II 1991, S. 635. (...)

Nach Auffassung des erkennenden Senats kann auch bei Zugrundelegung dieser Beurteilung die Anwendbarkeit des § 24 UmwStG bei vorheriger Veräußerung von einzelnen Wirtschaftsgütern zum Verkehrswert – unter Aufdeckung sämtlicher stillen Reserven – nicht versagt werden (ebenso *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, a. a. O., § 20 Rdnr. 42; *Behrens/Schmitt*, FR 2002, 549, 551 f.; a. A. *Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, a. a. O., § 24 Rdnr. 90 i. V. m. § 20 Rdnr. 65). (...)

cc) Für dieses Ergebnis kann – wie das FG zutreffend ausgeführt hat – auch das Urteil des IV. Senats des BFH vom 24.8.1989, IV R 67/86, BFHE 158, 329, BStBl II 1990, S. 132, herangezogen werden. In diesem Urteil ging es um die Gewährung der Tarifbegünstigung nach §§ 16, 34 EStG, wobei vor der Anteilsübertragung Grundstücke aus dem Gesellschaftsvermögen entnommen worden waren. Der IV. Senat sah den Gewinn aus der Übertragung der Grundstücke als tarifbegünstigt nach §§ 16, 34 EStG an. Auch wenn der

Gesellschafter Wirtschaftsgüter bereits vor der Übertragung seines Mitunternehmeranteils – jedoch in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit diesem Rechtsvorgang – übertragen erhalte, erbege sich eine Zusammenballung von Erträgen aufgrund der Auflösung der stillen Reserven, die die Anwendung der Tarifbegünstigung rechtfertige.

Dem liegt ersichtlich der Rechtsgedanke zugrunde, dass die Anwendung der §§ 16, 34 EStG auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfigur des Gesamtplans dann nicht ausgeschlossen wird, wenn zwar nicht sämtliche – vormals – vorhandenen wesentlichen Betriebsgrundlagen mit in den einheitlichen Veräußerungsvorgang einbezogen werden, wohl aber die in den „zurückbehaltenen“ wesentlichen Betriebsgrundlagen enthaltenen stillen Reserven in vollem Umfang realisiert werden.

Anmerkung:

1. Wird im Vorfeld der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils eine wesentliche Betriebsgrundlage im Gesamthandsvermögen oder Sonderbetriebsvermögen zum Buchwert in ein anderes Betriebsvermögen transferiert, um anschließend den (verbliebenen) gesamten Mitunternehmeranteil zu veräußern, erfüllt die Veräußerung dem Wortlaut nach die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG und müsste danach zu einem tarifbegünstigten Gewinn führen. Dennoch entschied der BFH mit dem häufig als Grundlage der Gesamtplanrechtsprechung zitierten Urteil vom 6.9.2000, IV R 18/99, BStBl II 2001, S. 229, dass Buchwertübertragungen aus dem Gesamthandsvermögen der Tarifvergünstigung entgegenstehen, wenn sie aufgrund einheitlicher Planung und in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung vorgenommen werden.

2. a) Auf dieses Urteil hatte sich das FA auch im Besprechungsfall berufen, der sich unter drei Aspekten von dem „Gesamtplanurteil“ unterschied: Es handelte sich bei der Sachgesamtheit um einen Einzelbetrieb und nicht um einen Mitunternehmeranteil, die Sachgesamtheit wurde gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine Personengesellschaft eingebracht und nicht gegen bares Entgelt veräußert und die wesentliche Betriebsgrundlage war nicht zum Buchwert in ein anderes Betriebsvermögen transferiert, sondern unter Aufdeckung der stillen Reserven veräußert worden. Wenn auch der erste Aspekt (Einzelbetrieb statt Mitunternehmeranteil) keine unterschiedliche Betrachtung rechtfertigen dürfte, lassen die beiden anderen Punkte die Fälle doch klar unterschiedlich gelagert erscheinen.

b) Tarifvergünstigung für einen realisierten Gewinn und Bewertungswahlrecht im Zusammenhang mit einer Einbringung nach § 20 oder § 24 UmwStG müssen nicht denselben Kriterien folgen. Zwar wird eine Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als ein entgeltliches tauschähnliches Geschäft angesehen, weil die dem Einbringenden gewährten Gesellschaftsrechte eine Gegenleistung für die eingebrachte Sachgesamtheit sein sollen. Insofern liegen sowohl bei einer Veräußerung als auch bei einer solchen Einbringung entgeltliche Geschäfte vor, die grundsätzlich zur Realisierung stiller Reserven führen. Beide Vorgänge unterscheiden sich aber dadurch, dass das Gesetz die Einbringung privilegiert und wegen der fortwirkenden Verstrickung des Betriebsvermögens auf eine Besteuerung der stillen Reserven verzichtet, soweit nicht deren Aufdeckung ausdrücklich durch Ansatz höherer Werte gewünscht wird. Warum sollte nun diese Privilegierung deshalb entfallen, weil im zeitlichen Zusammenhang mit der Einbringung stille Reserven in einem bisher dem Betriebsver-

mögen angehörenden Gegenstand durch Veräußerung vollständig aufgedeckt und der Besteuerung zum Regeltarif unterworfen werden? Ein Grund für diese im Besprechungsfall von der Finanzverwaltung vertretene Meinung ist m. E. nicht zu erkennen.

c) Die Entfernung von Betriebsvermögen vor einem Transfer der verbliebenen Sachgesamtheit wird meist unter dem Schlagwort „Ausgliederung“ behandelt. Gemeint sind damit allerdings Ausgliederungen zum Buchwert, insbesondere also Buchwerttransfers nach § 6 Abs. 5 EStG. Buchwertausgliederungen nach dem Mitunternehmererlass, also aufgrund der vor Inkrafttreten des § 6 Abs. 5 EStG geltenden Rechtslage, wurden vom BFH als schädlich für die Buchwerteinbringung der verbliebenen Sachgesamtheit beurteilt (BFH, Beschluss vom 13.4.2007, IV B 81/06, BFH/NV 2007, 1939). Ob daran auch unter Geltung des § 6 Abs. 5 EStG festzuhalten ist, kann bezweifelt werden und ist noch nicht geklärt.

Im hier besprochenen Fall bestand die „Ausgliederung“ allerdings in der gewinnrealisierenden Veräußerung der wesentlichen Betriebsgrundlage. Unter dem Aspekt der Tarifbegünstigung für den nach Ausgliederung realisierten Restgewinn kann eine Buchwertausgliederung von Wirtschaftsgütern mit erheblichen stillen Reserven einer Tarifbegünstigung entgegenstehen, wie im Fall des „Gesamtplanurteils“ vom 6.9.2000.

Eine gewinnrealisierende „Ausgliederung“ löst Bedenken gegen eine Tarifbegünstigung aber nicht aus. Sie kann unter Gesamtplangesichtspunkten vielmehr sogar zugunsten des Veräußernden gewürdigt werden, indem auch der Gewinn aus der Veräußerung des „ausgegliederten“ Wirtschaftsguts in die Tarifbegünstigung einbezogen wird (so etwa bei einem Entnahmegewinn, BFH, Urteil vom 24.8.1989, IV R 67/86, BStBl II 1990, S. 132). Im Fall einer Einbringung nach § 24 UmwStG kann eine entgeltliche „Ausgliederung“ noch weniger kritisch gesehen werden, weil die Wahl der aufzudeckenden stillen Reserven gerade Inhalt der Privilegierung ist.

3. Möglicherweise vertritt die Finanzverwaltung mittlerweile selbst die hier vom BFH geäußerte Rechtsauffassung. Im Umwandlungssteuererlass vom 11.11.2011 (BStBl I 2011, S. 1314) heißt es unter 20.08, dass bei der Einbringung zurückbehaltene Wirtschaftsgüter grundsätzlich als entnommen zu behandeln seien, mit der Folge, dass die stillen Reserven aufgedeckt und versteuert werden. Wenn danach gewinnrealisierende Entnahmen – und zwar wohl ungeachtet der Einstufung der entnommenen Wirtschaftsgüter als wesentliche Betriebsgrundlage – der anschließenden Buchwerteinbringung nicht entgegenstehen, dürfte es sich bei gewinnrealisierenden Veräußerungen nicht anders verhalten.

Vorsitzender Richter am BFH *Michael Wendt*, München

17. AO §§ 39 Abs. 2 Nr. 2, 42; EStG §§ 9 Abs. 1, 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; HGB § 255 Abs. 1 (*Einbringung einer privaten Verbindlichkeit in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft*)

1. Wird ein Grundstück gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft mit Vermietungseinkünften eingebracht, so liegen Anschaffungsvorgänge insoweit vor, als sich die nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnenden Anteile der Gesellschafter an dem Grundstück gegenüber den bisherigen Beteiligungsquoten erhöht haben.

2. Zu Anschaffungskosten führt auch die Übernahme einer Verbindlichkeit, die die Personengesellschaft als Gegenleistung von dem einbringenden Gesellschafter übernimmt, und zwar auch dann, wenn die Verbindlichkeit ursprünglich aufgenommen wurde, um ein privat genutztes Gebäude damit zu finanzieren.

BFH, Urteil vom 18.10.2011, IX R 15/11

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine GbR, die im Streitjahr 2003 gegründet worden ist. Beteiligt sind M mit 10 % und seine Ehefrau F mit 90 %. Zweck der GbR ist die Vermietung des Mehrfamilienhauses E-Straße 5, das bis dahin M allein gehörte. Der notarielle Einbringungsvertrag bestimmt, dass M das Grundstück E-Straße 5 mit den darauf lastenden Grundpfandrechten und insgesamt sechs Darlehen in die GbR einbringt. Darunter befinden sich zwei Sparkassendarlehen, die M zur Finanzierung des selbstgenutzten Einfamilienhauses E-Straße 5a, dessen Eigentümer M ist, aufgenommen hatte. Die Darlehen wurden auf die Klägerin umgeschrieben. Sie war nunmehr verpflichtet, die Darlehen zu bedienen. Die Einbringungen erfolgten gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten.

Im Rahmen der Steuererklärungen für die Streitjahre (2003 und 2004) ging die Klägerin aufgrund der von ihr übernommenen Darlehen (insgesamt 151.623,14 €) für die Gesellschafterin F von einem teilentgeltlichen Vorgang aus, und zwar nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Immobilie von 300.000 € zu den Darlehen zuzüglich Notarkosten (insgesamt 152.802,94 €); also habe F zu 50,94 % entgeltlich erworben. Auf dieser Basis wurde die Absetzung für Abnutzung (AfA) berechnet (für 2003 – 10 Monate – 1.779 € und für 2004 insgesamt 2.136 €). Ferner wurden Schuldzinsen erklärt, und zwar aus den Darlehensverträgen, um die es hier geht, einerseits i. H. v. 1.757,60 € (2003) und i. H. v. 2.109,12 € (2004), andererseits i. H. v. 3.339,35 € (2003) und 3.387,68 € (2004).

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA–) sah in Bezug auf die Darlehen, um die es hier geht, keinen Anschaffungsvorgang, kürzte dementsprechend die Anschaffungskosten sowie die als Werbungskosten geltend gemachten Schuldzinsen.

Der Einspruch blieb erfolglos. Das FA führte zur Begründung aus, zunächst habe die Einbringung nicht zu einem Rechtsträgerwechsel geführt. Das Grundstück E-Straße 5 sei M nach wie vor zurechenbar. Die im Einbringungsvertrag getroffenen Vereinbarungen hielten einem Fremdvergleich nicht stand. Die Schuldzinsen aus den Darlehen, um die es hier gehe, könnten nicht als Werbungskosten berücksichtigt werden, weil der wirtschaftliche Zusammenhang mit der Finanzierung des eigengenutzten Objekts nicht entfallen sei. Außerdem sei die Gestaltung rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 42 AO in der Fassung der Streitjahre.

Auch die Klage blieb erfolglos. Das FG nahm einen Gestaltungsmissbrauch an. Zwar habe das ursprünglich mit dem Einfamilienhaus im Zusammenhang stehende Darlehen zivilrechtlich von der Klägerin übernommen werden können. Die offensichtliche Verlagerung von privat veranlassten Aufwendungen in die Klägerin sei aber rechtsmissbräuchlich, da sie nur dem Zweck diene, private Ausgaben in den steuerlichen Bereich zu verlagern. Der von der Klägerin angegebene Grund, das Grundstück E-Straße 5 sei vom Gesellschafter M aus haftungsrechtlichen Gründen auf die Klägerin übertragen worden, treffe nicht für das Grundstück E-Straße 5a zu.

Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin. Es liege ein Anschaffungsvorgang vor, wenn im Zuge der Einbringung in eine GbR ein Rechtsträgerwechsel erfolgt. Die Übernahme von Darlehen bewirke einen entgeltlichen Anschaffungsvorgang. Ein Gestaltungsmissbrauch liege nicht vor. Die zunächst privat veranlassten Darlehen seien im Zuge der Einbringung auf die Klägerin umgeschrieben worden, was einer Neugewährung der Darlehen gleichkomme. Die Darlehen stünden im Zusammenhang mit dem Anschaffungsvorgang. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

1. Entgegen der Auffassung des FG kann die Klägerin die Schuldzinsen für die beiden Darlehen bei der Sparkasse sowie die mit der Übernahme dieser Darlehen als Anschaffungskosten im Zusammenhang stehenden höheren AfA-Beträge als Werbungskosten absetzen.

a) Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen sind als Werbungskosten im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG in der Fassung der Streitjahre nach § 9 Abs. 1 Satz 2 EStG bei der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung abzuziehen, wenn sie bei ihr erwachsen, und das heißt, durch sie veranlasst sind. Sie müssen also mit der auf Vermietung und Verpachtung gerichteten Tätigkeit zusammenhängen und zur Förderung der Nutzungsüberlassung gemacht werden (ständige Rechtsprechung, z. B. Urteile des BFH vom 20.12.1994, IX R 122/92, BFHE 177, 50, BStBl II 1995, S. 534, und vom 18.12.2001, IX R 24/98, BFH/NV 2002, 904 m. w. N.). Unter diesen Voraussetzungen können auch Schuldzinsen Werbungskosten sein (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG). Anschaffungs- oder Herstellungskosten sind nicht sofort als Werbungskosten abziehbar, sondern im Rahmen der AfA zu berücksichtigen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 EStG; BFH, Urteil vom 26.1.2011, IX R 24/10, BFH/NV 2011, 1480). Welche Aufwendungen zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zählen, bestimmt sich auch für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 255 HGB (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 4.7.1990, GrS 1/89, BFHE 160, 466, BStBl II 1990, S. 830; BFH, Urteil vom 13.12.2005, IX R 24/03, BStBl II 2006, S. 461 m. w. N.). Anschaffungskosten, zu denen auch die Übernahme von Verbindlichkeiten des Veräußerers gehört (vgl. BFH, Urteil vom 6.9.2006, IX R 25/06, BFHE 215, 465, BStBl II 2007, S. 265 m. w. N.), sind nach § 255 Abs. 1 HGB diejenigen Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen. Erwerben bedeutet das Überführen eines Gegenstandes von der fremden in die eigene wirtschaftliche Verfügungsmacht.

Wird ein Grundstück gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft mit Vermietungseinkünften eingebracht, so liegen Anschaffungsvorgänge insoweit vor, als sich die nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnenden Anteile der Gesellschafter an dem Grundstück gegenüber den bisherigen Beteiligungsquoten erhöht haben (siehe BFH-Urteile vom 2.4.2008, IX R 18/06, BFHE 221, 1, BStBl II 2008, S. 679, und vom 6.10.2004, IX R 68/01, BFHE 207, 24, BStBl II 2005, S. 324).

b) Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei den geltend gemachten Aufwendungen um Werbungskosten. M hatte das vermietete Mehrfamilienhaus E-Straße 5 in die Klägerin eingebracht. Da an der Klägerin F zu 90 % beteiligt ist, ist ihr nach Einbringung auch das Grundstück gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zu 90 % zuzurechnen und es liegt ein Anschaffungsvorgang vor.

aa) Die Klägerin übernimmt im Zuge der Übernahme der Gesellschaftsrechte für die Übertragung des Grundstücks als Gegenleistung Verbindlichkeiten, aus denen bis dahin allein M verpflichtet war. Da auch insoweit die Zurechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zu beurteilen ist (vgl. zur Zurechnung von Darlehen BFH, Urteil vom 25.5.2011, IX R 25/10, BFH/NV 2011, 1677 m. w. N.), sind diese Verbindlichkeiten zu 90 % F zuzuordnen und für sie Anschaffungskosten.

bb) Dies gilt auch für die Darlehen, um die es hier geht und die M zunächst aufgenommen hatte, um das privat genutzte Grundstück E-Straße 5a zu finanzieren. Es kommt nicht darauf an, ob die Darlehen bei ihrer Aufnahme in den steuer-

rechtlich unerheblichen Bereich des Privatvermögens fielen, so dass Schuldzinsen daraus mangels Zusammenhangs mit einer Einkunftsart nicht abziehbar waren. Denn diese Verknüpfung hat sich mit der Übernahme der Verbindlichkeiten durch die Klägerin gelöst.

M war aufgrund der Darlehensverträge verpflichtet, den ihm darlehensweise zur Verfügung gestellten Geldbetrag zurückzuerstatten und die geschuldeten Zinsen zu zahlen (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). Werden diese Verpflichtungen – wie im Streitfall – nach § 414 BGB mit der Folge eines Schuldnerwechsels übernommen (statt M schuldet nun die Klägerin Rückzahlung und Zinsen), so kommt es steuerrechtlich allein auf den Grund der Übernahme an. Liegt dieser im steuerrechtlich bedeutsamen Bereich der Einkünfteerzielung, so liegt dort auch der Zweck der übernommenen Verbindlichkeiten. Das ist nicht anders zu beurteilen als in den Fällen, in denen der Erwerber ein eigenes Darlehen aufnimmt, um damit die Verbindlichkeiten aus den Darlehen des Veräußerers abzulösen. So hätte die Klägerin ein (der F zu 90 % zurechenbares) Darlehen aufnehmen können, um damit die Verbindlichkeiten des M bei der Sparkasse abzulösen. Liegen hier unzweifelhaft Anschaffungskosten vor, so auch dann, wenn die Klägerin – wie im Streitfall – Verbindlichkeiten des M übernimmt, gleichviel, ob diese Verbindlichkeiten bereits bei ihrer Aufnahme durch eine Einkunftsart veranlasst waren. Nun hängen sie mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zusammen, wurden sie doch übernommen, um das Grundstück E-Straße 5 anzuschaffen, mit dem die Klägerin durch Vermieteten Einkünfte erzielt.

c) Entgegen der Auffassung des FG liegt in der Einbringung der Darlehen in die Klägerin kein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 1 AO vor.

Ein Gestaltungsmissbrauch ist gegeben, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die – gemessen an dem erstrebten Ziel – unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist. Das Motiv, Steuern zu sparen, macht eine steuerliche Gestaltung noch nicht unangemessen. Eine rechtliche Gestaltung ist erst dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll (BFH-Urteile vom 7.12.2010, IX R 40/09, BFHE 232, 1, BStBl II 2011, S. 427, und vom 29.5.2008, IX R 77/06, BFHE 221, 231, BStBl II 2008, S. 789 m. w. N.).

M stand es frei, ob, wann und an wen er sein Grundstück veräußert. Als Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks übernahm die Klägerin Verbindlichkeiten des M. Hierin liegt der wirtschaftlich beachtliche Grund. Dabei kommt es nicht darauf an, ob und inwieweit die Klägerin teilentgeltlich erwarb. Allein der Umstand des teilentgeltlichen Erwerbs führt nicht dazu, der Entgeltsabrede die steuerrechtliche Anerkennung zu versagen, sondern gegebenenfalls – wie auch hier von der Klägerin bereits erklärt – dazu, die Bemessungsgrundlage um den geschenkten Betrag zu kürzen (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urteil vom 17.8.2005, IX R 69/03, BFH/NV 2006, 489).

Nicht nachzuvollziehen vermag der Senat die Argumentation des FG, da es sich „eh um einen teilentgeltlichen Erwerb“ handle, sei die Einbeziehung der Verbindlichkeiten gegenüber der Sparkasse als Ausgleich für die Gegenleistung (des Grundstücks) weder zwingend noch erforderlich. Diese Aus-

sage ist schon deshalb nicht recht verständlich, weil ohne die Übernahme der umstrittenen Verbindlichkeiten das Entgelt deutlich geringer ausfallen würde. Überdies bleibt es aus den Gründen zu b) den Vertragsparteien überlassen, wie sie die Gegenleistung erbringen. Es geht – entgegen der Auffassung des FG – eben nicht um eine Verlagerung von privat veranlassten Aufwendungen auf die Klägerin, sondern um eine Überlagerung der Zwecksetzung des zunächst aus privaten Gründen aufgenommenen und verwendeten Darlehens durch einen neuen, nunmehr steuerrechtlich bedeutsamen (Veranlassungs-)Zusammenhang, indem die Klägerin das Darlehen als Gegenleistung übernimmt und es bei ihr zu Anschaffungskosten für ein von ihr erworbenes und der F zu 90 % zuzuordnendes Grundstück wird.

(...)

Anmerkung:

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage, ob die klagende GbR berechtigt war, 90 % der auf die beiden Sparkassendarlehen entfallenden Schuldzinsen und der aus ihrer Übernahme resultierenden höheren AfA als Werbungskosten abzusetzen. Verfahrensrechtlich war von der Versagung des Werbungskostenabzugs durch das Finanzamt und die Vorinstanz¹ die aus M und seiner Ehefrau F bestehende GbR betroffen. Denn nach §§ 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 179 Abs. 2 Satz 2 AO sind bei einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft die von den Gesellschaftern gemeinschaftlich erzielten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung einheitlich und gesondert festzustellen.² Die Personengesellschaft ist für die Einkommensteuer insoweit als Steuerrechtssubjekt anzusehen. Im zweiten Schritt sind jedoch die auf Ebene der Gesellschaft zu ermittelnden Einkünfte auf die einzelnen Gesellschafter grundsätzlich gemäß ihrem Beteiligungsverhältnis zu verteilen. Bei der Beurteilung des Einbringungsvorgangs ging es demzufolge letztlich um den Aufwand der F (Schuldzinsen und AfA), die zu 90 % am Vermögen der GbR beteiligt war. Der BFH musste sich dabei mit drei Problemkreisen auseinandersetzen, die über den Einzelfall hinaus für die Praxis von Interesse sind.

1. Bruchteilsbetrachtung bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften

Bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften gilt nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO die sog. Bruchteilsbetrachtung. Danach werden die Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens gedanklich in Bruchteilsberechtigungen der einzelnen Gesellschafter umgewandelt und diesen für steuerliche Zwecke unmittelbar zugerechnet. Somit führte die Übertragung des fremdvermieteten Grundstücks auf die GbR in einkommensteuerlicher Hinsicht weder zu einer Veräußerung noch zu einem Erwerb, soweit M als Gesellschafter am Gesamthandsvermögen der GbR beteiligt war. In Höhe von 10 %, zu dem das Objekt nach seiner Einbringung weiterhin M zuzurechnen war, hat die GbR gemäß § 11 Abs. 1 EStDV die AfA fortzuführen; die Rechtslage hinsichtlich des Schuldzinsabzuges bleibt unverändert. Es wird auch dann kein Anschaffungsvorgang verwirklicht, wenn Bruchteils Eigentümer ein Grundstück zu unveränderten Anteilen in eine personenidentische GbR einbringen. Übernimmt die Gesellschaft als Gegenleistung für die Grundstücksübertragung Darlehensverbindlich-

keiten der Bruchteils Eigentümer aus der Finanzierung eines ursprünglich selbstgenutzten Wohnhauses, sind die Schuldzinsen mangels eines steuerrechtlichen Rechtsträgerwechsels und mangels Änderung des ursprünglichen Finanzierungszusammenhangs nicht als Werbungskosten abziehbar.³

Dagegen liegt ein Anschaffungsvorgang vor, soweit sich der Anteil eines Gesellschafters an dem eingebrachten Grundstück im Vergleich zu seiner bisherigen Beteiligungsquote – wie im Streitfall bei F – erhöht hat.⁴ Erfolgt die Einbringung gegen Leistung eines Entgelts oder gegen Schuldübernahme, ist darin eine anteilige, unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG steuerpflichtige Veräußerung des Einbringenden zu sehen.⁵ Bringen zwei Gesellschafter jeweils eine zuvor in ihrem Alleineigentum stehende Immobilie ein, kann dadurch auf beiden Seiten ein privates Veräußerungsgeschäft verwirklicht werden. Im Gegenzug erhöht sich für beide Objekte anteilig die AfA-Bemessungsgrundlage.

Nach ganz anderen Grundsätzen richtet sich dagegen die Einbringung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens in eine gewerbliche oder gewerblich geprägte Personengesellschaft. Die ertragsteuerlichen Folgen einer solchen Übertragung hängen davon ab, ob diese entgeltlich oder unentgeltlich (als verdeckte Einlage) vorgenommen wird. Maßgeblich dafür ist, wie der Vorgang bei der Personengesellschaft buchungstechnisch erfasst wird.⁶

2. Umwidmung von Darlehensmitteln

Schuldzinsen sind nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 1 EStG insoweit abzugsfähig, als sie mit einer auf die Erzielung steuerpflichtiger Einnahmen gerichteten Tätigkeit im wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.⁷ Dies war bei den beiden Sparkassendarlehen, die M für sein privat genutztes Einfamilienhaus aufgenommen hatte, zunächst nicht der Fall. Allerdings kommt es für die Anerkennung von Schuldzinsen als Werbungskosten nicht allein auf den ursprünglichen, mit der Schuldaufnahme verfolgten Zweck und die erstmalige Verwendung der Darlehensvaluta an. Ein Darlehen kann beispielsweise eine steuerlich relevante Zweckänderung erfahren, wenn der Steuerpflichtige eine selbstgenutzte, durch ein Darlehen finanzierte Immobilie veräußert und den Erlös unter Aufrechterhaltung des Darlehens zur Anschaffung eines Mietobjekts eingesetzt.⁸ Die steuerrechtliche Anerkennung einer Darlehensumwidmung setzt nicht voraus, dass Darlehensgeber und Darlehensnehmer darüber einig sind, dass die Kreditmittel künftig dem neuen Zweck dienen sollen. Der BFH wertet die Zustimmung des Gläubigers jedoch als gewichtiges Indiz für die Änderung der Zweckbestimmung, die nach außen hin feststellbar in Erscheinung getreten sein muss.⁹ Eine willkürliche Umwidmung von Darlehensmitteln durch einen bloßen Willensentschluss des Steuerpflichtigen ist dagegen ausgeschlossen.¹⁰ So wird der ursprüngliche wirtschaftliche Zusammenhang der Schuldzinsen mit einem bestimmten Objekt nicht dadurch gelöst, dass der Darlehens-

³ Vgl. BFH, Urteil vom 6.10.2004, IX R 68/01, NJW 2005, 1215 f.

⁴ BFH, Urteil vom 2.4.2008, IX R 18/06, NJW 2008, 3662.

⁵ Vgl. Wacker, DStR 2005, 2014, 2018.

⁶ Eingehend dazu BMF-Schreiben vom 11.7.2011, IV C 6 – S 2178/09/10001, DStR 2011, 1319.

⁷ Schmidt/Drenseck, EStG, 30. Aufl., § 9 Rdnr. 81.

⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 8.4.2003, IX R 36/00, NJW 2003, 2855.

⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 7.3.1995, VIII R 9/94, BStBl. II 1995, S. 697.

¹⁰ BFH, Urteil vom 24.4.1997, VIII R 12/95, BFH/NV 1998, 290 m. w. N. zur Rechtsprechung.

¹ FG Münster, Urteil vom 1.10.2010, 11 K 3216/06 F, EFG 2011, 1589.

² Vgl. dazu BFH, Urteil vom 26.1.1999, IX R 17/95, NJW 1999, 2135; Klein/Ratschow, AO, 10. Aufl., § 180 Rdnr. 11.

nehmer die Kreditmittel einer anderen Immobilie oder einer anderen Kapitalanlageform zuordnet.

Im vorliegenden Fall ist – wie der BFH zutreffend hervorhebt – auf den Grund der Schuldübernahme abzustellen. Indem die GbR die aus dem nichtsteuerbaren Privatbereich stammenden Darlehensverbindlichkeiten des M als Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks übernahm, wurde ein neuer wirtschaftlicher (Veranlassungs-)Zusammenhang der Verbindlichkeiten mit der Vermietungstätigkeit der GbR hergestellt. Die übernommenen Schulden haben danach nichts mehr mit dem Eigenheim des M, sondern nur noch etwas mit dem Erwerb des Mietobjektes zu tun.¹¹ Die Anschaffung des Grundstücks und der damit verbundene Werbungskostenabzug scheitern entgegen der Auffassung des Finanzamtes auch nicht an dem bei Rechtsgeschäften zwischen nahen Angehörigen durchzuführenden Fremdvergleich.¹² Dass der Grundstückserwerb durch die GbR in Höhe von 10 % unentgeltlich erfolgt, wirkt sich – wie der BFH in Anknüpfung an seiner bisherige Rechtsprechung¹³ festgestellt hat – lediglich auf die Bemessungsgrundlage für die AfA und den Schuldzinsenabzug aus.

3. Gestaltungsmissbrauch

Die Rechtsprechung hat es insbesondere als rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 42 AO angesehen, wenn die Beteiligten durch zivilrechtlich mögliche Gestaltungen zwar wechselseitige Zahlungsverpflichtungen begründen, damit aber ihre jeweilige Position weder tatsächlich noch wirtschaftlich verändern. Einen solchen Gestaltungsmissbrauch hat der BFH¹⁴ beispielsweise in einem Fall angenommen, in dem ein

Vater (V) den Erwerb einer vermieteten Immobilie mittels eines verzinslichen Darlehens seiner Mutter (M) finanziert hatte. Später trat M die Darlehensforderung gegenüber V an dessen Töchter T1 und T2 ab. Anschließend übertrug V seinen Töchtern jeweils zur Hälfte das Eigentum an dem Mietobjekt, wobei T1 und T2 jeweils die Darlehensschuld des Vaters gegenüber der jeweils anderen Schwester übernahmen. Nach Ansicht des BFH diente die wechselseitige Schuldübernahme allein der Aufrechterhaltung des Schuldzinsenabzugs. Die wirtschaftlich darüber hinaus bezweckte Freistellung des V hätte dagegen einfach durch einen Erlass der Darlehensforderungen seitens T1 und T2 erreicht werden können. Der BFH hat den Werbungskostenabzug ferner in einer Konstellation versagt, bei der die Parteien eines Grundstücksübertragungsvertrags ein dem Veräußerer eingeräumtes unentgeltliches Wohnungsrecht gegen Vereinbarung einer dauernden Last aufgehoben und gleichzeitig einen Mietvertrag mit einem Mietzins in Höhe der dauernden Last abgeschlossen hatten.¹⁵

Im Besprechungsfall fehlt es jedoch schon an einem gegenläufigen Rechtsgeschäft, durch das die aus der Schuldübernahme resultierende tatsächliche Belastung der GbR und damit der F wirtschaftlich konterkariert wird.¹⁶ Stattdessen haben die Beteiligten ihre zivilrechtliche Lage und Vermögenssituation bleibend neu gestaltet. Tendenziell unter Missbrauchsverdacht stehen dagegen „kreuzweise“ oder „ringweise“ Vertragsgestaltungen, die die Rechtsverhältnisse auf der Nutzungsebene tatsächlich unverändert lassen. In diesen Fällen tun die Parteien gut daran, wirtschaftliche oder andere außersteuerliche Gründe für die gewählte Sachverhaltsgestaltung in der Vertragsurkunde zu dokumentieren.

Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Bonn

¹¹ Vgl. dazu auch *Heuermann*, HFR 2012, 6 f.

¹² Vgl. dazu in Bezug auf Kaufverträge zwischen nahen Angehörigen BFH, Urteil vom 15.10.2002, IX R 46/01, ZNotP 2003, 271.

¹³ Vgl. nur BFH, Urteil vom 17.8.2005, IX R 69/03, BFH/NV 2006, 489; BFH, Urteil vom 24.3.1993, X R 25/91, BStBl. II 1993, S. 704 = MittBayNot 1993, 397.

¹⁴ BFH, Urteil vom 29.8.2007, IX R 17/07, NJW 2008, 1615.

¹⁵ BFH, Urteil vom 17.12.2003, IX R 56/03, NotBZ 2004, 247; zu einer als rechtsmissbräuchlich eingestuften wechselseitigen Vermietung von Arztpraxen durch Ehegatten siehe BFH, Urteil vom 1.4.1983, V R 85-86/91, BFH/NV 1994, 64.

¹⁶ So auch *Behrens*, BB 2012, 237, 240, in seiner Urteilsanmerkung.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Ausschlagung der Erbschaft und Bestattungskosten

I. Kostentragung für die Beerdigung

Gemäß § 1968 BGB trägt der Erbe die Kosten der Beerdigung des Erblassers. Diese Vorschrift begründet keine privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Pflicht des Erben zur Bestattung des Erblassers, sondern betrifft nur die Frage der Kostentragung (Hk-BGB/Hoeren, 7. Aufl. 2012, § 1968 Rdnr. 1). Bei den Beerdigungskosten handelt es sich somit um Erbfallschulden, wenn der Erbe gegenüber dem Bestattungsunternehmen nicht selbst eine vertragliche Verpflichtung, was allerdings üblich ist, eingeht und dadurch eine Nachlasserschuld begründet. Der Nachlass hat die Kosten der Beerdigung, die nach der Lebensstellung des Erblassers Brauch und Sitte sind, zu tragen. Nicht hierunter fallen die Kosten der späteren Grabpflege und die Folgekosten der Beerdigung, z. B. die Kosten für die Anreise naher Angehöriger, deren Trauerkleidung und die Kosten eines Doppelgrabs (vgl. nur BGHZ 32, 72, 74; BGHZ 61, 238; OLG Oldenburg, DNotZ 1973, 135).

Die Einzelheiten der Beerdigung und die Gestaltung des Grabmals regelt nicht der kostentragungspflichtige Erbe; dies bestimmt sich in erster Linie nach dem Erblasserwillen (vgl. Widmann, FamRZ 2001, 74 ff., und kurz Jauernig/Stürmer, BGB, 14. Aufl. 2011, § 1968 Rdnr. 5). Hat der Erblasser diesbezüglich keine Anordnungen getroffen, so liegt das Totenfürsorgerecht bei demjenigen, den der Erblasser damit beauftragt hat. Ist auch keine derartige Ermächtigung erfolgt, sind totenfürsorgerecht die nächsten Angehörigen (BGH, NJW-RR 1992, 834), nämlich der Ehegatte bzw. eingetragene Lebenspartner, die Kinder, die Eltern, die Geschwister und die Großeltern in der vorgenannten Reihenfolge (vgl. auch § 1a Nr. 5 TPG).

Häufig übersehen wird, dass auch nach § 1615 Abs. 2 BGB im Fall des Todes des Unterhaltsberechtigten der Unterhaltspflichtete die Kosten der Beerdigung zu tragen hat, wenn vom Erben die Bezahlung nicht zu erlangen ist. Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen der Fiskus infolge von Ausschlagungen Erbe wurde und kein Nachlassvermögen vorhanden ist (LG Dortmund, NJW-RR 1996, 775).

II. Ausschlagung und öffentlichrechtliche Bestattungspflichten

Häufig schlagen die gewillkürten oder gesetzlichen Erben die Erbschaft aus, wenn kein die Beerdigungskosten deckender Nachlass vorhanden ist. Auch nahe Angehörige, insbesondere Kinder, sehen häufig nicht ein, wieso sie für die Beerdigung ihrer Eltern aufkommen sollen, deren Vermögen durch Unterbringung in einem Pflegeheim aufgebraucht ist. Die Erbausschlagung führt dazu, dass eine Haftung für die Beerdigungskosten nicht eintritt (§ 1953 Abs. 1 BGB). Die Ausschlagung beseitigt allerdings nur die Haftung als Erbe für die Beerdigungskosten nach § 1968 BGB. Andere zivilrechtliche Ansprüche wie z. B. nach § 1615 Abs. 2 BGB bleiben unberührt. Noch wichtiger ist, dass die öffentlichrechtliche Bestattungspflicht durch eine Erbausschlagung nicht beseitigt werden kann (siehe nur OVG Lüneburg, NJW 2000, 3513).

Die öffentlichrechtliche Bestattungspflicht ergibt sich aus den landesrechtlichen Bestattungsgesetzen. In Bayern ordnet

Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayBestG an, dass jede Leiche bestattet werden muss. Hinsichtlich Art, Ort und Durchführung der Bestattung ist grundsätzlich der Wille des Verstorbenen und bei noch nicht 16 Jahre alten oder geschäftsunfähigen Personen der Wille des Personenberechtigten maßgeblich. Ist ein solcher Wille nicht nachweisbar, kommt es auf den Willen der Angehörigen an, die für die Bestattung zu sorgen haben (Art. 1 Abs. 2 BayBestG). Es handelt sich um folgende Personen, unter der Voraussetzung, dass sie geschäftsfähig sind (Art. 15 BayBestG i. V. m. §§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 15 S. 1 BayBestV):

- Der Ehegatte,
- die Kinder,
- die Eltern, bei Annahme Volljähriger (§ 1767 BGB) der Annehmende vor den Eltern,
- die Großeltern,
- die Enkelkinder,
- die Geschwister,
- die Kinder der Geschwister des Verstorbenen und
- die Verschwägerten ersten Grades.

Die Personensorgeberechtigten, der Betreuer mit dem Aufgabenkreis der Personensorge, der Schiffsführer, in Krankenhäusern leitende Ärzte bzw. Abteilungsarzte, in Heimen sowie in ähnlichen Einrichtungen deren Leiter, wenn sich in den letztgenannten drei Fällen die Leiche dort befindet, haben nur die Leichenschau zu veranlassen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 3 und 4 BayBestV).

Die Gemeinden können die Angehörigen, die zur Bestattung verpflichtet sind, bestimmen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 BayBestG). Sie haben jedoch dabei den Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 2 BayBestV). Häufig befinden sich diesbezügliche Regelungen in der gemeindlichen Friedhofssatzung.

Wird die Bestattung nicht rechtzeitig von den hierzu verpflichteten Personen veranlasst, so hat die zuständige Behörde diese anzuordnen und auf Kosten der oder des Bestattungspflichtigen zu veranlassen (vgl. die Regelung in § 31 Abs. 2 BestattG BW; § 20 Abs. 2 BbgBestG; § 26 Abs. 2 BestattG Saarl.). Die öffentlichrechtliche Bestattungspflicht betrifft somit auch die Kostentragung, und zwar unabhängig davon, ob ein etwaiger Erstattungsanspruch gegen den Nachlass oder den Träger der Sozialhilfe besteht oder durchsetzbar ist. Da die Bestattungspflicht in erster Linie der Gefahrenabwehr dient und die insoweit bestehende Pflicht im Rahmen der Familiensolidarität geschuldet ist, bestehen die öffentlichrechtliche Pflicht und die mit ihr verbundene Kostentragung auch dann, wenn der familiäre Kontakt gestört war oder die betreffenden Angehörigen enterbt sind. Nur in engen Ausnahmefällen, wie z. B. schweren Straftaten des Verstorbenen oder einem besonders schwerwiegenden elterlichen Fehlverhalten, das zu einer Verurteilung geführt hat, können die Bestattungspflicht und mit ihr die Kostentragungspflicht ausnahmsweise entfallen (vgl. BayVGh, BayVBl 2009, 537). Bei einer Ersatzvornahme der Bestattung durch die Behörde kann diese vom Pflichtigen Ersatz der notwendigen Kosten im Wege des Leistungsbescheides fordern (BayVGh, BayVBl 2009, 537). Der Aufwand ist beschränkt auf ein einfaches Begräbnis. Die bürgerlichrechtliche Verpflichtung zur Tragung der Bestat-

tungskosten ist insoweit nicht maßgeblich (VGH Kassel, NVwZ-RR 2001, 535). Ob die Behörde bei mehreren gleichrangig bestattungspflichtigen Personen verpflichtet ist, die Betreffenden anteilig zur Kostenerstattung heranzuziehen, oder ob sie einen davon in Anspruch nehmen und ihn darauf verweisen kann, seinen Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Pflichtigen geltend zu machen, ist umstritten (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 2008, 137).

III. Erstattungsanspruch gegen den Sozialhilfeträger

Wird der Bestattungspflichtige nicht Erbe und bestehen auch keine zivilrechtlichen Rückgriffsansprüche gegen den Erben

oder andere Personen, die zur Tragung der Bestattungskosten verpflichtet sind, kann ein Anspruch auf Übernahme bzw. Erstattung der erforderlichen Beerdigungskosten gegenüber dem Sozialhilfeträger bestehen (§ 74 SGB XII). Nach dieser Vorschrift ist eine Erstattung der Beerdigungskosten nicht nur möglich, wenn deren Übernahme für den Pflichtigen finanziell unzumutbar ist, sondern auch dann, wenn sich die Unzumutbarkeit der Kostentragung aus persönlichen Gründen wegen grober Unbilligkeit ergibt. Dies richtet sich nach den individuellen Verhältnissen, bei denen auch Unzumutbarkeitserwägungen eine Rolle spielen können (*Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 3. Aufl. 2010, Rdnr. 34 ff.).

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

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Vorstand der Landesnotarkammer Bayern:

Zusammensetzung des Vorstands der Landesnotarkammer Bayern seit 29.4.2012:

Ehrenpräsidenten:

Notar a. D. Dr. Helmut Keidel, München
Notar Dr. Ulrich Bracker, Weilheim

Präsident:

Notar Dr. Andreas Albrecht, Regensburg

Stellvertreter des Präsidenten (1. Vizepräsident):

Notar Dr. Hans-Joachim Vollrath, München

Weitere Mitglieder des Vorstands:

Notar Dr. Gabriele Bartsch, Wasserburg a. Inn
Notar Dr. Thomas Baumman, Würzburg
Notar Dr. Jens Eue, Bamberg (weiterer Vizepräsident)
Notar Bernhard Hille, Augsburg
Notar Dr. Winfried Kössinger, München
Notar Gerhard Thoma, Nürnberg

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.6.2012:

Furth im Wald dem Notar a. D.
Ralph-Christoph Knerr

Mit Wirkung vom 1.7.2012:

München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Michael Fronhöfer
Dr. Steiner) (bisher in Fürstfeldbruck)

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2012:

Christian Schall, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/
Dr. Hofstetter)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Katja Rödiger, Prien am Chiemsee,
wurde mit Wirkung vom 16.3.2012 promoviert

Notarassessorin Dr. Kerstin Rohde, Bad Staffelstein
(Notarstelle Richter), führt seit 27.4.2012 den Namen
Deutsch

Notarassessor Robert Martin, Augsburg (Notarstelle
Hille), ab 1.5.2012 in München (Notarstellen Predel/
Dr. Görk)

Notarassessor Dr. Bastian Grimm, Illertissen
(Notarstelle Dr. Kössinger), ab 1.6.2012 in München
(Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessor Dr. Jens Neie, Würzburg (Notarstellen
Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich), ab 9.6.2012 in
Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Notarassessor Marcel Neumair, München (z. Zt. im
Sonderurlaub), ab 1.7.2012 in Bayreuth (Notarstellen
Dr. Gottwald/Zuber)

Inspektorin i. N. Barbara Andrä, Wolfratshausen
(Notarstelle Dr. Wübben), ab 1.6.2012 in Weilheim
(Notarstelle Dr. Bracker)

Oberinspektorin i. N. Sabine Baumgartner,
Neuburg a. d. Donau (derzeit im Sonderurlaub),
ab 1.6.2012 in Nördlingen (Notarstelle Dr. Lotter)

Inspektor i. N. Daniel Nather, Burgau (Notarstelle
Schmitt), ab 1.6.2012 in Landsberg a. Lech (Notar-
stellen Dr. Krafka/Schneider)

Amtmann i. N. Siegfried Baldauf, Landsberg a. Lech,
ab 1.7.2012 in München (Notarstellen Dr. Wenner/
Dr. Riemenschneider)

Oberinspektor i. N. Stefan Hüttner, Würzburg (Notar-
stellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich), ab 1.7.2012
in Würzburg (Notarstelle Böhmer)

Amtmann i. N. Jürgen Reiser, München (Notarstellen
Dr. von Bary/Rapp), ab 1.7.2012 in Schrobenhausen
(Notarstelle Dr. Hagmaier)

Inspektor i. N. Simon Stadler, Traunstein (Notarstelle
Riegel), ab 1.7.2012 in Erding (Notarstelle Olk)

Oberinspektor i. N. Jürgen Freytag, Eschenbach
i. d. OPf. (Notarstelle Dr. Niemeyer), ab 1.9.2012
in Landshut (Notarstellen Suttner/Trautner)

5. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Amtfrau i. N. Brigitte Wittmann, München (Notarstelle
Ellert), zum 30.6.2012 ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Georg Fuhrmann, Bayreuth
(Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber), ab 1.8.2012
im Ruhestand

Amtsrat i. N. Max Ströbl, Burgau (Notarstelle Schmitt),
ab 1.8.2012 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Eichstätt, Notarstellen Dr. Philipp/Dr. Wolf
E-Mail: kanzlei@notare-eichstaett.de

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord
Notarassessor Boris Pulyer

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 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.universalmedien.de/Notarkammer.

SONSTIGES

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht zum Thema

„Vorweggenommene Vermögensübertragung unter Ausschluss von Pflichtteilsansprüchen“

Eine Veranstaltung im Rahmen der Europäischen KMU-Woche 2012,
im Zusammenwirken mit der Bundesnotarkammer

Termin: Dienstag, 10.7.2012, 16:30 Uhr s. t.

Veranstaltungsort: Ludwig-Maximilians-Universität,
Geschwister-Scholl-Platz 1,
80539 München

Veranstaltungsraum: Senatssaal
(E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Ablauf der
Veranstaltung: Professor Dr. *Johannes Hager*,
München:
Begrüßung
Professor Dr. *Eva Inés Oberfell*,
Berlin:
„Hindernis Pflichtteil? – Zur Legiti-
mation des Pflichtteilsrechts und den
Grenzen der vorweggenommenen
Erbfolge“
Notar Dr. *Arne Everts*,
Berchtesgaden:
„Pflichtteilsdämpfung bei Überlas-
sungsverträgen durch flankierende
Maßnahmen, insbesondere des
Gesellschafts- und Familienrechts“
Im Anschluss an die Vorträge besteht
die Möglichkeit zur Diskussion. Zum
Ausklang der Veranstaltung wird zu
einem kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2,
80539 München

Tel: 089 2180-1420, Fax: 089 2180-13981,
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen und ist kosten-
frei. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmel-
dung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang
teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO
werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine
Zahlung von 50 € (nur Barzahlung) persönlich ausgehändigt.
Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter
www.notarrechtsinstitut.de.

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 10. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzügen des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Wohnungseigentumsrecht, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts (Fumi, Leitzen, Reul, Weiler)
2.–7.7.2012 in Heusenstamm 2. Intensivkurs Grundstücksrecht (Wegerhoff, Krauß, Wälzholz)
12.–14.7.2012 in Lübeck 3. Umstrukturierung von Unternehmen unter Berücksichtigung des neuen Umwandlungssteuererlasses (Spiegelberger, Klein)
14.7.2012 in München | <ol style="list-style-type: none"> 4. Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht in der notariellen Praxis (Wälzholz)
25.8.2012 in Bochum 5. Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der notariellen Praxis (Block)
31.8.2012 in Heusenstamm |
|---|---|

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

- | | |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Braun: Insolvenzordnung (InsO). 5. Aufl., Beck, 2012. 1595 S., 119 € 2. Gehrlein/Ekkenga/Simon (Hrsg.): GmbHG. Carl Heymanns, 2012. 1972 S., 128 € 3. Hamann/Sigle: Vertragsbuch Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., Beck, 2012. 927 S., 129 € 4. Horn/Kroiß: Testamentsauslegung. Beck, 2012. 398 S., 75 € 5. Hüffer: Aktiengesetz. 10. Aufl., Beck, 2012. 2066 S., 139 € 6. Kirchhof (Hrsg.): Einkommensteuergesetz. 11. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2012. 2528 S. + eBook, 154 € 7. Kopp/Schenke: Verwaltungsgerichtsordnung. 18. Aufl., Beck, 2012. 1982 S., 62 € 8. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 6. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 1544 S. + CD/DVD, 128 € 9. Lademann: Umwandlungssteuergesetz. Boorberg, 2012. 864 S., 128 € 10. Meincke: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. 16. Aufl., Beck, 2012. 851 S., 85 € 11. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil §§ 241-432. 6. Aufl., Beck, 2012. 3017 S., 249 € | <ol style="list-style-type: none"> 12. Musielak/Borth: Familiengerichtliches Verfahren: FamFG 1. + 2. Buch. 3. Aufl., Vahlen, 2012. 774 S., 86 € 13. Musielak: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 9. Aufl., Vahlen, 2012. 2958 S., 159 € 14. Pöhlmann/Fandrich/Bloehs: Genossenschaftsgesetz. 4. Aufl., Beck, 2012. 653 S., 69 € 15. Prütting/Gehrlein (Hrsg.): ZPO Kommentar. 4. Aufl., Luchterhand, 2012. 2952 S., 139 € 16. Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.): BGB Kommentar. 7. Aufl., Luchterhand, 2012. 3700 S., 128 € 17. Schmidt: Einkommensteuergesetz. 31. Aufl., Beck, 2012. 2587 S., 97 € 18. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 346-359 (Rücktritt und Widerruf). 15. Aufl., Sellier-de Gruyter, 2012. 689 S., Standardpreis 338 €, Vorzugspreis im Teilabonnement „Buch 2“ 308 €, Vorzugspreis im Vollabonnement 268 € 19. Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung: ZPO, FamFG Verfahren in Familiensachen, GVG, Einführungsgesetze, EU-Zivilverfahrensrecht. 33. Aufl., Beck, 2012. 2157 S., 58 € 20. Warlich: Die Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben. Zerb, 2012. 190 S., 39 € |
|--|---|

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