

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 Regensburg

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Anja Schaller,
Notarassessorin

Stefanie Tafelmeier,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Althammer: Maklerklauseln im Anwendungsbereich der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG n. F. – Zur Reichweite des notariellen Verbraucherschutzes **297**

Keim: Ehegattenerbrecht zwischen Annahme und Ausschlagung **303**

Reetz: „Veräußerungsrenten“ zwischen Versorgungsausgleich und Güterrecht – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 21.11.2013, XII ZB 403/12 **313**

Rechtsprechung

Voraussetzungen für die Löschung einer Vormerkung nach Versterben des Begünstigten (OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2013, 2 Wx 247/13) **331** mit Anmerkung *Preuß* **333**

Ausnahme von Voreintragung bei Übertragung in Erbengemeinschaft (OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.9.2013, 15 W 1799/13) **335** mit Anmerkung *Ruhwinkel* **336**

Zur Wirksamkeit einer Erbrechtsnachweisregelung in AGB (BGH, Urteil vom 8.10.2013, XI ZR 401/12) **345** mit Anmerkung *Litzenburger* **349**

Keine Ausschlagung der Erbschaft durch Eltern für eines von mehreren minderjährigen Kindern (OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, I-15 W 374/13) **350** mit Anmerkung *Sagmeister* **352**

Anforderungen an die Wirksamkeit der Einsetzung eines Heimträgers als Erbe (OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.3.2013, 8 W 253/11) **353** mit Anmerkung *Müller* **355**

Einbringung eines Betriebs in eine Personengesellschaft gegen ein sog. Mischentgelt aus Gesellschaftsrechten und einer Darlehensforderung (BFH, Urteil vom 18.9.2013, X R 42/10) **387** mit Anmerkung *Brandenburg* **392**

Hinweise für die Praxis

Milieuschutz und Grundstückskauf (*Grziwotz*) **394**

Inhalt

Aufsätze

Althammer: Maklerklauseln im Anwendungsbereich der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG n. F. – Zur Reichweite des notariellen Verbraucherschutzes **297**

Keim: Ehegattenerbrecht zwischen Annahme und Ausschlagung **303**

Reetz: „Veräußerungsrenten“ zwischen Versorgungsausgleich und Güterrecht – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 21.11.2013, XII ZB 403/12 **313**

Buchbesprechungen

Grziwotz/Lüke/Saller: Praxishandbuch Nachbarrecht (*Ruhwinkel*) **317**

Bauer/v. Oefe: Grundbuchordnung (*Schlögel*) **318**

Münch: Die Scheidungsimmoblie (*Roßmann*) **319**

Hopt (Hrsg.): Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht (*Braun*) **319**

Krafka/Kühn: Registerrecht (*Hantke*) **320**

Bayerischer Notarverein e. V. (Hrsg.): Festschrift 150 Jahre Bayerisches Notariat (*Hermann*) **320**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Wirksamkeit von Klauseln im Generalunternehmervertrag (BGH, Urteil vom 20.3.2014, VII ZR 248/13) **322**
2. Der Käufer einer vermieteten Wohnung kann bereits vor seiner Grundbucheintragung vom Verkäufer zu einer Mieterhöhung ermächtigt werden (BGH, Urteil vom 19.3.2014, VIII ZR 203/13) **325**
3. Sittenwidrigkeit aus Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung bei Grundstückskauf (BGH, Urteil vom 24.1.2014, V ZR 249/12) **326**

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Umfang der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer (BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 46/13) **328**
5. Unterteilung von Sondereigentum (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2013, 14 Wx 47/13) **329**
6. Voraussetzungen für die Löschung einer Vormerkung nach Versterben des Begünstigten (OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2013, 2 Wx 247/13) **331**
mit Anmerkung *Preuß* **333**

Inhalt (Fortsetzung)

7. Ausnahme von Voreintragung bei Übertragung in Erbengemeinschaft
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.9.2013, 15 W 1799/13) **335**
mit Anmerkung *Ruhwinkel* **336**

Familienrecht

8. Ausgleichsreife eines durch Hofübergabevertrag begründeten Rentenanspruchs
(BGH, Beschluss vom 21.11.2013, XII ZB 403/12) **339**
9. Zur Kontrolle eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs im Ehevertrag
(OLG Hamm, Beschluss vom 27.3.2014, 4 UF 222/13) **340**
10. Zulässigkeit einer Volljährigenadoption durch einen Ehegatten allein
(OLG Koblenz, Beschluss vom 5.12.2013, 13 UF 793/13) **343**

Erbrecht

11. Zur Wirksamkeit einer Erbrechtsnachweisregelung in AGB
(BGH, Urteil vom 8.10.2013, XI ZR 401/12) **345**
mit Anmerkung *Litzenburger* **349**
12. Keine Ausschlagung der Erbschaft durch Eltern für eines von mehreren
minderjährigen Kindern
(OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, I-15 W 374/13) **350**
mit Anmerkung *Sagmeister* **352**
13. Anforderungen an die Wirksamkeit der Einsetzung eines Heimträgers als Erbe
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.3.2013, 8 W 253/11) **353**
mit Anmerkung *Müller* **355**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Anforderungen und Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts der Gesellschaft
(BGH, Beschluss vom 14.1.2014, II ZB 5/12) **357**
15. Handelsregistereintrag – Keine Beseitigung der Vollzugsreife durch Einwendungen
des Finanzamts
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2014, I-3 Wx 48/14) **366**
16. Umwandlung eingetragener Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungs-GmbH in KG
(KG, Beschluss vom 27.9.2013, 12 W 94/12) **367**

Internationales Privatrecht

17. Hypothetisches Erbstatut bei gemeinschaftlichem Testament
(OLG München, Beschluss vom 14.3.2012, 31 Wx 488/11, 31 Wx 514/11) **370**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. Pfändung eines Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft
(BGH, Beschluss vom 20.3.2014, IX ZB 67/13) **374**
19. Einrede aufgrund des Sicherungsvertrags bei Abtretung einer Sicherungsgrundschuld
(BGH, Urteil vom 25.10.2013, V ZR 147/12) **375**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

20. Erneute Bestellung von Notaren nach vorübergehender Amtsniederlegung wegen Kinderbetreuung
(BVerfG, Beschluss vom 20.11.2013, 1 BvR 63/12) **377**

Kostenrecht

21. Kostenprivilegierung landwirtschaftlicher Betriebe
(OLG München, Beschluss vom 28.1.2014, 34 Wx 576/11) **380**

Öffentliches Recht

22. Vorkaufssatzung nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 BauGB bei Rahmenplanung
(VG Aachen, Urteil vom 19.12.2013, 5 K 1285/11) **381**

Steuerrecht

23. Mindestlaufzeit des Gewinnabführungsvertrags
(BFH, Urteil vom 13.11.2013, I R 45/12) **384**
24. Einbringung eines Betriebs in eine Personengesellschaft gegen ein sog. Mischentgelt aus Gesellschaftsrechten und einer Darlehensforderung
(BFH, Urteil vom 18.9.2013, X R 42/10) **387**
mit Anmerkung *Brandenburg* **392**

Hinweise für die Praxis

- Milieuschutz und Grundstückskauf (*Grziwotz*) **394**

Standesnachrichten **397**

Sonstiges **III**



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

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

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

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

AUFSÄTZE

Maklerklauseln im Anwendungsbereich der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG n. F. – Zur Reichweite des notariellen Verbraucherschutzes

Von Prof. Dr. *Christoph Althammer*, Freiburg i. B.

Vor dem Hintergrund des neugefassten § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG wird ein Blick auf eine im notariellen Schrifttum aktuell kontrovers diskutierte Thematik gerichtet: die Verwendung von Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen und ihre Bedeutung für die verbraucherschützende Wartefrist von zwei Wochen. So erscheint insbesondere problematisch, ob eine Maklerklausel, die in Form eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) Eingang in die notarielle Kaufvertragsurkunde zweier Verbraucher findet, diese Regelfrist auslöst. Insoweit müsste die Unternehmereigenschaft des durch die Klausel begünstigten Maklers genügen, um die personellen Voraussetzungen von § 310 Abs. 3 BGB sowie § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (Verbrauchervertrag) zu erfüllen.

I. Einführung

Am 1.10.2013 ist das „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren“ in Kraft getreten,¹ durch welches die durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23.7.2002² eingeführte Vorschrift § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG reformiert sowie § 50 Abs. 1 BNotO ergänzt wurde. Insbesondere unternehmerische Praktiken, mit denen die zweiwöchige verbraucherschützende Wartefrist gezielt unterlaufen und Verbrauchern minderwertige Immobilien zu übersteuerten Preisen verkauft werden, sollen hiermit effizienter als bisher bekämpft werden.³ Auf den ersten Blick scheint sich zwar für § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG wenig geändert zu haben: Die zweiwöchige Frist, die dem Verbraucher zur Prüfung des beabsichtigten

Textes des Rechtsgeschäfts zur Verfügung stehen soll, ist weiterhin als (bloße) Regelfrist konzipiert. Jedoch sollen nach der Neufassung nun der Notar oder dessen Sozium selbst dem Verbraucher den Vertragsentwurf zur Verfügung stellen. Wenngleich dies zwar bereits bisher häufig dem Normfall entsprach,⁴ kann diese Aufgabe grundsätzlich nicht mehr an andere am Geschäft beteiligte Personen wie Unternehmer, dessen Vertriebsmitarbeiter bzw. Grundstücksmakler delegiert werden.⁵ Für den Fall, dass diese Zwei-Wochen-Frist unterschritten wird, trifft den Notar zusätzlich eine Dokumen-

¹ Gesetz vom 15.7.2013, BGBl 2013 I, S. 2378; zum Gesetzesentwurf bereits *Elsing*, notar 2013, 20; *Terner*, NJW 2013, 1404.

² Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten (OLG-Vertretungsänderungsgesetz – OLGVertÄndG), BGBl 2002 I, S. 2850 f.; hierzu ausführlich *Rieger*, MittBayNot 2002, 325 ff.

³ Vgl. zur Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/12035, S. 1, 6 und 17/13137, S. 1; *Elsing*, notar 2013, 20.

⁴ Vgl. auch die Empfehlung des Rundschreibens der BNotK 20/2003 vom 28.4.2003 unter D. IV; *Rieger*, MittBayNot 2013, 331: „Der Gesetzgeber ging zwar möglicherweise bereits 2002 von einer Übermittlung durch den Notar aus, brachte dies aber im Gesetzestext nicht zum Ausdruck und nannte zudem die Übermittlung durch den Unternehmer beispielhaft als Grund für eine zulässige Fristverkürzung“; siehe zur damaligen Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/9266, S. 51.

⁵ Ebenso das Rundschreiben 2013/4 der Landesnotarkammer Bayern vom 21.8.2013, S. 3: Notar als Ansprechpartner für den Verbraucher; BNotK-Rundschreiben 25/2013 vom 2.10.2013, S. 4; vgl. auch BT-Drucks. 17/12035, S. 1, 7: Durchbrechung der „Beratungs-Isolation“ des Verbrauchers.

tationspflicht im Rahmen der Niederschrift.⁶ Am gravierendsten dürfte aber aus Sicht der Notare die Sanktionierung eines etwaigen Pflichtverstoßes durch den neuen Amtsenthebungsgrund gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 9 lit. b BNotO zu bewerten sein.⁷ Wie der BGH jüngst bestätigt hat, untersteht die Regelfrist von zwei Wochen nicht der Disposition der Parteien und ist somit im Interesse des Verbraucherschutzes nicht verzichtbar.⁸ Von ihr kann somit nur unter der Voraussetzung abgewichen werden, dass „im Einzelfall nachvollziehbare Gründe (...) es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen“.⁹ Der Notar verletzt somit eine Amtspflicht, wenn er trotz Nichteinhaltung der Regelfrist eine Beurkundung vornimmt und „die Zwecke dieser Wartefrist nicht anderweitig erfüllt sind“.¹⁰ Vor dem Hintergrund dieses „Damoklesschwertes“ soll deswegen ein Blick auf eine im notariellen Schrifttum aktuell kontrovers diskutierte Thematik gerichtet werden (vgl. unten III 2), die durch die Gesetzesänderung deutlich an Brisanz gewonnen hat: die Verwendung von oftmals als standeswidrig empfundenen, in der Kautelarpraxis aber gleichwohl nützlichen Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen¹¹ und ihre Bedeutung für die Wartefrist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG.¹²

II. Anwendungsvoraussetzungen von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG

Bevor auf die spezielle Problematik der Maklerklausel eingegangen wird, empfiehlt es sich die zwei entscheidenden Anwendungsvoraussetzungen von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG n. F. vor Augen zu führen,¹³ auf die später zurückzukommen sein wird: Nach dieser Vorschrift soll der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Für Verträge, welche der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, wird dies dahingehend konkretisiert, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder einem Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, zur Verfügung gestellt wird,¹⁴ wobei dies im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen soll. Diese Regelfrist wird also, vom seltenen Fall

des § 311b Abs. 3 BGB abgesehen, nur bei grundstücksbezogenen Verträgen, die dem Beurkundungszwang nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterfallen,¹⁵ ausgelöst. Dagegen war in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes des Jahres 2002 noch eine weitergehende Formulierung von § 17 Abs. 2a BeurkG vorgesehen, die keine derartige Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs kannte.¹⁶ Im weiteren Gesetzgebungsverfahren¹⁷ und insbesondere im Vermittlungsausschuss wurde jedoch erkannt, dass die Festlegung einer Regelfrist nur bei Grundstückskaufverträgen, welche neben rechtlichen Fragestellungen auch wirtschaftliche, bauliche und technische Aspekte berühren,¹⁸ ratsam ist und ansonsten den wirklichen Geschäftsabschluss nur verzögert. Voraussetzung für § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ist damit, dass entsprechend § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB eine vertragliche Pflicht zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundbesitz gegenüber einem Unternehmer existiert.¹⁹ Damit bleiben etwaige andere in einem Grundstückskaufvertrag mitbeurkundete Regelungsgegenstände, soweit sie nicht ebenfalls (dem Rechtsgedanken von § 139 BGB nach) als Nebenabreden dem Beurkundungszwang unterliegen, außer Betracht. Danach würde die Regelfrist von vornherein nicht gelten, „wenn zwischen Verbrauchern andersartige Verpflichtungen gegenüber einem Unternehmer übernommen werden“, sei es in Form einer Schuldübernahme gegenüber einer Bank oder einer Maklerklausel in Gestalt eines Vertrages zugunsten Dritter.²⁰ Dieser Grundstücksbezogenheit der Nebenabrede wird im Folgenden für die Auslegung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG entscheidende Bedeutung zukommen.

Der personelle Anwendungsbereich von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG erfasst schließlich nur Verfahren, welche die Beurkundung eines Verbrauchervertrages betreffen. Die Legaldefinition hierfür kann nach allgemeiner Auffassung § 310 Abs. 3 BGB entnommen werden:²¹ Betroffen sind somit nur Verträge, die zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB)

⁶ Dazu BNotK-Rundschreiben 25/2013 vom 2.10.2013, S. 3.

⁷ Vgl. dazu bereits *Schmucker*, DNotZ 2002, 518 Fn. 34 (zum OLG-Vertretungsänderungsgesetz): „Noch effektiver wäre die Prävention ausgefallen, hätte der Gesetzgeber auch den Vorschlag der BNotK zur Ergänzung der Amtsenthebungsstatbestände in § 50 Nr. 9 BNotO aufgenommen“; den neuen Amtsenthebungsgrund begrüßend *Terner*, NJW 2013, 1406 f.

⁸ BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, MittBayNot 2013, 325.

⁹ Ebda.

¹⁰ Ebda.

¹¹ Zur allgemeinen Bedeutung von Maklerklauseln *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 357 ff.; *Althammer*, Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, 2004, S. 1 ff.; *ders.*, ZfIR 2012, 765 f.; *ders.* in Achten Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, 19.4.2013 (im Erscheinen); *Suppliet*, DNotZ 2012, 270 f.

¹² Vgl. *Grziwotz*, notar 2013, 343, 344; *ders.*, MDR 2004, 63; *ders.*, ZfIR 2006, 189 f.; *ders.*, ZfIR 2010, 603; *Vossius*, notar 2014, 1.

¹³ Vgl. auch *Solveen*, RNotZ 2002, 323: „Anwendungsbereich der Zwei-Wochen-Frist (...) in doppelter Hinsicht eingeschränkt.“

¹⁴ *Terner*, NJW 2013, 1406: „Dadurch ist der Notar in der Lage, die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist zu kontrollieren, und wird zugleich vom Verbraucher als fachkundiger und neutraler Ansprechpartner bereits im Vorfeld der Beurkundung wahrgenommen.“

¹⁵ *Rieger*, DNotZ 2013, 329 f.; *ders.*, MittBayNot 2002, 325, 334; aber keine Einigung der „Anwendung der Regelfrist auf Immobiliengeschäfte, die durch unseriöse Absatzmethoden“ hervorgerufen werden.

¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 14/9266, S. 24: „Das Beurkundungsgesetz vom 28.8.1969 (BGBl I, S. 1513), zuletzt geändert durch (...), wird wie folgt geändert:

1. Dem § 17 Abs. 2a werden folgende Sätze angefügt:

„Insbesondere bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass

1. die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden, und

2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen; im Regelfall geschieht dies dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird. Weitere Amtspflichten des Notars bleiben unberührt.“

¹⁷ Dazu auch *Rieger*, MittBayNot 2013, 330 Fn. 5; allgemein zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Schmucker*, DNotZ 2002, 510.

¹⁸ Dazu *Terner*, NJW 2013, 1405; *Solveen*, RNotZ 2002, 324; *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 288.

¹⁹ *Rieger*, MittBayNot 2013, 331.

²⁰ So *Rieger*, MittBayNot 2013, 331: In diesen Fällen verbleibe es bei der allgemeinen Amtspflicht, darauf hinzuwirken, dass ausreichend Gelegenheit zur Vorbereitung der Beurkundung besteht; ebenso wohl *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 17 Rdnr. 95, 98.

²¹ *Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 194; *Struck*, MittBayNot 2003, 259, 263; *Pützhoven*, NotBZ 2002, 273.

und einem Verbraucher (§ 13 BGB) geschlossen wurden.²² Existenzgründer sind dabei, wie im Umkehrschluss aus § 512 BGB folgt, nicht als Verbraucher anzusehen.²³ Bei der Beurteilung dieser personellen Anforderungen darf der Notar den Angaben der Beteiligten Glauben schenken.²⁴ Mit Blick auf Maklerklauseln, die häufig in Form eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) Eingang in die Kaufvertragsurkunde finden, erscheint aber fraglich, ob bei einem zwischen zwei Verbrauchern geschlossenen Kaufvertrag auch die Unternehmereigenschaft des begünstigten Maklers genügt, um die Anwendungsvoraussetzungen von § 310 Abs. 3 BGB und § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu erfüllen.²⁵

III. Anwendbarkeit von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG auf Maklerklauseln

1. Die allgemeine Bedeutung von Maklerklauseln

Mit dem Begriff der „Maklerklausel“²⁶ ist zunächst keine bestimmte Gestaltungsweise verbunden. Vielmehr verbirgt sich dahinter zunächst eine Sammelbezeichnung für Vereinbarungen unterschiedlicher Art, die im notariellen Grundstückskaufvertrag eine Regelung zur Courtageberechtigung des am Geschäftsabschluss beteiligten Maklers treffen.²⁷ Die Vorteile der Aufnahme einer bestimmten Maklerklausel in die notarielle Urkunde manifestieren sich häufig erst im konkreten Einzelfall. Insbesondere aber, weil der Makler nach der Vorstellung des Gesetzgebers und der Rechtsprechung seinen Provisionsanspruch nur unter strengen, erfolgsbezogenen Voraussetzungen (§ 652 Abs. 1 BGB) verdient,²⁸ wird von Maklern versucht, ihre Courtageberechtigung mit der Maklerklausel auf eine zusätzliche Grundlage zu stellen.²⁹ Ratsam ist dies insbesondere, wenn es im Vorfeld versäumt wurde, eindeutig auf das Provisionsverlangen hinzuweisen.³⁰ Durch die Maklerklausel kann die fehlende maklervertragliche Abrede im Sinne von § 652 Abs. 1 BGB substituiert werden. Eine entsprechende Klausel, die dem Makler ein unmittelbares Forderungsrecht (§ 328 Abs. 1 BGB) verleiht, könnte etwa lauten:³¹

22 Dagegen war in der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes dieses subjektive Erfordernis noch weit weniger stringent formuliert, BT-Drucks. 14/9266, S. 51: „Die in Nr. 1 und 2 genannten Vorkehrungen gelten grundsätzlich auch für Verträge, an denen auf beiden Seiten Verbraucher beteiligt sind. Hier wird aber eher eine Ausnahme anzunehmen sein, weil Geschäfte zwischen zwei Privatleuten in der Regel eingehender vorbesprochen sind als Geschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. So sind etwa Verträge unter Verwandten häufig schon lange vor der Beurkundung im Einzelnen beraten, so dass die Einräumung einer Überlegungsfrist nicht mehr geboten erscheint.“

23 BGH, Beschluss vom 24.2.2005, III ZB 36/04, NJW 2005, 1273, 1274; BGH, Urteil vom 15.11.2007, III ZR 295/06, NJW 2008, 435.

24 *Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 200.

25 So bereits *Grziwotz*, MDR 2004, 63.

26 Dazu ausführlich MünchKommBGB/H. Roth, § 652 Rdnr. 33.

27 *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 357, 362; *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 1 ff.; *Frohne*, NotBZ 2008, 58 ff.

28 MünchKommBGB/H. Roth, § 652 Rdnr. 5 f.; *Schwerdtner/Hamm*, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rdnr. 27, 28.

29 Vgl. bereits *Althammer*, ZfIR 2012, 768; *ders.*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 1 f.

30 Vgl. aktuell OLG Hamm, Urteil vom 21.6.2012, I 18 U 17/12, NJW-RR 2013, 170; *Althammer*, ZfIR 2012, 768; *Zopfs*, Das Maklerrecht in der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl. 1996, Rdnr. 10; *Ibold*, Maklerrecht, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 38.

31 Vergleichbar BGH, Urteil vom 14.12.1995, III ZR 34/95, BGHZ 131, 318; *Althammer*, ZfIR 2012, 765 f.

„Der Käufer verpflichtet sich, auch dem Verkäufer gegenüber, an den Vermittler die Provision in Höhe von ... % aus dem Kaufpreis zu zahlen. Der Makler erhält mit dieser Vereinbarung einen selbständig begründeten Anspruch.“

Bei einer derartigen Vertragsgestaltung muss der Notar aber vor allem die Interessen der beteiligten Kaufvertragsparteien (§ 14 BNotO) im Blick haben und darf nicht nur dem Wunsch des Maklers auf Mitbeurkundung einer Klausel nachkommen wollen.³² Andererseits kann die Aufnahme einer Maklerklausel in die Urkunde wegen § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB sogar zwingend sein, etwa wenn mit dieser Gestaltung der Käufer eine bereits existente Provisionspflicht des Verkäufers gegenüber dem Makler (§ 652 Abs. 1 BGB) im Sinne einer zusätzlichen Gegenleistung für die Grundstücksübertragung übernehmen soll.³³ Auch für den Fall, dass die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts zu erwarten ist, wird die Aufnahme einer entsprechenden Maklerklausel in der Kautelarliteratur empfohlen.³⁴ Für die Verwendung von Maklerklauseln gilt es somit, verallgemeinernde Ratschläge möglichst zu vermeiden. Stattdessen bedarf es einer situativen Betrachtungsweise unter Einbeziehung der Interessen aller Beteiligten.³⁵ Dies wird im Folgenden auch für die Frage der Anwendbarkeit von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu gelten haben. Zudem muss der Notar auf eine eindeutige und zweifelsfreie Formulierung besonderen Wert legen.³⁶

2. Meinungsspektrum im Schrifttum

Nach einigen Stimmen in der Kautelarliteratur soll eine als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) ausgestaltete Maklerklausel wohl stets die Zwei-Wochen-Frist auslösen können. Insbesondere bei einer Gestaltung, welche einen Rechtsanspruch des Maklers begründe und sich nicht allein auf eine bloße Nachweisabrede beschränke,³⁷ soll es sich nach *Grziwotz* um einen Verbrauchervertrag im Grundstücksverkehr handeln, so dass § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zur Anwendung komme.³⁸ *Grziwotz* verweist dabei auf die in der Tat paradoxe Konsequenz, dass die auf Wunsch des Maklers mitbeurkundete Klausel zu einer Verzögerung des Geschäfts führe, an dessen raschem Abschluss er gerade interessiert sei („Eigentor des Maklers“).³⁹ *Suppliet* argumentiert hingegen

32 So *H. Roth*, vgl. *Schröder*, Diskussionsbericht in *Thode/Uechtritz/Wochner*, RWS-Forum 19 Immobilienrecht 2000, 2001, S. 171; ebenso zutr. *Grziwotz*, ZfIR 2006, 58.

33 *Piehler*, DNotZ 1983, 23; *ders.*, DNotZ 1983, 229 f.; *Wichert* in *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, Schuldrecht, 2. Aufl. 2012, § 652 Rdnr. 213; *Althammer*, ZfIR 2012, 765 f.

34 *Hitzlberger*, NJW 1982, 2855; *Brambring* in *Brambring/Jerschke*, Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, A I Rdnr. 185; a. A. *Grziwotz*, ZfIR 2006, 58.

35 Dazu bereits *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 29 ff.; *ders.*, ZfIR 2012, 767.

36 *Hitzlberger*, NJW 1982, 2854, 2855.

37 Eine bloße Nachweisabrede war etwa Gegenstand der Entscheidung LG Erfurt, Urteil vom 10.6.1999, 7 O 3165/98, NJW-RR 2001, 1132.

38 *Grziwotz*, ZfIR 2006, 189, 190; *ders.*, notar 2013, 343, 344; *ders.*, MDR 2004, 63; *ders.*, ZfIR 2010, 603.

39 *Grziwotz*, MDR 2004, 63; so insbesondere *ders.*, ZfIR 2010, 603. In notar 2013, 344 trifft *Grziwotz* eine noch deutlichere Aussage: „Liegt ein Grundstücksgeschäft zwischen zwei Verbrauchern vor, in dem zugunsten des vermittelnden Maklers eine Provisionsklausel aufgenommen wird, liegt (...) ein Immobilienverbrauchervertrag vor. Selbst wenn die Wartefrist bei zwei Verbrauchern nicht einzuhalten ist, löst der Wunsch des Maklers nach Aufnahme einer ihn begünstigenden Klausel sie aus.“

vor allem aus der Sicht von § 310 Abs. 3 BGB:⁴⁰ Enthaltene notarieller Grundstückskaufvertrag, an dem auf Verkäufer- und Erwerberseite ausschließlich Verbraucher beteiligt seien, eine Provisionsklausel zugunsten des unternehmerischen Maklers (§ 328 Abs. 1 BGB), komme nicht nur eine AGB-Kontrolle in Betracht, vielmehr sei auch in beurkundungsverfahrenrechtlicher Hinsicht ein „Verbrauchervertrag“ im Sinne von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG anzunehmen. Insoweit gelte die 14-tägige Wartefrist.⁴¹

Im traditionellen Kommentar von *Winkler* zum Beurkundungsgesetz findet sich hingegen eine wesentlich restriktivere Sichtweise:⁴² Danach löse eine Maklerklausel, die als solche nicht dem Beurkundungszwang nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterliege, trotz Unternehmerbeteiligung keine Wartefrist im Sinne von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG aus, „wenn sie als Nebenabrede in einem Vertrag ausschließlich zwischen Verbrauchern vereinbart wird, der der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 BGB unterliegt“.⁴³ Denn hier bestehe die Verpflichtung bereits vorher, die Aufnahme in den Notarvertrag sei nur deklaratorisch und stelle keine neue Belastung dar, so dass der Schutzzweck der Wartefrist nicht greife.⁴⁴ Anderes sei hingegen anzunehmen, wenn hinsichtlich des Maklerhonorars eine sofortige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in die Urkunde aufgenommen werde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), da hier der Notarvertrag eine zusätzliche konstitutive Belastung (zugunsten des Unternehmers) enthalte.⁴⁵

Der dargestellte Meinungsstreit zeigt zunächst mit Deutlichkeit, dass es einerseits wichtig ist, zwischen den sachlichen und personellen Anwendungsvoraussetzungen von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu differenzieren. Andererseits muss aber auch dem situativen Kontext Bedeutung beigemessen werden, in dem Maklerklauseln zum Einsatz kommen. Beide Aspekte kommen in der bisherigen Diskussion noch zu kurz. Gerade im Zusammenhang mit Maklerklauseln sollten aber, wie gesehen (oben III 1.), Pauschalurteile möglichst vermieden werden.

3. Situative Betrachtungsweise

Richtigerweise gelten die notarielle Pflicht, dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts zur Verfügung zu stellen, und die damit verbundene Regelfrist von zwei Wochen nur für Maklerklauseln, die selbst nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig sind.⁴⁶ Diese Überlegung ergibt sich meines Erachtens eindeutig aus dem grundstücksbezogenen Kontext der Vorschrift § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG und somit aus gesetzesteleologischen Gründen (siehe auch oben II.). Denn in anderen Fällen ist die Maklerklausel gewissermaßen nur „bei Gelegenheit“ in die notarielle Urkunde gelangt. Auf diese Weise lassen sich bereits eine Reihe von Klauseln aus dem sachlichen Anwendungsbereich von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG aussondern (näher unten b). Ob eine Maklerklausel § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterfällt, richtet sich nach der konkreten Gestaltung und insbesondere der Interessenlage der Parteien.

⁴⁰ *Suppliet*, DNotZ 2012, 270, 285, der darauf hinweist, dass durch diese Sperrigkeit in zeitlicher Hinsicht deutlich gezeigt werde, dass der Notar nicht Teil der Vertriebsstruktur des Maklers sei.

⁴¹ *Suppliet*, DNotZ 2012, 270, 285.

⁴² *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 17 Rdnr. 95, 98, 156.

⁴³ *Winkler*, § 17 Rdnr. 95, 98; ähnlich *Rieger*, MittBayNot 2013, 331.

⁴⁴ *Winkler*, § 17 Rdnr. 95, 98.

⁴⁵ *Ebda*.

⁴⁶ Die Aussage von *Winkler* wäre insoweit noch konkretisierungsbedürftig.

a) Abwälzungsvereinbarungen

Beurkundungsbedürftig ist grundsätzlich jede Art von Veräußerungs- oder Erwerbsverpflichtung, welche unmittelbar zu einer Änderung der Eigentumszuordnung führt.⁴⁷ Im Falle von Maklerklauseln kann dabei der inhaltlichen Verknüpfung mit dem Grundstücksgeschäft maßgebliche Bedeutung zukommen.⁴⁸ Will etwa der bereits dem Immobilienmakler nach § 652 Abs. 1 BGB verpflichtete Verkäufer diese Kosten auf den Käufer abwälzen, bedarf eine entsprechende Vereinbarung der Beurkundung, da sie wenigstens einen Teil der vom Käufer zu erbringenden Gegenleistung verkörpert.⁴⁹ Denn § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterfallen sämtliche Gestaltungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten das Veräußerungsgeschäft zusammensetzt.⁵⁰ Insoweit handelt es sich zumindest um ein kraft Parteiwillen zusammengesetztes Rechtsgeschäft (Rechtsgedanke von § 139).⁵¹ Auch die Tatsache, dass die Nebenabrede in Gestalt des Immobilienmaklers mit einer dritten Person geschlossen wurde, steht dem Beurkundungszwang nicht entgegen.⁵² Deswegen bedürfte auch eine Schuldübernahme zwischen Übernehmer und Makler (§ 414 BGB) der Beurkundung.⁵³ Die Abwälzung der Provision kann daneben auch in Gestalt einer Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) oder – häufiger – eines echten Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) erfolgen.⁵⁴ Im Ergebnis stellen sich diese lastenverteilenden Maklerklauseln als Teil des kaufvertraglichen Synallagmas dar.⁵⁵ Ob der Makler ein selbständiges Forderungsrecht erwirbt, hängt hingegen, wenn eindeutige Formulierungen fehlen, allein von der Auslegung der konkreten Klausel ab.

Auch wenn der Immobilienmakler von vornherein gegenüber seinem Verkäufer-Auftraggeber auf eine Provision unter der Bedingung verzichtet haben sollte (sog. Nettoauftrag), dass dieser die Zahlung durch den Käufer sicherstellt, um so seine subsidiäre Ausfallhaftung zu vermeiden, unterfällt die vollziehende Maklerklausel in Gestalt von § 328 Abs. 1 BGB dem Beurkundungszwang (Abwälzung im weiteren Sinne)⁵⁶. Hier handelt es sich wiederum um einen Teil der synallagmati-

⁴⁷ MünchKommBGB/Kanzleiter, § 311b Rdnr. 21; *Staudinger/Schumacher*, Neubearb. 2011, § 311b Rdnr. 37; näher *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 113 ff.

⁴⁸ *Dehner*, NJW 1997, 27; *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 113.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 14.10.1992, IV ZR 9/92, NJW-RR 1993, 119; *Bethge*, NZM 2002, 195; *Piehler*, DNotZ 1983, 23; *ders.*, DNotZ 1983, 229; *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 357, 358; *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 113.

⁵⁰ MünchKommBGB/Kanzleiter, § 311b Rdnr. 50.

⁵¹ BGH, Urteil vom 24.9.1987, VII ZR 306/86 BGHZ 101, 393, 396; *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 359; *Piehler*, DNotZ 1983, 30.

⁵² BGH, Urteil vom 6.11.1980, VII ZR 12/80, NJW 1981, 274; MünchKommBGB/Kanzleiter, § 311b Rdnr. 51 f.; restriktiv dagegen *Korte*, DNotZ 1984, 3, 21.

⁵³ Es erscheint in diesem Zusammenhang nicht erforderlich, den Formbedarf auf Fälle zu beschränken, in denen dem Verkäufer das Recht zusteht, Leistung an den Dritten zu verlangen, so aber OLG Brandenburg, Urteil vom 5.12.1995, 6 U 23/95, NJW-RR 1996, 978, 979; großzügiger die Formulierung bei BGH, Urteil vom 22.3.1991, V ZR 318/89, NJW-RR 1991, 1031, 1032; näher *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 115, Fn. 40.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 20.11.2008, III ZR 60/08, DNotZ 2009, 377; *Wichert* in *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, Schuldrecht, 2. Aufl. 2012, § 652 Rdnr. 213.

⁵⁵ Vgl. auch *Althammer*, ZfIR 2012, 767.

⁵⁶ *Piehler*, DNotZ 1983, 29, 30; *H. Roth*, Maklerklauseln (Fn. 32), S. 157; *Althammer*, ZfIR 2012, 370 ff.; a. A. von *Gerkan*, DNotZ 1983, 227. Ein Interesse des Verkäufers, seiner eigenen Inanspruchnahme mittels einer Abwälzungsvereinbarung im Grundstückskaufvertrag zu entgehen, existiert auch, sofern die Ausübung von Vorkaufsrechten wahrscheinlich ist.

schen Gegenleistung des Käufers.⁵⁷ Ebenso kann es liegen, wenn der Erwerber einen Maklervertrag abschließt⁵⁸ und der Verkäufer zusätzlich auf die Aufnahme einer flankierenden Regelung zugunsten des Maklers (§ 328 Abs. 1 BGB) drängt, wenngleich dann nur die Drittberechtigung des Maklers, nicht jedoch der Maklervertrag mit dem Käufer zu beurkunden ist.⁵⁹ Voraussetzung dafür ist aber stets, dass durch die Maklerklausel eine Lastenverteilung zwischen den Kaufvertragsparteien bewirkt werden soll. Eine reine privatschriftliche Vereinbarung würde dann die Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages nach sich ziehen (§ 125 BGB),⁶⁰ sofern die Parteien nicht von Anfang an um die Teilnichtigkeit wussten.⁶¹ Erfährt der Notar von entsprechenden Zusatzvereinbarungen, muss er auf den Beurkundungsbedarf hinweisen (§ 17 Abs. 1 BeurkG).⁶² Als Resümee kann zunächst festgehalten werden, dass beurkundungsbedürftig sämtliche Provisionsgestaltungen sind, die Einfluss auf das kaufvertragliche Austauschverhältnis nehmen und die Abwälzung der Provisionspflicht auf den Erwerber tatsächlich bei der Kaufpreisbemessung Berücksichtigung erfährt.⁶³ In diesen Fällen liegt auch der notwendige Grundstücksbezug vor, den § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG durch seine Verweisung auf § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt. Denn nach der Intention des Gesetzgebers lösen andersartige Vereinbarungen, die lediglich im äußeren, aber nicht inhaltlichen Zusammenhang mit der notariellen Beurkundung des Grundstücksgeschäfts stehen, die verbraucherschützende Wartefrist nicht aus.⁶⁴

b) Deklaratorische und konstitutive Gestaltungen anlässlich der Beurkundung

Damit fallen sowohl Maklerklauseln, die eine deklaratorische Regelung zum Courtageanspruch des beteiligten Maklers treffen (etwa in Form eines Einwendungsausschlusses), als auch Klauseln, die erstmals konstitutiv eine Provisionspflicht des Maklers in der Urkunde begründen wollen,⁶⁵ aus dem Anwendungsbereich von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG heraus, sofern sie, was der Regelfall ist, das kaufvertragliche Synallagma nicht nachweislich berühren. Denn diese aus Sicht von Käufer und Verkäufer rein fremdnützigen Klauseln unterliegen nicht dem Beurkundungszwang von § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, was von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG meines Erachtens vorausgesetzt wird, um eine sinnwidrige Ausdehnung der Vorschrift zu verhindern. Die Unterscheidung zwischen deklaratorischer und konstitutiver Klausel, wie sie etwa in der Kommentierung von *Winkler* Andeutung findet,⁶⁶ kann im Einzelfall zwar hilfreich sein, für die Auslegung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG wird sie dagegen eher sekundär sein, da die Übergänge zwischen den Gestaltungsformen

häufig fließend sind, und damit keine trennscharfe Abgrenzung geleistet wird. Nicht beurkundungsbedürftig ist nach dem Gesagten etwa ein im Beurkundungstermin abgegebenes „echtes“ Maklerlohnversprechen (§ 652 BGB).⁶⁷ Ebenso ist für ein Provisionsversprechen im Sinne von § 328 Abs. 1 BGB zu entscheiden, dessen Mitbeurkundung der Makler anregt, um nur die Unsicherheiten hinsichtlich des Zustandekommens eines Maklervertrages mit dem Kunden zu überwinden. Die Mitwirkungsfunktion des Versprechensempfängers bei der Beurkundung ist hier mehr „technischer Art“.⁶⁸ Offensichtlich ist die fehlende Beurkundungspflicht schließlich bei einem abstrakten oder deklaratorischen Schuldanerkenntnis, das unmittelbar gegenüber dem Makler abgegeben wird, sofern das kaufvertragliche Austauschverhältnis nicht berührt wird.⁶⁹ Ebenfalls keinem Beurkundungsbedarf unterliegen reine Bestätigungsklauseln,⁷⁰ welche keine von einem Maklervertrag im Sinne von § 652 Abs. 1 BGB unabhängige Provisionspflichten statuieren wollen. In all diesen Fällen löst die Aufnahme der Klausel auch nicht die Wartefrist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG aus. Vielmehr wäre aus Sicht des Notars stattdessen zu überlegen, ob mit der Beurkundung der Klausel nicht allein dem Wunsch des Maklers entsprochen wird, dem dadurch die Möglichkeiten des Urkundenbeweises zugute kommen (§§ 415, 420 ZPO).⁷¹ In diesem Kontext werden Klauseln, die ausschließlich dazu dienen, einen Anspruch des Maklers zu begründen sowie dessen Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung zu erleichtern (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), mit Recht kritisch bewertet.⁷² Ihre Aufnahme in die notarielle Kaufvertragsurkunde wird vielfach nicht dem Parteiwillen von Käufer und Verkäufer entsprechen. Gerade in solchen Fällen sollte eine Mitbeurkundung abgelehnt werden, so dass sich die Frage des Eingreifens von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG von vornherein nicht stellt.⁷³ Wie erwähnt (oben III 2.), wird andererseits von einzelnen Stimmen gerade im Fall einer sofortigen Vollstreckungsunterwerfung zugunsten des Maklers (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) ein Bedarf für ein Eingreifen der verbraucherschützenden Wartefrist gesehen.⁷⁴ Entgegen *Bohrer*⁷⁵

⁵⁷ *Bethge*, NZM 2002, 196.

⁵⁸ § 654 BGB ist auch im Falle eines Nettoauftrags anzuwenden, MünchKommBGB/H. *Roth*, § 654 Rdnr. 7.

⁵⁹ Maklerverträge selbst sind nur ausnahmsweise beurkundungspflichtig, näher BGH, Urteil vom 18.12.1970, IV ZR 1155/68, NJW 1971, 557; BGH, Urteil vom 4.10.1989, IV a ZR 250/88, NJW-RR 1990, 57.

⁶⁰ *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 359 f.

⁶¹ Näher *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 119.

⁶² *Piehler*, DNotZ 1983, 22; *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 359; *Bethge*, NZM 2002, 194, 195; *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 119 f.

⁶³ *Piehler*, DNotZ 1983, 30; *Bethge*, NZM 2002, 193, 195; *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 358.

⁶⁴ In diesem Sinne wohl auch *Rieger*, MittBayNot 2013, 331.

⁶⁵ Ebenso *Bethge*, ZfIR 1997, 368; *Althammer*, ZfIR 2012, 768.

⁶⁶ *Winkler*, § 17 Rdnr. 95, 98; diese Unterscheidung greift auch *Vossius*, notar 2014, 1, auf, ohne diese ausdrücklich zu befürworten.

⁶⁷ Zu einer solchen Gestaltung BGH, Urteil vom 6.3.1991, IV ZR 53/90, NJW-RR 1991, 820.

⁶⁸ So *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 117; *ders.*, ZfIR 2012, 767 f.

⁶⁹ Zutreffend *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 358; *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 117.

⁷⁰ Vgl. zu einer reinen Nachweisabrede LG Erfurt, Urteil vom 10.6.1999, 7 O 3165/98, NJW-RR 2001, 1132.

⁷¹ *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, 33. Aufl. 2012, § 415 Rdnr. 1. Vgl. im Übrigen auch den insoweit bedenklichen KammerReport Heft 2/2010 der Westfälischen Notarkammer.

⁷² Richtig *Grziwotz*, ZfIR 2010, 183, 186 ff.; *ders.*, ZfIR 2010, 601, 609; *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, 2. Aufl. 2010, Teil 2, Kap. 2 Rdnr. 413; *Althammer*, ZfIR 2012, 769 f.; a. A. *Würdinger*, JZ 2009, 349, 355; lediglich in den oben beschriebenen Abwältzungssituationen kann im Einzelfall auch eine Vollstreckungsunterwerfung zugunsten des Maklers hinnehmbar sein, *Piehler*, DNotZ 1983, 22 (27).

⁷³ Näher *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 250 f.; siehe zur Diskussion auch den treffenden Kommentar von *Vossius*, notar 2014, 1: „Ein guter Vorsatz für das neue Jahr wäre daher, einfach nur das zu beurkunden, was dem Interesse der Parteien des Kaufvertrages entspricht und Dritten nicht zu viel Einfluss auf den Vertragsinhalt einzuräumen. Statt Makler durch Verpflichtungen zu ihren Gunsten im Kaufvertrag vermeintlich gewogen zu stimmen, könnte man auch durch eine gute Vorbereitung, eine auf die Beteiligten zugeschnittene Beurkundungsverhandlung und einen flinken Vollzug für sich werben. Dann werden die Beteiligten sagen, dass der Makler einen guten Notar empfohlen hat und auch daher seine Maklercourtage wert ist. Das wäre doch mal ein echter Qualitätswettbewerb.“

⁷⁴ *Winkler*, § 17 Rdnr. 95, 98.

⁷⁵ *Bohrer*, DNotZ 2002, 591.

kann aber hier ein Eingreifen von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht bereits deswegen abgelehnt werden, weil dem Gesetzgeber bei der Normkonzeption angeblich nur „Verbraucherverträge“ vorschwebten, die zumindest (auch) dem Formzweck „Übereilungsschutz“ dienen.⁷⁶ Stattdessen ist die Art des der Beurkundung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts zunächst ohne Bedeutung.⁷⁷

c) Zwischenfazit

Beeinflusst die Maklerklausel in den beschriebenen Abwältungsfällen das kaufvertragliche Synallagma, ist sie als beurkundungsbedürftige Nebenabrede in den den Beteiligten zur Verfügung gestellten Entwurf aufzunehmen, so dass, sofern auch die subjektiven Voraussetzungen (dazu unten 4.) vorliegen, die Wartefrist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG greift. Diese Kombination objektiver und subjektiver Voraussetzungen wird aber selten genug vorliegen (vgl. auch unten IV.). Gelangt die Maklerklausel erst nach Übermittlung des Entwurfs an den Verbraucher in den Vertragstext, lässt diese Änderung auch eine nochmalige Übermittlung erforderlich werden, wenn die Vereinbarung auf Initiative des Unternehmers Eingang in die Urkunde gefunden hat.⁷⁸ Hingegen gewährt § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG keinen Schutz gegen im Beurkundungstermin selbst vorgenommene Änderungen, welche auf notarieller Belehrung beruhen.⁷⁹ Erfährt der Notar erstmals zu diesem Zeitpunkt von der internen Abwältungsvereinbarung, wird durch die Aufnahme einer Maklerklausel keine neue Zweiwochenfrist gestartet. Weil § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG den intendierten „Übereilungsschutz“⁸⁰ nur in das Beurkundungs-(Vor)verfahren inkorporieren will,⁸¹ gewährt sie gegenüber konstitutiven und deklaratorischen Klauseln, die erst im Beurkundungstermin selbst initiiert werden, ohnehin keinen Schutz.⁸²

d) Maklerklauseln in Vorkaufsfällen

Nur angedeutet sei, dass die beschriebene situative Unterscheidung (oben a und b) auch mit Blick auf die mögliche Ausübung von Vorkaufsrechten gilt.⁸³ Die Immobilienpraxis will in diesem Zusammenhang den Vorkaufsberechtigten an eine Gestaltung im Grundstückskaufvertrag (§§ 328, 464 Abs. 2 BGB) binden, welche ihm die Vergütung des beteiligten Maklers auferlegt.⁸⁴ Klauseln, welche das kaufvertragliche Austauschverhältnis nicht berühren und lediglich dem Makler eine (zusätzliche) Provisionsgrundlage verschaffen wollen, stellen sich aber als sog. „Fremdkörper“ im notariellen Kaufvertrag dar und haben nach der Rechtsprechung des BGH keine Wirkung zulasten des Vorkaufsberechtigten.⁸⁵ Auf

ihre Mitbeurkundung sollte deswegen von vornherein verzichtet werden.

4. Personeller Anwendungsbereich: Verbraucher-Unternehmer-Vertrag

In den beschriebenen Abwältungssituationen, in denen die Maklerklausel bereits nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig ist, löst sie bei Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB auch die gesetzliche Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG aus. Beide Voraussetzungen müssen aber, was häufig übersehen wird, kumulativ gegeben sein. Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang nun, ob im Falle eines Vertrages zugunsten Dritter bereits die Unternehmereigenschaft des Maklers genügt (oben III 2). Hier wird meist eine Parallele zu § 310 Abs. 3 BGB gezogen: Hiernach komme der Unternehmereigenschaft eines gewerblich tätigen Maklers auch dann entscheidende Bedeutung zu, wenn das Grundstücksgeschäft selbst zwischen Privatpersonen abgeschlossen wird. Auf § 310 Abs. 3 BGB könne jedenfalls dann zurückgegriffen werden, wenn der Makler bewusst auf die Einbeziehung der Klausel gedrängt habe, ohne dass eine formale Vertragspartnerschaft vorliegen müsste.⁸⁶ Ein Verbrauchervertrag wäre danach also anzunehmen, obwohl „es sich bei den ‚eigentlichen‘ Kaufvertragsparteien um zwei Verbraucher handelt.“⁸⁷ Auch in der Kommentarliteratur zu § 310 Abs. 3 BGB ist anerkannt,⁸⁸ dass „in einem Vertrag zwischen Verbrauchern (§ 13) auf Veranlassung eines drittbegünstigten Unternehmers (...) vorformulierte Vertragsbedingungen“ die Anwendung von § 310 Abs. 3 BGB rechtfertigen können.⁸⁹ Nach Auffassung von *Suppliet*⁹⁰ handle es sich hier nicht um „Drittbedingungen“, die der Makler als unabhängiger Dritter in den Vertrag einführt, sondern die der Makler für sich als unmittelbar Begünstigten stellt.⁹¹

Gegen diese AGB-rechtliche Betrachtungsweise ist im Grundsatz zunächst nicht viel einzuwenden, außer dass bei formaler Sicht nur die Unternehmerstellung einer Vertragspartei interessieren dürfte. Denn § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB will nur über das Merkmal des Stellens hinweghelfen, aber nicht den Verwenderbegriff erweitern. Doch mag man dies großzügiger bewerten, weil der Makler der unmittelbar Begünstigte der Regelung ist (§ 328 Abs. 1 BGB). Auch der Einwand, dass anstelle einer Ausdehnung des Klauselkontrollsystems auch andere Mechanismen greifen könnten (§ 19 BNotO), sei hier nicht vertieft.⁹² Denn diese großzügige Interpretation der personellen Anforderungen von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG wird sich meist ohnehin nur außerhalb der beschriebenen Abwältungssituationen rechtfertigen lassen, da gerade dort der Makler aktiv an den Notar herantritt und um die Aufnahme einer deklaratorischen oder konstitutiven Klausel ersucht.⁹³

⁷⁶ § 311b Abs. 1, 3 und § 518 Abs. 1 BGB; dazu auch *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 250.

⁷⁷ So *Solveen*, RNotZ 2002, 319.

⁷⁸ Allgemein *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 324; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 332; für die Maklerklausel *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 249 f. Entscheidend für eine neue Wartefrist ist, dass der Vertrag in wesentlichen Punkten geändert wird.

⁷⁹ *Solveen*, RNotZ 2002, 324; *Brambring*, FG Prax 2003, 149; *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 290; *Philippsen*, NotBZ 2002, 137, 140; a. A. *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 604; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 332.

⁸⁰ Vgl. zur Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/9266, S. 50 f.

⁸¹ *Bohrer*, DNotZ 2002, 579, 590 f.; ebenso *Brambring*, FGPrax 2003, 147, 148.

⁸² *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 250.

⁸³ BGH, Urteil vom 11.1.2007, III ZR 7/06, NZM 2007, 256; *Bethge*, NZM 2002, 193, 197.

⁸⁴ Dazu schon *Glaser/Warneck*, Das Maklerrecht in der Praxis, 7. Aufl. 1982, S. 1.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 11.1.2007, III ZR 7/06, NZM 2007, 256; *Bethge*, NZM 2002, 193, 197; *Althammer*, NZM 2008, 27 f.

⁸⁶ *V. Rintelen*, RNotZ 2001, 39.

⁸⁷ So *Grziwotz*, MDR 2004, 62, 63.

⁸⁸ *Staudinger/Jagmann*, Neubearb. 2009, § 328 Rdnr. 23.

⁸⁹ *Grziwotz*, ZfIR 2006, 189.

⁹⁰ *Suppliet*, DNotZ 2012, 270, 285.

⁹¹ So auch *Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 305 Rdnr. 31 und 168a.

⁹² *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 128.

⁹³ *Bethge*, NZM 2002, 198; vorstellbar ist hier das Zusammenwirken des Maklers mit einem „Hausnotar“, so dass der Makler über eine einseitige Gestaltungsmacht verfügt und an die Stelle des Versprechensempfängers rückt, näher v. *Rintelen*, RNotZ 2001, 39; *Althammer*, Maklerklausel (Fn. 11), S. 127. Der Notar sollte sich deswegen dem Wunsch des Maklers verweigern, wenn die Mitbeurkundung nicht auch im Interesse der eigentlichen Urkundenbeteiligten liegt.

Wie gesehen (oben III 3 b), kommt hier aber die Wartezeit nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bereits wegen des fehlenden Grundstücksbezugs (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB) der Vereinbarung nicht zur Anwendung. Bezweckt die Maklerklausel in Gestalt eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) dagegen die Abwälzung einer bestehenden Provisionslast zwischen Verkäufer und Käufer, wird der Makler gegenüber dem Notar seltener aktiv in Erscheinung treten, so dass seine Unternehmereigenschaft gegenüber den Wünschen der beiden beteiligten Verbraucher in den Hintergrund tritt. Denn im Ergebnis handelt es sich um eine weitere Verkaufsbedingung, an der vor allem dem die Provisionslast abwälzenden Verkäufer gelegen sein wird. Dann erscheint es aber gerechtfertigt, von einer Anwendung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG abzusehen, da der Makler als einziger beteiligter Unternehmer aus Sicht des die Provisionspflicht übernehmenden Käufers nur als alternative Zahlstelle zum Verkäufer fungiert. Dass er nach § 328 Abs. 1 BGB ein eigenes Forderungsrecht erwirbt, vermag daran nichts zu ändern, da dieses allein auf dem zwischen zwei Verbrauchern geschlossenen Deckungsverhältnis fußt. Anderes kann in dieser Konstellation nur dann gelten, wenn der Makler die Aufnahme der Maklerklausel entscheidend beeinflusst hat.⁹⁴

⁹⁴ *Bethge*, NZM 2002, 198; v. *Rintelen*, RNotZ 2001, 39; vgl. auch LG Regensburg, Urteil vom 24.3.1994, 3 O 2673/93, Grundeigentum 1994, 519 f.: Dort wurde die Maklerklausel auf Initiative des Maklers Vertragsbestandteil.

IV. Fazit

Der sachliche Anwendungsbereich der Wartezeit (§ 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG) ist nur im Falle einer (lastenverteilenden) Maklerklausel in Gestalt eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB), die das kaufvertragliche Synallagma betrifft und somit selbst dem Beurkundungszwang (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB) unterliegt, eröffnet. Da der personelle Anwendungsbereich der Vorschrift einen Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) voraussetzt, kann die Unternehmereigenschaft des Maklers nur ausnahmsweise über die Tatsache hinweghelfen, dass der eigentliche Kaufvertrag zwischen zwei Verbrauchern geschlossen wurde. Denn maßgeblich sind im Falle von § 328 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Beteiligten des Deckungsverhältnisses. Nur wenn die Maklerklausel auf die entscheidende Initiative des unternehmerischen Maklers hin Eingang in die Urkunde gefunden hat, kann ausnahmsweise von einem Verbrauchervertrag im Sinne von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG gesprochen werden. In den beschriebenen Abwälzungssituationen wird dies jedoch häufig nicht der Fall sein, da hier bereits der Verkäufer des Grundstücks selbst auf die Einbeziehung der Klausel Wert legen wird. Insoweit werden Maklerklauseln nur in seltenen Fällen die Voraussetzungen von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG erfüllen und eine Wartezeit auslösen.

Ehegattenerbrecht zwischen Annahme und Ausschlagung

Von Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen am Rhein

Bei dem Beitrag handelt es sich um die überarbeitete Redefassung des Vortrags des Verfassers bei der ZEV-Tagung in München und Berlin 2013/2014.

I. Problem: Güterstandsabhängiges Ehegattenerbrecht des BGB

1. Gesetzliche Erbquote des Ehegatten

Das System der gesetzlichen Erbfolge des BGB geht vom Verwandtenerbrecht aus. Es gewährt dem überlebenden Ehegatten des Erblassers nur eine variable Erbquote neben dessen Verwandten (§ 1931 Abs. 1 Satz 1 BGB), deren Höhe sich danach richtet, welcher Erbordnung diese Verwandten angehören und in welchem Güterstand die Ehegatten gelebt haben.¹ Dies gebietet folgende Prüfungsreihenfolge bei der Feststellung der Erbquoten verheirateter Erblasser:

Erster Schritt: Zunächst muss festgestellt werden, Verwandte welcher Ordnung neben dem Ehegatten als gesetzliche Erben in Frage kommen (§ 1931 Abs. 1 und 2 BGB).

Zweiter Schritt: Dann ist festzustellen, in welchem Güterstand die Eheleute beim Tod des Erblassers gelebt haben (§ 1931 Abs. 3 und 4, § 1371 BGB).

¹ *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 18.

Dritter Schritt: Darauf ist der Erbanteil des Ehegatten aufgrund der betreffenden Bestimmung zu ermitteln.

Vierter Schritt: Die dann verbleibende Restquote ist nach den Regeln des Verwandtenerbrechts auf die erbberechtigten Verwandten zu verteilen.

Erbt der Überlebende neben Verwandten der ersten Ordnung des Verstorbenen, also neben Abkömmlingen wie Kindern, Enkeln oder Urenkeln, so beträgt sein Erbteil zunächst $\frac{1}{4}$ (§ 1931 Abs. 1 BGB). Neben Eltern und deren Abkömmlingen besteht eine Erbquote des Ehegatten in Höhe von $\frac{1}{2}$, gleiches gilt neben Großeltern. Wenn beim Wegfall einzelner Großeltern nach § 1926 Abs. 3-5 BGB an die Stelle ihre Abkömmlinge treten würden, erbt der überlebende Ehegatte zusätzlich auch noch deren fiktive Anteile (§ 1931 Abs. 1 Satz 2 BGB), so dass sich das den Großeltern insgesamt zustehende $\frac{1}{4}$ um diese Quote mindert. Alleinerbe wird der Ehegatte erst, wenn weder Abkömmlinge noch Eltern noch Großeltern vorhanden sind.

Bei der Gütertrennung ist schließlich noch § 1931 Abs. 4 BGB zu beachten, wonach bei einem oder zwei Kindern des Erblassers der überlebende Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen erbberechtigt sind.

2. Erbrechtliche und güterrechtliche Lösung bei der Zugewinnngemeinschaft

a) Erbrechtliche Lösung

Lebten die Eheleute im Zeitpunkt des Erbfalls im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so verweist § 1931 Abs. 3 BGB auf § 1371 BGB. Danach erhöht sich der gesetzliche Erbteil des Ehegatten, wie er sich aus § 1931 Abs. 1 BGB ergibt, um $\frac{1}{4}$. Die Erhöhung erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob der verstorbene Ehegatte überhaupt einen Zugewinn während der Ehe erzielt hat, d. h. beim überlebenden Ehegatten ein Zugewinndefizit in entsprechender Höhe vorlag. Erbteil nach § 1931 Abs. 1 BGB und Zusatzviertel nach § 1371 Abs. 1 BGB bilden einen einheitlichen Anteil und können daher nur gemeinsam angenommen oder ausgeschlagen werden.² Trotz dieser pauschalierten sog. erbrechtlichen Lösung hat diese Bestimmung allein güterrechtliche Funktion, weil nicht primär die Verstärkung des Ehegattenerbteils beabsichtigt wird, sondern dies nur Mittel zum Zweck, nämlich der güterrechtlichen Lösung ist.³ Die gesetzlichen Erbquoten nach einem im gesetzlichen Güterstand verheirateten Erblasser berechnen sich für Erbfälle ab dem 1.7.1958 wie folgt:

- Neben Abkömmlingen: $\frac{1}{4}$ (§ 1931 Abs. 1 BGB) plus $\frac{1}{4}$ (§ 1371 Abs. 1 BGB) = $\frac{1}{2}$.
- Neben Eltern und anderen Abkömmlingen: $\frac{1}{2}$ (§ 1931 Abs. 1 BGB) plus $\frac{1}{4}$ (§ 1371 Abs. 1 BGB) = $\frac{3}{4}$.
- Neben Großeltern: $\frac{1}{2}$ (§ 1931 Abs. 1 BGB) plus $\frac{1}{4}$ (§ 1371 Abs. 1 BGB) = $\frac{3}{4}$.
- Neben Großeltern und ihren Abkömmlingen: Beim Wegfall einzelner Großeltern (§ 1931 Abs. 1 Satz 2 BGB) erhält der Ehegatte zusätzlich auf diese Abkömmlinge nach § 1926 Abs. 3-5 BGB fiktiv entfallende Erbteile.
- Alle Großeltern sind weggefallen: Der Ehegatte wird Alleinerbe (§ 1931 Abs. 2 BGB).

Geschmälert wird die erbrechtliche Bevorzugung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinnngemeinschaft dadurch, dass er nach § 1371 Abs. 4 BGB aus dem Wert dieses Zusatzviertels eine angemessene Ausbildung etwa vorhandener erbberechtigter Abkömmlinge des Erblassers, die nicht aus der Ehe mit erbberechtigten Ehegatten stammen, finanzieren muss.

b) Wahl der güterrechtlichen Lösung durch Ausschlagung

Wird der Ehegatte gesetzlicher Miterbe, kann er es hierbei belassen und eine Geltendmachung des konkreten ehgüterrechtlichen Zugewinnausgleichs scheidet aus. Er hat aber auch die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil nach §§ 1931, 2303 Abs. 2 BGB sowie den konkreten Zugewinnausgleich zu verlangen (§ 1371 Abs. 3 BGB). Der Pflichtteil des Ehegatten berechnet sich in diesem Fall nach dem nicht erhöhten Erbteil des Ehegatten. Er beträgt neben Abkömmlingen also nur $\frac{1}{8}$ (kleiner Pflichtteil).

Der Zugewinnausgleichsanspruch rangiert dabei dem Range nach vor Vermächtnisansprüchen und Pflichtteilsansprüchen (§ 327 Abs. 1 InsO) und verringert daher die Höhe des der Pflichtteilsberechnung zugrunde liegenden Nachlasses entsprechend (§ 2311 BGB).⁴ Bemerkenswert daran ist, dass der

Ehegatte bei Zugewinnngemeinschaft immer die Wahl hat, ob er die ihm zugefallene Erbschaft erhält oder die Erbschaft ausschlägt, um auf diese Weise den güterrechtlichen Zugewinnausgleich sowie den kleinen Pflichtteil zu erhalten.⁵ Aufgrund der Regelung des § 1371 Abs. 3 BGB kann auch der Ehegatte, der mehr als den großen Pflichtteil erhalten hat, ggf. sogar der Alleinerbe, ausschlagen und statt dessen Zugewinnausgleich und kleinen Pflichtteil verlangen. Dieses Wahlrecht besteht für den Ehegatten ohne Rücksicht darauf, ob die Höhe der Nachlassbeteiligung den Pflichtteil erreicht, und unabhängig davon, ob der Erbteil im Sinne von § 2306 Abs. 1 BGB mit Beschwerden oder Beschränkungen versehen ist.⁶ Falls der überlebende Ehegatte wiederum weder Erbe noch Vermächtnisnehmer geworden ist, sondern völlig enterbt wurde, steht ihm kein Wahlrecht zu, statt des güterrechtlichen Zugewinnausgleiches und des kleinen Pflichtteils auch den großen Pflichtteil aus dem erhöhten Erbteil zu verlangen.⁷

c) Gewillkürte Erbeinsetzung unter dem großen Pflichtteil

Ist der überlebende Ehegatte mit einem Erbteil bedacht, der geringer ist als der Pflichtteil, welcher aus dem erhöhten Erbteil berechnet wird, so steht ihm ein Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB bis zu dem sog. großen Pflichtteil zu.⁸ Gleiches gilt, wenn er mit einem Vermächtnis bedacht ist, das im Wert hinter diesem großen Pflichtteil zurückbleibt (§ 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch hier kann der Ehegatte aber das Erbe ausschlagen, so dass ihm nach § 1371 Abs. 3 BGB der Anspruch auf den kleinen Pflichtteil, berechnet aus dem nicht erhöhten Pflichtteil, und der Anspruch auf rechnerischen Zugewinnausgleich zustehen.⁹

d) Wahlrecht nur bei gesetzlichem Güterstand!

Dieses durch Ausschlagung wahrzunehmende Wahlrecht hat der Ehegatte aber nur beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gemäß §§ 1363 ff. BGB, nicht bei der neuen deutsch-französischen Wahlzugewinnngemeinschaft.¹⁰ Der Wahlgüterstand kennt keinen dem § 1371 Abs. 1 BGB entsprechenden pauschalierten Zugewinnausgleich bei Beendigung des Güterstandes durch Tod eines Ehepartners. Der überlebende Ehegatte kann den rechnerischen Zugewinnausgleich neben seinem gesetzlichen Erbteil (ohne Ausschlagung!) verlangen.¹¹

Überhaupt muss bei gemischt-nationalen Erben stets geprüft werden, ob überhaupt deutsches Güterrecht anwendbar ist. Die Anwendbarkeit deutschen Erbrechts führt nicht zum pauschalierten Zugewinnausgleich, da er sich nach dem anwendbaren Güterrechtsstatut beurteilt. Äußerst streitig ist die Anwendbarkeit des Erhöhungsviertels, wenn zwar ausländisches Erbrecht, aber deutsches Güterrecht auf den Erbfall anwendbar ist. Die wohl herrschende Meinung gewährt zwar in diesem Fall grundsätzlich die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils, jedoch haben Angleichungen zu erfolgen, wenn die

⁵ W. Kössinger in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 1 Rdnr. 26.

⁶ *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 1371 Rdnr. 28.

⁷ BGH, Urteil vom 17.3.1982, IV a ZR 27/81 (Frankfurt), NJW 1982, 2497; a. A. *Lange*, NJW 1965, 369 (Wahltheorie).

⁸ *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 1371 Rdnr. 15.

⁹ *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 1371 Rdnr. 28; *Kerschler/Tanck*, ZAB 1997, 689, 696.

¹⁰ Ratifizierungsgesetz vom 15.3.2013, BGBl 2012 II, S. 178, in Kraft getreten am 1.5.2013; dazu *Jünemann*, ZEV 2013, 353, auch zu Gestaltungsmöglichkeiten.

¹¹ *Jünemann*, ZEV 2013, 353, 358.

² *Bamberger/Roth/Müller-Christmann*, BGB, § 1931 Rdnr. 17.

³ *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 1371 Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Koch*, § 1371 Rdnr. 1.

⁴ *MünchKommBGB/Lange*, § 2311 Rdnr. 13; *Palandt/Brudermüller*, § 2371 Rdnr. 17.

so ermittelte Erbquote über dem Erbteil liegt, der nach der günstigsten Rechtsordnung dem Ehegatten zustehen würde:¹²

Beispiel:

Ein Österreicher stirbt, der in Deutschland lebt und mit deutscher Ehefrau immer gemeinsam in Deutschland gelebt hat.

Gemäß Art. § 25 EGBGB ist österreichisches Erbrecht anwendbar einschließlich des Pflichtteilsrechts, während nach Art. 15 i. V. m. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB deutsches Ehegüterrecht anwendbar ist.

Nach überwiegender Auffassung kommt es zwar zur Erbteils-erhöhung, soweit aber nach österreichischem Recht dem Ehegatten ein Drittel als Erbquote zusteht (§ 757 ABGB), müsste die erhöhte Quote von $\frac{7}{12}$ danach auf $\frac{1}{2}$ angeglichen werden.

Nach anderer Ansicht kommt überhaupt keine Erhöhung in Betracht, da dies nur möglich sei, wenn sowohl deutsches Erbrecht als auch deutsches Güterrecht anzuwenden ist.¹³

Schlägt die Ehefrau jetzt aus, so verliert sie jedenfalls ihr gesamtes Pflichtteilsrecht, da sich dieses nach österreichischem Recht richtet, und behält nur ihren rechnerischen Zugewinnausgleichsanspruch. Nach der Gegenmeinung bekäme sie den aber auch ohne Ausschlagung!¹⁴

3. Das Erbrecht des Lebenspartners

Die erbrechtliche Stellung des eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartners ist der des Ehegatten weitgehend angeglichen. § 10 Abs. 1 und 2 LPartG lehnen sich eng an § 1931 BGB, § 10 Abs. 3 LPartG an § 1933 BGB an. Nach § 10 Abs. 6 LPartG kann der Lebenspartner den Pflichtteil geltend machen, wenn er nicht Erbe ist.

Bei Zugewinnngemeinschaft gilt gemäß § 6 Satz 2 LPartG auch § 1371 BGB entsprechend, so dass sich auch für den Lebenspartner die Frage der Entscheidung zwischen erbrechtlicher und güterrechtlicher Lösung stellt.¹⁵

II. Ausschlagungsentscheidung bei gesetzlicher Erbfolge

1. Die maximale Nachlassbeteiligung des Ehegatten?

Selbst wenn der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe ist, kann es sich durchaus lohnen, den gesetzlichen Erbteil auszuschlagen und den kleinen Pflichtteil sowie den Zugewinnausgleich zu verlangen (taktische Ausschlagung).¹⁶ Ob die erbrechtliche oder die güterrechtliche Lösung für den überlebenden Ehegatten finanziell günstiger ist, hängt davon ab,

- neben welchen Verwandten er erbt,
- in welchem Verhältnis der Zugewinn des verstorbenen Ehegatten zum Gesamtnachlass steht und
- welchen Zugewinn der Überlebende selbst erzielt hat.¹⁷

¹² Palandt/Thorn, Art. 15 EGBGB Rdnr. 26 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.3.2011, 25 Wx 8/11, NJW-RR 2011, 1017; OLG München, Beschluss vom 16.4.2012, 31 Wx 45/12, NJW-RR 2012, 1096; Mankowski, ZEV 2014, 121.

¹³ MünchKommBGB/Birk, Art. 25 EGBGB Rdnr. 158.

¹⁴ OLG Stuttgart, Beschluss vom 8.3.2005, 8 W 96/04, DNotZ 2005, 632; dazu Ludwig, DNotZ 2005, 590, und Dörner, ZEV 2005, 445.

¹⁵ Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 1931 Rdnr. 24.

¹⁶ J. Mayer in Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., § 11 Rdnr. 213; Ivo in Beck'sches Formularbuch Erbrecht, K I 8.

¹⁷ W. Kössinger in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 1 Rdnr. 29 ff.

Danach ergibt sich Folgendes:

- Neben Verwandten der ersten Ordnung muss der Anteil des Zugewinns des verstorbenen Ehegatten am Gesamtnachlass mindestens 85,71 % ($\frac{6}{7}$) betragen, dass sich die Ausschlagung und damit die güterrechtliche Lösung auszahlt.
- Dies gilt jedoch nur, wenn der überlebende Ehegatte selbst keinen Zugewinn erzielt hat.
- Neben Verwandten der zweiten Ordnung bringt die erbrechtliche Lösung mit Annahme der Erbschaft für den überlebenden Ehegatten stets die größere Nachlassbeteiligung.¹⁸

Beispiel:¹⁹

Erblasser E hinterlässt seine Ehefrau F und drei Kinder. Der Nachlass beträgt 200.000 €. Dieser Betrag entspricht auch dem Zugewinn des Ehemannes, der das gesamte Vermögen während der Ehe erworben hat, während die Ehefrau keinen Zugewinn erzielt hat. Es tritt gesetzliche Erbfolge ein.

Schlägt F die Erbschaft nicht aus, steht ihr ein Erbteil in Höhe von 100.000 € zu (Erbquote $\frac{1}{2}$ nach § 1931 Abs. 1, § 1371 Abs. 1 BGB).

Schlägt F die Erbschaft aus, so erhält sie:

den Zugewinnausgleich in Höhe von 100.000 €,

den kleinen Pflichtteil ($\frac{1}{8}$ von 12.500 €),

also insgesamt 112.500 €.

Hat dagegen der erbende Ehegatte ebenfalls Zugewinn erzielt, so muss zuerst die Zugewinnausgleichsforderung berechnet werden. Erst wenn diese mehr als $\frac{3}{7}$ des Nachlasses ausmacht (= 42,86 %), wird der güterrechtliche Ausgleich wirtschaftlich interessant.²⁰

2. Berücksichtigung von Vorempfängern an den erbenden Ehegatten und an Dritte

a) Zuwendungen an den erbenden Ehegatten

Vorsicht ist aber geboten, da auf die Zugewinnausgleichsforderung des Ehegatten die Zuwendungen angerechnet werden, die der verstorbene Ehegatte dem erbenden Ehegatten mit der Bestimmung der Anrechnung nach § 1380 Abs. 1 Satz 1 BGB gemacht hat. Hierunter fallen beispielsweise auch Lebensversicherungen.²¹ Dabei besteht für Zuwendungen eine Anrechnungsvermutung, die den Wert von Gelegenheitsgeschenken, die nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich sind, übersteigen (§ 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Beweislast, dass die Zuwendung nicht angerechnet werden sollte, trägt daher der Empfänger.²² Nach herrschender Meinung wird eine Zuwendung des anderen Ehegatten nicht gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen des Empfängers zugerechnet, sondern erhöht dessen Zugewinn. Dies führt dazu, dass der Zugewinnausgleich des erbenden Ehegatten nach der güterrechtlichen Lösung verkürzt wird.²³

¹⁸ W. Kössinger in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 1 Rdnr. 30.

¹⁹ Nach Kerscher/Tanck, ZAP 1997, 689, 696; siehe auch Siebert, ZEV 2010, 454.

²⁰ Geißler, BWNotZ 1998, 38, 40.

²¹ Dazu das Beispiel von Bonefeld, ZErB 2002, 154, 155.

²² Palandt/Brudermüller, § 1380 Rdnr. 20.

²³ BGH, Urteil vom 26.11.1981, IX ZR 91/80 (Frankfurt), NJW 1982, 1093; Palandt/Brudermüller, § 1374 Rdnr. 15; Siebert, ZEV 2010, 454.

Beispiel:

Im vorherigen Beispiel hat der Erblasser seinem erbenden Ehegatten während der Ehe 50.000 € zugewendet, welche auch noch bei Scheidung in dessen Vermögen vorhanden sind. Dies führt dazu, dass der Zugewinnausgleichsanspruch nach der güterrechtlichen Lösung um 25.000 € geringer ist und somit zusammen mit dem kleinen Erbteil den halben Erbteil nicht mehr erreicht:

Zugewinn: 75.000 €,

kleiner Pflichtteil: 15.625 €

= 90.625 €.

Kann der Empfänger der Zuwendung neben dem rechnerischen Zugewinnausgleich seinen Pflichtteil fordern, so ist außerdem zu ermitteln, ob der verstorbene Ehegatte den Vorausempfang gemäß § 1380 BGB auf die Ausgleichsforderung anrechnen oder aber gemäß § 2315 auf den Pflichtteil anrechnen wollte.²⁴

Eine Anrechnung kann sogar dann zu einer weiteren Kürzung des Zugewinnausgleichsanspruchs führen, wenn der Vorausempfang nicht mehr oder nicht mehr in voller Höhe im Endvermögen des Empfängers vorhanden ist. Der Zuwendungsempfänger trägt damit das Risiko der Entwertung oder des Verlustes der Zuwendung allein. Dies ergibt sich aus der im § 1380 Abs. 2 BGB bestimmten Berechnungsart, die auf den Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung abstellt.²⁵

Beispiel:

Nehmen wir an, im vorhergehenden Fall sei die Zuwendung von 50.000 € beim erbenden Ehegatten nicht mehr vorhanden. Trotzdem muss er sich den Wert dieser Zuwendung auf seinen Zugewinn anrechnen lassen. Durch seinen um 50.000 € erhöhten Zugewinn vermindert sich sein Zugewinnausgleich ebenfalls um 25.000 €, obwohl er real überhaupt keinen Zugewinn erzielt hat.

b) Schenkungen an Dritte im Sinne von § 1375 Abs. 2 BGB

Umgekehrt kann der Zugewinnausgleichsanspruch sich erhöhen, wenn vom verstorbenen Ehegatten Schenkungen oder sonstige unentgeltliche Zuwendungen sowie Vermögensminderungen oder Benachteiligungshandlungen im Sinne des § 1375 Abs. 2 BGB innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Tode vorgenommen wurden. Diese sind dem Endvermögen beim Zugewinnausgleich hinzuzuzählen.

Belässt er es bei seiner Erbenstellung, so ist sein Schutz über die Pflichtteilergänzung gemäß §§ 2325, 2329 BGB deutlich schwächer: Denn der Schutz greift erst ein, wenn die Zuwendung wertmäßig dazu führt, dass sein Pflichtteil beeinträchtigt wird, nicht bereits bei einer Verkürzung seines Erbteils. Außerdem führt die Änderung des § 2325 Abs. 3 BGB durch das für Erbfälle ab 1.1.2010 geltende Abschmelzungsmodell dazu, dass die Schenkung pro Jahr vor dem Erbfall um ein Zehntel weniger Berücksichtigung findet.

3. Sonstige Nachteile der güterrechtlichen Lösung

Wer die Wahl der güterrechtlichen Lösung ins Auge fasst, sollte auch noch folgende Probleme beachten:

- Der Ehegatte verliert damit die dingliche Beteiligung am Nachlass und ist auf eine bloße schuldrechtliche Position angewiesen.

²⁴ MünchKommBGB/Koch, § 1380 Rdnr. 16.

²⁵ MünchKommBGB/Koch, § 1380 Rdnr. 17 f.

- Es können erhebliche Streitigkeiten über die Höhe des Zugewinnausgleichs entstehen.
- Bei der güterrechtlichen Lösung gilt der rechnerische Zugewinnausgleich mit allen Bestimmungen und Unsicherheiten, neben der oben genannten Anrechnung von Vorausempfangen nach § 1380 BGB auch Leistungsverweigerungsrechte bei grober Unbilligkeit (§ 1381 BGB) sowie die gerichtlichen Stundungsmöglichkeiten der §§ 1382, 2331a BGB.²⁶
- Außerdem erhält der überlebende Ehegatte den kleinen Voraus gemäß § 1932 Abs. 1 BGB nur, wenn er gesetzlicher Erbe ist, nicht im Falle der Ausschlagung. Er bekommt zwar neben Abkömmlingen gemäß § 1932 Abs. 1 Satz 2 BGB nur die Haushaltsgegenstände, die er zur Führung eines angemessenen Haushalts benötigt. Trotzdem kann der Voraus wichtig und werthaltig sein, zum Beispiel kann ein PKW dazu gehören, wenn er gemeinsam benutzt wurde.²⁷
- Auch kann der Zugewinnausgleich dadurch gemindert worden sein, dass bereits lebzeitig Zahlungen, insbesondere bei einer sog. „Güterstandsschaukel“,²⁸ erfolgt sind.
- Schließlich können sowohl der Zugewinnausgleich als auch der Pflichtteil durch Ehevertrag oder Pflichtteilsverzicht bereits völlig entfallen sein!

Fazit:

Im Normalfall der gesetzlichen Erbfolge des überlebenden Ehegatten dürfte es meist nachteilig sein, die Erbschaft auszuschlagen und die güterrechtliche Lösung zu wählen.²⁹ Dies gilt zumindest, wenn es dem überlebenden Ehegatten auf eine Maximierung seines eigenen Erbteils ankommt. Anders kann dies sein, wenn aus anderen Motiven, beispielsweise zur Optimierung der Erbschaftsteuer, im Einvernehmen mit den Kindern eine Ausschlagung gegen Gewährung einer Abfindung erfolgt. Auf diese Variante soll nachstehend bei der Behandlung der gewillkürten Erbfolge näher eingegangen werden.

III. Ausschlagung des testamentarisch zugewandten Erbteils**1. Ausschlagung des allein erbenden Ehegatten beim Berliner Testament****a) Die Ausschlagung zur Beseitigung der Bindungswirkung des Ehegattentestaments****(1) Vollständige Ausschlagung des hinterlassenen Erbteils**

Vor allem handschriftliche Berliner Testamente enthalten regelmäßig keine ausdrücklichen Änderungsvorbehalte. Mit dem Tod eines Ehegatten kann daher die Schlusserbeneinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament regelmäßig nicht mehr widerrufen werden (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB). Der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB). Der überlebende Ehegatte erhält daher

²⁶ W. Kössinger in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, § 1 Rdnr. 31; *Bonefeld*, ZErB 2002, 154, 155; *J. Mayer* in Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 216.

²⁷ *Palandt/Weidlich*, § 1932 Rdnr. 5.

²⁸ Dazu BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 29/02, ZEV 2005, 490, mit Anm. *Münch.*

²⁹ So schon *Bärmann*, AcP 157, 145, 189; *J. Mayer* in Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 217.

durch eine Ausschlagung seine durch das gemeinschaftliche Testament eingeschränkte Testierfreiheit zurück. Bevor eine solche Ausschlagung erklärt wird, muss jedoch exakt geprüft werden, ob die Verfügung wechselbezüglich im Sinne von § 2270 BGB ist und damit überhaupt Bindungswirkung erlangt hat. Die Auslegungsregel des § 2271 Abs. 2 BGB gilt nur dann, wenn die Erforschung des Willens beider Ehegatten durch Auslegung trotz Erschöpfung aller Möglichkeiten kein eindeutiges Ergebnis gebracht hat.³⁰ Haben sich beispielsweise die Eheleute gegenseitig zu Erben eingesetzt und zu Schlusserben die einseitigen Kinder des Längerlebenden, so ist Letzterer an die Schlusserbeneinsetzung in der Regel nicht gebunden.³¹ Auch ist zu beachten, dass bei Wegfall der Kinder die Auslegungsregel des § 2271 Abs. 2 BGB auf die Enkel nur dann anwendbar ist, wenn sich deren Einsetzung durch individuelle Auslegung zweifelsfrei feststellen lässt, nicht jedoch, wenn die Ersatzerbeneinsetzung von Enkeln allein auf der Auslegungsregel des § 2069 BGB beruht.³²

Zu beachten ist weiterhin, dass allein die Ausschlagung nicht die wechselbezügliche Verfügung beseitigt, sondern nur die Testierfreiheit wiederherstellt. Notwendig ist zusätzlich noch eine widerrufende neue Verfügung von Todes wegen.

Fazit:

Eine taktische Ausschlagung zur Erlangung der Testierfreiheit kommt vor allem dann in Betracht, wenn der erstversterbende Ehegatte relativ wenig hinterlassen hat, während der längerlebende Ehegatte Eigentümer der Hauptvermögensmasse ist.

Besteht Einvernehmen mit den Kindern, so bietet der Zuwendungsverzicht der Kinder (§ 2352 BGB) zur Wiedererlangung der Testierfreiheit allerdings die bessere Lösung, da hier die kurzen Ausschlagungsfristen nicht gelten, § 2352 BGB. Da nach der Neufassung der Vorschrift zumindest regelmäßig ein Zuwendungsverzicht der Kinder gegenüber deren Abkömmlingen wirkt, benötigt man auch normalerweise nicht die Zustimmung der Enkel oder Urenkel.³³

(2) Ausschlagung nur als testamentarischer Erbe?

§ 1948 Abs. 1 BGB lässt es zu, lediglich die Erbschaft als eingesetzter Erbe auszuschlagen, jedoch als gesetzlicher Erbe anzunehmen. Diese ausnahmsweise gesetzlich zugelassene Möglichkeit einer teilweisen Ausschlagung einer Erbschaft führt jedoch regelmäßig nicht zu den gewünschten Ergebnissen: Denn die Vorschrift gilt nicht, wenn die gesetzliche Erbfolge durch erschöpfende testamentarische Bestimmungen gänzlich ausgeschlossen ist und der ausgeschlagene Erbteil daher in diesem Fall Nach- oder Ersatzerben zufällt.³⁴ Damit greift § 1948 Abs. 1 BGB nur dann, wenn der Ausschlagende zum Alleinerben eingesetzt und für ihn kein Ersatzerbe bestimmt wurde oder die angeordnete Ersatzberufung beispielsweise durch Vorversterben des Bedachten gegenstandslos geworden ist. In einem Berliner Testament sind regelmäßig die Abkömmlinge nicht nur Schlusserben des überlebenden Ehegatten, sondern im Zweifel ist auch deren Einsetzung zu Ersatzerben des erstversterbenden Elternteils im Falle von

dessen Ausschlagung gewollt.³⁵ Zur gesetzlichen Erbfolge kommt es in diesem Fall daher nur dann, wenn auch sämtliche Ersatzerben die testamentarische Zuwendung ausschlagen.

Außerdem soll nach herrschender Meinung eine Ausschlagung nur dann zur Wiederherstellung der Testierfähigkeit des überlebenden Ehegatten führen, wenn der gesetzliche Erbteil erheblich hinter dem Zugewendeten zurückbleibt. Dies sei regelmäßig dann nicht der Fall, wenn der überlebende Ehegatte bei Ausschlagung seiner testamentarischen Einsetzung als Alleinerbe als gesetzlicher Erbe nur ein Viertel weniger erhalten würde.³⁶

Der Weg der teilweisen Ausschlagung nach § 1948 BGB zur Erlangung der Testierfreiheit ist daher regelmäßig verbaut. Lediglich bei einem Ehegattentestament, das nur eine gegenseitige Erbeinsetzung enthält, kann eine solche Ausschlagung beispielsweise aus erbschaftsteuerlichen Motiven nützlich sein. Dazu folgender Formulierungsvorschlag:

AG

– Nachlassgericht –

...

Nachlass des V, geb. am ..., verstorben am ...

Geschäfts-Nr.: ...

Am ... ist mein Ehemann V mit letztem Wohnsitz in ... verstorben. Wir haben uns unter Ziffer ... des gemeinschaftlichen Testaments vom ..., eröffnet durch das Nachlassgericht ... am ..., gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt.

Hiermit schlage ich, M, geboren am ..., wohnhaft: ..., die Alleinerbschaft nach V gemäß Ziffer ... des gemeinschaftlichen Testament vom ... aus und nehme die Erbschaft als gesetzliche Miterbin nach V an.

Die weiteren gesetzlichen Miterben sind unsere gemeinsamen Kinder S, geboren am ..., wohnhaft: ..., und T, geboren am ..., wohnhaft: ...

..., den ...

(Unterschrift)³⁷

b) Ausschlagung der Erbenstellung zur besseren Ausnutzung erbschaftsteuerlicher Freibeträge

(1) Reparatur erbschaftsteuerlicher Nachteile des Berliner Testaments

Das Berliner Testament kann in zweierlei Hinsicht erbschaftsteuerlich nachteilig sein:

- **Beim Tod des Erstversterbenden:** Dessen Vermögen unterliegt zweimal der Steuerpflicht, einmal der Erwerb durch den überlebenden Ehegatten und, soweit bei dessen Tod noch vorhanden, zum zweiten Mal der Erwerb durch die Kinder als Schlusserben. Die Freibeträge der Kinder nach dem ersten Elternteil bleiben dagegen ungenutzt.
- **Beim Tod des Letztversterbenden:** Der Nachlass des Letztversterbenden umfasst das kumulierte Vermögen beider Ehegatten, so dass dadurch bei größeren Vermögen die Freibeträge der Kinder überschritten werden.³⁸

³⁰ Palandt/Weidlich, § 2270 Rdnr. 7.

³¹ Palandt/Weidlich, § 2270 Rdnr. 7.

³² BGH vom 16.1.2002, NJW 2002, 1126; BayObLG vom 9.1.2004, ZEV 2004, 144, mit Anm. Keim; Otte, ZEV 2002, 151; Keim, ZEV 2002, 437.

³³ Zur Erstreckungswirkung Everts, ZEV 2010, 392; krit. Kanzleiter, DNotZ 2010, 520, sowie Klinck, ZEV 2009, 533.

³⁴ Palandt/Weidlich, § 1948 Rdnr. 2; Heidinger, DNotI-Report 1997, 179.

³⁵ OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.3.1978, 8 W 342/77, BWNotZ 1979, 11; Staudinger/Kanzleiter, 2006, § 2269 Rdnr. 18.

³⁶ KG, Beschluss vom 24.7.1990, NJW-RR 1991, 330; Siebert, ZEV 2010, 454, 455.

³⁷ Ivo in Beck'sches Formularhandbuch, K. I 6.

³⁸ R. Kössinger in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 6 Rdnr. 203.

Durch die Ausschlagung der Erbschaft des überlebenden Ehegatten kann erreicht werden, dass das Vermögen beider Elternteile in zwei getrennten Erbfällen auf die Kinder übergeht. Auf diese Weise kommt es zur Gewährung von Freibeträgen für beide Erbanfälle sowie ggf. zur Besteuerung nach einem geringeren Steuersatz. Macht die Ehefrau ihren Zugewinnausgleich nach der güterrechtlichen Lösung geltend, ist dieser gemäß § 5 Abs. 2 ErbStG steuerfrei. Der kleine Pflichtteil gemäß § 1371 Abs. 3 BGB ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erbschaftsteuerpflichtig.³⁹ Umgekehrt können die Kinder diese Leistungen, den Pflichtteil allerdings nur sofern er wirklich geltend gemacht ist, als Nachlassverbindlichkeiten gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1, 2 ErbStG von ihrem steuerpflichtigen Erbe abziehen.⁴⁰ Eine allein im Hinblick auf günstigere erbschaftsteuerrechtliche Folgen erklärte Ausschlagung stellt auch keinen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO dar.⁴¹ Wie bei allen taktischen Ausschlagungen ist sie jedoch nur empfehlenswert, wenn die Person des Nächstberufenen gemäß § 1953 Abs. 2 BGB feststeht. Andernfalls bestehen erhebliche Haftungsrisiken. Diese lassen sich auch nicht dadurch vermeiden, dass die Ausschlagung unter einer entsprechenden Bedingung (zum Beispiel Erwerb der Erbschaft durch eine bestimmte Person) erklärt wird, da § 1947 BGB bedingte Ausschlagungen nicht zulässt. Ob die Ausschlagung einer Erbschaft von einer Rechtsbedingung bzw. Gegenwartsbedingung abhängig gemacht werden kann, ist ebenfalls nicht abschließend geklärt und daher in der Praxis riskant.⁴² Bei der Ausschlagung unter einer Gegenwartsbedingung wird die Ausschlagung nicht an ein künftiges ungewisses Ereignis (§ 158 BGB) geknüpft, sondern an einen objektiv feststehenden, nur subjektiv ungewissen Umstand (zum Beispiel Erbschaftsanfall an den Nächstberufenen, nicht aber Annahme durch diesen).⁴³

(2) Erhöhung des Freibetrags für den Zugewinnausgleich nach § 5 Abs. 2 ErbStG

Durch Wahl der güterrechtlichen Lösung kann sich der steuerfreie Zugewinnausgleichsanspruch des länger lebenden Ehegatten spürbar erhöhen, indem anstatt § 5 Abs. 1 ErbStG § 5 Abs. 2 ErbStG zur Anwendung kommt:⁴⁴

- Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG bleiben bei der fiktiven Ausgleichsforderung bei der erbrechtlichen Lösung abweichende güterrechtliche Vereinbarungen unberührt.
- Die Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB, wonach ohne ein Verzeichnis über das Anfangsvermögen im Zweifel das Endvermögen voll aus Zugewinn besteht, findet keine Anwendung (Satz 3).
- Bei späterer ehevertraglicher Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft gilt der Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Berechnungszeitpunkt für das Anfangsvermögen (Satz 4).
- Bei der Bewertung des Zugewinnausgleichs kann höchstens der Steuerwert angesetzt werden, wenn beim Endvermögen ein höherer Verkehrswert als der Steuerwert anzusetzen ist.

³⁹ Meincke, ErbStG, § 3 Rdnr. 49.

⁴⁰ BFH, Urteil vom 1.7.2008, II R 71/06, ZEV 2008, 549.

⁴¹ Viskorf, Tagungsskript ZEV-Tagung 2012/2013, S. 20; Troll, BB 1988, 2153.

⁴² Ivo, ZNotP 2004, 396, 398; Specks, ZEV 2007, 356.

⁴³ Ivo in Beck'sches Formularbuch Erbrecht, K. I 7 Anm. 4.

⁴⁴ Dazu Viskorf, NWB Fach 10, 1243, 1258.

Diese Beschränkungen gelten – zumindest grundsätzlich – nicht bei der Berechnung des konkreten Zugewinnausgleichs im Rahmen des § 5 Abs. 2 BGB.⁴⁵

Insbesondere sind ehevertragliche Modifizierungen, die von den gesetzlichen Regelungen über den Zugewinnausgleich abweichen, für den Umfang der Steuerfreiheit ohne Belang, solange sie den Rahmen einer güterrechtlichen Vereinbarung nicht überschreiten.⁴⁶ Danach werden beispielsweise die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft und die daraus resultierende Bewertung des Anfangsvermögens zum Stichtag der Eheschließung steuerlich anerkannt. Lediglich die Vorverlegung des Stichtags auf einen Zeitpunkt vor Eheschließung führt nicht zu einem weiteren steuerfreien Zugewinnausgleich.⁴⁷

Gerade in Fällen, in denen Selbständige zunächst – wie häufig – Gütertrennung vereinbart hatten und erst spät zur (modifizierten) Zugewinnsgemeinschaft gewechselt hatten, kann sich daher die güterrechtliche Lösung mit Anwendung des § 5 Abs. 2 ErbStG lohnen.⁴⁸

(3) Ausschlagung mit Abfindung

Die Ausschlagung kann auch vertraglich an eine Gegenleistung geknüpft werden. Art und Höhe der Abfindung können im Zeitpunkt des Ablebens des erstversterbenden Ehegatten nach den individuellen Vorstellungen des überlebenden Ehegatten bestimmt werden. Durch die Festlegung der Abfindung kann sowohl eine Über- als auch eine Unterversorgung verhindert werden. Darüber hinaus ist durch die Bestimmung der Abfindung eine Optimierung der Erbschaftsteuerbelastung möglich.⁴⁹ Der Abfindungsvertrag bedarf als solcher keiner besonderen Form. Etwas anderes gilt freilich, wenn die Vereinbarung der Abfindung selbst formbedürftig ist, zum Beispiel bei Verpflichtung zur Übertragung von Grundbesitz gemäß § 311b Abs. 1 BGB oder bei einer Vollstreckungsunterwerfung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

Erfolgt die Ausschlagung gegen Abfindung, so ist diese Abfindung beim Ausschlagenden wie ein Erwerb vom Erblasser zu versteuern (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG). Die Abfindung tritt an die Stelle des ausgeschlagenen Erwerbs. Sie gilt als vom Erblasser zugewendet ohne Rücksicht darauf, wer die Abfindung tatsächlich zahlt. Beim endgültigen Erben gehört die Abfindung zu den Kosten zur Erlangung des Erwerbs und ist deshalb gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abzugsfähig. Der Empfänger der Abfindung hat den Erwerb nach seinem Verhältnis zum Erblasser zu versteuern. Die Bewertung hängt davon ab, was als Abfindung zu leisten ist. Ist ein Grundstück zu übertragen, so ist dessen Steuerwert maßgebend. Da die Abfindung als vom Ehegatten erworben gilt, gilt für sie auch der Freibetrag nach § 5 ErbStG, so dass der Erwerb in Höhe der fiktiven Ausgleichsforderung nach § 1371 Abs. 2 BGB nicht der Erbschaftsteuer unterliegt.

Enthält allerdings der Gesamtverzicht auch einen Verzicht auf den kleinen Pflichtteil, so ist die Abfindung nach dem Verhältnis der Verkehrswerte in einen nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG

⁴⁵ Dazu Ebeling, ZEV 2006, 19; Geck, ZEV 2006, 55.

⁴⁶ BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 29/02, BFHE 210, 470 = ZEV 2005, 490 m. Anm. Münch = BStBl II 2005, S. 843.

⁴⁷ FG Düsseldorf, Urteil vom 14.6.2006, 4 K 7107/02 Erb, EFG 2006, 1447 = ZEV 2007, 24 = RNotZ 2007, 55; Gebel in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, 45. Aufl., § 45 Rdnr. 60.

⁴⁸ Berechnungsbeispiel für Vorteile des § 5 Abs. 2 bei Viskorf, Skript ZEV-Tagung 2012/2013, S. 22 f.; ders., NWB Fach 10, 1243, 1260.

⁴⁹ Wachter, ZNotP 2004, 176, 183.

steuerpflichtigen und einen nach § 5 Abs. 2 ErbStG steuerfreien Teil aufzuteilen.⁵⁰

Das Erbe kann nur insgesamt angenommen werden. Eine angefallene Erbschaft kann daher auch erbrechtlich nicht teilweise ausgeschlagen werden, § 1950 BGB. Erbschaftsteuerrechtlich kann das wirtschaftliche Ziel einer Teilausschlagung gegen Teilabfindung herbeigeführt werden. Die an den ausschlagenden Erben gezahlte Abfindung muss nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG versteuert werden. Der von der Ausschlagung begünstigte Erbe kann seinerseits die Abfindung als Nachlassverbindlichkeit abziehen (§ 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG).⁵¹

Ertragsteuerlich soll nach Auffassung der Finanzverwaltung und der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur⁵² ein entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegen, wenn der ausschlagende Erbe eine Abfindung erhält. Die Abfindung wäre danach Entgelt und die Ausschlagung gegen Abfindung wie die entgeltliche Veräußerung des Erbanteils, also als Veräußerung eines Mitunternehmeranteils oder als anteilige Veräußerung der in der Gesamtheit befindlichen Vermögensgegenstände zu behandeln. Begründet wird dies damit, dass der ausschlagende Erbe wirtschaftlich Unternehmer gewesen sein soll. Der ausschlagende Erbe wird dabei als Durchgangsunternehmer, d. h. als Veräußerer behandelt, die Abfindung als Veräußerungserlös gewertet. Korrespondierend hierzu liegen beim endgültigen Erben Anschaffungskosten in Höhe der Abfindungszahlung vor.⁵³

Zur Ausschlagung gegen Abfindung folgendes Muster:

Die Erschienenen ließen folgenden

Abfindungsvertrag

beurkunden und erklärten:

§ 1 Vorbemerkung

Die Vertragsbeteiligten und der Ehemann der Erschienenen zu 1, Herr V – nachstehend „Erblasser“ genannt –, haben am ... einen Erbvertrag geschlossen (URNr. ... des Notars ...). Unter Ziffer II. dieses Erbvertrages hat der Erblasser seine Ehefrau zu seiner alleinigen und unbeschränkten Erbin eingesetzt.

Der Erblasser ist am ... verstorben. Der Erbvertrag ist durch das AG – Nachlassgericht – ... am ... eröffnet worden (Geschäfts-Nr.: ...).

§ 2 Ausschlagung

M hat mit notariell beglaubigter Erklärung vom heutigen Tage (URNr. ... des Notars ...) die Ausschlagung der Erbschaft nach dem Erblasser aus allen Berufungsgründen erklärt. Damit treten gemäß Ziffer IV. des vorgenannten Erbvertrages die Erschienenen zu 2 und 3 als Ersatzerben zu je 1/2-Anteil an die Stelle ihrer Mutter M.

§ 3 Abfindung

Die Erschienenen zu 2 und 3 gewähren ihrer Mutter, der Erschienenen zu 1, als Abfindung für die Erbschaftsausschlagung nach dem Erblasser folgende Leistungen:⁵⁴ (...)

Eine Ausschlagung der Erbschaft gegen Versorgungsleistungen ist jedoch grundsätzlich unentgeltlich. Seit dem 1.1.2008 kann der Verpflichtete die Versorgungsleistung nur noch in den § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG genannten, eng begrenzten Fällen als Sonderausgaben abziehen. Die Leibrente ist erst im Rahmen des § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG mit ihrem Ertragsteil als Sonderausgabe abzugsfähig, wird allerdings auch nur in Höhe des Ertragsteils besteuert.⁵⁵

(4) Das ererbte Ausschlagungsrecht

Erbschaftsteuerliche Nachteile eines Berliner Testaments treten besonders dann auf, wenn die Eheleute kurz hintereinander aus demselben Grunde versterben, beispielsweise an den Folgen eines Verkehrsunfalls. Das günstige erbschaftsteuerliche Ergebnis der direkten Beerbung des zuerst versterbenden Ehegatten durch die Kinder kann in derartigen Fällen ggf. durch die Regelung des § 1952 Abs. 1 BGB erzielt werden. Die Kinder können mit diesem ererbten Ausschlagungsrecht noch nach dem Tode des zuletzt versterbenden Ehegatten dessen Alleinerbschaft nach dem zuerst verstorbenen Elternteil ausschlagen. Die Ausschlagungsfrist verlängert sich in diesen Fällen, da sie zum einen gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht vor Eröffnung des Testaments beginnt und zum anderen während einer unfallbedingten Geschäftsunfähigkeit des kurzzeitig überlebenden Ehegatten bis zur Bestellung eines Betreuers nach § 1944 Abs. 2 Satz 3, § 210 Abs. 1 BGB gehemmt ist. Ist auf diese Weise die Ausschlagungsfrist nach dem zuerst verstorbenen Elternteil noch nicht abgelaufen, so endet sie nicht vor Ablauf der weiteren Ausschlagungsfrist nach dem länger lebenden Elternteil, § 1952 Abs. 2 BGB.⁵⁶

Was allerdings nicht geht, ist die postume Ausschlagung zur Inkraftsetzung unwirksamer Testamente des überlebenden Elternteils.

Beispiel:

Die Ehegatten hatten sich wechselbezüglich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und zu Schlusserben beide Kinder. Die Ehefrau errichtet später ein wegen § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB unwirksames Einzeltestament, in dem sie die Tochter zur Alleinerbin einsetzt. Kurz nach dem Tod des Ehemannes stirbt auch die Ehefrau. Die Tochter schlägt als „Alleinerbin“ ihrer Mutter aufgrund des (zunächst ungültigen) späteren Testaments die Erbschaft aus, um genau diesem Testament nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 letzter Hs. BGB zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Das geht schon deshalb nicht, weil die Tochter bis zum Wegfall der Bindung des gemeinschaftlichen Testaments noch gar nicht Erbe des Längerlebenden ist und daher das Ausschlagungsrecht auch gar nicht nach § 1952 BGB geerbt hat.⁵⁷

(Nur der Baron von Münchhausen konnte sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf ziehen!)

c) Ausschlagung zur Korrektur einer fehlgeschlagenen Gesellschafternachsfolge

Ist der Ehegatte in einem gemeinschaftlichen Testament zum Alleinerben bestimmt worden, so kann es sein, dass dies bei

⁵⁰ BFH, Urteil vom 27.9.2012, II R 52/11 NV, ZEV 2013, 279; *Ihle*, notar 2014, 50; *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 5 Rdnr. 65; *Meincke*, ErbStG, § 5 Rdnr. 44.

⁵¹ *Viskorf*, ZEV-Tagungsskript 2012/2013, S. 18.

⁵² BMF-Schreiben vom 14.3.2006, IV B 2- S. 2242-7/06, ZEV 2006, 154 mit Anm. *Hannes*; *Schmidt/Wacker*, EStG, § 16 Rdnr. 591; *Tiedtke/Wälzholz*, BB 2001, 234, 237; a. A. *Zimmermann*, ZEV 2001, 5.

⁵³ *Von Sothen* in *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, § 36 Rdnr. 275.

⁵⁴ *Ivo* in *Beck'sches Formularhandbuch Erbrecht*, K. I 7.

⁵⁵ *Schmidt/Wacker*, EStG, § 16 Rdnr. 591.

⁵⁶ *Bestelmeyer*, ZEV 2006, 146, 149; *Keim* in *Beck'sches Formularbuch Erbrecht*, C. I 7 Anm. 3; *Wachter*, ZNotP 2004, 176, 183.

⁵⁷ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.7.2004, 3 W 102/04, NJW-RR 2005, 8; *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 17; so schon RGZ 95, 214, 218; zum ähnlichen Fall nur mit Vollmacht über den Tod hinaus OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.11.2007, 3 W 198/07, ZEV 2008, 194, mit Anm. *Zimmer*; dazu *Keim*, ZERB 2008, 260.

einer Personengesellschaft im Widerspruch zu einer qualifizierten Nachfolgeklausel bzw. einer entsprechenden Einziehungsklausel einer GmbH steht. Dies ist dann der Fall, wenn nach diesen Regelungen beispielsweise nur Mitgesellschafter oder Abkömmlinge gesellschaftsrechtlich zur Nachfolge bestimmt sind.⁵⁸ Die Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags der Personengesellschaft schränkt die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils ein. Als Nachfolger kämen nur die Kinder in Betracht. Diese sind aber nicht Erben. Alleinerbe ist die Ehefrau, die nicht zum Kreis der vorgesehenen Nachfolger gehört. Der Gesellschaftsanteil wächst daher den anderen Gesellschaftern an und die Ehefrau erhält nur die vorgesehene Abfindung, die weit unter dem Wert des Gesellschaftsanteils liegen kann. Mittels Ausschlagung, ggf. gegen Abfindung, kann die Gesellschafternachfolge in Übereinstimmung mit den gesellschaftsvertraglichen Vorgaben herbeigeführt werden, so dass die Kinder den Gesellschaftsanteil erben und in die Gesellschaft eintreten. Bei einem GmbH-Anteil wird so das Einziehungsrecht der übrigen Gesellschafter vermieden.

2. Beschränkte oder beschwerte oder aber unzureichende hinterlassene Erbteile

a) Erbinsetzung unterhalb des großen Pflichtteils

Ist der überlebende Ehegatte mit einem Erbteil bedacht, der geringer ist als der sich aus §§ 1931, 1371 Abs. 1 BGB ergebende große Pflichtteil, so hat er folgende Wahlmöglichkeiten:

Nimmt er das Erbe an, so steht ihm neben dem hinterlassenen Erbteil ein Pflichtteilsrestanspruch bis zur Höhe des großen Pflichtteils zu, § 2305 BGB.

Schlägt der Ehegatte aus, so steht ihm nach § 1371 Abs. 3 BGB der Anspruch auf den kleinen Pflichtteil – berechnet nach dem nicht erhöhten Erbteil – und nach § 1371 Abs. 2 BGB der Anspruch auf den rechnerischen Zugewinnausgleich zu.⁵⁹ Vergleichsmaßstab ist in diesen Fällen folglich nicht der gesetzliche Erbteil, sondern nur der große Pflichtteil. Der Schwellenwert des Anteils des Zugewinns im Nachlass, ab dem die Ausschlagung lohnt, liegt daher deutlich niedriger. Sobald der Zugewinnausgleichsanspruch ca. 14,3 % des Nachlasses ausmacht, wird die güterrechtliche Lösung günstiger.

Hinzu kommt, dass bei der Berechnung des Pflichtteilsrestanspruches gemäß § 2305 Satz 2 BGB Beschränkungen und Beschwerden außer Betracht bleiben.⁶⁰ Die Vorschrift stellt eine Ergänzung des zum 1.1.2010 geänderten § 2306 Abs. 1 BGB dar: Entfielen früher bei einem Erbteil unterhalb der hälftigen Erbquote die Beschränkungen oder Beschwerden automatisch, so muss der Erbe heute immer ausschlagen, um den unbelasteten Pflichtteil (und beim Ehegatten den Zugewinnausgleich) zu erhalten. Daher kann bei entsprechend belastenden Beschwerden wirtschaftlich gesehen heute dieser Pflichtteilsrestanspruch relativ gering ausfallen.⁶¹

Fazit:

In derartigen Fällen dürfte die Ausschlagung mit anschließender güterrechtlicher Lösung häufig der günstigere Weg sein.

Zu beachten ist jedoch, dass diese unbeschränkte Wahlmöglich-

lichkeit nur für den Ehegatten gilt. Sonstige Pflichtteilsberechtigten haben diese Wahlmöglichkeit nur gemäß § 2306 Abs. 1 BGB, wenn sie einen Erbteil erhalten haben, der gemäß § 2306 Abs. 1 BGB Beschwerden oder Beschränkungen unterliegt. Dies gilt seit der Neufassung des Gesetzes zum 1.1.2010 auch für Erbteile, die quotenmäßig unter dem großen Pflichtteil liegen.⁶²

b) Belasteter oder beschwerter Erbteil des Ehegatten

Nach der bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB entfielen alle Beschwerden und Belastungen automatisch, falls der hinterlassene Erbteil kleiner war als der große Pflichtteil. Dies ist heute nicht mehr der Fall, so dass auch für den Ehegatten eine Ausschlagung notwendig ist, um den unbelasteten kleinen Pflichtteil und den Zugewinnausgleich geltend machen zu können.⁶³ Das gleiche gilt, wenn der hinterlassene Erbteil größer als der große Pflichtteil ist. Einerseits hat auch also der Ehegatte immer das Wahlrecht, muss aber, um die Beschränkungen und Beschwerden abschütteln zu können, auch immer eine Erbausschlagung erklären.

Fazit:

Ist der Ehegatte mit einem beschränkten oder beschwerten Erbteil bedacht, so kommt es für die Entscheidung, ob er ausschlägt oder annimmt, sowohl auf die Größe als auch auf die wirtschaftliche Belastung der entsprechenden Beschränkung bzw. Beschwerde für den Ehegatten an.

3. Ausschlagung und Pflichtteilsrecht Dritter

Wird der Ehegatte nicht Erbe, bestimmt sich auch der Pflichtteil anderer Pflichtteilsberechtigter nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten, § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB. Bei zwei Kindern beträgt der Pflichtteil daher für jedes Kind anstatt $\frac{1}{8}$ dann $\frac{3}{16}$. Es besteht also eine Akzessorietät des Pflichtteilsrechts der anderen Pflichtteilsberechtigten dazu, ob es zur erbrechtlichen oder zur güterrechtlichen Lösung kommt.⁶⁴ Es muss aber beachtet werden, dass die güterrechtliche Lösung dazu führen kann, dass die Verteilungsmasse für die Pflichtteile kleiner wird, weil die Zugewinnausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten gegenüber dem Pflichtteilsanspruch der Kinder vorrangig ist und somit dessen tatsächliche Bemessungsgrundlage verringert.⁶⁵ Daher kann die Ausschlagung auch dazu dienen, das Pflichtteilsrecht eines ungeliebten Kindes zu verkürzen.

Hierzu folgendes Beispiel:

Erblasser E hat seinen Ehegatten F zum Alleinerben eingesetzt sowie ersatzweise das gemeinsame Kind K. Mit dem gemeinsamen Kind K besteht Einigkeit, nicht aber mit dem ungeliebten erstehelichen Sohn X. Der Nachlass beträgt 1.000.000 € und besteht ausschließlich aus Zugewinn. Die Witwe überlegt auszuschlagen, um den Pflichtteil des erstehelichen Sohnes zu reduzieren.

Es ergibt sich folgende Rechnung:

Erste Alternative: Annahme der Erbschaft. Pflichtteilsquote des X beträgt $\frac{1}{8} = 125.000$ €.

Zweite Alternative: Ausschlagung und güterrechtliche Lösung. F erhält 500.000 € Zugewinnausgleich sowie den kleinen

⁵⁸ Ivo, ZEV 2006, 252; Wachter, ZNotP 2004, 176, 185; dazu BGH, Urteil vom 18.4.2002, IX ZR 72/99 (München), NJW 2002 2787 = ZEV 2002, 322, m. Anm. Limmer.

⁵⁹ J. Mayer in Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 209.

⁶⁰ Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2305 Rdnr. 7.

⁶¹ Karsten, RNotZ 2010, 359; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2305 Rdnr. 7.

⁶² Palandt/Weidlich, § 2305 Rdnr. 5; ders., § 2306 Rdnr. 1.

⁶³ J. Mayer in Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 210; siehe oben 3.2.1.

⁶⁴ Staudinger/Thiele, § 1371 Rdnr. 74.

⁶⁵ Bamberger/Roth/J. Mayer, § 1371 Rdnr. 25.

Pflichtteil von $\frac{1}{8} = 125.000 \text{ €}$, also insgesamt 625.000 € . Die Pflichtteilsquote des X beträgt zwar jetzt $\frac{3}{16}$ anstatt $\frac{1}{8}$, jedoch hat sich die Nachlassmasse auf 500.000 € verringert. X erhält also nur 93.750 € .

Wie man sieht, lohnt sich dies wegen der teilweisen Kompensation durch die höhere Pflichtteilsquote allerdings nur bei sehr hohem Zugewinn im Nachlass.

Fazit:

Ob durch die Ausschlagung Pflichtteilsrechte Dritter erhöht oder vermindert werden, hängt wiederum vom Anteil des Zugewinns am Nachlass ab.

4. Die Zuwendung eines Vermächtnisses an den Ehegatten

a) Pflichtteilsrestanspruch nach § 2307 BGB

Wird der Ehegatte ausschließlich Vermächtnisnehmer, so hat er das Wahlrecht zwischen der Annahme des Vermächtnisses und Ergänzung hin zum großen Pflichtteil, § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB, oder der Ausschlagung mit kleinem Pflichtteil und rechnerischem Zugewinnausgleich. Auch bei einem noch so geringwertigen Vermächtnis muss der überlebende Ehegatte aber ausschlagen, um zur güterrechtlichen Lösung zu gelangen.⁶⁶ Es bedarf keiner Missbrauchskorrektur, weil auch bei einem „Ein-Euro-Vermächtnis“ der länger lebende Ehegatte immer entscheiden kann, ob die erb- oder die güterrechtliche Lösung für ihn die günstigere ist. Auf mehr als den kleinen Pflichtteil und den Zugewinnausgleich hat er im Zweifelsfall auch keinen Anspruch.⁶⁷

Die Entscheidung ist also im Prinzip die gleiche wie bei einem Erbteil, welcher unter dem großen Pflichtteil liegt. Der Schwellenwert, ab dem die Ausschlagung lohnt, liegt bei einem Zugewinnausgleichsanspruch von ca. 14,3 % des Nachlasses. Hinzu kommt allerdings hier die Ungewissheit über den Wert des Vermächtnisgegenstands. Die Entscheidung wird außerdem dadurch beeinflusst, dass der Vermächtnisgegenstand möglicherweise für den Ehegatten eine besondere Wichtigkeit hat, wie zum Beispiel ein Wohnungsrecht oder ein Nießbrauch am eigen genutzten Wohnhaus.⁶⁸ Zu beachten ist noch, dass bei Annahme des Vermächtnisses zur Berechnung eines möglichen Pflichtteilsrestanspruches gemäß § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls Beschränkungen und Beschränkungen der in § 2306 BGB bezeichneten Art außer Acht bleiben.

b) Erklärung der Ausschlagung, § 2180 BGB

Für das Ausschlagungsrecht besteht beim Vermächtnisnehmer grundsätzlich keine Frist. Der Erbe, der mit dem Vermächtnis belastet ist, hat jedoch das Recht, dem Vermächtnisnehmer eine Frist zu setzen, innerhalb derer der Vermächtnisnehmer sich entscheiden muss, ob er das Vermächtnis annimmt. Es handelt sich um eine Annahmefrist, so dass gemäß § 2307 Abs. 2 Satz 2 BGB das Vermächtnis als ausgeschlagen gilt, wenn es nicht innerhalb der Frist angenommen wurde. Mehrere Erben können die Frist nur gemeinsam setzen.⁶⁹

⁶⁶ MünchKommBGB/Koch, § 1371 Rdnr. 23; Staudinger/Thiele, § 1371 Rdnr. 24; Bonefeld, ZErB 2002, 154, 155; a. A. Soergell/Lange, 13. Aufl., § 1371 Rdnr. 14.

⁶⁷ J. Mayer in Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 212; zu den großen Wirkungen des Ein-Euro-Vermächtnisses (Wechsel zum großen Pflichtteil!) das Beispiel von Bonefeld, ZErB 2002, 154, 155.

⁶⁸ J. Mayer in Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 212.

⁶⁹ OLG München, Beschluss vom 9.2.1987, 17 U 4133/86, FamRZ 1987, 752.

Fristprobleme können sich insbesondere beim aufschiebend bedingten Vermächtnis ergeben. Nach herrschender Meinung fällt auch dieses unter § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB, so dass es bereits sofort den Pflichtteilsrestanspruch mit seinem vollen Wert mindert.

Vor Bedingungseintritt kann zwar der Vermächtnisanspruch wegen § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht verjähren.⁷⁰ Schlägt der Ehegatte aber nach Ablauf von drei vollen Kalenderjahren nach dem Erbfall aus, so könnten der dadurch gewollte ungekürzte Pflichtteilsanspruch und der Zugewinnausgleichsanspruch bereits verjährt sein, §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Früher war ausdrücklich geregelt, dass die Ausschlagung die Verjährung des Zugewinnausgleichsanspruchs nicht hemmt, § 1378 Abs. 4 BGB. Durch den Wegfall dieser Vorschriften am 1.1.2010 ist heute diese Frage umstritten.⁷¹ Für den Pflichtteilsanspruch gilt nach wie vor, dass die Verjährung trotz noch nicht erklärter Ausschlagung läuft (§ 2332 Abs. 2 BGB), so dass dieser im Beispiel verjährt wäre.

Gemäß § 2180 Abs. 2 BGB erfolgen Annahme und Ausschlagung durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten und sind formfrei und damit auch konkludent möglich. Um sich das Ausschlagungsrecht zu erhalten, sollte also folglich eine konkludente Annahmehandlung vermieden werden.⁷²

IV. Form und Frist der Ausschlagung

1. Formbedürftigkeit der Erbausschlagung

Im Gegensatz zur formfreien Ausschlagung des Vermächtnisnehmers gemäß § 2180 BGB bedarf die Ausschlagung des Erben nach § 1945 Abs. 1 BGB der öffentlich beglaubigten Form und muss gegenüber dem Nachlassgericht erklärt werden. Zu beachten ist, dass nach § 1945 Abs. 2 BGB auch eine Vollmacht zur Erklärung der Ausschlagung öffentlich beglaubigt sein muss, um materiellrechtlich wirksam sein zu können. Ein Betreuer bedarf zur Ausschlagung im Namen des Betreuten der Genehmigung des Betreuungsgerichts, § 1822 Nr. 2, § 1908i Abs. 1 BGB. Erklärungsempfänger ist ausschließlich das Nachlassgericht, das in der Nachlasssache zuständig ist, § 343 FamFG. Allerdings kann die Ausschlagung auch bei demjenigen Nachlassgericht wirksam und fristgerecht erklärt oder als notariell beglaubigte Erklärung eingereicht werden, in dessen Bezirk der Ausschlagende seinen Wohnsitz hat, § 344 Abs. 7 Satz 1 BGB.⁷³

2. Die Ausschlagungsfrist, § 1944 Abs. 1 BGB

Die Ausschlagungsfrist beträgt nach § 1944 Abs. 1 BGB sechs Wochen und beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grund der Berufung Kenntnis erlangt (§ 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB). Hatte der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland oder hielt sich der Erbe bei Beginn der Ausschlagungsfrist im Ausland auf, so beträgt sie sechs Monate (§ 1944 Abs. 3 BGB). Häufig wird ein Ablauf der Ausschlagungsfrist zu Unrecht befürchtet, weil der Fristbeginn viel zu früh angenommen wird: Bei einer Berufung durch Verfügung von Todes wegen fängt die Frist auch dann nicht vor der Verkündung der Verfügung an, § 1944 Abs. 2 BGB, wenn die Erben den Inhalt bereits vor der Eröff-

⁷⁰ Palandt/Ellenberger, § 199 Rdnr. 3.

⁷¹ MünchKommBGB/Koch, § 1378 Rdnr. 38; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 1371 Rdnr. 21, jeweils für Zugewinnausgleich.

⁷² Palandt/Weidlich, § 2180 Rdnr. 1.

⁷³ H. M. Palandt/Weidlich, § 1945 Rdnr. 17; Keidel/Zimmermann, § 344 FamFG Rdnr. 48; a. A. nur Bestelmeyer, RPfl 2010, 635.

nung kannten.⁷⁴ Auch die öffentlich beglaubigte Vollmacht muss innerhalb der Frist eingereicht sein, § 1945 Abs. 3 Satz 2 BGB. Nach herrschender Meinung scheidet eine Ausschlagung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht an § 180 Satz 2 BGB.⁷⁵ Für den durch Nacherbschaft, Testamentsvollstreckung oder Teilungsanordnung beschränkten oder mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwerten Erben beginnt die Ausschlagungsfrist gemäß § 2306 Abs. 1 letzter Hs. BGB erst, wenn er von der Beschränkung oder der Beschränkung Kenntnis erlangt hat.

3. Anfechtung der Fristversäumung

Gemäß § 1956 BGB kann die Versäumung der Ausschlagungsfrist in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden. Dies ist angesichts der Komplexität der Abwägungsentscheidung und des Zeitdrucks hier bedeutsam. In Betracht kommen ein Irrtum über die gesetzlichen Folgen der Erklärung (zum Beispiel Ausschlagung im Glauben, den großen Pflichtteil zu erlangen, über die wirtschaftlich günstigere Verhaltensweise oder ein Kalkulationsirrtum über einzelne Berechnungsfaktoren). Die Anfechtungsgründe für die Anfechtung der Annahme der Erbschaft bestimmen sich jedoch nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff. BGB.⁷⁶ In der Regel handelt es sich bei solchen Irrtümern um unbeachtliche Motivirrtümer.⁷⁷ Zu § 2306 Abs. 1 BGB a. F. hat der BGH jedoch einen Rechtsfolgeirrtum als beachtlich angesehen, wenn der Betroffene meinte, er dürfe bei der Falllage des § 2306 Abs. 1 Satz 2 a. F. nicht ausschlagen, um seinen Pflichtteil nicht zu verlieren.⁷⁸ Ein Irrtum über die bei der Annahme oder der Ausschlagung eintretenden Rechtsfolgen, also, ob die erb- oder güterrechtliche Lösung eintritt, muss demnach wohl ebenso zu einer Irrtumsanfechtung wegen Inhaltsirrtum führen. Denn auch § 1371 Abs. 3 BGB eröffnet ein Wahlrecht und somit wird die Hauptwirkung der Erklärung verkannt.⁷⁹

⁷⁴ BGH, Urteil vom 26.9.1990, IV ZR 131/89 (Köln), BGHZ 112, 229, 236; BayObLG, Beschluss vom 8.9.2004, 1Z BR 59/04, NJW-RR 2005, 232; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.2.2006, 3 W 6/06, FamRZ 2006, 892.

⁷⁵ *Staudinger/Otte*, § 1945 Rdnr. 13.

⁷⁶ *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 1371 Rdnr. 34.

⁷⁷ MünchKommBGB/*Koch*, § 1371 Rdnr. 40; *Soergel/Lange*, § 1371 Rdnr. 34; *Staudinger/Thiele*, § 1371 Rdnr. 37.

⁷⁸ BGH, Beschluss vom 5.7.2006, IV ZB 39/05, ZEV 2006, 498, 500.

⁷⁹ So *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 1371 Rdnr. 34.

Hinweis:

Die Anfechtung der Erbausschlagung bedarf ebenfalls der öffentlich beglaubigten Form (§ 1955 BGB) und muss innerhalb der Sechswochenfrist gegenüber dem Nachlassgericht erklärt werden (§ 1954 BGB).

4. Unwirksame Ausschlagungen möglicherweise steuerrechtlich beachtlich?

Hatte der Erbe bereits die Annahme der Erbschaft erklärt oder war die Ausschlagungsfrist abgelaufen, kann eine Ausschlagung der Erbschaft nicht mehr erbschaftsteuerlich relevant sein. Der Erwerb des Erben unterliegt demnach dann der Erbschaftsteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Dies gilt unabhängig davon, ob die Beteiligten die Nachlassabwicklung auch tatsächlich unter Berücksichtigung der Unwirksamkeit der Erbausschlagung vornehmen.⁸⁰

Wird die Ausschlagung nicht steuerlich anerkannt, da sie unwirksam ist, und kommt es in einem solchen Fall zu einer Übertragung der Erbschaft, liegen freigebige Zuwendungen vor, die nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Schenkungsteuer unterliegen.⁸¹

Etwas anderes soll nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung dann gelten, wenn eine Erbschaftsausschlagung zugunsten eines Dritten deshalb unwirksam ist, weil die Erklärung nur dann gelten soll, wenn der Dritte an seiner Stelle Erbe wird. Diese Ausschlagung verstößt gegen § 1947 BGB (Bedingungsfeindlichkeit der Ausschlagung). Behandeln die Beteiligten diese Erbschaftsausschlagung gleichwohl als wirksam und wickeln sie den Nachlass auf dieser Grundlage ab, sei sie danach erbschaftsteuerlich anzuerkennen (§ 41 Abs. 1 AO).⁸²

Fazit:

In der Regel wird nur die zivilrechtlich form- und fristgerechte Ausschlagung erbschaftsteuerlich anerkannt.

⁸⁰ Grundlegend RFH vom 23.6.1931, RStBl 1931, S. 560; *Kapp*, BB 1980, 117; *Wachter*, ZNotP 2004, 176, 186.

⁸¹ *Wachter*, ZNotP 2004, 176, 186.

⁸² *Kapp*, BB 1980, 117, 119; *Troll*, BB 1988, 2153, 2154; *Wachter*, ZNotP 2004, 176, 186.

„Veräußerungsrenten“ zwischen Versorgungsausgleich und Güterrecht

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 21.11.2013, XII ZB 403/12 –¹

Von Notar Dr. *Wolfgang Reetz*, Köln

Der Beschluss des BGH vom 21.11.2013, XII ZB 403/12, MittBayNot 2014, 339 (dieses Heft), scheint sich auf den ersten Blick – und nach dem amtlichen Leitsatz – eher mit einer Randfrage der notariellen Praxis zu befassen: Unterliegt eine durch notariellen Übergabevertrag begründete „Veräußerungsrente“, die gemäß § 323 ZPO nach dem Bedarf des Berechtigten und der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten der Höhe nach abgeändert werden kann und keine immer zu leistende Mindestrente festlegt, bei Scheidung der Ehe dem nachgelagerten „schuldrechtlichen Versorgungsausgleich“ (§§ 19, 20-26 VersAusglG) oder doch der Realteilung bei Scheidung (§ 10 VersAusglG)?² Auf den zweiten Blick ergibt sich jedoch, dass die Entscheidung des BGH die viel grundsätzlicheren Fragen berührt, unter welchen Voraussetzungen eine durch notarielle Urkunde begründete „Veräußerungsrente“ überhaupt dem Versorgungsausgleich und nicht etwa dem Güterrecht zuzuordnen ist, und inwieweit die Zuordnung in ein scheidungsbezogenes Ausgleichssystem für den Notar von Bedeutung sein kann.

I. „Veräußerungsrente“ als vertraglich vereinbarte Gegenleistung

1. Ausgangslage und Fragestellung

In der Beurkundungspraxis von Übergabe-, Betriebsveräußerungs-, Grundstückskauf- oder vergleichbaren Austauschverträgen wird gelegentlich eine „Verrentung des Kaufpreises“ als Ausgestaltung der Gegenleistung vereinbart.³ Die „Verrentung“ kann zudem in der Form einer regelmäßig wiederkehrenden Geldleistung Bestandteil eines Leibgedings oder Altenteils sein (hierzu II.).⁴ Ganz allgemein wird für eine Vielzahl derartiger Gestaltungen auch die untechnische Bezeichnung Kauf oder Erwerb „auf Rentenbasis“ oder „Rentenkauf“ verwendet. In die Kategorie von Rentengestaltungen der Gegenleistung für einen Übergabegenstand gehört auch die hier angesprochene Entscheidung des BGH vom 21.11.2013, XII ZB 403/12; sie äußert sich jedoch nur beiläufig dazu, warum die vertraglich vereinbarte „Veräußerungsrente“ bei einer Scheidung in den Versorgungsausgleich einzuordnen ist. Unabhängig davon, dass schon die Begriffe „Veräußerungsrente“ oder „Kauf auf Rentenbasis“ uneinheitlich verwendet werden, könnte eine solche Rente auch dem Güterrecht zuzuweisen sein. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass jedenfalls der Übergabegenstand (hier der Hof des Übergebers), an dessen Stelle die Rente getreten ist, güterrechtlich behandelt worden wäre.

Für eine zutreffende Einordnung der „Veräußerungsrente“ sind unter Berücksichtigung des Grundsatzes vom Vorrang des Versorgungsausgleichs (§ 2 Abs. 4 VersAusglG) die sich zumeist aus der Definitionsnorm des § 2 Abs. 1 Halbsatz 1 und Abs. 2 VersAusglG ergebenden Fragen zu klären:

- dient die vereinbarte Veräußerungsrente tatsächlich der Versorgung des Berechtigten,
- hängen die Rentenzahlungen überwiegend mit der Beendigung der Erwerbstätigkeit des Veräußerers zusammen (= Altersvorsorge),

¹ BGH, Beschluss vom 21.11.2013, XII ZB 403/12, MittBayNot 2014, 339 (in diesem Heft).

² Diese Frage hat der BGH zugunsten des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs entschieden, weil die vertragliche Abänderungsmöglichkeit ohne festgelegte Mindestrente zu keiner genügenden „Verfestigung“ des Anrechts führt.

³ So auch in dem hier zugrundeliegenden Beschluss des BGH vom 21.11.2014.

⁴ Hierzu bereits BGH, Beschluss vom 6.5.1982, IV b ZB 550/80 (Bamberg), NJW 1982, 2557 = FamRZ 1982, 909.

- ist die Veräußerungsrente durch Vermögen geschaffen worden,
- handelt es sich bei der Veräußerungsrente nicht eher um Kaufpreiseraten.

Ob die Erfassung einer vereinbarten „Veräußerungsrente“ im Versorgungsausgleich oder im Güterrecht zu erfolgen hat, richtet sich jedenfalls nicht nach ihrer bloßen Bezeichnung in der notariellen Urkunde, sondern nach den von den Beteiligten verfolgten Interessen und der tatsächlichen Funktion der Rente.

2. Interessenlage bei Vereinbarungen zur „Veräußerungsrente“

Geht die Initiative zur Verrentung der Gegenleistung vom Veräußerer aus, liegt sein Interesse vielfach in der gleichmäßigen – möglichst lebenslangen – Deckung seines monatlichen Bedarfs, also seines Lebensunterhalts. Er möchte dieses Ziel erreichen, ohne jedoch zukünftig den Veräußerungsgegenstand selbst weiterhin bewirtschaften zu müssen. Ist der Übergabegenstand zugleich das Unternehmen des Veräußerers (Hof, Betrieb bzw. Erwerbsgeschäft im weitesten Sinne) und fällt die verrentete Übergabe mit der Beendigung des aktiven Berufslebens zusammen (hierzu Ziffer 5), verfolgt der Veräußerer durch eine solche Gestaltung in klar erkennbarem Maße überwiegend (Alters-)Versorgungsinteressen.⁵ Die Veräußerungsrente fällt in einem solchen Fall regelmäßig in den Versorgungsausgleich. Geht hingegen die Initiative zur Verrentung der Gegenleistung von dem Erwerber aus, will er zumeist nicht die Hilfe institutioneller Kreditgeber in Anspruch nehmen und die „Rente“ ausschließlich aus den Erträgen des Erwerbsgegenstandes erwirtschaften. Er verfolgt demnach überwiegend seine besonders gelagerten Finanzierungsinteressen. Eine eindeutige Zuordnung der Veräußerungsrente lässt sich aus dieser Interessenlage nicht herleiten.

Soll die vereinbarte Veräußerungsrente lebenslang gewährt werden, liegt in einer solchen Gestaltung zwar eine für beide Vertragsparteien im Verhältnis zum Wert des Veräußerungsgegenstandes bewusst eingegangene Chance und ein bewusst eingegangenes Risiko. Der Veräußerer bevorzugt eine solche Gestaltung jedoch nicht in erster Linie deshalb, weil er mehr als den Wert des Veräußerungsgegenstandes realisieren will, sondern weil er für sich eine kontinuierliche Versorgung

⁵ Vgl. zum Gesichtspunkt des überwiegenden Versorgungsinteresses BGH, Beschluss vom 1.6.1988, IV b ZB 132/85 (Köln), FamRZ 1988, 936, 938; zust. *Borth*, 6. Aufl., Rdnr. 79.

sicherstellen möchte. Dieses vordringliche Versorgungsinteresse spricht daher für eine Zuordnung der vereinbarten Rente in den Versorgungsausgleich. Allerdings ist die lebenslange Gewährung einer Rente kein zwingendes Merkmal für die Erfassung eines Anrechts im Versorgungsausgleich, sondern zunächst lediglich ein Indiz für das Vorliegen eines überwiegenden Versorgungsinteresses. Umgekehrt kann auch ein zeitlich begrenztes Anrecht dem Wertausgleich unterliegen, wenn es aus anderen Gründen als der Dauer der Leistungsgewährung Versorgungscharakter hat.⁶ Einer genauen Bezeichnung und Ausgestaltung in der notariellen Urkunde wird insoweit für die Abgrenzung und letztlich auch für die Frage „Güterrecht oder Versorgungsausgleich“ immer eine wichtige Bedeutung zukommen.

3. Abgrenzung zum Ratenkauf

Stellt die vereinbarte Rente lediglich eine Stundung des Kaufpreises dar, liegt also ein Ratenzahlungskauf (manchmal auch als „Mietkauf“ bezeichnet) vor,⁷ unterfallen solche Anrechte nicht dem Versorgungsausgleich.⁸ Bei dieser Art einer Veräußerungsrente⁹ aus echten Ratenzahlungskäufen fehlt es an dem nach § 2 Abs. 1 Hs. 1 VersAusglG verlangten Versorgungscharakter, stattdessen überwiegt die „reine Entgeltfunktion“. Der gesamte Vorgang führt also zu einer bloßen Umschichtung im Vermögensbereich und bleibt daher güterrechtlich verankert. Der Veräußerer willigt in die Stundung und Ratenzahlung zumeist eher widerwillig ein, er erlangt jedoch wenigstens den Zinsvorteil. Regelmäßig wird auf den im Übrigen vererblichen Kaufpreisanspruch in wiederkehrenden, gleichbleibenden Raten (Annuitäten), die typischerweise den ebenfalls ausgewiesenen Stundungszins enthalten, geleistet. Die Laufzeit der Stundung ist zumeist auf das Erreichen des Wertes des Erwerbsgegenstandes zzgl. der Zinsen begrenzt. Bei Laufzeiten über zehn Jahren wird eine Wertsicherung vereinbart werden. Typischerweise erfolgt bei grundstücksbezogenen Geschäften eine erstrangige Absicherung durch Eintragung eines Grundpfandrechts im Grundbuch;¹⁰ auch bei anderweitigen Übergabegenständen ist eine Sicherung durch Verpfändung denkbar. Ist ein echter Ratenzahlungskauf gewollt, sollte die notarielle Urkunde dies eindeutig klarstellen. Im Übrigen stellen auch andere atypische Gegenleistungen oder „vorbehaltene Rechte“, wie beispielsweise ein Nießbrauch an der übergebenen Sache oder die Vereinbarung eines Wohnrechts, eine bloße Umschichtung im Vermögensbereich des Veräußerers dar; solche Rechte unterliegen nicht dem Versorgungsausgleich.

4. Durch Vermögen geschaffenes Anrecht

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG muss ein vordringlich im Versorgungsausgleich auszugleichendes Anrecht, hier also mutmaßlich die Veräußerungsrente, in der Ehezeit „durch Vermögen geschaffen“ sein. Dieses Merkmal war für Veräu-

ßerungsrenten durchaus umstritten.¹¹ Der BGH bestätigt jedenfalls nunmehr in seiner Entscheidung vom 21.11.2013 auch für den reformierten Versorgungsausgleich, dass er echte Veräußerungsrenten aus einem Übergabevertrag grundsätzlich als durch Vermögen, nämlich den Einsatz des Übergabegenstandes, geschaffene Anrechte ansieht.

Gegen eine Einbeziehung in den Versorgungsausgleich kann daher nicht angeführt werden, dass das Rentenrecht aus einem Veräußerungsgeschäft, anders als ein „reguläres Anrecht“ auf Altersvorsorge, nur als Vollrecht im Rahmen seiner vertraglichen Einräumung und nicht sukzessiv als Anwartschaft, nämlich typischerweise durch wiederkehrende Beitragsleistung, entsteht. Gegen eine Sonderbehandlung von Anrechten, die in der Ehezeit entweder nur als Vollrecht oder gar nicht entstehen, hatte der BGH sich bereits im Jahre 1982¹² am Beispiel eines Leibgedings ausgesprochen (hierzu II.). Atypisch fällt somit die Veräußerungsrente, sofern der Veräußerungsfall in der Ehezeit liegt, immer in vollem Umfang in den Versorgungsausgleich; einen abgrenzbaren Ehezeitanteil nach § 1 Abs. 1 VersAusglG gibt es nicht. Liegt der Veräußerungsfall hingegen außerhalb der Ehezeit, fällt die Rente insgesamt und ebenfalls ohne Berücksichtigung eines Ehezeitanteils aus dem Versorgungsausgleich heraus.

Ausnahmsweise nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen ist allerdings eine eindeutig der Altersversorgung dienende, vereinbarte Rente, wenn sie zwar von den Vertragsbeteiligten in der Ehezeit als Gegenleistung vereinbart wird, aber dennoch nicht als Gegenleistung für einen Vermögenswert betrachtet werden kann, also nicht „durch Vermögen geschaffen“ worden ist und genau deshalb nicht in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG fällt. Eine solche – eher seltene – Konstellation liegt vor, wenn die Rente die Gegenleistung für einen Erbverzicht nach § 2346 BGB, also den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht nach dem Tode des Erblassers, sein soll. Das gesetzliche Erbrecht des Verzichtenden ist lediglich eine „jetzige Erbchance“, jedoch weder ein verwertbares Vollrecht oder eine Anwartschaft auf ein solches Recht. Aus der Sicht des Versorgungsausgleichs fehlt es deshalb an einem geeigneten Vermögensgegenstand, durch dessen Verwertung ein Versorgungsanrecht begründet werden könnte. Der BGH bewertet daher diesen Fall als eine von dem Erblasser an den gesetzlichen Erben gemachte Zuwendung, ähnlich einer von ihm unmittelbar finanzierten und insoweit geschenkten privaten Rentenversicherung. Versorgungsansprüche aus unmittelbar zugewendeten Anrechten bleiben im Versorgungsausgleich auch deshalb außer Betracht, weil dies den vergleichbaren Wertungen der güterrechtlichen Rechtsprechung zu § 1374 Abs. 2 BGB (sog. privilegierter Erwerb) entspricht.¹³ Dort ist nämlich anerkannt, dass auch dann ein unentgeltlicher Vermögenserwerb vorliegt, wenn ein Ehegatte wegen seines künftigen gesetzlichen Erbrechts von seinem Ehegatten vereinbarungsgemäß Vermögenswerte erlangt.¹⁴

⁶ Vgl. Wick, *Versorgungsausgleich*, 3. Aufl. 2013, Rdnr. 103; Palandt/Brudermüller, § 2 Rdnr. 9; OLG Koblenz, Beschluss vom 14.12.2000, 15 UF 54/00, FamRZ 2001, 995.

⁷ Hierzu zusammenfassend Krauß, *Immobilienkaufverträge*, 6. Aufl. 2012, Rdnr. 16 ff.

⁸ Vgl. Ruland, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 194; Borth, *VersAusglG*, 7. Aufl., Rdnr. 80; zweifelnd Hauß/Eulering, Rdnr. 94; siehe auch Johannsen/Heinrich/Hahne, FamR, § 2 VersAusglG Rdnr. 5.

⁹ Hier wäre es zutr. eher von „Kaufpreisrenten“ zu sprechen.

¹⁰ Darstellung bei Krauß, *Immobilienkaufverträge*, 6. Aufl. 2012, Rdnr. 1048 ff.

¹¹ Hierzu nur die Hinweise in BGH, Beschluss vom 6.5.1982, IV b ZB 550/80 (Bamberg), NJW 1982, 2557, und bei Borth, 7. Aufl., Rdnr. 86.

¹² BGH, Beschluss vom 6.5.1982, IV b ZB 550/80 (Bamberg), NJW 1982, 2557; hierauf verweist auch BGH, Beschluss vom 21.11.2013, XII ZB 403/12, FamRZ 2014, 282 = MittBayNot 2014, 339 (in diesem Heft).

¹³ Ansonsten widersprechen „güterrechtliche Wertungen“ gerade in Bezug auf die Herkunft von Vermögen, das zum Anrechteerwerb verwendet wird, nicht der Einbeziehung in den Versorgungsausgleich.

¹⁴ Zusammenfassend BGH, Beschluss vom 6.5.1982, IV b ZB 550/80 (Bamberg), NJW 1982, 2557, 2558 f.

5. „Veräußerungsrente“ vor Erreichen der Altersgrenze

Zur Einordnung der Veräußerungsrente in den Versorgungsausgleich ist es – und dies wird häufig übersehen – erforderlich, dass die erkennbare Funktion der vereinbarten Rentenzahlungen nicht nur überwiegend der Versorgung im Allgemeinen, sondern bestimmungsgemäß der „Versorgung wegen Alters“ (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG) dienen muss. Die Veräußerungsrente muss folglich Ersatzfunktion für das bisherige Erwerbseinkommen haben. Maßstab hierfür ist vor allem der Beginn der Rentenleistungen im Anschluss an die Beendigung des aktiven Erwerbslebens. Werden die Rentenleistungen dagegen zu einem erheblichen Teil auch schon während des aktiven Erwerbslebens gezahlt, ist das Anrecht in der Regel dem Güterrecht zuzuordnen.¹⁵ Eine genaue Abgrenzung ist indes unsicher und für den beurkundenden Notar kaum erkennbar. Ist der Übergabegenstand der Hof, der Betrieb oder das Erwerbsgeschäft des Veräußerers, wird die verrentete Übergabe oftmals mit der Beendigung des aktiven Berufslebens zusammenfallen; keinesfalls gesichert ist dies hingegen für den „Rentenkauf“ einer Immobilie.

II. Sonderfall: Leibgeding (Altenteil) und Sachleistungen

Mit Unsicherheiten eigener Art behaftet ist die Frage, ob eine (durch Reallast im Grundbuch) gesicherte Rente im Zusammenhang mit einem Leibgeding oder Altenteil, das etwa aus Anlass einer Hofübergabe von dem Hofübergeber und Ausgleichspflichtigen erworben worden ist, dem Versorgungsausgleich unterliegt. Der BGH verneint, dass eine Einbeziehung in den Versorgungsausgleich grundsätzlich ausgeschlossen ist, hat die Frage jedoch ausdrücklich nicht abschließend entscheiden wollen und sich dennoch eindeutig für ein „Ja“ ausgesprochen.¹⁶ Für die in einem Leibgeding enthaltene Leibrente als Gegenleistung des Hofübernehmers für die Einräumung der Möglichkeit der Hofbewirtschaftung vor dem Tode des Übergebers geht der BGH jedenfalls grundsätzlich davon aus, dass sie im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG mit Hilfe des (übergebenen) Vermögens begründet ist, und nicht etwa eine unentgeltliche Zuwendung darstellt.¹⁷ Auch für Rentenversprechen im Verbund eines Leibgedings oder Altenteils ist allerdings zu prüfen, ob die einzelnen Leistungen überwiegend im Anschluss an die Beendigung des Berufslebens zu erbringen sind und folglich das Merkmal einer Altersvorsorge erfüllt ist.

Kein Ausgleich über den Versorgungsausgleich findet für ausbedungene Leistungen statt, die zwar ebenfalls Teil eines Leibgedings oder Altenteils sind, jedoch Sachleistungen darstellen. Betroffen sind Wohnrechte und Leistungen zur Pflege und Verpflegung (freie Kost und Logis, Wart und Pflege in alten und kranken Tagen, geringes Taschengeld und die Beteiligung am Obstertrag des Hofes etc.). Für deren Bewertung fehlt es im Versorgungsausgleich schlicht an verlässlichen versicherungsmathematischen Grundlagen.¹⁸ Der BGH hat

¹⁵ BGH, Beschluss vom 14.3.2007, XII ZB 36/05, FamRZ 2007, 889 = DNotZ 2007, 772; Borth, VersAusglG, 7. Aufl., Rdnr. 74 m. w. N.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 6.5.1982, IV b ZB 550/80 (Bamberg), NJW 1982, 2557 = FamRZ 1982, 909.

¹⁷ Vgl. Maier, AngVers 1976, 435; Ruland, NJW 1976, 1716; Winkler, AgrarR 1978, 242.

¹⁸ Hierzu BGH, Beschluss vom 20.1.1993, XII ZB 59/90, FamRZ 1993, 682 = MittBayNot 1993, 296; FAKomm-FamR/Wick, 4. Aufl. 2011, § 2 VersAusglG Rdnr. 16; ders., Versorgungsausgleich, 3. Aufl. 2013, Rdnr. 105.

im Übrigen auch bereits zum reformierten Versorgungsausgleich grundsätzlich klargestellt, dass Sachleistungen aus systematischen Gründen nicht nach dem VersAusglG ausgeglichen werden können.¹⁹ Hat sich der Sachleistungsanspruch allerdings nach Art. 96 EGBGB in Verbindung mit dem jeweils maßgeblichen Landesrecht oder auf andere Weise (zum Beispiel durch Vertragsauslegung, Wegfall der Geschäftsgrundlage) in der Ehezeit in einen Wertersatz- bzw. Geldanspruch umgewandelt, ist die Gefahr der Einbeziehung in den Versorgungsausgleich nach wie vor nicht ausgeschlossen.²⁰

III. Erwerb der „Veräußerungsrente“ mit Mitteln aus Anfangsvermögen

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH gilt,²¹ dass auch alle diejenigen Anrechte in den Versorgungsausgleich einzu beziehen sind, die der ausgleichspflichtige Ehegatte in der Ehezeit durch sein bei Eheschließung bereits vorhandenes Vermögen (echtes Anfangsvermögen nach § 1374 Abs. 1 BGB) erworben hat.²² Gleiches gilt für einen Anrechterwerb aus Mitteln einer Erbschaft,²³ aus vorweggenommener Erbfolge oder aus geschenktem Vermögen (fingiertes Anfangsvermögen nach § 1374 Abs. 2 BGB).²⁴ Betrachtet man diese Rechtsprechung unter dem Aspekt der Wertung des Zugewinnausgleichs, bedeutet dies, dass der ausgleichspflichtige Ehegatte die während der Ehezeit aus jeder Art seines Anfangsvermögens erworbenen Anrechte über den Versorgungsausgleich dennoch ausgleichen muss. Davon betroffen ist auch die als Gegenleistung für den Gegenstand des Anfangsvermögens in der Ehezeit erlangte Veräußerungsrente, die der Altersvorsorge dient. Das VersAusglG unterscheidet eben auch insofern nicht nach der Mittelherkunft,²⁵ es nimmt die Wertungen des § 1374 BGB nicht auf. Auch ein korrigierender Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen grober Unbilligkeit (§ 27 VersAusglG) scheidet grundsätzlich aus.²⁶

Der Einbeziehung von in der Ehezeit mit Mitteln des Anfangsvermögens erworbenen Anrechten in den Versorgungsausgleich steht in der Regel auch nicht das sog. Doppelverwertungsverbot entgegen. Die zum Erwerb des Anrechts eingesetzten Mittel des Anfangsvermögens sind in dem für

¹⁹ BGH, Beschluss vom 4.9.2013, XII ZB 296/13, FamRZ 2013, 1795 m. w. N.

²⁰ Unentschieden in BGH, Beschluss vom 20.1.1993, XII ZB 59/90, FamRZ 1993, 682; ggf. in die Richtung Ausgleich denkend Münch, Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 2846; insgesamt kritisch Borth, 6. Aufl., Rdnr. 75; Wick, Versorgungsausgleich, 3. Aufl. 2013, Rdnr. 103.

²¹ Zuletzt BGH, Beschluss vom 18.1.2012, XII ZB 213/11, FamRZ 2012, 434 = DNotZ 2012, 705 m. Anm. Rauscher = MittBayNot 2012, 221; BGH, Beschluss vom 30.3.2011, XII ZB 54/09, FamRZ 2011, 877; vgl. bereits zuvor BGH, Beschluss vom 29.2.1984, IV b ZB 887/81 (München/Augsburg), FamRZ 1984, 570; siehe auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.10.2004, 7 UF 2528/04, FamRZ 2005, 1256.

²² Zustimmend die Literatur: Ruland, 3. Aufl., Rdnr. 162; Borth, 5. Aufl., Rdnr. 83; Kemper, Kap. IV Rdnr. 28 ff.

²³ BGH, Entscheidung vom 8.10.1986, IVb ZB 133/85, FamRZ 1987, 48; MünchKommBGB/Dörr, 5. Aufl. 2010, § 2 VersAusglG Rdnr. 9.

²⁴ OLG Koblenz, Beschluss vom 7.7.2004, 7 WF 623/04, FamRZ 2005, 1255; Borth, 5. Aufl., Rdnr. 84.

²⁵ Statt aller Borth, 7. Aufl., Rdnr. 86; Kemper, Kap. IV Rdnr. 31 m. w. N.; zusammenfassend aus notarieller Sicht Reetz, NotarFormulare Versorgungsausgleich, § 3 Rdnr. 51 ff. mit Mustern.

²⁶ So zuletzt ausdrücklich BGH, Beschluss vom 18.1.2012, XII ZB 213/11, FamRZ 2012, 434 = DNotZ 2012, 705 = MittBayNot 2012, 221.

den Zugewinnausgleich maßgeblichen Endvermögen (§ 1375 BGB) nicht mehr vorhanden, so dass der Zugewinn aus der Sicht des Ausgleichspflichtigen entsprechend vermindert ist.²⁷ Anders sieht die Situation hingegen aus, wenn es auf ein „Endvermögen“ nicht ankommt, weil die Ehegatten zuvor ehevertraglich die „modifizierte Zugewinnsgemeinschaft“ oder Gütertrennung vereinbart hatten oder ohnehin kein relevanter Zugewinn erzielt worden ist. Jedenfalls kann der Wechsel vom zugewinnausgleichsrechtlichen Anfangsvermögen zum Altersvorsorgeanrecht bestehende ehevertragliche Regelungen der Ehegatten zum Güterrecht erheblich konterkarieren. Hatten die Ehegatten des Ausgangsfalls den nunmehr übergebenen Hof als Einzelgegenstand ehevertraglich aus der Zugewinnausgleichsberechnung herausgenommen oder Gütertrennung vereinbart,²⁸ käme die Veräußerungsrente als hierfür erlangtes rechtsgeschäftliches Surrogat dennoch über § 2 VersAusglG zum Ausgleich. Das gilt auch dann, wenn der güterrechtliche Ausgleich durch eine ehevertraglich vereinbarte Surrogationsklausel verhindert werden sollte.

Wollen die Ehegatten trotz der Vereinbarung einer Veräußerungsrente, die der Altersvorsorge dient, die Wertungen des Zugewinnausgleichs beibehalten bzw. ihre ursprünglich geplanten güterrechtlichen Gestaltungen durchsetzen, könnten sie den versorgungsrechtlichen Ausgleich des Anrechtererwerbs aus Mitteln des zugewinnausgleichsrechtlichen Anfangsvermögens vertraglich ausschließen. Das Mittel hierzu ist eine Vereinbarung nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG, nämlich die „Ausschlussvereinbarung“ zu einem Einzelanrecht.²⁹ Solche Vereinbarungen halten regelmäßig der Inhalts- und Ausübungskontrolle nach § 8 Abs. 1 VersAusglG stand, weil kein ehebedingter Erwerb und auch keine Verpflichtung zur Umschichtung vorehelichen Vermögens bestehen.³⁰

Leben die Ehegatten in der Zugewinnsgemeinschaft und soll der Güterstand trotz der Herausnahme von Anrechten aus

²⁷ Deshalb trifft der warnende Hinweis von *Zimmermann/Dorsel*, § 15 Rdnr. 20, nicht immer zu.

²⁸ Formularbeispiele: *Langenfeld*, Handbuch, 6. Aufl. 2011, Rdnr. 371 ff.; *Brambring*, Ehevertrag, Rdnr. 101; *Bergschneider* in *Verträge in Familiensachen*, Rdnr. 553; *Kanzleiter/Wegmann*, Vereinbarungen unter Ehegatten, Rdnr. 160 ff.; *Münch*, NotBZ 2003, 125 (insbesondere Betriebsvermögen).

²⁹ Siehe hierzu *Reetz*, NotarFormulare Versorgungsausgleich, § 9 Rdnr. 119 ff.

³⁰ So zu Recht *Rauscher*, DNotZ 2012, 708, 712; siehe auch *Göppinger/Bürger/Schwamb*, 10. Aufl. 2013, Teil 3 Rdnr. 42.

dem Versorgungsausgleich, die mit Mitteln aus Anfangsvermögen finanziert worden sind, beibehalten werden, können sich allerdings beachtenswerte Folgeprobleme ergeben: Die Mittel zum Anrechterwerb, die nunmehr faktisch dem Versorgungsausgleich unterliegen (= Vermögen i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG) sind folgerichtig im zugewinnausgleichsrechtlichen Endvermögen (§ 1375 Abs. 1 BGB) des ausgleichspflichtigen Ehegatten nicht mehr vorhanden, erhöhen aber weiterhin dessen Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 1 BGB). Gleichzeitig findet der Wertausgleich des aus diesen Mitteln finanzierten Anrechtererwerbs nicht statt, weil die Ehegatten dies – auf Hinweis des Notars – ehevertraglich wirksam ausgeschlossen haben. Im Falle der Scheidung könnte sich auf diese Weise ein ggf. bestehender Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten vermindern und im Extremfall sogar zu dessen Ausgleichspflicht führen.³¹ Diese Rechtsfolgen bleiben den Beteiligten zumeist verborgen. Der Notar sollte deshalb auf dieses Ergebnis hinweisen oder eine güterrechtliche Lösung mitbeurkunden.

IV. Zusammenfassung

Wird im Rahmen eines Kauf- oder Übergabevertrages als Gegenleistung eine „Veräußerungsrente“ vereinbart, die überwiegend der Altersvorsorge dient, ist diese Rente im Falle der Scheidung in voller Höhe im Versorgungsausgleich zu berücksichtigen. Unerheblich ist es, dass der veräußerte Gegenstand „eigentlich“ dem Güterrecht zuzuordnen war und dessen Wert möglicherweise güterrechtlich nicht oder nicht vollständig ausgeglichen worden wäre. Es kommt also im Falle der Scheidung auch dann zur vollständigen Teilung der Veräußerungsrente, wenn der veräußerte Gegenstand beispielsweise im Rahmen einer Zugewinnausgleichsberechnung echtes oder fingiertes Anfangsvermögen darstellt oder vom Zugewinnausgleich durch Ehevertrag herausgenommen ist oder als Güterstand die Gütertrennung vereinbart war. Der beurkundende Notar sollte bei Vereinbarung einer „Veräußerungsrente“, die der Altersvorsorge dient, auf die scheidungsbezogenen Folgen hinweisen. Sollen ursprünglich vorhandene güterrechtliche Konzepte aufrechterhalten werden, kann eine einzelanrechtsbezogene Ausschlussvereinbarung nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG beurkundet werden; dabei sind allerdings die güterrechtlichen Wechselwirkungen zu beachten.

³¹ Vgl. *Münch*, Rechtsgeschäfte, Rdnr. 3093.

BUCHBESPRECHUNGEN

Grziwotz/Lüke/Saller: Praxishandbuch Nachbarrecht. 2. Aufl., Beck, 2013. 587 S., 59 €

Nachbarrecht ist nicht jedermanns Sache. Man muss Fragen lösen, wie den Umfang der Duldungspflicht von Kotablagerungen und Erbrochenem von Tieren des Nachbarn. Erfreulich ist es, wenn man sich damit nicht lange aufhalten muss, sondern einfach nachlesen kann. Dazu ist der *Grziwotz/Lüke/Saller* bestens geeignet. Nicht nur die Lösung des Problems mit Hinterlassenschaften von Tieren des Nachbarn ist in diesem Werk dargestellt (Fn. 118), sondern alle Probleme des zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Nachbarrechts einschließlich der gerichtlichen Verfahren und aller einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften.

Bei einer Neuauflage stellt sich zunächst die Frage: „Was hat sich geändert?“ Ein erster Blick verrät: Das Werk ist bei gleichem Format und gleicher Formatierung um etwa 50 Seiten gewachsen. Die Inhaltsübersicht zeigt eine unveränderte Struktur, beginnend mit einem allgemeinen 1. Teil. Im 2. Teil findet man detaillierte Darstellungen der Grenzverhältnisse, Grenzeinrichtungen (zum Beispiel Nachbar- und Grenz-wände), des Überbaus, zu Gebäude- und Pflanzabständen sowie der landesrechtlichen Fenster- und Lichtrechte. Ebenso regelmäßig wird man als Notar im 3. Teil blättern, der Immissionsschutz, gefährdende Anlagen auf Nachbargrundstücken, Vertiefung und Einwirkungen durch Wasser behandelt. Schwerpunkte notarieller Tätigkeit finden sich auch im 4. Teil, der zunächst Notwege- und Notleitungsrechten sowie Betretungs-, Hammerschlags-, Leiterrechten und ähnlichen Rechten und dann ausführlich dem Recht der Grunddienstbarkeit gewidmet ist. Abgerundet wird das Werk durch einen ausführlichen prozessualen 5. Teil, der neben dem streitigen Zivil- und dem Verwaltungsprozess auch die obligatorische und freiwillige Streitbeilegung behandelt, sowie einen 6. Teil mit knapp 40 Mustern.

Schon an dieser Inhaltsübersicht merkt man, dass Nachbarrecht natürlich mehr ist als der Streit am Zaun über den Zaun. Sogar gesamtwirtschaftlich relevant wird Nachbarrecht, beispielsweise wenn es um die Nutzung und Bebauung von Grundstücken von bzw. mit Verkehrs- oder Industriebetrieben geht. Kleine, aber wichtige Veränderungen in diesem Bereich zeigt auch das detaillierte Inhaltsverzeichnis: Von den nie ohne Auseinandersetzung mit Betroffenen einhergehenden Änderungen des Wirtschaftslebens sprechen neue Ausführungen zu den auch in der politischen Debatte im Monat Februar 2014 fast täglich gegenwärtigen Themen „Duldung des Anbaus von gentechnisch veränderten Organismen“ und „Immissionen durch Windkraftanlagen“ (S. 224).

Größere gesetzliche Änderungen hat es im Nachbarrecht seit dem Erscheinen der Erstauflage nicht gegeben. Die Aufhebung der landesrechtlichen Vorschriften zum wild abfließenden Wasser und die nun bundeseinheitliche Regelung in § 37 WHG sind auf Seite 259 ff. dargestellt. Auch die neuen lan-

desrechtlichen Vorschriften zur Duldung eines Überbaus mit Wärmeschutzeinrichtungen werden erörtert (S. 151 ff.), wobei *Grziwotz* diese Regelungen gegen das BVerfG, Beschluss vom 19.7.2007, 1 BvR 650/03, NJW-RR 2008, 26, wegen Verstoßes der abschließenden und vorrangigen bundesgesetzlichen Regelung in §§ 912 ff. BGB für unwirksam hält.

Für Praktiker, die in Bundesländern tätig sind, in denen ein obligatorisches Schlichtungsverfahren eingeführt und noch nicht bereits wieder abgeschafft wurde (wie in Baden-Württemberg, was in Rdnr. 262 noch nicht berücksichtigt ist), hilfreich ist die Aufnahme des Musters über eine Schlichtungsvereinbarung.

Legt man die Texte der beiden Auflagen nebeneinander, bestärkt sich der Eindruck aus der 1. Auflage, dass die Autoren dem Werk unterschiedlich viel Aufmerksamkeit widmen. Beispielsweise finden sich auf den ersten sieben Seiten der Erörterungen von *Saller* im 1. Teil bereits 18 neue Fußnoten. *Lüke* benötigt auf den ersten 15 Seiten des ersten Teils nur drei neue Belegstellen. *Lüke* hat auch kleine Fehler in Fußnoten nicht beseitigt, zum Beispiel wird gleich in Rdnr. 1 und 3 mit „*Schreiber/Hoppe*“ ein Werk zitiert, das weder mit seinem Titel bezeichnet ist noch sich im Abkürzungs- und Literaturverzeichnis findet. Erste neue Fußnote ist die Nr. 118 mit der Entscheidung des LG Bonn zum eingangs geschilderten Hundekotproblem. Diese Entscheidung ist auch Beispiel dafür, warum ich nach wie vor dazu raten würde, die Ausführungen in den ersten 71 Randnummern zu überblättern (so schon in *MittBayNot* 2006, 131, 132). Die Ausführungen, die nach ihrem Sinn allgemein gehalten sein sollten, sind durchsetzt mit Detailproblemen, wie eben der Frage der Kotablagerungen. Konzentration im Allgemeinen Teil auf das Allgemeine und dessen stringente und bruchlose Darstellung wäre wünschenswerter.

Wieder kann das aber den sehr guten Eindruck des Werkes kaum trüben. Neben den hier genannten Änderungen finden sich zahllose Vervollständigungen und Aktualisierungen, deren auch nur schlagwortartige Wiedergabe den Rahmen einer Buchbesprechung sprengen und wohl ein eigenes Buch notwendig machen würde.

Nach wie vor sollte der *Lüke/Grziwotz/Saller* in keiner Bibliothek eines Notars fehlen. Andere umfassende und detaillierte Darstellungen des Nachbarrechts unter Berücksichtigung aller landesrechtlichen Vorschriften gibt es, glaubt man den Katalogen der Fachbuchhandlungen, nicht oder nur sehr vereinzelt. Jedem, der das Werk noch nicht hat, ist die 2. Auflage uneingeschränkt zum Kauf zu empfehlen. Wer wie ich regelmäßig mit der 1. Auflage gearbeitet hat, sollte sich die 2. Auflage ebenfalls gönnen, um für jeden – auch unerfreulichen oder lästigen – Einzelfall schnell und ohne weitere Recherchen eine Antwort zu finden, die der aktuellen Rechtsprechungs- und Gesetzeslage entspricht.

Notar *Sebastian Ruhwinkel*, München

Bauer/v. Oefele: Grundbuchordnung. 3. Aufl., Vahlen, 2013. 1959 S., 199 €

Sieben Jahre nach Veröffentlichung der 2. Auflage des oben genannten Werkes konnte 2013 die 3. Auflage des Grundbuchkommentars von *Bauer/v. Oefele* auf den Markt gebracht werden. Auf mittlerweile 1959 Seiten soll ausweislich des Vorwortes das Grundbuchrecht sowohl wissenschaftlich als auch praxisbezogen aufbereitet werden.

Wie in den Voraufgaben auch, ist der eigentlichen Kommentierung zur GBO ein umfangreicher Allgemeiner Teil vorangestellt, der die für das materielle Recht maßgeblichen Grundlagen für Grundbucheintragungen, unter anderem im Bereich der Dienstbarkeiten, Grundpfandrechte, WEG und Erbbaurechte, eher lehrbuchhaft darstellt. Im Anschluss an die Kommentierung der GBO folgt noch ein ausführlicher Abschnitt zu internationalen Bezügen im Grundbuchverkehr. Diese allgemeinen Teile machen mithin fast 40 % des Gesamtwerkes aus – man kann angesichts dieser Verteilung hier wohl eher von einem Kommentar zum Grundbuchrecht insgesamt als von einem GBO-Kommentar sprechen. Insgesamt sind die Ausführungen – im Allgemeinen Teil beginnend mit einem allgemeinen Abriss mit historischen Bezügen – sehr gut lesbar und beziehen auch aktuelle Entwicklungen wie die Entwicklung des elektronischen Grundbuchs (AT I. Rdnr. 60) mit ein.

Einige Punkte seien beispielhaft herausgegriffen: In überzeugender Art und Weise begründet *Kohler* in AT III. Rdnr. 89 f. seine Ansicht bei der Frage der „Wiederaufladbarkeit“ einer Vormerkung, wonach Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vormerkungsänderung der Zugang einer entsprechenden Bewilligung zumindest zu den Grundbuchakten sein sollte, um die Publizität des Grundbuchs in ausreichender Form wahren zu können.

Zu AT VI. Rdnr. 20 sei ergänzt, dass die Rechtsprechung (OLG München, Beschluss vom 10.12.2012, 34 Wx 523/11, FGPrax 2013, 62) mittlerweile sogar das Recht zum Haben eines Bauwerks als dem Bestimmtheitsgrundsatz genügend ansieht, wenn sich im Wege der Auslegung ergibt, dass hierunter bei Bestellung des Erbbaurechts eine Wohnbebauung zu verstehen war.

Zur möglichen Vereinbarung einer Ankaufspflicht in einem Erbbaurechtsvertrag (AT VI. Rdnr. 111) ist nach Drucklegung eine wichtige Klarstellung des BGH ergangen (BGH, Urteil vom 1.3.2013, V ZR 31/12, MittBayNot 2013, 477 m. teils abl. Anm. *Rapp*). Danach sind solche Gestaltungen, soweit sie als Verbrauchervertrag einzustufen sind, regelmäßig unwirksam und eine geltungserhaltende Reduktion ist – anders als außerhalb von Verbraucherverträgen – ausgeschlossen.

In AT VI. Rdnr. 184 ff. folgt *Maaß* richtigerweise der vom BGH mittlerweile bestätigten Auffassung, dass bei Zeitablauf auch ohne Berichtigungsbewilligung des Erbbauberechtigten die Löschung des Erbbaurechts Zug um Zug mit Eintragung des Entschädigungsanspruchs möglich ist; letzterer muss nicht der Höhe nach beziffert werden, sondern es genügt insofern die Bezugnahme auf die Regelung im Erbbaurechtsvertrag (BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, MittBayNot 2013, 474).

Zur Frage der Reichweite des Begriffes des „Bestandteils“ in § 12 Abs. 3 ErbbauRG ist mittlerweile eine BGH-Entscheidung ergangen, die die in AT VI. Rdnr. 200, vertretene Auffassung stützt, dass die Norm auch subjektiv-dingliche Rechte (insbesondere Rechte zur Sicherung der Erschließung) erfasst. Die Reichweite ist jedoch bei sonstigen Rechten, etwa Vorkaufsrechten, ungeklärt und vom BGH als „zweifelhaft“ bezeichnet worden (BGH, Urteil vom 17.2.2012, V ZR 102/11, MittBayNot 2013, 40).

In AT VI. Rdnr. 259 ff., lehnt *Maaß* zu Recht mit der wohl herrschenden Meinung die Zulässigkeit eines Nachbarerbaurechts insbesondere mit dem Argument des fehlenden Bedürfnisses wegen der Möglichkeit eines Gesamterbbaurechts ab (so nun auch OLG Köln, Beschluss vom 6.5.2013, 2 Wx 128/13, FGPrax 2013, 198).

In der Darstellung des Wohnungseigentums wird in AT V. Rdnr. 115 von *v. Oefele* richtigerweise die mittlerweile auch vom BGH (BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, MittBayNot 2013, 130) bestätigte Auffassung vertreten, dass entscheidender Zeitpunkt für die Verwalterstellung bei Abgabe einer Zustimmungserklärung derjenige des Zugangs der Zustimmungserklärung bei den Parteien bzw. dem bevollmächtigten Notar und nicht derjenige der Eigentumsumschreibung ist.

Im Hinblick auf die Abgrenzungsfragen zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum insbesondere bezüglich Ver- und Entsorgungsleitungen (AT V. Rdnr. 70 ff.) gilt es den neuen Ansatz des BGH zu verfolgen, bezogen auf den Anlagenbegriff des § 5 Abs 2 WEG Gemeinschaftseigentum bis zur ersten Absperrmöglichkeit für den Sondereigentümer anzunehmen (BGH, Urteil vom 26.10.2012, V ZR 57/12, MittBayNot 2013, 304).

Sehr gut aufbereitet und praxisnah sind die Ausführungen zur Vertretung im Grundbuchverkehr (AT VII.). Hier wird richtigerweise in Rdnr. 112 vertreten, dass auch der postmortal Bevollmächtigte als Alleinerbe des Vollmachtgebers durch die Vollmacht legitimiert ist (a. A. OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, MittBayNot 2013, 395).

Für den Praktiker hervorragend brauchbar ist der Abschnitt zu den Internationalen Bezügen im Grundstücksverkehr, insbesondere auch die Länderliste zum Ehegüterrecht und zur Vertretung ausländischer Gesellschaften. Die schnelle Verfügbarkeit stellt insofern einen echten Mehrwert zum „*Schöner/Stöber*“ dar.

Diese Konkurrenzsituation begründet dann letztlich auch die Frage, ob die Anschaffung des Werkes empfohlen werden kann. Der Umfang übersteigt den des gebräuchlicheren Kommentars „*Schöner/Stöber*“ um mehr als 200 Seiten, allerdings ist auch der Anschaffungspreis erheblich höher und darüber hinaus ist das Werk nicht im Modul „Beck-Online Notarrecht“ gelistet. Dennoch lohnt sich angesichts der Praxistauglichkeit und wissenschaftlichen Präzision die zusätzliche Anschaffung für jeden mit Fragen des Grundbuchrechts befassten Praktiker.

Notar Dr. *Jürgen Schlögel*, Bad Aibling

Münch: Die Scheidungsimmobilie. 2. Aufl., Luchterhand, 2013. 580 S. + CD-ROM, 86 €

Der Kitzinger Notarkollege *Münch* kann getrost als „Altmeister vorsorgender wie scheidungsbezogener ehevertraglicher Regelungen“ bezeichnet werden. So verwundert es nicht, dass auch die zweite Auflage seines Werks „Die Scheidungsimmobilie“ erneut rundherum überzeugen kann.

Dabei gibt das Werk von *Münch* nicht nur dem Notar, sondern jedem Berater, insbesondere Rechtsberatern, wertvolle und umfassende Informationen rund um Fragen der Scheidungsimmobilie, und das auf höchstem Niveau und topaktuell. Beispielhaft seien hier die Behandlung der deutsch-französischen Wahl-Zugewinnngemeinschaft (S. 40 ff.), ausführliche Erläuterungen zur Ehegatteninnengesellschaft (S. 64 ff.), die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Schwiegerelternzuwendung (S. 111 ff.) und die neue Rechtsprechung des BGH zur Erlösverteilung im Rahmen der Teilungsversteigerung (S. 312 ff.) genannt.

Münch gelingt es dabei immer, prägnant und übersichtlich zugleich, auch die Entwicklung der Rechtsprechung nachzuzeichnen. So wird dem Anwender das Fundament dafür gegeben, die von *Münch* zugleich aufgezeigten Konsequenzen für die Praxis nachzuvollziehen und die für die Anwendung in der Praxis zahlreichen Musterformulierungen und deren rechtlichen Hintergrund einordnen zu können.

Thematisch reicht das Werk von der Bewertung der Immobile im Rahmen der Scheidungsfolgenansprüche (Teil A) über

Nutzungsvereinbarungen, auch im Rahmen von Mietverhältnissen (Teil B), Regelungen zu vertraglichen Eigentumsänderungen, einschließlich Fällen des Drittverkaufs oder der Einbringung in einen Familienpool (Teil C), Fragen der Teilungsversteigerung (Teil D), steuerliche Fragen rund um die Scheidungsimmobilie (Teil E) bis hin zur Vorstellung von Regelungen zur Immobilie im Rahmen vorsorgender ehevertraglicher Vereinbarungen, einer Scheidungsvereinbarung und erbrechtlicher Anordnungen (Teil F, G und H).

Die ausführlichen Praxishinweise und Mustervorschläge sind dabei – wie von anderen Standardwerken von *Münch* gewohnt – eine äußerst wertvolle und umfassende Hilfestellung. Dabei dient sowohl die dem Werk beigelegte CD-ROM wie auch die Möglichkeit der Registrierung im Internet einem sehr leichten Zugriff auf die Mustervorschläge, auch um diese für die eigene Mustersammlung nutzbar zu machen.

Dem Verwender muss allerdings bei alldem bewusst sein, dass – dem Titel gemäß – das Werk von *Münch* auf die Behandlung aller Fragen um die Scheidungsimmobilie beschränkt bleibt. Es ersetzt daher – nach dem Titel zu Recht – nicht andere Abhandlungen, die zum Beispiel auch den Versorgungsausgleich oder Unterhaltsfragen erörtern. Unter dieser Prämisse ist „Die Scheidungsimmobilie“ von *Münch* eine äußerst wertvolle Ergänzung seiner sonstigen Abhandlungen, die jedem Rechtsanwender und Berater in Scheidungsangelegenheiten nur wärmstens ans Herz gelegt und uneingeschränkt empfohlen werden kann.

Notar Dr. *Markus Roßmann*, Münnerstadt

Hopt (Hrsg.): Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht. 4. Aufl., Beck, 2013. 2034 S. + CD-ROM, 169 €

Bereits in der 4. Auflage ist nunmehr das 1995 erstmals von *Klaus J. Hopt* unter dem Titel „Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht“ erschienen. Nach wie vor ist das Werk als Parallelband zum HGB-Kommentar von *Baumbach/Hopt* konzipiert und folgt daher weitgehend dessen Aufbau. Angesichts der klaren Gliederung, der beiliegenden CD, welche alle Formularmuster enthält, und des ausführlichen Registers tut es der Handlichkeit des Buches dabei keinen Abbruch, dass dessen Umfang im Laufe der Jahre von ursprünglich etwa 1000 Seiten bei der 1. Auflage und 1517 Seiten bei der Voraufgabe auf inzwischen gut 2000 Seiten angewachsen ist. Im Gegenteil: Hier geht mit dem „Mehr an Text“ auch ein echtes „Mehr an Inhalt“ einher. So sind in der aktuellen Auflage nicht nur Formulare zum Personengesellschaftsrecht, sondern auch zu den übrigen Gesellschaftsformen bis hin zur *Societas Europaea* enthalten. Die Entscheidung insoweit vom hergebrachten Konzept der „Engführung mit dem HGB-Kommentar“ (Vorwort, S. V) abzuweichen, ist voll und ganz zu begrüßen.

Entsprechend seinem Titel und der Konzeption enthält das Vertrags- und Formularbuch auch in der 4. Auflage in erster Linie Muster zu den einzelnen Rechtsgebieten; es ist damit einhergehend auf die Bedürfnisse der gestaltenden Rechtspraxis zugeschnitten. Den Zugang zu den Formularen bzw. den diesen zugrundeliegenden Rechtsfragen erleichtern dabei die

jeweils im Anschluss hieran abgedruckten Anmerkungen, die auch Hinweise auf weiterführende Literatur enthalten. Auf allgemeine Einführungen zu den Rechtsgebieten oder die abstrakte Erörterung von Rechtsfragen wird demgegenüber im Hinblick auf die Komplementärfunktion zum HGB-Kommentar konsequent verzichtet.

Für den Notar ist die Anschaffung des „*Hopt*“ in zweierlei Hinsicht lohnenswert: Zum einen enthält das Werk eine ganze Reihe von Mustern aus Rechtsgebieten, die sicherlich dem Kernbereich der notariellen Tätigkeit zuzurechnen sind. In diesem Bereich, zu dem beispielsweise die Muster zum Anteilskauf bei GmbH (Muster I. K.6 und I. K.7) und GmbH & Co. KG (Muster I. K.16), zur Gesellschaftervereinbarung (Muster II. H.3), zu Umwandlungsvorgängen (Abschnitt II. J.) oder zu den Handelsregisteranmeldungen (Abschnitt I. B.) zählen, stellt das Werk eine wertvolle Ergänzung der eigenen Mustersammlung dar. Zum anderen können sich gerade Formulare aus Bereichen, die nicht in der täglichen Praxis eines jeden Notars eine Rolle spielen, als hilfreich erweisen, etwa, wenn die Beteiligten im Zusammenhang mit einer beurkundungsbedürftigen Anteilsabtretung auch den Entwurf und die Beurkundung eines Betriebspachtvertrages (Muster II. I.3) wünschen oder der Notar als Schiedsrichter tätig wird (Abschnitt II. M.).

Dass Formulierungen in einzelnen Mustern nicht immer auf aktuellem Stand sind (vgl. Formular I. K.7. § 4 Ziffer 8, S. 229; siehe hierzu *K. J. Müller*, NJW 2013, 3370, und bereits zur Voraufgabe *ders.*, NJW 2007, 1733, 1734), ist zwar bedauerlich, jedoch angesichts der „Volatilität“ der behandel-

ten Materien des Wirtschaftsrechts und des Gesamtumfangs des Werkes nicht weiter verwunderlich. Hier gilt es – wie stets – Musterformulierungen nicht unreflektiert zu übernehmen.

Insgesamt ist somit die 4. Auflage des Vertrags- und Formularbuchs zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht – auch

in Zeiten onlinegestützter Rechtsdatenbanken – noch immer (vgl. bereits *Deutrich*, MittBayNot 1996, 23, 24, zur 1. Aufl.) eine sinnvolle Ergänzung jeder notariellen Bibliothek.

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

**Krafka/Kühn: Registerrecht. 9. Aufl., Beck, 2013.
938 S., 89 €**

Das Gesellschaftsrecht gehört zu den Rechtsgebieten, das für seine Änderungsdynamik bekannt ist. Durch die gesetzgeberischen Änderungen im Bereich des Gesellschaftsrechts und den bereits etwas länger zurückliegenden technischen Wandel im Bereich der Registergerichte hat sich dies potenziert. Viele Fragen waren offen und stellten den Praktiker vor nicht immer leicht zu lösende Aufgaben. Erfreulicherweise beschleicht den Rechtsanwender langsam das Gefühl, dass so manche Rechtsfrage, aber auch Frage der praktischen Umsetzung einer Klärung erheblich näher gebracht wurde. Hierzu gehören gerade viele Fragen im Zusammenhang mit den Gesellschafterlisten bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, etwa die Frage des eigenen Beschwerderechts des Notars bei Einreichung der Liste oder Fragen zur Nummerierung bzw. Ummummerierung von Geschäftsanteilen. *Krafka* und *Kühn* haben auf der Grundlage der sich verfestigenden Rechtslage eine Neuauflage ihres Werkes „Registerrecht“ aus der Reihe „Handbuch der Rechtspraxis“ im Verlag C. H. Beck geschaffen. Der Titel der Reihe ist hier Programm: In den genannten Punkten ist die nunmehr ergangene Rechtsprechung kurz, übersichtlich und vor allen Dingen auch verlässlich wiedergegeben. Es ist nur einer der Aspekte, der das vorliegende Werk der Autoren *Krafka* und *Kühn* auszeichnet.

Es zeigt sich aber auch, dass die Autoren mit der Einschätzung noch nicht entschiedener Punkte den Benutzern wertvolle Antworten liefern: Etwa bei der Frage der Löschung des einer Liste zugeordneten Widerspruchs entspricht die Ansicht

der Autoren im Wesentlichen der Entscheidung des KG im Beschluss vom 17.5.2013. Das Werk befindet sich auf dem Stand vom 1.1.2013. Weiterhin vorbildlich ist die Klarheit und Transparenz der Darstellung. Auch die Handhabung des mit Sorgfalt geführten Sachregisters lässt keine Wünsche offen.

Die herausragende Bedeutung des Werks im Bereich des Registerrechts liegt insbesondere darin begründet, dass es im Bereich der Rechtsanwender, vor allem im Bereich der Registergerichte und des Notariats, so weite Verbreitung gefunden hat. Das Werk stellt gleichsam eine gemeinsame Sprache dar, mit Hilfe derer die am Eintragungsverfahren Beteiligten kommunizieren können. Die dort getroffenen Aussagen dienen oft als Grundlage für weitergehende Diskussionen. Der Nutzer des Werks kann davon ausgehen, dass auch der andere aus der Sicht des Nutzers am Eintragungsverfahren Beteiligte, zum Beispiel der Registerrichter oder Rechtspfleger, zunächst selbst das vorliegende Werk zu Rate ziehen wird. Um es ganz klar zu sagen: In welchem Notariat oder Registergericht steht das vorliegende Werk von *Krafka/Kühn* nicht? Bei mir selbst gehört es zu den Arbeitsmitteln, die ich weiterhin in nicht digitaler Form nutze.

Diese Stellung hätte das Werk jedoch nicht ohne die vorstehend beschriebenen Eigenschaften: Klarheit, Transparenz und vor allen Dingen Verlässlichkeit der Darstellung. Den Autoren ist hierfür ausdrücklich zu danken verbunden mit einem herzlichen Glückwunsch zu dem gelungenen Werk, das weiterhin Maßstäbe setzt.

Notar *Christian Hantke*, Amberg

**Bayerischer Notarverein e. V. (Hrsg.): Festschrift
150 Jahre Bayerisches Notariat. Beck, 2013.
291 S., 79 €**

Das Jahr 2012 war mit drei notariatsgeschichtlich zentralen Jahrestagen ein schlechterdings überbordendes Gedenkjahr, worauf schon *Christoph Becker* in seinem Festbeitrag „Beurkundung im öffentlichen Amt als Kulturgut – Herausbildung des modernen Notariats in Bayern“ (S. 1-45) hinweist: 500 Jahre Reichsnotariatsordnung, 150 Jahre bayerisches Notariatsgesetz und schließlich – was die Qualifikation aller drei Ereignisse als Jubiläen hemmt – 75 Jahre Reichsnotarordnung.

Anlassbezogenes Schrifttum zielt nicht immer auf wissenschaftlichen Fortschritt, in der Notargeschichte scheint das merkwürdig anders zu sein: Signifikanten Ertrag boten deren Festschriften schon bei früheren Gelegenheiten und bieten ihn jetzt wiederum in einem Maße, dass man von einer aktuell

bestens konsolidierten Basis aller weiteren Forschungen zur Geschichte des Notariats sprechen darf. Da macht der vorliegende Band nicht nur keine Ausnahme, sondern liefert für die bayerische Perspektive wohl sogar einen derzeitigen Schlussstein im Bogen des Wissens- und Forschungsstandes. Dabei bündelt er ihn nicht nur noch einmal, sondern weist mit anregenden Fragestellungen selbst darüber hinaus.

In seinem Beitrag „Exzellenzoffensive und Verwaltungsstruktur im 19. Jahrhundert – König Maximilian II von Bayern (1848–1864)“ (S. 261-275) nimmt *Hermann Rumschöttel* eine landesgeschichtliche Kontextualisierung unter Zuspitzung auf den König vor, was angesichts des trotz der Revolution von 1848 weiterhin hochvirulenten monarchischen Prinzips in Bayern nur allzu gerechtfertigt ist. Das Notariatsgesetz von 1862 bildete sozusagen (um als Rezensent terminologisch im wissenschaftspolitischen Bild zu bleiben) einen besonderen „Exzellenzcluster“; es war Teil eines breiten gesetzgeberischen

rischen Programms für einen Modernisierungsschub im Königreich, und das bei weitem nicht nur im Justizsektor, sondern mit etwa auch der ersten „Allgemeinen Bauordnung“ für das rechtsrheinische Bayern (1864) deutlich darüber hinaus.

Kontextualisierungen unternimmt auch *Christoph Becker* in seinem bereits erwähnten Beitrag, jedoch speziell notarrechtsgeschichtlich. Er spitzt sie auf das links- wie rechtsrheinische Bayern zu, beleuchtet und dokumentiert sorgfältig die Entwicklungen bis in die heutigen schließlich europarechtlichen Bezüge und Rahmenbedingungen. Naturgemäß nicht ganz so weit greift die abschließende Dokumentation der „Festvorträge auf den Versammlungen des Bayerischen Notarvereins“ (S. 277-291) von *Hans Wolfsteiner* aus. Trotz Unbill der teilweise lückenhaften Überlieferungslage zeigen sich die jeweilig von den Rednern gewählten Themen – freilich in naheliegender selektiver Perspektive – auch als Seismograph rechtspolitischer Epiwellen, wobei jedoch interessen geleitete berufsständische Selbstreflexion offenbar kaum je selbst nur ganz entfernt anklingt.

Felix Grollman sucht und findet in seinem Aufsatz den Anschluss an auch aktuelle methodische bzw. methodengeschichtliche Diskussion, wenn er nach Umfang und Entstehungsbedingungen für „Juristische Kommentarliteratur und praktische Gelehrsamkeit. Zu den Anfängen der bayerischen Notarrechtswissenschaft“ (S. 47-75) fragt. Zu einem (vertiefteren als den des Rezensenten im Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats [2012]) wissenschaftsgeschichtlichen Ansatz besteht Anlass. *Grollmann* untersucht, im 19. Jahrhundert hätte man „literärgeschichtlich“ dazu gesagt, die einschlägigen Publikationen, dabei immer auch biographisch orientiert, und mündet bei der problembezogenen „dogmen“-geschichtlichen Frage, wie die Literatur mit dem ebenso wirkungsmächtigen wie schwierigen Art. 14 NotG und seiner Normierung der Beurkundungspflicht von – grob gesprochen – Verträgen über Immobiliarsachenrechte operierte. Dabei geht es *Grollmann* um den möglichen „Rückschluss auf den Professionalisierungsgrad des juristischen Schrifttums zum Notariatsgesetz, und damit letztlich auf dessen wissenschaftlichen Charakter“ (S. 67), den er im Ergebnis zurückhaltend einstuft (S. 75).

Grollmanns „Zwischenbetrachtung“ auch zum Selbstverständnis der notarrechtlichen Publizisten (S. 62) führt zu den drei (!) im Grunde ebenso (justiz-)verwaltungsgeschichtlich wie sozialgeschichtlich bedeutsamen Beiträgen von *Hans Oberseider*. Er erfüllt mit ihnen ein drängendes Desiderat und liefert, soweit es die Quellenlage irgend zulässt, die Antworten darauf, wo wann wer (und ansatzweise sogar) warum als Notar in Bayern tätig war. Zunächst liegt das Augenmerk auf den Notaren der „ersten Stunde“ („Die ersten Amtsinhaber“, S. 77-135), denen unter ausdifferenzierten Fragestellungen nachgegangen wird, so etwa deren sozialer Herkunft (S. 85 ff.), den Motiven zur Bewerbung (S. 100 ff.) bis hin zu ihrem greifbaren politischen Engagement (S. 129 ff.), bevor in lexikalischer Präzision 325 „Kurzbiographien der 1862/63 ernannten ersten Notare“ (S. 137-215) folgen. Im dritten Beitrag zur „Besetzung der Notarstellen 1862 bis 1937“, also dem Jahr des Inkrafttretens der Reichsnotarordnung, wechselt *Oberseider* den Blickwinkel und bietet nach einem kurzen Überblick zur quantitativen wie räumlichen Entwicklung der Notarstellen (S. 217-221) Listen der jeweiligen Amtsinhaber von „Abensberg“ bis „Zusmarshausen“ (S. 222-260). Mit diesen Beiträgen, die deutlich mehr als die Hälfte des Buches ausmachen, gewinnt der Band noch zusätzlich Qualitäten als ein solides Nachschlagewerk. Es liegt auf der Hand, dass solchen Erträgen jahrelange Recherchen und Forschungen zugrundeliegen, deren Verfügbarkeit jede künftige, auch nur am Rande prosopographisch die bayerische Notariatsgeschichte dieser Zeit berührende Beschäftigung enorm vereinfacht. Ein Wert, der allein schon die Festschrift deutlich aus dem üblichen Rahmen gängiger Festschriftenkultur heraushebt. Es bleibt zu wünschen, dass zu gegebener Zeit sich jemand in vergleichbarer Weise, wie für das vorliegend rechtsrheinische Notariat, auch mit der Rheinpfalz beschäftigen möchte.

Sollten später irgendwann Exemplare der Festschrift auch in den Antiquariatshandel gelangen, müsste es sich durchweg um ziemlich zerlesene Exemplare mit deutlichen Gebrauchsspuren handeln, wenn ihre Vorbesitzer den Wert der Festschrift erkannt hatten.

Prof. Dr. *Hans-Georg Hermann*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 305 Abs. 1 Satz 3, § 307 (*Wirksamkeit von Klauseln im Generalunternehmervertrag*)

1. **Die in einem Generalunternehmervertrag enthaltene Klausel des Auftraggebers „Innerhalb von 14 Tagen nach Abruf der einzelnen Teilbauabschnitte hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber zur Sicherung sämtlicher Ansprüche aus diesem Vertrag bauabschnittsweise Vertragserfüllungsbürgschaften über 10 v. H. der unter § 6 vereinbarten Pauschalauftragssumme Zug um Zug gegen Stellung einer Zahlungsbürgschaft durch den Auftraggeber in gleicher Höhe auszuhändigen.“ ist unwirksam, wenn auch Mängelansprüche gesichert werden.**
2. **Der Verwender vorformulierter Klauseln kann sich zur Darlegung eines Aushandelns nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht ausschließlich auf eine individualrechtliche Vereinbarung berufen, nach der über die Klauseln „ernsthaft und ausgiebig verhandelt wurde“.**
3. **Mit dem Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB ist nicht zu vereinbaren, wenn Vertragsparteien unabhängig von den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB die Geltung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen individualrechtlich ausschließen.**

BGH, Urteil vom 20.3.2014, VII ZR 248/13

Die klagende Bauträgerin nimmt die beklagte Bank als Bürgin für die Vertragserfüllung ihres mittlerweile insolventen Generalunternehmers in Anspruch.

Die Klägerin schloss mit dem Generalunternehmer am 12.5.2005 einen „Werkvertrag“ (im Folgenden: Generalunternehmervertrag) über die Errichtung von 62 Townhäusern, 2 Torhäusern sowie einer zweigeschossigen Tiefgarage für eine Vergütung von 18.400.000 € zzgl. Umsatzsteuer. Das Bauvorhaben sollte in insgesamt acht Bauabschnitten realisiert werden, die die Klägerin in beliebiger Reihenfolge abrufen konnte. Der Generalunternehmervertrag enthält unter § 12 folgende Regelungen:

„Sicherheiten

- (1) Innerhalb von 14 Tagen nach Abruf der einzelnen Teilbauabschnitte hat der AN (Generalunternehmer) dem AG (Klägerin) zur Sicherung sämtlicher Ansprüche aus diesem Vertrag bauabschnittsweise Vertragserfüllungsbürgschaften über 10 v. H. der unter § 6 vereinbarten Pauschalauftragssumme Zug um Zug gegen Stellung einer Zahlungsbürgschaft durch den AG in gleicher Höhe auszuhändigen. Die Vertragserfüllungsbürgschaft hat dem als Anlage beigefügten Muster zu entsprechen.
- (2) Die Rückgabe der Vertragserfüllungs- und Zahlungsbürgschaften erfolgt bauabschnittsweise Zug um Zug.
- (3) Der AG behält 5 % der anerkannten Brutto-Schlussrechnungssumme als Sicherheit für die Dauer des Gewährleistungszeitraumes ein.“

Ebenfalls unter dem 12.5.2005 erstellten die Klägerin und ihr Generalunternehmer ein „Verhandlungsprotokoll zum GU-Vertrag vom 12.5.2005“, in dem unter Ziffer 10 geregelt ist:

„Der AN bestätigt ausdrücklich, dass im Rahmen der vergangenen Verhandlungen zum GU-Vertrag über jede Vertragsklausel ausgiebig und ernsthaft mit dem AG diskutiert und verhandelt wurde. Der AN ist sich daher mit dem AG darüber einig, dass es sich bei dem geschlossenen Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt.“

Nachdem die Klägerin den Bauabschnitt 5 mit einem anteiligen Auftragsvolumen von brutto 2.761.143,36 € abgerufen hatte, stellte der Generalunternehmer der Klägerin die Bürgschaftsurkunde der Beklagten vom 10.10.2006 zur Verfügung.

Der Generalunternehmer hat das Bauvorhaben nicht fertiggestellt. In 2007 kündigten beide Vertragsparteien den Werkvertrag. Der Generalunternehmer hat nach dem Abbruch der Arbeiten keine Restleistungen erbracht, keine Mängel beseitigt und ist mittlerweile insolvent.

Die Klägerin nimmt die Beklagte mit der Behauptung, die Bauleistungen des Generalunternehmers seien insgesamt mangelhaft, auf Zahlung der Bürgschaftssumme in Anspruch.

Das LG hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte könne der Inanspruchnahme durch die Klägerin die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegenhalten, weil die zwischen der Klägerin und dem Generalunternehmer getroffene Sicherungsvereinbarung in § 12 des Werkvertrages wegen unangemessener Benachteiligung des Generalunternehmers nach § 307 BGB unwirksam sei. Bei der Sicherungsvereinbarung in § 12 des Werkvertrages handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Der Werkvertrag stamme von der Klägerin und sei bereits nach seinem ersten Anschein ein Formularvertrag. Der Werkvertrag enthalte eine Vielzahl von formelhaften Klauseln, die typischerweise in Bau-trägerverträgen enthalten seien. Die Regelungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft seien nicht im Einzelnen ausgehandelt worden. Gemessen an § 307 BGB seien die Bedingungen zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft unwirksam, weil sie den Generalunternehmer unangemessen benachteiligten.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das LG zurückverwiesen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Regelungen des Generalunternehmervertrags vom 12.5.2005 seien entsprechend den Feststellungen des landgerichtlichen Urteils als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu bewerten, die die Klägerin dem Generalunternehmer gestellt habe. Da der Generalunternehmervertrag von dem die Klägerin beratenden Rechtsanwalt entworfen worden sei, komme es nicht darauf an, ob die Klägerin beabsichtigt habe, diesen Vertrag nur einmal zu verwenden. Die Klägerin und der Generalunternehmer hätten die Vertragsklauseln zur Stellung von Sicherheiten nicht im Einzelnen ausgehandelt. Es sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin diese Klauseln zur Disposition gestellt habe. Ziffer 10 Satz 1 des Verhandlungsprotokolls zum Generalunternehmervertrag vom 12.5.2005 sei rechtlich bedeutungslos, weil „ernsthafte Verhandeln“ nichts darüber besage, in welchem Umfang einzelne Vertragsklauseln zur Disposition gestellt worden seien. Ziffer 10 Satz 2 des Verhandlungsprotokolls zum Generalunternehmervertrag vom 12.5.2005 enthalte zwar eine Vereinbarung darüber, dass es sich bei dem Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handele. Diese Vereinbarung sei zudem als Individualabrede einzuordnen. Eine Vereinbarung, die §§ 305 ff. BGB abändere, sei aber unwirksam, da §§ 305 ff. BGB auch im kaufmännischen Verkehr zwingendes Recht seien.

Die in §§ 10, 12 Generalunternehmervertrag enthaltenen Sicherungsvereinbarungen seien aber nicht wegen unangemessener Benachteiligung des Generalunternehmers unwirksam, sondern hielten einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Nach § 10 Ziffer 3 Generalunternehmervertrag seien von den Zwischenrechnungen 5 % als „Gewährleistung“ erst einzubehalten, wenn ein Leistungsstand von 95 % erreicht sei. Diese Regelung sei nicht zu beanstanden. Wie das LG zu der Ansicht gelange, daraus ergebe sich eine Übersicherung von 15 %, sei nicht nachvollziehbar. Vielmehr entspreche die Regelung, die bei voller Auszahlung von Abschlagsforderungen eine Vertragserfüllungsbürgschaft von 10 % vorsehe, den Gepflogenheiten auf dem Bau und halte auch nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung einer Inhaltskontrolle stand.

II.

Das hält der rechtlichen Prüfung nicht stand. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Regelungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft in § 12 Abs. 1, 2 Generalunternehmervertrag enthielten keine unangemessene Benachteiligung des Generalunternehmers (§ 307 Abs. 1 BGB), ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

1. a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft zur Absicherung von Ansprüchen vor Abnahme des Werkes in Höhe von 10 % der Auftragssumme den Unternehmer nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 BGB benachteiligt. Als unangemessen im Sinne dieser Vorschrift wird nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine Klausel angesehen, in der der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen des Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (siehe nur BGH, Urteil vom 9.12.2010, VII ZR 7/10, BauR 2011, 677 Rdnr. 18 = NZBau 2011, 229). Auf dieser Grundlage ist die Vereinbarung zur Vertragserfüllungsbürgschaft nicht zu beanstanden, soweit sie die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche sichert. Die Höhe der Bürgschaft im Umfang von 10 % der Auftragssumme entspricht der bauvertraglichen Praxis und benachteiligt den Auftragnehmer nicht entgegen Treu und Glauben. Das Vertragserfüllungsrisiko verwirklicht sich insbesondere, wenn der Auftragnehmer vor der Fertigstellung seiner Werkleistung insolvent wird und der Auftraggeber deshalb einen Dritten mit der Vollendung des Bauvorhabens beauftragen muss. Der sich daraus ergebende finanzielle Mehraufwand wird vielfach 10 % der Auftragssumme erreichen oder sogar überschreiten (BGH, Urteil vom 9.12.2010, VII ZR 7/10, a. a. O., Rdnr. 19).

b) Die Regelungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft benachteiligen den Generalunternehmer aber deshalb unangemessen, weil dieser der Klägerin auch für einen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen Mängelansprüchen eine Sicherheit von 10 % der Auftragssumme zu stellen hat (vgl. BGH, Urteil vom 5.5.2011, VII ZR 179/10, BauR 2011, 1324 Rdnr. 26 ff. = NZBau 2011, 410).

aa) Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 Generalunternehmervertrag sichert die Vertragserfüllungsbürgschaft „sämtliche Ansprüche“ aus dem Generalunternehmervertrag. Damit erfasst die Sicherungsvereinbarung auch die nach der Abnahme der Werkleistung des Generalunternehmers entstehenden Mängelansprüche gemäß § 11 Abs. 4 Generalunternehmervertrag.

bb) Soweit § 12 Abs. 2 Generalunternehmervertrag bestimmt, dass die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft Zug um Zug gegen Rückgabe der zugunsten des Generalunternehmers erteilten Zahlungsbürgschaft bauabschnittsweise erfolgt, ergibt sich daraus nicht, wie die Revisionserwiderung

meint, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft nur die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche sichert. Denn die Rückgabe der Zahlungsbürgschaft, von der die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft abhängt, wird nur erfolgen, wenn und soweit eine Abrechnung durch den Generalunternehmer erfolgt und kein Abrechnungsstreit zwischen den Parteien des Generalunternehmervertrags entsteht. Damit bleibt die Vertragserfüllungsbürgschaft bestehen, bis – nach der Abnahme – die Abrechnung geklärt ist. Die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft ist dementsprechend nicht von der Fertigstellung und Abnahme des Werks abhängig. Die Klägerin ist deshalb befugt, die Bürgschaft auch noch – ggf. für längere Zeit – nach der Abnahme zu behalten. Es ergibt sich deshalb noch ein unter Umständen erheblicher Zeitraum, in dem Mängelansprüche entstehen können, die durch die Bürgschaft auch abgesichert sind.

cc) Schließlich folgt nicht aus § 12 Abs. 3 Generalunternehmervertrag mit der für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen notwendigen Klarheit, dass die in § 12 Abs. 1 Generalunternehmervertrag vorgesehene Vertragserfüllungsbürgschaft nur bis zur Abnahme entstandene Ansprüche sichert. Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Generalunternehmervertrag behält die Klägerin 5 % der anerkannten Bruttoschlussrechnung als Sicherheit für die Dauer des Gewährleistungszeitraums ein. Diese Regelung findet über § 11 Abs. 5 Satz 2 Generalunternehmervertrag auf Teilschlussrechnungen für fertiggestellte Bauabschnitte entsprechende Anwendung. Daraus könnte geschlossen werden, § 12 Abs. 3 Generalunternehmervertrag betreffe auch für Teilschlussrechnungen Mängelansprüche und § 12 Abs. 1 Generalunternehmervertrag ausschließlich Ansprüche, die bis zur Abnahme entstanden sind. Ausgehend vom Wortlaut des § 12 Abs. 1 Generalunternehmervertrag ist aber ebenso die Auslegung möglich, dass die „Vertragserfüllungsbürgschaft“ auch Ansprüche erfasst, die nach der Abnahme entstehen. In diesem Fall würden sowohl die Vertragserfüllungsbürgschaft als auch die Gewährleistungsbürgschaft Ansprüche nach § 634 BGB sichern. Dieser Zweifel in der Auslegung geht nach § 305c Abs. 2 BGB zulasten der Klägerin als Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingung. Der Inhaltskontrolle ist deshalb die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, da diese eher zur Unwirksamkeit der Klausel führen kann (vgl. BGH, Urteil vom 4.7.2013, VII ZR 249/12, BGHZ 198, 23 Rdnr. 19). Es verbleibt deshalb bei der aus dem Wortlaut von § 12 Abs. 1 Generalunternehmervertrag entwickelten Auslegung, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft auch Mängelansprüche sichert.

dd) Wie der BGH bereits entschieden hat, liegt eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers vor, wenn die vom Auftraggeber gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen dazu führen, dass der Auftragnehmer für einen jedenfalls erheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen Gewährleistungsansprüchen eine Sicherheit von 10 % der Auftragssumme zu leisten hat. Eine Sicherheit von 10 % für die Gewährleistung übersteigt unter Berücksichtigung der beiderseitigen Vertragsinteressen das angemessene Maß. Der Praxis in der privaten Bauwirtschaft entspricht es, eine Gewährleistungsbürgschaft von höchstens 5 % der Auftragssumme zu vereinbaren. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Sicherungsinteresse des Auftraggebers nach der Abnahme deutlich geringer ist als in der Vertragserfüllungsphase (BGH, Urteil vom 5.5.2011, VII ZR 179/10, BauR 2011, 1324 Rdnr. 28 = NZBau 2011, 410).

2. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da nach den vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

a) Die Würdigung des Berufungsgerichts, dass die Vereinbarungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft als von der Klägerin gestellte und für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen zu bewerten sind, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden (§ 305 Abs. 1 BGB), ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

aa) Die Klägerin hat nach den Feststellungen des LG, auf die das Berufungsgericht Bezug nimmt, die Einbeziehung der Vertragsbedingungen angeboten und deshalb im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt (vgl. BGH, Urteil vom 17.2.2010, VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rdnr. 10, 11). Sie ist deshalb Verwender der Vertragsbedingungen.

Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, das Berufungsgericht hätte sich nicht hinreichend mit dem Bestreiten der Klägerin auseinandergesetzt, ist das unzutreffend. Zwar ist das Argument des Berufungsgerichts, Bauträger arbeiteten erfahrungsgemäß mit Formularverträgen, deren Bedingungen sie einseitig vorgaben (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1992, VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238 für einen zwischen einem Bauträger und einem Verbraucher geschlossenen Vertrag), im Verhältnis der Klägerin zu dem Generalunternehmer, einer GmbH & Co. KG, nicht tragfähig. Ein Erfahrungssatz dahingehend, ein Bauträger könne Unternehmen, die in großem Umfang als Generalunternehmer tätig sind, seine Vertragsbedingungen vorgeben, besteht nicht. Zutreffend ist aber, dass das Vertragswerk umfassend aus der Sicht der Klägerin als Auftraggeber formuliert ist und Klauseln enthält, die für den Generalunternehmer nachteilig sind. Das erzeugt den Anschein, dass die Bedingungen durch die Klägerin gestellt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1992, VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 240; BGH, Urteil vom 17.2.2010, VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rdnr. 14). Diesen Anschein hat die Klägerin nicht widerlegt. Die von der Revisionserwiderung in Anspruch genommene Nähe von Teilen der Vertragsbedingungen zur VOB/B ändert daran nichts. Für die Frage, wer die Einbeziehung der Vertragsbedingungen angeboten hat, ist schließlich unerheblich, ob diese im Einzelnen ausgehandelt wurden (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch die Einigung der Parteien darauf, dass es sich bei dem Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt, vgl. unten dd).

bb) Die Instanzgerichte gehen zu Recht davon aus, dass nach dem ersten Anschein die von der Klägerin gestellten Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert wurden. Das folgt aus dem Inhalt und der Gestaltung des Generalunternehmervertrags (vgl. BGH, Urteil vom 20.8.2009, VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736 Rdnr. 42 = NZBau 2010, 47; Urteil vom 27.11.2003, VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102, 106). Diesen Anschein hat die Klägerin nicht erschüttert. Soweit die Revisionserwiderung rügt, der Vortrag der Klägerin, das Vertragswerk anderweitig nicht verwendet zu haben, sei vom Berufungsgericht übergangen worden, dringt sie damit nicht durch. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Vorformulierung für eine Vielzahl von Fällen erfolgte, ist der Umstand, die Vertragsbedingungen später nicht mehr benutzt zu haben, unerheblich.

cc) Des Weiteren nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, dass die Vereinbarungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft in § 12 Abs. 1, Abs. 2 Generalunternehmervertrag nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden und deshalb keine Individualabreden im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB vorliegen.

Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert Aushandeln mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen

enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären (BGH, Urteil vom 22.11.2012, VII ZR 222/12, BauR 2013, 462 Rdnr. 10). Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen (BGH, Urteil vom 3.4.1998, V ZR 6/97, NJW 1998, 2600, 2601). Dieser Darlegungslast ist die Klägerin nicht nachgekommen. Dem Vortrag der Klägerin kann nicht entnommen werden, ob und inwieweit sie bereit gewesen wäre, die Vereinbarungen zur Vertragserfüllungsbürgschaft zu ändern. Der allgemeine Hinweis, alle Vertragsbedingungen hätten zur Disposition gestanden, enthält nicht die notwendige Konkretisierung hinsichtlich der Kerngehalte der einzelnen Klauseln, insbesondere zur Sicherheitsleistung. Deshalb ist auch Ziffer 10 Satz 1 des Verhandlungsprotokolls vom 12.5.2005, in dem der Generalunternehmer bestätigte, über die Vertragsklauseln sei „ausgiebig und ernsthaft verhandelt worden“, zur Darlegung eines Aushandelns bedeutungslos. Könnte der Verwender allein durch eine solche Klausel die Darlegung eines Aushandelns stützen, bestünde die Gefahr der Manipulation und der Umgehung des Schutzes der §§ 305 ff. BGB (*Soergel/Stein*, BGB, 12. Aufl., § 1 AGBG Rdnr. 30 a. E.; *Erman/Roloff*, BGB, 13. Aufl., § 305 Rdnr. 58; *Staudinger/Schlosser*, Neubearb. 2013, § 305 Rdnr. 53; a. A. *Ulmer/Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl., § 305 Rdnr. 65).

dd) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben sich die Klägerin und der Generalunternehmer zwar in § 10 Satz 2 des Verhandlungsprotokolls vom 12.5.2005 individualrechtlich darauf geeinigt, „dass es sich bei dem Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt“. Dieser Erklärung kommt aber keine rechtserhebliche Bedeutung zu, wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt, da die §§ 305 ff. BGB selbst im unternehmerischen Rechtsverkehr nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliegen, sondern zwingendes Recht sind.

Zwingendes, der Vertragsfreiheit Grenzen ziehendes Recht ist anzunehmen, wenn Sinn und Zweck des Gesetzes einer privatautonomeren Gestaltung entgegenstehen. Der Zweck der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB besteht darin, zum Ausgleich ungleicher Verhandlungspositionen und damit zur Sicherung der Vertragsfreiheit Schutz und Abwehr gegen die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch den Verwender zu gewährleisten (BGH, Urteil vom 10.10.2013, VII ZR 19/12, BauR 2014, 127 Rdnr. 27 = NZBau 2014, 47; *MünchKommBGB/Basedow*, 6. Aufl., Vor §§ 305 ff. Rdnr. 4 ff.). Deshalb findet eine Inhaltskontrolle vertraglicher Vereinbarungen nicht statt, wenn die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). In diesem Fall befinden sich die Vertragsparteien in einer gleichberechtigten Verhandlungsposition, die es ihnen gestattet, eigene Interessen einzubringen und frei zu verhandeln.

Mit diesem Schutzzweck ist es nicht zu vereinbaren, wenn die Vertragsparteien unabhängig von den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB die Geltung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen individualrechtlich ausschließen. Dadurch wird die Prüfung verhindert, ob eine gleichberechtigte Verhandlungsposition bestanden hat. Diese kann nicht allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass individualrechtlich die Geltung der §§ 305 ff. BGB ausgeschlossen

wurde. Eine solche Vereinbarung kann vielmehr auf der wirtschaftlichen Überlegenheit einer Vertragspartei beruhen, die unter Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ihre Gestaltungsmacht einseitig verwirklicht. Dem will das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegenwirken, indem es nur unter den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB von einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB absieht.

Das aus dem Normzweck der §§ 305 ff. BGB abgeleitete Ergebnis ist zudem verfassungsrechtlich abgesichert. Zwar ist die Vertragsfreiheit über Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, aber nicht schrankenlos. Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen die objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (BVerfGE 81, 242, 255). Diese verfassungsrechtliche Vorgabe hat der Gesetzgeber mit den Regelungen der §§ 305 ff. BGB umgesetzt. Durch § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB wird sichergestellt, dass nur durch ein Aushandeln im Sinne dieser Vorschrift die Anwendung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann. Im Übrigen verbleibt es bei dem Schutz des Gegners des Vertragspartners des Verwenders.

b) Die Beklagte kann daher als Bürgin die dem Generalunternehmer zustehende Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 768 Abs. 1 Satz 1, §§ 821, 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BGB) geltend machen, die zur Abweisung der Klage führt (BGH, Urteil vom 12.2.2009, VII ZR 39/08, BGHZ 179, 374 Rdnr. 9).

2. BGB §§ 558a, 566 Abs. 1 (*Der Käufer einer vermieteten Wohnung kann bereits vor seiner Grundbucheintragung vom Verkäufer zu einer Mieterhöhung ermächtigt werden*)

Der Käufer einer vermieteten Wohnung kann vom Verkäufer ermächtigt werden, schon vor der Eigentumserschreibung im Grundbuch und des damit verbundenen Eintritts des Käufers in die Vermieterstellung (§ 566 Abs. 1 BGB) im eigenen Namen ein Mieterhöhungsbegehren gemäß § 558a BGB zu stellen. Die Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens hängt nicht davon ab, dass die Ermächtigung offengelegt wurde. Denn anders als im Recht der Stellvertretung ist dem Ermächtigten das Handeln im eigenen Namen gestattet.

BGH, Urteil vom 19.3.2014, VIII ZR 203/13

Die Klägerin mietete von der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine Wohnung in F.

Mit notariellem Vertrag vom 16.3.2006 zwischen der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin (im Folgenden B) wurde der Grundbesitz, zu dem die der Klägerin vermietete Wohnung gehört, mit wirtschaftlicher Wirkung zum 1.1.2006 („Eintrittsstichtag“) an die Beklagte veräußert. § 3 Ziffer 3 des notariellen Vertrages bestimmt, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt mit allen Rechten und Pflichten in die Mietverträge eintritt und die B Miet- und Betriebskostenvorauszahlungen, die für die Zeit ab dem Eintrittsstichtag erbracht worden sind,

an die Beklagte auskehrt. Ferner ist vorgesehen, dass die Beklagte bevollmächtigt ist, ab sofort bis zum Eigentumsvollzug im Grundbuch den Mietern gegenüber sämtliche mietrechtlichen Erklärungen abzugeben und ggf. im eigenen Namen entsprechende Prozesse zu führen.

Die Eigentumserschreibung im Grundbuch erfolgte am 4.5.2010. Die Beklagte erteilte der Klägerin Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007 und 2008 und zog die sich daraus ergebenden Nachforderungen sowie die Mieten ab 1.3.2007 ein. Ferner richtete sie mit Schreiben vom 20.12.2006, 18.3.2008 und 24.7.2009 Mieterhöhungsbegehren an die Klägerin, denen diese jeweils zustimmte.

Mit schriftlicher Vereinbarung vom 24.7.2012 trat die B sämtliche Forderungen aus dem Mietverhältnis mit der Klägerin „vorsorglich“ nochmals an die Beklagte ab.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass sie die an die Beklagte für den Zeitraum März 2007 bis 4.5.2010 auf die Miete und die Betriebskosten geleisteten Zahlungen, insgesamt 28.948,19 €, ohne Rechtsgrund erbracht habe, weil die Beklagte ihre Vermieterstellung in diesem Zeitraum nur „vorgespiegelt“ habe. Die auf Zahlung des genannten Betrages nebst Zinsen gerichtete Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Rückzahlung von Miete und Betriebskosten für die Zeit vom 1.3.2007 bis 4.5.2010 zu. Entgegen der Auffassung des AG ergebe sich das allerdings nicht schon daraus, dass der notarielle Vertrag vom 16.3.2006 eine Abtretung dieser Forderungen an die Beklagte enthielte. Aus der Formulierung „wird übertragen“ könne lediglich eine Verpflichtung zur Abtretung entnommen werden, nicht aber die Verfügung (Abtretung) selbst. Die Berechtigung der Beklagten, Miete und Betriebskosten einzuziehen, ergebe sich aber daraus, dass der Regelung in § 3 Ziffer 3 des notariellen Vertrages vom 16.3.2006 eine entsprechende Ermächtigung (§ 185 BGB) zu entnehmen sei, die Rechte aus dem Mietvertrag im eigenen Namen geltend zu machen. Dass nicht nur eine Bevollmächtigung, sondern eine Ermächtigung gemeint sei, ergebe sich dabei daraus, dass ausdrücklich ein Handeln der Erwerblerin „im eigenen Namen“ vorgesehen sei. Ferner ermächtige § 3 Ziffer 3 die Beklagte auch dazu, Betriebskostenabrechnungen zu erteilen und im eigenen Namen Mieterhöhungsbegehren an die Klägerin zu richten.

Entgegen einer in der Literatur verbreiteten Meinung sei auch nicht anzunehmen, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft unwirksam sei, wenn es aufgrund einer nicht offengelegten Ermächtigung vorgenommen worden sei. Für die Geschäftsraummieta habe der BGH die Zulässigkeit einer Ermächtigung eines Dritten durch den Vermieter selbst für eine einseitige gestaltende Willenserklärung wie eine Kündigung anerkannt (BGH, Urteil vom 10.12.1997, XII ZR 119/96). Entgegen der Auffassung der Klägerin gelte für Wohnraummietverhältnisse nichts anderes.

II.

Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand; die Revision ist daher zurückzuweisen.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Rückzahlung der im streitigen Zeitraum an die Beklagte auf Miete und Betriebskosten erbrachten Zahlungen zu. Ein – allein in Betracht kommender – Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

(§ 812 Abs. 1 BGB) scheidet aus, weil die Zahlungen nicht ohne Rechtsgrund erfolgt sind.

1. Es kann dahinstehen, ob sich die Berechtigung der Klägerin zum Einzug der Forderungen bereits aus dem notariellen Vertrag vom 16.3.2006 ergibt. Selbst wenn das nicht der Fall wäre, läge jedenfalls in der am 24.7.2012 vorsorglich nochmals erklärten Abtretung eine Genehmigung der durch die Beklagte vorgenommenen Forderungseinziehung gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB, so dass ein Bereicherungsanspruch der Klägerin ausscheidet.

2. Auch bezüglich der Nachzahlungen, die die Klägerin auf die Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007 und 2008 erbracht hat, steht ihr kein Rückforderungsanspruch zu. Insofern hat die Klägerin ebenfalls auf berechnete Forderungen der Beklagten und deshalb mit Rechtsgrund geleistet.

Entgegen der Auffassung der Klägerin sind die für diese Jahre erteilten Betriebskostenabrechnungen nicht deshalb unwirksam, weil sie von der Beklagten zu einem Zeitpunkt erteilt wurden, als sie mangels Eintragung im Grundbuch noch nicht in die Stellung der Vermieterin (vgl. § 566 Abs. 1 BGB) eingerückt war. Der Vermieter braucht die Abrechnung von Betriebskosten – selbstverständlich – nicht persönlich vorzunehmen, sondern kann sich dafür Hilfspersonen oder Dritter bedienen. In einem solchen Fall ist regelmäßig schon aus den Umständen – nämlich dem Bezug zur Wohnung des Mieters – ersichtlich, dass mit der von einem Dritten erstellten Abrechnung die Abrechnungspflichten des Vermieters erfüllt werden sollen. So ist es auch hier. Dass es der Beklagten aufgrund des mit der B abgeschlossenen Vertrages oblag, ab dem Eintrittsstichtag die fälligen Betriebskostenabrechnungen zu erstellen, stellt auch die Revision nicht in Frage.

3. Schließlich steht der Klägerin auch bezüglich der Beträge, die auf die in den Jahren 2006, 2008 und 2009 vereinbarten Mieterhöhungen entfallen, kein Rückforderungsanspruch zu. Auch diese Zahlungen sind mit Rechtsgrund erfolgt. Entgegen der Auffassung der Revision sind die zwischen den Parteien insoweit zur Mietanpassung getroffenen Vereinbarungen nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte nicht berechtigt gewesen wäre, im eigenen Namen Zustimmung zu der jeweils verlangten Mieterhöhung zu begehren.

a) Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Rechtsinhaber einen Dritten zur Geltendmachung eines unselbstständigen Gestaltungsrechts im eigenen Namen ermächtigen (BGH, Urteil vom 10.12.1997, XII ZR 119/96, NJW 1998, 896 unter II 2, sowie Urteil vom 11.9.2002, XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, unter II 6, jeweils zum Kündigungsrecht; vgl. auch Senat, Urteil vom 13.2.2008, VIII ZR 105/07, NJW 2008, 1218 Rdnr. 26 ff., zur Modernisierungsankündigung). Eine derartige Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung ist, wie das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung angenommen hat, der Regelung in § 3 Ziffer 3 des Vertrages vom 16.3.2006 zu entnehmen.

b) Entgegen der Auffassung der Revision steht § 566 BGB einer solchen rechtsgeschäftlich erteilten Ermächtigung nicht entgegen. § 566 BGB ordnet für den Fall der Veräußerung vermieteten Eigentums an, dass der Erwerber für die Dauer seines Eigentums in die Vermieterstellung einrückt. Dies schließt es nicht aus, dass der bisherige Vermieter schon zu einem früheren Zeitpunkt Ansprüche aus dem Mietverhältnis abtritt oder einem Erwerber eine Ermächtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen erteilt. Auch für die von der Revision befürwortete Differenzierung, eine Ermächtigung nur bezüglich einer Kündigung oder einer Modernisierungs-

ankündigung, nicht aber bezüglich eines Mieterhöhungsverlangens zuzulassen, besteht kein sachlicher Grund.

c) Schließlich erfordern auch Gesichtspunkte des Mieterschutzes keine abweichende Beurteilung. Allerdings wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft, das von einer vom Vermieter dazu ermächtigten Person vorgenommen wird, nur wirksam sei, wenn die Ermächtigung offengelegt werde (LG Berlin, GE 2009, 326; *Börstinghaus*, NZM 2009, 681, 683; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., IV Rdnr. 81; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 BGB Rdnr. 46). Zur Begründung wird angeführt, dass die Offenlegung der Ermächtigung dem Mieter bei einem einseitigen Rechtsgeschäft die Möglichkeit gebe, das Rechtsgeschäft entsprechend § 182 Abs. 3, § 111 BGB zurückzuweisen, falls die Ermächtigung nicht in schriftlicher Form beigelegt gewesen sei (*Schmidt-Futterer/Streyll*, a. a. O.).

Dieser Auffassung folgt der Senat nicht. Anders als die Stellvertretung gestattet die Ermächtigung dem Berechtigten das Handeln im eigenen Namen, so dass es eines Hinweises auf den eigentlichen Rechtsinhaber gerade nicht bedarf. Es besteht auch kein Anlass, von diesem Grundsatz für den hier vorliegenden Fall abzuweichen, dass von einer Ermächtigung im Rahmen eines Mietverhältnisses Gebrauch gemacht wird.

Zu Unrecht meint die Revision, nur durch das Erfordernis einer Offenlegung der Ermächtigung könne eine doppelte Inanspruchnahme des Mieters vermieden werden. Denn der Mieter, der aus dem Mietvertrag von einer anderen Person als seinem ursprünglichen Vermieter in Anspruch genommen wird, kann sich zunächst dessen Berechtigung nachweisen lassen, wenn er Zweifel daran hat, ob eine entsprechende Vollmacht oder Ermächtigung vorliegt oder ein Rechtsübergang nach § 566 BGB stattgefunden hat. Dies hat die Klägerin aber gerade nicht getan, sondern den Mieterhöhungsverlangen der Beklagten jeweils zugestimmt.

Entgegen der Auffassung der Revision bedarf es auch keiner Entscheidung, ob der Mieter ein Mieterhöhungsverlangen, das ihm (wie hier die Beklagte) der noch nicht eingetragene Erwerber aufgrund einer Ermächtigung des bisherigen Vermieters stellt, analog § 180 Abs. 1, § 174 BGB oder – wie die Revision meint – entsprechend § 182 Abs. 3, § 111 BGB zurückweisen kann, wenn ihm keine Urkunde beigelegt ist, aus der sich die Ermächtigung zur Geltendmachung des Mieterhöhungsverlangens ergibt. Denn eine Zurückweisung hätte jedenfalls nur unverzüglich erfolgen können; hieran mangelt es bei der von der Klägerin mit Schreiben vom 31.5.2012 erklärten Zurückweisung der in den Jahren 2006, 2008 und 2009 gestellten Mieterhöhungsverlangen. Entgegen der Auffassung der Revision käme es insoweit auf den Zeitpunkt des Zugangs des jeweiligen Mieterhöhungsverlangens an und nicht auf den späteren Zeitpunkt, in dem der Klägerin bekannt geworden ist, dass der Eigentumswechsel im Grundbuch erst im Jahr 2010 vollzogen wurde und die Beklagte die vorangegangenen Mieterhöhungsverlangen nicht aufgrund einer ihr nach § 566 Abs. 1 BGB zustehenden Vermieterstellung, sondern aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung der bisherigen Vermieterin gestellt hat.

3. BGB § 138 Abs. 1 (*Sittenwidrigkeit aus Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung bei Grundstückskauf*)

Ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das ohne das Hinzutreten weiterer Umstände den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung

des Begünstigten erlaubt, liegt bei Grundstückskaufverträgen grundsätzlich erst ab einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90 % vor.

BGH, Urteil vom 24.1.2014, V ZR 249/12

Der Kläger gab am 20.10.2006 gegenüber dem Beklagten ein notariell beurkundetes Angebot zum Kauf einer Eigentumswohnung nebst Tiefgaragenstellplatz für 118.000 € ab. Der Beklagte, der die Wohnung zwei Monate zuvor für 53.000 € erworben hatte, nahm das Angebot mit notarieller Urkunde vom 14.11.2006 an. Unter Berufung auf eine sittenwidrige Überhöhung des Kaufpreises nimmt der Kläger den Beklagten auf Rückabwicklung des Vertrages und auf Schadenersatz in Anspruch. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das OLG durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Aus den Gründen:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Zwar sei angesichts des tatsächlichen Wertes der Wohnung i. H. v. 65.000 € die von dem Kläger erbrachte Leistung von 118.000 € knapp doppelt so hoch wie der Wert der Gegenleistung, so dass ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe. Der Kläger habe aber nicht hinreichend zu den subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB vorgetragen. Seine Ausführungen zu einer verwerflichen Gesinnung des Beklagten seien rein spekulativ.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Ausgehend von einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nimmt das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft an, der Kläger habe zu den subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB nicht ausreichend vorgetragen.

1. Ein gegenseitiger Vertrag ist als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist. Ist das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob, lässt dies den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu (Senat, Urteil vom 19.1.2001, V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301 ff.; Urteil vom 9.10.2009, V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rdnr. 12; Urteil vom 25.2.2011, V ZR 208/09, NJW-RR 2011, 880 Rdnr. 13).

2. Die bei Vorliegen eines besonders groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bestehende Vermutung für das Vorliegen einer verwerflichen Gesinnung befreit die nachteilig betroffene Vertragspartei zwar nicht von der Behauptungslast für das Vorliegen des subjektiven Merkmals eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts. An ihren Vortrag sind aber keine hohen Anforderungen zu stellen. Sie muss die verwerfliche Gesinnung der anderen Vertragspartei nicht ausdrücklich behaupten; es genügt, wenn aus dem Kontext mit dem Vortrag zu einem groben objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ersichtlich ist, dass sich die davon benachteiligte Vertragspartei auf die daraus begründete Vermutung einer verwerflichen Gesinnung der anderen

Vertragspartei beruft (Senat, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rdnr. 19; Urteil vom 10.2.2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rdnr. 9). Das Berufungsgericht geht zwar von diesen Grundsätzen aus, missversteht die Rechtsprechung des Senats aber, wenn es meint, der Vortrag des Klägers genüge diesen Anforderungen nicht. Daran kann es beispielsweise dann fehlen, wenn die Klage auf einen Beratungsfehler gestützt und lediglich in diesem Zusammenhang ein Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Wert behauptet wird (vgl. dazu Senat, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rdnr. 11 ff.). Ist die Klage dagegen auf § 138 BGB gestützt und wird insoweit ein grobes Missverhältnis behauptet, gibt der Kläger damit zu erkennen, dass er sich auf die tatsächliche Vermutung stützen will (Urteil vom 10.2.2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rdnr. 9). So ist es hier. Der Kläger hat seine Klage mit der Sittenwidrigkeit des Kaufvertrages begründet. Darüber hinaus hat er sich unter Hinweis auf die einschlägige Senatsrechtsprechung ausdrücklich auf die durch ein grobes objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung begründete Vermutung einer verwerflichen Gesinnung der anderen Vertragspartei berufen. Eines weitergehenden Sachvortrages bedurfte es nicht.

III.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da der Rechtsstreit auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht entscheidungsreif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Von einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann bei Grundstücksgeschäften erst ausgegangen werden, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (Senat, Urteil vom 19.1.2001, V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 302). Dies ist bei den von dem Berufungsgericht zugrunde gelegten Wertverhältnissen von 118.000 € zu 65.000 € nicht der Fall. In der Rechtsprechung des BGH haben sich bei Grundstücksgeschäften für die Bestimmung eines besonders groben Missverhältnisses prozentuale Richtwerte durchgesetzt. Danach kann die hier vorliegende Überteuerung von rund 80 % für sich allein die Annahme eines besonders groben Missverhältnisses nicht begründen; auch ein Wertmissverhältnis von 84 % genügt nicht (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2013, XI ZR 508/12, WM 2014, 124 Rdnr. 24; Urteil vom 20.5.2003, XI ZR 248/02, NJW 2003, 2529, 2530; Urteil vom 18.3.2003, XI ZR 188/02, NJW 2003, 1088, 2090; Senat, Urteil vom 10.2.2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rdnr. 15). Ausgehend von dem für die Annahme eines besonders groben Äquivalenzmissverhältnisses bestehenden Erfordernis, dass der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung, ist diese Voraussetzung grundsätzlich erst ab einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90 % erfüllt.

2. Das Berufungsgericht ist – aus seiner Sicht folgerichtig – den von dem Kläger unter Hinweis auf das nachträglich eingeholte Privatgutachten, das den Verkehrswert der Wohnung auf 61.000 € schätzt und damit zu einer für die Annahme eines besonders groben Missverhältnisses ausreichenden Überteuerung von 93 % gelangt, erhobenen Einwendungen gegen die in dem Gerichtsgutachten vorgenommene Wertfeststellung nicht nachgegangen. Dies wird es nachzuholen haben. Die auf das Gutachten gestützten Einwendungen des Klägers sind nicht als verspätet zurückzuweisen (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO); der Kläger war nicht gehalten, zur Erhebung

fachlich fundierter Einwendungen gegen das gerichtliche Gutachten bereits in erster Instanz einen privaten Sachverständigen zu beauftragen (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2006, VII ZR 279/05, NJW 2007, 1531, 1532).

3. Sollte der Leistungsaustausch der Parteien auch unter Berücksichtigung der Einwendungen des Klägers gegen das Gerichtsgutachten außerhalb des Bereichs eines besonders groben Missverhältnisses bleiben, kann allein aus dem Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht der Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Beklagten gezogen werden. Allerdings kann das hier bestehende, jedenfalls auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung im Zusammenhang mit weiteren Umständen die Sittenwidrigkeit begründen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist (Senat, Urteil vom 19.1.2001, V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301 ff.; Urteil vom 27.6.2008, V ZR 83/07, WM 2008, 1703 Rdnr. 15; Urteil vom 25.2.2011, V ZR 208/09, NJW-RR 2011, 880 Rdnr. 13). Die Behauptungs- und Darlegungslast trifft insoweit den Kläger, ohne dass er sich zur Darlegung des subjektiven Tatbestandes des § 138 Abs. 1 BGB auf die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung stützen kann.

4. WEG § 5 Abs. 2, § 16 Abs. 2, § 21 Abs. 1, 5 Nr. 2, § 22 (Umfang der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer)

Die durch Teilungserklärung bestimmte Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers zur Instandhaltung/-setzung der (auch) zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Fenster und Türen erlaubt nicht den Schluss, dass alle anderen Maßnahmen dem einzelnen Wohnungseigentümers obliegen, sondern führt im Zweifel dazu, dass der Austausch der Fenster und der Wohnungsabschlusstüren Gemeinschaftsaufgabe ist.

BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 46/13

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Gemäß § 7 (1) der Teilungserklärung hat jeder Gemeinschaftler die Gebäude- teile, Anlagen und Teile von diesen, die sich entweder in seinem Sondereigentum oder als Gemeinschaftseigentum im Bereich des Sondereigentums befinden, auf eigene Kosten ordnungsgemäß instand zu halten und instand zu setzen. Nach § 7 (2) umfasst diese Verpflichtung insbesondere die Türen und Fenster einschließlich Rahmen und Verglasung, ausgenommen den Farbanstrich der Außenseite der Wohnungsabschlusstüren und Fenster. Schließlich heißt es in § 7 (4):

„Die Wohnungseigentümer dürfen an der äußeren Gestaltung des Gebäudes keine Änderungen vornehmen. Veränderungen an der Außenfassade, der Fenster, der farblichen Gestaltung des Treppenhauses und der Wohnungsabschlusstüren unterliegen einem Beschluss der Wohnungseigentümer mit $\frac{2}{3}$ -Mehrheit.“

In der Eigentümerversammlung am 20.8.2010 wurde – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – zu TOP 7 c) mehrheitlich die Instandsetzung einer Kellerausgangstür beschlossen, welche vom Kellerhals zu dem im Sondereigentum der Beklagten zu 1 stehenden Kellerraum führt. In Ausführung dieses Beschlusses wurde die Tür ausgetauscht. Zu TOP 7 d) beschlossen die Eigentümer mehrheitlich die Auswechslung einer Nebenausgangstür der zum Teileigentum der Wohnung Nr. 1 gehörenden Garage auf Kosten der Instandhaltungsrücklage. Schließlich genehmigten die Eigentümer zu TOP 7 g) – wiederum mehrheitlich – nachträglich den Austausch der Fenster in der dem Beklagten zu 2 gehörenden Wohnung Nr. 3.

Die Klägerin hat unter anderem die vorgenannten Beschlüsse angefochten. Das AG hat diese für nichtig erklärt. Die dagegen gerichtete Anschlussberufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der insoweit zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, wollen die Beklagten die Durchsetzung der Anschlussberufung und damit insoweit die Abweisung der Klage erreichen.

Aus den Gründen:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 1 für die Instandsetzung der in ihrem Sondereigentum stehenden Kellerausgangstür zuständig. Die Eigentümergemeinschaft sei deshalb nicht befugt gewesen, zu TOP 7 c) den Austausch der Tür auf Kosten der Instandhaltungsrücklage zu beschließen. Auch der Austausch der Nebenausgangstür der Garage obliege allein der Beklagten zu 1, so dass der Eigentümergemeinschaft die Kompetenz zur Beschlussfassung zu TOP 7 d) gefehlt habe. Dasselbe gelte für die Beschlussfassung zu TOP 7 g); allein der Beklagte zu 2 sei zur Instandsetzung der Fenster verpflichtet.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Die Wohnungseigentümer sind nach der gesetzlichen Kompetenzzuweisung für die Beschlussfassung über die Instandsetzung und den Austausch der Türen und Fenster zuständig (§ 21 Abs. 1 und 5 Nr. 2 WEG bzw. § 22 WEG). Sie müssen die damit verbundenen Kosten tragen (§ 16 Abs. 2 WEG). Die Beschlüsse betreffen keine Maßnahmen an dem Sondereigentum der Beklagten, für die generell keine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer besteht (vgl. Senat, Urteil vom 8.2.2013, V ZR 238/11, ZfIR 2013, 511 Rdnr. 14 m. w. N.), weil die Türen und Fenster im gemeinschaftlichen Eigentum stehen.

a) Die Kellerausgangstür steht gemäß § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum. Sie bildet die räumliche Abgrenzung zwischen der der Beklagten zu 1 gehörenden Sondereigentumseinheit „Kellerraum“ und dem im Gemeinschaftseigentum stehenden Kellerhals mit Kelleraußentreppe. Damit gehört sie, wie eine Wohnungseingangstür, räumlich und funktional (auch) zu dem Gemeinschaftseigentum und steht als einheitliche Sache insgesamt im gemeinschaftlichen Eigentum (vgl. Senat, Urteil vom 25.10.2013, V ZR 212/12, Rdnr. 10 f. [zur Veröffentlichung bestimmt]).

b) Für die Frage der Zugehörigkeit der Nebenausgangstür der Garage zum Sondereigentum oder zum Gemeinschaftseigentum gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Auch diese Tür steht gemäß § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum.

c) Dasselbe gilt für die Fenster in der Wohnung Nr. 3 (vgl. Senat, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, NJW 2012, 1722, 1723 Rdnr. 7).

2. Durch Vereinbarung können die Wohnungseigentümer abweichend von § 21 Abs. 5 Nr. 2, § 16 Abs. 2 WEG die Pflicht zur Instandsetzung und Instandhaltung von Teilen des gemeinschaftlichen Eigentums und zur Tragung der damit verbundenen Kosten durch eine klare und eindeutige Regelung einzelnen Sondereigentümern auferlegen (Senat, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, a. a. O.). Daran fehlt es hier.

a) Regelungen zur Instandhaltung und Instandsetzung von Türen und Fenstern sowie zu Veränderungen der Fenster enthalten § 7 (1), § 7 (2) und § 7 (4) der Teilungserklärung. Die Auslegung dieser in der Grundbucheintragung in Bezug genommenen Bestimmungen unterliegt vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Maßgebend sind ihr Wortlaut und ihr Sinn, wie sie sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutungen der Eintragung ergeben, weil sie auch Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer binden. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar

sind (siehe nur Senat, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, a. a. O., Rdnr. 8).

b) Gemessen an diesen Grundsätzen ergibt die Auslegung durch den Senat, dass die Regelungen in § 7 (1), § 7 (2) und § 7 (4) der Teilungserklärung den Austausch der Ausgangstüren und Fenster nicht allein den Beklagten zuweist.

aa) Die genannten Bestimmungen verpflichten den einzelnen Wohnungseigentümer zur Instandhaltung und Instandsetzung von im Gemeinschaftseigentum stehenden Türen und Fenstern, die sich im Bereich seines Sondereigentums befinden; der Farbanstrich der Außenseite der Wohnungsabschlusstüren und der Fenster ist allerdings davon ausgenommen (§ 7 [1] und § 7 [2]). Das erlaubt nicht den Schluss, dass alle anderen Maßnahmen dem einzelnen Wohnungseigentümer obliegen, sondern führt im Zweifel dazu, dass der Austausch der Fenster und der Wohnungsabschlusstüren Gemeinschaftsaufgabe ist. Behält sich die Gemeinschaft schon den Außenanstrich vor, gilt dies erst recht für die vollständige Erneuerung. Mit einer solchen Regelung wollen die Wohnungseigentümer nämlich eine einheitliche Außenansicht des Gebäudes sicherstellen. Ein Austausch der Fenster und – wie bei Wohnungsabschlusstüren – der Ausgangstüren kann die Außenansicht in gleichem oder noch stärkerem Maß als ein Anstrich beeinflussen (Senat, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, NJW 2012, 1722, 1723 Rdnr. 9). Ob das im Einzelfall zutrifft oder nicht, ist unerheblich.

bb) Nach § 7 (4) unterliegen Veränderungen der Fenster und der farblichen Gestaltung der Wohnungsabschlusstüren einem Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer. Aus dieser Regelung lässt sich keine Zuständigkeit einzelner Sondereigentümer für den Austausch der Türen und Fenster herleiten. Denn sie enthält lediglich eine Modifizierung des Mehrheitsprinzips durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit und somit eine bloße Stimmrechtsregelung.

3. Anhaltspunkte dafür, dass die Beschlüsse, welche Gegenstand des Revisionsverfahrens sind, nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen und deshalb ungültig sind, enthalten weder das Berufungsurteil noch die Revisionserwiderung der Klägerin.

III.

1. Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit es mit der Revision angefochten wird (§ 562 Abs. 1 ZPO). Insoweit ist die Sache zur Endentscheidung reif, so dass der Senat selbst entscheiden kann (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das führt zum Erfolg der Anschlussberufung der Beklagten und damit zur Abweisung der Klage in dem angefochtenen Umfang.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

5. GBO § 53 Abs. 1 Satz 2 (*Unterteilung von Sondereigentum*)

1. Die formlose schriftliche Mitteilung von Gründen, die der von einem Beteiligten gewünschten Amtslöschung entgegenstehen sollen, kann eine mit der Beschwerde anfechtbare Entscheidung sein, wenn die Mitteilung als abschließende und verbindliche Entschließung des Grundbuchamts erscheint.

2. Wird bei der Unterteilung eines Sondereigentums ein zugehöriger Raum keinem der neu entstandenen Miteigentumsteile als Sondereigentum zugeordnet, sondern ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer „zur Gemeinschaftsbenutzung“ ausgewie-

sen, so entsteht unzulässiges isoliertes Sondereigentum und ist die Eintragung der Unterteilung im Grundbuch inhaltlich unzulässig und von Amts wegen zu löschen.

3. Wird bei der Unterteilung eines Sondereigentums ein bisher nicht zu diesem gehörender, sondern im Gemeinschaftseigentum stehender Raum ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer einer der neu entstandenen Einheiten als Sondereigentum zugeordnet, so ist die Eintragung der Unterteilung im Grundbuch inhaltlich unzulässig und von Amts wegen zu löschen.

4. In einer Grundbuchsache ist das Beschwerdegericht berechtigt, über eine unmittelbar bei ihm eingelegte Beschwerde zu entscheiden, ohne das Rechtsmittel zuvor dem Grundbuchamt zur Prüfung der Abhilfe vorzulegen.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2013, 14 Wx 47/13

Mit der Beschwerde wenden sich die Beteiligten Ziffer 1 und 2 gegen die Weigerung des Grundbuchamts, eine in den Wohnungsgrundbüchern eingetragene Unterteilungserklärung zu löschen.

Die Beschwerdeführer sind Eigentümer des Wohnungseigentums Nr. 1 der Anlage E in St-H. Das aus einem Altbau und einem Neuanbau bestehende Anwesen wurde von der damaligen Eigentümerin durch Teilungserklärung vom 11.4.2002 in zwei Miteigentumsanteile aufgeteilt, jeweils verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung nebst Nebenräumen. Die Eheleute G erwarben als Rechtsvorgänger der Beschwerdeführer sogleich die Wohnung Nr. 1 (Wohnungsgrundbuch Nr. 717). Mit weiterer Teilungserklärung vom 14.11.2002 unterteilte die Eigentümerin den zweiten Miteigentumsanteil in zwei Teile, jeweils verbunden mit dem Sondereigentum an einem Teil der Räume der bisherigen Wohnung Nr. 2, nunmehr Wohnungen Nr. 2 neu (Wohnungsgrundbuch Nr. 718) und Nr. 3 (Wohnungsgrundbuch Nr. 729). Mit notariellem Kaufvertrag vom 11.12.2002 veräußerte die Eigentümerin die Wohnung Nr. 2 (neu) an die Beteiligten Ziffer 3 und 4 und die Wohnung Nr. 3 an die Beteiligte Ziffer 5. Am 30.8.2007 veräußerten die Eheleute G die Wohnung Nr. 1 an die Beteiligten Ziffer 1 und 2. Mit notariellem Übergabevertrag vom 11.12.2012 übertrug der Beteiligte Ziffer 3 seinen hälftigen Miteigentumsanteil (Wohnung Nr. 2 neu) auf die Beteiligte Ziffer 4, die seit dem 6.2.2013 als alleinige Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist.

Am 28.3.2012 hat das Grundbuchamt in der zweiten Abteilung der Wohnungsgrundbücher zugunsten aller Eigentümer einen Widerspruch gegen folgende Eintragungen eingetragen: Gemeinschaftseigentum Nr. 4 im KG, Sondereigentum Nr. 2 im EG hinsichtlich des Eingangsbereichs sowie Treppe zu Sondereigentum Nr. 3 im KG und EG. Dagegen wandte sich der Beschwerdeführer Ziffer 1 mit Schreiben vom 20.6.2012 und dem Begehren, nicht nur einen Widerspruch einzutragen, sondern die Unterteilung gemäß Teilungserklärung vom 14.11.2002 zu löschen, weil die Unterteilung nichtig sei. Denn die Unterteilungserklärung sei auf die Schaffung neuen Gemeinschaftseigentums im Keller und im Treppenhaus gerichtet und beziehe die Kellertreppe ein, obwohl diese nicht Teil des Sondereigentums der vormaligen Wohnung Nr. 2 gewesen sei. Mit formlosen Schreiben vom 28.6.2012 (Ratschreiberin) und vom 18.7.2012 (Rechtspflegerin) teilte das Grundbuchamt dem Beschwerdeführer Ziffer 1 mit, dass die für eine amtswegige Löschung erforderliche, inhaltlich unzulässige Eintragung im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht gegeben sei.

Dagegen wenden sich die Beteiligten Ziffer 1 und 2 mit der Beschwerde, mit der sie die Löschung weiterverfolgen. Die Beteiligten Ziffer 4 und 5 sind der Beschwerde entgegengetreten. Sie verteidigen die Ablehnung der Löschung durch das Grundbuchamt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO) und begründet. Die Eintragung der Unterteilung des Wohnungseigentums Nr. 2 im Grundbuch ist zu löschen.

I.

Die Beschwerde ist zulässig.

1. Das Schreiben der nach § 3 Nr. 1a RPfIG zuständigen Rechtspflegerin des Grundbuchamts vom 18.7.2012 stellt ungeachtet seiner äußeren Form eine anfechtbare Entscheidung des Grundbuchamts im Sinne des § 71 Abs. 1 GBO dar.

a) Allerdings ist die von den Beschwerdeführern verlangte Löschung nur als Anregung zu verstehen, denn eine inhaltlich unzulässige Eintragung ist gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 53 Rdnr. 15, § 13 Rdnr. 6). Die Ablehnung der Anregung, eine Amtseintragung vorzunehmen, hier die Unterteilungserklärung zu löschen, ist hinsichtlich der Rechtsbehelfe aber mit der Beschwerde anfechtbaren Zurückweisung eines Eintragungsantrags gleichzustellen (*Demharter*, a. a. O., § 71 Rdnr. 26; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 472).

b) Das Schreiben der Rechtspflegerin erscheint nicht nur als bloße vorläufige Meinungsäußerung oder als Hinweis zur Vorbereitung einer späteren Entscheidung, sondern als abschließende und verbindliche Entscheidung im Sinne des § 71 Abs. 1 GBO über das Anliegen der Beschwerdeführer. Nachdem bereits die Ratschreiberin mit Schreiben vom 28.6.2012 darauf hingewiesen hatte, dass die „Beseitigung des unrichtigen Eintrages von den Beteiligten selbst“ herbeizuführen sei, bestätigte die Rechtspflegerin mit dem Schreiben vom 18.7.2012, dass die Voraussetzungen für die gewünschte Amtslöschung nicht vorlägen und die eingetragene Unterteilungserklärung nicht zu löschen sei. Das Schreiben hatte insoweit abschließenden und verbindlichen Charakter. Anders als in den Fällen des OLG Köln (FGPrax 2011, 172) und des BGH (NJW 1980, 2521) sprach hier aus Sicht des Empfängers nichts dafür, dass noch eine förmliche Entscheidung nachfolgen werde.

c) Gegen die Entscheidung ist somit nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO die Beschwerde zulässig, mit der die Löschung nach § 53 GBO verlangt werden kann.

2. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten Ziffer 1 und 2 ergibt sich schon daraus, dass sie geltend machen, dass die beanstandete Unterteilung in das Gemeinschaftseigentum eingreife.

II.

Die Beschwerde ist begründet. Die Eintragung der Unterteilungserklärung vom 14.11.2002 ist in den Grundbüchern als inhaltlich unzulässig zu löschen (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO).

1. Die im Unterteilungsplan des KG grün umrandeten Räume sind keinem der neu entstandenen Miteigentumsanteile als Sondereigentum zugeordnet. Die Eintragung ist insoweit inhaltlich unzulässig.

a) Inhaltlich unzulässig ist eine Eintragung, die ihrem – ggf. durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt nach einen Rechtszustand oder -vorgang verlautbart, den es nicht geben kann (BGH, NJW-RR 2005, 10, 11). Das ist hier der Fall.

b) Die genannten Räume (Treppenbereich, HZG, WASCHK) waren ursprünglich der Wohnung Nr. 2 (alt) als Sondereigentum zugeordnet. Im Unterteilungsplan sind sie grün umrandet und mit „4“ gekennzeichnet und damit ausweislich der Planlegende als „Gemeinschaftsbenutzung Nr. 4“ ausgewiesen. Die mit dieser Bezeichnung gewollte rechtliche Qualität ist unklar, sie wird auch im Textteil der Unterteilungserklärung nicht erläutert. Fest steht nur, dass die Räume weder mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 2 (neu) noch mit dem der

Wohnung Nr. 3 verbunden sein sollen. Ein neuer eigenständiger Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an diesen Räumen, war ebenfalls nicht gewollt, wie sich schon daraus ergibt, dass der vormalige Miteigentumsanteil der Wohnung Nr. 2 (alt) mit ^{577/1000} vollständig auf die neuen Wohnungen Nr. 2 und 3 mit je ^{288,5/1000} aufgeteilt wurde. Vielmehr werden die grün umrandeten und mit Nr. 4 gekennzeichneten Teile in der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 4.11.2002 als „gemeinschaftliches Eigentum“ bezeichnet. Ob damit gemeinschaftliches Eigentum aller Wohnungseigentümer oder nur der Inhaber der neugeschaffenen Wohnungen Nr. 2 (neu) und Nr. 3 gewollt ist, bleibt zweifelhaft. Schon diese Unklarheit über die rechtliche Qualität der gewollten „Gemeinschaftsbenutzung Nr. 4“ begründet Zweifel an der inhaltlichen Zulässigkeit der eingetragenen Unterteilung.

c) Jedenfalls hat die aus dieser Regelung letztlich resultierende rechtliche Einordnung der Räume als unzulässiges isoliertes Sondereigentum die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung zur Folge.

aa) Die Auffassung der Beschwerdegegner Ziffer 4 und 5, es handele sich um Flächen, die den jeweiligen Eigentümern der neuen Wohnungen Nr. 2 und 3 „zur Gemeinschaftsbenutzung“ dienen, lässt wesentliche Grundsätze des Wohnungseigentumsrechts außer Acht. Sollte damit gemeint sein, dass es sich um gemeinschaftliches Eigentum der Inhaber der neuen Wohnungseigentumseinheiten Nr. 2 (neu) und Nr. 3 handele, verkennt diese Betrachtungsweise, dass nach geltendem Recht Sondereigentum an Räumen immer nur einem Miteigentumsanteil zugeordnet sein kann (vgl. OLG Schleswig, DNotZ 2007, 620, 621). Denn das WEG sieht Mitsondereigentum als dinglich verselbständigte Untergemeinschaft an einzelnen Räumen nicht vor (BGH, DNotZ 1996, 289, 292). Die Bildung von Mitsondereigentum der Inhaber der durch Unterteilung neu zu schaffenden Wohneigentumseinheiten an einem Raum ist deshalb nicht zulässig (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2824, 2976a).

bb) Die betroffenen Räume sind nicht mit einem der beiden neugeschaffenen Miteigentumsanteile verbunden worden und damit ohne Zuordnung zu einem Miteigentumsanteil überhaupt. Ein Sondereigentum ohne Verbindung mit einem bestimmten Miteigentumsanteil verstößt gegen zwingendes Recht; ein isoliertes Sondereigentum ist nicht denkbar (OLG München, DNotZ 2007, 946, 947).

cc) Die unterbliebene Zuordnung der Räume zu einem Miteigentumsanteil hat auch nicht die Umwandlung in Gemeinschaftseigentum aller Wohnungseigentümer zur Folge.

Während bei der Begründung von Wohnungseigentum ein nicht mit einem Miteigentumsanteil verbundener Raum automatisch Gemeinschaftseigentum wird, ist dies bei der nachträglichen Unterteilung eines Sondereigentums hinsichtlich eines nicht zugeordneten Raumes nicht der Fall. Ein Wohnungseigentümer kann nämlich nicht einen Teil seines bisherigen Sondereigentums abstoßen und den übrigen Wohnungseigentümern als Gemeinschaftseigentum „aufdrängen“ (OLG München, a. a. O., 947). Zu einer wirksamen Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum bedarf es vielmehr der Einigung aller Wohnungs- und Teileigentümer in der Form der Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch (OLG München, a. a. O., 948; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 2976, 2967). Das ist hier nicht erfolgt, jedenfalls aus dem maßgeblichen Eintragungsvermerk und den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen nicht ersichtlich.

Damit verstößt das vormalig der Wohnung Nr. 2 (alt) zugeordnete Sondereigentum an den betroffenen Kellerräumen als nunmehr unzulässiges isoliertes Sondereigentum gegen

zwingendes Recht. Die Unterteilung ist damit nichtig und ihr Vollzug im Grundbuch führt zu einer inhaltlich unzulässigen Eintragung (OLG München, a. a. O., 947).

2. In gleicher Weise ist das vormalig dem Sondereigentum der Wohnung Nr. 2 (alt) zugeordnete Treppenhaus im Erdgeschoßplan der Unterteilung als grün umrandete Fläche zur „Gemeinschaftsbenutzung Nr. 4“ ausgewiesen. Auch insoweit ist die Unterteilung aus den dargelegten Gründen unwirksam und ihr Vollzug im Grundbuch eine inhaltlich unzulässige Eintragung.

3. Weiter umfasst die Unterteilung im Kellergeschoßplan die vormalig nicht zum Sondereigentum der unterteilten Wohnung Nr. 2 (alt) gehörende Kelleraußentreppe und ordnet sie in unzulässiger Weise dem Sondereigentum der Wohnung Nr. 3 zu.

a) Der Auffassung der Beschwerdegegner Ziffer 4 und 5, die Treppe sei aufgrund der „baulichen Konstruktion“ bisher dem früheren Wohnungseigentum Nr. 2 (alt) zuzuordnen gewesen, kann nicht gefolgt werden. Für die Verbindung eines Miteigentumsanteils mit dem Sondereigentum an einem sondereigentumsfähigen Bauteil oder Raum ist weder die „bauliche Konstruktion“ maßgebend noch die tatsächliche Nutzung, sondern die eingetragene Teilungserklärung nebst zulässig in Bezug genommenen Unterlagen. Die Teilungserklärung vom 11.4.2002 hat im maßgeblichen Kellergeschoßplan die Kelleraußentreppe eindeutig nicht in das Sondereigentum zur Wohnung Nr. 2 (alt) einbezogen. Vielmehr ist die Treppe ohne Zuordnung zu einem Sondereigentum ausgewiesen. Damit handelt es sich um Gemeinschaftseigentum; denn nach der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 8.3.2002, die Teil der im Eintragungsvermerk in Bezug genommenen Teilungserklärung ist, stehen die im Aufteilungsplan nicht gekennzeichneten Teile im Gemeinschaftseigentum. Zum selben Ergebnis würde im Übrigen auch die allgemeine Regel gemäß § 1 Abs. 5 WEG führen, der zufolge von Gemeinschaftseigentum auszugehen ist, soweit kein Sondereigentum begründet wurde (BGH, a. a. O.; OLG Schleswig, a. a. O.).

b) Die Befugnis zur Aufteilung beschränkt sich aber auf das Sondereigentum des Teilenden, der deshalb nicht ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer Räume einbeziehen kann, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehen (BGH, NJW-RR 2005, 10, 11). Eine diesbezügliche Auflassung und Eintragung der Rechtsänderung ist im Streitfall weder aus dem Eintragungsvermerk noch aus den in Bezug genommenen Unterlagen ersichtlich. Damit verlaubar das Grundbuch auch insoweit einen Rechtszustand, den es als Ergebnis einer Unterteilung nicht geben kann (BayObLG, NJW-RR 1999, 8, 9) und liegt eine inhaltlich unzulässige Eintragung vor.

4. Die Unterteilung der Wohnung Nr. 2 (alt) vom 14.11.2002 ist insgesamt nichtig und gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu löschen. Eine Beschränkung der inhaltlichen Unzulässigkeit auf die beanstandeten Räume und Bauteile bei Aufrechterhaltung der Unterteilung im Übrigen ist nicht möglich. Denn hinsichtlich der unter 1. und 2. genannten Räume würde eine darauf beschränkte Unwirksamkeit der Unterteilung nichts daran ändern, dass diese Räume keinem der bestehenden Miteigentumsanteile zugeordnet sind und unzulässiges isoliertes Sondereigentum darstellen. Die aus einer beschränkten Löschung der Unterteilung resultierende Eintragung im Grundbuch würde damit einen Rechtszustand verlaubaren, den es nicht geben kann, und wäre inhaltlich unzulässig.

III.

Der Senat kann in der Sache entscheiden.

1. Ist eine Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO wie hier begründet, so lautet die Entscheidung des Beschwerdege-

richts dahin, dass das Grundbuchamt zu einer bestimmten Amtslöschung angewiesen wird (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 508).

2. Dass das Grundbuchamt noch nicht über die Frage der Abhilfe (§ 75 GBO) befunden hat, steht der Entscheidung des Senats nicht entgegen. Geht eine Beschwerde – wie hier – unmittelbar bei dem Beschwerdegericht ein, so ist dieses berechtigt, selbst zu entscheiden, ohne die Sache zunächst dem Grundbuchamt zur Prüfung der Abhilfe zuzuleiten (*Demharter*, a. a. O., § 75 Rdnr. 1; OLG Köln, FGPrax 2011, 172).

3. Obwohl der Schriftsatz der Beschwerdegegner vom 12.8.2013 dem Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführer infolge eines Versehens erst mit der Entscheidung zugeleitet wird, konnte die Entscheidung ohne Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs ergehen, da der Schriftsatz am Erfolg der Beschwerde nichts ändert.

(...)

6. BGB § 894; GBO §§ 18, 19, 22 (*Voraussetzungen für die Löschung einer Vormerkung nach Versterben des Begünstigten*)

Hat der Erblasser seiner Ehefrau ein Grundstück übertragen mit dem durch eine Vormerkung gesicherten Vorbehalt des Widerrufs der Übertragung und ist er von seiner Ehefrau und diese von den als Schlusserben eingesetzten gemeinsamen Kindern beerbt worden, so kann die Löschung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch nur erfolgen, wenn die Schlusserben (hier: durch Vorlage eines Erbscheins) den Nachweis erbringen, dass die Mutter den durch die Vormerkung begünstigten Erblasser beerbt hat.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2013, 2 Wx 247/13

Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundstücks waren früher zu je 1/2-Anteil die Eltern der Beteiligten zu 1 und 2, die Eheleute C und C2. Mit notariell beurkundetem Übertragungsvertrag vom 24.11.1983 (URNr. 5... für 1983 des Notars Dr. T in B), wegen dessen Einzelheiten auf die in der Akte befindliche Ablichtung (Bl. 80 ff. d. A.) Bezug genommen wird, übertrug Herr C seinen 1/2-Miteigentumsanteil an seine Ehefrau. In § 3 des Übertragungsvertrages behielt sich der Veräußerer das nicht vererbliche und nicht übertragbare Recht vor, die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils unter bestimmten Voraussetzungen zu widerrufen. Zur Sicherung dieses Rückübertragungsanspruches wurde entsprechend der in § 3 des Übertragungsvertrages getroffenen Regelung in Abteilung II unter lfd. Nr. 2 eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Herr C ist am 14.9.1993, Frau C2 am 14.9.2012 verstorben. Die Eheleute hatten am 18.12.1983 ein gemeinschaftliches handschriftliches Testament errichtet, in dem sie sich wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. Schlusserben sollten zu gleichen Teilen die Beteiligten zu 1 und 2 sein.

Mit Kaufvertrag vom 9.7.2013 (URNr. 1... für 2013 des Notars L in B2, beglaubigte auszugsweise Abschrift Bl. 68 ff. d. A.) veräußerten die Beteiligten zu 1 und 2 den oben näher bezeichneten Grundbesitz an den Beteiligten zu 3. In § 11 Nr. 1. b) dieses Vertrages bewilligten und beantragten die Beteiligten unter anderem die Löschung der in Abteilung II lfd. Nr. 2 eingetragenen Vormerkung. Nach vorangegangenen Austausch der unterschiedlichen Rechtsstandpunkte hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes den Beteiligten mit Zwischenverfügung vom 17.9.2013 (Bl. 120 f.) mitgeteilt, dass die beantragte Löschung noch nicht erfolgen könne, weil im Hinblick auf die jüngere Rechtsprechung des BGH zum sog. „Aufladen“ einer Vormerkung nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachgewiesen sei, dass das Bestehen oder Entstehen des gesicherten Anspruchs ausgeschlossen sei. Zur Behebung des Eintragungshindernisses wurde eine Frist bis zum 8.10.2013 gesetzt.

Gegen diese Zwischenverfügung haben die Beteiligten mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 20.9.2013 Beschwerde eingelegt. Sie meinen, angesichts des Zeitablaufs und vor dem familiären Hintergrund der getroffenen Regelungen sei nicht ersichtlich, dass noch zu Lebzeiten des Herrn C ein Rückforderungsanspruch entstanden sein könnte; zudem sei ein etwa entstandener Rückforderungsanspruch jedenfalls verjährt. Zumindest vor dem Hintergrund dieser besonderen Umstände des Einzelfalles sei hinreichend nachgewiesen, dass durch die eingetragene Vormerkung kein Anspruch mehr gesichert werden könne.

Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 24.9.2013, erlassen am 26.9.2013, nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

1. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPfIG statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde ist nicht begründet.

a) Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, so hat das Grundbuchamt entweder den Antrag unter Angabe der Gründe zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 GBO). Macht das Grundbuchamt von der Möglichkeit der Zwischenverfügung Gebrauch, sind die zur Beseitigung der Hindernisse geeigneten Mittel anzugeben; bestehen mehrere Möglichkeiten, sind diese alle aufzuzeigen (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 18 Rdnr. 31 m. w. N.). Diese Anforderungen sind durch die angefochtene Zwischenverfügung im Ergebnis erfüllt. Aus dem Gesamtzusammenhang der in der Zwischenverfügung enthaltenen Rechtsausführungen sowie aus dem vorangegangenen Schreiben an den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten vom 7.8.2013 (Bl. 78 d. A.) wird deutlich, dass eine Löschung nur dann erfolgen kann, wenn die Beteiligten zu 1 und 2 als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Berechtigten C berechtigt waren, in § 11 Nr. 1. b) des notariellen Kaufvertrages vom 9.7.2013 die Löschung der eingetragenen Vormerkung gemäß § 19 GBO zu bewilligen. Die entsprechende Rechtsnachfolge kann nach dem Inhalt des vorgelegten privatschriftlichen Testaments nur dadurch eingetreten sein, dass der ursprünglich berechtigte Herr C zunächst von seiner Ehefrau und diese sodann von den Beteiligten zu 1 und 2 beerbt worden ist. Da die Rechtspflegerin die Erbenstellung der Beteiligten zu 1 und 2 nach dem Tode ihrer Mutter bereits als nachgewiesen erachtet hat, bedarf es insoweit – nur – noch der Vorlage eines Erbscheines, der die Mutter der Beteiligten zu 1 und 2 als Alleinerbin nach ihrem vorverstorbenen Ehemann ausweist. Der angefochtenen Zwischenverfügung ist damit im Ergebnis hinreichend deutlich zu entnehmen, auf welche Weise das angesprochene Eintragungshindernis zu beheben ist. Vor diesem Hintergrund hat der Senat auch von einer ausdrücklichen Klarstellung in der Entscheidungsformel des vorliegenden Beschlusses abgesehen.

b) Das Grundbuchamt hat durch die angefochtene Zwischenverfügung die beantragte Löschung auch zu Recht von der Vorlage eines entsprechenden Erbnachweises abhängig gemacht und den Beteiligten gemäß § 18 Abs. 1 GBO eine Frist zur Behebung des bis dahin bestehenden Eintragungshindernisses gesetzt.

Zur Löschung einer im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung bedarf es, ebenso wie für deren Eintragung, grundsätzlich einer Bewilligung des Betroffenen gemäß § 19 GBO oder eines Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 Abs. 1 GBO (vgl. BayObLG, FGPrax 2002, 151; Senat, FGPrax 2010, 14; *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 46 Rdnr. 7,

jeweils m. w. N.). Eine Löschungsbewilligung des eingetragenen Berechtigten C liegt nicht vor. Soweit nunmehr die Beteiligten zu 1 und 2 in § 11 Nr. 1. b) des notariellen Kaufvertrages vom 9.7.2013 gemäß § 19 GBO die erforderliche Bewilligung erklärt haben, fehlt es an einem den Anforderungen des § 29 GBO entsprechenden Nachweis ihrer Berechtigung. Denn zwar haben die Beteiligten zu 1 und 2 ausweislich der mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 28.8.2013 vorgelegten Ablichtungen einen Erbschein, der sie als gemeinschaftliche Erben nach ihrer Mutter ausweist, beantragt und offenbar auch erhalten (die Nachlassakte 700 B IV 1453/12, AG Aachen, liegt dem Senat anders als dem Grundbuchamt nicht vor). Es fehlt indes der darüber hinaus erforderliche Nachweis, dass die Mutter der Beteiligten zu 1 und 2 ihrerseits Alleinerbin ihres Ehemannes geworden ist. Insoweit liegt lediglich eine Ablichtung des privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute C vom 18.12.1983 vor. Dementsprechend hat das Grundbuchamt mit der angefochtenen Zwischenverfügung einen entsprechenden Nachweis in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form gefordert.

Der Nachweis der Bewilligung durch den Berechtigten ist auch nicht nach § 22 Abs. 1 GBO wegen nachgewiesener Unrichtigkeit entbehrlich. Der Nachweis der Unrichtigkeit obliegt den Antragstellern, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie sich die Beweislast in einem über einen Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB geführten Rechtsstreit verteilen würde. An die Führung dieses Nachweises sind, wie allgemein anerkannt ist, strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser, auch höherer Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht (vgl. BayObLG, FGPrax 2002, 151; Senat, FGPrax 2010, 14; *Demharter*, a. a. O., § 22, Rdnr. 37). Die Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Berichtigung ist deshalb nur möglich, wenn der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass jede Möglichkeit des (Fort-)Bestehens des gesicherten Anspruchs ausgeschlossen ist (vgl. BayObLG, NJW-RR 1997, 590; Senat, FGPrax 2010, 14, jeweils m. w. N.).

Hierfür genügt, wie die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes zutreffend ausgeführt hat, im vorliegenden Fall der Nachweis des Todes des eingetragenen Berechtigten nicht. Da nämlich infolge der in der jüngeren Rechtsprechung des BGH bejahten Möglichkeit des „Aufladens“ einer Vormerkung mit anderen Ansprüchen (vgl. BGHZ 143, 175 ff. = NJW 2000, 805; BGH, NJW 2008, 587; im Grundsatz ebenso auch BGHZ 193, 152 ff. = DNotZ 2012, 609 ff.) nicht ausgeschlossen werden kann, dass die im Grundbuch eingetragene Vormerkung inzwischen einen anderen Anspruch sichert, kann in Fällen wie dem vorliegenden eine Vormerkung grundsätzlich nur noch mit Bewilligung des Berechtigten gelöscht werden. Denn wenn der Vormerkung ohne die Notwendigkeit eines klarstellenden Vermerks im Grundbuch im Austausch gegen den bisher gesicherten ein neuer zu sichernder Anspruch unterlegt werden kann, kann aus dem Grundbuch selbst und aus den der Eintragung der Vormerkung zugrundeliegenden Unterlagen nicht mit der erforderlichen Gewissheit entnommen werden, dass die Vormerkung keinen wirksamen Anspruch mehr sichert und daher gelöscht werden könnte. Diesen Grundsätzen, die sich in der Rechtsprechung der OLG durchgesetzt haben (vgl. etwa OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282; OLG Düsseldorf, NotBZ 2011, 231; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2012, 1591, jeweils m. w. N.), hat sich auch der Senat schon in seinem Beschluss vom 25.11.2009 (2 Wx 98/09 = FGPrax 2010, 14 ff.; ebenso Beschluss vom 4.10.2010, 2 Wx 128/10) angeschlossen; hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

Dem kann entgegen der mit der Beschwerde vorgebrachten Auffassung nicht entgegeng gehalten werden, dass der BGH zwischenzeitlich noch einmal ausdrücklich klargestellt hat, dass ein „Wiederaufladen“ der Vormerkung nur dann in Betracht kommt, wenn der gesicherte Anspruch inhaltlich im Wesentlichen identisch bleibt. Richtig ist allerdings, dass die stehengebliebene Eintragung als erster Akt für die Neubegegründung einer Vormerkung nur dann genutzt werden kann, wenn die nachfolgende Bewilligung dieser Eintragung inhaltlich entspricht, mit ihr also kongruent ist. Hieran fehlt es, wenn die Vormerkung für einen höchstpersönlichen, nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch des Berechtigten eingetragen ist, die Vormerkung nach der nachfolgenden Bewilligung aber einen anderweitigen vererblichen Anspruch sichern soll (BGHZ 193, 152). Im vorliegenden Fall folgt aus § 3 des Übertragungsvertrages vom 24.11.1983 indes nur, dass das dort begründete Widerrufsrecht nicht vererblich und nicht übertragbar ist. Wie bereits das Grundbuchamt zutreffend festgehalten hat, ist von diesem Widerrufsrecht aber der ggf. durch seine Ausübung entstandene Anspruch auf Eigentumsübertragung selbst zu unterscheiden; allein dieser wird durch die eingetragene Vormerkung gesichert. Der danach maßgebliche Eigentumsübertragungsanspruch ist nach dem Inhalt der vorgelegten Übertragungsurkunde vom 24.11.1993 aber durchaus vererblich und übertragbar. Dementsprechend bestünde die vom BGH geforderte Kongruenz auch dann, wenn der ursprünglich durch die Vormerkung gesicherte Anspruch außerhalb des Grundbuchs durch einen anderen – ebenfalls vererblichen und übertragbaren – Anspruch ersetzt worden wäre. Hieraus wiederum folgt, dass allein der Tod des ursprünglichen Berechtigten nicht den notwendigen zweifelsfreien Rückschluss darauf zulässt, dass durch die eingetragene Vormerkung kein Anspruch mehr gesichert wird.

Schließlich vermag auch der Hinweis der Beteiligten auf den Beschluss des OLG Hamm vom 11.1.2011 (15 W 629/10, DNotZ 2011, 691 ff.) keine andere Bewertung zu rechtfertigen. Dabei bedarf es keiner abschließenden Entscheidung, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen angesichts der vorbezeichneten Rechtslage überhaupt die Möglichkeit für den Nachweis der negativen Tatsache bestehen kann, dass die Vormerkung nicht nachträglich „aufgeladen“ worden ist (vgl. etwa für den Sonderfall, dass der ursprünglich gesicherte Übereignungsanspruch erfüllt worden ist, OLG Schleswig, FGPrax 2011, 72). Denn jedenfalls ist ein solcher Nachweis im vorliegenden Fall nicht geführt. Es erscheint zwar unwahrscheinlich, jedoch keineswegs von vornherein ausgeschlossen, dass der vorverstorbene Herr C noch zu Lebzeiten mit seiner Ehefrau eine Vereinbarung getroffen hat, aufgrund derer er einen weiteren Anspruch auf Rückübertragung erwarb, der durch die bereits eingetragene Vormerkung gesichert werden sollte. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Herr C nach dem Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute vom 18.12.1983 noch zwei Töchter aus erster Ehe hatte, deren wirtschaftliche Interessen Anlass geboten haben könnten, einen Anspruch auf Rückübertragung des Miteigentumsanteils auf Herrn C zu begründen und diesen durch die bereits eingetragene Vormerkung zu sichern. Schließlich folgt auch aus dem von den Beteiligten zu Recht in den Vordergrund gestellten langen Zeitraum zwischen dem Tod des ursprünglich Berechtigten im Jahre 1993 und dem jetzigen Lösungsbegehren nicht zwingend, dass ein gesicherter Anspruch nicht mehr bestehen kann. Zwar stellt es ein durchaus gewichtiges Indiz für das Nichtbestehen eines gesicherten Anspruchs dar, dass ein solcher über einen Zeitraum von 20 Jahren nicht geltend gemacht worden ist. Andererseits erscheint es aber denk-

bar, dass ein nunmehr gesicherter Anspruch – ebenso wie der ursprünglich vereinbarte Rückübertragungsanspruch – unter einer Bedingung stand, und diese erst kürzlich – oder möglicherweise auch noch überhaupt nicht – eingetreten ist.

Abschließend weist der Senat darauf hin, dass durch den vom Grundbuchamt geforderten Nachweis keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden. Die beantragte Löschung bedarf lediglich noch des Nachweises, dass die von den Beteiligten zu 1 und 2 beerbte Mutter ihrerseits Alleinerbin des vorverstorbenen Vaters geworden ist. Sofern – wovon offenbar alle Beteiligten ausgehen – dies der Fall ist, dürften auch der erforderlichen Erteilung eines Erbscheines, der Frau C2 als Alleinerbin des Herrn C ausweist, keine unüberwindlichen Schwierigkeiten im Wege stehen.

(...)

Anmerkung:

Für die Löschung einer Vormerkung ist grundbuchverfahrensrechtlich grundsätzlich die Bewilligung des Berechtigten nach § 19 GBO erforderlich. Eine Amtslöschung nach § 22 GBO, die den Nachweis einer Bewilligung entbehrlich machte, sieht das OLG Köln vor dem Hintergrund der Möglichkeit der Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung (nicht: einer Vormerkung) für einen anderen sicherungsfähigen Anspruch als Ausnahme an. Es verfolgt damit eine strikt verfahrensrechtliche Betrachtungsweise, die sich an der Bedeutung der vorhandenen Grundbucheintragung orientiert.

Die Entscheidung stößt nicht zuletzt deshalb auf Interesse, weil sich der Senat auf der Grundlage der Beschlüsse des BGH vom 3.5.2012 (V ZB 258/11)¹ und vom 10.5.2012 (V ZB 156/11)² mit einem nicht untypischen Fall der Vormerkungssicherung eines bedingten Rückforderungsanspruchs befasst, bei dem nicht der Anspruch selbst, sondern nur das Rückforderungsrecht als unvererblich und unveräußerbar eingeräumt wird (hier in der Variante Widerruf der Übertragung).³

Der BGH hatte mit den genannten Beschlüssen seine Rechtsprechung zur sog. „Aufladung“ der Vormerkung⁴ dahingehend präzisiert und klargestellt, dass im Grunde keine Wiederverwendung einer Vormerkung in Rede stehe, sondern lediglich eine stehengebliebene Vormerkungseintragung als erster Teilakt zur Bestellung einer neuen oder einer geänderten Vormerkung genützt werden könne. Eine Wiederverwendung der Vormerkungseintragung kommt nach der nunmehr sog. Kongruenzrechtsprechung des BGH⁵ jedoch nur in Betracht, wenn die nachfolgende Vormerkungsbewilligung mit der vorhandenen Eintragung übereinstimmt, deren Inhalt sich aus einer Auslegung des Eintragungsvermerks und der in Bezug genommene Eintragungsbewilligung (siehe § 885 Abs. 2 BGB) ergibt.⁶ In diesem Sinne verlangt der BGH eine Kongruenz von Eintragung, Bewilligung und zu sicherndem

¹ BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, BGHZ 193, 152 = NJW 2012, 2032 = MittBayNot 2013, 37.

² BGH, Beschluss vom 10.5.2012, V ZB 156/11, NJW 2012, 2654.

³ Vgl. zu dieser Differenzierung *Jerschke* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, A. V. Rdnr. 226; *Holland* in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 2 Kap. 6 Rdnr. 88.

⁴ BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 181 = NJW 2000, 805; BGH, Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07, NJW 2008, 578, 579.

⁵ *Reymann*, MittBayNot 2013, 456, 457.

⁶ BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, BGHZ 193, 152 = NJW 2012, 2032 = MittBayNot 2013, 37; BGH, Beschluss vom 10.5.2012, V ZB 156/11, NJW 2012, 2654, 2656; nach wie vor krit. etwa *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 361.

Anspruch im Zeitpunkt ihres Zusammentreffens. Die Anspruchskongruenz ist schon deshalb essentiell, weil die Vormerkung eben nichts anderes ist als ein dinglich wirkendes Sicherungsmittel zur Sicherung der Erfüllbarkeit eines schuldrechtlichen Anspruchs, so dass die wiederzuverwendende Grundbucheintragung notwendigerweise durch den ursprünglich gesicherten Anspruch inhaltlich geprägt ist.⁷

Das OLG Köln prüfte vor diesem Hintergrund im Hinblick auf eine Amtslöschung wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs lediglich, ob vorliegend auf der Grundlage grundbuchtauglicher Nachweise ausgeschlossen werden konnte, dass die Eintragung sich auf eine existente Vormerkung bezog. Selbst wenn der ursprüngliche gesicherte Anspruch erloschen sein sollte und insofern die Existenz einer Vormerkung zu verneinen gewesen wäre, bliebe die Möglichkeit der Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung, so dass die Existenz einer Vormerkung nur ausgeschlossen werden kann, wenn der ursprünglich gesicherte Anspruch nachweislich nicht mehr besteht und angesichts der Identifikationsmerkmale des ursprünglich gesicherten Anspruchs ein kongruenter Anspruch, für den die vorhandene Grundbucheintragung genutzt werden könnte, nicht in Betracht kommt. Für die vorliegende Fallkonstellation, in der gerade zwischen dem (unvererblichen) Rückforderungsrecht und dem (vererblichen) Rückforderungsanspruch differenziert wurde, gelangte das OLG Köln im Hinblick auf das Identifikationsmerkmal „vererblich/unvererblich“ folgerichtig zu dem Ergebnis, dass keine Sachlage vorlag, nach der ein kongruenter Anspruch von vornherein ausgeschlossen werden musste. Die Entstehungsvoraussetzung (hier: Ausübung des unvererblichen und unübertragbaren Widerrufsrechts) bezog das OLG Köln bei der Feststellung der für eine Kongruenzbeurteilung maßgeblichen Identifikationsmerkmale nicht ein, sondern zog (wohl) in Betracht, dass für einen unter anderen Voraussetzungen entstehenden Rückübertragungsanspruch die vorhandene Vormerkungseintragung genutzt worden sein könnte. Ob die angedachten Fallvarianten, in denen das OLG Köln zwar inhaltlich identische Ansprüche vor Augen hatte, aber (wohl) von anderen Entstehungsvoraussetzungen ausging, in der Tat als Beispiele für kongruente Ansprüche taugen, könnte durchaus in Zweifel gezogen werden.⁸

Im Hinblick auf die Anforderungen, die an den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit für eine Löschung nach § 22 GBO gestellt werden müssen, legt das OLG Köln keinen ungewöhnlich hohen Maßstab an. An einen Unrichtigkeitsnachweis werden hohe Anforderungen gestellt; lediglich „ganz entfernt liegende Möglichkeiten“, die der Richtigkeit der begehrteten Eintragung entgegenstehen, müssen nicht widerlegt werden.⁹ Bezogen auf die Problematik der Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung hatte das OLG Schleswig die lediglich „theoretische Möglichkeit der Aufladung“ ausgeklammert, also an der im Einzelfall angenommen lediglich „theoretischen Möglichkeit der Aufladung“ die Führung des

Unrichtigkeitsnachweises nicht scheitern lassen.¹⁰ Allein die durch zahlreiche Indizien abgesicherte hohe Wahrscheinlichkeit, dass die zunächst nur abstrakt bestehende Wiederverwendungsmöglichkeit sich im konkreten Fall in der Tat nicht realisiert hatte, ließ das OLG Köln dagegen nicht genügen. In der vorliegenden Grundbuchangelegenheit bestand schließlich keine besondere Notwendigkeit, über die Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis weiter nachzudenken und ausnahmsweise Nachweiserleichterungen in Betracht zu ziehen, zumal es hier um einen unstreitigen Fall ging, für den die konsensuale Variante, nämlich die Löschungsbewilligung, grundbuchverfahrensrechtlich vorgesehen ist. Die Beteiligten hatten die Vormerkungsverpflichtete beerbt, die ihrerseits den Vormerkungsberechtigten beerbt hatte. Ihr Interesse, als durch die Vormerkung belastete Grundstückseigentümer die Vormerkungseintragung zu beseitigen, konnten die Beteiligten durch Löschungsbewilligung als letztendliche Rechtsnachfolger des Vormerkungsberechtigten durchsetzen. Es fehlte lediglich in der Nachweiskette der grundbuchtaugliche Nachweis, dass die Erblasserin ihrerseits den Vormerkungsberechtigten beerbt hatte.¹¹ Die Weichenstellung, „im Grundsatz“ die Löschungsbewilligung des Berechtigten zu fordern, entspricht im Übrigen der Trennung zwischen Grundbuchverfahrensrecht und prozessuaalem Erkenntnisverfahren. Soll der „Nachweis der Unrichtigkeit“ gewissermaßen darin gesehen werden, dass der im Grundbuch als Vormerkungsberechtigter Ausgewiesene selbst äußert, keinen vormerkungsgesicherten Anspruch (mehr) zu haben, wird diese Äußerung durch die Löschungsbewilligung dokumentiert. Ist dagegen über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts zu entscheiden, kann diese Entscheidung bezogen auf die Tatsachengrundlage nur bei urkundlichem Nachweis der Unrichtigkeit im Rahmen eines Grundbuchverfahrens getroffen werden. Ansonsten ist derjenige, der eine bestimmte materielle Rechtslage behauptet, auf die Erkenntnismöglichkeiten des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens zu verweisen.

Für den Vertragsgestalter bringt die Möglichkeit der Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung für kongruente Ansprüche das Erfordernis mit sich, für den Fall des Versterbens des Vormerkungsberechtigten eine vorsorgende Regelung zu schaffen. Das Spektrum der Gestaltungsmöglichkeiten reicht von der eine Kongruenz vermeidenden Ausgestaltung des vormerkungsgesicherten Anspruchs bis zur Erteilung einer durch den Tod des Vormerkungsberechtigten bedingten Löschungsvollmacht.¹² Für „Altfälle“, in denen es an einer solchen vorsorgenden Regelung fehlt, stellt sich nach wie vor das Problem, dass die Verfahrenserleichterung im Einzelfall, die der BGH mit der Möglichkeit der Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung eröffnet hat, in Standardfällen zu Abwicklungsproblemen bei der Löschung unrichtig gewordener Vormerkungseintragungen führen kann. Die Kongruenzrechtsprechung des BGH hat zwar einige Klärung bewirkt, Unsicherheiten im Hinblick auf die Maßgeblichkeit einzelner Identifikationsmerkmale des kongruenzfähigen Anspruchs aber nicht völlig beseitigen können. In der insoweit

⁷ Zur Diskussion, ob hinsichtlich der Konkretisierung des prägenden Anspruchs allein die ursprüngliche Bewilligung entscheidend ist oder ob unabhängig vom Konkretisierungsgrad der Bewilligung der Inhalt des zugrundeliegenden Anspruchs zu bestimmen ist, vgl. *Reymann*, MittBayNot 2013, 456, 457 m. w. N.

⁸ Für eine Inhaltsänderung, die der Grundbucheintragung bedarf, *Böttcher*, NJW 2013, 838, 839 (gegen BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, BGHZ 193, 152 = NJW 2012, 2032 = MittBayNot 2013, 37; BGH, Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07, NJW 2008, 578); *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 359 a. E.

⁹ BayObLG, Beschluss vom 21.7.2004, 2 Z BR 134/04, NJW-RR 2004, 1533, 1534; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 369, 1543 (Vormerkung), jeweils m. w. N.

¹⁰ Vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 9.7.2010, 2 W 94/10, FGPrax 2010, 282, 284; OLG Schleswig, Beschluss vom 10.11.2010, 2 W 144/10, FGPrax 2011, 72, 73 f.

¹¹ Die Beteiligten konnten also als Erbeserben einen Erbschein auf den Namen der Erbin, ihrer Mutter, beantragen; antragsberechtigt sind sie insoweit als Rechtsnachfolger der Erbin, vgl. BayObLGZ 1948-1951, 690, 692 f.; *MünchKommBGB/J. Mayer*, Band 9, 6. Aufl. 2013, § 2353 Rdnr. 86 m. w. N.

¹² *Holland* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kap. 6 Rdnr. 93 m. w. N.; zum Für und Wider der einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten vgl. *Reymann*, MittBayNot 2013, 456, 460 f.

eröffneten Diskussion zu den Grenzen der Kongruenz vorge-merkter Ansprüche¹³ könnte ein Perspektivenwechsel stattfinden, weg von der großzügigen Handhabung des BGH, um im Einzelfall den „Formalismus“ einer Neueintragung zu vermeiden,¹⁴ hin zu einer restriktiveren Betrachtung, um in Standardlöschungsfällen der Spekulation über Wiederverwendungen von Vormerkungseintragungen zu begegnen. Wer, wie die Verfasserin, angesichts der strengen Akzessorietät der Vormerkung der Rechtsprechung zur „Aufladung“ bzw. Wiederverwendung der Vormerkungseintragung ohnehin eher reserviert gegenübersteht, wird den Rahmen der Kongruenzkriterien womöglich enger ziehen als der BGH ihn gezogen hat. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Standardlöschungsfälle, in denen über die Existenz von Vormerkungen, die unter Wiederverwendung der Eintragung entstanden sein sollen, spekuliert wird, sollte zudem der Vorschlag *Kohlers* zur Abmilderung des Publizitätsdefizits in den (seltenen) Sonderfällen der „Aufladung“ bzw. Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung Beachtung finden: *Kohler* verlangt in den Sonderfällen, in denen von der Möglichkeit der Ausnutzung der bereits vorhandenen Vormerkungseintragung Gebrauch gemacht werden soll, als Wirksamkeitsvoraussetzung der materiellrechtlichen Bewilligung (§ 885 Abs. 1 Satz 1 BGB) deren grundaktenfähigen Zugang beim Grundbuchamt.¹⁵ Immerhin handelt es sich hierbei um einen Ansatz, um bei der Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung den zu sichernden Anspruch und die Vormerkungseintragung einen Schritt weit zusammenzuführen, wenn die Eintragung schon nicht im eigentlichen Sinne „auf Grund“ der Bewilligung erfolgt.

Prof. Dr. Nicola Preuß, Düsseldorf

¹³ Mit den Grenzen der Kongruenz vorgemerkter Ansprüche befasst sich jüngst ausführlich *Amann*, DNotZ 2014, 178.

¹⁴ Hier mag die Frage erlaubt sein, ob in den Fällen der Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung die Neueintragung in der Tat ein unzuträglicher „Formalismus“ gewesen wäre.

¹⁵ MünchKommBGB/*Kohler*, Band 6, 6. Aufl. 2013, § 885 Rdnr. 39; *ders.*, DNotZ 2011, 808, 826.

7. GBO § 40 Abs. 1; BGB § 2033 Abs. 1 (Ausnahme von Voreintragung bei Übertragung in Erbengemeinschaft)

§ 40 Abs. 1 GBO ist entsprechend anwendbar, wenn ein Mitglied einer Erbengemeinschaft seinen Erbteil auf ein anderes Mitglied überträgt.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.9.2013, 15 W 1799/13

Im Grundbuch des AG Hersbruck ist M L als Eigentümerin einer Eigentumswohnung und eines Tiefgaragen-Kfz-Stellplatzes eingetragen. Die am 22.4.2012 verstorbene M L wurde gemäß Erbschein des AG Hersbruck – Az. VI 0775/12 – vom 5.2.2013 von H, P L und S L zu je einem Drittel beerbt, wobei hinsichtlich des Erbteils von P L Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung angeordnet ist.

Zu notarieller Urkunde vom 17.1.2013 übertrug S L seinen Erbanteil an H und trat ihn mit sofortiger Wirkung an sie ab. Die Vertragsparteien erklärten, über den Erbteilsübergang einig zu sein; sie bewilligten und der Erwerber beantragte die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der nunmehr nur noch aus H und P L bestehenden Erbengemeinschaft ohne vorherige Eintragung der ursprünglichen Erbengemeinschaft. Die Urkunde wurde am 4.3.2013 zum Vollzug vorgelegt.

Mit der angefochtenen Zwischenverfügung vom 24.7.2013 beanstandete das Grundbuchamt die fehlende Voreintragung der Erbengemeinschaft und setzte eine Frist bis 23.8.2013 zur Behebung des Hindernisses. Zur Begründung führte es aus, dass bei der Übertragung nur eines von drei Erbteilen auf eine Miterbin die Erbengemeinschaft

bestehen bleibe und daher eine Voreintragung der Erbengemeinschaft erforderlich sei. Die Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth vom 28.8.2007 halte eine Voreintragung nur dann für entbehrlich, wenn letztendlich nur ein Alleineigentümer übrig bleibe; in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BayObLG und der Kommentarliteratur sehe es dagegen eine Voreintragung als notwendig an, wenn nur ein Miterbe seinen Anteil übertrage und der Erbteilserwerber eingetragen werden solle.

(...)

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Der sog. Grundsatz der Voreintragung des Betroffenen (§ 39 GBO) gilt nur eingeschränkt, wenn eine Erbengemeinschaft ein Recht an einem Grundstück veräußert oder ihre Mitglieder ihre Erbteile übertragen. Die Erbengemeinschaft muss vor Eintragung des Erwerbers nicht stets im Grundbuch als Berechtigte eingetragen sein.

a) Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist; danach müsste zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen werden. Die Vorschrift betrifft Fälle der Rechtsänderung außerhalb des Grundbuchs durch Gesamtrechtsnachfolge oder bei Briefrechten (vgl. § 39 Abs. 2 GBO); sie soll – zusammen mit §§ 82 ff. GBO – sicherstellen, dass der Rechtsstand des Grundbuchs nicht bloß im Endziel richtig, sondern in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiedergegeben wird und damit dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung erleichtern (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 39 Rdnr. 1 m. w. N.).

b) Nach § 40 Abs. 1 GBO ist allerdings § 39 Abs. 1 GBO nicht anzuwenden, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts eingetragen werden soll. Auf die Nachvollziehbarkeit der Kontinuität der Rechtsinhaberschaft wird in diesem Fall verzichtet. Dem Erben sollen Kosten für seine vorherige Eintragung erspart bleiben (*Demharter*, a. a. O., § 40 Rdnr. 1). Außerdem soll die Arbeit des Grundbuchamtes erleichtert werden, indem sachlich unnötige Eintragungen, an denen keiner der involvierten Personen ein Interesse hat, erspart werden; zugleich soll die Übersichtlichkeit des Grundbuchs durch den Verzicht auf sofort gegenstandslos werdende Eintragungen verbessert werden (LG Nürnberg-Fürth, Rpfleger 2007, 657). Die Bestimmung des § 40 GBO ist eine Ausnahme vom Grundsatz des § 39 Abs. 1 GBO und daher eng auszulegen (OLG München, Rpfleger 2006, 538; LG Nürnberg-Fürth, Rpfleger 2007, 657); das schließt allerdings eine entsprechende Anwendung auf rechtsähnliche Sachverhalte eines Rechtsübergangs außerhalb des Grundbuchs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht aus (BayObLG, NJW-RR 1987, 977; OLG Schleswig, NJW-RR 2006, 464).

c) Da nicht der einzelne Miterbe, sondern die Erbengemeinschaft in ihrer Gesamtheit „Erbe des eingetragenen Berechtigten“ wird, ist § 40 Abs. 1 GBO auf die Übertragung eines Erbteils nicht anwendbar und die Voreintragung der Erben, die ihren Anteil am Nachlass übertragen haben, nicht entbehrlich (BayObLG, NJW-RR 1995, 272; *Böttcher in Meikel*, GBO, 10. Aufl., § 40 Rdnr. 6); diese Sachbehandlung rechtfertigt sich damit, dass andernfalls für den außenstehenden Betrachter nicht erkennbar wäre, wie es zu einem Anteil dieses Erwerbers und zur Bildung einer Gesamthandsgemeinschaft überhaupt gekommen ist (LG Nürnberg-Fürth, Rpfleger 2007, 657). Außerdem fehlt es auch an einer „Übertragung“ des

Rechts, wenn der Miteigentumsanteil kraft Gesetzes übergeht. Die Eintragung der Erbengemeinschaft ist auch weder sachlich unnötig noch wird sie sofort gegenstandslos: vielmehr wird der Erbteilserwerber Eigentümer nur zusammen mit den anderen Miterben. Wird sofort diese „neue“ Erbengemeinschaft als Berechtigter im Grundbuch eingetragen, so wird nicht ersichtlich, dass ein Rechtsübergang stattgefunden hat, der nicht auf Erbgang beruht. Nur diese Art von Rechtsübergang soll aber § 40 Abs. 1 GBO erfassen.

d) Nach Auffassung des LG Nürnberg-Fürth liegt ein Fall der Übertragung eines Rechts vom Erben des eingetragenen Berechtigten im Sinne des § 40 Abs. 1 GBO auch vor, wenn der eingetragene Berechtigte von mehreren Miterben beerbt wurde und diese die Erbanteile vollständig auf einen Miterben oder eine dritte Person übertragen haben, so dass dieser das Alleineigentum erworben hat und in dieser Eigenschaft einzutragen ist (LG Nürnberg-Fürth, Rpfleger 2007, 657; ebenso *Böttcher*, a. a. O., § 40 Rdnr. 6; *Bauer/v. Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 40 Rdnr. 9). Dafür spricht, dass in solchen Fällen eine Situation vorliegt, die mit der in § 40 Abs. 1 GBO geregelten vergleichbar ist: Statt der Erbengemeinschaft wird ein neuer Eigentümer eingetragen, der sein Eigentum von Verfügungen der (Mit-)Erben herleitet; einer Eintragung der Erbengemeinschaft bedarf es nicht mehr, da sie nicht mehr Berechtigter des übertragenen Rechts ist.

3. Eine Einschränkung des Grundsatzes, dass der Betroffene als Berechtigter eingetragen sein muss, ist jedenfalls gerechtfertigt, wenn lediglich eine Übertragung von Erbteilen innerhalb einer Erbengemeinschaft stattfindet. § 40 Abs. 1 GBO ist hier entsprechend anwendbar.

In diesem Fall würde als neuer Eigentümer unter „Überspringen“ der ursprünglichen Erbengemeinschaft nur die entsprechend reduzierte – ggf. nur noch aus einer Person bestehende – Erbengemeinschaft eingetragen. Mit der Bestimmung des § 40 Abs. 1 GBO wird es sogar unter Einschränkung der Kontinuität des Grundbuchs hingenommen, dass die gesamte Erbengemeinschaft nicht im Grundbuch erscheint; dann besteht aber auch kein Grund, eine Voreintragung zu fordern, wenn einzelne ihrer Mitglieder nicht genannt werden. In diesen Fällen bleibt nämlich ebenfalls nur die gesamte Erbengemeinschaft als Zwischenstufe ungenannt.

Verbleibt nur ein Miterbe oder ein Dritter, besteht ein Unterschied zu dem in § 40 Abs. 1, 1. Fall GBO geregelten Fall nur insoweit, als der neue Eigentümer sein Recht nicht durch Verfügung über einen einzelnen Nachlassgegenstand, sondern durch Erwerb der Erbteile erworben hat; die Gründe, die den Verzicht auf die Voreintragung bei § 40 Abs. 1, 1. Fall GBO begründen, treffen aber in gleicher Weise zu, so dass eine Analogie gerechtfertigt ist. Soweit die verbleibende Gemeinschaft aus mehreren Personen besteht, wird durch die Bezeichnung als Erbengemeinschaft auch erkennbar, wie es zur Entstehung der Gemeinschaft gekommen ist. Darin liegt der Unterschied zu dem Sachverhalt, der der Entscheidung des BayObLG vom 9.6.1994 (NJW-RR 1995, 272) zugrunde lag: dort waren sechs von neun Miterbenanteilen durch Vertrag auf einen Dritten übertragen worden. Die Eintragung nur der danach verbleibenden Erbengemeinschaft im Grundbuch weist aber nicht aus, dass eines der Mitglieder erst durch einen weiteren Vorgang Mitglied der Erbengemeinschaft geworden ist.

Auch die Legitimationsprüfung durch das Grundbuchamt unterscheidet sich nicht wesentlich von der bei der Veräußerung durch den Alleinerben oder die Miterben: in beiden Fällen ist zunächst die Erbeneigenschaft der Veräußererseite zu prüfen; im Fall der Veräußerung des Grundstücks muss dann ein notariell zu beurkundender Kaufvertrag vorliegen, im Fall der

Erbteilsübertragung ein ebenfalls notariell zu beurkundender Übertragungsvertrag. Aus den genannten Gründen ist es nicht notwendig, dass – wie in dem vom LG Nürnberg-Fürth entschiedenen Fall – die Übertragung der Erbteile auf ein Mitglied der Erbengemeinschaft erfolgt und damit die Gesamthandsgemeinschaft endet.

4. Gegenstand der Beschwerde ist nur das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis, nicht die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst (*Demharter*, a. a. O., § 71 Rdnr. 34; § 77 Rdnr. 12, 15). Die angefochtene Zwischenverfügung ist daher aufzuheben und die Sache zur weiteren Entscheidung über den Eintragungsantrag an das Grundbuchamt zurückzugeben (*Demharter*, a. a. O., § 77 Rdnr. 15).

III.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Für das Beschwerdeverfahren fallen Gerichtskosten nicht an (§ 131 Abs. 3 KostO).

IV.

Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, weil die Frage einer entsprechenden Anwendung des § 40 GBO in Fällen, in denen die Mitglieder einer Erbengemeinschaft ihre Erbteile durch Vertrag auf einen oder mehrere von ihnen übertragen, grundsätzliche Bedeutung hat (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GBO). Sie ist bisher obergerichtlich nicht entschieden, kann aber für eine unbestimmte Vielzahl zukünftiger Fälle von Bedeutung sein.

Anmerkung:

Der Fall der zu besprechenden Entscheidung des OLG Nürnberg kommt in der notariellen Praxis häufig vor: Ein Erbe überträgt seinen Erbteil an einen Miterben. Probleme hat hier der Antrag auf Grundbuchberichtigung entsprechend der Erbfolge und der Erbteilsabtretung bereitet, da die Zwischeneintragung der Erbengemeinschaft in ihrer ursprünglichen Zusammensetzung unterbleiben sollte. Ob das möglich ist, richtet sich danach, ob man § 40 GBO anwenden kann oder nicht. Zweck dieser Norm – vom OLG Nürnberg auch herangezogen – ist es, den Erben in bestimmten Fällen, in denen die Zwischeneintragung der Erbfolge keinen messbaren und dauerhaften Gewinn an Klarheit des Grundbuchs gibt, die Kosten der Zwischeneintragung zu ersparen.

1. Da es in der Sache also um die Grundbuchkosten geht und weil sich die maßgebliche Regelung geändert hat, bietet es sich an, zunächst einen Blick darauf zu werfen, wann überhaupt die Eintragung der Erben im Grundbuch Kosten auslöst.

a) In Ziffer 14110 Anm. 1 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG (KV) ist bestimmt:

„Die Gebühr wird nicht für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers oder von Erben des Gesellschafters bürgerlichen Rechts erhoben, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Dies gilt auch, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden.“

Satz 2 fand sich in § 60 Abs. 4 KostO, dem rechtlichen Vorgänger von Ziffer 14110 Anm. 1 KV, noch nicht. Es war unter Geltung der KostO umstritten,¹ ob die Privilegierung der Ein-

¹ Dafür zum Beispiel OLG München, Beschluss vom 2.2.2006, 32 Wx 142/05, NJW-RR 2006, 648; OLG Köln, Beschluss vom 12.6.2003, 2 Wx 15/03, NJW-RR 2003, 1726; dagegen zum Beispiel OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.3.2003, 20 W 76/03, FamRZ 2004, 286; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.1.1967, 10 W 102/66, NJW 1967, 2412; OLG Celle, Beschluss vom 24.4.2012, 4 W 26/12 FamRZ 2013, 402.

tragung der Erben auch für die (Erst-)Eintragung im Wege der Erbengemeinschaft gelten sollte. Der Gesetzgeber wollte nun ausdrücklich einen Anreiz für schnelle Erbaueinandersetzungen geben. In der Gesetzesbegründung² heißt es dazu: „Durch diese Vergünstigung soll die zeitnahe Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften gefördert werden, um deren Perpetuierung im Grundbuch möglichst zu vermeiden. Andernfalls kann es bereits nach wenigen aufeinanderfolgenden Erbfällen zu höchst unübersichtlichen Grundbüchern kommen, deren Bereinigung oftmals auch erhebliche materiellrechtliche Schwierigkeiten nach sich ziehen kann.“

b) Voraussetzungen für die Begünstigung bei der Erbaueinandersetzung ist nach dem Wortlaut von Ziffer 14110 Anm. 1 KV (die Wahrung der 2-Jahres-Frist wird unterstellt), dass ein oder mehrere Erben im Grundbuch eingetragen werden. Nicht gesetzlich definiert ist, was nach Satz 2 „Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft“ bedeutet. Bei Betrachtung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (ohne dass darin eine Legaldefinition zu finden wäre) versteht man darunter die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten (§ 2046 Abs. 1 BGB), die Verwertung des Nachlasses, um dies zu ermöglichen (§ 2046 Abs. 3 BGB), sodann die Teilung des Restnachlasses in Natur (§ 2042 Abs. 2, § 752 BGB), soweit dies nicht möglich ist den Verkauf der Nachlassgegenstände (§ 2042 Abs. 2, § 753 BGB) und anschließend Verteilung des Überschusses (§ 2047 BGB).³ Da auch die einvernehmliche Teilung des Nachlasses unter den Erben abweichend von den gesetzlichen Teilungsregeln „Auseinandersetzung“ ist, fällt diese nicht nur unter Ziffer 14110 Anm. 1 KV, es ist wohl der Fall, den der Gesetzgeber vor allem im Sinn hatte. Die technische Ausgestaltung der Auseinandersetzung, d. h. ob zum Zwecke der Auseinandersetzung Erbteile übertragen werden oder der Grundbesitz selbst übereignet wird, ist dabei ohne Bedeutung, wenn das Ergebnis Rechtsübergang und (berichtigende oder konstitutive) Grundbucheintragung von einem oder mehreren Erben ist. Da auch die Erfüllung von Vermächtnissen Auseinandersetzungshandlung, nämlich Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten nach § 2046 Abs. 1 BGB ist, ist nach dem Sinn und Zweck von Ziffer 14110 Anm. 1 KV auch die Erfüllung eines Vorausvermächtnisses an einen Miterben „Auseinandersetzung“ (wofür es aber, soweit ersichtlich, noch keine sonstigen Belege in Literatur und Rechtsprechung gibt).

c) Unklar ist auch, ob „Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft“ im konkreten Fall auch bedeutet, dass der Grundbesitz aus dem gesamthänderisch gebundenen Vermögen der Erbengemeinschaft ausscheiden muss, mithin das Berechtigungsverhältnis der Erwerber nicht mehr „in Erbengemeinschaft“ lauten darf. Dann wäre eine Eintragung von verbleibenden Erben wie im Fall des OLG Nürnberg (für die dort beantragte Eintragung war freilich noch die KostO anzuwenden) nicht nach Ziffer 14110 Anm. 1 KV privilegiert. Für Kostenfreiheit spricht aber, dass auch die Eintragung aller Erben in Erbengemeinschaft ohne Kosten erfolgt. Schaffen es die Erben nicht, den Gegenstand aus der Erbengemeinschaft völlig herauszulösen, so vereinfachen sie die Lage doch, wenn einzelne Erben durch Erbteilsübertragung aus der Erbengemeinschaft ausscheiden.⁴ Das wiederum deckt sich mit

der Intention des Gesetzgebers. Es spricht daher mehr dafür, auch in diesem Fall die Kostenfreiheit zu gewähren.

d) Der Fall des OLG Nürnberg wäre für die Anwendung oder Nichtanwendung von § 40 Abs. 1 GBO kostenrechtlich nach nun geltendem Recht völlig unerheblich, wenn die Eintragung der Erbaueinandersetzung auch dann nach Ziffer 14110 Anm. 1 KV kostenfrei wäre, wenn in einem ersten Schritt sämtliche Erben und erst in einem zweiten Schritt (aber noch innerhalb der 2-Jahres-Frist) die Teilerbaueinandersetzung durch Erbteilsabtretung im Grundbuch eingetragen werde. § 60 Abs. 4 KostO wurde auf diese Fälle auch von denjenigen nicht angewendet, die die Erbaueinandersetzung nach dieser Vorschrift privilegiert hatten.⁵ Daher soll auch unter dem Regime des GNotKG nach einer Literaturauffassung die Privilegierung nicht für eine Erbaueinandersetzung gewährt werden, wenn die Erben bereits als solche im Grundbuch eingetragen sind.⁶ Soweit dafür als weitere Stütze der Wortlaut von Ziffer 14110 KV Anm. 1 Satz 1 „Erbe des eingetragenen Eigentümers“ herangezogen wird, gibt dies für das Verständnis von Satz 2 nichts her. Vielmehr kann man die Formulierung in Satz 2, dass die Erben „erst“ infolge einer Erbaueinandersetzung eingetragen werden, gerade auch als Hinweis auf die Zulässigkeit mehrerer Schritte verstehen.⁷ Die Beschränkung durch den Wortlaut „Erbe des eingetragenen Eigentümers“ spielte vielmehr nur unter der KostO eine Rolle, weil es dort eben eine Ziffer 14110 Anm. 1 Satz 2 entsprechende Regelung nicht gab. Die Justiz ist vor unbegrenzter kostenfreier Inanspruchnahme durch die 2-Jahres-Frist des KV 14110 Anm. 1 geschützt. Es sprechen daher keine beachtlichen Gründe dagegen, der Intention des Gesetzgebers Folge zu leisten und auch dann kostenfreie Grundbucheintragung zu gewähren, wenn im ersten Schritt schon die Erbengemeinschaft in das Grundbuch eingetragen wurde. Dies gilt umso mehr, als in den Formblättern der Nachlassgerichte zur Annahme von Erbschaften – jedenfalls in Bayern – die Auswahlmöglichkeit „Grundbuchberichtigung entsprechend der Erbfolge wird beantragt“ enthalten ist. Ob sich die Beteiligten (einschließlich der Rechtspfleger beim Nachlassgericht, die den Beteiligten beim Ausfüllen dieses Formblattes behilflich sind) bei der Bejahung oder Verneinung dieser Alternative hinreichend Gedanken darüber machen, ob die Grundbuchberichtigung kostenfrei jetzt erfolgen soll, obwohl doch eine zeitnahe Auseinandersetzung geplant ist, halte ich für zweifelhaft. Hier bleibt auch dem Nachlassgericht der Vorwurf unzureichender oder falscher Information erspart, wenn auch die Auseinandersetzung in einem zweiten Schritt die Kostenprivilegierung erhält.

e) Kostenrechtlich spielt daher der Verzicht auf die Voreintragung der Erbengemeinschaft bei der Erbteilsabtretung an einen Dritten nur eine Rolle, wenn die 2-Jahres-Frist des KV 14110 Anm. 1 abgelaufen ist. Jedenfalls, wenn gleichzeitig und in einem Schritt Berichtigung entsprechend Erbfolge und Auseinandersetzung durch Erbteilsabtretung beantragt wird, ist die Eintragung ohnehin kostenfrei, und zwar unabhängig davon, ob das Grundbuchamt zwei Eintragungen in Spalte 2 (Eigentümer) der Abteilung I vornimmt oder nur eine Eintragung und die Erwerbsfolge nur in Spalte 4 (Grundlage der

² BT-Drucks. 17/11471, S. 206.

³ Ähnlich MünchKommBGB/Ann., § 2042 Rdnr. 1; *Christ in Ebeling/Geck*, Teil I. Rdnr. 402.

⁴ Die von der Rechtsprechung zugelassene Abschtung wäre ein weiterer Fall des „Ausscheidens einzelner Erben“. Sie ist jedoch, da im Gesetz gerade nicht vorgesehen, abzulehnen (ausführlichere Kritik in *Ruhwinkel*, Die Erbengemeinschaft, Rdnr. 823).

⁵ Aus der Rspr. zum Beispiel OLG Köln, Beschluss vom 12.6.2003, 2 Wx 15/03, NJW-RR 2003, 1726, aus der Literatur *Korintenberg/Lappe*, KostO, § 60 Rdnr. 63.

⁶ *Gutfried in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, KV Nr. 14110 Rdnr. 25.

⁷ Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/11471, S. 206) schweigt zu dieser Frage.

Eintragung) wiedergibt.⁸ Subsumiert man die Gestaltung, die der Entscheidung des OLG Nürnberg zugrunde lag, unter Ziffer 14110 Anm. 1 KV, ist Kostenfreiheit die Folge, gleich wie grundbuchverfahrensrechtlich die Eintragung vorzunehmen ist, d. h. ob § 40 GBO angewendet wird oder nicht.

2. Blickt man ins materielle Recht stellt man fest, dass die Voreintragung der Gesamtheit der Erben unter Gutgläubensschutzgesichtspunkten bei der Erbteilsveräußerung entbehrlich ist, weil der Erbteilserwerber ohnehin nicht in seinem guten Glauben an die Zugehörigkeit bestimmter Gegenstände zum Nachlass geschützt ist.⁹ Ebensowenig wird der gute Glaube des Miterben an die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Nachlass beim Erwerb dieses Gegenstandes geschützt, weil es sich nicht um ein Verkehrsgeschäft handelt, da der erwerbende Miterbe auch auf Veräußererseite mitwirkt.¹⁰ Bei allen sonstigen Verfügungen über Nachlassgegenstände zugunsten von Dritten wird man dagegen von § 40 GBO ohnehin keinen Gebrauch machen, mithin die Erben im Grundbuch eintragen, um dem gutgläubigen Dritten den Schutz der §§ 892 ff. BGB zu verschaffen.

3. Es bleibt die grundbuchverfahrensrechtliche Frage, ob das OLG Nürnberg im vorliegenden Fall die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO zu Recht bejaht hat.

a) Üblicherweise wendet man § 40 Abs. 1 GBO bei der Übertragung von Erbteilen nicht an. Das BayObLG,¹¹ dem insoweit auch das OLG Nürnberg folgt, hat das in seiner zu dieser Frage regelmäßig zitierten Entscheidung damit begründet, dass nur die Erbengemeinschaft in ihrer Gesamtheit „Erbe des eingetragenen Berechtigten“ sei. Das OLG Nürnberg ergänzt das um die Überlegung, dass es an einer „Übertragung“ des Rechts im Sinne von § 40 Abs. 1 GBO fehle, wenn der Miteigentumsanteil kraft Gesetzes übergehe.

b) Beide Gründe überzeugen auf den ersten Blick nicht. Erbe des eingetragenen Berechtigten ist jeder Erbe, nicht die Erbengemeinschaft, die selbst nicht rechtsfähig ist.¹² Und die Erbteilsübertragung ist eine Übertragung, die eine Gesamtrechtsnachfolge – partiell hinsichtlich der Berechtigung an den Nachlassgegenständen – zur Folge hat,¹³ mithin in einem „Übertragung“ und „Gesamtrechtsnachfolge“, beides Fälle, auf die § 40 Abs. 1 GBO angewendet wird. Das Ergebnis ist jedoch richtig: Das Grundbuch verlautbart nicht die Berechtigung am Erbteil, sondern am Grundstück. Über das Grundstück können nur alle Erben gemeinschaftlich verfügen. Ein Erbe kann nicht über seinen „Erbteil am Grundstück“ verfügen. Betroffen von der Verfügung ist bei der Erbteilsabtretung nicht das im Grundbuch eingetragene Recht des Erblassers, zum Beispiel „Eigentum“, sondern der Erbteil des Erben. Dieser Fall ist in § 40 Abs. 1 GBO also gerade nicht geregelt. Er ist auch mit den dort geregelten Fällen nicht vergleichbar, weil es eben nicht um die Verfügung über ein im Grundbuch buchungsfähiges Recht geht, sondern nur um eine Änderung des Berechtigungsverhältnisses. Aus diesen Gründen ist § 40

Abs. 1 GBO auch nicht anwendbar, wenn in einer mehrstöckigen Erbengemeinschaft bereits dem Erblasser ein Erbteil zustand und nun von allen Erben über diesen Erbteil verfügt wird. Auch dieser Erbteil ist nicht im Grundbuch eingetragenes Recht, sondern Berechtigungsverhältnis.

Ein anderes Ergebnis wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass es sich bei der Erbteilsabtretung um eine Gesamtrechtsnachfolge handelt. Zwar ist es anerkannt, dass § 40 Abs. 1 GBO auf andere Fälle der Gesamtrechtsnachfolge analog angewendet werden kann.¹⁴ Die Erbteilsabtretung alleine führt jedoch nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge hinsichtlich des gesamten Gegenstandes, sondern nur zu einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge, so dass es an einer für eine Analogie erforderlichen Vergleichbarkeit scheitert. Anders mag das nur in dem vom OLG Nürnberg nicht zu entscheidenden, aber mitdiskutierten Fall¹⁵ sein, dass durch Erbteilsvereinigung die Erbengemeinschaft endet. In einem solchen Fall erwirbt der Erbteilserwerber in Gesamtrechtsnachfolge gleicher Weise den (gesamten) Gegenstand selbst. Dennoch beruht der Erwerb auch in diesem Fall auf mindestens einer Erbteilsabtretung, mithin mindestens einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge. Es ist daher nach meiner Ansicht auch insoweit Vergleichbarkeit mit dem unmittelbar in § 40 Abs. 1 GBO geregelten Fall nicht gegeben und die analoge Anwendung dieser Ausnahmenvorschrift abzulehnen. Klar ist, dass, wenn der Erwerber nicht Erbe ist, für ihn in keinem Fall das Privileg der Ziffer 14110 Anm. 1 KV gilt. Wendet man gegen die hier vertretene Auffassung bei Erbteilsvereinigung § 40 Abs. 1 GBO an, muss man konsequenterweise dann bei Verfügungen durch den Erbteilserwerber auch § 40 Abs. 1 GBO anwenden. Es könnte dann auch auf die Eintragung des alleinigen Erbteilserwerbers verzichtet werden, wenn dieser wiederum über das Recht verfügt. Kosten würden dann für den Erbteilserwerber nicht anfallen. Hier allerdings wird regelmäßig der Verkehrsschutz für den Verfügungsempfänger eine andere Handhabung gebieten.

c) Das OLG Nürnberg macht von dem Grundsatz, die Erbteilsabtretung sei kein Fall des § 40 Abs. 1 GBO, eine Ausnahme bei der Abtretung innerhalb der Erbengemeinschaft, weil „durch die Bezeichnung als Erbengemeinschaft“ erkennbar sei, wie es zur Entstehung der Gemeinschaft gekommen sei. Bei der Abtretung an einen Dritten sei dagegen nicht erkennbar, wie dieser Mitglied der Gemeinschaft geworden sei. Das ist so nicht richtig. Den Weg weist wieder das BayObLG:¹⁶ Es kann in der Spalte 4 (Grundlage der Eintragung) in Abteilung I die Grundlage des Erwerbs aufgeführt werden (also zum Beispiel „Erschein...“ und „Erbteilsabtretung“). Dies sollte, um dem Grundbuch möglichst viel Aussagekraft zu verleihen, auch dann geschehen, wenn man dem OLG Nürnberg folgen will.

Zu rechtfertigen wäre die Annahme des OLG Nürnberg allenfalls mit der Überlegung, dass bei der Entscheidung des BayObLG¹⁷ zugrundeliegenden Fallgestaltung das Grundbuch bei Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO nach den gestellten Anträgen teilweise richtig und teilweise unrichtig geworden wäre. Im Fall des OLG Nürnberg wird die nach der Erbteilsabtretung bestehende Lage richtig (und, vermerkt man bei der Grundlage der Eintragung die Erbteilsabtretung, auch nachvollziehbar) dargestellt.

⁸ Vgl. dazu für den ähnlich gelagerten Fall der mehrfachen Erbfolge BayObLG, Beschluss vom 9.6.1994, 2 Z BR 52/94, MittBayNot 1994, 435.

⁹ Zum Beispiel *Bengel/Reimann* in Beck'sches Notarhandbuch, Teil C. III. Rdnr. 243; MünchKommBGB/*Gergen*, § 2033 Rdnr. 20.

¹⁰ Zum Beispiel BGH, Urteil vom 13.12.2000, IV ZR 239/99, NJW 2001, 1069, zitiert nach juris (dort Rdnr. 7).

¹¹ BayObLG, Beschluss vom 9.6.1994, 2 Z BR 52/94, MittBayNot 1994, 435.

¹² BGH, Beschluss vom 17.10.2006, VIII ZB 94/05, DNotZ 2007, 135.

¹³ BayObLG, Beschluss vom 4.12.1986, BReg. 2 Z 120/86, NJW-RR 1987, 398.

¹⁴ Statt aller *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 143.

¹⁵ Entschieden und dabei die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO bejaht vom LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 28.8.2007, 7 T 7081/07, NJW-RR 2008, 1692.

¹⁶ BayObLG, Beschluss vom 9.6.1994, 2 Z BR 52/94, MittBayNot 1994, 435.

¹⁷ a. a. O.

Da aber allein Nachvollziehbarkeit in der Veränderungsspalte oder die Eintragung des richtigen Ergebnisses nicht den Vorintragungsgrundsatz des § 39 GBO obsolet macht, sprechen die besseren Gründe gegen die Entscheidung des OLG Nürnberg und dafür, § 40 Abs. 1 GBO bei der Erbteilsabtretung auch innerhalb der Erbengemeinschaft nicht anzuwenden. Zur Kostenersparnis erforderlich ist die Anwendung bei richtigem Verständnis von KV 14110 nicht.

Notar *Sebastian Ruhwinkel*, München

8. VersAusglG § 19 (*Ausgleichsreife eines durch Hofübergabevertrag begründeten Rentenanspruchs*)

Zur Ausgleichsreife eines durch Hofübergabevertrag begründeten Rentenanspruchs, dessen Abänderung bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse gemäß § 323 ZPO vorbehalten ist.

BGH, Beschluss vom 21.11.2013, XII ZB 403/12

Die Beteiligten streiten um die Einbeziehung eines durch Hofübergabevertrag begründeten Rentenanspruchs in den Versorgungsausgleich.

Auf den am 6.12.2008 gestellten Antrag hat das Familiengericht die am 16.11.1982 geschlossene Ehe der Antragsgegnerin (Ehefrau) und des Antragstellers (Ehemann) unter Abtrennung der Folgesache Versorgungsausgleich rechtskräftig geschieden.

Während der Ehezeit (1.11.1982 bis 30.11.2008; § 3 Abs. 1 VersAusglG) erwarb der Ehemann Anrechte auf eine berufsständische Versorgung in der landwirtschaftlichen Sozialversicherung, die Ehefrau erwarb Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung und bei einer kommunalen Zusatzversorgungskasse. Beide Ehegatten erwarben außerdem Anrechte aus privaten Lebensversicherungen.

Durch Beschluss vom 18.10.2011 hat das Familiengericht den Versorgungsausgleich durchgeführt, indem es diese Anrechte intern geteilt hat mit Ausnahme des von der Ehefrau bei der kommunalen Zusatzversorgungskasse erworbenen Anrechts, von dessen Teilung es wegen Geringfügigkeit (§ 18 Abs. 2 VersAusglG) abgesehen hat.

Mit ihrer Beschwerde hat die Ehefrau beantragt, ein weiteres Anrecht in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, welches darin bestehe, dass der jüngere Sohn als Hofübernehmer des vormals von den Ehegatten geführten landwirtschaftlichen Betriebes dem Ehemann eine monatliche, durch Indexklausel wertgesicherte Rente von anfänglich 2.000 € als Gegenleistung für den von ihm übertragenen Grundbesitz versprochen hatte. Nach den Vertragsbestimmungen (§ 4 des notariellen Übergabevertrages vom 5.3.2008) entsteht die Zahlungspflicht aufschiebend bedingt mit Ausscheiden des Ehemanns aus dem von ihm und dem Hofübernehmer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) betriebenen landwirtschaftl- bzw. weinbaulichen Betrieb. Weiter heißt es in dem Vertrag:

„Rein schuldrechtlich vereinbaren die beiden Beteiligten, dass bei einer wesentlichen Veränderung der heutigen Verhältnisse jeder Vertragsteil berechtigt ist, eine entsprechende Anpassung der vorstehend vereinbarten wertgesicherten monatlichen Zahlung bei Bedingungseintritt gemäß § 323 ZPO zu verlangen. Dabei sind insbesondere der sich ändernde Bedarf des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten zu berücksichtigen. Eine Änderung in diesem Sinne ist aus einem Mehrbedarf des Berechtigten, der sich durch eine Übersiedlung in ein Alten- oder Pflegeheim oder der sich infolge seiner dauernden Pflegebedürftigkeit ergibt, nur insoweit abzuleiten, als die Eigenmittel des Berechtigten hierzu nicht ausreichen.“

Das OLG hat den Beschluss des Familiengerichts abgeändert und zusätzlich im Wege der internen Teilung zulasten des Anrechts des Ehemanns bei dem Hofübernehmer zugunsten der Ehefrau ein Anrecht i. H. v. 582 € monatlich nach Maßgabe von § 4 des notariellen Übergabevertrages vom 5.3.2008, bezogen auf den 6.12.2008, übertragen und weiter angeordnet, dass der Leistungsfall eintrete, wenn die Ehefrau von der Deutschen Rentenversicherung Bund volle Rente

wegen Alters oder Erwerbsminderung erhalte. Hiergegen haben beide Ehegatten die zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt, wobei die Ehefrau die Übertragung eines Anrechts von monatlich 1.000 € verfolgt, der Ehemann die Wiederherstellung der familiengerichtlichen Entscheidung.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde des Ehemanns hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung der familiengerichtlichen Entscheidung. Die Rechtsbeschwerde der Ehefrau ist unbegründet.

Das Verfahren richtet sich gemäß Art. 111 Abs. 5 FGG-RG, § 48 Abs. 3 VersAusglG nach dem ab 1.9.2009 geltenden Recht, weil am 31.8.2010 über das Verfahren über den Versorgungsausgleich im ersten Rechtszug noch keine Endentscheidung erlassen wurde.

1. Das OLG hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Das Anrecht des Ehemanns aus dem Übergabevertrag sei durch Arbeit oder Vermögen geschaffen worden. Auszugleichen seien auch solche Versorgungsanrechte, die mit dem Anfangsvermögen eines Ehegatten nach der Eheschließung erworben wurden. Leibgedinge, die durch Hofübergabeverträge begründet würden, seien daher in den Versorgungsausgleich einzubeziehen.

Das Anrecht diene auch der Absicherung des Ehemanns im Alter oder bei Invalidität und stelle keine Kaufpreistraten aus einer Vermögens- oder Unternehmensveräußerung dar. Die Rente werde nämlich fällig mit Ausscheiden des Ehemanns aus der mit dem Sohn betriebenen GbR und solle von da an bis zum Ableben des Ehemanns gezahlt werden. Dadurch habe sie Versorgungscharakter.

Auch sei das auszugleichende Anrecht noch vorhanden. Der vom Ehemann inzwischen erklärte Verzicht auf die Rentenzahlung sei unwirksam, weil es sich hierbei um einen Vertrag zulasten Dritter, nämlich der Ehefrau, handele. Die Einbeziehung des Anrechts in den Versorgungsausgleich sei auch nicht grob unbillig.

Der Ausgleichswert sei entsprechend § 40 VersAusglG zeitrauerlich in der Weise zu ermitteln, dass die Zeitdauer der Mitarbeit der Ehefrau in dem Weingut des Ehemanns ins Verhältnis gesetzt werde zu der Zeit, für die der Ehemann trotz der zunächst gemeinsamen Tätigkeit in dem Weingut allein die vereinbarte Rente erhalte. Auf diese Weise könne die Ehefrau einen Ausgleich für die von ihr geleistete Mitarbeit in dem Weinbaubetrieb des Ehemanns erhalten. Zwar hänge der Beginn der Rentenzahlung vom Ausscheiden des Ehemanns aus der GbR ab. Im Falle eines unbestimmten und allein in der Hand des Berechtigten liegenden Zeitpunkts des Eintritts des Versorgungsfalls sei es aber sachgerecht, an die Regelaltersgrenze anzuknüpfen, die für den Ehemann 66 Jahre und 4 Monate betrage. Der bis zur Altersgrenze benötigte Gesamtzeitraum betrage 502 Monate, darauf entfalle ein auszugleichender Zeitraum von 292 Monaten. Daraus errechne sich ein Wert des Anrechts von $(2.000 \text{ €} \times 292 / 502) = 1.163,35 \text{ €}$. Das führe nach dem Halbteilungsgrundsatz zu einem Ausgleichswert von gerundet 582 €.

Dieser zeitrauerlichen Bewertung stehe auch nicht entgegen, dass der Ehemann weiterhin in der gemeinsam mit dem Sohn betriebenen GbR tätig sei und dort gewinnanteilsberechtigter bleibe. Sollte der Ehemann über die Regelaltersgrenze hinaus in dem Weinbaubetrieb arbeiten, könnten er und der Sohn die Rentenzahlung an die Ehefrau bei der Höhe des zu leistenden

Gewinnanteils berücksichtigen und eine Doppelbelastung vermeiden.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das OLG allerdings erkannt, dass es sich bei der vom Hofübernehmer versprochenen Rente um ein auszugleichendes Versorgungsanrecht handelt.

Gemäß § 2 Abs. 2 VersAusglG ist ein Anrecht auszugleichen, sofern es durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten worden ist, der Absicherung im Alter oder bei Invalidität, insbesondere wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, Berufsunfähigkeit oder Dienstunfähigkeit, dient und auf eine Rente gerichtet ist. Diese Voraussetzungen sind für das hier streitige Anrecht erfüllt.

Die monatlich zu zahlende Rente ist im vorliegenden Fall nicht nur als Gegenleistung für die Hofübernahme im Sinne einer Bewirtschaftungsmöglichkeit (wie etwa im Fall des Senatsbeschlusses vom 6.5.1982, IVb ZB 550/80, FamRZ 1982, 909) oder gar unentgeltlich versprochen, sondern als Gegenleistung für den vom Ehemann übertragenen Grundbesitz. Damit ist das Anrecht unzweifelhaft aus dem Vermögen des Ehemanns erworben.

Auszugleichen sind allerdings nur solche Anrechte, deren Zweck die Versorgung wegen Alters, Erwerbs- oder Berufsunfähigkeit ist. Ansprüche oder Aussichten auf Leistungen mit anderer Zweckbestimmung, wie etwa Kaufpreistraten, gehören nicht dazu. Außerdem genügt für die Einbeziehung in den Versorgungsausgleich nicht bereits ein Versorgungszweck im Allgemeinen. Vielmehr muss sich dieser auf die in § 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG bezeichneten Versorgungsfälle beziehen. Dabei kommt es jedoch nicht auf die Leitbilder der öffentlichrechtlichen Leistungssysteme und damit etwa auf das Erreichen der dort vorgesehenen Altersgrenzen an. Vielmehr kann es für die Anknüpfung an den Versorgungsfall des Alters nur darauf ankommen, dass das betreffende Anrecht der Versorgung im Anschluss an die Beendigung des aktiven Arbeitslebens dienen soll (Senat, Beschluss vom 1.6.1988, IVb ZB 132/85, FamRZ 1988, 936). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, da der Beginn der zugesagten Rente an das Ausscheiden des Ehemanns aus dem in GbR geführten landwirtschaftlichen Betrieb und somit an seinen Eintritt in den Ruhestand anknüpft.

b) Gemäß § 19 Abs. 1 VersAusglG findet allerdings, wenn ein Anrecht nicht ausgleichsreif ist, insoweit ein Wertausgleich bei der Scheidung nicht statt. Nicht ausgleichsreif ist ein Anrecht insbesondere, wenn es dem Grund oder der Höhe nach nicht hinreichend verfestigt ist (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG). Hinreichend verfestigt ist ein Anrecht insoweit, als der Versorgungswert dem Grund und der Höhe nach durch die künftige, namentlich betriebliche oder berufliche Entwicklung des Berechtigten nicht mehr beeinträchtigt werden kann und somit bereits endgültig gesichert ist (vgl. Senat, Beschluss vom 17.4.2013, XII ZB 371/12, FamRZ 2013, 1021 Rdnr. 9 m. w. N.).

An dieser Voraussetzung fehlt es. Denn die Beteiligten haben in § 4 Ziffer 5 des Vertrages vereinbart, dass bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse jeder Vertragsteil berechtigt ist, eine entsprechende Anpassung der wertgesicherten monatlichen Zahlung gemäß § 323 ZPO zu verlangen, wobei insbesondere der sich ändernde Bedarf des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten zu berücksichtigen sind. Diese Vertragsbestimmung schließt nicht nur die Möglichkeit einer Rentenerhöhung aufgrund Bedarfssteigerung beim Ehemann ein, sondern ebenso eine Herabsetzung der Rente für den Fall, dass die Leistungsfähigkeit des Hofüber-

nehmers nicht mehr gegeben ist, was beispielsweise durch aufeinanderfolgende Missernten oder sonstige Ertragseinbußen eintreten könnte. Da die vertragliche Abänderungsmöglichkeit nach unten nicht durch eine vertraglich festgelegte, in jedem Fall zu zahlenden Mindestrente begrenzt ist, existiert kein verfestigter Rentenanspruch, welcher dem Grund und der Höhe nach durch die künftige Entwicklung nicht mehr beeinträchtigt werden kann und somit bereits endgültig gesichert wäre.

Der Anspruch aus dem Rentenversprechen könnte deshalb nur schuldrechtlich ausgeglichen werden (§§ 20 ff. VersAusglG).

c) Für den Fall eines späteren schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass das Anrecht durch den Abschluss des notariellen Vertrages vom 5.3.2008 als Gegenleistung für den vom Ehemann übertragenen Grundbesitz und somit insgesamt während der Ehezeit erworben wurde. Es wäre deshalb nicht zeiträtiglich zu bewerten, sondern hälftig auszugleichen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Reetz, MittBayNot 2014, 313 (in diesem Heft).

9. VersAusglG § 6 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 3, § 8 Abs. 1 BGB § 138 (Zur Kontrolle eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs im Ehevertrag)

Zur Kontrolle eines in einen Ehevertrag eingebetteten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs nach § 8 VersAusglG.

OLG Hamm, Beschluss vom 27.3.2014, 4 UF 222/13

Die Beteiligten streiten im Beschwerdeverfahren allein um die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Der Antragsteller, der als Kraftfahrzeugmechanikermeister den elterlichen Transportgewerbebetrieb als Geschäftsführer führt, und die Antragsgegnerin, die gelernte Industriekauffrau ist, haben am ... 2001 geheiratet. Aus ihrer Ehe ist der am ... 2002 geborene Sohn F hervorgegangen. Die Trennung erfolgte am ... 2011, wobei der Sohn bei der Antragsgegnerin verblieb.

Zwei Wochen vor der Eheschließung, nämlich am ... 2001, schlossen die Beteiligten vor dem Notar Dr. S in I einen notariellen Ehevertrag ab. Darin haben sie für sich den gesetzlichen Güterstand ausgeschlossen und Gütertrennung vereinbart sowie wechselseitig den Ausschluss des Versorgungsausgleichs vereinbart.

Den wechselseitig erklärten umfassenden Unterhaltsverzicht haben die Beteiligten hinsichtlich der Antragsgegnerin auflösend bedingt erklärt und zwar in der Weise, dass die Antragsgegnerin Unterhalt nach der gesetzlichen Regelung unter anderem solange bekommen sollte, bis das letztgeborene gemeinschaftliche Kind das sechste Lebensjahr vollendet hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den in Kopie mit der Antragschrift zur Akte gereichten Notarvertrag Bezug genommen.

Zu dieser Zeit war die Antragsgegnerin arbeitslos, trat aber zum 1.10.2001 eine Arbeitsstelle an, die sie bis Beginn des Mutterschutzes ausübte. Ab Juni 2004 war sie dann im Betrieb des Antragstellers als Bürokauffrau versicherungspflichtig tätig. Dieses Beschäftigungsverhältnis endete zum 30.4.2011. Zum gleichen Zeitpunkt endete auch eine von der Firma des Antragstellers für sie abgeschlossene betriebliche Altersversorgung.

Der Antragsteller hat die Scheidung der Ehe beantragt und die Ansicht vertreten, der Versorgungsausgleich sei aufgrund der notariellen Vereinbarung nicht durchzuführen.

Die Antragsgegnerin hat der Scheidung zugestimmt und die Ansicht vertreten, die Regelung zum Versorgungsausgleich sei sittenwidrig und nichtig, weil der einseitige Ausschluss eine schwere Benachteiligung

gung für sie darstelle. Die sich aus der Familienplanung für sie ergebenden rentenrechtlichen Nachteile seien – anders als hinsichtlich des Unterhalts – nicht kompensiert worden.

Hierzu hat sie unwidersprochen vorgetragen, dass sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht schwanger gewesen sei, Kinderwunsch auf beiden Seiten aber bestanden und sie insoweit die Pille bereits abgesetzt gehabt habe.

Das Familiengericht hat mit der angegriffenen Entscheidung die Ehe der Beteiligten geschieden und den Versorgungsausgleich durchgeführt. Der Durchführung des Versorgungsausgleichs stehe die notarielle Vereinbarung nicht entgegen, da diese sittenwidrig sei. Es fehle eine notwendige Kompensation hinsichtlich der durch Haushaltsführung und Kindererziehung eingetretenen Nachteile bei den Rentenanwartschaften.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde, mit der er weiterhin den Ausschluss des Versorgungsausgleichs verfolgt.

Der Ausgleich der Kapitalwerte sei in einer Größenordnung von rund 7.400 € durchzuführen, so dass kein exorbitant großer Unterschied im Bereich der Versorgung vorliege, der eine Sittenwidrigkeit rechtfertigen könne. Er habe auch keine überlegene Verhandlungsposition ausgenutzt; die zu diesem Zeitpunkt 31-jährige Antragsgegnerin habe die freie Entscheidung gehabt, den Vertrag abzuschließen oder ggf. nicht zu heiraten. Die von ihr in der Ehezeit erworbenen Anwartschaften bei der Deutschen Rentenversicherung Bund basierten ausschließlich auf dem Anstellungsverhältnis in der vom Antragsteller geführten Firma. Darüber hinaus habe die Firma bei der H Lebensversicherungs-AG und bei der B Lebensversicherungs-AG eine betriebliche Altersversorgung für die Antragsgegnerin begründet. Letztere habe sich die Antragsgegnerin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszahlen lassen, was ihm nicht zum Nachteil gereichen könne.

Die Antragsgegnerin verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vortrages.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß den §§ 117 Abs. 1, 2 FamFG in Verbindung mit den in Bezug genommenen Regelungen zum Berufungsrecht der ZPO zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Der Versorgungsausgleich ist aufgrund des im Ehevertrag vereinbarten Ausschlusses zwischen den Beteiligten nicht durchzuführen. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs durch den Ehevertrag ist nämlich gemäß den §§ 6 ff. VersAusglG sowohl formell als auch materiell wirksam.

1. Hinsichtlich des Versorgungsausgleichs haben die Beteiligten mit der im Ehevertrag getroffenen Regelung von der Befugnis des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VersAusglG Gebrauch gemacht und die vorgeschriebene Form des § 7 Abs. 3 VersAusglG i. V. m. § 1410 BGB durch die notarielle Beurkundung des Ehevertrages eingehalten. Dies gilt entsprechend auch für die übrigen ausgeschlossenen Scheidungsfolgen.

2. Die Vereinbarung zum Versorgungsausgleich ist auch materiell wirksam. Sowohl die Einzelregelungen des Ehevertrages als auch die Gesamtregelung halten einer Inhalts- und Ausübungskontrolle stand.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach § 8 Abs. 1 VersAusglG die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten muss, da das Gericht nur dann gemäß § 6 Abs. 2 VersAusglG an die Vereinbarung gebunden ist. Zugleich ist in den Blick zu nehmen, dass die Regelung zum Versorgungsausgleich in einen Ehevertrag eingebettet ist, so dass eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages unter dem Aspekt anderer Scheidungsfolgen ebenfalls zur Unwirksamkeit der Versorgungsausgleichsregelung führen kann. Dementsprechend war im Rahmen der Kontrolle des vorliegenden Ehevertrages jede einzelne Regelung zu den

Scheidungsfolgen und dann auch der Gesamtvertrag auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen.

a) Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle eines Ehevertrages ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH (vgl. nur FamRZ 2004, 601; 2009, 1041; NJW 2013, 380; NJW 2013, 457), zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB).

Insoweit sind im Rahmen der gebotenen Gesamtschau die Gründe und Umstände des Zustandekommens der vertraglichen Vereinbarung sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens in den Blick zu nehmen. Ausgangspunkt sämtlicher Überlegungen ist dabei, dass die gesetzlichen Regelungen zu den Scheidungsfolgen, hier also zum nahehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich, grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten unterliegen, da das geltende Recht einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten eines Ehegatten nicht kennt (BGH, FamRZ 2004, 601, 604; 2007, 1309, 1310).

Die Grenze für die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen ist allerdings dann erreicht, wenn der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das ist der Fall, wenn durch die getroffene Regelung eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entsteht, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint (BGH, NJW 2013, 380, 381).

Im Zentrum dieser Abwägung steht die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelte Kernbereichslehre, wonach die Abwägung der widerstreitenden Belange der Eheleute einer umso genaueren Prüfung unterliegt, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift (BGH, NJW 2013, 457, 458). Zu diesem Kernbereich (vgl. dazu im Einzelnen BGH, NJW 2013, 380, 381 f.) gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) sowie in zweiter Linie Alters- und Krankheitsunterhalt, denen der Vorrang vor den übrigen Unterhaltstatbeständen zukommt. Auf derselben Stufe wie der Altersunterhalt rangiert der Versorgungsausgleich. Als vorweggenommener Altersunterhalt steht er vertraglicher Disposition nur begrenzt offen. Der Zugewinnausgleich erweist sich ehevertraglicher Disposition am weitesten zugänglich (vgl. BGH, NJW 2013, 457, 458).

Bei der erforderlichen Gesamtwürdigung ist auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abzustellen, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzli-

chen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyt oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (vgl. BGH, a. a. O.)

aa) Die von den Beteiligten im notariellen Ehevertrag getroffenen Einzelregelungen halten der dargestellten Wirksamkeitskontrolle stand.

(1) Die zwischen den Beteiligten vereinbarte Gütertrennung und der damit verbundene Ausschluss des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft unterliegen keinen Wirksamkeitsbedenken, weil die vermögensrechtlichen Folgen in weitgehendem Umfang einer vertraglichen Regelung zugänglich sind. Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht erfasst (vgl. etwa BGH, FamRZ 2008, 386). Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Antragsteller auch selbständig unternehmerisch tätig ist und daher ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz seiner Erwerbsgrundlage hatte, die durch zugewinnausgleichsbedingte Ausgleichszahlungen im Fall des Scheiterns der Ehe gefährdet werden konnte (vgl. dazu allgemein auch BGH, NJW 2007, 2851).

(2) Der zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählende Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB ist im vorliegenden Fall nicht betroffen, da die vertragliche Regelung eine über den Regelfall der gesetzlichen Normierung hinausgehende und an das Altersphasenmodell orientierte Zahlung von Betreuungsunterhalt, nämlich bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des jüngsten Kindes, vorsieht.

(3) Im Hinblick auf das Alter der Antragsgegnerin und ihren Gesundheitszustand bei Abschluss des Ehevertrages bestehen unabhängig davon, dass beiden Tatbeständen als Ausdruck der nahehelichen Solidarität besondere Bedeutung zukommt, keine Wirksamkeitsbedenken im Hinblick auf den Ausschluss des Anspruchs auf Alters- und Krankenunterhalt gemäß den §§ 1571, 1572 BGB.

Da die Antragsgegnerin bei Eheschließung gesund und in ihrer Erwerbsfähigkeit nicht eingeschränkt war sowie Anhaltspunkte dafür, dass sie bedürftig werden könnte, seinerzeit nicht ersichtlich waren, war der Ausschluss zulässig. Ein solcher ist nämlich insbesondere dann möglich, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht absehbar ist, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte unterhaltsbedürftig werden kann (vgl. BGH, NJW 2005, 1370; NJW 2013, 380, 382).

(4) Der Ausschluss des Unterhalts wegen Erwerbslosigkeit begegnet vorliegend ebenfalls keinen Bedenken. Denn dieser Unterhaltstatbestand ist nachrangig, da das Gesetz das Arbeitsplatzrisiko auf den Berechtigten verlagert, sobald dieser einen nachhaltig gesicherten Arbeitsplatz gefunden hat (§ 1573 Abs. 4, vgl. auch § 1573 Abs. 5 BGB). Zudem war bei Abschluss des Vertrages die berufliche Entwicklung der Antragstellerin, die zu diesem Zeitpunkt arbeitslos war, auch unter Berücksichtigung des bestehenden Kinderwunsches nicht absehbar.

(5) Auch der Verzicht auf Ansprüche auf Aufstockungs- und Billigkeitsunterhalt gemäß den § 1573 Abs. 2, § 1576 BGB führt vorliegend nicht zu einer Sittenwidrigkeit des notariellen Vertrages. Diese Unterhaltsansprüche sind vom Gesetz am schwächsten ausgestaltet und nicht nur der Höhe, sondern auch dem Grunde nach zeitlich begrenzt. Aufgrund ihrer Bedeutung im System des Scheidungsfolgenrechts sind sie am ehesten verzichtbar (vgl. BGH, NJW 2005, 1370).

(6) Die Vereinbarung zum Versorgungsausgleich hält der nach § 8 Abs. 1 VersAusglG gebotenen Kontrolle durch den Senat stand.

Die gebotene gerichtliche Kontrolle ist nach der insoweit ergangenen Rechtsprechung des BVerfG und des BGH (vgl. BT-Drucks. 16/10144, S. 52) darauf gerichtet, die ihm vorgelegte Vereinbarung daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihr Anhaltspunkte für Verstöße gegen die Vertragsparität ergeben. Dabei gilt für die richterliche Kontrolle das Veranlassungsprinzip (OLG Brandenburg, FamRZ 2012, 1719). Dies bedeutet, dass es der Partei, die sich auf eine Verletzung der Vertragsparität beruft, obliegt, dazu im Einzelnen, insbesondere hinsichtlich subjektiver Vorstellungen und Umstände des Vertragsschlusses, die für die richterliche Kontrolle ebenfalls bedeutsam sind, vorzutragen und ggf. Beweis anzutreten (vgl. hierzu *Johannsen/Henrich/Hahne*, Familienrecht, 5. Aufl. 2010, § 8 VersAusglG Rdnr. 1; *Wick*, FPR 2009, 219, 220).

Dabei unterliegen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich strengen Kriterien, weil der Versorgungsausgleich als vorweggenommener Altersunterhalt – wie bereits ausgeführt – zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehört. Wegen der Nähe zum Zugewinnausgleich ist eine Dispositionsfähigkeit aber nicht generell ausgeschlossen. Insoweit hat der BGH in seiner Entscheidung vom 9.7.2008 (NJW 2008, 3426), auf die das Familiengericht entscheidend abgestellt hat, den Ausschluss des Versorgungsausgleichs für nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam angesehen, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des schon beim Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn sich ein Ehegatte, wie schon beim Vertragsschluss geplant, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat. Das in diesem Verzicht liegende Risiko verdichtet sich zu einem Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (vgl. insoweit auch Senat, NJW 2005, 139; NJW 2008, 3426, 3428).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben, da erhebliche Abweichungen zu dem vom BGH entschiedenen Fall bestehen.

So war – anders als im vom BGH entschiedenen Fall – die Antragsgegnerin bei Vertragsschluss noch nicht schwanger. Es war also völlig offen, ob der geplante Kinderwunsch überhaupt zu realisieren war. Hinzu kommt, dass der Vertrag – anders als in dem vom BGH entschiedenen Rechtsstreit – nicht vorsieht, dass die Antragsgegnerin auf jeden Fall ihre Berufstätigkeit aufgeben und sich allein der Kinderbetreuung widmen sollte. Entsprechende Abreden werden von ihr auch nicht vorgetragen. Gegen eine solche Abrede spricht zudem, dass die Antragsgegnerin bereits drei Jahre nach der Geburt des Kindes eine rentenversicherungspflichtige Tätigkeit im Betrieb des Antragstellers aufgenommen hat.

Im Ergebnis gingen beide Beteiligte offensichtlich davon aus, dass die Antragsgegnerin sobald als möglich eine berufliche Tätigkeit wieder aufnehmen und eigene Rentenanwartschaften erwerben sollte.

bb) Auch in der Gesamtbetrachtung ergibt sich aus den von den Beteiligten getroffenen ehevertraglichen Regelungen keine Gesamtnunwirksamkeit der notariellen Vereinbarung.

Rechtfertigen die Einzelregelungen eines Ehevertrages bei jeweils gesonderter Betrachtung den Vorwurf der objektiven

Sittenwidrigkeit nicht, ist weiter zu prüfen, ob die Gesamtwürdigung des Ehevertrages sich als sittenwidrig erweist, weil das Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (BGH, FamRZ 2005, 691; 2008, 2011; NJW 2013, 380, 382; NJW 2013, 457, 459).

Auf die insoweit erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten ist zu schließen, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt seine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz widerspiegelt und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität gegeben war (BGH, a. a. O.). Dabei lässt sich allein aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen keine tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit familienrechtlicher Verträge herleiten (BGH, a. a. O.). Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Ehegatte, der sich auf die Sittenwidrigkeit des Ehevertrages beruft, zu seiner unterlegenen Verhandlungsposition vorzutragen hat. Er muss insbesondere außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände darlegen, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (BGH, NJW 2013, 380, 382; NJW 2013, 457, 460; OLG Celle, NJW-RR 2009, 1302, 1304; Palandt/Brudermüller, 73. Aufl. 2014, § 1408 Rdnr. 10).

Substantiiertes Vortragen der Antragsgegnerin für eine derartige subjektive Unterlegenheit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegt weder vor noch ist sie sonst ersichtlich. Insbesondere kann zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Antragsgegnerin von dem Antragsteller angenommen werden. Sie war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar arbeitslos, hatte aber eine neue Stelle bereits sicher. Zudem befand sie sich nicht in einer Zwangssituation aufgrund bestehender Schwangerschaft mit dem gemeinsamen Sohn, da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses diese Schwangerschaft unstreitig nicht bestand. Als gelernte Industriekauffrau ist auch nicht davon auszugehen, dass sie den Inhalt der vertraglichen Regelung nicht verstanden hat bzw. dem Antragsteller intellektuell unterlegen war.

b) Hält ein Ehevertrag der richterlichen Wirksamkeitskontrolle stand, ist im Rahmen der Ausübungskontrolle zu prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung des Ehevertrages zu berufen (BGH, NJW 2013, 457, 460 f.).

aa) Für die Beurteilung, ob ein Missbrauch der durch den Ehevertrag eingeräumten Rechtsmacht vorliegt, ist entscheidend, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist (BGH, NJW 2013, 380, 383).

Diese Voraussetzungen können insbesondere dann erfüllt sein, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung grundlegend abweicht (BGH, a. a. O.).

bb) Eine solche grundlegende Änderung in der Lebensplanung, die zu einer unzumutbaren Verteilung der Lasten zum Nachteil der Antragsgegnerin führt, lässt sich nicht feststellen.

(1) Im Hinblick auf den eigenen Vortrag der Antragsgegnerin weicht die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung nicht grundlegend ab, da sich mit der Geburt des gemeinsamen Sohnes die bei Vertragsschluss bestehende Planung realisiert hat.

(2) Sonstige Umstände – mit Ausnahme der Ehescheidung –, die eine Abweichung der Lebensplanung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Vergleich zur tatsächlich gelebten Ehe begründen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

(...)

10. BGB § 1741 Abs. 2, § 1767 f.; GG Art. 3, 6 (*Zulässigkeit einer Volljährigenadoption durch einen Ehegatten allein*)

1. Die Volljährigenadoption durch einen Ehegatten allein ist gemäß § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB, der gemäß § 1767 Abs. 2 BGB auch auf die Volljährigenadoption Anwendung findet, unzulässig.

2. § 1741 Abs. 2 BGB verstößt auch insoweit nicht gegen Art. 6 GG, als es die Volljährigenadoption nur durch beide Ehepartner zulässt.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Koblenz, Beschluss vom 5.12.2013, 13 UF 793/13

Die 1955 geborene Antragstellerin (Beteiligte zu 1) beabsichtigt, ihre am ... 1986 geborene Nichte (Beteiligte zu 2) als Kind anzunehmen. Sie ist seit dem 23.9.2010 mit ihrem jetzigen Ehemann verheiratet. Dieser ist mit der Adoption einverstanden. Nach dem Antrag ist zwar zwischen der Antragstellerin und ihrer Nichte im Laufe der Jahre ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden, nicht aber zu deren Ehemann.

Durch den angefochtenen Beschluss lehnte das AG den Ausspruch der Adoption ab, weil ein Ehepaar ein Kind nur gemeinschaftlich adoptieren könne. Die Vorschrift des § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB gelte auch für die Volljährigenadoption (§ 1767 Abs. 2 BGB); sie werde eben gerade nicht von der entsprechenden Anwendbarkeit ausgenommen. Es könne nicht gegen den klaren Gesetzeswortlaut eine Adoption durch einen Ehegatten allein ausgesprochen werden, wenn nicht einer der in § 1741 BGB genannten Ausnahmefälle vorliege. Die Anwendung des § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB auch auf die Volljährigenadoption sei verfassungsgemäß.

Gegen diese Entscheidung wenden sich sowohl die Antragstellerin als auch ihre Nichte. Sie vertreten die Auffassung, § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB sei bei verfassungskonformer Auslegung auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden.

Die Voraussetzungen für eine Annahme – unterstellt die Antragstellerin sei nicht verheiratet – lägen vor. Zwar solle die Annahme durch eine alleinstehende Person nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme darstellen. Für einige Fallgruppen seien jedoch Ausnahmen anerkannt, so wenn – wie hier – eine länger dauernde bedeutsame Beziehung zwischen Annehmendem und Anzunehmendem bestehe oder wenn – wie hier ebenfalls – es um die Annahme eines verwandten Kindes gehe.

Der bei wörtlicher Gesetzesanwendung bestehende Ausschluss der Adoptionsmöglichkeit für Verheiratete verstoße bei einer Konstellation wie der vorliegenden gegen Art. 6 GG. Der Gesetzgeber habe die Verpflichtung, bei der Ausgestaltung des einfachen Rechts das Institut der Ehe positiv zu fördern. Verheiratete dürften von Gesetzes wegen nicht deshalb benachteiligt werden, weil sie verheiratet seien. An die Ehe dürften keine rechtlichen Nachteile geknüpft werden und es dürften keine Begünstigungen versagt werden. Solche Nachteile ergäben sich aber bei wörtlicher Anwendung von § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB für die Antragstellerin, denn wäre sie nicht verheiratet, stünde einer Adoption ihrer Nichte nichts im Wege. Dieser Eingriff könne allenfalls durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt sein. Solches sei aber unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt denkbar, folglich sei der Eingriff auch nicht gerechtfertigt.

Der Gesetzgeber habe durch die Fassung des § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB sicherstellen wollen, dass ein Verwandtschaftsverhältnis zu allen Familienangehörigen entstehe und das angenommene Kind nicht teilweise in der Rolle des Stiefkindes sei.

Diese Motivation sei zwar zunächst einleuchtend, beachte aber das subjektive Moment nicht ausreichend, dass nämlich der andere Ehegatte – wie hier – durchaus die subjektive Bereitschaft zur Annahme haben könne, es ihm aber an den objektiven Voraussetzungen fehle, der ausreichend tiefen Beziehung – hier – zur Nichte der Antragstellerin. Die Benachteiligung des Ehegatten, der ein Kind alleine annehmen wolle, beruhe also auf einer nicht vertretbaren gesetzgeberischen Motivation.

Schließlich sei mit der streng wörtlichen Auslegung des § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB auch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 GG verbunden.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des AG ist nach § 58 Abs. 1 FamFG zulässig; § 197 Abs. 3 Satz 1 FamFG, der die Beschwerde ausschließt, betrifft nur die die Annahme aussprechende Entscheidung. Sie wurde auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet.

2. Die Beschwerde ist nicht begründet.

a. Zunächst zieht auch die Beschwerde nicht in Zweifel, dass nach der Gesetzeslage § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB wegen des Verweises in § 1767 Abs. 2 BGB auch auf die Volljährigenadoption Anwendung findet. Das entspricht, soweit ersichtlich, einhelliger Meinung (vgl. etwa MünchKommBGB/Maurer, 6. Aufl., § 1741 Rdnr. 24; *Ermann/Saar*, BGB, § 1741 Rdnr. 12; *Staudinger/Frank*, Stand 2007, § 1741, Rdnr. 31, 12). Verheiratete Personen können ein Kind grundsätzlich nur gemeinsam adoptieren (Abs. 2 Satz 2). Die Adoption durch einen Ehegatten allein ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur zulässig, wenn das Kind des anderen Ehegatten adoptiert wird oder aber die gemeinschaftliche Adoption am Mindestalter oder an der Geschäftsunfähigkeit des anderen Ehegatten scheitert. Diese Ausnahmetatbestände liegen nicht vor. Eine analoge Anwendung der Ausnahme ist aufgrund des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte nicht möglich, die Ausnahmeregelung ist abschließend und erlaubt auch keine Adoption, wenn die Ehegatten schon seit längerer Zeit getrennt leben und mit der Scheidung der Ehe zu rechnen ist (OLG Hamm, MDR 1999, 1001 f.; MünchKommBGB/Maurer, 6. Aufl., Vorbem. zu § 1741 Rdnr. 22, 37; BeckOK-BGB/Enders, Stand 1.11.2013, § 1741 Rdnr. 31 ff.).

b. Die Beschwerde meint, die Vorschrift müsse einschränkend ausgelegt werden, wenn sie noch verfassungskonform sein solle. Das sieht der Senat nicht so. § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB ist von der gesetzgeberischen Motivation her zunächst und zuvörderst am Kindeswohl ausgerichtet, wie die Beschwerde ebenfalls zutreffend ausführt. Das Kind soll durch die Notwendigkeit der gemeinsamen Adoption in den Familienverbund genauso aufgenommen werden wie ein eigenes Kind. Aus diesem Grunde sollen bei beiden Eltern die Adoptionsvoraussetzungen vorliegen. Zu beiden soll ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen. Das gilt entsprechend auch für die Volljährigenadoption (*Maurer*, a. a. O., Rdnr. 22); auch hier sollen „künstliche Stiefkinderverhältnisse“ (*Maurer*, a. a. O.) vermieden werden.

c. Diese Regelung verstößt nicht gegen Art. 6 GG, wie die Beschwerde meint. Familie ist nach der Rechtsprechung des BVerfG die „umfassende Gemeinschaft von Eltern und ihren Kindern“ (vgl. BeckOK-GG/Uhle, Stand 15.5.2013, Art. 6 Rdnr. 14, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtspre-

chung des BVerfG), und zwar auch volljähriger Kinder und ihrer Eltern (BVerfG, NJW 1981, 1943). Dem Staat ist es untersagt, Ehe und Familie zu beeinträchtigen und es ist – weitergehend – seine Aufgabe, Ehe und Familie zu fördern und vor Beeinträchtigungen durch Dritte zu bewahren (vgl. *Uhle*, a. a. O. Rdnr. 20, mit zahlreichen Nachweisen). Die Bestimmung enthält so gleichermaßen ein Grundrecht auf Schutz vor Eingriffen des Staates, eine Institutsgarantie und eine wertentscheidende Grundsatznorm (*Uhle*, a. a. O.).

(1) Art. 6 Abs. 1 GG als Grundrecht enthält ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, soweit diese sich gegen „den geschlossenen, gegen den Staat abgeschirmten Autonomie- und Lebensbereich“ (BVerfGE 42, 234) richten. Geschützt sind damit die Eheschließungsfreiheit und die Freiheit der Ehegestaltung. Allenfalls mittelbar als Reflex kann das Verbot der Einzeladoption als eine Einschränkung von Eheschließungs- und Gestaltungsfreiheit begriffen werden. Damit lässt sich jedoch kein Verstoß gegen Art. 6 GG begründen.

(2) Dass durch die Vorschrift in Bestand und wesentliche Strukturen der Ehe eingegriffen würde, liegt fern. Eher kann man die Vorschrift als eine im Gegenteil dem Schutz der Strukturprinzipien der Ehe und Familie dienende Regelung begreifen. Es dient fraglos dem Kindeswohl, Stiefkinderbeziehungen sind aber nicht nur häufig dem Kindeswohl abträglich, sie sind genauso häufig – erst recht bei volljährigen Kindern – dem Verhältnis der Eheleute wenig zuträglich, wenn – wie hier – eben kein Eltern-Kind-Verhältnis zwischen dem Anzunehmenden und dem Ehepartner besteht und auch nicht zu erwarten ist. Von daher hat die Vorschrift nicht nur keinerlei gegen die Ehe und Familie gerichtete Tendenz, sie stützt im Gegenteil das – klassische – Familienbild.

(3) Entsprechendes gilt, soweit Art. 6 GG als wertentscheidende Grundsatznorm begriffen wird. Ehe und Familie werden nicht beeinträchtigt, sondern, wie dargelegt, soweit sie als „umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern“ begriffen werden, eher geschützt. Dass Nichtverheiratete ein Kind nur alleine annehmen können, während das bei einem Ehepaar nur gemeinschaftlich möglich ist, unterstützt gerade die grundgesetzliche Wertentscheidung für Ehe und Familie. Verheiratete und Nichtverheiratete werden um der Ehe und Familie willen ungleich behandelt. Liebe der Gesetzgeber – wie es die Beschwerde offensichtlich für richtig hält – unbeschränkt die Möglichkeit zu, dass ein Ehepartner ohne Weiteres ein Kind alleine annimmt, stellte das nach Meinung des Senats Ehe und Familie in ihrem Wesensgehalt durchaus gravierend in Frage. Denn in den Familienverband aufgenommen wären dann auch Kinder, die – wie hier – erklärtermaßen zu einem der Ehegatten kein Eltern-Kind-Verhältnis haben und es auch in Zukunft nicht haben werden. Von einer umfassenden Gemeinschaft von Eltern und Kindern kann dann nicht gesprochen werden.

(4) Warum unter den dargelegten Gesichtspunkten die gesetzgeberische Intention für die Schaffung des § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB auf einem gedanklichen Fehler beruhen soll, wie die Beschwerde meint, ist für den Senat nicht einsehbar. Es mag ja sein, dass hier beide Eheleute die gleiche Bereitschaft zur Annahme aufweisen, der Ehemann aber mangels einer engen Beziehung dazu nicht in der Lage ist. Wenn – auch von der Beschwerde akzeptiert – Grundvoraussetzung für eine Adoption das Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses ist oder die Erwartung, ein solches werde entstehen (§ 1741 Abs. 1 BGB), und wenn diese Grundvoraussetzung nur bei einem Ehegatten vorliegt, so folgt daraus doch nicht, dass dann zwangsläufig die Annahme durch diesen Ehegatten

alleine möglich sein muss. Das wäre zwar eine denkbare Lösung der Problematik. Die vom Gesetzgeber gewählte, in diesem Falle die Adoption auszuschließen, ist aber ebenso gut möglich. Es mag ja sein, dass die zitierte Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 7/3061, S. 28) in ihrer Formulierung subjektive Elemente ins Spiel bringt. Das macht sie – wobei es angesichts der eindeutigen Formulierung der gesetzlichen Regelung nicht darauf ankommt – nicht gedanklich falsch. Zur objektiven Grundvoraussetzung einer jeden Adoption – der Erwartung des Entstehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses, mit den Worten der Beschwerde: „einer engen Beziehung“ – brauchte sie die sich auf § 1747 Abs. 2 BGB beziehende Begründung nicht zu äußern, diese war bereits vorausgesetzt (§ 1747 Abs. 1 BGB).

d. § 1747 Abs. 2 Satz 2 BGB verstößt auch nicht gegen Art. 3 GG.

Art. 3 GG verbietet es, gleiche Sachverhalte ungleich oder ungleiche gleich zu behandeln, es sei denn, ein abweichendes Vorgehen wäre sachlich gerechtfertigt. Kernfrage ist stets, ob die (Un-)Gleichbehandlung in ihrem Gewicht durch entsprechende sachliche Gründe aufgewogen wird (BeckOK-BGB/Kischel, Stand 15.5.2013, Vorbem. zu Art. 3). Es ist richtig, dass § 1747 Abs. 2 BGB Verheiratete und Nichtverheiratete ungleich behandelt. Das heißt jedoch nicht, dass hierin ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gesehen werden kann. Die differenzierende Regelung beruht auf einer an den Vorgaben des Art. 6 GG ausgerichteten Wertentscheidung des Gesetzgebers, die nach Meinung des Senats (vgl. oben c.) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Wenn die Regeln für die Annahme als Kind an den Maßstäben des Art. 6 GG ausgerichtet sind und hierbei der Schutz von Ehe und Familie im Vordergrund steht, so sind differenzierte Regelungen für Nichtverheiratete und Eheleute geboten und naheliegend. Dass hierbei – ausgehend von der Grundprämisse in § 1747 Abs. 1 BGB, der Erwartung des Entstehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses – fehlerhafte Maßstäbe gewählt worden wären, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerde zeigt dies auch nicht auf.

e. Die Beschwerde beantragt, das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von § 1747 Abs. 2 Satz 2 BGB einzuholen. Diesem Antrag geht der Senat nicht nach. Die Voraussetzungen einer Vorlage sind nicht gegeben. Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG kommt nur dann in Betracht, wenn das vorliegende Gericht von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes überzeugt ist (BVerfGE 68, 337, 344). Das ist jedoch, wie oben ausgeführt, nicht der Fall. Darauf, dass die Beschwerdeführer die Norm für verfassungswidrig halten, kommt es nicht an.

(...)

11. BGB §§ 307, 315, 242, 2232, 2247, 2366 f.; GBO § 35; AGB-Sparkassen Nr. 5 Abs. 1 (*Zur Wirksamkeit einer Erbrechtsnachweisregelung in AGB*)

Die dem Muster von Nr. 5 Abs. 1 AGB-Sparkassen nachgebildete Klausel einer Sparkasse „Nach dem Tode des Kunden kann die Sparkasse zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung die Vorlegung eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder ähnlicher gerichtlicher Zeugnisse verlangen; fremdsprachige Urkunden sind auf Verlangen der Sparkasse mit deutscher Übersetzung vorzulegen. Die Sparkasse kann auf die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Testamentsvoll-

streckerzeugnisses verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift vom Testament oder Erbvertrag des Kunden sowie der Niederschrift über die zugehörige Eröffnungsverhandlung vorgelegt wird.“ ist im Verkehr mit Verbrauchern nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

BGH, Urteil vom 8.10.2013, XI ZR 401/12

Der Kläger, ein Verbraucherschutzverband, ist als qualifizierte Einrichtung gemäß § 4 UKlaG eingetragen. Die beklagte Sparkasse verwendet in ihren AGB unter anderem folgende Klausel, in der es aus-
zugsweise heißt:

„Nr. 5 Legitimationsurkunden

(1) Erbnachweise

Nach dem Tode des Kunden kann die Sparkasse zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung die Vorlegung eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder ähnlicher gerichtlicher Zeugnisse verlangen; fremdsprachige Urkunden sind auf Verlangen der Sparkasse mit deutscher Übersetzung vorzulegen. Die Sparkasse kann auf die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift vom Testament oder Erbvertrag des Kunden sowie der Niederschrift über die zugehörige Eröffnungsverhandlung vorgelegt wird.

(2) (...)

Der Kläger ist der Ansicht, die Regelungen in Abs. 1 der Klausel seien unwirksam, weil sie einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht standhielten. Mit der Unterlassungsklage nach § 1 UKlaG begehrte er die Verurteilung der Beklagten, es zu unterlassen, diese oder inhaltsgleiche Bestimmungen gegenüber Verbrauchern zu verwenden. Darüber hinaus verlangt er von der Beklagten die Erstattung von Abmahnkosten i. H. v. 214 € nebst Zinsen.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolgreich gewesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in WM 2013, 221, veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 der AGB enthalte von Rechtsvorschriften abweichende Regelungen und sei daher gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB kontrollfähig.

Nach deutschem Recht sei der Erbe nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, sondern könne diesen Nachweis auch in anderer Form erbringen. Eine grundsätzliche Pflicht zur Vorlage des Erbscheins sei nach dem BGB nicht gewollt und führe in vielen Fällen zu einer unerträglichen Belästigung des Erben, zu unnützen Kosten und zur Verzögerung der Nachlassregulierung. Aus den §§ 2366, 2367 BGB folge nichts anderes. Diese Vorschriften regelten nicht, wie der Nachweis des Erbrechts geführt, sondern unter welchen Voraussetzungen mit befreiender Wirkung an die im Erbschein als Erbe bezeichnete Person geleistet werden könne.

Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 der AGB habe einen davon abweichenden Regelungsinhalt. Nach dem Wortlaut der Klausel könne die Beklagte abweichend von der Gesetzeslage die Vorlage eines Erbscheins unabhängig davon beanspruchen, ob im konkreten Einzelfall das Erbrecht auch auf andere Art nachgewiesen werden könne. Dafür, dass ein Erbschein nur in bestimmten Fällen und/oder unter bestimmten Voraussetzungen verlangt werden könne, gebe der Wortlaut der Klausel nichts her. Für

eine dahingehende Auslegung ergebe sich ebenfalls nichts. Ein durchschnittlicher Bankkunde verstehe die Regelung so, wie es ihr Wortlaut nahelege, nämlich in dem Sinne, dass die Beklagte die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis des Erbrechts unabhängig davon beanspruchen könne, ob der Nachweis im konkreten Einzelfall auch auf andere Art geführt werden könne. Etwas anderes ergebe sich weder aus noch in der Zusammenschau mit Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 der AGB. Dort sei das Absehen von der Vorlage eines Erbscheins gleichfalls nicht an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft.

Die Regelung in Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 der AGB benachteilige den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

Die unangemessene Benachteiligung werde gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB indiziert, denn die Klausel sei mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar. Sie räume der Beklagten als Verwenderin unabhängig davon, ob im konkreten Einzelfall das Erbrecht überhaupt zweifelhaft sei oder auch anderweit nachgewiesen werden könne, das Recht ein, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen. Zudem könne die Beklagte nach dem Inhalt der Klausel die Vorlage eines Erbscheins selbst dann beanspruchen, wenn ein Konto nur ein geringes Guthaben aufweise und die Forderung nach der Vorlage eines Erbscheins daher möglicherweise als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei.

Die von der Beklagten zur Rechtfertigung der Klausel angeführten Argumente ließen die Indizwirkung nicht entfallen. Offen bleiben könne, ob und ggf. inwieweit bei der Frage der unangemessenen Benachteiligung auf die Interessen des Erblassers abzustellen sei, obwohl in dem Zeitpunkt, in dem die Klausel eingreife, Vertragspartner des Verwenders bereits der Erbe sei. Jedenfalls habe auch ein Erblasser regelmäßig kein Interesse daran, dass die Beklagte selbst dann, wenn ein anderweitiger Nachweis des Erbrechts unproblematisch möglich sei, auf der Vorlage eines Kosten verursachenden Erbscheins bestehen dürfe. In solchen Fällen sei es allein die Beklagte, die durch Inanspruchnahme der Wirkungen der §§ 2366, 2367 BGB aus der Vorlage des Erbscheins Vorteile ziehe. Zwar sei das hohe Interesse der Beklagten, nicht an einen Nichtberechtigten leisten zu müssen, nicht zu verkennen. Diesem Interesse sei aber nicht durch das in den AGB statuierte uneingeschränkte Wahlrecht Rechnung zu tragen, sondern durch eine differenzierte Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls oder zumindest einzelner typischer Fallgruppen. Die Beklagte werde hierdurch schon deshalb nicht über Gebühr belastet, weil sie sich ohnehin nach Maßgabe des jeweiligen Sachverhalts mit der Frage befassen müsse, ob die Forderung nach Vorlage eines Erbscheins oder gerade umgekehrt der Verzicht darauf Haftungsfolgen für sie auslöse. Fordere die Beklagte unberechtigterweise die Vorlage eines Erbscheins, könne sie sich Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen. Akzeptiere sie hingegen fahrlässig die in Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 der AGB genannten Urkunden, werde sie nicht von ihrer Leistungspflicht frei. In Kenntnis dieses – letztlich jeden Nachlassschuldner betreffenden – Spannungsverhältnisses habe der Gesetzgeber davon abgesehen, dem Erben grundsätzlich den Nachweis seines Erbrechts mittels Erbscheins aufzugeben.

Auch aus § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO lasse sich die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Klausel nicht herleiten. Bei dieser Vorschrift handele es sich um eine nicht verallgemeinerungsfähige Sonderregelung. Zudem bedürfe es auch danach zum Nachweis des Erbrechts nicht stets der Vorlage eines Erbscheins. Beruhe die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten sei, ge-

nüge vielmehr nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO an Stelle des Erbscheins grundsätzlich die Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung. Nur dann, wenn das Grundbuchamt die Erbfolge hierdurch nicht für nachgewiesen erachte, könne es gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO die Vorlage eines Erbscheins verlangen. An das Vorliegen dieser Voraussetzungen seien jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Einen Erbschein dürfe das Grundbuchamt nur dann fordern, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergäben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden könnten, zu denen das Grundbuchamt nicht befugt sei.

Zwar stehe außer Frage, dass auch die Beklagte jedenfalls bei Vorliegen konkreter Zweifel an dem behaupteten Erbrecht Leistungen von der Vorlage eines Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses abhängig machen könne. Den AGB lasse sich aber nach dem maßgeblichen Verständnis eines Durchschnittskunden eine Beschränkung auf solche Zweifelsfälle nicht entnehmen. Die Regelung enthalte auch keine § 35 Abs. 3 GBO vergleichbare Einschränkung.

Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 der AGB der Beklagten sei ebenfalls kontrollfähig. Auch nach dieser Regelung entscheide die Beklagte darüber, ob sie unter den in der Klausel aufgeführten Voraussetzungen auf die Vorlage eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichte und das Erbrecht als nachgewiesen erachte.

Die Bestimmung benachteilige den Vertragspartner des Verwenders ebenfalls entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 der AGB konkretisiere ebenso wenig wie Satz 1, unter welchen Voraussetzungen die Beklagte auf die Vorlage eines Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichten könne. Nach dem maßgeblichen Verständnis eines Durchschnittskunden sei die Beklagte völlig frei darin, ob sie bei Vorliegen der Voraussetzungen von Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 ihrer AGB auf die Vorlage des Erbscheins verzichte oder nicht. Die unangemessene Benachteiligung ergebe sich entgegen der Ansicht des OLG Celle (Urteil vom 26.4.1995, 3 U 113/94, NJW 1998, 82, 83) daraus, dass die Beklagte selbst dann in ihrer Entscheidung über den Verzicht auf die Vorlage eines Erbscheins frei sei, wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruhe, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten sei, und der wahre Erbe die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorlege. Wenn aber selbst im besonders sensiblen Bereich der Grundbucheintragungen der Nachweis regelmäßig in dieser Form geführt werden könne, bestehe kein anerkanntes Interesse der Beklagten, auch bei Vorliegen der in § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO aufgeführten Voraussetzungen in Kosten verursachender Weise die Vorlage eines Erbscheins verlangen zu können. An einer solchen Vorgehensweise hätten weder der Erblasser noch der wahre Erbe ein Interesse, sondern wiederum allenfalls die Beklagte selbst.

Die Regelung in Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 der AGB erscheine für sich betrachtet zwar unbedenklich, habe aber ohne die Regelungen in Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 sowie in Satz 2 keine eigenständige Bedeutung und sei daher von der Unterlassungspflicht nicht auszunehmen.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG einen Anspruch auf Unterlassung der

weiteren Verwendung der angegriffenen – ihrem Inhalt nach wechselbezüglichen und deshalb als Einheit zu verstehenden – Regelungen in Nr. 5 Abs. 1 der AGB.

a) Entgegen der Ansicht der Revision ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die streitigen Bestimmungen nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle unterliegen.

aa) § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB beschränkt die Inhaltskontrolle auf solche Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Dabei sind unter Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht nur Gesetzesvorschriften im materiellen Sinn zu verstehen. Die Norm gestattet vielmehr – insbesondere beim Fehlen dispositivgesetzlicher Normen – eine Inhaltskontrolle auch solcher AGB-Klauseln, die vertragsnatürliche wesentliche Rechte und Pflichten zum Nachteil des Vertragspartners einschränken oder sonst gegen allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze verstoßen (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1983, VIII ZR 195/82, BGHZ 89, 206, 211; BGH, Urteil vom 6.2.1985, VIII ZR 61/84, BGHZ 93, 358, 362 f., und BGH, Urteil vom 10.12.1992, I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 18). Hierzu gehören auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die aufgrund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten (BGH, Urteil vom 10.12.1992, I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 18).

bb) Ob eine Klausel danach kontrollfähig oder kontrollfrei ist, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. Senat, Urteil vom 13.11.2012, XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rdnr. 15, zur Unterscheidung zwischen Preisabreden und Preisnebenabreden). Das vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Klauselverständnis unterliegt dabei nach § 545 Abs. ZPO in der seit dem 1.9.2009 geltenden Fassung uneingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung (Senat, Urteil vom 13.11.2012, XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rdnr. 15 m. w. N.).

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden Klausel einheitlich so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird. Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben dabei solche Auslegungsmöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und daher nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (Senat, Urteil vom 13.11.2012, XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rdnr. 16 m. w. N.).

(2) Nach diesen Grundsätzen stellen die beanstandeten Regelungen kontrollfähige Abweichungen von Rechtsvorschriften dar.

(a) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist der Erbe nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, sondern kann diesen Nachweis auch in anderer Form führen. Es existiert keine Regelung, die den Nachlassschuldner berechtigt, seine Leistung auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung grundsätzlich von der Vorlage eines Erbscheins abhängig zu machen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 27.2.1961, II ZR 196/59, WM 1961, 479, 481; BGH, Urteil vom 10.12.2004, V ZR 120/04, NJW-RR 2005, 599, 600, und BGH, Urteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433, unter Hinweis auf RGZ 54,

343, 344; vgl. auch RG, JW 1910, 802 und RGZ 100, 279, 282, sowie BGH, Urteil vom 7.11.1966, III ZR 48/66, WM 1967, 25, 27, jeweils zum Testamentsvollstrecker).

(b) Abweichend hiervon kann die Beklagte nach dem Wortlaut von Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 der AGB die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis des Erbrechts unabhängig davon verlangen, ob im konkreten Einzelfall das Erbrecht auch auf andere – einfachere und/oder kostengünstigere – Art nachgewiesen werden könnte. Das der Beklagten in Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 der AGB eingeräumte Recht, auf die Vorlegung eines Erbscheins zu verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift vom Testament oder Erbvertrag des Kunden sowie die Niederschrift über die zugehörige Eröffnungsverhandlung vorgelegt werden, besteht nach dem Empfängerhorizont eines rechtlich nicht vorgebildeten, durchschnittlichen Bankkunden ebenfalls unbeschränkt. Die Bestimmung gibt nicht vor, in welchen Fällen oder unter welchen Voraussetzungen die Sparkasse zum Nachweis des Erbrechts des Kunden keinen Erbschein verlangen kann. Vielmehr räumt sie der Beklagten abweichend von der Gesetzeslage das Recht ein, im Zweifel stets die Vorlage eines Erbscheins zu fordern.

(c) Dem kann die Revision (ebenso *Harter*, BKR 2013, 306, 307) nicht mit Erfolg entgegenhalten, der Passus „zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung“ in Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 der AGB stelle einschränkend klar, dass lediglich Zweifelsfälle der Verfügungsberechtigung erfasst seien, so dass dort, wo die Erbfolge eindeutig sei, nach der Klausel von vorneherein kein Erbschein verlangt werden könne. Zwar mag dem Begriff der „Klärung“ als solchem zu entnehmen sein, dass es um die Beseitigung von Unklarheiten, Ungewissheiten oder Zweifeln geht. Damit ist aber im hier streitigen Regelungszusammenhang nicht mehr als der bloße Anlass umschrieben, mit dem die Sparkasse ihr Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins begründet. Die Entscheidung hingegen, wann die Berechtigung des Erben „klärungsbedürftig“ ist, steht wiederum im Ermessen der Beklagten. Eine Einschränkung ihres umfassenden und insoweit von der Gesetzeslage abweichenden Rechts, auf der Vorlage eines Erbscheins zu bestehen, ist mit der betreffenden Formulierung daher nicht verbunden.

(d) Soweit die Revision ferner unter Hinweis auf einzelne Stimmen in der Literatur (BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand 1.5.2013, § 2232 Rdnr. 24; anders nunmehr *ders.*, FD-ErbR 2012, 339358) meint, die streitige Klausel sei wegen der Verwendung des Wortes „kann“ in Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 der AGB einschränkend dahin auszulegen, dass der Sparkasse ein Spielraum zustehe, den sie – dem Rechtsgedanken des § 315 BGB folgend – nur nach billigem Ermessen ausüben dürfe, kann ihr gleichfalls nicht gefolgt werden.

Ob den angefochtenen Regelungen die Einräumung eines Bestimmungsrechts nach § 315 BGB überhaupt hinreichend eindeutig zu entnehmen ist, bedarf letztlich keiner Entscheidung. Selbst bei Einräumung einer solchen Rechtsposition und unter Zugrundelegung des Entscheidungsmaßstabs des „billigen Ermessens“ ließe sich der in § 315 BGB enthaltene Rechtsgedanke jedenfalls nicht als inhaltliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Klausel heranziehen. Denn der weite Spielraum der Billigkeit genügt nicht den an die Eingrenzung und Konkretisierung einer Formularbestimmung zu stellenden Anforderungen (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1983, VIII ZR 195/82, BGHZ 89, 206, 213 m. w. N.). Insbesondere fehlte es danach an der notwendigen Festlegung der Voraussetzungen und des Umfangs des einseitigen Bestimmungsrechts (vgl. BGH, Urteil vom 11.6.1980, VIII ZR 174/79,

NJW 1980, 2518, 2519, zu einer Preiserhöhungsklausel; BGH, Urteil vom 26.11.1984, VIII ZR 214/83, BGHZ 93, 29, 34, zum Leistungsbestimmungs- und -änderungsrecht; BGH, Urteil vom 19.10.1999, XI ZR 8/99, NJW 2000, 651, 652, zum Entgeltbestimmungsvorbehalt und BGH, Urteil vom 11.7.2012, IV ZR 164/11, BGHZ 194, 39 Rdnr. 61, zur Marktpreis Anpassung; vgl. auch BGH, Urteil vom 7.10.1981, VIII ZR 229/80, BGHZ 82, 21, 26).

(e) Im Ergebnis nichts anderes gilt, soweit die Revision zur Einschränkung der Klausel die Vorschrift des § 242 BGB bemüht. Der allgemeine Umstand, dass jegliches Verhalten sich an den Geboten von Treu und Glauben messen lassen muss, führt nicht dazu, eine – wie hier – von der Gesetzeslage abweichende Klausel von vorneherein der Inhaltskontrolle zu entziehen.

b) Der danach eröffneten Inhaltskontrolle halten die angegriffenen Regelungen in Nr. 5 Abs. 1 der AGB nicht stand. Das uneingeschränkte Recht der Beklagten, zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen (Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 der AGB) bzw. in bestimmten Situationen darauf zu verzichten (Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 der AGB) ist vielmehr, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und benachteiligt die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB; ebenso *Esskandari/Bick*, ErbStB 2013, 43, 44; *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 339358; *Nobbe*, WuB, IV C. § 307 BGB 4.13; *Roth*, NJW-Spezial 2012, 744; *Toussaint*, EWIR 2013, 225, 226; wohl auch *Bartsch*, jurisPR-BKR 2/2013 Anm. 4; *Starke*, NJW 2005, 3184, 3186 f.).

aa) Allerdings sind Rechtsprechung (OLG Celle, NJW 1998, 82, 83 f. zu Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 AGB-Sparkassen; OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.10.2012, 8 U 345/11, unveröffentlicht; AG Mannheim, WM 2007, 2240, 2242) und Schrifttum (*Bunte*, AGB-Banken, 3. Aufl., Rdnr. 139, 550; *ders.* in *Schmanksy/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 1, 4; *Casper* in *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 31; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl., Teil 4, (2) Banken Rdnr. 19 f.; *Grundmann* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., Rdnr. I 262; *Lange/Werkmüller*, Der Erbfall in der Bankpraxis, § 12 Rdnr. 11; *Ott-Eulberg* in *Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 12 ff.; *Rotter/Placzek*, Bankrecht, § 1 Rdnr. 9; *Schebesta*, WuB, I B 1.-2.08; *Schwintowski*, Bankrecht, 3. Aufl., § 2 Rdnr. 39; *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., § 2353 Rdnr. 22; MünchKommBGB/Mayer, 5. Aufl., § 2353 Rdnr. 171; *Schröder/Mayer*, NJW 2006, 3252, 3253 f.; *Kröger*, WM 1977, 379, 380, zu Nr. 24 Satz 1 AGB-Banken a. F.; *Schebesta/Kalkbrenner*, Bankprobleme beim Tod eines Kunden, 14. Aufl., Rdnr. 590a zu Nr. 5 der AGB der Volksbanken und Raiffeisenbanken) bislang durchweg von der Wirksamkeit der streitbefangenen Regelungen ausgegangen bzw. haben diese zumindest nicht durchgreifend in Zweifel gezogen. Dieser Schluss wird dabei teilweise auf die – nach den Ausführungen oben unter II. 1. a) bb) (2) (d) freilich unbehelfliche – Annahme gestützt, die Sparkasse habe eine nach § 315 BGB gebundene Entscheidung zu treffen (vgl. *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 35. Aufl., AGB-Banken, § 5 Rdnr. 1; *Gahle*, ZEV 2009, 305; *Keim*, WM 2006, 753, 755; *ders.*, ZErB 2006, 31, 32; *Mischke/Nouvertne*, ZErB 2005, 234, 235, 239; *Peterek* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Rdnr. 6.211; *Lange* in *jurisPK-BGB*, 6. Aufl., § 2353 Rdnr. 3; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, Stand

1.5.2013, § 2232 Rdnr. 24; ähnlich *PWW/Deppenkemper*, BGB, 8. Aufl., § 2353 Rdnr. 9).

bb) Die Auffassung, die angegriffenen Bestimmungen seien wirksam, geht indes fehl.

(1) Anders als die Revision meint, hat der erkennende Senat die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Regelungen nicht schon „implizit“ in seinem Urteil vom 7.6.2005 (XI ZR 311/04, WM 2005, 1432) bejaht. Mit den dort unter II. 1. b) bb) erwähnten „Sonderregelungen“ waren lediglich die im vorangehenden Absatz genannten Vorschriften (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, § 41 Abs. 1 Satz 1 Schiffsregisterordnung, § 86 des Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen) gemeint, nicht aber die AGB der Banken oder Sparkassen, die im damaligen Fall ohnehin nicht Vertragsinhalt geworden und schon deshalb nicht Gegenstand der AGB-rechtlichen Prüfung waren. Auch aus dem Urteil des BGH vom 27.2.1961 (II ZR 196/59, WM 1961, 479) kann die Revision nichts für sich Günstiges ableiten. Soweit darin ausgesprochen worden ist, im Rahmen eines Vertragsverhältnisses könne durch Vereinbarung der Nachweis des Erbrechts in bestimmter Form vorgesehen werden (WM 1961, 479, 481), besagt dies nichts für die Frage der Wirksamkeit einer gerade in Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegten Nachweisregelung.

(2) Nr. 5 Abs. 1 der AGB weicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

(a) Wie im Zusammenhang mit der Kontrollfähigkeit der Klausel bereits ausgeführt (oben II. 1. a) bb) (2)) gewährt diese der Beklagten generell und unabhängig davon, ob im Einzelfall das Erbrecht zweifelhaft ist oder durch andere Dokumente einfacher und/oder kostengünstiger nachgewiesen werden kann, das Recht, auf der Vorlage eines Erbscheins zu bestehen. Bei den Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge ist jedoch auch den berechtigten Interessen der Erben an einer möglichst raschen und kostengünstigen Abwicklung des Nachlasses Rechnung zu tragen (Senat, Urteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433).

(b) Entgegen der Ansicht der Revision streitet auch die Sonderregelung des § 35 Abs. 1 GBO (vgl. schon RG, JW 1910, 802) nicht für die Wirksamkeit der Klausel. Richtig ist vielmehr das Gegenteil.

(aa) Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann zwar der Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt in der Regel nur durch einen Erbschein geführt werden. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über deren Eröffnung vorgelegt werden. Nur wenn das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO). Das Grundbuchamt hat demnach bei Vorliegen etwa eines – eröffneten – öffentlichen Testaments (§ 2232 BGB) grundsätzlich hierauf zu vertrauen und darf lediglich dann einen Erbschein verlangen, wenn sich bei der Prüfung der letztwilligen Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts begründete (konkrete) Zweifel ergeben, die nur durch weitere, allein dem Nachlassgericht mögliche Ermittlungen über den tatsächlichen Willen des Erblassers oder über sonstige tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können (vgl. OLG Köln, ZEV 2000, 232, 233; BayObLG, ZEV 2000, 233, 234; OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 380, 381; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 788, jeweils m. w. N.). Dem liegt zugrunde, dass beim öffentlichen – anders als beim eigenhändigen (§ 2247 BGB) – Testament vor

der Beurkundung vom Notar die Identität und Geschäftsfähigkeit des Erblassers festgestellt (§§ 10, 11, 28 BeurkG), dessen letzter Wille erforscht und dieser klar und unzweideutig wiedergegeben wird (§ 17 BeurkG), was zu einem gesteigerten Beweiswert führt (vgl. *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., § 2232 Rdnr. 9).

(bb) Abweichend hiervon gestattet Nr. 5 Abs. 1 der AGB der Beklagten, selbst bei Vorliegen eines öffentlichen Testaments und Fehlen jeglicher Zweifel an der Erbfolge, auf der Vorlage eines Erbscheins zu bestehen. Satz 2 der Regelung, wonach die Sparkasse auf die Vorlegung eines Erbscheins verzichten kann, differenziert ebenfalls nicht danach, welche Art von Testament errichtet wurde, sondern stellt die Entscheidung über die Art des verlangten Nachweises generell in das Ermessen des Instituts. Die Klausel knüpft damit – obwohl ein eröffnetes öffentliches Testament in der Regel als ausreichender Nachweis für die Rechtsnachfolge anzusehen ist (vgl. Senat, Urteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433) – sogar höhere Anforderungen an den Erbfolge-nachweis, als sie im ohnehin sensiblen Bereich des Grundbuchrechts von Gesetzes wegen bestehen (so auch *Nobbe*, WuB, IV C. § 307 BGB 4.13). Eine schon im Wortlaut in keiner Weise zum Ausdruck kommende Beschränkung auf (Zweifels-)Fälle, in denen auch ein Grundbuchamt gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO die Vorlage eines Erbscheins verlangen könnte, kommt zudem vor dem Hintergrund des Gebots der kundenfeindlichsten Auslegung (vgl. BGH, Urteile vom 1.4.1992, XII ZR 100/91, NJW 1992, 1761 f., und BGH, Urteil vom 21.4.2009, XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rdnr. 31, jeweils m. w. N.) nicht in Betracht (so aber *MünchKommBGB/Hagena*, 5. Aufl., § 2231 Rdnr. 21; *MünchKommBGB/Mayer*, 5. Aufl., § 2353 Rdnr. 171, und *Starke*, NJW 2005, 3184, 3186 f.).

cc) Die unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB wird durch den Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken der Rechtsordnung indiziert (vgl. Senat, Urteil vom 13.11.2012, XI ZR 145/12, juris Rdnr. 56 m. w. N.; BGH, Urteil vom 13.7.2004, KZR 10/03, GRUR 2005, 62, 69). Gründe, die die Klausel nach Treu und Glauben gleichwohl als angemessen erscheinen lassen (dazu BGH, Urteil vom 20.6.1984, VIII ZR 137/83, NJW 1985, 914, 916, und BGH, Urteil vom 10.12.1992, I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 19), liegen entgegen der Ansicht der Revision nicht vor.

(1) Der Senat verkennt nicht, dass eine Sparkasse nach dem Tod eines Kunden ein berechtigtes Interesse daran hat, in den Genuss der Rechtswirkungen der §§ 2366, 2367 BGB zu kommen und so der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme zu entgehen. Allerdings folgt aus dieser Wirkung noch nicht, dass die Sparkasse einschränkungslos die Vorlegung eines Erbscheins verlangen kann (vgl. schon RG, JW 1910, 802, sowie BGH, Urteil vom 27.2.1961, II ZR 196/59, WM 1961, 479, 481, und BGH, Urteil vom 7.11.1966, III ZR 48/66, WM 1967, 25, 27, zum Testamentsvollstreckerzeugnis). Ein solches, nicht auf Zweifelsfälle – in denen die Forderung nach Vorlage eines Erbscheins berechtigt sein kann (Senat, Urteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433) – beschränktes Recht wird der Beklagten aber durch Nr. 5 Abs. 1 AGB eingeräumt. Daran, auch in klaren Erbfolgefällen allein zur Erlangung des Gutgläubensschutzes der §§ 2366, 2367 BGB stets auf einen Erbschein zu bestehen und damit öffentliche Urkunden leichter als zum Beispiel das Grundbuchamt zurückweisen zu können, hat die Beklagte – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – kein schutzwürdiges Interesse.

(2) Im Gegenteil sind die Interessen des (wahren) Erben, der im Wege der Universalsukzession (§ 1922 BGB) in die Stel-

lung des Erblassers als Vertragspartner der Sparkasse eingetrückt ist und auf dessen mögliche Benachteiligung es daher – anders als die Revision meint – bei der anzustellenden Interessenabwägung ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 30.5.1990, IV ZR 266/89, BGHZ 111, 295, 297; *Keim*, WM 2006, 753, 755; *Mischke/Nouvertne*, ZErB 2005, 234, 238; a. A. OLG Celle, NJW 1998, 82, 84; *Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 4) vorrangig. Ihm ist regelmäßig nicht daran gelegen, auch in Fällen, in denen er sein Erbrecht unproblematisch anders als durch Vorlage eines Erbscheins nachweisen kann, das unnütze Kosten verursachende und zu einer Verzögerung der Nachlassregulierung führende Erbscheinsverfahren anstrengen zu müssen (vgl. dazu schon RGZ 54, 343, 344). Ebenso wenig kann er im Rahmen der anzustellenden Interessenabwägung auf die Möglichkeit verwiesen werden, von ihm zunächst – zu Unrecht – verauslagte Kosten später im Wege des Schadensersatzes, ggf. sogar nur unter Beschreitung des Klageweges (vgl. hierzu LG Lüneburg, ZEV 2009, 303; LG Berlin, BeckRS 2010, 06534) von der Sparkasse erstattet zu verlangen.

2. Soweit die Beklagte nach Nr. 5 Abs. 1 der AGB berechtigt ist, die Vorlegung „eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder ähnlicher gerichtlicher Zeugnisse“ zu verlangen, gelten die vorstehenden, an den Erbschein anknüpfenden Ausführungen entsprechend. Kein Anlass besteht ferner, die Regelung in Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 der AGB, die das Berufungsgericht für – isoliert betrachtet – unbedenklich erachtet hat, von der Unterlassungspflicht auszunehmen. Mit Recht und insoweit auch von der Revision unangegriffen ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass dieser (Teil-)Bestimmung keine eigenständige Bedeutung zukommt.

3. Soweit dem Kläger in den Vorinstanzen die von ihm geltend gemachten Abmahnkosten zugesprochen worden sind, die ihre Rechtsgrundlage in § 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 1 UWG finden und in der zuerkannten Höhe von 214 € zwischen den Parteien außer Streit stehen, erhebt die Revision keine gesonderte Rüge. Diesbezügliche Rechtsfehler sind auch nicht ersichtlich.

Anmerkung:

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist ein Erbe nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, so dass einem Nachlassschuldner kein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht bis zur Vorlage eines Erbscheins zusteht.¹ Will ein Nachlassschuldner für den Fall der Leistung an den Scheinerben der Pflicht zur nochmaligen Leistung entgehen, eröffnet das Gesetz ihm ausschließlich das Recht der Hinterlegung beim AG (§ 372 Satz 2 BGB).

Die Banken und Sparkassen hatten sich dagegen in ihren AGB unter Nr. 5 (abgedruckt in NJW 1993, 840) ausdrücklich das – nicht näher eingegrenzte – Recht vorbehalten, von ihren Kunden dennoch einen Erbschein als Erbnachweis verlangen zu können, und zwar obwohl sie sich in ihren Bedingungen außerdem für den Fall der Leistung an den Nichtberechtigten von ihrer Leistungspflicht freizeichnen, solange ihnen dabei keine Fahrlässigkeit zur Last fällt. Nach herrschender Meinung in der Literatur sollte diese Klausel aber deshalb nicht gemäß §§ 307, 309 BGB unwirksam sein, weil bei der in Analogie zu § 315 BGB nach billigem Ermessen zu treffenden Ermessensentscheidung („kann“) eine Abwägung der beider-

¹ RGZ 54, 343, 344; BGH, Urteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779.

seitigen Interessen zu fordern sei.² In der konkreten Ausgestaltung gingen die Meinungen jedoch weit auseinander. Folglich konnte kein Bankkunde sicher vorhersehen, unter welchen Voraussetzungen er einen Erbnachweis vorlegen muss.

Deshalb war es nur konsequent, dass sich der Senat dieser herrschenden Meinung nicht angeschlossen, sondern die Unzulässigkeit der gesamten Klausel festgestellt hat. Zunächst bestätigt der Senat damit die eingangs erwähnte höchstgerichtliche Rechtsprechung, wonach dem deutschen Recht eine Pflicht zum Erbfolgenachweis durch Erbschein fremd ist. Außerdem moniert er, dass die AGB der Banken und Sparkassen sogar strengere Forderungen an den Erbfolgenachweis stellten als das – aus Gründen der Rechtssicherheit besonders formalistisch ausgestaltete – Grundbuchrecht (§ 35 GBO).

Dem Bankkunden ist mit dieser Senatsentscheidung letzten Endes jedoch nur bedingt geholfen worden. Nach dieser Absage an pauschale Legitimationsklauseln in AGB (nicht nur der Sparkassen und Banken, sondern aller Nachlassgläubiger) muss in Zukunft in jedem einzelnen Fall entschieden werden, unter welchen Voraussetzungen das gerichtliche Eröffnungsprotokoll gemäß § 348 FamFG in Verbindung mit eröffneten Verfügungen von Todes wegen einen ausreichenden Erbnachweis erbringt. Bei Zweifeln kann und wird die Bank mit der Ankündigung der Hinterlegung beim AG gemäß § 372 Satz 2 BGB den Bankkunden in aller Regel dazu zwingen, doch einen Erbschein vorzulegen.

Künftig steht also die Frage im Mittelpunkt, unter welchen Voraussetzungen der Inhalt der Verfügung von Todes wegen bestimmt genug ist, damit die Banken und Sparkassen von ihrem Recht zur Hinterlegung beim AG absehen. An anderer Stelle habe ich in diesem Zusammenhang bei öffentlichen Testamenten dafür plädiert, danach zu differenzieren, ob sich der Erbe im Wege der erläuternden oder erst im Wege der ergänzenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen ermitteln lässt.³ Kann die Person des bzw. der Erben erst im Wege der ergänzenden Auslegung oder durch Rückgriff auf gesetzliche Auslegungs- oder Ergänzungsregeln (zum Beispiel §§ 2069, 2087) bestimmt werden, so fehlt es meines Erachtens wegen der dann notwendigen Erforschung von Umständen außerhalb der Testamentsurkunde an einer eindeutigen Erbeinsetzung in der vorgelegten Verfügung von Todes wegen. Nicht übersehen werden darf dabei nämlich, dass ein Nachlassgläubiger weder Nachlassakten beiziehen noch schwierigere Rechts- und Auslegungsfragen klären kann. Auf dieser Grundlage halte ich das Verlangen der Banken und Sparkassen nach Vorlage eines Erbscheins beispielsweise in folgenden Fällen für gerechtfertigt:

- die Erben – auch Nacherben – sind nicht namentlich bezeichnet;
- bei mehreren Erben – auch Ersatz- oder Nacherben – sind die Erbquoten nicht angegeben;
- beim Wegfall eines Erben (Ersatzerbfolge) in der Verfügung ist kein Ersatzerbe namentlich eingesetzt;
- bei Nacherbfolge ist der Nacherbfall nicht (nur) für den Tod des Vorerben angeordnet;
- die Erbeinsetzung ist bedingt (zum Beispiel durch Wiederheirat oder Geltendmachen des Pflichtteils); dagegen lassen reine Änderungsvorbehalte bei wechselbezüglichen bzw. vertragsmäßigen Verfügungen (zum Beispiel

Enterbungsrecht des Überlebenden, falls der Pflichtteil von einem Abkömmling gefordert wird) die Eignung des Eröffnungsprotokolls als Erbnachweis nicht entfallen;

- die Wirkungen auf frühere Verfügungen sind nicht unmissverständlich angegeben oder erkennbar;
- die Gültigkeit hängt von der erbrechtlichen Bindungswirkung früherer Verfügungen ab.

Es bleibt abzuwarten, welche Kriterien sich in Rechtsprechung und Literatur hierfür herausbilden werden. Die Entscheidung hat damit zwar keine Klarheit für alle Fälle geschaffen, doch muss man konstatieren, dass viele Erben in Zukunft keinen Erbschein mehr vorlegen müssen, weil die gebräuchlichen Testamente und Erbverträge in dieser Hinsicht überwiegend eindeutig sein werden.

Ob die Entscheidung aus standespolitischer Sicht zu begrüßen ist, kann dagegen noch nicht abschließend beurteilt werden. Sicher ist zunächst nur, dass das öffentliche Testament an Bedeutung gewinnen wird, weil die Erben mit dessen Vorlage im Allgemeinen einen sicheren und eindeutigen Erbnachweis führen können. Die vom Erblasser investierten Beurkundungskosten kommen damit den Erben zugute, weil sie kein Geld mehr für einen Erbschein ausgeben müssen. Auf der anderen Seite hat der Senat nicht zwischen öffentlichen und eigenhändigen Testamenten unterschieden, so dass davon auszugehen ist, dass künftig auch handschriftlich verfasste Testamente mit Eröffnungsprotokoll von einer Bank oder einer Sparkasse als Legitimationsgrundlage anerkannt werden müssen. Die Banken, die ihre AGB der Entscheidung bereits angepasst haben, differenzieren nicht zwischen öffentlichen und eigenhändigen Verfügungen von Todes wegen. Dann aber würde das Kostenargument zugunsten des notariell beurkundeten Testaments oder Erbvertrags entfallen.

Abschließend ist daher festzustellen, dass der Senat zwar eine Grundsatzfrage beantwortet, aber auch viele neue Fragen aufgeworfen hat.

Notar Dr. Wolfgang Litzenburger, Mainz

12. BGB § 1643 Abs. 2 Satz 2, § 1829 Abs. 3 (*Keine Ausschlagung der Erbschaft durch Eltern für eines von mehreren minderjährigen Kindern*)

1. **Die Erklärung eines Elternteils, durch die dieser im Anschluss an die eigene Ausschlagung als gesetzlicher Vertreter nur für eines von mehreren minderjährigen Kindern die Erbschaft ausschlägt, bedarf der familiengerichtlichen Genehmigung, ohne dass es darauf ankommt, ob Hinweise auf eine gezielte Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Kinder bestehen.**
2. **Wird ein Kind während des Laufs der Ausschlagungsfrist volljährig, geht die Befugnis zur Genehmigung der unwirksamen Ausschlagungserklärung von dem Familiengericht auf den nunmehr Volljährigen über.**

OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, I-15 W 374/13; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die am 18.11.2011 verstorbene Erblasserin war mit dem Beteiligten zu 4 verheiratet. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen, nämlich die Beteiligten zu 2 und 5 sowie Frau Q. Die Beteiligten zu 1 und 3 sind die (einzigen) Kinder der Q. Sie sind am 10.2.1994 geborene Zwillinge.

Auf Antrag des Beteiligten zu 4 hat das Nachlassgericht zunächst am 6.12.2011 einen Erbschein erteilt, der die gesetzliche Erbfolge aus-

² *Gahle*, ZEV 2009, 305; *C. Keim*, WM 2006, 753, 755, mit Nachweisen zur Gegenmeinung auf S. 755 Fn. 32.

³ BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand 1.5.2014, § 2232 Rdnr. 21.

weist. Am 17.1.2012 hat Frau Q zu Protokoll des Nachlassgerichts die Annahme der Erbschaft durch Fristablauf angefochten und die Ausschlagung erklärt. Hierzu hat sie ausgeführt, dass, was keiner der anderen Beteiligten bestreitet, stets die Errichtung eines Testaments durch ihre Mutter im Gespräch gewesen sei. Sie habe daher auf eine Nachricht über das Auffinden bzw. den Inhalt dieses Testaments gewartet. Weiter erklärte sie gemeinsam mit ihrem Ehemann, dem Vater der Beteiligten zu 1 und 3, für den Beteiligten zu 1 ebenfalls die Ausschlagung der Erbschaft. Hinsichtlich des Beteiligten zu 3 gaben sie zu Protokoll, dass dieser die Erbschaft annehmen wolle, weshalb sie im Hinblick auf die kurzfristig eintretende Volljährigkeit von einer Ausschlagung absähen.

Der Beteiligte zu 4 hat daraufhin zunächst einen neuen Erbschein beantragt, der die gesetzliche Erbfolge mit der Maßgabe ausweist, dass anstelle der Q nunmehr der Beteiligte zu 3 Miterbe zu $\frac{1}{6}$ ist. Nach Einziehung des zuerst erteilten Erbscheins hat das AG am 8.3.2012 diesem Antrag entsprochen.

Nachdem es zu innerfamiliären Auseinandersetzungen gekommen war, regte der Beteiligte zu 4 am 17.6.2013 die Einziehung des zuletzt erteilten Erbscheins mit der Begründung an, dass die für den Beteiligten zu 1 erklärte Ausschlagung mangels familiengerichtlicher Genehmigung unwirksam sei. Die Beteiligten zu 1 und 3 sind dem Antrag entgegengetreten, wobei der Beteiligte zu 1 in privatschriftlicher Form erklärt hat, dass es bei seiner Ausschlagung verbleibe. Am 29.7.2013 hat der Beteiligte zu 4 ergänzend die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, der Erbteile für die Beteiligten zu 1 und 3 zu je $\frac{1}{12}$ ausweisen soll.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG eine Einziehung des Erbscheins abgelehnt und den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 4 vom 29.7.2013 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 4 mit der Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Der Erbschein vom 8.3.2012 ist einzuziehen, weil er die gesetzliche Erbfolge nicht zutreffend bekundet. Gesetzliche Erben nach der Erblasserin waren zunächst ihr Ehemann und ihre drei Kinder. Die Tochter der Erblasserin, also die Mutter der Beteiligten zu 1 und 3, ist infolge ihrer Ausschlagung, an deren Wirksamkeit zu zweifeln kein Anlass besteht, als Erbin weggefallen (§ 1953 Abs. 1 BGB). An ihre Stelle treten als gesetzliche Erben die Beteiligten zu 1 und 3 als ihre Abkömmlinge (§ 1953 Abs. 2, § 1924 Abs. 3 und 4 BGB). Diese gesetzliche Erbfolge ist entgegen der Einschätzung des Nachlassgerichts durch die am 17.1.2012 namens des Beteiligten zu 1 erklärte Ausschlagung nicht nochmals verändert worden. Denn die durch die gesetzlichen Vertreter des Beteiligten zu 1 erklärte Ausschlagung bedurfte der familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB, die nicht vorliegt.

Der Senat schließt sich insoweit der ganz herrschenden Ansicht an, nach welcher der Ausnahmetatbestand des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht eingreift, wenn Eltern bei mehreren Abkömmlingen nur für einen Teil derselben die Ausschlagung erklären (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 13.3.2012, 1 W 747/11, FGPrax 2012, 165 = Rpfleger 2012, 533 m. w. N.). Das KG hat hierzu in der genannten Entscheidung Folgendes ausgeführt:

„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 (...). 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*, Die Erbschaftsaus-schlagung für das minderjährige Kind, 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*, Neubearb. 2009, § 1643 Rdnr. 38c m. w. N.; zur „selektiven Ausschlagung“ vgl. auch *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 123).“

Der Senat hält diese Überlegungen für überzeugend, wobei aus seiner Sicht allerdings nicht entscheidend ist, ob Hinweise auf eine gezielte Bevorzugung/Benachteiligung bestehen. Maßgebend ist vielmehr, dass bereits die objektive Selektion die gesetzliche Vermutung eines Interessengleichklangs zwischen den Eltern und ihren Kindern in Frage stellt und die familiengerichtliche Kontrolle damit nicht mehr als entbehrlich gelten kann.

Aus eben diesem Grund kann es aus Sicht des Senats im Rahmen des nachlassgerichtlichen Verfahrens auch nicht auf die von den Eltern der Beteiligten zu 1 und 3 gegebene Begründung für die Unterscheidung bei der Ausschlagung ankommen. Die Tatbestände des § 1643 BGB entscheiden nicht darüber, ob die Erklärung der gesetzlichen Vertreter wirksam, sondern allein darüber, ob zu ihrer Wirksamkeit die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Dabei ist die Antwort auf die Frage, ob eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist, für das weitere Verhalten der gesetzlichen Vertreter von ausschlaggebender Bedeutung. Dies macht es aber erforderlich, bei der Auslegung und Anwendung des § 1643 BGB auf klar definierte und vor allem objektivierbare Tatbestände und Verhaltensweisen abzustellen. Die Prüfung und Würdigung von Überlegungen und Motiven im Einzelfall ist Gegenstand des familiengerichtlichen Verfahrens.

Das Fehlen der familiengerichtlichen Genehmigung machte die für den Beteiligten zu 1 erklärte Ausschlagungserklärung zunächst schwebend unwirksam, da § 1831 BGB nach praktisch einhelliger Auffassung auf Ausschlagungserklärungen nicht anwendbar ist (vgl. *Staudinger/Engler*, Stand 2004, § 1831 Rdnr. 12 m. w. N.). Mit Ablauf der Ausschlagungsfrist wurde die Ausschlagungserklärung allerdings endgültig unwirksam, da bis zum Ende der Ausschlagungsfrist alle zur Wirksamkeit der Ausschlagung notwendigen Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand, dass der Beteiligte zu 1 während des Laufes der Ausschlagungsfrist volljährig geworden ist, nichts. Wie sich aus § 1643 Abs. 3, § 1829 Abs. 3 BGB ergibt, führt der Eintritt der Volljährigkeit nicht automatisch zur Wirksamkeit der Erklärung des/der gesetzlichen Vertreter, vielmehr geht die Genehmigungsbefugnis von dem Familiengericht auf den nunmehr Volljährigen über. Auch der Beteiligte zu 1 hat jedoch innerhalb der für ihn am 17.1.2012 in Lauf gesetzten Ausschlagungsfrist keine Genehmigung der Ausschlagungserklärung gegenüber dem Nachlassgericht erklärt.

Für die Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten sieht der Senat keine hinreichende Grundlage (§ 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG).

Eine Wertfestsetzung ist entbehrlich, da die Beschwerde Erfolg hat (§ 25 Abs. 1 GNotKG).

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) liegen nicht vor, auch da der Senat sich der bislang zu der Kernfrage ergangenen Rechtsprechung angeschlossen hat.

Anmerkung:

1. Dem Beschluss liegt verkürzt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Großmutter verstirbt. Sie wird von ihrem Ehemann und den drei Kindern K1-K3 gesetzlich beerbt. K1 schlägt die Erbschaft nach ihrer Mutter für sich und eines, EK 1, ihrer beiden minderjährigen Kinder aus. Von der Ausschlagung für das zweite minderjährige Kind, EK 2, wird abgesehen, weil dieses die Erbschaft annehmen möchte. Der Ehemann der Erblasserin hat nun jedoch einen Erbschein beantragt, der die beiden Enkelkinder EK 1 und EK 2 als Miterben ausweist. Die Ausschlagung für EK 1 sei, so die Ansicht des Großvaters, unwirksam, weil es hierfür einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürftig wäre. Die Enkelkinder EK 1 und EK 2 haben dagegen dem Gericht gegenüber schriftlich klargestellt, dass es bei der Ausschlagung einzig für EK 1 bleiben solle. Die Gründe für diese selektive Ausschlagung hat das Gericht in seiner Beschlussbegründung leider nicht offengelegt.

2. Das AG hat die Ausschlagung einzig für EK 1 für wirksam erachtet. Das OLG ist dieser Ansicht entgegengetreten und vertritt die Auffassung, dass es im Falle einer selektiven Ausschlagung, also einer Ausschlagung der Eltern nur für einzelne von mehreren minderjährigen Kindern, entgegen § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB stets einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürftig ist. Auf die einzelnen Motive für die selektive Ausschlagung komme es für die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit ausdrücklich nicht an.

3. Der Beschluss überzeugt weder in der Begründung noch im Ergebnis:

a) Einzig richtig ist die Aussage des OLG, dass bei der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nicht zwischen einzelnen Motiven unterschieden werden darf. Andernfalls würde man die Argumente für eine Genehmigungsfähigkeit bei der Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit erörtern und damit beide Prüfungsebenen miteinander vermischen. Die Motivlage kann zu Recht bei der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit keine Rolle spielen. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit darf die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nicht von einer Abwägung von Argumenten abhängig sein, sondern ist gemäß den gesetzlichen Vorgaben entweder klar mit Ja oder Nein zu beantworten.

b) Abzulehnen ist jedoch die Ansicht des OLG, dass im Falle der selektiven Ausschlagung stets eine familiengerichtliche Genehmigung einzuholen sei. Der Beschluss überzeugt schon deshalb nicht, weil er das Ergebnis mehr als ungenügend begründet. Der Verfasser hat zwar durchaus Verständnis, wenn sich schriftliche Entscheidungsbegründungen aufgrund der immer größeren Arbeitslast für Richter auf das Wesentliche beschränken. Der vorliegende Beschluss rechtfertigt das gefundene Ergebnis aber einzig unter Hinweis auf die vermeintliche „ganz herrschende Ansicht“ sowie mit einer Passage aus einem Beschluss des KG¹, welche fast die Hälfte der Beschlussbegründung einnimmt und lediglich in Copy-and-Paste-Manier wiedergegeben wird. Im Übrigen ist dem

KG anscheinend entgangen, dass der zitierte Beschluss des KG bislang – soweit ersichtlich – im Schrifttum ausschließlich Ablehnung gefunden hat.²

c) § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB sieht im Wortlaut klar vor, dass die Ausschlagung für minderjährige Kinder durch deren Eltern dann ohne gerichtliche Genehmigung möglich ist, wenn die Kinder nur aufgrund der vorherigen Ausschlagung eines Elternteils in die Erbenposition eingerückt sind. Möchte man nun, wie das Gericht im vorliegenden Fall, eine Norm auf einen Sachverhalt nicht anwenden, obwohl sich der Sachverhalt ganz eindeutig unter die Norm subsumieren ließe, hat das Gericht die Voraussetzung einer sog. teleologischen Reduktion zu prüfen. Der Wortlaut einer Norm kann nur dann teleologisch reduziert werden, wenn die Norm aufgrund des vermeintlich zu weit geratenen Wortlauts auch auf Sachverhalte anwendbar wäre, die erstens der Gesetzgeber beim Normerlass nicht bedacht hat und zweitens die Norm nach Willen des Gesetzgebers auf solche Sachverhalte auch nicht anwendbar sein sollte, weil die Sachverhalte wertmäßig nicht vergleichbar sind.³ Bereits den ersten Prüfungsschritt hat das Gericht jedoch überhaupt nicht vorgenommen, sondern lediglich die Ansicht des KG wiedergegeben, dass „hinter § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB die Vermutung [stehe] [...].“

aa) Nun habe ich jedoch bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt,⁴ dass der historische Gesetzgeber wohl generell auf eine Genehmigungspflicht verzichten wollte, wenn minderjährige Kinder nur deshalb erben, weil ein Elternteil zuvor ausgeschlagen hat. Es sollte eine klare Regelung geschaffen werden. Für die Fälle des werthaltigen Nachlasses hat dies der historische Gesetzgeber sogar ausdrücklich in den Motiven ausgeführt.⁵ Die Eltern können die Erbschaft ausweislich des ausdrücklich geäußerten Willens des historischen Gesetzgebers also auch dann ausschlagen, wenn der Nachlass werthaltig ist. Dem hat sich nun entgegen der bislang „ganz herrschenden Ansicht“ auch kürzlich das OLG Köln angeschlossen.⁶ Im Schrifttum ist dieser Beschluss auf einhellige Zustimmung gestoßen.⁷

bb) Die Frage der selektiven Ausschlagung hat der historische Gesetzgeber leider nicht ausdrücklich erörtert, sondern nur eine allgemeine Tendenz erkennen lassen, dass sich bei solchen gestaffelten Erbfolgen die staatlichen Gerichte generell heraushalten sollten, weil davon auszugehen sei, dass die Eltern im Allgemeinen besser als staatliche Institutionen wissen, was für ihre Kinder gut ist. Die Gründe für eine sog. selektive Ausschlagung können vielfältig sein, steuerliche Motive, wirtschaftliche Gründe oder auch nur, um den wirklichen Willen des Erblassers umzusetzen.⁸

cc) Aber selbst wenn der historische Gesetzgeber die Fälle der selektiven Ausschlagung nicht bedacht hätte, wovon nicht ausgegangen werden kann, stellt sich die Frage, ob diese Fälle aus Wertungsgesichtspunkten zwingend vom Anwendungsbereich der Ausnahmevorschrift des § 1643 Abs. 2 Satz 2

² Vgl. *Baumann*, DNotZ 2012, 803; *Litzenburger*, ZEV 2012, 333; *Mensch*, BWNNotZ 2013, 144; *Odersky*, notar 2012, 209.

³ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 391.

⁴ Vgl. *Sagmeister*, ZEV 2012, 121.

⁵ Vgl. *Motive*, Bd. 5, S. 515.

⁶ OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2012, II-12 UF 10/12, MittBayNot 2013, 248.

⁷ So wie hier *Becker*, JA 2014, 101; *Baumann*, DNotZ 2012, 803; *Mensch*, BWNNotZ 2013, 144.

⁸ So auch *Baumann*, DNotZ 2012, 803; *Mensch*, BWNNotZ 2013, 144.

¹ KG, Beschluss vom 13.3.2012, 1 W 747/11, MittBayNot 2012, 295.

BGB herausgenommen werden müssen. Der Erbteil ist wirtschaftlich gesehen einzig dem vorrangig berechtigten Eltern teil zuzurechnen. Dieser kann mit diesem Erbteil grundsätzlich tun und lassen, was er will. Er könnte also die Erbschaft auch annehmen und den Nachlass einzig auf eines seiner Kinder übertragen.⁹ Das Gericht hat es leider unterlassen, sich mit diesem neueren Argument auseinanderzusetzen.¹⁰ Dieser Weg der Annahme und Weiterübertragung wird in der Praxis nur deshalb kaum beschritten, weil dies immer deutlich höhere Gebühren bei Notar und Grundbuchamt/Handelsregister zur Folge hat und häufig auch steuerlich nachteilig ist.¹¹

dd) Kurzum, möchte ein Gericht von einer Norm, die nach deren Wortlaut klar auf den jeweiligen Sachverhalt passt, abweichen, obwohl der historische Gesetzgeber zumindest dem Grunde nach diese Konfliktsituation bedacht hat, sollte ein Gericht aus rechtsstaatlichen Gründen mehr Begründungsaufwand aufwenden, als lediglich ein Urteil zu zitieren und auf die vermeintlich herrschende Meinung zu verweisen, die es so seit geraumer Zeit gar nicht mehr gibt. Zu welchen komischen Ergebnissen diese Entscheidung führt, erkennt man auch dadurch, dass die Ausschlagung selbst nach der Auffassung des OLG Hamm keiner Genehmigung bedürft hätte, wenn der das Erbe annehmende EK 2 bereits volljährig gewesen wäre. In dieser Konstellation kommt es gar nicht zu einer selektiven Ausschlagung. Die Eltern haben es gar nicht in der Hand, ob EK 1 annimmt oder ausschlägt. Die Anwendbarkeit § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB ohne zwingenden Grund einschränkend auszulegen, ist im Übrigen bereits im Hinblick auf Art. 6 GG aus verfassungsrechtlichen Gründen problematisch.¹² Entscheidungen sollten primär durch die Eltern und nicht durch staatliche Einrichtungen entschieden werden. Dies gilt umso mehr, als dass das minderjährige Kind auch dadurch gesichert ist, dass die Ausschlagung durch beide erziehungsberechtigte Eltern vorgenommen werden muss (vgl. § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB), die Handlung des primär erbenden Elternteils also ohnehin einer nochmaligen Kontrolle unterliegt.¹³

4. So sehr ich auch meine, dass die Entscheidung unrichtig ist, darf ein vorsichtig agierender Jurist diese gleichwohl nicht unberücksichtigt lassen. Vor der Ausschlagung in einer solchen Konstellation sollte daher beim zuständigen Familiengericht angefragt werden, ob dieses eine Genehmigung für erforderlich hält und wenn ja, ob diese Genehmigung erteilt werden kann. Aufgrund der kurzfristigen Ausschlagungsfrist von sechs Wochen ist stets Eile geboten.

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

⁹ Man mag diese Ungleichbehandlung der Kinder zwar für ungerrecht halten, ich gebe aber zu bedenken, dass die Einsetzung eines Haupterben auch heute noch vor allem in Familien, die ein Unternehmen oder eine Landwirtschaft betreiben, allgemeine Praxis ist.

¹⁰ Ausführlich hierzu *Sagmeister*, ZEV 2012, 121; dieses Argument für überzeugend halten auch *Litzenburger*, ZEV 2012, 333; *Mensch*, BWNNotZ 2013, 144.

¹¹ Exemplarisch der Fall, der dem Beschluss des OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2012, II-12 UF 10/12, MittBayNot 2013, 248, zugrunde lag.

¹² Ausführlich zu verfassungsrechtlichen Bedenken *Litzenburger*, ZEV 2012, 333.

¹³ So auch *Baumann*, DNotZ 2012, 803.

13. BGB § 134, HeimG BW § 9 Abs. 1 (*Anforderungen an die Wirksamkeit der Einsetzung eines Heimträgers als Erbe*)

1. **Eine gemäß § 14 Abs. 1 HeimG BW untersagte und damit gemäß § 134 BGB nichtige Zuwendung eines Heimbewohners kann auch in einer letztwilligen Verfügung liegen.**
2. **Jedoch setzt der Begriff des „Sich-Gewährenlassens“ im Sinne von § 14 Abs. 1 HeimG voraus, dass der Heimträger von der Zuwendung Kenntnis hat. An einem solchen Einvernehmen fehlt es, wenn er bedacht wird, ohne dass er bis zum Eintritt des Erbfalls von der letztwilligen Verfügung Kenntnis erlangt hat.**
3. **Ist die letztwillige Verfügung lediglich dem Landesverband mitgeteilt worden, so ist dessen Kenntnis dem Heimträger nicht zuzurechnen.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.3.2013, 8 W 253/11

Die Erblasserin war seit dem Jahr 1947 mit G verheiratet, der am 31.7.2006 vorverstorben ist. Die Beteiligte Ziffer 2 ist das einzige Kind aus dieser Ehe und der einzige Abkömmling der Erblasserin. Die Beteiligte Ziffer 2 ist geistig behindert, für sie ist eine rechtliche Betreuung angeordnet. Sie lebt seit dem 9.5.1988 in einer vom Beteiligten Ziffer 1 betriebenen Einrichtung.

Von der Erblasserin liegen insgesamt drei Verfügungen von Todes wegen vor. In einem mit ihrem Ehemann G geschlossenen Erbvertrag vom 30.4.1986 (Bl. 8 d. A.) hat der Erstversterbende den überlebenden Ehegatten zu seinem unbeschränkten Alleinerben eingesetzt. Der Überlebende hat den Verein Lebenshilfe für geistig Behinderte e. V., mithin den Beteiligten Ziffer 1, zu seinem Alleinerben eingesetzt, des Weiteren unter anderem die Beteiligte Ziffer 3 als Ersatzerbin. Überdies wurde unter anderem als Auflage für den Alleinerben/Ersatzerben verfügt, dass die Beteiligte Ziffer 2 in dessen Einrichtung aufgenommen werde. Zugunsten des Beteiligten Ziffer 3 wurde ein Vermächtnis ausgebracht. Zudem wurde unter anderem Testamentsvollstreckung angeordnet und der Beteiligte Ziffer 4 zum Testamentsvollstrecker ernannt. In einem Nachtrag vom 19.8.2003 (Bl. 9 d. A.) zum Erbvertrag vom 20.4.1986 haben die Erblasserin und ihr Ehemann G modifizierende Regelungen zu der genannten Auflage und dem genannten Vermächtnis getroffen. In einem privatschriftlich verfassten „Zusatz zum Testament“ vom 24.5.2005 (Bl. 18 d. A.) haben die Erblasserin und ihr Ehemann G schließlich Folgendes verfügt:

„Der Wunsch nach unserem Tod ist, dass das Sparguthaben von der „...“ in ... an die Lebenshilfe in ... z. Hd. des Herrn ..., dem Leiter, für die behinderten Bewohner zukommt. Eventuell als Urlaubszuschuss. Mit den besten Wünschen von uns.

24.5.2005 ...“

Der Beteiligte Ziffer 4 hat das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen.

Die Betreuerin der Beteiligten Ziffer 2, Frau ..., schlug am 20.8.2010 zur Niederschrift des Nachlassgerichts die angefallene oder noch anfallende Erbschaft namens der Beteiligten Ziffer 2 aus jedem Berufsungsgrund und ohne jede Bedingung aus. Eine betreuungsgerichtliche Genehmigung dieser Ausschlagung wurde offenbar nicht eingeholt. Stattdessen beantragte die Betreuerin mit Datum vom 29.12.2010 namens der Beteiligten Ziffer 2 die Erteilung eines Erbscheins, wonach die Beteiligte Ziffer 2 Alleinerbin der Erblasserin geworden ist. Zur Begründung wurde vorgebracht, die Einsetzung des Beteiligten Ziffer 1 als Erbe sei wegen eines Verstoßes gegen § 9 LHeimG BW nichtig.

Der Beteiligte Ziffer 1 ist dem Erbscheinsantrag der Beteiligten Ziffer 2 entgegengetreten. Er vertritt die Auffassung, er sei rechtmäßiger Testamentserbe geworden. Am 28.1.2011 hat der Beteiligte Ziffer 1 seinerseits zur Niederschrift des Notariats S G I – Nachlassgericht – die Erteilung eines Erbscheins beantragt, wonach er Alleinerbe der Erblasserin geworden ist. Diesem Erbscheinsantrag ist wiederum die Beteiligte Ziffer 2 entgegengetreten.

Durch Beschluss vom 4.3.2011 hat das Notariat S G I – Nachlassgericht – sowohl den Erbscheinsantrag des Beteiligten Ziffer 1 als auch

den Erbscheinsantrag der Beteiligten Ziffer 2 zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Alleinerbeinsetzung des Beteiligten Ziffer 1 sei gemäß § 9 Abs. 1 LHeimG BW (neuer Fassung) i. V. m. § 134 BGB nichtig. Die restliche Verfügung bleibe aber wirksam. Ein Wegfall der in § 3 des Erbvertrages vom 30.4.1986 angeordneten Ersatzerbfolge des Beteiligten Ziffer 3 sei nicht dargelegt. Daher sei auch der Erbscheinsantrag der Beteiligten Ziffer 2 zurückzuweisen.

Gegen diesen ihm am 5.3.2011 zugestellten Beschluss wendet sich der Beteiligte Ziffer 1 mit seiner am 4.4.2011 beim Nachlassgericht eingegangenen Beschwerde. Nach seiner Auffassung ist seine Einsetzung zum Alleinerben wirksam, da er erst nach dem Tode der Erblasserin von ihr erfahren habe. Letzteres ist zwischen den Beteiligten streitig.

Die Beteiligte Ziffer 2 wendet sich gegen den ihr am 7.3.2011 zugestellten Beschluss vom 4.3.2011 mit ihrer am 23.3.2011 beim Nachlassgericht eingegangenen Beschwerde. Sie hält die Entscheidung des Nachlassgerichts insoweit für richtig, als die Einsetzung des Beteiligten Ziffer 1 als Alleinerbe im Hinblick auf das Heimgesetz für unwirksam erklärt wurde. Zu der Frage, ob der Beteiligte Ziffer 1 die Verfügung gekannt hat, trägt die Beteiligte Ziffer 2 vor, der diesbezügliche – verneinende – Vortrag des Beteiligten Ziffer 1 sei schlicht unzutreffend. Die Kenntnis ergebe sich eindeutig aus einem Schreiben der Beteiligten Ziffer 1 an die Erblasserin vom 16.12.2002 (bei Bl. 155 d. A.). Weiter macht die Beteiligte Ziffer 2 geltend, die Einsetzung der Beteiligten Ziffer 3 müsse ebenfalls gemäß § 14 HeimG bzw. § 138 BGB als unwirksam eingestuft werden. Bei der Beteiligten Ziffer 3 handle es sich um eine Einrichtung, in deren Förder- und Betreuungsbereich sich die Antragstellerin Ziffer 2 seit Jahren regelmäßig aufhalte und die den Lebensmittelpunkt für diese darstelle. Zudem habe die im vorliegenden Fall vorgenommene Ersatzerbeinsetzung nur den Fall umfassen sollen, dass der Verein Lebenshilfe – der Beteiligte Ziffer 1 – oder eine Ersatzorganisation nicht vorhanden ist, so dass die Beteiligte Ziffer 2 weder vom Verein Lebenshilfe noch von deren Nachfolgeorganisation betreut werden könnte. Eine Regelung für den Fall, dass die Erbeinsetzung der Beteiligten Ziffer 1 unwirksam sein sollte, hätten die Erblasser nicht getroffen mit der Folge, dass die Beteiligte Ziffer 2 gesetzliche Alleinerbin werde. Hilfsweise hat die Beteiligte Ziffer 2 im vorliegenden Verfahren die Anfechtung des Erbvertrages vom 30.4.1986 erklärt und zur Begründung ausgeführt, eine Ersatzerbeinsetzung der Beteiligten Ziffer 3 habe in dem Fall, dass der Beteiligte Ziffer 1 noch vorhanden sei, mit der abgegebenen Erklärung nicht erfolgen sollen.

Die Beteiligte Ziffer 2 beantragt im Beschwerdeverfahren, die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 1 zurückzuweisen.

Die Beteiligte Ziffer 3 hält den angegriffenen Beschluss des Nachlassgerichts für zutreffend. Auch sie hält die Einsetzung der Beteiligten Ziffer 1 als Alleinerbin für unwirksam und ihre eigene Einsetzung als Ersatzerbe für wirksam. Zur Frage der Kenntnis des Beteiligten Ziffer 1 von der Erbeinsetzung trägt die Beteiligte Ziffer 3 vor, es entspreche durchaus den üblichen Gepflogenheiten, dass im Wege einer letztwilligen Verfügung Begünstigte von den Erblässern zu deren Lebzeiten hierüber unterrichtet werden, auch um Wohlverhalten im Sinne der Erblasser sicherzustellen. Im vorliegenden Fall könne allerdings dahinstehen, ob der Beteiligte Ziffer 1 positive Kenntnis vom Inhalt der letztwilligen Verfügung hatte oder nicht. Bereits der weitere Verbleib der Beteiligten Ziffer 2 in der Einrichtung des Beteiligten Ziffer 1 führe zur Nichtigkeit der Alleinerbeinsetzung des Beteiligten Ziffer 1. Ihre eigene Einsetzung als Ersatzerbe hält die Beteiligte Ziffer 3 demgegenüber für wirksam. Richtig sei zwar, dass die Beteiligte Ziffer 2 in den Werkstätten der Beteiligten Ziffer 3 während der üblichen Arbeitszeiten einer Erwerbstätigkeit nachgehe. Es handle sich insoweit aber weder um eine Einrichtung bzw. Maßnahme der Tages- und Nachtpflege noch der Kurzzeitpflege, geschweige denn stelle die entsprechende Tätigkeit und der dortige Aufenthalt den Lebensmittelpunkt der Beteiligten Ziffer 2 dar, es handle sich schlichtweg um ihre Arbeitsstelle. Die Regelung des § 14 HeimG sei daher auf sie – die Beteiligten Ziffer 3 – nicht anwendbar. Sie habe im Übrigen nach dem Wortlaut des Erbvertrages „für alle Fälle“ Ersatzerbe werden sollen.

Die Beteiligte Ziffer 3 beantragt im Beschwerdeverfahren, die Beschwerden der Beteiligten Ziffer 1 und 2 zurückzuweisen.

Die Beteiligte Ziffer 3 hat während des Abhilfeverfahrens beim Nachlassgericht die Erteilung eines Erbscheins beantragt, wonach sie

Alleinerbin der Erblasserin geworden ist. Über diesen Erbscheinsantrag ist noch nicht entschieden.

Das Notariat S G I – „Betreuungsgericht“ (gemeint: Nachlassgericht) – hat den Beschwerden der Beteiligten Ziffer 1 und 2 nicht abgeholfen und die Akten dem OLG Stuttgart zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerden der Beteiligten Ziffer 1 und 2 sind gemäß §§ 58 ff. FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerde des Beteiligten Ziffer 1 hat auch in der Sache Erfolg, da er Alleinerbe der Erblasserin geworden ist und sein Erbscheinsantrag deshalb zu Unrecht zurückgewiesen worden ist. Der Erbscheinsantrag der Beteiligten Ziffer 2 wurde demgegenüber zu Recht zurückgewiesen, weshalb ihre Beschwerde ohne Erfolg bleibt.

1. Gemäß § 14 Abs. 1 HeimG (Bund), § 14 Abs. 1 LHeimG BW alter Fassung, § 9 Abs. 1 LHeimG BW neuer Fassung ist es dem Heimträger untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnern oder den Bewerbern um einen Heimplatz Geldleistungen oder geldwerte Leistungen über das vereinbarte oder zu vereinbarenden Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Ein Verstoß hiergegen führt zur Nichtigkeit der betreffenden Zuwendung gemäß § 134 BGB. Erfasst sein können neben Zuwendungen des Bewohners oder Bewerbers auch Zuwendungen Dritter, zum Beispiel Angehöriger. Dies ergibt sich aus der Formulierung „zugunsten von Bewohnern oder Bewerbern“. Dass eine Zuwendung bereits vor dem Eintritt in das Heim erfolgt ist, schließt die Anwendbarkeit des Verbotsgesetzes nicht aus (vgl. OLG Karlsruhe, ZEV 1996, 146; KG, NJW-RR 1999, 2). Eine Zuwendung im vorgenannten Sinne kann auch in einer letztwilligen Verfügung liegen. Das Verbot erfasst aber nicht jede einseitige letztwillige Verfügung schlechthin. Ein „sich gewähren lassen“ setzt vielmehr voraus, dass zu der Zuwendungshandlung das Einverständnis des Empfängers der Zuwendung hinzutritt und sich deshalb das Eintreten des Vermögensvorteils auf ein Einvernehmen zwischen dem Testierenden und dem Bedachten gründet (BayObLG, NJW 1992, 55; BayObLGZ 1992, 344; KG, NJW-RR 1999, 2; OLG Karlsruhe, ZEV 2011, 424). In diesem Sinn wird der Begriff „sich gewähren lassen“ auch im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB verstanden, an den sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 14 HeimG (Bund) angelehnt hat. An einem solchen Einvernehmen fehlt es aber, wenn der Heimträger bedacht wird, ohne dass er bis zum Eintritt des Erbfalls Kenntnis erlangt hat (KG, NJW-RR 1999, 2; BayObLG, NJW 1992, 55; OLG Karlsruhe, ZEV 2011, 424). Das BVerfG (NJW 1998, 2964) hat die in § 14 HeimG (Bund) enthaltene Einschränkung der Testierfähigkeit des Heimbewohners unter anderem mit der Erwägung als verfassungskonform 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, a. a. O., unter Verweis auf BGH, ZEV 1996, 147).

Nicht gefolgt werden kann der im vorliegenden Fall vom Nachlassgericht vertretenen Auffassung, im Hinblick darauf, dass die Beteiligte Ziffer 2 weiterhin in der Einrichtung des bedachten Trägers wohne, könne dahingestellt bleiben, ob hier ein Einvernehmen im oben genannten Sinne vorlag. Das Nachlassgericht verweist insoweit auf die Entscheidung des OLG München vom 20.6.2006 (NJW 2006, 2642), wonach dann, wenn ein Angehöriger eines Heimbewohners den Trä-

ger zum Erben bzw. Vermächtnisnehmer einsetzt und der Heimbewohner weiterhin in der Einrichtung dieses Trägers lebt und dessen Dienste in Anspruch nimmt, das Verbot einzugreifen soll, auch wenn der Heimträger ohne sein Wissen zum Erben eingesetzt wurde. Der BGH (NJW 2012, 155, in einem Fall der Einsetzung des Heimträgers als Nacherbe) ist dieser Rechtsprechung zu Recht nicht gefolgt. Es bleibt vielmehr dabei, dass zum Schutze der Testierfreiheit die Regelung des § 14 HeimG (Bund) verfassungskonform dahin auszulegen ist, dass sie dem Angehörigen eines Heimbewohners die Einsetzung des Heimträgers in einem „stillen“ Testament auch in diesem Fall nicht verbietet. Im Rahmen des praktisch wortgleichen § 14 LHeimG BW bzw. nunmehr § 9 LHeimG BW kann nichts anderes gelten.

2. Im vorliegenden Fall kann eine Unwirksamkeit der in Rede stehenden letztwilligen Verfügung – Einsetzung des Beteiligten Ziffer 1 als Alleinerbe im Erbvertrag der Eheleute vom 30.4.1986 – nicht festgestellt werden, da nicht ersichtlich ist, dass der Beteiligte Ziffer 1 Kenntnis von der Erbeinsetzung hatte. Ein Einvernehmen im oben genannten Sinne kann nicht festgestellt werden.

Der Beteiligte Ziffer 1 macht geltend, er habe erst nach dem Tode der Erblasserin Kenntnis von der Zuwendung erhalten, nämlich mit der Übersendung der Niederschrift zur Testamentsöffnung vom 28.7.2010 durch das Nachlassgericht. Demgegenüber verweist die Beteiligte Ziffer 2 auf das Schreiben an die Erblasserin vom 16.12.2002 (bei Bl. 155 d. A.), in welchem die Einsetzung des Beteiligten Ziffer 1 als Alleinerbin erwähnt ist. Dieses Schreiben stammt indes nicht vom Beteiligten Ziffer 1 (Heimträger), sondern vom Beteiligten Ziffer 5 (Landesverband). Beim Beteiligten Ziffer 1 einerseits und dem Beteiligten Ziffer 5 handelt es sich um unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten, die jeweils als eingetragener Verein verfasst sind. Zwar ist der Beteiligte Ziffer 1 Mitglied des Beteiligten Ziffer 5 als Landesverband. Das ändert jedoch nichts daran, dass verschiedene Rechtspersönlichkeiten vorliegen. Dass der Beteiligte Ziffer 5 bereits zu Lebzeiten der Erblasserin Kenntnis von der in Rede stehenden Erbeinsetzung hatte, ergibt sich ohne Weiteres aus dem Schreiben vom 16.12.2002. Hingegen ergibt sich weder aus dem Inhalt dieses Schreibens noch aus anderen Umständen eine Kenntnis des Beteiligten Ziffer 1, sei es in Form einer Kenntnis aufseiten seiner Organe, eines Heimleiters oder anderer Personen, deren Kenntnis zurechenbar wäre (vgl. dazu BayObLGZ 1992, 344; OLG Karlsruhe, ZEV 1996, 146). Folgerichtig kann auch nicht mit der erforderlichen Gewissheit ein Einvernehmen des Beteiligten im oben genannten Sinne angenommen werden. Insbesondere ist dabei auch eine Zurechnung des aufseiten des Beteiligten Ziffer 5 vorhandenen Wissens nicht möglich. Hierfür gibt es rechtlich keine tragfähige Grundlage, insbesondere stellt § 166 Abs. 2 BGB keine solche dar. Die Erblasserin hat sich ausweislich des Inhalts des Schreibens vom 16.12.2002 offenbar mit einem Schreiben vom 12.11.2002 an den Beteiligten Ziffer 5 bzw. dessen Rechtsberater, Herrn Rechtsanwalt V St, gewandt, den Erbvertrag vom 30.4.1986 mitübersandt und um eine Prüfung gebeten. Dass das darauf folgende Tätigwerden des Herrn ... und die in dem Antwortschreiben vom 16.12.2002 liegende Beratung im Auftrag oder in Vertretung des Beteiligten Ziffer 1 oder anderweitig unter ihrer Beteiligung erfolgt wäre, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass der Beteiligte Ziffer 1 informiert wurde. Ersichtlich ist lediglich, dass die Beratung Niederschlag im Nachtrag vom 19.8.2003 zum Erbvertrag gefunden hat. Der Umstand als solcher, dass der Beteiligte Ziffer 1 Mitglied des Beteiligten Ziffer 5 als Landesverband ist, ist für eine Wissenszurechnung nicht ausreichend.

Bei dieser Sachlage kann eine Nichtigkeit der Erbeinsetzung gemäß § 134 BGB nicht festgestellt werden. Diese Erbeinsetzung hat daher Bestand. Die von der Beteiligten Ziffer 2 im Rahmen ihrer Beschwerde erklärte Anfechtung des Erbvertrages vom 30.4.1986 geht ins Leere, da sie auf der – nicht zutreffenden – Annahme beruht, dass der Beteiligte Ziffer 1 im Erbfall zwar existent ist, aber nicht erbt und in dieser Konstellation die Beteiligte Ziffer 3 Ersatzerbin wird.

Soweit sich dem genannten Schreiben vom 16.12.2002 zusätzlich entnehmen lässt, dass es den Eheleuten ... darum ging, einen Zugriff der Sozialhilfeträger auf den Nachlass möglichst weitgehend zu verhindern, führt dies schließlich ebenfalls nicht zur Unwirksamkeit der in Rede stehenden letztwilligen Verfügung (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 72. Aufl. 2013, § 138 Rdnr. 50a m. w. N. sowie zuletzt BGH, NJW 2011, 1586).

Der auf der Grundlage dieser Erbfolge gestellte Erbscheinsantrag des Beteiligten Ziffer 1 wurde daher zu Unrecht zurückgewiesen. Dementsprechend war das Nachlassgericht auf die Beschwerde des Beteiligten Ziffer 1 anzuweisen, diesen Erbschein zu erteilen.

3. Aus dem Vorgesagten ergibt sich zugleich, dass der Erbscheinsantrag der Beteiligten Ziffer 2 vom Nachlassgericht zu Recht zurückgewiesen worden ist. Ihre hiergegen eingelegte Beschwerde bleibt daher ohne Erfolg.

4. Die Kostenentscheidung im Beschwerdeverfahren beruht hinsichtlich der Gerichtskosten auf § 131 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 KostO, im Übrigen auf §§ 81, 84 FamFG.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes im Beschwerdeverfahren beruht auf § 131 Abs. 4 KostO i. V. m. § 30 Abs. 1 KostO. Bei der Bestimmung des jeweiligen wirtschaftlichen Interesses der beiden Beschwerdeführer waren der Pflichtteilsanspruch der Beteiligten Ziffer 2 in Höhe des hälftigen Nachlasswertes sowie die von den Eheleuten ... ausgebrachten Vermächnisse wertmindernd zu berücksichtigen. Hieraus ergibt sich auf der Grundlage des vorliegenden Nachlassverzeichnisses des Testamentsvollstreckers vom 19.8.2010, dass die Beschwerde des Beteiligten Ziffer 1 auf eine wirtschaftliche Verbesserung in Höhe von 47.439,59 € und die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 2 auf eine wirtschaftliche Verbesserung in Höhe von 47.680,04 € gerichtet ist.

Gründe für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde gemäß § 70 FamFG liegen nicht vor.

Anmerkung:

1. Der in der notariellen Praxis mittlerweile bestens bekannte § 14 HeimG dient durchaus legitimen Gemeinwohlzielen: Dem Schutz des Heimfriedens, dem Schutz der Heimbewohner vor finanzieller Ausbeutung und – soweit er als Testierverbot wirkt – dem Schutz der Testierfreiheit der Heimbewohner.¹ Gleichwohl bereitet die Norm, bei der es sich primär um eine öffentlichrechtliche Verbotsvorschrift handelt, mangels Abstimmung mit dem Zivilrecht (Erbrecht) bei der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen Probleme (zum Beispiel bei der Beurteilung des Anwendungsbereichs der Vorschrift, der Folgen eines Verstoßes und der etwaigen Genehmigungsfähigkeit eines Testaments). Die Hoffnung, dass sich die komplizierte Rechtslage mit der Föderalismusreform, durch die die Gesetzgebungskompetenz für das öffentlichrechtliche Heimrecht in die ausschließliche

¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 3.7.1998, 1 BvR 434/98, NJW 1998, 2964 = FamRZ 1998, 1498 = DNotZ 1999, 56.

Gesetzgebungskompetenz der Länder übergegangen ist, vereinfacht, hat sich leider nicht erfüllt. Vielmehr haben fast alle Landesheimgesetze² die Verbotsnorm für Zuwendungen an den Heimträger (§ 14 Abs. 1 HeimG) bzw. einzelne Heimmitarbeiter (§ 14 Abs. 5 HeimG) mehr oder weniger wörtlich übernommen. Damit setzen sich die alten Probleme und Streitfragen fort, jetzt nur im landesgesetzlichen Gewand.

2. Ein „Klassiker“ der Probleme im Rahmen des § 14 HeimG ist die Frage, ob und inwieweit alle Verfügungen von Todes wegen, die von einem Heimbewohner oder -bewerber oder von dritten Personen zugunsten des Heimbewohners errichtet worden sind und den Heimträger begünstigen, unwirksam sind³ oder ob diese unter Mitwirkung, auf Veranlassung oder zumindest mit Wissen des Verbotsadressaten zustande gekommen sein müssen. Der BGH⁴ musste auf Vorlage des OLG Karlsruhe⁵ zu einem „Behindertentestaments“- und damit „Drittbegünstigungs“-Fall, in dem der einzige, behinderte Sohn des Erblassers zum nicht befreiten Vorerben und der Träger der Einrichtung, in der der Sohn untergebracht war, ohne sein Wissen zum Nacherben eingesetzt worden war, Stellung nehmen. In Abkehr vom Beschluss des OLG München vom 20.6.2006⁶ entschied der BGH in verfassungskonformer Auslegung des § 14 Abs. 1 HeimG, dass die Norm 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. Der BGH hat dies damit begründet, dass in dieser Konstellation von den anerkannten Schutzzwecken des § 14 HeimG allein der Schutz des Heimfriedens betroffen sein könne (und dies auch nur in geringem Maße) und der Testierfreiheit (hier: des Angehörigen) in der erforderlichen Abwägung ein deutlich höheres Gewicht zukomme. Die Entscheidung des BGH wurde in der Literatur fast ausnahmslos positiv aufgenommen.⁷

3. Nunmehr hat sich das OLG Stuttgart in seiner vorstehenden Entscheidung der Rechtsansicht des BGH zur Wirksamkeit des sog. „stillen Testaments“ angeschlossen und damit ebenfalls der oben genannten abweichenden Ansicht des OLG München eine Absage erteilt. Das OLG Stuttgart steht somit ebenfalls auf dem Standpunkt, dass für ein „gewähren lassen“ im Sinne des § 14 Abs. 1 HeimG (Bund) bzw. § 14 Abs. 1 LHeimG BW a. F. bzw. § 9 Abs. 1 LHeimG BW n. F. eine einseitige Willenserklärung oder -betätigung des Gebers nicht genügt, sondern vielmehr eine Annahmeerklärung des Empfängers oder ein entsprechendes vorangegangenes Verlangen hinzukommen muss.⁸ Das OLG Stuttgart begründet dies zu

² Aktuelle Übersicht bei G. Müller in *Burandt/Rojahn*, Erbrecht, Querschnittskommentar, 2. Aufl. 2014, Anh. HeimG Rdnr. 35 ff.

³ So *Sagmeister*, ZEV 2012, 99 f.; OLG München, Beschluss vom 20.6.2006, 33 Wx 119/06, NJW 2006, 2642 f.

⁴ Beschluss vom 26.10.2011, IV ZB 33/10, MittBayNot 2012, 297 ff. m. Anm. G. Müller.

⁵ Beschluss vom 9.12.2010, 11 Wx 120/09, ZEV 2011, 424 = NotBZ 2011, 375.

⁶ 33 Wx 119/06, NJW 2006, 2642 f.

⁷ Vgl. G. Müller, MittBayNot 2012, 298 ff.; *Wellenhofer*, JuS 2012, 255 ff.; *Tersteegen*, RNotZ 2012, 376 ff.; *Odersky*, notar 2012, 139; a. A. nur (soweit ersichtlich) *Sagmeister*, ZEV 2012, 99 f.

⁸ So neben der oben genannten Entscheidung des BGH bereits zum Beispiel BayObLG, Beschluss vom 28.6.1991, BReg. 1 a Z 3/90, BayObLGZ 1991, 251 = MittBayNot 1991, 265 = NJW 1992, 55; KG, Beschluss vom 14.5.1998, 1 W 3540/97, DNotI-Report 1998, 142 = Rpfler 1998, 428 = ZEV 1998, 437 = NJW-RR 1999, 2; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 9.12.2010, 11 Wx 120/09, ZEV 2011, 424 = NotBZ 2011, 375; BVerwG, Beschluss vom 26.1.1990, 7 B 86/89, NJW 1990, 2268 f.

Recht⁹ unter anderem damit, dass der Begriff „sich gewähren lassen“ in diesem Sinn auch im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB verstanden werde, an den sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 14 HeimG (Bund) angelehnt hat.¹⁰ Es ist absolut erfreulich, dass auch das OLG Stuttgart im Sinne des Schutzes der Testierfreiheit der Heimbewohner und deren Angehöriger der absolut herrschenden und verfassungskonformen Auslegung der heimrechtlichen Zuwendungsverbote folgt und das „stille Testament“ des Heimbewohners oder seiner Angehörigen zulässt.

Für die notarielle Praxis bedeutet dies, dass für letztwillige Zuwendungen an den Heimträger (jenseits der wegen des „ob“ unsicheren Genehmigungsfälle) ein schmaler Grat verbleibt, wobei das eigentliche Kunststück bei der Testamentsgestaltung darin bestehen dürfte, herauszufinden, ob der Heimträger bereits Kenntnis von den Testierabsichten hat. Und selbst wenn dies nach Klärung des Sachverhalts verneint werden kann und der Testierwunsch des Erblassers verwirklicht wird, verbleibt dem Notar noch die (undankbare) Aufgabe, dem Erblasser zu verdeutlichen, dass eine nachträgliche Kenntniserlangung und Herstellung des „Einvernehmens“ über die Zuwendung zur Unwirksamkeit des Testaments führt (womit sich die eben durchgeführte Beurkundung im Nachhinein als sinnlos herausstellen würde).

4. Zurück zum OLG Stuttgart: Die Entscheidung betraf noch einen anderen, im Rahmen des § 14 HeimG (Bund) bzw. der entsprechenden Landesheimgesetze relevanten Aspekt: Den der Kenntniserlangung bzw. der Zurechnung von Kenntnis im Rahmen verbotener Zuwendungen an den Heimträger. Die bisher herrschende Ansicht steht auf dem Standpunkt, dass hinsichtlich der „schädlichen“ Kenntniserlangung die Kenntnis einer Person ausreicht, die der Heimträger mit der Wahrnehmung von Angelegenheiten der Heimbewohner betraut hat und die den Heimträger in diesem Bereich gegenüber den Heimbewohnern „repräsentiert“. Als solche „Repräsentanten“ wurden in der Rechtsprechung bislang zum Beispiel angesehen der Heimleiter¹¹, der Leiter der Nachlassabteilung der betreffenden Stiftung¹² sowie die „Schwester Oberin“ als (wohl maßgeblich angesehener) Teil des Pflegepersonals¹³.

Der Fall des OLG Stuttgart war insoweit anders gelagert als die bislang entschiedenen, als nicht eine Zurechnung auf der Hierarchie-Ebene von „unten“ (Mitarbeiter) nach „oben“ (Heimträger) erfolgen sollte, sondern von „oben“ (Landesverband) nach „unten“ (Heimträger). Mit guten Gründen lehnt das OLG Stuttgart jedoch eine Kenntniszurechnung im Hinblick darauf ab, dass es sich bei dem Landesverband einerseits und dem Heimträger andererseits um unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten (in Form eingetragener Vereine) handelt. Dass es für die Wissenszurechnung nicht ausreichend sein kann, dass der Heimträger Mitglied des Landesverbandes ist, ist nicht nur formaljuristisch korrekt, sondern entspricht auch den verfolgten Schutzzwecken der Verbotsnorm: Verboten ist nicht die Zuwendung schlechthin, sondern die einvernehmliche Zuwendung, die den Heimbewohner unzumutbar bedrängen, benachteiligen oder zu Störungen des Heimfriedens führen kann, wenn hierdurch eine „Besserbehandlung“

⁹ Vgl. dazu bereits G. Müller, MittBayNot 2012, 298, 299.

¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 7/180, S. 15.

¹¹ BayObLG, Beschluss vom 24.11.1992, 1 Z BR 73/92, NJW 1993, 1143 = DNotZ 1993, 453; VGH BW, Urteil vom 1.7.2004, 6 S 40/04, NJW 2004, 3792 ff. = MittBayNot 2005, 317.

¹² KG, Beschluss vom 14.5.1998, 1 W 3540/97, ZEV 1998, 437 = Rpfler 1998, 428 = NJW-RR 1999, 2.

¹³ OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.2.1995, 9 U 160/94, ZEV 1996, 146.

erkauft werden soll. Folgerichtig schadet nicht die Kenntniserlangung beliebiger Dritter (wie Notar, Nachlassgericht, Betreuer, Angehörige usw.), sondern nur derjenigen, die „im Lager“ des Heimträgers stehen und aufgrund ihrer dortigen Position und Verbindung zum Heim auf die Pflege und Versorgung des Heimbewohners tatsächlich Einfluss nehmen können. Dies ist nicht der Fall, wenn die Kenntniserlangung nur „außerhalb des Heimes“ und des konkreten Heimträgers erfolgt (wie hier beim übergeordneten, rechtlich selbständigen Landesverband, soweit nicht besondere Umstände des Einzelfalls – wie zum Beispiel Personenidentität der vertretungsberechtigten Organe¹⁴ – ausnahmsweise eine andere Sichtweise bedingen). Auch insoweit ist der Entscheidung des OLG Stuttgart beizupflichten und der Beschluss für die Gestaltungspraxis mangels abschließender Klärung der Rechtslage durch die Rechtsprechung von Interesse.

Rechtsanwältin Dr. *Gabriele Müller*, Würzburg

¹⁴ Vgl. OLG Celle, Urteil vom 5.1.2012, 6 U 90/11, NJOZ 2013, 881 = BeckRS 2013, 01302 m. abl. Anm. *Maier-Reimer*, NJW 2013, 2405 ff.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. AktG §§ 131, 132; FamFG § 74 Abs. 3 Satz 4; ZPO § 559 Abs. 2 (*Anforderungen und Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts der Gesellschaft*)

1. **Das Rechtsbeschwerdegericht hat gemäß § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 Abs. 2 ZPO bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer verlangten Auskunft nach § 131 AktG grundsätzlich von dem Sachverhalt auszugehen, den das Beschwerdegericht festgestellt hat. Das gilt auch für die Frage, ob die Erteilung der Auskunft geeignet wäre, der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil im Sinne des § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG zuzufügen.**
2. **Die Gesellschaft muss die ein Auskunftsverweigerungsrecht begründenden Umstände nicht darlegen und beweisen, sondern es genügt, diese Umstände plausibel zu machen.**
3. **Wenn der Vorstand in der Hauptversammlung entgegen § 131 Abs. 5 AktG die Gründe für die Auskunftsverweigerung nicht in die Niederschrift über die Verhandlung aufnehmen lässt, führt das nicht dazu, dass im Verfahren nach § 132 AktG Auskünfte erzwungen werden können, deren Offenbarung der Gesellschaft nicht unerhebliche Nachteile zufügen würde (§ 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG) oder hinsichtlich derer objektiv ein anderer in § 131 Abs. 3 AktG aufgeführter Auskunftsverweigerungsgrund vorliegt.**
4. **Der Vertraulichkeitsschutz und das mit diesem korrespondierende Recht des Vorstands, Auskünfte in der Hauptversammlung zu verweigern, erstreckt sich auch auf die Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im Bereich der Tätigkeit des Aufsichtsrats.**

BGH, Beschluss vom 14.1.2014, II ZB 5/12

Der Antragsteller hält mindestens seit dem 29.1.2010 Vorzugsaktien ohne Stimmrecht an der Antragsgegnerin, der Porsche Automobil Holding SE.

Die Antragsgegnerin hatte im Jahr 2005 mit dem Aufbau einer Beteiligung an der Volkswagen AG (VW) begonnen. Sie erwarb zunächst 10,26 % der VW-Stammaktien und stockte ihre Beteiligung bis zum 16.9.2008 auf einen Anteil von 35,14 % der Stammaktien auf, nachdem der Aufsichtsrat einer Pressemitteilung der Antragsgegnerin zufolge sein Einverständnis zur Erhöhung der Beteiligung auf über 50 % gegeben hatte. Neben dem Erwerb von VW-Stammaktien schloss die Antragsgegnerin Derivatgeschäfte auf VW-Stammaktien ab.

Nach erheblichen Kursbewegungen der VW-Stammaktie Mitte Oktober 2008 gab die Antragsgegnerin in einer Pressemitteilung am 26.10.2008 bekannt, dass sie zum Ende der vorausgegangenen Woche 42,6 % der VW-Stammaktien sowie 31,5 % Optionen auf VW-Stammaktien gehalten habe, bei deren Auflösung sie die Differenz zwischen dem dann aktuellen Kurs der VW-Stammaktie und dem darunterliegenden Absicherungskurs ausbezahlt bekomme. Zielsetzung sei es, sofern die entsprechenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen stimmten, im Jahr 2009 die Beteiligung an VW auf 75 % aufzustoßen und damit den Weg für einen Beherrschungsvertrag frei zu machen. Die Tatsache, dass sich die Porsche-Eigentümerfamilien geschlossen und uneingeschränkt hinter das Vorgehen der Vorstände Dr. W und H gestellt hätten, bestärke den jetzt erfolgten Schritt zur Offenlegung der Aktien und Kurssicherungspositionen im Zusammenhang mit der Übernahme von VW.

Der Kurs der VW-Stammaktie stieg nach der Pressemitteilung stark an und erreichte am 28.10.2008 vorübergehend gut 1.000 €, woraufhin die Antragsgegnerin entsprechend einer Ankündigung in einer weiteren Pressemitteilung vom 29.10.2008 Kurssicherungsgeschäfte in Höhe von bis zu 5 % der VW-Stammaktien auflöste. Am 5.1.2009 erwarb die Antragsgegnerin ein weiteres Aktienpaket und baute so ihre Beteiligung an VW auf 50,76 % der Stammaktien aus.

Der Antragsgegnerin war von einem Bankenconsortium wegen eines Pflichtangebots im März 2007 ein Kredit in Höhe von 35 Mrd. € eingeräumt worden, der später unter Erweiterung des Verwendungszwecks auf allgemeine geschäftliche Zwecke auf 10 Mrd. € reduziert wurde und Ende März 2009 zur Rückzahlung fällig war. Am 24.3.2009 vereinbarte die Antragsgegnerin mit einem Consortium von 15 Banken eine Refinanzierung des Kredits, der mit VW-Aktien besichert wurde. Dabei wurde der Kredit durch Beitritt eines weiteren Vertragspartners um 750 Mio. € – statt geplanter 2,5 Mrd. € – aufgestockt.

Im Juli 2009 wurde die Amtsniederlegung der Vorstandsmitglieder Dr. W und H vereinbart. Mitte August 2009 stimmte der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin einer Grundlagvereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und VW zu, die unter anderem für das Jahr 2011 die Verschmelzung der Antragsgegnerin auf VW vorsah. Ferner erwarb das Emirat K über die Q H LLC 10 % der Stammaktien an der Antragsgegnerin sowie einen Großteil der von ihr gehaltenen Derivate.

Seit August 2009 wurde gegen die Vorstandsmitglieder Dr. W und H wegen des Verdachts der Verletzung aktienrechtlicher Publizitätspflichten und Marktmanipulationen durch die Staatsanwaltschaft Stuttgart und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ermittelt. In den USA wurden gegen die Antragsgegnerin Klagen wegen Manipulation des Kurses der VW-Stammaktie in Milliardenhöhe erhoben.

Die ordentliche Hauptversammlung der Antragsgegnerin für das Geschäftsjahr 2008/2009 fand am 29.1.2010 statt. Ihr lag der Geschäftsbericht für das Geschäftsjahr 2008/2009 vor, das am 31.7.2009 endete. Der Geschäftsbericht enthielt im Rahmen der Wiedergabe des Konzernlageberichts den Hinweis, dass die Liquiditätssituation der Antragsgegnerin zum Bilanzstichtag am 31.7.2009 kritisch gewesen sei und die Veräußerung der Optionen an die Q H LLC kurz nach dem Bilanzstichtag zu einer Erhöhung der freien Liquidität um mehr als eine Milliarde Euro geführt habe. Es wurde ferner darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass die Schritte zur Zusammenführung der Unternehmen der Antragsgegnerin und VW und damit auch die Entschuldung der Antragsgegnerin nicht wie geplant erfolgen sollten, sich bis Ende des Jahres 2009 erneut eine kritische Liquiditätssituation bei der Antragsgegnerin ergeben könne, die den Fortbestand des Unternehmens und des Konzerns gefährden könne. Der Vorstand der Antragsgegnerin sei aufgrund des derzeitigen Stands der Verhandlungen davon überzeugt, dass sich dieses Risiko nicht verwirklichen werde.

Die Tagesordnung der Hauptversammlung sah unter anderem die Beschlussfassung über die Entlastung zweier Mitglieder des Vorstands und der Mitglieder des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2008/2009

vor; die Entlastung der Vorstandsmitglieder Dr. W und H sollte nach dem Beschlussvorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat zurückgestellt werden (Tagesordnungspunkte 3 und 4). Ferner war die Beschlussfassung über die Verwendung des im Geschäftsjahr 2008/2009 erzielten Bilanzgewinns (Tagesordnungspunkt 2), die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds (Tagesordnungspunkt 5), die Wahl des Abschlussprüfers für das Geschäftsjahr 2009/2010 (Tagesordnungspunkt 6) und die Schaffung eines neuen genehmigten Kapitals unter Aufhebung des bisherigen genehmigten Kapitals und entsprechender Änderung der Satzung (Tagesordnungspunkt 7) vorgesehen. In der Hauptversammlung richtete der Antragsteller insgesamt 14 Fragen an die Antragsgegnerin und machte sich weitere 6 Fragen des Aktionärs B zu eigen.

Der Antragsteller hält die Fragen für nicht ausreichend beantwortet und möchte mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung entsprechend weitergehende Auskünfte der Antragsgegnerin erzwingen. Das LG hat den Antrag zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben (OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.2.2012, 20 W 5/11, juris; auszugsweise abgedruckt in ZIP 2012, 970). Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers.

Aus den Gründen:

B.

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

Die Rechtsbeschwerde ist nach Zulassung durch das Beschwerdegericht nach Art. 53 VO (EG) 2157/2001, § 132 Abs. 3 Satz 1, § 99 Abs. 1 AktG, § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

I. Die SE-Verordnung (VO [EG] 2157/2001) enthält für das Auskunftsrecht der Aktionäre keine Regelungen, sondern verweist in Art. 53 auf die für deutsche Aktiengesellschaften maßgeblichen Regelungen, mithin auf §§ 131 f. AktG (MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl., Art. 53 SE-VO Rdnr. 16).

II. Das Beschwerdegericht hat die Zulassung ausdrücklich nicht auf das Auskunftsverlangen zu einzelnen Fragen beschränkt. Hieran ist das Rechtsbeschwerdegericht gebunden, § 70 Abs. 2 Satz 2 FamFG.

III. Die Antragsgegnerin wendet zu Unrecht ein, die Rechtsbeschwerde sei wegen unzureichender Begründung unzulässig, weil sie bezüglich einzelner Fragen und Unterfragen nicht auf die die Entscheidung tragenden Erwägungen des Beschwerdegerichts eingehe. Die Rechtsbeschwerde greift die Entscheidung des Beschwerdegerichts schon mit ihrer Rüge, das Beschwerdegericht habe verfahrensfehlerhaft von der Durchführung einer (öffentlichen) mündlichen Verhandlung abgesehen, in vollem Umfang und den Anforderungen des § 71 Abs. 3 Nr. 2 lit. b FamFG entsprechend an. Damit ist den Begründungsanforderungen genügt (vgl. BGH, Beschluss vom 25.1.1990, IX ZB 89/89, NJW 1990, 1184; MünchKommZPO/*Krüger*, 4. Aufl., § 551 Rdnr. 20).

C.

Die Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Die Erstbeschwerde ist zulässig. Die Beschwerdefrist von einem Monat gemäß Art. 53 VO (EG) 2157/2001, § 132 Abs. 3 Satz 1, § 99 Abs. 1 AktG, § 63 Abs. 1 FamFG ist gewahrt.

II.

Die vom Antragsteller erhobenen Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg.

1. Die auf einen absoluten Verfahrensmangel gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1, § 99 Abs. 1 AktG, § 72 Abs. 3 FamFG, § 547 Nr. 5 ZPO zielenden Rügen des Antragstellers greifen nicht durch.

a) Mit der Rüge, die Vorschriften über die Öffentlichkeit seien im Verfahren erster Instanz verletzt worden, kann ein Verfahrensmangel nicht begründet werden, weil Gegenstand der Überprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren nur die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist.

b) Dass ein Verstoß gegen die Vorschriften über die Öffentlichkeit durch das Beschwerdegericht selbst vorliegt, hat der Antragsteller nicht den Anforderungen der § 132 Abs. 3 Satz 1, § 99 Abs. 1 AktG, § 71 Abs. 3 Nr. 2 lit. b FamFG entsprechend gerügt.

Zwar stellt die Übernahme eines unter Verletzung der Öffentlichkeitsvorschriften in der Vorinstanz zustande gekommenen Verfahrensabschnitts einen erneuten Verstoß gegen die Vorschriften über die Öffentlichkeit dar (BGH, Urteil vom 29.3.2000, VIII ZR 297/98, NJW 2000, 2508, 2509; MünchKommZPO/*Krüger*, 4. Aufl., § 547 Rdnr. 14, jeweils für das Berufungsverfahren; vgl. auch *Brinkmann in Schulte-Bunert/Weinreich*, FamFG, 3. Aufl., § 32 Rdnr. 16). Die Rechtsbeschwerde zeigt jedoch nicht auf, welche vom LG getroffenen Feststellungen das Beschwerdegericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Damit ist davon auszugehen, dass das Beschwerdegericht seine Entscheidung aufgrund eigener Feststellungen getroffen hat. Dabei durfte das Beschwerdegericht gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung absehen.

2. Die weiteren Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird insoweit gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1, § 99 Abs. 1 AktG, § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

III.

Auch im Übrigen hält die angefochtene Entscheidung den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand. Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf Erteilung weitergehender Auskünfte nach Art. 53 VO (EG) 2157/2001, § 131 AktG.

1. Das Auskunftsrecht des Aktionärs wird unter anderem durch das Kriterium der Erforderlichkeit in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG und durch das Auskunftsverweigerungsrecht des Vorstands aus § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG begrenzt.

a) Das Merkmal der Erforderlichkeit der Auskunft in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG zielt nach der Rechtsprechung des Senats darauf ab, missbräuchlich ausufernde Auskunftsbegehren zu verhindern, um die Hauptversammlung nicht mit überflüssigen, für eine sachgemäße Beurteilung des Beschluss- oder sonstigen Gegenstands der Tagesordnung unerheblichen Fragen zu belasten (BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 388 f.). Entsprechend der Funktion des Auskunftsrechts, das auch zur Meinungs- und Urteilsbildung anderer Aktionäre, insbesondere der Minderheitsaktionäre, in der Hauptversammlung beitragen soll, ist Maßstab für die „Erforderlichkeit“ eines Auskunftsverlangens der Standpunkt eines objektiv urteilenden Aktionärs, der die Gesellschaftsverhältnisse nur aufgrund allgemein bekannter Tatsachen kennt und daher die begehrte Auskunft als nicht nur unwesentliches Beurteilungselement benötigt. Durch dieses Kriterium wird das Informationsrecht gemäß § 131 AktG in qualitativer und quantitativer Hinsicht sowie hinsichtlich seines Detaillierungsgrads begrenzt (BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389; Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 39, Kirch/Deutsche Bank; Beschluss vom 5.11.2013, II ZB 28/12, ZIP 2013, 2454 Rdnr. 20).

Entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde verstößt § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht gegen Art. 9 der Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften (Abl. L 184 vom 14.7.2007, S. 17 ff.) – nachstehend: Aktionärsrechterichtlinie –, soweit das Auskunftsrecht des Aktionärs auf zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderliche Auskünfte beschränkt ist. Der Senat hat nach dem Erlass des angegriffenen Beschlusses entschieden, dass die Begrenzung des Auskunftsrechts durch das Merkmal der Erforderlichkeit eine zulässige Maßnahme nach Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 der Aktionärsrechterichtlinie darstellt (BGH, Beschluss vom 5.11.2013, II ZB 28/12, ZIP 2013, 2454 Rdnr. 27 ff., 37). Auf die Frage, ob mögliche Vorgaben der Aktionärsrechterichtlinie für die Auslegung von § 131 AktG nur insoweit gelten, als die Rechte von Aktionären mit Stimmrechtsaktien betroffen sind, kommt es daher im vorliegenden Fall nicht an (verneinend *Kersting* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 651, 666 f.; *ders.*, ZIP 2009, 2317, 2320; *Pöschke*, ZIP 2010, 1221, 1224; a. A. *Kocher/Löchner*, AG 2010, 153, 155).

b) Der Vorstand darf die Auskunft nach § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG verweigern, soweit die Erteilung der Auskunft nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. Im Rahmen dieser Prüfung ist abzuwägen, ob von einer offenen Antwort auf die in der Hauptversammlung gestellten Fragen auch Vorteile für die Gesamtheit der Aktionäre und die Gesellschaft selbst zu erwarten sind, die zu befürchtende Nachteile aufwiegen (BGH, Urteil vom 29.11.1982, II ZR 88/81, BGHZ 86, 1, 19). Dies kann bei einem objektiv begründeten Verdacht schwerwiegender Pflichtverletzungen der Verwaltungsorgane der Gesellschaft in Betracht kommen (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 43, Kirch/Deutsche Bank).

2. Gemessen hieran hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Antrag unbegründet ist.

a) Das Rechtsbeschwerdegericht hat gemäß § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 Abs. 2 ZPO bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der verlangten Auskünfte grundsätzlich von dem Sachverhalt auszugehen, den das Beschwerdegericht festgestellt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 9.6.2011, V ZB 230/10, NJW 2011, 3450 Rdnr. 9; Beschluss vom 7.11.2012, XII ZB 17/12, FamRZ 2013, 214 Rdnr. 11; Beschluss vom 23.4.2013, II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rdnr. 11). Die den Feststellungen zugrundeliegende Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und im Rechtsbeschwerdeverfahren nur darauf zu überprüfen, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff der Erforderlichkeit zutreffend erfasst und sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 19.7.2004, II ZR 217/03, WM 2004, 1726, 1729; Urteil vom 13.12.2011, XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 Rdnr. 29; Beschluss vom 23.4.2013, II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rdnr. 11; MünchKommFamFG/*Ulrici*, 2. Aufl., § 37 Rdnr. 10; *Meyer-Holz* in *Keidel*, FamFG, 17. Aufl., § 37 Rdnr. 11; § 74 Rdnr. 30). Ebenso unterliegt die Beurteilung des Beschwerdegerichts, ob die Erteilung der Auskunft geeignet wäre, der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen (§ 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG), nur einer eingeschränkten Prüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren (siehe zum vergleichbaren Rechtsbegriff des wichtigen Grundes BGH, Urteil vom 28.10.2002, II ZR 353/00, ZIP 2002, 2254, 2255; Beschluss vom 20.4.2010, VIII ZR 254/09, WuM 2010, 431 Rdnr. 5; Urteil vom 7.3.2013, III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 Rdnr. 18; Urteil vom 24.9.2013, II ZR 216/11, ZIP 2013, 2310 Rdnr. 14).

Danach zeigt die Rechtsbeschwerde keinen Rechtsfehler auf.

b) Frage 1:

aa) Die Frage des Antragstellers lautet:

„Nennen Sie bitte die Strike-Preise der Call- und Put-Optionen, die Porsche am 26.10.2008 in seinem Bestand hatte. Wie viele Call- und Put-Optionen hatte Porsche an folgenden Stichtagen in seinem Bestand? Nennen Sie bitte auch den jeweiligen Strike-Preis und die Laufzeiten, und zwar an folgenden Stichtagen: 17.11.2006, 27.1.2007, 25.2.2008, 10.3.2008, 18.9.2008, 5.10.2008.“

Hierauf erteilte die Antragsgegnerin folgende Auskunft:

„Herr W fragt nach den sog. Strikes der Optionsgeschäfte, die Porsche am 26.10.2008 in seinem Bestand hatte. Er fragte weiter nach dem Bestand an Optionsgeschäften am 17.11.2006 sowie 27.1.2007.

Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass wir zu Einzelheiten der Optionsgeschäfte keine Auskunft geben wollen. Wir können ihnen jedoch mitteilen, dass der durchschnittliche Strike der von Porsche seit 2005 abgeschlossenen Kurssicherungsgeschäfte im Hinblick auf VW-Aktien deutlich unterhalb des Wertes lag, mit dem die VW-Stammaktien im Jahresabschluss der Gesellschaft für das Geschäftsjahr 2008/09 angesetzt wurde(n).

Zu Vorgängen vor dem Geschäftsjahr 2008/09, das allein Gegenstand dieser Hauptversammlung ist, können wir keine Auskunft geben.“

bb) Das Beschwerdegericht hat eine weitergehende Auskunftspflicht im Wesentlichen mit folgender Begründung verneint:

Zwar seien die begehrten Auskünfte zu Einzelheiten der Derivatgeschäfte nicht erteilt worden. Der Auskunft habe aber entnommen werden können, dass der durchschnittliche Basispreis (Strike) unter 144 € gelegen habe. Hinsichtlich der genauen Höhe der vereinbarten Basispreise und der übrigen Einzelheiten der Derivatgeschäfte habe sich der Vorstand der Antragsgegnerin zu Recht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht berufen. Die Antragsgegnerin habe hinreichend dargelegt, dass die konkrete Gefahr nicht unerheblicher Nachteile für die Antragsgegnerin im Falle der Offenlegung von Einzelheiten der Derivatgeschäfte bestehe, weil die Informationen von Kapitalmarktteilnehmern zu Spekulationen zum Nachteil der Antragsgegnerin verwendet werden könnten. Ein Diskretionsinteresse der Antragsgegnerin bestehe auch unter dem Aspekt des Erhalts ihrer Kontrahierungsfähigkeit, weil Kapitalmarktteilnehmer Informationen zum Nachteil der Q H LLC hätten nutzen können, auf welche die Antragsgegnerin große Teile ihrer Derivate im August 2009 übertragen habe. Unabhängig davon, ob und mit welchem Inhalt zwischen der Antragsgegnerin und der Q H LLC eine ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarung getroffen worden sei, könne davon ausgegangen werden, dass die Q H LLC von der Antragsgegnerin Stillschweigen über die Einzelheiten der Derivatgeschäfte erwarten dürfe. Das Diskretionsinteresse der Antragsgegnerin werde nicht durch ein Aufklärungsinteresse überwogen.

Hinsichtlich der meisten vom Antragsteller zur Begründung seines Auskunftsbegehrens geltend gemachten Pflichtverletzungen des Vorstands fehle es schon an der Aufklärungseignung der verlangten Auskünfte. Dies gelte etwa für den Vorwurf der Überschreitung des Unternehmensgegenstands. Diesbezüglich sei eine Pflichtverletzung nicht schlüssig vortragen, weil das LG die Derivatgeschäfte auf VW-Aktien zu Recht als zulässige Hilfsgeschäfte der Antragsgegnerin zum Aufbau einer Beteiligung an VW eingestuft habe. Soweit der

Antragsteller rüge, die im Januar 2009 erworbenen weiteren VW-Stammaktien seien „zu teuer“ erworben worden bzw. ihr Erwerb habe nicht im Unternehmensinteresse gelegen, fehle es ebenfalls an der Aufklärungseignung. Eine Aufklärungseignung der Informationen zu den Einzelheiten der Derivatgeschäfte sei auch in Bezug auf die Rüge, beim Erwerb der weiteren Aktien sei gegen elementare Finanzierungsregeln verstoßen worden, nicht ersichtlich.

Soweit die Aufklärungseignung der mit der Frage begehrten Informationen zu Einzelheiten der Derivatgeschäfte nicht von vornherein auszuschließen sei, habe der Antragsteller ein Aufklärungsinteresse nicht hinreichend dargetan. Es sei nicht festzustellen, dass dem handelnden Vorstand angesichts der „übermäßigen Komplexität und Intransparenz von Derivatgeschäften“ das Treffen von Entscheidungen auf ausreichender Informationsgrundlage unmöglich gewesen sei, weil Derivatgeschäfte nicht per se „übermäßig komplex“ oder „intransparent“ seien. Zu Unrecht berufe sich der Antragsteller auf eine Pflichtwidrigkeit unter dem Aspekt der mangelnden Risikodiversifizierung, weil sich das Risiko bei der Entscheidung zum Erwerb einer auf Dauer angelegten Beteiligung an einem anderen Unternehmen notwendig auf das Gelingen des Beteiligungserwerbs und den wirtschaftlichen Erfolg der Beteiligung konzentriere. Die Auffassung des Antragstellers, durch den Abschluss der Derivatgeschäfte seien unter Missachtung des Wohls der Gesellschaft existenzielle Risiken eingegangen worden, sei jedenfalls nicht durch Tatsachen belegt. Soweit ein Aufklärungsinteresse mit dem Vorwurf begründet werde, der Vorstand habe absehen müssen, dass seine Pressemitteilung vom 26.10.2008 zu einem Anstieg des Kurses der VW-Stammaktien führen würde, begründeten die vorgebrachten Tatsachen allenfalls einen Anfangsverdacht, nicht jedoch den nötigen hinreichenden Verdacht.

cc) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde bleiben ohne Erfolg. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Antragsgegnerin den Auskunftsanspruch erfüllt hat, soweit sie näherungsweise Angaben über den durchschnittlichen Basispreis der Kurssicherungsgeschäfte gemacht hat. Im Ergebnis rechtsfehlerfrei ist auch die Beurteilung, dass der Antragsgegnerin im Hinblick auf das weitergehende Auskunftsbegehren gemäß Art. 53 VO (EG) 2157/2001, § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG das Recht zustand, die Auskunft zu verweigern.

(1) Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Auskunftsanspruch erfüllt ist, soweit die Antragsgegnerin Angaben zum durchschnittlichen Basispreis der Kurssicherungsgeschäfte gemacht hat. Die Auskunft hat gemäß § 131 Abs. 2 Satz 1 AktG den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Ob eine Auskunft diesen Anforderungen genügt, wenn die begehrte Information ihr nicht unmittelbar, sondern nur durch weitergehende Recherchen entnommen werden kann, ist im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich. Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass den in der Hauptversammlung erteilten Auskünften entnommen werden konnte, dass der durchschnittliche Basispreis der Kurssicherungsgeschäfte unter 144 € lag. Diese Würdigung ist – unter Berücksichtigung der auf die Frage 20 erteilten Auskunft („[...] Die durchschnittlichen Anschaffungskosten für die 50,8%-ige Beteiligung am stimmberechtigten VW-Stammkapital liegen bei 144 € pro Aktie. Unter Berücksichtigung der getätigten Kurssicherungsgeschäfte liegt der durchschnittliche Anschaffungspreis pro Aktie deutlich unter 144 €.“) – frei von Rechtsfehlern. Dass diese Information über den durchschnittlichen Basispreis der Kurssicherungsgeschäfte den Umständen nach nicht auch als Antwort auf die Frage 1 des Antragstellers auf-

gefasst werden konnte, macht die Rechtsbeschwerde nicht geltend. Allein daraus, dass die Information auf eine andere Frage hin gegeben wurde, lässt sich dies nicht herleiten (vgl. auch MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 80).

(2) Die Rechtsbeschwerde wendet sich ohne Erfolg gegen die Bewertung des Beschwerdegerichts, dass die Erteilung der übrigen verlangten Auskünfte zum Zeitpunkt der Hauptversammlung für die Gesellschaft nachteilig im Sinne des § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG gewesen wäre. Die dieser Bewertung zugrundeliegende Abwägung der durch die Erteilung der Auskunft drohenden Nachteile und der von ihr zu erwartenden Vorteile ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

(a) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin die ein Auskunftsverweigerungsrecht begründenden Umstände nicht darlegen und beweisen muss, sondern dass es genügt, die das Auskunftsverweigerungsrecht begründenden Nachteile plausibel zu machen (BGH, Urteil vom 15.6.1992, II ZR 18/91, BGHZ 119, 1, 17; OLG Düsseldorf, WM 1991, 2148, 2152; Großkommentar AktG/*Decher*, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 301; *Grigoleit/Herrler*, AktG, § 131 Rdnr. 43; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 131 Rdnr. 25; KK-AktG/*Kersting*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 510 f.; MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 113; *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess, 1970, S. 83), und dass es demgegenüber Sache des Aktionärs ist, diejenigen Umstände darzulegen, aus denen ein vorrangiges Aufklärungsinteresse der Gesamtheit der Aktionäre und der Gesellschaft folgt (KK-AktG/*Kersting*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 512; Großkommentar AktG/*Decher*, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 301; *Heidel* in *Heidel*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 62; *Reger* in *Bürgers/Körber*, AktG, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 20; siehe auch BGH, Urteil vom 29.11.1982, II ZR 88/81, BGHZ 86, 1, 20; Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 43). Der gemäß § 26 FamFG geltende Untersuchungsgrundsatz wird im Auskunftserzwingungsverfahren relativiert, weil es in diesem Verfahren den Beteiligten obliegt, die für sie jeweils vorteilhaften Umstände darzulegen (vgl. OLG Düsseldorf, WM 1991, 2148, 2152; MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl., § 132 Rdnr. 32; Großkommentar AktG/*Decher*, 4. Aufl., § 132 Rdnr. 33; *Grigoleit/Herrler*, AktG, § 132 Rdnr. 10; *Reger* in *Bürgers/Körber*, AktG, 3. Aufl., § 132 Rdnr. 6; *Siems* in *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 132 Rdnr. 17; demgegenüber den Amtsermittlungsgrundsatz stärker betonten *Spindler* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 2. Aufl., § 132 Rdnr. 18; *Jänig/Leißring*, ZIP 2010, 110, 114).

Für die Frage, ob ein Auskunftsverweigerungsrecht besteht, kommt es allein auf die objektive Sachlage an. Die Antragsgegnerin wird insoweit auch mit einer im Auskunftserzwingungsverfahren gemäß § 132 AktG nachgeschobenen Begründung gehört (BGH, Urteil vom 23.11.1961, II ZR 4/60, BGHZ 36, 121, 130 f. zu § 112 AktG 1937; Großkommentar AktG/*Decher*, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 291; MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 108 f.; KK-AktG/*Kersting*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 507; *Spindler* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 73; *Siems* in *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 36; *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess, 1970, S. 127 f.; a. A. *Heidel* in *Heidel*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 60; *Hommelhoff*, ZHR 151 (1987), 493, 511 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 9.2.1987, II ZR 119/86, BGHZ 101, 1, 8 f., zur Frage, ob ein Begründungsmangel eine Gesetzesverletzung nach § 243 Abs. 1 AktG darstellt). Dem steht nicht entgegen, dass nach § 131 Abs. 5 AktG auf Verlangen des Aktionärs die für die Auskunftsverweigerung ange-

fürten Gründe in die Niederschrift über die Verhandlung aufzunehmen sind. Denn diese Vorschrift regelt lediglich eine Dokumentationspflicht in der Hauptversammlung, nicht aber die Folgen eines möglichen Begründungsmangels. Selbst wenn eine Begründungspflicht des Vorstands anzuerkennen wäre (offen lassend BGH, Urteil vom 9.2.1987, II ZR 119/86, BGHZ 101, 1, 8; bejahend OLG Dresden, AG 2003, 433, 435; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 131 Rdnr. 26; *Liebscher in Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 131 AktG Rdnr. 15; für den Fall, dass dies ausdrücklich verlangt wird, KK-AktG/*Kersting*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 505; Großkommentar AktG/*Decher*, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 291), könnte ein Verstoß gegen diese Pflicht nicht dazu führen, dass im Verfahren nach § 132 AktG Auskünfte erzwungen werden könnten, deren Offenbarung der Gesellschaft nicht unerhebliche Nachteile zufügen würde (§ 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG) oder hinsichtlich derer objektiv ein anderer in § 131 Abs. 3 AktG aufgeführter Auskunftsverweigerungsgrund vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 23.11.1961, II ZR 4/60, BGHZ 36, 121, 130 f.).

(b) Der Entscheidung des Beschwerdegerichts liegt entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde nicht die Annahme zugrunde, dass nicht mehr marktrelevante Informationen geeignet seien, der Gesellschaft Nachteile zuzufügen. Das Beschwerdegericht hat vielmehr im Einzelnen ausgeführt, dass die verlangten Informationen zum Zeitpunkt der Hauptversammlung noch marktrelevant waren. Dabei ist es davon ausgegangen, dass der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Hauptversammlung im Falle der Offenbarung der Basiswerte und Laufzeiten der von ihr zu den jeweiligen Stichtagen gehaltenen Optionen unabhängig davon Nachteile durch die Möglichkeit von Spekulationen auf den Kurs der VW-Aktie gedroht haben, ob die jeweiligen Optionen noch im Bestand der Antragsgegnerin waren oder diese ihre Annahmen über den Wert von VW inzwischen geändert hatte. Gegen diese Würdigung ist von Rechts wegen nichts zu erinnern.

(c) Ausgehend von den vorstehenden Ausführungen des Beschwerdegerichts zur Marktrelevanz der verlangten Informationen konnte es von einer Gefahr der Beeinträchtigung der Kontrahierungsfähigkeit der Antragsgegnerin (hierzu BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 42, Kirch/Deutsche Bank) unabhängig davon ausgehen, ob es sich bei den an die Q H LLC veräußerten Optionen um diejenigen gehandelt hat, auf die sich das Auskunftsverlangen bezieht.

(d) Das Beschwerdegericht hat auch ohne Rechtsfehler angenommen, dass ein vorrangiges Aufklärungsinteresse im Hinblick auf einen Schadensersatzanspruch wegen Überschreitung des Unternehmensgegenstands nicht in Betracht kommt.

Dass der Aufbau der VW-Beteiligung vom Unternehmensgegenstand der Antragsgegnerin gedeckt war, stellt die Rechtsbeschwerde zu Recht nicht in Frage. Hieran anknüpfend hat das Beschwerdegericht festgestellt, dass die Antragsgegnerin mit den Derivatgeschäften keinen eigenständigen unternehmerischen Zweck verfolgt hat, sondern diese lediglich als Hilfsgeschäfte dem Aufbau der VW-Beteiligung gedient haben. Mit der pauschalen Behauptung, die Derivatgeschäfte hätten den Charakter reiner Wetten gehabt, deren Erlös nach freiem Ermessen verwendet worden sei, vermag die Rechtsbeschwerde eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung des Beschwerdegerichts in diesem Punkt nicht aufzuzeigen.

Der Senatsentscheidung vom 15.5.2000, II ZR 359/98, BGHZ 144, 290, 293, kann entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde nicht entnommen werden, dass lediglich Geschäfte, die in „unmittelbarem Zusammenhang mit dem Unternehmensge-

genstand laut Satzung stehen“, als zulässige Hilfsgeschäfte angesehen werden können (vgl. auch MünchKommAktG/*Spindler*, 3. Aufl., § 82 Rdnr. 35). Für die Abgrenzung ist vielmehr allein entscheidend, ob die Derivatgeschäfte dem Aufbau der Beteiligung an VW gedient haben oder ob sie auf eine selbständige Gewinnerzielung gerichtet waren (vgl. BGH, Urteil vom 15.1.2013, II ZR 90/11, ZIP 2013, 455 Rdnr. 19). Letzteres hat das Beschwerdegericht auf der Grundlage seiner rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen verneint.

(e) Die Rüge, das Beschwerdegericht habe zu Unrecht ein Aufklärungsinteresse wegen eines Gesetzesverstößes der Organmitglieder verneint, weil die Richtlinien zur fristenkongruenten Finanzierung grundlegend verkannt worden seien, hat keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat insoweit nicht nur eine Pflichtverletzung der Organmitglieder verneint, sondern auch angenommen, dass die begehrte Auskunft nicht zur Aufklärung der vom Antragsteller angenommenen Pflichtverletzung beitragen kann. Gegen diese rechtlich nicht zu beanstandende Würdigung bringt die Rechtsbeschwerde nichts vor. Ein Aufklärungsinteresse, das im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen gewesen wäre, fehlt damit unabhängig davon, ob die vom Antragsteller gerügte Pflichtverletzung tatsächlich vorliegt.

(f) Die Bewertung des Beschwerdegerichts, es sei nicht festzustellen, dass mit den Derivatgeschäften angesichts der „übermäßigen Komplexität und Intransparenz“ unvertretbare Risiken eingegangen worden seien, ist frei von Rechtsfehlern. Das Beschwerdegericht hat diesbezüglich festgestellt, dass das Risikoprofil der Derivatgeschäfte ausschließlich vom in Bezug genommenen Kurs der VW-Aktie abhing. Unter welchen Gesichtspunkten die von dieser Prämisse ausgehende Bewertung des Beschwerdegerichts unvertretbar oder widersprüchlich sein könnte, zeigt die Rechtsbeschwerde durch den Hinweis auf Feststellungen in einem aktienrechtlichen Beschlussmängelverfahren nicht auf.

(g) Gegen die Würdigung des Beschwerdegerichts, der Antragsteller habe nicht durch Tatsachen einen hinreichenden Verdacht dafür belegt, dass durch den Abschluss der Derivatgeschäfte existentielle Risiken für die Antragsgegnerin eingegangen worden seien, bringt die Rechtsbeschwerde ebenfalls nichts Erhebliches vor. Sie zeigt keinen Sachvortrag des Antragstellers auf, der dem Beschwerdegericht Anlass für weitere Ermittlungen (§ 26 FamFG) zu einem solchen Verdacht hätte geben können. Mit dem Hinweis auf den im Geschäftsjahr 2008/2009 erwirtschafteten Verlust in Höhe von 4,4 Mrd. € wird ein Zusammenhang mit den zur Kurssicherung abgeschlossenen Derivatgeschäften und hieraus folgenden existentiellen Risiken nicht hergestellt. Auch der Umstand, dass im Vorjahreskonzernabschluss nicht über eine kritische Liquiditätssituation zu berichten war, ist kein Anhaltspunkt dafür, dass mit den Kurssicherungsgeschäften existentielle Risiken für die Antragsgegnerin eingegangen wurden.

(h) Ob – wie das Beschwerdegericht angenommen hat – objektiv begründete Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung des Vorstands im Hinblick auf die Auswirkungen der Presseerklärung der Antragsgegnerin auf den Kurs der VW-Stammaktie fehlen, kann offen bleiben, weil insoweit jedenfalls ein vorrangiges Aufklärungsinteresse zu verneinen ist. Der Vorstand kann sich bei Zweifeln an der Ordnungsmäßigkeit seiner Geschäftsführung, die er kennt oder kennen muss, zwar auf ein objektiv begründetes Diskretionsinteresse der Gesellschaft regelmäßig dann nicht berufen, wenn die Offenlegung für die Beurteilung seiner Amtsführung maßgeblich ist und nicht schon ein wirksames Eingreifen des Auf-

sichtsrats zu erwarten ist. Insoweit liegt die Offenbarung pflichtwidriger Versäumnisse vielfach im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft, wenn die Hauptversammlung sich hierdurch vernünftigerweise veranlasst sehen könnte, der Verwaltung die Entlastung zu verweigern oder dem Vorstand das Vertrauen zu entziehen und dadurch zum Nutzen der Gesellschaft einen Wechsel in der Geschäftsleitung herbeizuführen (BGH, Urteil vom 29.11.1982, II ZR 88/81, BGHZ 86, 1, 19 f.).

Ein auf solche Umstände gegründetes Aufklärungsinteresse liegt hier aber nicht vor. Die Mitglieder des Vorstands, gegen die sich die Vorwürfe eines pflichtwidrigen Verhaltens richten, waren zum Zeitpunkt der Hauptversammlung nicht mehr im Amt. Es ging daher in der Hauptversammlung nicht darum, den betroffenen Personen für die künftige Amtsführung das Vertrauen auszusprechen (vgl. BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389; Urteil vom 21.6.2010, II ZR 24/09, ZIP 2010, 1437 Rdnr. 24). Ferner sah der Beschlussvorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat vor, die Entscheidung über die Entlastung der betreffenden ehemaligen Vorstandsmitglieder im Hinblick auf die laufenden Ermittlungen zurückzustellen. Selbst wenn damit eine positive Beschlussfassung über die Entlastung auf einen aus der Mitte der Hauptversammlung gestellten Antrag (Art. 53 VO (EG) 2157/2001, § 124 Abs. 4 Satz 2 AktG) nicht von vornherein ausgeschlossen sein mochte (vgl. Großkommentar AktG/Werner, 4. Aufl., § 124 Rdnr. 86), tritt das Interesse an der Aufklärung über mögliche Versäumnisse der ehemaligen Mitglieder des Vorstands, die angesichts der Komplexität der erhobenen Vorwürfe innerhalb der Hauptversammlung ohnehin nicht zu leisten war, hinter das Diskretionsinteresse der Gesellschaft zurück.

c) Frage 2:

aa) Die Frage des Antragstellers lautet:

„Wann haben sich die Rechtsabteilungen oder externe Kanzleien mit welchen Fragen zum möglichen Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit VW seit dem Jahr 2005 befasst?

Wann wurden erste Bewertungsfragen und etwaige Abfindungs- und Ausgleichszahlungen erörtert und geprüft? Wurden in diesem Zusammenhang bereits Wirtschaftsprüfer tätig?

Wann hat der Vorstand erstmals Planungen angestellt und Aktivitäten unternommen, um den möglichen Erwerb von 76 Prozent an VW durch den Aufbau von Derivatpositionen abzusichern?“

Hierauf erteilte die Antragsgegnerin folgende Auskunft:

„Herr W fragte danach, wann sich Rechtsberater oder externe Kanzleien mit dem möglichen Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit VW seit dem Jahr 2005 befasst haben und wann und durch wen im Zusammenhang damit stehende Bewertungsfragen geprüft wurden.

Bereits vor dem Einstieg der Porsche SE bei Volkswagen im September 2005 hatte Porsche durch ihre Rechtsberater diverse Szenarien für den Beteiligungserwerb, spätere Beteiligungsaufstockungen und mögliche Zielstrukturen in Bezug auf Volkswagen unter rechtlichen Gesichtspunkten prüfen lassen. Zu diesen Szenarien gehörten unter anderem der Erwerb einer Sperrminorität, der Erwerb einer faktischen Hauptversammlungsmehrheit, das Überschreiten der 50 %-Schwelle, die weitere Aufstockung auf 75 % der VW-Stammaktien und die Implementierung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags

zwischen Porsche und VW. Auch nach dem Einstieg von Porsche bei Volkswagen im September 2005 wurden die verschiedenen Szenarien fortlaufend überprüft.“

Und:

„Herr W fragte danach, wann erstmals Pläne aufgestellt und Initiativen ergriffen (wurden), um den Erwerb von 75 Prozent an VW durch den Aufbau von Derivatpositionen abzusichern.

Bereits seit Juli 2005 wurde mit dem Aufbau einer sog. synthetischen Optionsstrategie im Hinblick auf VW-Stammaktien begonnen. Die Kurssicherungsgeschäfte sollten gewährleisten, dass Porsche zu einem späteren Zeitpunkt ggf. beabsichtigte Beteiligungsaufstockungen bei Volkswagen zu wirtschaftlich abgesicherten Konditionen durchführen konnte.“

bb) Das Beschwerdegericht hat eine weitergehende Auskunftspflicht im Wesentlichen mit folgender Begründung verneint: Der erteilten Auskunft habe ein objektiver Empfänger entnehmen können, dass die verschiedenen Szenarien einer Beteiligung im Jahr 2005 durch die Rechtsberater der Antragsgegnerin geprüft worden seien. Auch das mögliche Szenario „Beherrschungsvertrag“ sei bereits im Jahre 2005 und anschließend fortlaufend durch die Rechtsberater der Antragsgegnerin geprüft worden. Die Mitteilung genauerer Daten zum Zeitpunkt der Befassung und zu den geprüften Fragen sei nicht erforderlich gewesen. Eine Auskunft auf die Frage, wann „Bewertungsfragen“ geprüft und ob dabei Wirtschaftsprüfer tätig geworden seien, sei nicht erforderlich gewesen. Ein objektiver Durchschnittsaktionär habe der erteilten Auskunft entnehmen können, dass mit dem Aufbau der „synthetischen Optionsstrategie“, also mit den Derivatgeschäften auf VW-Stammaktien, bereits im Jahre 2005 begonnen worden sei und dass diese von Anfang an auch der Absicherung künftiger Beteiligungsaufstockungen hätten dienen sollen.

cc) Die Beurteilung des Beschwerdegerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden.

(1) Zur ersten Teilfrage nach der Befassung der Rechtsabteilungen oder externen Kanzleien mit Fragen zum Beherrschungsvertrag rügt die Rechtsbeschwerde zu Unrecht die Unvollständigkeit der Auskunft. Die Antwort erschöpft sich gerade nicht in der Mitteilung, dass „verschiedene Szenarien“ seit dem Jahr 2005 fortlaufend überprüft wurden, sondern enthält nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts darüber hinaus die Information, dass der Abschluss eines Beherrschungsvertrags von vornherein und anschließend fortlaufend in die Prüfungen mit einbezogen war. Nähere Auskünfte zum Inhalt der geprüften Fragen und zum Zeitpunkt der Befassung hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei für nicht erforderlich gehalten. Der fragende Aktionär ist bei einer aus seiner Sicht unzureichenden Auskunft spätestens im Auskunftserzwingungsverfahren gehalten, die Beurteilungserheblichkeit seines Auskunftsverlangens darzulegen, wenn die Gesellschaft die Auskunftserteilung unter Berufung auf die fehlende Erforderlichkeit verweigert (vgl. BGH, Beschluss vom 21.9.2009, II ZR 223/08, juris; MünchKommAktG/Kubis, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 46 f.). Den Feststellungen des Beschwerdegerichts lässt sich hierzu nichts entnehmen. Die Rechtsbeschwerde zeigt auch kein Vorbringen des Antragstellers auf, aus dem sich ein Auskunftsinteresse zur Prüfung bestimmter Fragestellungen zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags und dem Zeitpunkt der Prüfung ergeben könnte.

(2) Auch hinsichtlich der zweiten Teilfrage nach der Prüfung und Erörterung von Bewertungsfragen hat das Beschwerde-

gericht mit Recht die Erforderlichkeit einer Auskunft verneint. Ein Informationsinteresse erschließt sich insoweit weder aus den Feststellungen des Beschwerdegerichts noch zeigt die Rechtsbeschwerde entsprechenden Vortrag des Antragstellers auf.

(3) Die dritte Teilfrage nach der Absicherung des Beteiligungserwerbs durch Derivatpositionen wurde beantwortet. Nach der rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Würdigung des Beschwerdegerichts enthielt die Auskunft die Information, dass „die Derivatgeschäfte von Anfang an auch eine künftige möglicherweise anstehende Aufstockung der Beteiligung auf 75 % der Stammaktien absichern sollten.“

d) Frage 3:

aa) Die Frage des Antragstellers lautet:

„Herr Wu sagte in einem Interview gegenüber der Wirtschaftswoche im Juli 2009, dass es Voraussetzung vieler Porsche-Kredite bei Banken gewesen sei, dass es zu einem Beherrschungsvertrag zwischen VW und Porsche komme. Ist diese Aussage zutreffend?

Gab es bereits 2008 Kreditverträge, in denen Klauseln enthalten waren, die sich mit einem solchen Beherrschungsvertrag befassen? Bitte nennen Sie dazu auch die Daten der Abschlüsse dieser Verträge und den wesentlichen Inhalt dieser Klauseln sowie die Namen der Banken, mit denen diese Verträge geschlossen wurden.“

Hierauf erteilte die Antragsgegnerin folgende Auskunft:

„Herr W fragte, ob es zutreffend sei, dass Voraussetzung(en) vieler Porsche-Kredite gewesen sei, dass es zu einem Beherrschungsvertrag zwischen VW und Porsche komme. Darüber hinaus fragte er, ob es bereits 2008 Kreditverträge gab, in denen Klauseln enthalten waren, die sich mit einem solchen Beherrschungsvertrag befassen? Bitte nennen Sie dazu auch die Daten der Abschlüsse dieser Verträge und den wesentlichen Inhalt dieser Klauseln sowie die Namen der Banken, mit denen diese Verträge geschlossen wurden.

Die wesentliche Fremdfinanzierung der Porsche SE während des Jahres 2008 erfolgte durch eine bereits 2007 der Gesellschaft gewährte Kreditlinie, die im Jahr 2008 noch in Höhe von 10 Mrd. € verfügbar war. Dieser Vertrag war im Vorfeld des Pflichtangebots von Porsche für Volkswagen abgeschlossen worden. Seinerzeit hielt die Gesellschaft erst weniger als 30 % der VW-Stammaktien. Dessen ungeachtet enthielt er auch Regelungen für den Fall, dass zwischen Porsche und Volkswagen ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen würde. Entsprechende Vertragskautelen sind marktüblich. Eine Verpflichtung der Gesellschaft zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages oder Klauseln, nach denen die Gesellschaft unter dem Vertrag besser gestellt gewesen wäre, wenn es zum Abschluss eines solchen Vertrags gekommen wäre, waren in dem Vertrag nicht enthalten. Das Bankenkonsortium bestand aus zahlreichen nationalen und internationalen Banken unter Führung der folgenden Institute: Merrill Lynch, UBS, Commerzbank, Barclays, ABN Amro.

(...)“

bb) Das Beschwerdegericht hat eine weitergehende Auskunftspflicht verneint. Ein objektiver Empfänger habe der erteilten Auskunft entnehmen können, dass der Vorstand durch das Abstellen auf den syndizierten Kredit die Existenz anderer wesentlicher Kreditverträge im Jahre 2008 verneint habe. Unter Berücksichtigung der vom Antragsteller zum Beleg der

Erforderlichkeit der Auskunftserteilung konkret angeführten Gründe benötige ein objektiver Durchschnittsaktionär keine Auskunft über den Inhalt unwesentlicher Kreditverträge. Der wesentliche Inhalt der Klauseln sei ausreichend erläutert worden. Aus dem Gesamtzusammenhang habe ein objektiver Empfänger erkennen können, dass es sich jedenfalls nicht um solche Klauseln gehandelt habe, welche die Antragsgegnerin zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit VW verpflichtet oder sie für diesen Fall besser gestellt hätten. Die Erteilung von Auskünften zum Inhalt von Klauseln, welche die Antragsgegnerin weder zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit VW verpflichteten noch sie für diesen Fall besser gestellt hätten, sei nicht erforderlich gewesen.

cc) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Prüfung stand.

(1) Soweit die Rechtsbeschwerde die Teilfrage 2 nach Kreditverträgen mit Klauseln zu einem Beherrschungsvertrag als unzureichend beantwortet rügt, weil diese keine Tatsachen, sondern Wertungen enthalte, erfasst sie den Inhalt der erteilten Auskunft – worauf die Rechtsbeschwerdeerwiderung zu Recht hinweist – nur unvollständig. Die Auskunft benennt die das Kreditkonsortium führenden Institute und enthält zum Inhalt der im Jahr 2007 gewährten und im Jahr 2008 noch zu einem Betrag von 10 Mrd. € – später auf 10,75 Mrd. € erhöht – verfügbaren Kreditlinie die Aussage, dass eine Verpflichtung zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags nicht bestanden habe und die Gesellschaft in diesem Fall auch nicht besser gestellt gewesen wäre.

Der Inhalt der einen Beherrschungsvertrag betreffenden Regelungen des Kreditvertrags wird damit zwar nicht (positiv) genannt. Das Beschwerdegericht hat jedoch ohne Rechtsfehler die Erforderlichkeit einer weitergehenden Auskunft im Hinblick auf das hinter der Frage stehende Informationsinteresse des Antragstellers verneint. Die Rechtsbeschwerde wendet sich insoweit nicht gegen die tatrichterliche Würdigung des Beschwerdegerichts, nach der der objektive Durchschnittsaktionär der Auskunft entnehmen konnte, dass der Antragsgegnerin auf der Grundlage anderweitiger Regelungen weder ein Beherrschungsvertrag hätte aufgezwungen werden können noch solche den Schluss erlaubt hätten, dass die Antragsgegnerin bereits vor dem 26.10.2008 zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags entschlossen gewesen sei. Dies zugrunde gelegt, war die Information ausreichend. Die Rechtsbeschwerde zeigt ein weitergehendes Informationsinteresse des Antragstellers nicht auf.

(2) Ein weitergehender Auskunftsanspruch ergibt sich auch nicht daraus, dass die Auskunft auf die „wesentliche“ Kreditlinie beschränkt wurde. Eine Information über unwesentliche Kreditverträge war nicht geboten. Etwas anderes macht die Rechtsbeschwerde auch nicht geltend. Soweit sie rügt, die Organmitglieder der Antragsgegnerin hätten anstelle der erfragten Tatsachen Wertungen mitgeteilt, verkennt sie, dass die Frage sich auch auf nicht beurteilungserhebliche Informationen bezog. Da der Antragsteller seine Frage auf sämtliche Kreditverträge der Antragsgegnerin richtete und deren vollständige Beantwortung nicht geboten war, überließ er dem auskunftserteilenden Vorstand die Beurteilung der Wesentlichkeit.

e) Frage 4:

aa) Die Frage des Antragstellers lautet:

„Laut aktuellem Spiegel hat der Aufsichtsrat am 23.7.2008 den Vorstand in einem Vorratsbeschluss ermächtigt, die Beteiligung an VW auf 75 Prozent zu erhöhen. Wer hat einen solchen Beschluss vorgeschlagen? Was war der Anlass für einen solchen Beschluss? Ging

diesem Beschluss ein Vorstandsbeschluss oder eine Anregung des Vorstands voraus?“

Hierauf teilte die Antragsgegnerin Folgendes mit:

„Herr W hat nach der im Spiegel genannten Beschlussfassung des Aufsichtsrats gefragt – wir bitten um Verständnis, dass wir zu Beschlussgegenständen und Aufsichtsratssitzungen (oder, Inhalt von Aufsichtsratssitzungen) im Hinblick auf das Beratungsgeheimnis des Aufsichtsrats keine Angaben machen können.“

bb) Das Beschwerdegericht hat eine Auskunftspflicht im Wesentlichen mit folgender Begründung verneint: Der Vorstand habe die Erteilung einer Auskunft auf die konkret gestellten Fragen zu Recht verweigert. Gegenstand der Frage sei aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht die Durchführung der Aufsichtsratssitzung oder der Inhalt des dort gefassten Beschlusses, sondern der diesem zugrundeliegende Anlass bzw. Vorschlag. Richte sich die Frage auf Vorgänge in Aufsichtsratssitzungen, sei zwar grundsätzlich von einer Angelegenheit der Gesellschaft auszugehen. Dem Vorstand komme aber ein Auskunftsverweigerungsrecht zu, soweit diese Vorgänge vertraulich seien. Die Vertraulichkeit erstrecke sich hier jedenfalls auf Anlass und Beschlussvorschlag, was auch gelte, soweit die Frage darauf abgezielt habe, ob der Vorstand eine Beschlussfassung des Aufsichtsrats angeregt habe.

cc) Diese Beurteilung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

(1) Der Vorstand darf regelmäßig die Auskunft verweigern, wenn sich das Auskunftsverlangen auf vertrauliche Vorgänge aus den Sitzungen des Aufsichtsrats bzw. der von ihm nach § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG bestellten Ausschüsse richtet (BGH, Beschluss vom 5.11.2013, II ZB 28/12, ZIP 2013, 2454 Rdnr. 47). Der Vertraulichkeitsschutz und das mit diesem korrespondierende Recht des Vorstands, Auskünfte in der Hauptversammlung zu verweigern, erstrecken sich nach der zutreffenden Sicht des Beschwerdegerichts auch auf die Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im Bereich der Tätigkeit des Aufsichtsrats, weil anderenfalls die vertrauensvolle Zusammenarbeit und offene Diskussion zwischen den Organen gefährdet wäre (vgl. Ziffer 3.5 DCGK; *Drygala*, AG 2007, 381, 384; MünchKommAktG/*Habersack*, 3. Aufl., § 116 Rdnr. 54; *Hoffmann-Becking* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, 3. Aufl., § 33 Rdnr. 51). Ob im Einzelfall der Vertraulichkeitsschutz hinter ein überwiegendes Aufklärungsinteresse zurücktritt, kann offen bleiben, weil der Antragsteller ein solches Interesse nicht aufzeigt.

(2) Entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde ist es für das Auskunftsverweigerungsrecht nicht ausschlaggebend, dass die verlangte Auskunft nicht vom Aufsichtsrat, sondern vom Vorstand zu geben wäre. Es kommt vielmehr ausschließlich darauf an, dass die Frage, ob der Anstoß für eine bestimmte Entscheidung des Aufsichtsrats vom Vorstand oder aus der Mitte des Aufsichtsrats gekommen ist, in den vertraulichen Bereich der Zusammenarbeit der Organe fällt. Dies hat das Beschwerdegericht zutreffend bejaht, weil die Anregung einer bestimmten Beschlussfassung zu den Informationen des Aufsichtsrats zählt, die Grundlage seiner Willensbildung sind. Müssten derartige Informationen offengelegt werden, bestünde die Gefahr, dass der Vorstand von solchen Anregungen Abstand nimmt, auch wenn diese sachgerecht und dem Interesse des Unternehmens dienlich sind.

f) Frage 5:

aa) Die Frage des Antragstellers lautet:

„Porsche hat nach dem 26.10.2008 durch Auflösung eines Teils der Call-Optionen 5,2 Mrd. € brutto erlöst.

Gleichwohl stand Porsche nach Medienberichten bereits wenige Monate später, im März 2009, wegen Liquiditätsschwierigkeiten kurz vor der Insolvenz und konnte nur durch einen Rettungskredit von VW eine solche abwenden.

Vor diesem Hintergrund ist offensichtlich, dass Porsche Ende Oktober 2008 vor erheblichen Liquiditätsproblemen gestanden haben muss. Bestand für Porsche zu diesem Zeitpunkt bereits eine drohende Insolvenzgefahr und wie lange hätte die Liquidität von Porsche noch ohne diese 5,2 Mrd. € gereicht?“

Hierauf erteilte die Antragsgegnerin folgende Auskunft:

„Herr W fragt, ob Ende 2008 drohende Insolvenzgefahr für die Porsche SE bestand.

Porsche stand Ende Oktober 2008 nicht vor erheblichen Liquiditätsproblemen und es bestand auch keine Insolvenzgefahr.

Die angekündigte teilweise Auflösung von Kurssicherungsgeschäften erfolgte nicht zum Zwecke der Liquiditätsgenerierung. Die Auflösung erfolgte ausschließlich mit dem Ziel, weitere Kursturbulenzen der VW-Stammaktie und daraus resultierende negative Folgen für die beteiligten Akteure zu vermeiden.“

Und:

„Wir hatte(n) im Oktober 2008 unabhängig von der Auflösung der Kurssicherungsgeschäfte keine Liquiditätsprobleme. Darüber hinaus haben wir im März 2009 eine neue Finanzierung über 10 Mrd. € abgeschlossen. Sie sehen daran, dass Ihre (Frage) nach der Reichweite der Liquidität hypothetisch ist und von uns nicht weiter beantwortet wird.“

bb) Das Beschwerdegericht meint, die Frage sei ausreichend beantwortet worden. Die Frage nach einer Insolvenzgefahr Ende 2008 sei verneint worden. Der Antragsteller habe keine ausreichenden Tatsachen dargelegt, aus denen sich nicht bloß die Möglichkeit, sondern die Wahrscheinlichkeit der sachlichen Unrichtigkeit der erteilten Auskunft ergebe. Der Beanstandung der BaFin zum Zwischenlagebericht der Antragsgegnerin per 31.1.2009 lasse sich nicht entnehmen, dass die Antragsgegnerin Ende Oktober 2008 vor erheblichen Liquiditätsproblemen gestanden bzw. zu diesem Zeitpunkt eine Insolvenzgefahr bestanden habe. Die Darstellung einer Liquiditätsentwicklung der Antragsgegnerin für den theoretischen Fall des Hinwegdenkens der bereits in der Vergangenheit durchgeführten Teilauflösung der Derivate sei jedenfalls nicht erforderlich gewesen.

cc) Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung in diesem Punkt auf die Feststellung gestützt, dass die Antragsgegnerin im Oktober 2008 Schwierigkeiten bei der Verlängerung des Kredits über 10 Mrd. € nicht habe absehen können. Aufgrund dieser Feststellung, die der Senat seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat, ist nicht ersichtlich, welche Anhaltspunkte das Beschwerdegericht für weitergehende Ermittlungen zu einer kritischen Liquiditätssituation bei der Antragsgegnerin Ende Oktober 2008 gehabt haben soll. Dementsprechend bedarf es keiner Entscheidung dazu, ob im Verfahren gemäß § 132 AktG geprüft wird, ob die Auskunft zutreffend erteilt wurde (bejahend Großkommentar AktG/*Decher*, 4. Aufl., § 132 Rdnr. 7; KK-AktG/*Kersting*, 3. Aufl., § 132 Rdnr. 6; MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl., § 132 Rdnr. 16; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 132 Rdnr. 4a; *Hellwig* in FS Budde, 1995, S. 265, 275 ff.; a. A. KG, ZIP 2010, 698,

699; OLG Dresden, AG 1999, 274, 276; *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess, 1970, S. 143).

Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, das Beschwerdegericht führe bei Auskünften zu künftigen Entwicklungen der Gesellschaft einen unbestimmten, einer objektiven Beurteilung nicht zugänglichen Rechtsbegriff ein, verkennt es, dass das Beschwerdegericht die Erforderlichkeit einer Auskunft zu einer hypothetischen Liquiditätsprognose verneint hat. Diese Beurteilung lässt auf der Grundlage der Feststellung, dass Anzeichen für eine kritische Liquiditätslage Ende Oktober 2008 nicht vorlagen, keinen Rechtsfehler erkennen. Rechtsfehlerhaft ist schließlich auch nicht die tattrichterliche Würdigung, dass Gegenstand der Frage die hypothetische Liquiditätsprognose für die Antragsgegnerin war. Dies ergibt sich schon daraus, dass es dem Antragsteller ausdrücklich um die Darstellung der Liquiditätsprognose für die Antragsgegnerin unter Außerachtlassung der Liquidität aus der Auflösung von Derivatgeschäften ging.

g) Frage 7:

aa) Die Frage des Antragstellers lautet:

„Wurde(n) in dieser Sitzung (des Aufsichtsrats am 20.10.2008) über ernsthafte Risiken aus den Derivaten berichtet? Was hat der Vorstand in dieser Sitzung als Maßnahme vorgeschlagen?“

Ein von der Antragsgegnerin vorgelegtes „Frage- und Antwortblatt 6.20“ sieht auf diese Frage folgende Antwort vor:

„Herr W, Sie haben eine Frage an Herrn Prof. P gestellt. Bitte beachten Sie, dass hier in dieser Hauptversammlung nur Fragen an die Gesellschaft beantwortet werden können. Im Übrigen können wir Ihnen mitteilen, dass der Aufsichtsrat in seiner Sitzung am 20.10.2008 die Strategie im Hinblick auf die VW-Beteiligung und das weitere Vorgehen der Porsche SE mit seinen Folgen umfassend behandelt hat.“

bb) Das Beschwerdegericht meint, die Frage 7 sei ausreichend beantwortet worden. Die Feststellung des LG, der Vorstand habe auf diese Frage die Auskunft verweigern können, sei jedenfalls insoweit nicht zu beanstanden, als nach Maßnahmen gefragt worden sei, die der Vorstand in der Aufsichtsratssitzung vorgeschlagen habe. Im Übrigen sei die Frage durch die Mitteilung, dass der Aufsichtsrat die Strategie im Hinblick auf die VW-Beteiligung und das weitere Vorgehen der Antragsgegnerin mit seinen Folgen umfassend behandelt habe, beantwortet worden, soweit dies erforderlich gewesen sei.

cc) Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass sich das Auskunftsverweigerungsrecht der Antragsgegnerin zu den Vorgängen in der Aufsichtsratssitzung auch auf die dem Aufsichtsrat vom Vorstand unterbreiteten Vorschläge erstreckt, ist rechtlich nicht zu beanstanden (siehe oben Rdnr. 76 f.). Das weitergehende Auskunftsverlangen ist nach den von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts erfüllt worden, soweit dies für die sachgemäße Beurteilung der Gegenstände der Tagesordnung erforderlich war.

h) Frage 11:

aa) Die Frage des Antragstellers lautet:

„Können Sie Berichte bestätigen, dass Porsche in den 14 Tagen vor der Pressemitteilung am 26.10.2008 wegen der sinkenden Aktienkurse unter erheblichem Druck stand?“

Hierauf erteilte die Antragsgegnerin folgende Auskunft:

„Herr W fragt, ob wir Berichte bestätigen können, dass Porsche in den 14 Tagen vor der Presseerklärung vom

26.10.2008 unter erheblichem Druck wegen eines sinkenden Börsenkurses der VW-Aktie stand.

Seit Anfang Oktober 2008 hatte es, wie gesagt, auffällige Kursentwicklungen bei der VW-Stammaktie gegeben. Ursache dafür waren nach Auffassung des Vorstands offenbar erfolgte Leerverkäufe von VW-Stammaktien, die weit über das von Porsche erwartete Maß hinausgingen.

Angesichts dessen gelangte der Porsche-Vorstand am 26.10.2008 zu der Überzeugung, dass die unverzügliche Offenlegung der physischen und synthetischen Positionen der Porsche SE in VW-Stammaktien angezeigt war. Die Veröffentlichung diene ausschließlich dem Zweck, den offensichtlich in großer Zahl vorhandenen Leerverkäufen in VW-Stammaktien Gelegenheit zu geben, ihre Positionen aufzulösen.“

Das von der Antragsgegnerin vorgelegte „Frage- und Antwortblatt 6.16“ enthält folgende Antwort auf eine Frage des Antragstellers zur Lage der Antragsgegnerin im Oktober 2008:

„Der Vorstand der PSE hat bereits in der 2. Jahreshälfte 2008 vor dem Hintergrund der sich abzeichnenden Krise am Finanzmarkt zahlreiche Gespräche mit Banken zur Refinanzierung des bestehenden syndizierten Kredits geführt. Nach intensiven Diskussionen über Refinanzierungsmöglichkeiten signalisierten die Banken, dass sie von einer deutlichen Erholung der Kreditmärkte ab Januar 2009 ausgehen, so dass der Vorstand zu keinem Zeitpunkt den Eindruck gewinnen konnte, dass eine Ablösung des Kredites im März 2009 gefährdet sein könnte. Vielmehr ging der Vorstand vor dem Hintergrund der in den Gesprächen gesammelten Erkenntnisse und den ausführlichen Diskussionen davon aus, dass die Banken nach Abschluss des Jahres 2008 und der Bereinigung von Problemkrediten aus ihren Bilanzen wieder auf eine expansivere Kreditpolitik einschwenken. Darüber hinaus erzielten die beiden Beteiligungen der PSE, der Volkswagen Konzern und die Porsche AG zu diesem Zeitpunkt hohe operative Renditen, so dass der Vorstand unverändert von einer positiven Bonitätseinstufung der Porsche SE ausging. Es gab daher keinen Anlass, Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer mit diesem Thema zu beauftragen.“

bb) Das Beschwerdegericht hält die Frage für beantwortet. Die pauschale Frage nach einer „Drucksituation“ habe der Vorstand durch ein pauschales „Nein“ beantworten dürfen. Die sachliche Unrichtigkeit der erteilten Auskunft sei nicht hinreichend dargetan. Dabei sei zu bedenken, dass die erteilte Auskunft keine objektive Aussage, sondern eine subjektive Einschätzung zum Gegenstand habe. Zudem genüge der Tatsachenvortrag des Antragstellers nicht den Anforderungen, weil es zwar theoretisch möglich erscheine, dass mit der Pressemitteilung der tatsächlich eingetretene Anstieg des Kurses der VW-Stammaktie habe bewirkt werden sollen, der Antragsteller aber keine tatsächlichen Umstände vortrage, die dies nicht nur möglich, sondern wahrscheinlich erscheinen ließen.

cc) Gegen diese Beurteilung wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg. Die Auskunft enthält nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts – was die Rechtsbeschwerde verkennt – zum einen die Mitteilung, dass eine Drucksituation der Antragsgegnerin im Vorfeld der Pressemitteilung vom 26.10.2008 nicht bestanden habe und zum anderen Ausführungen zum Anlass der Pressemitteilung. Die Würdigung, dass sich hinreichende Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Auskunft zum Anlass der Pressemitteilung nicht allein aus dem Kursverlauf der VW-Stammaktie unmit-

telbar vor der Veröffentlichung der Pressemitteilung ergeben, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Beschwerdegericht hat insoweit auch darauf abgestellt, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für erhebliche Liquiditätsprobleme bzw. eine Insolvenzgefahr im Herbst 2008 bestanden, die im Zusammenhang mit dem Kursverlauf hinreichend gewichtige Indizien für eine andere Motivlage hätten sein können. Mit der Rüge, ihr Tatsachenvorbringen sei keinesfalls weniger wahrscheinlich als dasjenige der Antragsgegnerin, zeigt die Rechtsbeschwerde einen Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG) nicht auf. Ob im Auskunftserzwingungsverfahren die Richtigkeit der Auskunft geprüft wird (vgl. oben Rdnr. 83), kann daher auch hier offen bleiben.

i) Frage 17:

aa) Die Frage des Aktionärs B, die sich der Antragsteller zu eigen gemacht hat, lautet:

„Welche Kosten sind mit dem Aufbau und der Finanzierung der Optionen auf VW-Vorzugsaktien entstanden? Welcher Erlös und wann ist Porsche bei der Veräußerung der Optionen auf VW-Vorzugsaktien an Q zugeflossen?“

Auf diese Frage erteilte die Antragsgegnerin keine Auskunft.

bb) Das Beschwerdegericht meint, die Frage sei jedenfalls deshalb nicht zu beantworten gewesen, weil die begehrte Information aus der Sicht eines objektiv urteilenden Durchschnittsaktionärs für die Beurteilung von Gegenständen der Tagesordnung nicht erforderlich gewesen sei. Im Übrigen könne der Antragsteller aus der Nichtbeantwortung der zweiten, auf die Erlöse der Veräußerung von Derivaten auf VW-Vorzugsaktien an die Q H LLC gerichtete Frage schon deshalb keine unzureichende Auskunftserteilung ableiten, weil die Erteilung der begehrten Auskunft unmöglich gewesen sei. Die Antragsgegnerin habe hierzu vorgetragen, dass die Veräußerung der Derivate im Paket ohne die Bestimmung von Einzelpreisen erfolgt sei.

cc) Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Frage nicht beantwortet werden musste. Auf der Grundlage der Feststellung, dass Einzelpreise für die veräußerten Derivate nicht vereinbart wurden, ist nicht ersichtlich, warum die Annahme der Unmöglichkeit der Auskunftserteilung rechtsfehlerhaft sein soll. Vielmehr trifft es zu, dass der auf die Derivate auf Vorzugsaktien entfallende Erlösanteil allenfalls hätte geschätzt werden können.

Die Annahme des Beschwerdegerichts, die verlangten Auskünfte seien nicht geeignet gewesen, auf eine Überschreitung des Unternehmensgegenstands zu schließen, und hätten auch nicht Grundlage einer sinnvollen Risikoabschätzung sein können, weil für eine solche neben den (geschätzten) Veräußerungserlösen noch weitere Ertragspositionen in den Blick zu nehmen gewesen wären, wird von der Rechtsbeschwerde nicht in Frage gestellt.

j) Frage 18:

aa) Die Frage des Aktionärs B, die sich der Antragsteller zu eigen gemacht hat, lautet:

„Wie hoch waren die Kosten für das Weiterrollen der Call-Optionen auf 31 % an VW-Stammaktien pro Jahr im Jahr 2008 und hochgerechnet im Jahr 2009?“

Hierauf erteilte die Antragsgegnerin folgende Auskunft:

„Hierzu kann ich Ihnen mitteilen, dass die Kosten im Ergebnis der Aktienoptionengeschäfte berücksichtigt sind.“

bb) Das Beschwerdegericht meint, weitere Auskunft auf die Frage könne nicht verlangt werden. Eine Bezifferung der Rollkosten der Call-Optionen sei aus der Sicht eines objek-

tiven Durchschnittsaktionärs nicht erforderlich gewesen. Jedenfalls könne die Antragsgegnerin die Auskunft verweigern. Dabei sei es unschädlich, dass der Vorstand sich in der Hauptversammlung am 29.1.2010 nicht ausdrücklich auf ein diesbezügliches Auskunftsverweigerungsrecht berufen habe. Das LG habe zutreffend angenommen, dass bei detaillierten Angaben zu den Rollkosten die Gefahr bestünde, Informationen zu offenbaren, die Rückschlüsse auf Einzelheiten der Derivate ermöglichen.

cc) Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Überprüfung stand. Die Rechtsbeschwerde stellt nicht in Frage, dass die Preisgabe der verlangten Informationen geeignet wäre, der Antragsgegnerin nicht unerhebliche Nachteile zuzufügen, und sie zeigt auch kein Vorbringen zu einem diese Nachteile überwindenden Aufklärungsinteresse auf (§ 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG). Der Umstand, dass der Vorstand sich nicht bereits in der Hauptversammlung auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen hat, führt nicht dazu, dass die Auskunft vom Antragsteller nunmehr erzwungen werden kann (vgl. Großkommentar AktG/Decher, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 291; Siems in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 36; siehe auch oben Rdnr. 43).

k) Bezüglich der Fragen 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 19 und 20 wendet sich die Rechtsbeschwerde ebenfalls ohne Erfolg gegen die aus den dargelegten Gründen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen bzw. gegen die an diese Feststellungen anknüpfenden rechtlich unbedenklichen Bewertungen des Beschwerdegerichts.

15. FamFG § 394; HGB §§ 145 ff., 155, 161 Abs. 2; BGB § 735 (*Handelsregistereintrag – Keine Beseitigung der Vollzugsreife durch Einwendungen des Finanzamts*)

Vom Finanzamt mit Blick auf ausstehende Veranlagungen und ein langwieriges Rechtsbehelfsverfahren vorgebrachte Bedenken stehen der Vollzugsreife der im Rahmen der Liquidation einer GmbH & Co. KG zur Eintragung ins Handelsregister angemeldeten Eintragung („Die Gesellschaft ist durch Beschluss der Gesellschafter aufgelöst. Die Firma ist erloschen. Der Geschäftsbetrieb wurde ohne Liquidation eingestellt. Zu verteilendes Vermögen ist nicht vorhanden. [...]“) nicht entgegen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2014, I-3 Wx 48/14

Unter dem 11.10.2013 haben die Beteiligten zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

„Die Gesellschaft ist durch Beschluss der Gesellschafter aufgelöst.

Die Firma ist erloschen.

Der Geschäftsbetrieb wurde ohne Liquidation eingestellt. Zu verteilendes Vermögen ist nicht vorhanden.

Die Bücher und Papier der aufgelösten Gesellschaft werden von Herrn C M verwahrt.“

Auf diesen Eintragungsantrag hat das Registergericht durch die angefochtene Entscheidung ausgesprochen, sein Vollzug werde zunächst zurückgestellt. Zur Begründung hat es angeführt, ein Vollzug der Anmeldung sei noch nicht möglich, da das Finanzamt Mönchengladbach zweifach Einwände gegen die jetzige Löschung der Gesellschaft mitgeteilt habe. Das Finanzamt hatte sich im Oktober 2013 dahin geäußert, es müssten noch ausstehende Veranlagungen durchgeführt werden, und im Dezember 2013, aufgrund eines langwierigen Rechtsbehelfsverfahrens bitte es von der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister vorerst abzusehen.

Gegen den registergerichtlichen Beschluss vom 31.1.2014 wenden sich die drei Beteiligten mit Schrift ihres Verfahrensbevollmächtigten

vom 5.2.2014, die am 6.2.2014 bei Gericht eingegangen ist. Mit weiterem Beschluss vom 18.2.2014 hat das Registergericht dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Registerakte Bezug genommen.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

a) Es ist bereits zweifelhaft, ob neben den Möglichkeiten, über einen Eintragungsantrag sofort zu entscheiden oder das Verfahren gemäß §§ 381, 21 Abs. 1 FamFG auszusetzen, für das Registergericht auch die Möglichkeit einer sozusagen formlosen Zurückstellung des Vollzuges des Eintragungsantrags, wie hier vom AG ausgesprochen, besteht. Diese Frage bedarf indes keiner näheren Behandlung.

b) Denn jedenfalls wird die Vollzugsreife des Eintragungsantrags nicht durch die vom Finanzamt vorgebrachten Bedenken beseitigt.

Im Rahmen der Liquidation einer Kommanditgesellschaft, § 161 Abs. 2, § 145 ff. HGB, enthält § 155 HGB Regelungen zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens. § 157 Abs. 1 HGB bestimmt sodann, dass nach der Beendigung der Liquidation das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sei. Es ist – soweit ersichtlich – allgemein anerkannt, dass die Kommanditgesellschaft vollbeendet ist, wenn kein Aktivvermögen mehr vorhanden ist, namentlich mit dem vorhandenen Vermögen die Gläubiger befriedigt wurden und ein etwaiger Überschuss an die Gesellschafter verteilt wurde. Zum Aktivvermögen gehören auch offene Forderungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter. Ist die Liquidation mit der Verwendung und Verteilung des Aktivvermögens abgeschlossen, ist die Gesellschaft erloschen; ihre Löschung im Handelsregister ist für die Vollbeendigung weder notwendig noch hinreichend und hat nur deklaratorische Wirkung; mit anderen Worten beurteilt sich das Erlöschen der Firma allein nach der tatsächlichen Vollbeendigung der Gesellschaft. Dies rechtfertigt sich nicht nur aufgrund der dargestellten juristisch-konstruktiven Erwägungen, sondern auch deshalb, weil die Notwendigkeit eines gesonderten gerichtlichen Verfahrens zur Bestellung von Nachtragsliquidatoren in den allermeisten Fällen entbehrlich ist. Stellt sich nämlich nachträglich heraus, dass doch noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, die Gesellschaft also nur scheinbar zu bestehen aufgehört hat und die Liquidation „in Wahrheit“ noch nicht beendet ist, wird die Gesellschaft in der Nachtragsliquidation von den bisherigen Liquidatoren vertreten, ohne dass es einer Neubestellung bedürfte, und kann die Gesellschaft unter ihrer Firma klagen (und verklagt werden). Sind sogar nur noch einzelne Abwicklungsmaßnahmen erforderlich, kann nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung der Verwahrer der Bücher und Papiere gemäß § 157 Abs. 2 HGB als ermächtigt angesehen werden, derartige Erklärungen für die gelöschte Gesellschaft abzugeben (statt aller *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Hillmann*, HGB, 2. Aufl. 2008, § 157 Rdnr. 4 und 7 sowie § 155 Rdnr. 21 f., m. w. N.).

Nicht einheitlich beantwortet wird demgegenüber die Frage, wie offene Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die nach Verteilung des liquiden Vermögens noch existieren, zu behandeln seien. Nach herrschender Meinung stehen diese der Vollbeendigung der Gesellschaft nicht entgegen: Mit der Beendigung der Verteilung des Reinvermögens erlösche die Firma, mithin dürften keine betreibbaren Forderungen mehr – auch nicht gegen Gesellschafter oder Liquidatoren – vorhanden sein, wohl aber noch Gesellschaftsschulden (so deutlich *Baum-*

bach/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 157 Rdnr. 1). Offene Verbindlichkeiten der Gesellschaft seien nach Verteilung des Reinvermögens über die fortbestehende Haftung der ehemaligen Gesellschafter zu tilgen, und der Ausgleich der Gesellschafter untereinander habe außerhalb des Liquidationsverfahrens zu erfolgen. Dies kritisiert eine Minderheitsmeinung als widersprüchlich. Sie verweist darauf, dass es unter Geltung des § 735 BGB ausgeschlossen sei, dass die Gesellschaft zwar Schulden, aber kein Aktivvermögen habe; seien nämlich die Gesellschafter aufgrund offener Gesellschaftsschulden oder wegen der Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen den Gesellschaftern der Gesellschaft gegenüber zum Nachschuss verpflichtet, so verfüge diese mit dem Anspruch aus § 735 BGB über einen Vermögensgegenstand, der die Annahme ihrer Vollbeendigung ausschließe; Letztere trete somit erst ein, wenn neben dem sonstigen Vermögen auch etwaige Sozialansprüche erloschen oder aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden seien (*Staub/Habersack*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 157 Rdnr. 6 sowie § 155 Rdnr. 34; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, 3. Aufl. 2011, § 157 Rdnr. 10 sowie § 155 Rdnr. 53). Allerdings stellt auch diese Ansicht klar, dass es den Gesellschaftern freistehe, den Ausgleich nach § 735 BGB abzubedingen (oder der Gesellschaft den Anspruch anderweitig zu entziehen), in diesem Fall sei die Gesellschaft vermögenslos und erloschen, wenn sie nicht über sonstiges Aktivvermögen verfüge (*Staub/Habersack*, a. a. O., § 155 Rdnr. 34); der Wille der Gesellschafter müsse dahin gehen, dass Ansprüche gegen sie aus § 735 BGB über das Gesellschaftsvermögen abgewickelt werden sollten, doch bleibe es ihnen unbenommen, den Innenausgleich im Verhältnis untereinander und nicht über das Gesellschaftsvermögen zu betreiben (*MünchKommHGB/K. Schmidt*, a. a. O., § 157 Rdnr. 10). Weitergehend wird sogar geäußert, der Ausschluss des Innenausgleichs über das Gesellschaftsvermögen entspreche wohl dem Regelfall (*MünchKommHGB/K. Schmidt*, a. a. O.). Jedenfalls unterscheiden sich für eine solche Sachverhaltensgestaltung die Ergebnisse der Minderheitsauffassung nicht mehr von denjenigen der herrschenden Meinung.

Nach diesen Grundsätzen ist es – in der vom Senat allein zu beurteilenden zivilrechtlichen Hinsicht – ohne Belang, ob die Finanzverwaltung noch Steuerforderungen gegen die betroffene Gesellschaft hat, etwaige laufende Verfahren sind – soweit es auf das Zivilrecht ankommt – auf den Gesichtspunkt der Gesellschafterhaftung umzustellen. Denn ein Aktivvermögen der Gesellschaft ist nicht feststellbar. Die Beteiligten haben in ihrer Anmeldung ausdrücklich erklärt, zu verteilendes Vermögen sei nicht vorhanden. Damit haben sie zugleich klargestellt, dass nach ihrem Willen etwaige Ansprüche der Gesellschaft aus § 735 BGB gegen die Gesellschafter abbedungen sein sollten und der im Hinblick auf offene Steuerverbindlichkeiten etwa erforderliche Innenausgleich nicht über das Gesellschaftsvermögen betrieben werden solle.

Unberührt hiervon bleibt die Frage der Steuerrechtsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft, die nach den in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu beurteilen ist.

(...)

16. UmwG § 228 Abs. 1; WPO § 27 Abs. 2; StBerG § 49 Abs. 2 (*Umwandlung eingetragener Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungs-GmbH in KG*)

Die Umwandlung einer bereits im Handelsregister eingetragenen Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungs-

GmbH, deren Gesellschafter die „klassischen“ Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsaufgaben wahrnehmen, in eine KG ist nicht möglich, da eine KG zuvor gemäß § 49 Abs. 2 StBerG, § 27 Abs. 2 WPO wegen ihrer Treuhandfähigkeit im Handelsregister eingetragen sein müsste.

KG, Beschluss vom 27.9.2013, 12 W 94/12

Die vier Gesellschafter H, W, H und Z der durch Gesellschaftsvertrag vom 5.11.2002 gegründeten und unter HRB ... B ins Handelsregister beim AG Charlottenburg eingetragenen H GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft haben am 18.5.2012 in Anwesenheit des beurkundenden Notars H eine Gesellschafterversammlung abgehalten, auf der sie – laut Protokoll unter § 4 – den Formwechsel der oben genannten GmbH in die H GmbH & Co. KG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft beschlossen haben. Die bisherigen Gesellschafter übernahmen Kommanditanteile im Gesamtwert von 100.000 €. Einzige Komplementärin der umgewandelten Gesellschaft wurde die durch Vertrag vom 21.12.2011 von den vier Gesellschaftern der Beteiligten gegründete H Verwaltungs-GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft (HRB ... B). Am 18.5.2012 wurde der Formwechsel beim AG Charlottenburg zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

Das AG Charlottenburg hat mit Zwischenverfügung vom 12.6.2012 darauf hingewiesen, dass der Formwechsel in eine Kommanditgesellschaft nicht in Betracht komme, da die Gesellschaft freiberufliche Tätigkeiten ausübe. Unter Vorlage einer den Formwechsel befürwortenden Stellungnahme der Wirtschaftsprüferkammer vom 27.7.2012 (Bl. 35) und einer Unbedenklichkeitsbescheinigung der Steuerberaterkammer vom 20.8.2012 (Bl. 47) hielt die Beteiligte ihren Antrag aufrecht. Mit Beschluss vom 27.8.2012 (Bl. 48) wies das AG Charlottenburg die Anmeldung zurück. Die Umwandlung in eine Personenhandelsgesellschaft sei deshalb nicht möglich, weil im Wesentlichen freiberufliche Tätigkeiten verfolgt würden. Dass daneben auch Treuhandtätigkeiten – in kleinem Umfang – ausgeübt würden, ändere nichts. Im Vordergrund stünden die freiberuflichen Tätigkeiten. Würde man über kleingewerbliche Zusatzfähigkeit die Eintragungsfähigkeit bejahen, wären Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet.

Gegen den ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 27.8.2012 in elektronischer Form zugestellten Beschluss hat die Beteiligte mit am 12.9.2012 beim Registergericht eingegangenen elektronischen Schriftsatz vom 11.9.2012 Beschwerde eingelegt. Sie beruft sich darauf, dass seit Jahrzehnten die Tätigkeit von Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in der Rechtsform der GmbH & Co. KG ausgeübt werde. Dem habe auch der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 27 WPO Rechnung getragen. Die Eintragung stehe im Einklang mit Bundesrecht.

Das AG Charlottenburg hat der Beschwerde mit Beschluss vom 14.9.2012 (Bl. 51) nicht abgeholfen und sie dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

I.

Die Beschwerde ist zulässig.

Sie ist gemäß §§ 63, 64 FamFG form- und fristgerecht eingelegt worden. Die Beteiligte besitzt auch die notwendige Beschwerdeberechtigung im Sinne des § 59 FamFG. Gegen die Zurückweisung der Anmeldung einer konstitutiven Registereintragung steht der – hier anmeldenden – GmbH die Beschwerde zu (*KeidellMeyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 59 Rdnr. 86).

II.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Die Umwandlung einer bereits existierenden Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft (KG) ist nicht möglich, da eine KG zuvor gemäß § 49 Abs. 2 StBerG, § 27 Abs. 2 WPO wegen ihrer Treuhandfähigkeit im Handelsregister eingetragen sein müsste.

Gemäß § 198 Abs. 1 UmwG ist die neue Rechtsform des Rechtsträgers zur Eintragung in das Handelsregister, in dem der formwechselnde Rechtsträger eingetragen ist, anzumelden. Hier haben die Geschäftsführer der umzuwandelnden GmbH am 18.5.2012 einen Rechtsformwechsel von einer GmbH in eine GmbH & Co. KG zur Eintragung ins Handelsregister beim zuständigen AG Charlottenburg angemeldet.

Gemäß § 190 Abs. 1 UmwG kann ein Rechtsträger durch Formwechsel eine andere Rechtsform erhalten. Wesentliches Merkmal des Formwechsels ist dabei der Fortbestand der rechtlichen und wirtschaftlichen Identität des Rechtsträgers trotz eines Wechsels der Rechtsform (*Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 190 Rdnr. 4; *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 190 Rdnr. 6). An einer solchen Identitätswahrung fehlt es hier jedoch. So ist ausdrücklich in § 228 Abs. 1 UmwG bestimmt, dass durch Formwechsel eine Kapitalgesellschaft die Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft nur erlangen kann, wenn der Unternehmensgegenstand im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels den Vorschriften über die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft (§ 105 Abs. 1 und 2 HGB) genügt (*KK-UmwG/Dauner-Lieb/Tettinger*, 2009, Rdnr. 10). Dies gilt auch für die Kommanditgesellschaft, auf die gemäß § 161 Abs. 2 HGB der § 105 HGB Anwendung findet.

Zwar sind durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 (BGBl 1998 I, S. 1474) die Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft wesentlich herabgesetzt worden (*KK-UmwG/Dauner-Lieb/Tettinger*, a. a. O., § 228 Rdnr. 7), wodurch zum Beispiel auch Vermögensverwaltungsgesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden können (*Kallmeyer/Dirksen/Blasche*, a. a. O., § 228 Rdnr. 3). Damit sind kaum noch Fälle denkbar, in denen der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft an den Vorgaben des § 228 Abs. 1 UmwG i. V. m. § 105 Abs. 1 und 2 HGB scheitern kann. Möglich ist dies aber im Falle einer Kapitalgesellschaft von Freiberuflern (*Kallmeyer/Dirksen/Blasche*, a. a. O.).

Hier war die sich umwandelnde GmbH durch die vier Steuerberater H, W, H und Z – die beiden erstgenannten zugleich als Wirtschaftsprüfer – mit notariell beurkundetem Vertrag vom 5.11.2002 gegründet worden. In § 2 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 2.6.2004 ist zum Unternehmensgegenstand Folgendes bestimmt:

„Gegenstand des Unternehmens sind die für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bzw. Steuerberatungsgesellschaften gesetzlich und berufsrechtlich zulässigen Tätigkeiten gemäß § 2 i. V. m. § 43a WPO sowie § 33 i. V. m. § 57 Abs. 3 StBerG. Tätigkeiten, die mit dem Beruf des Wirtschaftsprüfers und des Steuerberaters nicht vereinbar sind, insbesondere gewerbliche Tätigkeiten im Sinne von § 43a Abs. 3 Nr. 1 WPO und § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG, wie zum Beispiel Handels- und Bankgeschäfte, sind ausgeschlossen. (...)“

Die Gesellschaft muss gemäß § 7 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern verantwortlich geführt werden (§ 1 Abs. 3 WPO, § 32 Abs. 3 StBerG). Aus diesen gesellschaftsvertraglichen Regelungen folgt, dass Gegenstand der Gesellschaft der „klassische“ berufliche Aufgabenbereich des Steuerberaters und des Wirtschaftsprüfers ist, denn nur dieser wird in § 33 StBerG bzw. § 2 WPO geregelt (vgl. für die Steuerberater *Gehre/Koslowski*, Steuerberatungsgesetz, 6. Aufl. 2009, § 33 Rdnr. 1 ff.; für die Wirtschaftsprüfer *HenselUlrich*, WPO Kommentar, 2008, § 2 Rdnr. 3). Die diese Aufgaben vershenden Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer bedürfen in der Regel gemäß § 40 StBerG

bzw. § 15 WPO der Bestellung durch die Steuerberater- bzw. Wirtschaftsprüferkammer. Ausdrücklich gesetzlich festgelegt ist zudem in § 32 Abs. 2 StBerG und § 1 Abs. 2 Satz 1 WPO, dass die Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer einen freien Beruf ausüben. Dabei haben die freien Berufe in der Regel einen ausgesprochen intellektuellen Charakter, verlangen eine hohe Qualifikation und sind strengen berufsständischen Regelungen unterworfen (*Gehrel/Koslowski*, a. a. O., § 32 Rdnr. 6). Bei der Ausübung solcher Tätigkeiten hat das persönliche Element besondere Bedeutung, wobei die Ausübung eine große Selbständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen voraussetzt (*Gehrel/Koslowski*, a. a. O., § 32 Rdnr. 6 m. w. N.). Die Steuerberater und Wirtschaftsprüfer gehören einem freien Beruf an und sind ausdrücklich vom Gewerbebegriff ausgenommen (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.8.2012, 3 W 99/12, zitiert nach juris, Rdnr. 10; *Tettinger/Wank/Ennuschat*, GewO, 8. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 21), wobei die herkömmlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen Gewerbetreibenden und freien Berufen zur typusorientierten Differenzierung nach wie vor hinreichend tragfähig sind (BVerfG, Beschluss vom 15.1.2008, 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, 1, 31).

Dennoch hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass die Ausübung des Berufs als Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer in Form einer Gesellschaft erfolgen darf (vgl. § 32 Abs. 3 StBerG, § 1 Abs. 3 WPO). Da dies dem höchstpersönlichen Charakter des freien Berufs als Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer widerspricht, kann die Anerkennung einer Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nur einen besonders begründeten Ausnahmefall darstellen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.3.1967, 1 BvR 575/67, BVerfGE 21, 227, 232; *Gehrel/Koslowski*, a. a. O., § 32 Rdnr. 16). Dieser Ausnahmefall lag hier bei der am 5.11.2002 gegründeten Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft offenbar vor, da die Gesellschaft unstreitig gemäß § 49 Abs. 1 StBerG bzw. § 27 Abs. 1 WPO als GmbH anerkannt worden ist.

Die von den Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern – und damit auch von den entsprechenden Gesellschaften, wie der hier die Umwandlung vornehmenden GmbH – ausgeübte Tätigkeit ist ausdrücklich kein Gewerbe (vgl. § 32 Abs. 2 Satz 2 StBerG, § 1 Abs. 2 Satz 2 WPO). Als Gewerbe ist dabei ein selbständiges, gleichmäßig fortgesetztes und maßgebend vom erwerbswirtschaftlichen Streben nach Gewinn bestimmtes Handeln anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.1980, IV a ZR 28/80, NJW 1981, 399; *Gehrel/Koslowski*, a. a. O., § 32 Rdnr. 8 und § 57 Rdnr. 90). Eine gewerbliche Tätigkeit gilt vielmehr nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG, § 43a Abs. 4 Nr. 1 WPO als mit dem Beruf des Steuerberaters bzw. Wirtschaftsprüfers unvereinbar (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.2003, StbSt (R) 2/02, zitiert nach juris, Rdnr. 15). Ein Formwechsel in eine Personenhandelsgesellschaft und damit eine Eintragung in das Handelsregister A kommt folglich nicht in Betracht (vgl. *Kallmeyer/Dirksen/Blasche*, a. a. O., § 228 Rdnr. 3). Die Kapitalgesellschaft von Freiberuflern betreibt gerade kein Gewerbe, so dass ihr der Formwechsel in die Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft – auch in Form der GmbH & Co. KG – verwehrt ist (vgl. BayObLG, Beschluss vom 21.3.2002, 3 Z BR 57/02, NZG 2002, 718; *Kallmeyer/Dirksen/Blasche*, a. a. O., § 228 Rdnr. 3).

Zwar ist die Aufzählung der Steuerberater- und Wirtschaftsprüfertätigkeiten in § 33 StBerG bzw. § 27 WPO nicht abschließend (vgl. für die Steuerberater *Gehrel/Koslowski*, a. a. O., § 33 Rdnr. 4; für die Wirtschaftsprüfer BGH, Urteil vom 11.3.1987, IV a ZR 290/85, NJW 1987, 3135, 3136). Vielmehr üben Steuerberatern bzw. Wirtschaftsprüfer – und damit auch Steuerberatungsgesellschaften – eine Reihe von

Tätigkeiten aus, die nicht erlaubnisgebunden sind und stehen insoweit in Konkurrenz zu anderen nicht gesetzlich geordneten Berufen (vgl. zu den Steuerberatern *Gehrel/Koslowski*, a. a. O., § 33 Rdnr. 4). So kann gemäß § 49 Abs. 1 StBerG bzw. § 27 Abs. 2 WPO auch eine Kommanditgesellschaft als Steuerberater- bzw. Wirtschaftsprüfergesellschaft anerkannt werden. Voraussetzung ist aber gemäß § 49 Abs. 2 StBerG bzw. § 27 Abs. 2 WPO, dass sie wegen ihrer Treuhändertätigkeit als Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden ist (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 6.12.2011, 1 BvR 2280/11, NJW 2012, 993, 994). Bei der Treuhändertätigkeit handelt es sich um eine handelsgewerbliche Tätigkeit (*Gehrel/Koslowski*, a. a. O., § 49 Rdnr. 8). Nach der Logik des Gesetzes kann eine solche KG aber erst dann als Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft anerkannt werden, wenn sie wegen ihrer Treuhändertätigkeit bereits in das Handelsregister A eingetragen ist. Diese Treuhändertätigkeit ist gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG bzw. § 2 Abs. 3 Nr. 3 WPO mit der Steuerberater- bzw. Wirtschaftsprüfertätigkeit vereinbar. Ob eine wegen ihrer Treuhändertätigkeit im Handelsregister eingetragene KG nach der Anerkennung als Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auch in eine GmbH & Co. KG umgewandelt werden kann (so für die Steuerberater *Gehrel/Koslowski*, a. a. O., § 49 Rdnr. 8) oder ob § 50 Abs. 1 Satz 3 StBerG nur die Möglichkeit eröffnet, den persönlich haftenden Gesellschafter einer wegen ihrer Treuhändertätigkeit ins Handelsregister eingetragenen und als Steuerberatungsgesellschaft anerkannten KG durch eine GmbH zu ersetzen (vgl. das Beispiel bei *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 786, das den letzteren Standpunkt nahelegt), braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden.

Denn hier möchte die Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mbH den umgekehrten Weg beschreiten und als GmbH & Co. KG in das Handelsregister eingetragen werden. Dafür genügt nicht, dass im Gesellschaftsvertrag der KG nunmehr als Unternehmensgegenstand auch Treuhändertätigkeiten genannt sind. Der Gesetzgeber hat zwar in § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG bzw. § 2 Abs. 3 Nr. 3, § 27 Abs. 2 WPO die Vereinbarkeit der treuhänderischen mit der üblichen Kern-tätigkeit des Steuerberaters bzw. Wirtschaftsprüfers festgestellt. Er hat aber – trotz einer möglicherweise nicht unerheblichen Konvergenz der Berufsgruppen der Gewerbetreibenden und der freien Berufe (vgl. BVerfGE 120, 1, 34) – nichts daran geändert, dass die „klassische“ Steuerberater- und Wirtschaftsprüfertätigkeit kein Gewerbe ist, sondern ein freier Beruf (vgl. § 32 Abs. 2 StBerG, § 1 Abs. 2 Satz 1 WPO) und damit weder Steuerberater noch Wirtschaftsprüfer gewerblich tätig werden dürfen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.4.1998, 1 BvR 1773/96, zitiert nach juris, Rdnr. 48 = NJW 1998, 2269, 2271; vgl. dazu krit. *Henssler*, NZG 2011, 1121, 1126 ff.). Vielmehr gilt gemäß § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG bzw. § 43a Abs. 3 Nr. 1 WPO ausdrücklich eine gewerbliche Tätigkeit als nicht vereinbar mit den beiden Berufen. Wenn der Gesetzgeber ein Bedürfnis zu einer Änderung dieser – seit Langem bekannten – Verhältnisse und der an diesen – vor allem von den Berufskammern – geäußerten Kritik gesehen hätte, hätte er dazu die Gelegenheit des am 12.4.2008 in Kraft getretenen 8. Steuerberateränderungsgesetzes bzw. der Neufassung der WPO vom 6.12.2011 genutzt, die Regelungen des § 32 Abs. 2 Hs. 2 StBerG bzw. § 1 Abs. 2 Satz 1 WPO beseitigt und die praktisch seit vielen Jahren unverändert bestehenden Regelungen des § 49 Abs. 2 StBerG (vgl. StBerG in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung des Steuerberatungsgesetzes vom 4.11.1975, BGBl 2735 I) sowie des § 27 Abs. 2 WPO (vgl. WPO vom 24.7.1961, BGBl I, S. 1049, in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und An-

erkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6.12.2011, BGBl I, S. 1515) auch auf die klassische Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ausgedehnt. Dass er dies nicht getan hat, lässt gerade den Rückschluss zu, dass er am freiberuflichen nichtgewerblichen Charakter des Kerns der Steuerberater- und Wirtschaftsprüfertätigkeiten festhalten wollte. Dann besteht aber auch keine Notwendigkeit, daran etwas durch „rechtsfortbildende Gesetzesauslegung“ zu ändern.

Sollte demgegenüber die umwandelnde GmbH neben ihrer Steuerberater- bzw. Wirtschaftsprüfer-Kerntätigkeit auch treuhänderische Tätigkeiten ausüben, worauf der geänderte Unternehmensgegenstand hinweist, genügt dies nicht für eine Umwandlung in eine KG. Selbst wenn diese Tätigkeiten nunmehr eine Eintragung als KG gestatteten, wobei nach der herkömmlichen Auffassung auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 18.7.2011, AnwZ 18/10, zitiert nach juris, Rdnr. 17 ff., 24, vorgehend zu BVerfG, Beschluss vom 6.12.2011, 1 BvR 2280/11; BayObLG, NZG 2002, 718; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2010, § 1 Rdnr. 35; Henssler, a. a. O., S. 1129), kann diese Eintragung nicht im Wege der Umwandlung gegen den Wortlaut der § 49 Abs. 2 StBerG, § 27 Abs. 2 WPO erreicht werden. Auf den tatsächlichen Umfang der ausgeübten Tätigkeiten in der KG kommt es somit in diesem Verfahren nicht an.

Die Beteiligte ist durch dieses Ergebnis nicht in ihren Grundrechten verletzt. So steht ihr die Möglichkeit offen, im Rahmen der berufsrechtlichen Anforderungen eine Zulassung als Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfung-KG zu erhalten, wenn sie sich wegen ihrer Treuhändertätigkeit in das Handelsregister eintragen lässt (vgl. BVerfG und BGH wie vorstehend), wobei dann ggf. die Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfung-GmbH der KG als Komplementärin beitreten könnte. Diesen Weg hat die Beteiligte bisher nicht beschritten, er wird durch die nunmehr im Gesellschaftsvertrag erwähnten Treuhändertätigkeiten nicht entbehrlich. Eine Ungleichbehandlung der Beteiligten im Sinne eines Verstoßes gegen Art. 3 GG ist aus dem vorgenannten Grund ebenfalls nicht erkennbar. Selbst dann, wenn – wie von der Beteiligten vorgetragen – im Bundesgebiet 134 Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in der Rechtsform der KG betrieben werden, ändert dies nichts, da diese Rechtsform wie ausgeführt in § 27 Abs. 2 WPO konkret vorgesehen ist, wenn die Gesellschaft wegen ihrer Treuhändertätigkeit als Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist. Ob dies bei den 134 Gesellschaften der Fall ist oder ob diese – zumindest eine gewisse Anzahl – auch ganz ohne die Ausübung von Treuhändertätigkeiten in das Handelsregister eingetragen worden sind, hat die Beteiligte nicht dargelegt, so dass nicht einmal die sehr weitgehende Ansicht von Arens (DStR 2011, 1825, 1828), der die Eintragungsfähigkeit einer „Freiberufler-Kommanditgesellschaft“ und einer „Freiberufler-GmbH & Co. KG“ ohne Einschränkung anerkennt, zu einem anderen Ergebnis führen würde.

Damit aber kommt eine Eintragung der Beteiligten in das Handelsregister A nicht in Betracht.

(...)

Internationales Privatrecht

17. BGB § 1960 Abs. 1, § 2077 Abs. 1, §§ 2085, 2298 Abs. 1 (*Hypothetisches Erbstatut bei gemeinschaftlichem Testament*)

Nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Regelung der Rechtsnachfolge von Todes wegen zwar grundsätzlich dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Nach Annahme der deutschen Staatsangehörigkeit ist gemäß Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB das Recht maßgeblich, das im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments anzuwenden gewesen wäre („hypothetisches Erbstatut“ bzw. „Errichtungsstatut“).

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 14.3.2012, 31 Wx 488/11, 31 Wx 514/11

Der am ... 2010 im Alter von 64 Jahren verstorbene Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Er war seit 1978 mit der Beteiligten zu 1, einer (damals ausschließlich) italienischen Staatsangehörigen, die im Januar 2010 eingebürgert wurde, verheiratet. Aus dieser Ehe ist eine Tochter, die Beteiligte zu 2, hervorgegangen.

Mit seiner Ehefrau errichtete der Erblasser am 21.12.1984 einen Erbvertrag, in dem nur der Erblasser Verfügungen von Todes wegen traf und die Beteiligte zu 1 „nur als Bindungsperson mitwirkte“. In diesem Erbvertrag änderte der Erblasser die gesetzliche Erbfolge nicht, sondern belastete seine Ehefrau mit Nacherbfolge zugunsten der (zukünftigen) gemeinsamen Kinder sowie mit einem Voraus- und Verschaffungsvermächtnis. Zudem wurde Testamentsvollstreckung angeordnet und Herr K als Testamentsvollstrecker benannt. Für den Fall des § 2077 BGB war geregelt, dass die Verfügungen zugunsten der Beteiligten zu 1 in Wegfall kommen und die übrigen Bestimmungen vom Erblasser abgeändert werden können.

Am 13.12.1994 errichteten der Erblasser und seine Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich unter anderem gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. In einem Erbvertrag vom 15.11.1996 bestimmten sie die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 13.12.1994 als erbvertraglich und erklärten, diese auch für den Fall der Scheidung voll aufrechterhalten zu wollen.

Im Jahr 1997 war der Erblasser aus der ehelichen Wohnung ausgezogen und zunächst bei Frau B eingezogen. Er nahm sich nach Kurzem aber eine eigene Wohnung, in die Frau B erst nach einer Krebserkrankung des Erblassers im Juli 2009 einzog, um ihn zu pflegen.

Mit Anwaltschriftsatz vom 10.8.2009 beantragte der Erblasser beim AG – Familiengericht – die Ehe zu scheiden. Die Klage wurde der Beteiligten zu 1 am 19.9.2010 zugestellt. Auf Antrag des Erblassers und mit Zustimmung der Beteiligten zu 1 wurde mit Beschluss des AG vom 19.11.2009 das Ruhen des Verfahrens angeordnet.

Am 21.8.2009 errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in dem er erklärt, von der Wirksamkeit des Erbvertrags aus dem Jahr 1984 auszugehen und in dem es weiter heißt:

„Ausweislich des Erbvertrags vom 21.12.1984 ... kommen die zugunsten meiner Ehefrau getroffenen Regelungen jedoch in Wegfall, wenn unsere Ehe aufgelöst sein sollte oder ein Fall des § 2077 Abs. 1 BGB vorliegt. Ich habe beim AG P am 11.8.2009 ... Scheidungsantrag eingereicht, da die Ehe ... endgültig gescheitert ist und wir bereits seit längerer Zeit getrennt leben. Eine häusliche Gemeinschaft besteht nicht mehr und beide Ehegatten wollen und werden eine solche auch nicht mehr herstellen.“

Für den Fall der Zustellung des genannten Scheidungsantrages an meine Ehefrau zu meinen Lebzeiten mit der erbvertraglich vereinbarten Folge der Unwirksamkeit der Verfügungen zugunsten meiner Ehefrau hebe ich hiermit auch alle übrigen von mir im Erbvertrag vom 21.12.1984 getroffenen Verfügungen von Todes wegen in vollem Umfang auf, so dass ich wieder vollständig frei testieren kann.“

Im Weiteren errichtete er eine Stiftung, die Beteiligte zu 4, die er als alleinige Erbin einsetzte. Als erstes Mitglied des Vorstandes der Stiftung benannte er den Beteiligten zu 3. Im Übrigen setzte er Vermächtnisse aus und bestimmte den Beteiligten zu 3 als Testamentsvollstrecker.

In einem handschriftlichen Testament vom 22.1.2010 änderte er zum Teil die Vermächtnisse aus dem Testament vom 21.8.2009 ab und bestimmte weitere Vermächtnisnehmer.

1. Die Beteiligte zu 1 hat am 21.6.2010 zur Niederschrift des AG einen Erbschein als Alleinerbin beantragt sowie im Schriftsatz vom 22.12.2010 hilfsweise einen Erbschein, der sie und die Beteiligte zu 2 als Erben zu je $\frac{1}{2}$ ausweist.

Der Beteiligte zu 3 hat mit Schriftsatz vom 29.6.2010 namens der Beteiligten zu 4 die Erteilung eines Erbscheins für die zu errichtende Stiftung beantragt sowie im eigenen Namen die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses.

Das AG hat die Beteiligten persönlich sowie im Termin vom 17.2.2011 bzw. zum Teil auch schriftlich Zeugen gehört. Mit Beschluss vom 6.6.2011 hat das AG – Nachlassgericht – den Antrag der Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin abgewiesen und die Erteilung eines Erbscheins nach dem (Hilfs-)Antrag vom 22.12.2010 angekündigt. Auch den Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses hat das AG zurückgewiesen.

Nach Beschwerde durch die Beteiligte zu 4 hat das AG den Beschluss vom 6.6.2011 am 6.9.2011 dahingehend klagestellt, dass es auch den Antrag der Beteiligten zu 4 auf Erteilung eines Erbscheins abwies. Das AG begründet die Entscheidung damit, dass zwar das gemeinschaftliche Testament vom 13.12.1994 und der Erbvertrag vom 15.11.1996 unwirksam seien, da das nach Art. 25 EGBGB maßgebliche italienische Recht eine solche Verfügung durch die Beteiligte zu 1 verbiete und § 2298 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit insgesamt führe. Der Erbvertrag vom 21.12.1984 mit einseitigen Verfügungen des Erblassers sei aber wirksam, nachdem die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 BGB nicht sicher festgestellt werden könnten.

In der mit Schriftsatz vom 21.9.2011 eingelegten Beschwerde der Beteiligten zu 1 beantragt diese nunmehr die Erteilung eines Erbscheins, der sie und die Beteiligte 2 als Miterben zu $\frac{1}{2}$ ausweist und der die Anordnung der Testamentsvollstreckung und der Nacherbfolge sowie der Ersatznacherbfolge enthält. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen, da der Antrag vom 21.6.2010 entsprechend ausgelegt und im Beschluss lediglich verkürzt wiedergegeben sei.

Mit Schriftsätzen vom 28.7.2011 und 18.10.2011 haben die Beteiligten zu 3 und 4 jeweils Beschwerde gegen die Beschlüsse vom 6.6.2011 und 6.9.2011 eingelegt, denen das AG nicht abgeholfen hat.

Die Beschwerde ist im Wesentlichen damit begründet, dass der Erblasser sich endgültig von der Beteiligten zu 1 abgewendet habe und die Ehe daher als zerrüttet anzusehen gewesen sei. So habe er eine Kontaktaufnahme der Beteiligten mit ihm in der Palliativstation verweigert, wofür auch weitere Zeugen angeboten werden könnten.

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung sei im Erbvertrag vom 21.12.1984 nicht bindend auf die dort genannte Person oder einen vom Gericht zu wählenden Testamentsvollstrecker erfolgt, sondern könne nachträglich geändert werden. Zudem sei die Änderung im Testament vom 21.8.2009 nicht nur für den Fall der Wirksamkeit der Einsetzung der Beteiligten zu 4 erfolgt.

2. Gemäß Antrag einer Nachlassgläubigerin hatte das AG – Nachlassgericht – mit Beschluss vom 26.8.2011 Nachlasspflegschaft angeordnet und diese zunächst auf die Angelegenheiten, die die Nachlassschulden gegenüber der Nachlassgläubigerin betrafen, beschränkt. Auf Anregung der Beteiligten zu 1, die Nachlasspflegschaft zu erweitern, ordnete das AG mit Beschluss vom 13.9.2011 an, dass die Nachlasspflegschaft die komplette Sicherung und Verwaltung des Nachlasses betreffe.

Dagegen wendet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 3 vom 14.10.2011, der unter anderem wegen einer postmortalen Vollmacht und des Eingriffs in seine Rechte als Testamentsvollstrecker die Beschränkung der Nachlasspflegschaft auf den ursprünglichen Umfang anstrebt. Auch dieser Beschwerde hat das Nachlassgericht nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässigen Beschwerden sind nur zum Teil begründet. Denn die Beteiligten zu 1 und 2 haben den Erblasser auf-

grund des Erbvertrags vom 21.12.1984 beerbt (siehe unten 1.). Außerdem muss im Erbschein die angeordnete Nacherbfolge und die Testamentsvollstreckung berücksichtigt werden (siehe unten 2.). Ferner ist dem Beteiligten zu 3 ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen (siehe unten 4.). Dagegen ist der Anlass für die Anordnung einer uneingeschränkten Nachlasspflegschaft jedenfalls entfallen (siehe unten 5.).

1. Zutreffend geht das AG von der Wirksamkeit des Erbvertrags vom 21.12.1984 aus:

a) Der Erbvertrag aus dem Jahr 1984 ist – wie von den Beteiligten vorgetragen – wirksam zustande gekommen. Der Senat nimmt insofern Bezug auf die zutreffenden Ausführungen des AG im Beschluss vom 6.6.2011, denen nichts hinzuzufügen ist.

b) Der Erbvertrag aus dem Jahr 1984 ist nicht durch das gemeinschaftliche Testament aus dem Jahr 1994 aufgehoben worden, da dieses wegen Verstoßes gegen das italienische Recht nichtig und auch nicht als Einzeltestament wirksam ist, wie der Beteiligte zu 3 zutreffend ausführt.

aa) Das gemeinschaftliche Testament ist nicht wirksam errichtet. Nach Art. 25 Satz 1 EGBGB unterliegt die Regelung der Rechtsnachfolge von Todes wegen zwar grundsätzlich dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Nach Annahme der deutschen Staatsangehörigkeit durch die Beteiligte zu 1 im Jahr 2010 ist gemäß Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB das Recht maßgeblich, das im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments anzuwenden gewesen wäre („hypothetisches Erbstatut“ bzw. „Errichtungsstatut“).

Damit regelt sich die Frage der Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments für die Beteiligte zu 1 nach italienischem Erbrecht. Nach Art. 589 Codice Civile ist daher das gemeinschaftliche Testament nicht wirksam errichtet (vgl. *Franke in Burandt/Rojahn*, Erbrecht, 2010, Stichwort „Italien“ Rdnr. 65 und *Ferid-Firsching/Lichtenberger*, Internationales Erbrecht, Bd. IV, Stichwort „Italien“, Grundzüge F § 1 II Rdnr. 75).

Dass das gemeinschaftliche Testament durch die Annahme der deutschen Staatsangehörigkeit durch die Beteiligte zu 1 nunmehr wirksam errichtet werden könnte, ist nicht zu berücksichtigen. Eine zunächst unwirksam errichtete letztwillige Verfügung kann nach Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB durch einen Statutenwechsel keine Gültigkeit erlangen (vgl. *Franke in Burandt/Rojahn*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 41; *Staudinger/Dörner*, Stand 2007, Art. 26 EGBGB Rdnr. 83).

bb) Die salvatorische Klausel im gemeinschaftlichen Testament aus dem Jahr 1994, wonach die jeweiligen Verfügungen auch als Einzeltestamente aufrechterhalten bleiben sollen, wenn wegen der Staatsangehörigkeit der Beteiligten zu 1 italienisches Recht zur Anwendung gelangen sollte, ändert nichts an der Unwirksamkeit der Verfügung der Beteiligten zu 1. Art. 458 Satz 2 Codice Civile erklärt auch jegliche Vereinbarungen über den Nachlass eines noch Lebenden für nichtig. Dabei erfasst diese Nichtigkeit auch jene Testamente, die in Durchführung solcher Vereinbarungen errichtet sind (*Ferid-Firsching/Lichtenberger*, a. a. O., Rdnr. 70 und 71). Die gemeinsame Errichtung eines Testaments mit gegenseitiger Einsetzung und der Bestimmung, dass dies ggf. als Einzeltestament wirksam sein soll, stellt eine Umgehung dieses Verbots dar. Eine solche Vereinbarung, die sich direkt auf den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen der Beteiligten zu 1 auswirkt, ist – da die Beteiligte zu 1 (damals) italienische Staatsangehörige war – unwirksam.

Folge der Unwirksamkeit der Verfügungen der Beteiligten zu 1 ist, dass die Urkunde auch nicht in ein Testament nur des

Erblassers umgedeutet werden kann. Insofern ist das Testament zwar nicht klar formuliert und bedarf der ergänzenden Auslegung. Gegen die Absicht, mit der notariellen Urkunde ggf. auch nur ein Testament des Ehemannes wirksam zu errichten, sprechen der Zeitpunkt der Errichtung wie auch der jeweilige Wortlaut des gemeinschaftlichen Testaments und des Testaments des Erblassers vom 21.8.2009.

Das gemeinschaftliche Testament errichteten die Ehegatten zu einem Zeitpunkt, als sie noch zusammen wohnten. Schon dies und die gewählte Form als gemeinschaftliches Testament sprechen dagegen, dass das tatsächliche Ziel der gemeinsamen Verfügung ein Wegfall jeglicher Bindung für ein späteres Testieren war. Nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 13.12.1994 sollten die Verfügungen zudem „als Einzeltestamente“ weiter gelten. Wäre die Weitergeltung auch im Falle der Gültigkeit nur eines Testaments gewollt gewesen, hätten die Eheleute von der Weitergeltung „jeweils als Einzeltestament“ sprechen müssen. Aus der Verwendung des Plurals und der Wechselbezüglichkeit der gegenseitigen Erbeinsetzung folgt aber, dass eine einseitige testamentarische Regelung allein durch den Erblasser nicht gewollt war. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch das Testament vom 21.8.2009. Darin erklärt der Erblasser, dass alle Regelungen aus dem gemeinschaftlichen Testament – wie auch dem späteren Erbvertrag aus dem Jahr 1996 – nichtig sind, da seine Ehefrau italienische Staatsangehörige sei. Auch dies spricht dafür, dass keiner der Ehegatten das gemeinschaftliche Testament mit dem Willen errichtet hat, die Bindungswirkung des Erbvertrags aus dem Jahr 1994 zu beseitigen und mit der Urkunde ggf. nur ein Testament des Erblassers wirksam zu errichten.

cc) Die Verfügung im gemeinschaftlichen Testament, wonach vorsorglich alle bisher errichteten Verfügungen, insbesondere auch die erbvertraglichen Vereinbarungen aus dem Jahr 1984, widerrufen werden, ist folglich ebenfalls unwirksam, § 2085 BGB.

Zwar ist bei Unwirksamkeit einer von mehreren Verfügungen nur dann die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen die Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen hätte. Dass der Widerruf bei Kenntnis der Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügungen nicht erfolgt wäre, ergibt sich schon aus obiger Auslegung des Testaments.

c) Der Erbvertrag aus dem Jahr 1996 hat den Erbvertrag aus dem Jahr 1984 ebenso wenig aufgehoben, worauf der Beteiligte zu 3 ebenfalls zutreffend hingewiesen hat.

Auch insofern gilt nach Art. 25 Satz 1, Art. 26 Abs. 5 Satz 1 EGBGB zur Frage der Wirksamkeit der Errichtung für die Beteiligte zu 1 italienisches Erbrecht. Dieses erklärt in Art. 458 Satz 1 Codice Civile Erbverträge für ungültig. Auch die Verfügungen des Erblassers im Erbvertrag sind daher – mangels anderslautender Anordnung – unwirksam, § 2298 Abs. 1 BGB.

Wie beim gemeinschaftlichen Testament (vgl. oben b) bb)) ist auch hier die durch Verweisung aufgenommene salvatorische Klausel, wonach die Verfügungen auch „als Einzeltestamente“ ausgelegt und aufrechterhalten bleiben sollen, nach dem anwendbaren italienischen Recht unwirksam. Wie schon oben dargestellt, wirkt sich dies nach dem Wortlaut der Vereinbarung auch hier dahingehend aus, dass die Verfügung nicht allein in eine des Erblassers umgedeutet werden kann.

Auch der im Erbvertrag aus dem Jahr 1996 ausgesprochene Widerruf des Erbvertrags aus dem Jahr 1984 ist nach § 2085 BGB nichtig. Aus der Unwirksamkeit der vertragsmäßigen Verfügungen einerseits und der nicht möglichen Umdeutung

in jeweilige Einzeltestamente oder auch nur ein Einzeltestament des Erblassers folgt nach § 2298 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags und damit auch des Widerrufs des früheren Erbvertrags. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Widerruf unabhängig von der Wirksamkeit des Erbvertrags im Übrigen erfolgen sollte, § 2085 BGB. Außer den oben angeführten Gründen spricht auch die Überlassung von Immobilien an die Beteiligte zu 1, die bei einem Vorversterben der Beteiligten zu 1 nach der Regelung im Erbvertrag aus dem Jahr 1996 wieder an den Erblasser zurückgefallen wäre, dagegen, dass die Verfügung vom Erblasser auch nur einseitig gewollt war.

d) Dem kann nicht entgegengehalten werden, es sei von den Eheleuten jedenfalls eine konkludente Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts erfolgt. Zwar kann der Erblasser die Beerbung nach Art. 46 Abs. 2 des italienischen IPR „durch ausdrückliche Erklärung in Testamentsform dem Recht des Staates unterstellen, in dem er wohnt“ (zitiert aus *Ferid-Firsching*, a. a. O., Gesetzestexte A I). Insofern ist umstritten, ob dieser Wortlaut des Art. 46 des italienischen IPR tatsächlich eine konkludente Rechtswahl ausschließt (so *Franke* in *Burandt/Rojahn*, Stichwort „Italien“ Rdnr. 14; zum Meinungsstand siehe *Priemer*, *MittRhNotK* 2000, 45, 57). Dies kann hier allerdings dahinstehen, denn als Form der Rechtswahl ist in Art. 46 Abs. 2 des italienischen IPR die testamentarische angeordnet. Die Wahl des deutschen Rechts in einem Erbvertrag ist daher formunwirksam (so auch *Priemer*, *MittRhNotK* 2000, 45, 58; *Ebenroth/Kleiser*, *RIW* 1993, 353, 357).

e) Nach der vom AG durchgeführten Beweisaufnahme, deren Wiederholung durch das Beschwerdegericht nicht erforderlich ist, lagen die Voraussetzungen des § 2077 BGB nicht vor, so dass der Erblasser trotz Einreichung des Scheidungsantrags nicht von der Bindung des Erbvertrags aus dem Jahr 1984 frei geworden ist.

Zwar war die Scheidungsklage des Erblassers durch Zustellung rechthängig. Ein Antrag auf Scheidung im Sinne von § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt daher vor. Dass der Antrag nach einem Schreiben des anwaltlichen Vertreters vom 5.10.2009 allein den Zweck hatte, dem Erblasser über die Wirkung des § 2077 BGB Testierfreiheit zu verschaffen, spielt keine Rolle. Diese Voraussetzung des § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB ist eine rein formelle.

Allerdings waren die Voraussetzungen der Scheidung beim Erbfall nicht gegeben.

aa) So liegt ein Fall des § 1566 BGB nicht vor, da die Beteiligte zu 1 nicht in die Scheidung eingewilligt hatte und des Weiteren nicht von einer Trennung von drei Jahren ausgegangen werden kann. Selbst wenn man den Vortrag des Beteiligten zu 3 als wahr unterstellt, dass seit Ende Dezember 2007 keinerlei Kontakt zwischen den Ehegatten mehr bestand, wäre beim Ableben des Erblassers der Zeitraum von drei Jahren nicht erreicht gewesen.

bb) Der Nachweis des Scheiterns der Ehe im Sinne von § 1565 BGB ist nicht geführt. Zwar ist eine Ehe auch dann gescheitert, wenn nur ein Ehegatte sich endgültig abwendet und die Ehe nur einseitig als zerrüttet angesehen wird. Dazu bedarf es aber hinreichender äußerer Anhaltspunkte, die hier nicht bejaht werden können.

Dies gilt auch dafür, dass seit 1997 keine häusliche Gemeinschaft bestand, weil die Ehegatten – im Anschluss an eine kurze Phase, in der der Erblasser mit Frau B zusammenwohnte – dennoch eine Lebensgemeinschaft bildeten, auch ohne in einer gemeinsamen Wohnung zu leben. Zwar gibt der

Zeuge F in seiner schriftlichen Aussage vom März 2011 an, die Ehe sei seit dem Auszug im Jahr 1997 „belastet“ gewesen. Die vom AG gehörte Zeugin B, die den Erblasser nach eigenen Angaben seit 1980 kannte und mit ihm auch sexuelle Kontakte hatte, hat angegeben, das Verhältnis der beiden Ehegatten sei immer wieder von Spannungen geprägt gewesen, es seien aber unter anderem jedenfalls bis 2007 etwa gemeinsame Reisen der Ehegatten erfolgt. Der Zeuge Dr. M spricht für den Zeitraum bis 2007 von einem wechselhaften Verhältnis der Ehegatten.

Dieses „Auf und Ab“ in der Ehe des Erblassers und der Beteiligten zu 1 bestätigen auch die übrigen Zeugen wie auch die Beziehungen des Erblassers zu anderen Frauen, nicht nur der Zeugin B. Andererseits ergibt sich aus den Aussagen, dass sich auch nach dem Auszug des Erblassers in eine getrennte Wohnung nach außen hin wenig veränderte. So bestätigen alle Zeugen die gemeinsamen Reisen und gemeinsame Besuche der Ehegatten. Nach Aussage des Chauffeurs des Erblassers hatten die Eheleute trotz der getrennten Wohnungen ein gutes Verhältnis zueinander. Nach Mitteilung der Putzfrau des Erblassers kochte die Beteiligte zu 1 auch nach der räumlichen Trennung weiter für ihn.

Soweit die Zeugen davon sprechen, dass mit der Kenntnis der Schwangerschaft seiner Tochter das Verhältnis des Erblassers zu seiner Ehefrau schlechter geworden sei, reicht dies nicht aus, um eine endgültige Zerrüttung der Ehe feststellen zu können. Die Beteiligte zu 1 gab – bestätigt von den Eheleuten T und Herrn H als Zeugen – auch an, dass sich der Erblasser im Jahr 2008 um die damals erkrankte Ehefrau intensiv gekümmert habe. Nach der Schwangerschaft der Tochter versuchte die Beteiligte zu 1 zu vermitteln. Der Stiefsohn des Erblassers schilderte, dass das Verhältnis des Erblassers zu einem anderen Stiefsohn wegen eines anderen Problems etwa 4 Jahre lang belastet gewesen sei, bis die Sache wieder eingerenkt gewesen sei. Dies steht damit in Einklang, dass der Erblasser von vielen Zeugen als schwieriger Mensch geschildert wird, der vieles – zum Schluss auch seine Krankheit – mit sich selbst auszumachen versucht habe.

Soweit sich aus den Aussagen der Zeugen eine Verschlechterung im Verhältnis der Ehegatten ergibt, so spricht gerade dies wegen des von allen Zeugen geschilderten immer wiederkehrenden „Auf und Ab“ in den Beziehungen des Erblassers nicht dafür, dass die Ehe einseitig zerrüttet und daher als endgültig gescheitert angesehen werden kann und er unter keinen Umständen bereit gewesen wäre, zu seiner Ehefrau zurückzukehren.

Aus den erhobenen Zeugenaussagen kann somit – wie das AG zutreffend feststellt – nicht schon mit der erforderlichen Sicherheit der Schluss gezogen werden, dass die Lebensgemeinschaft ab dem Jahr 2008 oder 2009 nicht mehr bestand.

Aber auch die Prognose, dass die Lebensgemeinschaft nach der Diagnose einer lebensbedrohlichen Erkrankung des Erblassers, der ab diesem Zeitpunkt die Kontakte zu seiner Ehefrau auch nach deren Schilderung weitgehend abbrach, nicht mehr hätte hergestellt werden können, steht nicht mit der erforderlichen Sicherheit fest. Zwar mag der Erblasser den Krankenpflegekräften der Palliativstation erklärt haben, keinen Kontakt zur Beteiligten zu 1 haben zu wollen. Dies hätte aber der Persönlichkeit des Erblassers entsprochen. Denn er ließ nach der Diagnose viele Personen, zu denen er zuvor engen Kontakt hatte, nicht mehr an sich heran. Dies haben der Beteiligte zu 3, aber auch die Schwester des Erblassers bestätigt.

Dass das geschilderte Verhalten des Erblassers rein situationsbedingt war, ergibt sich etwa aus der Aussage seiner Schwes-

ter. Diese gab an, dass der Erblasser nach seinen eigenen Äußerungen selbst eine Scheidung nicht gewollt hatte, er den Antrag nur auf Anraten seines Anwalts, also des Beteiligten zu 3, aus ihm selbst nicht nachvollziehbaren Gründen habe einreichen lassen. Darauf, dass dem Scheidungsantrag möglicherweise keine endgültige Zerrüttung der Ehe zugrunde lag, weist auch der Schriftsatz des Beteiligten zu 3 vom 5.10.2009 hin. So soll der Scheidungsantrag nur pro forma eingereicht worden sein. In Anbetracht der Tatsache, dass die Eheleute mal ein näheres und mal ein distanzierteres Verhältnis zueinander hatten, erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Ehe bei Genesung des Erblassers in der bisherigen Form fortgeführt worden wäre.

2. Soweit sich die Beschwerden der Beteiligten zu 1, 3 und 4 gegen den angekündigten Erbschein nach dem Antrag vom 22.12.2010 wenden, waren sie begründet. Denn die Erbfolge ergibt sich aus dem Erbvertrag vom 21.12.1984, in dem nicht nur die gesetzliche Erbfolge und die Nacherbfolge sowie Testamentsvollstreckung angeordnet sind. Der entsprechende Antrag in der Beschwerdeschrift der Beteiligten zu 1 vom 21.9.2011 ist mangels einer darauf gestützten Ausgangsentscheidung nicht Beschwerdegegenstand, so dass hierüber nicht zu entscheiden ist.

Im Erbscheinsverfahren gilt eine strenge Bindung an den Antrag, in dem das beanspruchte Erbrecht genau zu bezeichnen ist, wie auch die Anordnung der Nacherbfolge mit deren Voraussetzungen und den Namen der Nacherben sowie die Testamentsvollstreckung (*Palandt/Weidlich*, 71. Aufl. 2012, § 2353 Rdnr. 14; *MünchKommBGB/J. Mayer*, 5. Aufl. 2010, § 2353 Rdnr. 70; *Staudinger/S. Herzog*, Stand 2010, § 2353 Rdnr. 33 ff.). Der von der Beteiligten zu 1 gestellte Hilfsantrag vom 22.12.2010 kann jedenfalls nicht dahin verstanden werden, dass der Erbschein mit den Einschränkungen der Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung erteilt werden sollte. Auch der Beschluss vom 6.6.2011, wonach die „zur Erteilung des am 22.12.2010 beantragten Erbscheins“ erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet werden, kann folglich – entgegen der Meinung des AG – nicht dahingehend verstanden werden, dass der nun mit Schriftsatz vom 21.9.2011 konkret benannte Erbschein erteilt werden soll.

Die Nichtabhilfeentscheidung vom 21.10.2011 ist trotz des Hinweises, dass der Beschluss vom 6.6.2011 als Ankündigung eines Erbscheins wie am 21.9.2011 beantragt anzusehen sei, ebenfalls nicht als Entscheidung im Sinne von § 352 Abs. 2 FamFG über den Antrag vom 21.9.2011 auszulegen. Dem steht schon entgegen, dass ein solcher Nichtabhilfebeschluss keine Endentscheidung im Sinne von § 58 FamFG darstellt und daher nicht selbständig anfechtbar ist (*Keidell Sternal*, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 68 Rdnr. 12b).

Deshalb ist über den Antrag im Schreiben vom 21.9.2011 auf Erteilung des Erbscheins gemäß Erbvertrags von 1984 noch nicht wirksam entschieden. Mangels einer solchen Endentscheidung des Ausgangsgerichts kann daher derzeit im Beschwerdeverfahren nicht abschließend darüber befunden werden, ob ein dem Antrag vom 21.9.2011 entsprechender Erbschein erteilt werden kann.

3. Nachdem sich die Erbfolge nach dem Erbvertrag aus dem Jahr 1984 richtet, hat das AG dem Antrag der Beteiligten zu 4 auf Erteilung eines Erbscheins nach dem Testament vom 21.8.2009 zu Recht nicht entsprochen. Insofern hat die Beschwerde der Beteiligten zu 4 daher keinen Erfolg.

4. Allerdings war die Zurückweisung des Antrags auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses aufzuheben, da der Beteiligte zu 3 wirksam als Testamentsvollstrecker eingesetzt worden ist.

a) Die Einsetzung des Beteiligten zu 3 als Testamentsvollstrecker ist weder ausdrücklich noch konkludent an die – nicht eingetretene – Bedingung geknüpft, dass auch die Beteiligte zu 4 Erbin geworden ist. So ist dem Testamentsvollstrecker nicht allein die Aufgabe zugeordnet, das Vermögen auf die Stiftung zu übertragen, sondern etwa auch Vermächtnisse zu erfüllen und so den Willen des Erblassers umfassend umzusetzen.

b) Die Einsetzung des Vermögensberaters K für den Nachlass des Erblassers im Erbvertrag vom 12.12.1984 schließt eine spätere Änderung der Person des Testamentsvollstreckers jedenfalls dann nicht aus, wenn dies den Erben nicht messbar beeinträchtigt (OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1995, 97; KG, FamRZ 77, 485, für den vergleichbaren Fall des gemeinschaftlichen Testaments); hier ist eine solche Beeinträchtigung der Erben weder ersichtlich noch dargetan.

c) Anderes könnte ggf. dann angenommen werden, wenn im Erbvertrag aus dem Jahr 1984 der ausdrückliche Vorbehalt aufgenommen worden wäre, dass der Erblasser nur eine bestimmte Person als Testamentsvollstrecker bestimmen dürfe (*Meyding*, ZEV 1994, 98, 100). Dies ist aber hier nicht der Fall, auch wenn im Erbvertrag aus dem Jahr 1984 dem benannten Testamentsvollstrecker die Befugnis eingeräumt wird, einen Nachfolger zu bestimmen, andernfalls die Bestimmung dem Nachlassgericht auferlegt wurde. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass der Erblasser sein Bestimmungsrecht schon insgesamt abgeben wollte. Vielmehr sollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass nach Eintritt des Erbfalles das Bestimmungsrecht – abweichend von § 2200 BGB – zunächst beim eingesetzten Testamentsvollstrecker verbleiben sollte. Gerade diese Regelung spricht dafür, dass eine Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers durch den Erblasser nicht ausgeschlossen sein sollte. Einer ausdrücklichen Erklärung im Erbvertrag, dass die Person des Testamentsvollstreckers auch durch den Erblasser selbst in einem späteren Testament ausgewechselt werden kann, bedurfte es daher entgegen der Ansicht des AG nicht.

d) Auch § 2085 BGB führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Nach Ansicht des AG liegt ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Einsetzung des Beteiligten zu 3 als Testamentsvollstrecker und der (unwirksamen) Erbeinsetzung der Beteiligten zu 4 vor, der folglich auch zur Unwirksamkeit der Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers führe. Damit nimmt das AG offenbar eine Ausnahme vom Grundsatz des § 2085 BGB an.

Dem kann nicht gefolgt werden. Nach § 2085 BGB ist von der Wirksamkeit der Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers auszugehen, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser diese Bestimmung ohne die insofern unwirksame Erbeinsetzung der Beteiligten zu 4 nicht getroffen hätte. Zwar hat der Erblasser den Beteiligten zu 3 im notariellen Testament nicht nur zum Testamentsvollstrecker, sondern auch zu einem Vorstand der Beteiligten zu 4 bestimmt. Er hat in § 4 der Urkunde dem Testamentsvollstrecker aber nicht nur die Überleitung des Vermögens auf die Stiftung als Aufgabe zugeordnet, sondern auch bestimmt, dass er die angeordneten Vermächtnisse zu erfüllen hat. Daraus ergibt sich, dass die Person des Testamentsvollstreckers nicht nur im Hinblick auf die Errichtung der Stiftung bestimmt war, er diesen für die Durchsetzung der letztwilligen Verfügungen insgesamt eingesetzt hat. Dass es sich dabei – wegen der Unwirksamkeit des Widerrufs des Erbvertrags aus dem Jahr 1984 – um die Durchsetzung dieses Erbvertrags und nicht des Testaments handelt, ist unerheblich.

5. Die Beschwerde des Beteiligten zu 3 hat Erfolg, soweit die Nachlasspflegschaft mit Beschluss vom 13.9.2011 auf die Sicherung des kompletten Nachlasses erweitert worden ist.

Es kann dabei dahinstehen, ob – etwa wegen der erteilten postmortalen Vollmacht – die Voraussetzungen der Erweiterung der Nachlasspflegschaft vorlagen. Nachdem jedenfalls nunmehr die Person der Erben feststeht und auch geklärt ist, dass Testamentsvollstreckung wirksam angeordnet und wer als Testamentsvollstrecker eingesetzt ist, besteht zumindest nun kein Erfordernis für eine unbeschränkte Nachlasspflegschaft mehr, § 1960 Abs. 1 BGB.

(...)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. InsO § 88; BGB § 749 Abs. 1; ZVG § 180 Abs. 1; ZPO § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 575 (*Pfändung eines Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft*)

Hat ein Gläubiger den Anspruch des Schuldners auf Aufhebung der Gemeinschaft einschließlich des (künftigen) Anspruchs auf eine den Miteigentumsanteilen entsprechende Teilung und Auskehrung des Versteigerungserlöses gepfändet, ist das von ihm eingeleitete Teilungsversteigerungsverfahren nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners auch dann nicht aufzuheben, wenn die Teilungsversteigerung weniger als einen Monat vor dem Insolvenzantrag angeordnet worden ist.

BGH, Beschluss vom 20.3.2014, IX ZB 67/13

Die antragstellende Gläubigerin ließ am 5.3.2012 eine Sicherungshypothek auf dem eingangs bezeichneten Miteigentumsanteil des Schuldners eintragen. Am 7.5.2012 pfändete sie den Anspruch des Schuldners auf Aufhebung der Gemeinschaft, Teilung des Erlöses und Auskehrung des auf ihn entfallenden Anteils. Am 22.10.2012 ordnete das Vollstreckungsgericht auf Antrag der Gläubigerin die Teilungsversteigerung an. Am 22.11.2012 beantragte der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Das Verfahren wurde am 25.3.2013 eröffnet. Am 23.5.2013 gab der Verwalter den Miteigentumsanteil frei.

Mit Beschluss vom 30.5.2013 hat das AG – Vollstreckungsgericht – das Teilungsversteigerungsverfahren aufgehoben und angeordnet, dass die Beschlagnahme mit der Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses endet. Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin gegen diesen Beschluss ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde will die Gläubigerin weiterhin die Aufhebung der Einstellung des Verfahrens erreichen.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

1. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts ist das am 22.10.2012 angeordnete Teilungsversteigerungsverfahren gemäß § 88 InsO unwirksam, weil es eine im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag erlangte Sicherung darstelle. Mit der Pfändung des persönlichen Anspruchs des Insolvenzgläubigers auf Aufhebung der Gemeinschaft habe die Gläubigerin noch keine Sicherung erhalten.

2. Die Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Die Gläubigerin leitet ihre Rechtsstellung aus der Pfändung des auf § 749 Abs. 1 BGB beruhenden Anspruchs des Schuldners auf Aufhebung der Gemeinschaft einschließlich des (künftigen) Anspruchs auf eine den Miteigentumsanteilen entsprechende Teilung und Auskehrung des Versteigerungserlöses her. Ein solcher Anspruch kann gepfändet und dem Pfändungsgläubiger zur Einziehung überwiesen werden (BGH, Beschluss vom 25.2.2010, V ZB 92/09, WM 2010, 860 Rdnr. 6). Die Pfändung behält ihre Wirkung auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners; denn sie erfolgte bereits am 7.5.2012, also außerhalb der vom Eröffnungsantrag am 22.11.2012 an rückwärts zu berechnenden Monatsfrist. Die zuvor, am 5.3.2012, eingetragene Sicherungshypothek hat mit dem Teilungsversteigerungsverfahren nichts zu tun. Sie diene lediglich dem Schutz der Gläubigerin vor einer Veräußerung des Miteigentumsanteils (vgl. BGH, Beschluss vom 25.2.2010, a. a. O., Rdnr. 19).

b) Das Pfändungspfandrecht berechtigt zur abgesonderten Befriedigung der Pfandgläubigerin aus der gepfändeten Forderung (§ 50 Abs. 1 InsO). Die Vorschrift des § 88 InsO, nach welcher die im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners mit der Eröffnung des Verfahrens unwirksam wird, gilt – wie sich bereits aus ihrem Wortlaut ergibt – nur für Insolvenzgläubiger, nicht für Absonderungsberechtigte, die aufgrund ihres dinglichen Rechts in den belasteten Gegenstand vollstrecken (*Jaeger/Eckardt*, InsO, § 88 Rdnr. 15; *HK-InsO/Kayser*, 6. Aufl., § 88 Rdnr. 11; *Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl., § 88 Rdnr. 5; *MünchKommInsO/Breuer*, 3. Aufl., § 88 Rdnr. 13). Die Gläubigerin verwertet den ihr zur Einziehung überwiesenen Anspruch des Schuldners, indem sie die Teilungsversteigerung betreibt.

3. Der angefochtene Beschluss kann folglich keinen Bestand haben. Er ist aufzuheben (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Da die Aufhebung der Entscheidung nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach Letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden. Auf die sofortige Beschwerde der Gläubigerin wird der Beschluss des Vollstreckungsgerichts vom 30.5.2013 aufgehoben. Das Teilungsversteigerungsverfahren ist fortzusetzen.

(...)

19. ZPO § 529 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 1192 (*Einrede aufgrund des Sicherungsvertrags bei Abtretung einer Sicherungsgrundschuld*)

- Ist eine Sicherungsgrundschuld, gegen die dem Eigentümer eine Einrede aufgrund des Sicherungsvertrags mit einem früheren Gläubiger zustand, vor dem für die Anwendbarkeit von § 1192 Abs. 1a BGB maßgeblichen Stichtag von einem Dritten gutgläubig einredesfrei erworben worden, führt eine weitere Abtretung an einen Dritten nach dem Stichtag nicht dazu, dass die Einrede wieder erhoben werden kann.**
- Sieht das Berufungsgericht eine von dem Gericht des ersten Rechtszuges getroffene, entscheidungserhebliche Tatsachenfeststellung als verfahrensfehlerhaft an, weil die Vernehmung eines Zeugen unterblieben ist, so entfällt die Bindung an die Feststellung, und das**

Berufungsgericht hat nicht nur den Zeugen zu vernehmen, sondern alle erhobenen Beweise insgesamt selbst zu würdigen.

BGH, Urteil vom 25.10.2013, V ZR 147/12

Die Kläger erwarben im Jahr 2000 ein Hausgrundstück und bestellten zugunsten von G M eine Buchgrundschuld i. H. v. 200.000 DM. Dieser trat die Grundschuld noch an demselben Tag zur Sicherung einer Finanzierung an die H GmbH & Co. KG Bankhaus (im Folgenden: Bankhaus) ab. Die Grundschuld wurde in das Grundbuch eingetragen; die Eintragung der Abtretung erfolgte im Jahr 2001. Das Bankhaus seinerseits trat die Grundschuld nach Ablösung des Kredits im Jahr 2003 an den Beklagten ab. Diese Abtretung wurde erst am 22.9.2008 in das Grundbuch eingetragen.

Der Beklagte betreibt die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Die Kläger behaupten, die Grundschuld habe ein Darlehen des G M sichern sollen, das nur zum Schein vereinbart und tatsächlich nicht ausgezahlt worden sei. Ihre darauf gestützte Vollstreckungsgegenklage hat in den Tatsacheninstanzen Erfolg gehabt. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, will der Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht sieht es als erwiesen an, dass die Grundschuld als Sicherungsgrundschuld bestellt wurde, das zu sichernde Darlehen niemals zur Auszahlung gelangte und das Bankhaus als Zwischenerwerber insoweit gutgläubig war. Es meint, die Kläger könnten gleichwohl die auf der fehlenden Valutierung beruhende Einrede aufgrund der zwischen ihnen und G M getroffenen Sicherungsabrede gemäß § 1192 Abs. 1a BGB auch dem Beklagten entgegenhalten. Diese Norm sei anwendbar, weil der dingliche Rechtserwerb erst nach dem 19.8.2008 erfolgt sei (Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB).

Ein gutgläubiger Erwerb durch das Bankhaus vor dem 19.8.2008 stehe dem nicht entgegen. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut von § 1192 Abs. 1a BGB komme es nur darauf an, dass die Grundschuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden sei. Aufgrund besonderer Umstände sei die Vorschrift auch noch aus einem anderen Aspekt heraus anwendbar. Es müsse nämlich davon ausgegangen werden, dass die Abtretung an den Beklagten auf Geheiß des G M erfolgt sei. Es handele sich also nur um eine abgekürzte Abtreungskette, bei der der Erwerb wirtschaftlich von dem bösgläubigen Sicherungsnehmer erfolgt sei. Ob der Beklagte bösgläubig gewesen sei oder sogar mit G M kollusiv zusammengewirkt habe, könne offenbleiben.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Nach den bislang getroffenen Feststellungen können die Kläger sich nicht auf die Einrede der unterbliebenen Valutierung berufen.

1. Im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei hält das Berufungsgericht § 1192 Abs. 1a BGB für anwendbar. Dieser Bestimmung zufolge können Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen eine Sicherungsgrundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden; § 1157 Satz 2 BGB, der auf die Vorschriften über den guten Glauben verweist, findet insoweit keine Anwendung. Zu den Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem vorherigen Gläubiger zustehen – die also im Zeitpunkt des Übergangs bereits verwirklicht sind – zählt unter anderem die fehlende

Valutierung (BT-Drucks. 16/9821, S. 17; *Palandt/Bassenge*, 72. Aufl., § 1192 Rdnr. 3). In zeitlicher Hinsicht findet § 1192 Abs. 1a BGB nach der maßgeblichen Übergangsbestimmung (Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB) Anwendung, weil der Beklagte die Grundschuld nach dem 19.8.2008 erworben hat; sein dinglicher Rechtserwerb ist nämlich erst am 22.9.2008 durch die Eintragung in das Grundbuch vollendet worden.

2. Auch trifft es grundsätzlich zu, dass die Kläger dem Beklagten gemäß § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB Einreden aus dem mit G M geschlossenen Sicherungsvertrag entgegenzusetzen könnten, obwohl der Beklagte die Grundschuld von dem Bankhaus erworben hat. Denn es besteht Einigkeit darüber, dass § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB weit auszulegen ist, soweit der Sicherungsvertrag „mit dem bisherigen Gläubiger“ maßgeblich ist; darunter ist ein früherer Grundschuldgläubiger zu verstehen, der nicht zugleich Veräußerer der Grundschuld sein muss (*Palandt/Bassenge*, 72. Aufl., § 1192 Rdnr. 3; *Wellenhofer*, JZ 2009, 1077, 1081).

3. Schließlich ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das Bankhaus im Hinblick auf die Einrede als gutgläubig ansieht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats reicht allein die Kenntnis von dem Sicherungscharakter der Grundschuld nicht aus, um die Bösgläubigkeit hinsichtlich der fehlenden Valutierung zu begründen (Senat, Urteil vom 21.4.1972, V ZR 52/70, BGHZ 59, 1 ff.; Urteil vom 15.1.1988, V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 82, jeweils m. w. N.).

4. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, gemäß § 1192 Abs. 1a BGB müsse sich der Beklagte die fehlende Valutierung der Grundschuld entgegenhalten lassen, obwohl das Bankhaus als Zedent die Grundschuld vor dem 19.8.2008 gutgläubig einredefrei erworben hat (§ 1192 Abs. 1, § 1157 Satz 2, § 892 BGB).

a) Ob eine Einrede trotz eines gutgläubigen Erwerbs vor dem 19.8.2008 bei einer erneuten Abtretung nach diesem Tag wieder erhoben werden kann, wird allerdings uneinheitlich beurteilt. Teilweise wird vertreten, ein Gläubiger, der die Grundschuld samt Forderung nach dem Stichtag erworben habe, sei auch solchen Einreden aus dem Sicherungsvertrag mit einem bisherigen Gläubiger ausgesetzt, die sich sein Rechtsvorgänger aufgrund eines gutgläubigen Erwerbs vor dem Stichtag nicht entgegenhalten lassen musste (*Staudinger/Wolfsteiner*, Stand 2009, § 1192 Rdnr. 49). Andere meinen dagegen, es bleibe bei der Einredefreiheit (*Lemkel/Regenfus*, Immobilienrecht, § 1192 BGB Rdnr. 6).

b) Die letztere Auffassung hält der Senat für richtig. Zwar schließt § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB hinsichtlich der in der Norm aufgeführten Einreden einen gutgläubigen Erwerb gemäß § 1157 Satz 2, § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB aus. Seit dem Erwerb durch das Bankhaus war die Grundschuld indes einredefrei. Demzufolge hat der Beklagte die Grundschuld so erworben, wie sie (jetzt) ist, nämlich einredefrei; dazu bedurfte es des guten Glaubens nicht (mehr). Dies entspricht dem allgemein anerkannten sachenrechtlichen Grundsatz, dass ein einmal vollendeter einredefreier Erwerb des dinglichen Rechts auch für einen weiteren – selbst einen bösgläubigen – Rechtsnachfolger fortwirkt (RGZ 135, 357, 361 ff.; Senat, Urteil vom 4.7.1986, V ZR 238/84, NJW-RR 1987, 139, 140 unter II. 1 a) a. E.; BGH, Urteil vom 16.1.2001, XI ZR 41/00, NJW-RR 2001, 1097 f.; *Erman/Wenzel*, 13. Aufl., § 1157 Rdnr. 6; *MünchKommBGB/Kohler*, 6. Aufl., § 892 Rdnr. 71; *MünchKommBGB/Eickmann*, 6. Aufl., § 1157 Rdnr. 14; zu – hier nicht einschlägigen – Ausnahmen siehe *MünchKommBGB/Kohler*, 6. Aufl., § 892 Rdnr. 39 m. w. N.). Es

gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber von diesem Grundsatz abweichen wollte; die auf Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB bezogene Gesetzesbegründung weist sogar ausdrücklich darauf hin, dass Grundschuldveräußerungen aus der Zeit vor Inkrafttreten der Rechtsänderung nicht einbezogen würden, weil es sich um bereits abgeschlossene Tatbestände handele, in die nicht nachträglich eingegriffen werden solle (BT-Drucks. 16/9821, S. 18).

5. Auch die hilfsweise angestellten Erwägungen des Berufungsgerichts tragen das Ergebnis nicht. Selbst wenn der Beklagte die Sicherungsgrundschuld auf Geheiß des G M als dem bösgläubigen Sicherungsnehmer erworben haben sollte, war sie zu diesem Zeitpunkt einredefrei.

a) Richtig ist zwar, dass zwischen den Klägern und G M weiterhin der schuldrechtliche Sicherungsvertrag besteht. Hätte das Bankhaus die Grundschuld zunächst an G M abgetreten und wäre die Abtretung in das Grundbuch eingetragen worden, hätten die Kläger ihm die fehlende Valutierung (erneut) entgegenhalten können. Hätte G M seinerseits die Grundschuld nach dem 19.8.2008 an den Beklagten abgetreten, wäre er als „bisheriger Gläubiger“ im Sinne von § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB anzusehen gewesen; dann hätten die Kläger dem Beklagten die Einrede auch dann entgegenzusetzen können, wenn dieser insoweit gutgläubig gewesen wäre. Ein (erneuter) dinglicher Rechtserwerb des G M hat aber – davon geht auch das Berufungsgericht aus – nicht stattgefunden; er ist nicht nochmals Grundschuldgläubiger im Sinne von § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB geworden. Infolgedessen war die Grundschuld bei der nach dem 19.8.2008 erfolgten Abtretung nicht (erneut) einredebehaftet.

b) Auch wenn das Bankhaus die Abtretung an den Beklagten in Erfüllung des Rückgewähranspruchs des G M und auf dessen Weisung vorgenommen hat, können wertende Überlegungen die Anwendung von § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB nicht rechtfertigen. Dafür spricht zunächst, dass es an einer abgekürzten Abtretungskette schon dann fehlt, wenn der Rückgewähranspruch – wie es häufig der Fall ist – abgetreten worden ist. Entscheidend ist jedoch, dass das Immobiliarsachenrecht aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in besonderer Weise formalisiert ist, soweit der dingliche Rechtserwerb – wie es bei einer Buchgrundschuld der Fall ist – die Eintragung in das Grundbuch erfordert. Ein unterbliebener dinglicher Rechtserwerb kann deshalb – abgesehen von dem Sonderfall einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 242, 826 BGB) – nicht durch Wertungen ersetzt werden. Nichts anderes lässt sich aus dem von den Klägern in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat herangezogenen Geheißerwerb bei beweglichen Sachen herleiten. Dabei wird die Übergabe einer beweglichen Sache (§ 929 Satz 1 BGB) an den Erwerber durch die Übergabe an einen Dritten „auf Geheiß“ des Erwerbers vorgenommen. Folge ist ein dinglicher Rechtserwerb des Anweisenden (BGH, Urteil vom 9.11.1998, II ZR 144/97, NJW 1999, 425; *Hassold*, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, 1981, S. 74 f.). Dagegen kann es einen dinglichen Zwischenerwerb bei einer Buchgrundschuld nur infolge der Eintragung in das Grundbuch geben, an der es gerade fehlt.

6. Schließlich muss sich der Beklagte die Einrede nach den bisherigen Feststellungen auch nicht gemäß § 242 BGB entgegenhalten lassen. Ist § 1192a Abs. 1 Satz 1 BGB – wie ausgeführt – nicht anwendbar, so muss er die Einrede im Grundsatz selbst dann nicht gegen sich gelten lassen, wenn er Kenntnis von der Nichtvalutierung gehabt haben sollte. Anders läge es nur dann, wenn er mit G M kollusiv zusammen-

gewirkt haben sollte, um die Kläger vorsätzlich und sittenwidrig zu schädigen (§§ 826, 242 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 4.7.1986, V ZR 238/84, NJW-RR 1987, 139, 140 unter II. 1 a)). Ob eine solche Sachlage gegeben ist – entsprechend der Würdigung des LG, das den Beklagten als „Strohmann“ von G M angesehen hat –, ist von dem Berufungsgericht aber gerade offengelassen worden.

(...)

b) Die Zurückweisung des Beweisantritts stützt das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft auf § 531 Abs. 2 ZPO, weil es meint, es handele sich um ein neues Angriffsmittel. Dabei übersieht es, dass das Recht, zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen, auch das Recht umfasst, neue Beweisanträge zu stellen (BGH, Beschluss vom 25.1.2012, IV ZR 230/11, juris Rdnr. 16; *Zöller/Greger*, ZPO, 29. Aufl., § 285 Rdnr. 1; *HK-ZPO/Saenger*, 5. Aufl., § 285 Rdnr. 3). Damit gilt nicht die von dem Berufungsgericht herangezogene Norm des § 296a Satz 1 ZPO, sondern § 296a Satz 2 i. V. m. § 283 ZPO. Nach diesen Vorschriften musste der Inhalt des nachgelassenen Schriftsatzes berücksichtigt werden. Der darin enthaltene Beweisantritt war auch nicht verspätet. Denn die Kläger haben die fragliche Behauptung erst mit Schriftsatz vom 11.1.2011 aufgestellt, also relativ kurz vor dem Termin der Beweisaufnahme am 17.2.2011. Eine Verspätung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO scheidet aus, weil sich der Beklagte zu der Behauptung nicht fristgebunden äußern musste; die Voraussetzungen für eine auf § 296 Abs. 2 ZPO gestützte Zurückweisung sind nicht ersichtlich. Ohnehin hätte eine Zurückweisung als verspätet erst nach einem Hinweis des Gerichts erfolgen dürfen, was eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung vorausgesetzt hätte (BGH, Beschluss vom 25.1.2012, IV ZR 230/11, juris Rdnr. 19; *Zöller/Greger*, ZPO, 30. Aufl., § 139 Rdnr. 19, § 296 Rdnr. 32, jeweils m. w. N.).

Beurkundungs- und Notarrecht

20. GG Art. 3 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, 2, Art. 12 Abs. 1; BNotO §§ 4, 6, 39 Abs. 1 Satz 2, 48b, 48c (*Erneute Bestellung von Notaren nach vorübergehender Amtsniederlegung wegen Kinderbetreuung*)

1. **Es ist verfassungsrechtlich geboten, im Auswahlverfahren um eine ausgeschriebene Notarstelle besonders zu berücksichtigen, dass eine Bewerberin oder ein Bewerber bereits einmal erfolgreich das Bewerbungsverfahren durchlaufen und die fachliche und persönliche Eignung für das Amt hierdurch sowie durch die Ausübung des Amtes bewiesen hat. Dass bereits zuvor eine – beanstandungsfreie und nicht vernachlässigbare – notarielle Amtstätigkeit vorzuweisen ist und das Amt aus familiären Gründen vorübergehend für einen längeren Zeitraum als ein Jahr nach § 48b BNotO niedergelegt wurde, kann sich – jedenfalls bei einem Anwaltsnotariat – im Einzelfall unter Abwägung der grundrechtlich geschützten Interessen der konkurrierenden Bewerber als vorrangiges Kriterium der fachlichen Eignung gegenüber den sonst nach § 6 Abs. 3 Satz 3 Hs. 1 BNotO maßgeblichen Prüfungsergebnissen durchsetzen.**
2. **Die Landesjustizverwaltungen haben insbesondere bei Bewerbung einer früheren Notarin, die ihr Amt**

nach § 48b Abs. 1 BNotO vorübergehend für einen längeren Zeitraum als ein Jahr niedergelegt hatte, sorgfältig zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 GG eine Ausnahme von den Regelvoraussetzungen des § 6 Abs. 2 Satz 1 BNotO möglich und geboten ist.

3. **Der Grundsatz der Subsidiarität kann der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen eine auf §§ 48b, 48c BNotO gestützte ablehnende Entscheidung zur erneuten Bestellung einer früheren Notarin nach einer vorübergehenden Amtsniederlegung entgegenstehen, wenn die Betroffene es nach einer zwischenzeitlich zu ihrem Nachteil ergangenen Auswahlentscheidung unterlassen hat, die Besetzung der ausgeschriebenen Notarstelle durch einen Mitbewerber im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes zu verhindern.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BVerfG, Beschluss vom 20.11.2013, 1 BvR 63/12

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die erneute Bestellung einer früheren Notarin nach einer vorübergehenden Amtsniederlegung nach § 48b BNotO.

1. a) §§ 48b und 48c BNotO regeln die vorübergehende Niederlegung des Notaramts. Die Vorschriften lauten:

„§ 48b

- (1) Wer als Notarin oder als Notar

1. mindestens ein Kind unter achtzehn Jahren oder

2. einen nach amtsärztlichem Gutachten pflegebedürftigen sonstigen Angehörigen

tatsächlich betreut oder pflegt, kann das Amt mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde vorübergehend niederlegen.

- (2) Die Dauer der Amtsniederlegung nach Abs. 1 darf auch in Verbindung mit der Amtsniederlegung nach § 48c zwölf Jahre nicht überschreiten.

§ 48c

- (1) Erklärt der Notar mit dem Antrag auf Genehmigung der vorübergehenden Amtsniederlegung nach § 48 b, sein Amt innerhalb von höchstens einem Jahr am bisherigen Amtssitz wieder antreten zu wollen, wird er innerhalb dieser Frist dort erneut bestellt. § 97 Abs. 3 Satz 2 gilt entsprechend.

- (2) Nach erneuter Bestellung am bisherigen Amtssitz ist eine nochmalige Amtsniederlegung nach Abs. 1 innerhalb der nächsten beiden Jahre ausgeschlossen; § 48b bleibt unberührt. Die Dauer mehrfacher Amtsniederlegungen nach Abs. 1 darf drei Jahre nicht überschreiten.“

Die vorübergehende Niederlegung des Notaramts führt nach § 47 Nr. 7 BNotO sowohl im Fall des § 48b BNotO als auch im Fall des § 48c BNotO zu dessen Erlöschen.

b) Bewerber um eine Notarstelle sind nach § 6b Abs. 1 Hs. 1 BNotO durch Ausschreibung zu ermitteln. Dies gilt gemäß § 6b Abs. 1 Hs. 2 BNotO nicht bei einer erneuten Bestellung nach einer vorübergehenden Amtsniederlegung innerhalb der Jahresfrist gemäß § 48c BNotO.

Notarstellen werden nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 BNotO vergeben. Die Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern richtet sich nach der persönlichen und der fachlichen Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen (§ 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Im Fall des Anwaltsnotariats nach § 3 Abs. 2 BNotO wird die fachliche Eignung nach Punkten bewertet; die Punktzahl bestimmt sich zu 60 % nach dem Ergebnis der notariellen Fachprüfung und zu 40 % nach dem Ergebnis der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung, soweit nicht bei einem Bewerber, der Notar ist oder war, im Einzelfall nach Anhörung der Notarkammer ausnahmsweise besondere, die fachliche Eignung vorrangig kennzeichnende Umstände zu berücksichtigen sind (§ 6 Abs. 3 Satz 3 BNotO).

2. a) Die Beschwerdeführerin ist seit 1982 als Rechtsanwältin zugelassen und wurde im Jahr 1994 zur Notarin bestellt. Die am Ausgangsverfahren beteiligte Dienstaufsichtsbehörde (im Folgenden Beklagter) gestattete ihr im Jahr 2004 die vorübergehende Amtsniederlegung für einen längeren Zeitraum als ein Jahr. Nach der vorübergehenden Niederlegung des Notaramts der Beschwerdeführerin war in ihrem früheren Amtsbereich zunächst kein neuer Notar bestellt worden. Im Jahr 2010 beantragte die Beschwerdeführerin, ihr das Notaramt wieder zu erteilen.

b) Der Beklagte wies den Antrag zurück. In den Fällen der Amtsniederlegung für mehr als ein Jahr sei für die Bestellung die Ausschreibung einer Notarstelle notwendig. Für eine solche Ausschreibung bestehe aber aufgrund der konkreten Bedarfsplanung derzeit kein Bedürfnis.

Nachdem das OLG die gegen diesen Bescheid gerichtete Klage abgewiesen hatte, blieb auch die Berufung der Beschwerdeführerin vor dem BGH ohne Erfolg. Die Beschwerdeführerin habe keinen Anspruch auf erneute Bestellung zur Notarin an ihrem bisherigen Amtssitz. Zwar lege der Wortlaut des § 48b BNotO die Annahme nahe, der Notar könne nach Ablauf des Zeitraums der Niederlegung sein Amt ohne Weiteres wieder aufnehmen. Ein derartiges Verständnis der Norm lasse aber den Gesamtzusammenhang des Gesetzes sowie Sinn, Zweck und Entstehungsgeschichte der Bestimmung außer Acht. Der Gesetzgeber habe sich bewusst dafür entschieden, dem Notar, der sein Amt für mehr als ein Jahr aus familiären Gründen niederlege, keinen Wiederbestellungsanspruch einzuräumen. Trotz geäußerter Bedenken, dass die Regelung keine entscheidende Verbesserung hinsichtlich der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bringe, habe der Gesetzgeber an der Bestimmung festgehalten. Der Umstand, dass ein Bewerber um eine Stelle als Anwaltsnotar schon einmal eine Notarstelle innegehabt und sein Amt gemäß § 48b BNotO für mehr als ein Jahr vorübergehend niedergelegt habe, werde aber bei einer künftigen Auswahlentscheidung gemäß § 6 BNotO Berücksichtigung finden müssen. Hingegen könne § 48b BNotO im Wege der verfassungskonformen Auslegung kein Anspruch auf Wiederbestellung am bisherigen Amtssitz entnommen werden. Die Bestimmung sei nicht verfassungswidrig.

3. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 3, 6 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG.

4. Dem Bundeskanzleramt, dem Bundesministerium des Innern, dem Bundesministerium der Justiz, den Justizministerien der Bundesländer, der Bundesnotarkammer, dem Deutschen Anwaltverein e. V., dem Deutschen Juristinnenbund e. V. und dem Republikanischen Anwältinnen- und Anwälteverein e. V. sowie dem Beklagten wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Der Beklagte hat in seiner Stellungnahme darauf hingewiesen, dass zwischenzeitlich eine Notarstelle für den Amtsgerichtsbezirk der Beschwerdeführerin ausgeschrieben worden sei. Er habe der Bewerbung der Beschwerdeführerin nicht entsprochen. Auch bei einem Absehen von dem Erfordernis einer notariellen Fachprüfung (§ 7a BNotO) hätten die Leistungen der Beschwerdeführerin nicht an die ihrer Mitbewerber herangereicht. Die Beschwerdeführerin habe gegen diese Entscheidung zwar rechtzeitig Klage erhoben, von der Einlegung eines Antrags im einstweiligen Rechtsschutzverfahren aber bewusst abgesehen und trotz ausdrücklichen Hinweises die Aushändigung der Urkunde an einen in der Rechtsanwaltssozietät der Beschwerdeführerin tätigen Rechtsanwalt nicht verhindert.

Hierauf hat die Beschwerdeführerin erwidert, sie müsse den Ausführungen des Beklagten zur Einschätzung ihrer Leistungen widersprechen, weil sie bisher noch keinen Einblick in die Bewerbungsunterlagen der Konkurrenten habe nehmen können. Von einstweiligem Rechtsschutz gegen die Bestellung ihres Sozius zum Notar habe sie mit Blick auf die berufliche Zusammenarbeit und auf die ungewissen Modalitäten ihrer Wiederbestellung zur Notarin abgesehen.

Die Akten des Ausgangsverfahrens waren beigezogen.

Aus den Gründen:

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG lie-

gen nicht vor. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist insbesondere nicht zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, weil der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht beachtet worden ist.

Dieser Subsidiaritätsgrundsatz erfordert, dass ein Beschwerdeführer über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinne hinaus alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreift, um es gar nicht erst zu dem Verfassungsverstöß kommen zu lassen bzw. um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (vgl. BVerfGE 81, 97, 102 f.; 86, 15, 22; 110, 1, 12; 125, 104, 120). Wie für jede Zulässigkeitsvoraussetzung (vgl. dazu BVerfGE 106, 210, 214) gilt auch für das Subsidiaritätsgebot, dass ihm im Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG genügt sein muss.

1. Allerdings steht der Zulässigkeit nicht entgegen, dass die Beschwerdeführerin anstelle der vorübergehenden Amtsniederlegung nicht die Möglichkeit der Bestellung eines ständigen Vertreters gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BNotO genutzt hat, um ihre – durch die Betreuung ihres Kindes bedingte – Verhinderung an der Amtsausübung zu überbrücken. Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde wird nur dann missachtet, wenn der Gebrauch einer anderen Möglichkeit, die Grundrechtsverletzung zu verhindern oder zu beseitigen, einem Beschwerdeführer auch zumutbar ist (vgl. BVerfGE 102, 197, 207; 104, 65, 71). Daran fehlt es hier. Obgleich mit der Vertreterbestellung ein Erlöschen des Notaramts verhindert worden wäre, war der Beschwerdeführerin dieser Weg nicht zumutbar. Zum einen hätte ein Vertreter das Amt nach § 41 Abs. 1 Satz 1 BNotO auf Kosten der Beschwerdeführerin versehen, während zum anderen die Vertreterbestellung nur durch die Aufsichtsbehörde erfolgen kann und eine solche Maßnahme nach § 39 Abs. 1 Satz 2 BNotO in der Regel die Dauer eines Jahres nicht überschreiten soll. Zwar könnten gerade Kindererziehungszeiten mit Blick auf das Eltern- und Familiengrundrecht des Art. 6 GG der zuständigen Landesjustizverwaltung Anlass geben, bei der Dauer einer Vertreterbestellung großzügiger zu verfahren und die Jahresfrist in geeigneten Fällen zu überschreiten. Auf diese Möglichkeit kann die Beschwerdeführerin aber nicht in zumutbarer Weise verwiesen werden, solange für sie nicht – etwa aufgrund einer Selbstbindung der Aufsichtsbehörde durch allgemeine Verfügung – vorhersehbar und berechenbar ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vertreterbestellung auch über die Jahresfrist hinaus für die gesamte Dauer ihrer Beanspruchung durch Kinderbetreuung erfolgen wird.

2. Die Beschwerdeführerin hat dem Subsidiaritätsgebot aber deshalb nicht entsprochen, weil sie ihre Bestellung auf die zwischenzeitlich in ihrem früheren Amtsbereich ausgeschrieben Notarstelle nicht in erfolversprechender Weise verfolgt und damit eine Möglichkeit nicht genutzt hat, um die von ihr gerügte Verletzung von Grundrechten in einem hierfür geeigneten Verfahren zu beseitigen. Obgleich sie von der Landesjustizverwaltung über die Konsequenzen belehrt worden war, hat die Beschwerdeführerin mit Rücksicht auf ihren Anwaltssozius bewusst davon Abstand genommen, zur Sicherung ihres Zugangs zu der von ihr begehrten Notarstelle in ihrem Amtsgerichtsbezirk einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

a) Mit der von ihr hingenommenen Bestellung eines mit ihr konkurrierenden Bewerbers zum Notar hat sich die Beschwerdeführerin selbst den Weg verstellt, die von ihr geltend gemachte Grundrechtsverletzung auf einfachere Weise als im

vorliegenden Verfahren zu beseitigen. Wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität (vgl. BGH, Beschluss vom 15.11.2010, NotZ 4/10, NJW-RR 2011, 412 f.), dessen Geltung nach fachgerichtlicher Rechtsprechung nur im Fall einer – hier nicht gegebenen – Rechtsschutzverhinderung durch den Dienstherrn in Frage steht (vgl. BVerwGE 138, 102), hat das Unterlassen der Beschwerdeführerin zur Folge, dass sich die anderweitige Besetzung der ausgeschriebenen Notarstelle nicht mehr beseitigen lässt. Ungeachtet der zwischenzeitlich erfolgten regulären Stellenausschreibungen hätte die Beschwerdeführerin daher im vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahren zunächst die Ausschreibung einer neuen Amtsstelle im Amtsbereich durchsetzen oder ihre unmittelbare erneute Bestellung zur Notarin ohne Stellenausschreibung erreichen müssen. Mit Blick auf die gesetzliche Voraussetzung eines Bedürfnisses für die Schaffung einer Notarstelle, die § 4 BNotO allein an den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege orientiert und subjektive Rechte von Bewerbern zumindest aus Art. 12 Abs. 1 GG ausschließt (vgl. BVerfGE 73, 280, 292), erscheint die Erreichbarkeit dieses Ziels zwar zumindest fraglich. Diese zusätzlichen Hindernisse bei der Durchsetzung ihrer Grundrechte hätte die Beschwerdeführerin aber vermeiden können, wenn sie ihr Ziel auf die bereits ausgeschriebene Notarstelle gerichtet hätte, zumal dies auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH und der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 GG nicht ohne begründete Erfolgsaussichten gewesen wäre.

b) Obgleich die angegriffenen Vorschriften verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen, ist in der Sache deren Auslegung und Anwendung durch den BGH mit dem Grundgesetz vereinbar.

Den durch Kinderbetreuung oder Pflege von Angehörigen beanspruchten Notarinnen und Notaren wird – entgegen der missverständlichen Formulierung des § 48b BNotO – keine von vornherein nur vorübergehende Amtsniederlegung ermöglicht. Folge der gesetzlichen Regelungen ist vielmehr zunächst nach § 47 Nr. 7 BNotO das Erlöschen ihres notariellen Amtes. Um das Amt erneut aufzunehmen, ist daher eine erneute Bestellung zur Notarin oder zum Notar erforderlich, auf die § 48c BNotO allerdings nur dann einen Anspruch gibt, wenn das Notaramt innerhalb eines Jahres wieder angetreten wird. Letztlich bleibt die Rückkehr in das konkrete frühere Amt danach lediglich für ein Jahr sichergestellt, was schwerlich dem Zeitrahmen gerecht werden kann, der typischerweise für Kinderbetreuung oder Pflegeaufgaben benötigt wird. Dies mag zumindest einer der Gründe dafür sein, dass die vorübergehende Amtsniederlegung nach den in der Stellungnahme der Bundesnotarkammer genannten Zahlen keine praktische Bedeutung erlangen konnte: Nach dem Ergebnis einer Umfrage bei allen Notarkammern wurden seit Inkrafttreten der Vorschriften nur in insgesamt 31 Fällen Anträge nach §§ 48b, 48c BNotO gestellt. Zweifel an der Eignung der genannten Vorschriften waren ausweislich der Stellungnahme der Hessischen Staatskanzlei auch bereits im Gesetzgebungsverfahren bekannt; allerdings konnte sich der Gegenvorschlag einer – das Notaramt erhaltenden – bis zu fünfjährigen Vertreterbestellung nicht durchsetzen. Ob diese Umstände im Zusammenwirken mit Grundrechten zur Verfassungswidrigkeit namentlich der engen Voraussetzung für eine Wiederbestellung führen können, kann allerdings vorliegend dahinstehen; denn selbst bei unterstellter Wirksamkeit hätte die Beschwerdeführerin mit ihrer Bewerbung um die ausgeschriebene Stelle Erfolg haben können.

Denn nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urteil vom 23.7.2012, NotZ Brfg 12/11, NJW 2012, 2972 ff.) ist in einem neuen Auswahlverfahren um eine ausgeschriebene No-

tarstelle besonders zu berücksichtigen, dass eine Bewerberin oder ein Bewerber bereits einmal erfolgreich das Bewerbungsverfahren durchlaufen und die fachliche und persönliche Eignung für das Amt hierdurch sowie durch die Ausübung des Amtes bewiesen habe. Auch in seiner mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung hat der BGH hervorgehoben, bei einer künftigen Auswahlentscheidung gemäß § 6 BNotO werde der Umstand Berücksichtigung finden müssen, dass eine Bewerberin oder ein Bewerber um eine Stelle im Bereich des Anwaltsnotariats schon einmal eine solche Stelle innegehabt und das Amt gemäß § 48b BNotO für mehr als ein Jahr vorübergehend niedergelegt habe.

c) Diese Auslegung ist verfassungsrechtlich geboten. Sie ergibt sich aus den in der Rechtsprechung des BVerfG hinreichend geklärten verfassungsrechtlichen Maßstäben des Art. 3 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 113, 1, 15 ff.).

aa) Art. 3 Abs. 2 GG bietet Schutz auch vor faktischen Benachteiligungen. Die Verfassungsnorm zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern (vgl. BVerfGE 109, 64, 89; 113, 1, 15). Durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ist ausdrücklich klargestellt, dass sich das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (vgl. BVerfGE 92, 91, 109; 109, 64, 89; 113, 1, 15). In diesem Bereich wird die Durchsetzung der Gleichberechtigung auch durch Regelungen gehindert, die zwar geschlechtsneutral formuliert sind, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder der gesellschaftlichen Bedingungen überwiegend Frauen betreffen (vgl. BVerfGE 104, 373, 393; 113, 1, 15). Demnach ist es nicht entscheidend, dass eine Ungleichbehandlung unmittelbar und ausdrücklich an das Geschlecht anknüpft. Über eine solche unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus erlangen für Art. 3 Abs. 2 GG die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung für Frauen und Männer ebenfalls Bedeutung (vgl. BVerfGE 113, 1, 15 f.).

bb) Die Vorschrift des § 48b BNotO kann zu einer faktischen Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern führen. Wenn das Amt für einen längeren Zeitraum als ein Jahr niedergelegt wird, ist dies mit erheblichen Nachteilen verbunden, die typischerweise Frauen insbesondere im Fall der Betreuung minderjähriger Kinder treffen. Sie müssen sich nach der gesetzlichen Konzeption erneut um eine ausgeschriebene Notarstelle bewerben und ein Bewerbungsverfahren durchlaufen. Gehen ihnen konkurrierende Mitbewerber vor, können sie auf Dauer von der Ausübung des Notarberufs ausgeschlossen sein.

In der sozialen Wirklichkeit werden hierdurch in erster Linie Frauen benachteiligt. Trotz des Anstiegs ihres Anteils unter den Berufstätigen tragen überwiegend Frauen die Aufgaben der Kinderbetreuung und verzichten aus diesem Grund zumindest vorübergehend ganz oder teilweise auf eine Berufstätigkeit (vgl. BVerfGE 113, 1, 19). Für den Zeitraum, in dem sich die Beschwerdeführerin zur vorübergehenden Amtsniederlegung aus Gründen der Kindererziehung entschloss, wird dies nachdrücklich durch den verschwindend geringen Anteil von Männern unter den Empfängern des damals gezahlten Erziehungsgeldes belegt (vgl. BVerfGE 113, 1, 19). Seit der Einführung des Elterngeldes hat sich die Situation zwar verbessert, nicht aber zu einem annähernden Gleichstand zwischen den Geschlechtern geführt: So stieg der Anteil von Männern im Jahr 2007 auf 11 % (vgl. Destatis, Datenreport 2008, S. 283), während 2011 die Väterbeteiligung 27,3 % erreichte, wobei allerdings immer noch Mütter in durchschnittlich 95 % der Fälle Elterngeld bezogen (Destatis, Zahlen & Fakten, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/Elterngeld/Eltern->

geld. html). Es gibt keine Hinweise dafür, dass die Situation in Familien, in denen ein Elternteil oder beide Elternteile dem Notarberuf nachgehen, von diesem gesamtgesellschaftlichen Bild grundlegend verschieden ist.

cc) Bei Besetzung einer gemäß § 4 BNotO bereits ausgeschriebenen Amtsstelle kann die Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 GG – jedenfalls für die vorliegende Konstellation des Anwaltsnotariats – durch die vom BGH befürwortete Auslegung der Vorschriften der Bundesnotarordnung hinreichend sichergestellt werden. Zwar ist es auch dann erforderlich, das für die Besetzung der Notarstelle vorgeschriebene Bewerbungsverfahren zu durchlaufen, gemäß § 6 Abs. 3 Satz 3 Hs. 2 BNotO können aber insbesondere in Fällen der Wiederbestellung nach Anhörung der Notarkammer ausnahmsweise besondere, die fachliche Eignung vorrangig kennzeichnende Umstände berücksichtigt werden. Dass bereits zuvor eine – beanstandungsfreie und nicht vernachlässigbare – notarielle Amtstätigkeit vorzuweisen ist und das Amt aus familiären Gründen vorübergehend für einen längeren Zeitraum als ein Jahr nach § 48b BNotO niedergelegt wurde, kann sich daher im Einzelfall unter Abwägung der grundrechtlich geschützten Interessen der konkurrierenden Bewerber als vorrangiges Kriterium der fachlichen Eignung gegenüber den sonst nach § 6 Abs. 3 Satz 3 Hs. 1 BNotO maßgeblichen Prüfungsergebnissen durchsetzen.

Einer solchen Auslegung stehen die in § 6 Abs. 2 Satz 1 BNotO geregelten Voraussetzungen, insbesondere die danach vorausgesetzte örtliche Wartezeit (§ 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BNotO) und das Bestehen der notariellen Fachprüfung (§ 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BNotO), nicht entgegen. Denn diese Erfordernisse sind nur in Sollvorschriften geregelt, so dass in begründeten Ausnahmefällen von ihnen abgewichen werden kann, wenn besondere Umstände des Einzelfalls dies erfordern (vgl. BVerfGK 15, 355, 371). Die Landesjustizverwaltung wird demnach insbesondere bei Bewerbung einer früheren Notarin, die ihr Amt nach § 48b Abs. 1 BNotO vorübergehend für einen längeren Zeitraum als ein Jahr niedergelegt hatte, sorgfältig zu prüfen haben, ob unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 GG eine Ausnahme von den Regelvoraussetzungen des § 6 Abs. 2 Satz 1 BNotO möglich und geboten ist. Bislang fehlende transparente und hinreichend voraussehbare Vorgaben zur Verwaltungspraxis bei Auslegung und Anwendung der Vorschrift, etwa in Form eines Erlasses der Landesjustizverwaltung, könnten dazu beitragen, die mit der gesetzlichen Regelung verbundenen Unklarheiten auszuräumen und den betroffenen Amtsträgern und Bewerbern Sicherheit für ihre beruflichen Perspektiven zu vermitteln. Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen. Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Kostenrecht

21. KostO § 19 Abs. 4 (GNotKG § 48 Abs. 1) (*Kostenprivilegierung landwirtschaftlicher Betriebe*)

An der herkömmlichen Auffassung, dass für die Kostenprivilegierung landwirtschaftlicher Betriebe eine Übergabe mit Hofstelle, d. h. mit dem bäuerlichen Wohnhaus, stattfinden muss, wird festgehalten.

OLG München, Beschluss vom 28.1.2014, 34 Wx 576/11; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte zu 1 schloss am ... 12.2008 einen notariellen Übergabevertrag mit E-M Sch (= Beteiligte zu 2) und B Sch, seinen beiden Töchtern, sowie seiner Ehefrau H Sch. Hiernach überließ er unter anderem der Beteiligten zu 2 ein von ihm bewohntes landwirtschaftliches Anwesen mit Ausnahme des sich darauf befindlichen sog. Privathauses samt Umgriff/Garten. Für die Beteiligte zu 2 und B Sch wurde jeweils ein Wohnungsrecht bewilligt, das mit Vollendung des 40. Lebensjahres, spätestens aber mit Heirat erlöschen sollte. Nach dem Vertragsinhalt wird die Beteiligte zu 2 den Betrieb als Sonderbetriebsvermögen der aus den beiden Schwestern gebildeten Gesellschaft (Landwirtschafts-GbR) zur Nutzung überlassen.

Das Grundbuchamt hatte zunächst für die Eigentumsumschreibung (unter anderem) den vierfachen Einheitswert angesetzt. Auf Beanstandung und schließlich gestellten Antrag des zuständigen Bezirksrevisors (Beteiligter zu 3) hat es mit Beschluss vom 21.11.2011 den Geschäftswert auf 5.147.604,25 € festgesetzt.

Die Geschäftswertfestsetzung nimmt Bezug auf die Stellungnahme des Bezirksrevisors, wonach der Begriff der Hofstelle (§ 19 Abs. 4 KostO) voraussetze, dass auch ein Wohngebäude übergeben werde. Die Einräumung eines bedingten und befristeten Wohnungsrechts reiche nicht aus. Ebenso spiele es keine Rolle, dass die Beteiligte zu 2 beabsichtige, ein Wohnhaus zu errichten, da es auf den Zeitpunkt der Gebührenfälligkeit ankomme. Der Fall sei auch nicht mit dem der Entscheidung des BayObLG vom 28.6.2000 zugrundeliegenden Fall (MittBayNot 2000, 470) zu vergleichen. Denn dort sei der Erwerbvorgang für Hofstelle und landwirtschaftlichen Betrieb mit dem Erwerb der dazugehörenden landwirtschaftlichen Flächen endgültig abgeschlossen gewesen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2. Zur Begründung wird ausgeführt, dass beabsichtigt sei, später auch das Wohnhaus an die Beteiligte zu 2 zu übertragen, was für die Privilegierung genüge. Mit dem Zweck der maßgeblichen Kostenvorschrift sei es nicht vereinbar, wenn man die Übergabe eines vollständigen Betriebes verneinen wolle, nur weil das Wohnhaus später übertragen werde. Die Übertragung des Wohnhauses früher oder später habe auf die Beurteilung keinen Einfluss. Darüber hinaus beabsichtige die Beteiligte zu 2, in unmittelbarer Nähe zu den Wirtschaftsgebäuden ein Wohnhaus zu errichten.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Der Einzelrichter hat mit Beschluss vom 27.1.2014 das Verfahren dem Senat zur Entscheidung übertragen.

Aus den Gründen:

II.

Maßgeblich sind noch die Vorschriften der bis 31.7.2013 geltenden Kostenordnung (vgl. § 136 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GNotKG), denn Grundbuch- wie Rechtsmittelverfahren sind bereits vor diesem Datum eingeleitet worden. Anzuwenden ist die Kostenordnung in der Fassung des am 1.9.2009 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG vom 17.12.2008; BGBI I, S. 2585). Denn für selbständige Verfahren, zu denen das erst auf Antrag des Bezirksrevisors nach diesem Stichtag eingeleitete Verfahren der Geschäftswertfestsetzung zählt, gilt nicht altes, sondern neues Recht (vgl. Art. 111 Abs. 1 und 2 FGG-RG).

Das als Beschwerde nach § 31 Abs. 1, 3 Sätze 1, 3 und 5 sowie § 14 KostO statthafte Rechtsmittel ist zulässig, insbesondere ist der Beschwerdewert von 200 € überschritten. Es hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, da der Geschäftswert zu treffend bemessen ist.

1. Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO stellt den Wert einer Sache der gemeine Wert dar. Der Einheitswert ist nach § 19 Abs. 2 KostO nur maßgebend, wenn sich nicht aus dem Inhalt des Geschäfts, den Angaben der Beteiligten, Grundstücksbelastungen, amtlich bekannten oder aus den Grundakten ersichtlichen Tatsachen oder Vergleichswerten oder aus sonstigen ausreichenden Anhaltspunkten ein höherer Wert ergibt.

2. Bei einem Geschäft, das die Überlassung eines landwirtschaftlichen Betriebs „mit Hofstelle“ zum Gegenstand hat, ist jedoch abweichend von der vorstehenden Regel das landwirtschaftliche Vermögen mit dem Vierfachen des letzten Einheitswerts zu bewerten (§ 19 Abs. 4 Satz 1 KostO).

3. Die Voraussetzungen dieser – eng auszulegenden – Privilegierung liegen jedoch nicht vor. Erforderlich ist nämlich, dass die Hofstelle mit übergeht. Die Hofstelle umfasst aber neben den Wirtschaftsgebäuden auch das bäuerliche Wohnhaus (h. M.; vgl. BayObLG, MittBayNot 2002, 127; BGH, NJW-RR 1998, 1627, 1629; OLG München, MittBayNot 2010, 418; *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung, Stand August 2012, § 19 Rdnr. 55b; *Hartmann*, Kostengesetze, 42. Aufl., § 19 KostO Rdnr. 53 „Hofstelle“; *ders.*, 43. Aufl., § 48 GNotKG Rdnr. 5 „Hofstelle“; *Bengel/Tiedke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 19 Rdnr. 84 und 85; zweifelnd OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.2009, 10 W 78/09, das die Frage aber letztlich offen lässt). Dass zu einer Hofstelle zwingend auch eine Wohnung gehört, ergibt sich mit der herrschenden Meinung für den Senat bereits aus der agrarpolitischen Zielsetzung der Bestimmung, nämlich eine frühzeitige Regelung der Hofnachfolge zu fördern und der Erhaltung landwirtschaftlicher Betriebe zu dienen, die vielfach seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt werden (vgl. BayObLG, a. a. O.; OLG München, a. a. O.). Dabei ist aus verfassungsrechtlichen Gründen eine eng an diesem Zweck orientierte Auslegung geboten; denn gefördert werden soll die Fortführung als „bäuerlicher Familienbetrieb“.

Die Bewirtschaftung des Betriebs muss von der Hofstelle aus erfolgen, ohne dass diese mit den landwirtschaftlichen Grundstücken in unmittelbar räumlichem Zusammenhang stehen müsste. Es kommt daher entgegen der vom OLG Hamm ange deuteten Meinung auch nicht darauf an, ob insoweit anstelle des bisherigen Verständnisses von einer Hofstelle nun großzügigere Maßstäbe anzulegen sind. Nach der Vorgabe des Gesetzgebers soll gerade die traditionelle Form der Bewirtschaftung gefördert werden (siehe BT-Drucks. 11/2343, S. 7), offensichtlich also nicht die „Agrarfabrik“. Von der „Hofstelle“ aus, also von einem bei natürlicher Betrachtung den Mittelpunkt bildenden Wohngebäude aus, muss der Betrieb bewirtschaftet werden können.

4. Da nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut der landwirtschaftliche Betrieb „mit Hofstelle“ überlassen werden muss, um die Privilegierung auszulösen, kann es auch keine Rolle spielen, wenn der Übernehmer beabsichtigt, erst später eine Wohnmöglichkeit zu schaffen.

5. Ebenso wenig genügt die Absicht, später einmal das Wohngebäude zu übergeben, was übrigens in den sechs Jahren seit Abschluss des Vertrages nicht geschehen ist. Allerdings kann die Übertragung von Hofstelle (mit Wohngebäude) und landwirtschaftlichen Grundstücken auch zeitlich versetzt stattfinden, wenn nur die Beteiligten von vornherein die Absicht hatten, beides auf denselben Erwerber zu übertragen (vgl. BayObLG, MittBayNot 2000, 470).

Dies setzt aber auch voraus, dass beide Bestandteile übertragen werden, nämlich der landwirtschaftliche Betrieb als vollständige Wirtschaftseinheit – mit Hofstelle – übergeben wird. Dies ist gerade nicht gegeben, da es noch an der Übergabe des Wohngebäudes fehlt. Hierin liegt auch der Unterschied zu dem der Entscheidung des BayObLG zugrundeliegenden Fall (a. a. O.). Dort waren zum Zeitpunkt der Gebührenfälligkeit Hofstelle und Landwirtschaftsflächen übergegangen. Nicht genügt aber, dass für irgendeinen späteren Zeitpunkt die Übergabe beabsichtigt ist. Etwas anderes ergibt sich auch

nicht aus der Entscheidung des BayObLG vom 5.9.2001 (MittBayNot 2002, 127), in der es allerdings heißt (bei juris Rdnr. 11), dass einerseits die Wohnräume nicht übergeben wurden, dies andererseits auch nicht beabsichtigt sei. Denn die bloße Absicht kann jedenfalls dann nicht ausreichen, wenn irgendwelche Maßnahmen, die die Umsetzung sichern und konkretisieren, etwa eine Vormerkung zugunsten der Übernehmerin, nirgendwo manifestiert sind. Jedenfalls so lange eine Absicherung nicht getroffen ist, ist nicht auszuschließen, dass, etwa aus familiären, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen, es doch nicht zur Übergabe auch der Wohngebäude kommt.

6. Die Senatsmeinung wird durch die seit 1.8.2013 in Kraft befindliche Regelung in § 48 Abs. 1 GNotKG gestützt, die insoweit dem früheren § 19 Abs. 4 KostO entspricht, als es auf die Übergabe des Betriebs „mit Hofstelle“ ankommt. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen in der nun gewählten Formulierung die Erhaltung und Fortführung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in Familienbesitz und das öffentliche Interesse hieran klarer zum Ausdruck kommen (BT-Drucks. 517/12, S. 243). Dass für die Anwendung des Privilegs die Übergabemodalitäten aufgelockert werden sollten, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen, zumal diese ausdrücklich auf die überkommene Rechtsprechung des BayObLG (MittBayNot 1992, 416) Bezug nimmt.

7. Fehlt es bereits an der notwendigen Übergabe der vollständigen Hofstelle, ist die weitere Frage der Fortführungsabsicht nicht mehr zu prüfen. Jedoch spricht schon die Beschränkung des (jeweils) eingeräumten Wohnungsrechts gerade dafür, dass der Mittelpunkt der Betriebsbewirtschaftung durch die nachfolgende Generation sich dort nicht befinden wird.

8. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (§ 31 Abs. 5 KostO).

Öffentliches Recht

22. BauGB § 25 (Vorkaufssatzung nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 BauGB bei Rahmenplanung)

Eine Vorkaufssatzung nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 BauGB kann auch auf eine (informelle) Rahmenplanung gestützt werden.

VG Aachen, Urteil vom 19.12.2013, 5 K 1285/11

Die Klägerin wendet sich gegen die Ausübung eines Vorkaufsrechts durch die Beklagte.

Die Klägerin schloss am 13.4.2011 einen notariellen Kaufvertrag mit der IT GmbH über die in deren Eigentum stehenden Grundstücke G1 und G2 (1.352 und 330 m²), zu denen das Grundbuch die Eintragung „Wasserfläche“ enthält, und Flurstück 00 (14.761 m²) zu einem Kaufpreis von insgesamt 246.645 €.

Mit am 19.4.2011 bei der Beklagten eingegangenem Schreiben vom 18.4.2011 teilte der beurkundende Notar mit, dass er den Kaufvertrag zwischen der Veräußerin und der Klägerin beurkundet habe. Eine Abschrift des Vertrages übersandte er jedoch erst mit am 6.5.2011 bei der Beklagten eingegangenem Schreiben vom gleichen Tag.

Nachdem die Beklagte die Klägerin mit E-Mail vom 24.5.2011 von der beabsichtigten Ausübung des Vorkaufsrechts in Kenntnis gesetzt hatte, teilte diese unter dem 28.5.2011 zunächst mit, dass sie gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts Einwendungen nicht erheben würde. Unter dem 17.6.2011 erklärte sie jedoch, dass sie die beiden kleineren Parzellen behalten wolle.

Bereits mit Schreiben vom 9.6.2011 hatte die Veräußerin im Rahmen des Anhörungsverfahrens gegenüber der Beklagten geltend gemacht, dass die „beiden kleinen Grundstücke“ für sich genommen ohne wirt-

schaftlichen Wert seien und mit dem Flurstück 00 eine wirtschaftliche Verkaufseinheit bildeten.

In seiner Sitzung vom 28.6.2011 stimmte der Bau- und Liegenschaftsausschuss der Beklagten der Ausübung des Vorkaufsrechts hinsichtlich der drei vorbezeichneten Grundstücke zu.

Mit an die Veräußerin adressiertem Bescheid vom 1.7.2011 übte die Beklagte an den Grundstücken G1 und G2 das Vorkaufsrecht aus. Zur Begründung führte sie aus, dass das Flurstück 00 im Bereich der Satzung über ein besonderes Vorkaufsrecht gemäß § 25 BauGB liege. Das Flurstück 00 befinde sich in einem Untersuchungsraum des Stadterneuerungsgebietes Gewerbegebiet H Weg. Die Rahmenplanung H Weg aus dem Jahr 1998 und weitergehende Planungen problematisierten den Bereich und setzten im Folgenden benannte Ziele. Hierzu gehörten neben der Aktivierung brachliegender Flächen für eine gewerbliche bzw. nicht störende gewerbliche Nutzung sowie für Wohnen unter anderem auch die Aufwertung des Bereichs durch einen Grünzug vom Nordbahnhof bis zur X und entlang der X. Das X1 solle danach in seiner Funktion als wichtige Frischluftschneise und als Landschaftsraum aufgewertet werden. Das zum Verkauf stehende Grundstück liege in einem von Veränderung betroffenen Bereich der Neuordnungsplanung. An der X fehlten unmittelbar angrenzende Überschwemmungsflächen. Ein Grünzug könne sowohl Naherholung, Landschaftselement als auch Retentionsfläche sein. Die Ausübung des Vorkaufsrechts sei zur Sicherung der städtebaulichen Ordnung erforderlich.

Der Bescheid wurde der Veräußerin und der Klägerin am 5.7.2011 zugestellt.

Die Klägerin hat am 15.7.2011 Klage erhoben, zu deren Begründung sie vorträgt: Die Beklagte habe für die Parzellen 00 und 00 kein Vorkaufsrecht. Bei den drei Grundstücken handele es sich auch nicht um eine wirtschaftliche Einheit. Für die Ausübung des Vorkaufsrechts im Hinblick auf das Flurstück 00 sei die gesetzliche Frist abgelaufen.

Sie sei aus umweltrechtlichen Gründen verpflichtet, eine Regenkläranlage zu bauen. Der Abwasserkanal zum X2-bach befinde sich jedoch auf dem streitgegenständlichen Kaufgrundstück. Eine entsprechende Grunddienstbarkeit bestehe nicht, so dass ohne Zugang zur X das Niederschlagswasser nicht mehr in öffentlich-rechtlich gesicherter Form abgeleitet werden könnte.

Die Klägerin beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 1.7.2011 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie führt aus: Die Flurstücke 00 und 00 lägen nicht im Geltungsbereich der Vorkaufssatzung der Stadt B gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 2 BauGB, jedoch – ebenso wie Flurstück 00 – im Bereich eines Aufstellungsbeschlusses zu einem Bebauungsplan mit dem Ziel der Festsetzung eines gegliederten Gewerbegebietes vom 22.12.1983. Das Bauleitplanverfahren sei jedoch nicht fortgeführt worden.

Außerdem habe sie eine Rahmenplanung für ein rund 260 ha umfassendes Gewerbegebiet H Weg entwickelt, das Leitbilder für die weitere Entwicklung des seit 1996 im Wandel stehenden Gewerbegebietes enthalte. Es sei über die Jahre ständig fortgeschrieben und in Teilbereichen modifiziert worden. Ziel der Rahmenplanung sei die Öffnung des Blicks beispielsweise für die unterschiedliche Bewertung von Gemengelage gewesen. Trotz der Priorität der gewerblichen Nutzung sollte das Gewerbegebiet H Weg als gewachsener Stadtteil gesehen werden. Um auf das Gebiet der Rahmenplanung Einfluss ausüben zu können, sei eine Vorkaufssatzung erlassen und seien zu unterschiedlichen städtebaulichen Zielen für spezifische Teilbereiche eigene Bauleitplanverfahren durchgeführt worden. Gegenstand der Rahmenplanung für den Bereich der streitgegenständlichen Grundstücke sei insbesondere die Aufwertung des Bereichs durch einen Grünzug vom Nordbahnhof bis zur X und entlang der X gewesen. Diese Planungsziele könnten ohne den Erwerb der Grundstücke nicht umgesetzt werden. Die Erstreckung des Vorkaufsrechts auch auf diese Flächen erfolge nach § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 467 Satz 2 BGB auf Verlangen des Vorkaufspflichtigen, d. h. der Verkäuferin. Die Verkäuferin des Grundstücks habe geltend gemacht, dass die Flurstücke 00 und 00 ohne das Flurstück 00 nicht sinnvoll wirtschaftlich nutzbar und alle drei Grundstücke eine wirtschaftliche Verkaufseinheit seien. Die Flurstücke 00 und 00 würden sowohl im Hinblick auf das Planungsziel des Grünzugs als auch für die etwaige Anlage von Überschwemmungsflächen an der X erworben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsvorgänge ergänzend Bezug genommen.

Aus den Gründen:

Die Klage hat keinen Erfolg, sie ist unbegründet.

Der Bescheid der Beklagten vom 1.7.2011 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in eigenen Rechten, § 113 Abs. 1 VwGO).

Der Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts ist formell rechtsfehlerfrei. Er entspricht den für eine kommunale Verpflichtungserklärung maßgeblichen kommunalrechtlichen Vorschriften.

Die Zuständigkeit des Wohnungs- und Liegenschaftsausschusses der Stadt B zur Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts ergibt sich aus § 1 Abs. 3, § 12 Abs. 2 lit. c der Zuständigkeitsordnung der Stadt B (ZustO) vom 15.12.1995 in der Fassung des vierten Nachtrags vom 8.12.2004 i. V. m. § 41 Abs. 2 Satz 1 GO NRW und § 6 Abs. 2 der Hauptsatzung der Stadt B vom 15.12.1995. Danach entscheidet der Wohnungs- und Liegenschaftsausschuss über den Verzicht auf die Ausübung von Vor- und Ankaufsrechten bei einem Wert (Kaufpreis) von mehr als 60.000 € bis einschließlich 600.000 €. Die sich hieraus ergebende Entscheidungskompetenz, auf die Ausübung des Vorkaufsrechts zu verzichten, begründet zugleich die Kompetenz, sich für dessen Ausübung zu entscheiden, vgl. OVG NRW, Urteil vom 19.4.2010, 7 A 1041/08.

Der zwischen der Klägerin und der Veräußerin vereinbarte Kaufpreis von 246.645 € liegt innerhalb des vorgenannten Rahmens.

Der angefochtene Bescheid vom 1.7.2011 genügt den in § 64 Abs. 1 GO NRW in der bis zum 28.9.2012 geltenden Fassung hieran gestellten Anforderungen, indem er die danach erforderliche Schriftform besitzt und vom Bürgermeister und einem vertretungsberechtigten Bediensteten unterschrieben ist.

Im Übrigen wäre die Verpflichtungserklärung des Oberbürgermeisters gegenüber dem Verkäufer auch mit dessen alleiniger Unterschrift verbindlich geworden, da sie vom Wohnungs- und Liegenschaftsausschuss als dem kommunalverfassungsrechtlich zur Willensbildung zuständigen Organ vorab genehmigt worden war, vgl. OVG NRW, Urteil vom 19.4.2010, 7 A 1041/08, a. a. O.; Hessischer VGH, Urteil vom 24.2.2005, 3 UE 231/04.

Es bedarf danach auch keiner Entscheidung, ob es sich angesichts der Höhe des Kaufpreises nicht bereits um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt, für das die Anforderungen des § 64 Abs. 1 GO NRW nach Abs. 2 der Vorschrift nicht gelten.

Das Vorkaufsrecht ist innerhalb der hierfür in § 28 Abs. 2 BauGB bestimmten Frist von zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrages gegenüber der Verkäuferin ausgeübt worden. Zwar ist die Mitteilung des beurkundenden Notars über den Abschluss des Vertrages bereits am 19.4.2011 bei der Beklagten eingegangen; die Zweimonatsfrist konnte jedoch frühestens mit Kenntnis des erst am 6.5.2011 bei der Beklagten eingegangenen Vertrages beginnen, vgl. OVG NRW, Urteil vom 19.4.2010, 7 A 1041/08, a. a. O.

Demnach erfolgte die Ausübung des Vorkaufsrechts mit an die Verkäuferin gerichtetem Bescheid vom 1.7.2011 innerhalb der gesetzlichen Frist.

Der angefochtene Bescheid ist auch materiell rechtmäßig.

Er ist gestützt auf die Satzung der Beklagten über ein besonderes Vorkaufsrecht gemäß § 25 BauGB im Stadtbezirk B im Bereich zwischen X3, M-Straße, H Weg und der X. Die in der Sitzung des Rates der Beklagten vom 5.2.1997 beschlossene und in der B1 Zeitung und den B1 Nachrichten vom 20.3.1997 öffentlich bekannt gemachte Satzung umfasst mit ihrem Geltungsbereich das streitbefangene Flurstück 00, nicht jedoch die weiteren Flurstücke 00 und 00, auf die das Vorkaufsrecht unter Berufung auf die von der Veräußerin geltend gemachte wirtschaftliche Verkaufseinheit mit Flurstück 00 mit erstreckt wurde.

Die Satzung findet ihre rechtliche Grundlage in § 25 Abs. 1 Nr. 2 BauGB. Danach kann die Gemeinde in Gebieten, in denen sie städtebauliche Maßnahmen in Betracht zieht, zur Sicherung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung durch Satzung Flächen bezeichnen, an denen ihr ein Vorkaufsrecht an den Grundstücken zusteht.

Unter den Begriff der städtebaulichen Maßnahmen fallen alle Maßnahmen, die einen städtebaulichen Bezug aufweisen und der Gemeinde dazu dienen, ihre Planungsvorstellungen zu verwirklichen. Die Vorkaufssatzung muss objektiv geeignet sein, zur Sicherung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB beizutragen. Einbezogen werden in den Geltungsbereich einer Vorkaufssatzung können nur solche Flächen, deren Erwerb der Verwirklichung der beabsichtigten städtebaulichen Maßnahmen dienlich ist, vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 26.1.2010, 4 B 43/09, und vom 15.2.2000, 4 B 10/00.

Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die gebietsbezogenen Planungsziele objektiv in groben Umrissen sichtbar und grundsätzlich auch rechtlich wie tatsächlich realisierbar sind und dass die Gemeinde subjektiv ernsthaft beabsichtigt, diese Ziele auch in absehbarer Zukunft zu verwirklichen. Eine Konkretisierung ist nicht in dem Sinne erforderlich, dass bestimmte Maßnahmen zu einem fixierten Zeitpunkt unabwendbar eingeplant sind. Es genügen ernsthafte Anhaltspunkte dafür, dass die Gemeinde vorhat, bestimmte städtebauliche Maßnahmen zu ergreifen. Sie müssen auf ein Ziel gerichtet sein, das im konkreten Fall mit den Mitteln der Bauleitplanung und des Städtebaurechts zulässigerweise verfolgt werden kann, vgl. OVG NRW, Urteil vom 19.4.2010, 7 A 1041/08; *Paetow* in Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, a. a. O., Rdnr. 5.

Die objektiven Planungsziele und die konkrete Planungsabsicht können sich aus im Flächennutzungsplan oder in einem Bebauungsplanaufstellungsbeschluss niedergelegten gemeindlichen Entwicklungszielen ergeben. Ein Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans lag lediglich für den Bereich der außerhalb des Geltungsbereichs der Vorkaufssatzung liegenden Flurstücke 00 und 00 vor, jedoch wird das Verfahren nicht fortgeführt.

Darüber hinaus können aber auch unterhalb dieser Schwelle liegende informelle Rahmenpläne genügen, vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8.5.1991, 3 S 920/91; *Paetow* in Berliner Kommentar zum BauGB, § 25 Rdnr. 4.; BT-Drucks. 10/4630, S. 60.

Durch die Regelung des § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB soll der Gemeinde ermöglicht werden, durch eine an städtebaulichen Interessen orientierte Bodenvorratspolitik schon frühzeitig eine langfristig geordnete Planung und Entwicklung zu sichern. Dementsprechend ist der Begriff der „städtebaulichen Maßnahmen“ weit zu verstehen und nur ein Minimum an Konkretisierung der Planung zu fordern, vgl. OVG NRW, Urteil vom 19.4.2010, 7 A 1041/08, a. a. O.

Im Rahmen des vom Rat der Beklagten beschlossenen Programms zur Sicherung und Entwicklung von Gewerbestandorten in B hat die Beklagte eine Rahmenplanung „Gewerbegebiet H Weg“ durch das Büro für Stadtplanung und Stadtforschung A in E in Auftrag gegeben. Gegenstand war die Erarbeitung einer Rahmenplanung für die „Erneuerung, Verbesserung und Aktivierung des Gewerbegebietes H Weg“. Im August 1996 legte das Büro seinen Abschlussbericht vor. Unter Bezugnahme auf das vom Büro für Stadtplanung und Stadtforschung vorgelegte Gesamtkonzept schlug sodann die Verwaltung nach Zustimmung des Stadtentwicklungsausschusses in der Folgezeit vor, eine Satzung über ein besonderes gemeindliches Vorkaufsrecht nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB zu erlassen.

Der Rahmenplanung Gewerbegebiet H Weg B vom August 1996 liegt nach den Ausführungen im Abschlussbericht eine Konzeption zugrunde, die sich danach in mehreren Schritten realisieren lässt. Im Abschlussbericht heißt es unter anderem: Die Strategie zur Umsetzung der Konzeption umfasst eine inhaltliche und eine zeitliche Komponente (S. 6). Die inhaltliche Strategie hat in einer ersten Phase zum Inhalt, Impulse für „prominente Lagen“ zu setzen und in einer zweiten Phase, quer zu den Straßen des Quartiers, Straßen in die Tiefe zu entwickeln (S. 24 und 26). Die K Straße soll in ihrem derzeitigen Charakter als städtisch ausgeprägte Ausfall- und Ortsteilverbindungsstraße gestärkt werden. Die Funktion der L Straße als ein Stück „Visitenkarte“ der Stadt soll profiliert werden und der H1 Weg das Rückgrat des aufgewerteten Gewerbegebietes werden. Am Q Ring sollen an den Knotenpunkten stadträumlicher Prominenz gestalterische Akzente gesetzt und die Entrées in die Stadt wie ins Gewerbegebiet markiert werden. Schließlich sollen zur Sicherung der landschaftsräumlichen, ökologischen und sozialen Qualitäten und Potentiale des Gebietes der Besiedlung deutliche Grenzen gesetzt und der Randbereich der X aufgewertet werden. Unter der Überschrift „Städtebauliches Konzept“ (S. 32) ist unter anderem ausgeführt:

„Zwischen K Straße und X wird die Blockbebauung zur X hin aufgelöst. Ein großzügiger Grünzug entlang der naturnah umgebauten X bildet den Übergangsbereich zwischen Bebauung und Landschaftsraum.“

Auf den zugehörigen Karten (S. 35 und 36) ist ein Bereich entlang des südwestlichen Ufers der X, der auch die vom Vorkaufsrecht betroffenen Flächen umfasst, grün gekennzeichnet. Der Grünzug setzt sich darüber hinaus vom Flurstück 00 in einem breiten Streifen in südwestliche Richtung bis zum Q Ring fort, der L und K Straße miteinander verbindet. Die Umsetzung der Rahmenkonzeption soll nach einem auf Seite 43 ff. dargestellten und aus verschiedenen Bausteinen und Instrumentarien bestehenden Realisierungskonzept erfolgen. Neben unter anderem bauleitplanerischen Mitteln, Gestaltungssatzungen und vertraglichen Regelungen soll im Rahmen der Liegenschaftspolitik eine aktive Bodenpolitik durch den Erwerb von Flächen betrieben werden (S. 45). Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die genannten Ziele nicht grundsätzlich mit den Mitteln der Bauleitplanung und des Städtebaurechts zulässig verfolgt werden können oder unüberwindbare Planungshindernisse vorliegen.

Tatsächlich hat die Beklagte ausweislich ihrer Angaben im Schriftsatz vom 23.10.2013 die Rahmenplanung seither durch eine Reihe von im Einzelnen benannten Bebauungsplänen in diesem Bereich weiterverfolgt.

So wurde etwa durch den Bebauungsplan 00 (Gelände M1/M2 Straße) die Entwicklung eines Brachgeländes und die Nutzung der Diskothek T1 in die Wege geleitet. Die Festset-

zung der Nutzung nach § 8 BauNVO entspricht den Empfehlungen der Rahmenplanung (S. 59 und 60 f.) für den dort als Fläche 8 ausgewiesenen Bereich, die als geplante Nutzung Gewerbe vorsehen. Auch der Bebauungsplan 00 (K Straße/X2) folgt mit den Festsetzungen gegliederter Gewerbegebiete und Mischgebiet den Empfehlungen des dort als Fläche 5 ausgewiesenen Bereichs (kleinteiliges Gewerbe-/Mischgebiet). Der vorhabenbezogene Bebauungsplan 00 (L Straße, Finanzamtzentrum) setzt die Empfehlungen für die mit 6 gekennzeichnete Fläche (Gewerbe, Büro) um.

Aus alledem ergibt sich ein hinreichendes Maß an Konkretisierung der von der Beklagten in Betracht gezogenen städtebaulichen Maßnahmen. Das Vorkaufsrecht dient hier dazu, die Beklagte in die Lage zu versetzen, die von ihr in Betracht gezogenen städtebaulichen Maßnahmen zu gegebener Zeit leichter durchführen zu können und nicht als (unzulässiges) Mittel einer allgemeinen Bodenbevorratungspolitik.

Hinsichtlich der Flurstücke 00 und 00 liegen die Voraussetzungen für ein besonderes Vorkaufsrecht nach § 25 BauGB zwar nicht vor, da sie nicht in den räumlichen Geltungsbereich der Vorkaufsatzung fallen. Es liegen jedoch die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 467 BGB vor. Danach kann der Verpflichtete (Verkäufer) verlangen, dass der Verkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können. Ein solches Verlangen hat die Veräußerin hier mit Schreiben vom 9.6.2011 geäußert. Angesichts der Lage der beiden nur rund 8 m breiten Flurstücke entlang der X ist augenscheinlich, dass sie nur zusammen mit dem benachbarten Flurstück 00 wirtschaftlich sinnvoll nutzbar sind, zumal sie auch nur über dieses Grundstück erschlossen sind.

Gründe, die zu einem Ausschluss der Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 26 BauGB führen könnten, liegen nicht vor, zumal unbebaute Grundstücke von der Regelung der Nr. 4 der Norm nicht erfasst werden. Von der Abwendungsbefugnis nach § 27 BauGB hat die Klägerin keinen Gebrauch gemacht.

Für die weitere Voraussetzung, wonach die Ausübung des Vorkaufsrechts durch das Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigt sein muss, § 25 Abs. 2, § 24 Abs. 3 BauGB, reicht es, wenn mit dem Grundstückserwerb in Abwägung mit den betroffenen privaten Interessen überwiegende Vorteile für die Allgemeinheit angestrebt werden, vgl. *Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Kommentar zum BauGB, § 25 Rdnr. 34.

Dies ist hier mit den unter anderem angeführten Zielen einer Aufwertung des Bereichs durch einen Grünzug vom Nordbahnhof bis zur X und entlang der X sowie der Aufwertung des X5 in seiner Funktion als wichtige Frischluftschneise und als Landschaftsraum der Fall. Die Klägerin stellte im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts nach ihrer Mitteilung vom 28.5.2011 diesem keine Einwendungen entgegen.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 11, § 711 ZPO.

Steuerrecht

23. KStG 2002 § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 und 2 (*Mindestlaufzeit des Gewinnabführungsvertrags*)

1. **Wird ein Gewinnabführungsvertrag auf die gesetzliche Mindestlaufzeit von fünf Zeitjahren nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG 2002 abgeschlossen, scheidet die steuerrechtliche Anerkennung der Organshaft weder daran, dass der Vertrag aus wichtigem Grund kündbar ist, noch daran, dass die Organgesellschaft nachfolgend ihr Wirtschaftsjahr umstellt und den Gesamtzeitraum von fünf Zeitjahren durch Bildung eines Rumpfwirtschaftsjahres verkürzt (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 12.1.2011, I R 3/10, BFHE 232, 426, BStBl II 2011, S. 727).**
2. **Wird der Gewinnabführungsvertrag vorzeitig aufgehoben, weil er aus Sicht der Parteien seinen Zweck der Konzernverlustverrechnung erfüllt hat, liegt kein unschädlicher wichtiger Kündigungsgrund im Sinne von § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 vor.**

BFH, Urteil vom 13.11.2013, I R 45/12

Die Beteiligten streiten darüber, ob ein Gewinnabführungsvertrag aus wichtigem Grund beendet worden und damit für das Streitjahr 2006 steuerrechtlich zu berücksichtigen ist.

Die W-KG war seit dem 1.4.2005 alleinige Gesellschafterin der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), einer GmbH. Am 12.5.2005 schlossen beide Gesellschaften einen Gewinnabführungsvertrag (GAV). Jener wurde „auf die Dauer von 5 Jahren abgeschlossen“ (§ 3 Nr. 2 Satz 1 Hs. 1 GAV); weiter heißt es: „Dieser Vertrag findet erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr der ... (Klägerin), welches am 1.7.2005 beginnt und am 30.6.2006 enden wird.“ (§ 3 Nr. 1 GAV). Der Vertrag war nur aus wichtigem Grund kündbar (§ 3 Nr. 2 Satz 1 Hs. 2 GAV); ein solcher sollte nach § 3 Nr. 2 Satz 2 GAV auch bei einer Veräußerung der Anteile an der Klägerin vorliegen.

Am 25.11.2005 beantragte die Klägerin eine Umstellung des Wirtschaftsjahres auf den Zeitraum vom 1. April bis zum 31. März und eine entsprechende Verkürzung des laufenden Wirtschaftsjahres (bisher: 1.7.2005 bis 30.6.2006) bis zum 31.3.2006. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) stimmte dem zu.

Mit Vereinbarung vom 6.3.2007 hoben die Klägerin und die W-KG den Gewinnabführungsvertrag einvernehmlich mit Wirkung zum 31.3.2007 auf. Anschließend veräußerte die W-KG ihre Geschäftsanteile an der Klägerin mit Vertrag vom 28.3.2007 an die Holding-GmbH, die Obergesellschaft des deutschen ...-Teilkonzerns. Jene erzielt im Wesentlichen Einkünfte aus Gewinnabführungsverträgen mit den operativ tätigen Tochtergesellschaften sowie aus den Zinsen des von ihr für die deutschen Tochtergesellschaften geführten sog. Cash-Pools. Die Muttergesellschaft des Konzerns hat ihren Sitz in Großbritannien. Sie ist über eine niederländische Holding an der deutschen Holding-GmbH beteiligt. Nach Angaben der Klägerin erfolgte die Umstrukturierung, um eine anderenfalls drohende Anwendung der Regeln zu den „controlled foreign companies“ (CFC-rules) bei der Besteuerung der Konzernmuttergesellschaft in Großbritannien zu vermeiden.

Für das Streitjahr ermittelte die Klägerin auf der Grundlage ihres für den Zeitraum vom 1.7.2005 bis 31.3.2006 erstellten Jahresabschlusses einen Jahresüberschuss von 0 €, einen Betrag von ./ 523.726 € zur Anpassung der Handelsbilanz an die steuerlich maßgeblichen Wertansätze, eine Gewinnabführung i. H. v. 1.533.130 € und ein Einkommen der Organgesellschaft vor Einkommenszurechnung i. H. v. 1.009.404 €. In den Festsetzungen zur Körperschaftsteuer und zum Gewerbesteuermessbetrag erkannte das Finanzamt die Organshaft an.

Später erließ das Finanzamt einen Änderungsbescheid zur Körperschaftsteuer und einen Bescheid zum Gewerbesteuermessbetrag, in denen es – ohne Berücksichtigung einer Organshaft – zu einer Steuer- bzw. Messbetragsfestsetzung kam. Die dagegen gerichtete Klage blieb erfolglos (Niedersächsisches FG, Urteil vom 10.5.2012, 6 K 140/10, abgedruckt in EFG 2012, 1591).

Die Klägerin rügt mit der Revision die Verletzung materiellen Rechts und beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Körperschaftsteuer sowie den Gewerbesteuermessbetrag unter Abänderung der Bescheide jeweils auf 0 € herabzusetzen.

Das Finanzamt beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat ohne Rechtsfehler entschieden, dass der Gewinnabführungsvertrag im Streitjahr nicht die Rechtsfolgen des § 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 17 Satz 1 KStG 2002 – für die Gewerbesteuer i. V. m. § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG 2002 – auslöst. Eine Zurechnung des Einkommens zur W-KG als Organträgerin scheidet aus.

1. Verpflichtet sich eine GmbH mit Geschäftsleitung und Sitz im Inland (Organgesellschaft) durch einen Gewinnabführungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG, ihren ganzen Gewinn an ein einziges anderes gewerbliches Unternehmen abzuführen, so ist das Einkommen der Organgesellschaft, soweit sich aus § 16 KStG 2002 nichts anderes ergibt, nach § 14 Abs. 1 Satz 1 1. Satzteil und § 17 KStG 2002 dem Träger des Unternehmens (Organträger) unter den dort benannten Voraussetzungen zuzurechnen. Eine dieser Voraussetzungen ist, dass der Vertrag auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen und während seiner gesamten Geltungsdauer durchgeführt wird (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG 2002). Eine vorzeitige Beendigung des Vertrags durch Kündigung ist nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 (nur) unschädlich, wenn ein wichtiger Grund die Kündigung rechtfertigt. Diesem Erfordernis genügt der zwischen der Klägerin und der W-KG geschlossene Gewinnabführungsvertrag nicht.

2. Er ist allerdings ungeachtet der Umstellung des Wirtschaftsjahres der Klägerin – und der damit einhergehenden Bildung eines Rumpfwirtschaftsjahres im ersten Jahr der Vertragslaufzeit – ausreichende Vertragsgrundlage für eine tatsächliche Durchführung während der gesetzlichen Mindestvertragsdauer (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG 2002).

a) Mit dem Erfordernis der fünfjährigen Mindestdauer des Gewinnabführungsvertrags verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, Manipulationen zu verhindern: Die Organschaft soll nicht zum Zweck willkürlicher Beeinflussung der Besteuerung und zu Einkommensverlagerungen von Fall zu Fall abgeschlossen bzw. beendet werden können (Senat, Urteil vom 12.1.2011, I R 3/10, BFHE 232, 426, BStBl II 2011, S. 727; siehe auch Urteil des FG Berlin-Brandenburg vom 19.10.2011, 12 K 12078/08, EFG 2012, 443; *Neumann in Gosch*, KStG, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 212, jeweils m. w. N.).

b) Die Laufzeit des Vertrags vom 12.5.2005 entspricht den Vorgaben des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG 2002. Denn der Vertrag war ausdrücklich (zur Frage der Vertragsauslegung siehe Senat, Urteil vom 28.11.2007, I R 94/06, BFHE 220, 51; Senat, Beschluss vom 2.11.2010, I B 71/10, BFH/NV 2011, 849, und Beschluss vom 23.1.2013, I R 1/12, BFH/NV 2013, 989) auf die Dauer von fünf Jahren nur mit dem Vorbehalt einer Kündigung „aus wichtigem Grunde“ abgeschlossen worden und sollte erstmals auf das vom Kalenderjahr abweichende (zwölfmonatige) Wirtschaftsjahr vom 1.7.2005 bis 30.6.2006 Anwendung finden (Vertragsdauer daher bis zum Ablauf des Wirtschaftsjahres 1.7.2009 bis 30.6.2010). Daraus folgt eine Vertragslaufzeit von fünf Zeitjahren (siehe insoweit allgemeines Senat, Urteil in BFHE 232, 426, BStBl II 2011, S. 727; *Walter in Ernst & Young*, KStG, § 14 Rdnr. 637; *Blümich/Danelsing*, § 14 KStG Rdnr. 121; *Sternmer in Herrmann/Heuer/Raupach*, § 14 KStG Rdnr. 200).

Die Frage, ob die Vereinbarung grundsätzlich dazu geeignet ist, eine feste Vertragslaufzeit von fünf Zeitjahren zu gewährleisten, wird entgegen der Ansicht der Revision (siehe auch *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2012, 921, 922; *Herzberg*, GmbHR 2014, 85) nicht dadurch berührt, dass die Parteien von einer Vertragspartei beeinflussbare Gründe als wichtigen Kündigungsgrund qualifiziert haben (wie im Streitfall zum Beispiel die „Veräußerung der Beteiligung“, siehe § 3 Nr. 2 Satz 2 f. GAV). Ob ein solcher Kündigungsgrund, wenn er innerhalb der Mindestvertragsdauer konkret werden sollte, nach der Maßgabe des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 die (bisherige) steuerrechtliche Anerkennung der Organschaft unberührt lässt, ist für die Laufzeitvoraussetzung des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG 2002 (zunächst) ohne Belang (ebenso *Walter in Ernst & Young*, a. a. O., § 14 Rdnr. 781). Der Wortlaut des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 lässt eine ex-ante-Beurteilung möglicher Auflösungsgründe – unabhängig von der Frage, inwieweit vertraglich vereinbarte Gründe einer außerordentlichen Kündigung den Tatbestand des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 ausfüllen (siehe dazu sogleich unter II. 3.) – nicht zu. Die Voraussetzung des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 Alt. 1 KStG 2002 ist damit bei einer der Mindestvertragsdauer entsprechenden festen Vertragslaufzeit erfüllt.

c) Das FG hat nicht festgestellt, dass die Vertragsparteien schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses davon ausgegangen waren, dass der Gewinnabführungsvertrag (konkret zeitlich fixiert) vor Ablauf der fest vereinbarten Vertragslaufzeit beendet werden würde. Es kommt damit nicht in Betracht, das Organschaftsverhältnis schon unter dem Gesichtspunkt einer nicht ernsthaft vereinbarten Mindestlaufzeit steuerrechtlich nicht anzuerkennen (siehe dazu R 60 Abs. 6 Satz 3 KStR 2004; ebenso z. B. *Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 14 KStG Rdnr. 228; *Müller in Mössner/Seeger*, Körperschaftsteuergesetz, § 14 Rdnr. 573; *Stangl/Brühl*, Ubg 2012, 657, 662 f.).

d) Die steuerrechtliche Anerkennung der Organschaft scheidet nicht an der Umstellung des Wirtschaftsjahres der Klägerin (Verkürzung des ersten Wirtschaftsjahres durch Bildung eines Rumpfwirtschaftsjahres), da die feste Vertragslaufzeit (fünf Zeitjahre) unberührt blieb.

Der Senat hat zwar in seinem Urteil in BFHE 232, 426, BStBl II 2011, S. 727, ausgeführt, dass „bei Vorhandensein von Rumpfwirtschaftsjahren letztlich eine längere Mindestlaufzeit als fünf Jahre erforderlich wird“ (dort Rdnr. 19). Er hat diese Feststellung aber im Zusammenhang mit der in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 3 KStG 2002 geregelten Rückwirkung einer Vertragsauflösung auf den Beginn des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft getroffen. Ein generelles Erfordernis, den Mindestzeitraum mit fünf zwölfmonatigen Wirtschaftsjahren auszufüllen, war damit nicht verbunden (*Pyszka*, GmbHR 2011, 1030, 1032; *Herzberg*, GmbHR 2014, 85; a. A. wohl *Walter*, Handelsblatt Steuerboard vom 19.7.2012, DB 0483635; *ders.* in *Ernst & Young*, a. a. O., § 14 Rdnr. 781, dort S. 282g Fn. 1 [Stand: November 2012]; *ders.*, GmbHR 2011, 546, 547; *Müller in Mössner/Seeger*, a. a. O., § 14 Rdnr. 571). Auch wenn die Vereinbarung ihrer Laufzeit nach im laufenden Geschäftsjahr der Organgesellschaft endet, bleiben die Rechte und Pflichten aus der Vereinbarung bis zu diesem Termin unberührt (BGH, Urteil vom 5.4.1993, II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, Rdnr. 36, 49 des juris-Nachweises; siehe auch *Pyszka*, ebd; *Brink in Schnitger/Fehrenbacher*, KStG, § 14 Rdnr. 563). Auf welche Weise die Vertragsparteien zu diesem Termin (im Streitfall zum 30.6.2010) sicherstellen, dass den auf das Wirtschaftsjahr (im Streitfall 1.4.2010 bis 31.3.2011) bezogenen steuerrechtlichen Folgerungen der

Organschaft Rechnung getragen wird (zum Beispiel durch eine Fortsetzung des Vertrags zum Ablauf des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft, siehe insoweit zum Beispiel *Neumann in Gosch*, a. a. O., § 14 Rdnr. 212 a. E.), ist (ebenfalls) nicht Gegenstand einer ex-ante-Beurteilung für das Durchführungserfordernis (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 Alt. 2 KStG 2002) während der Vertragslaufzeit.

3. Die steuerrechtliche Anerkennung des Gewinnabführungsvertrags scheidet indessen daran, dass die vorzeitige Beendigung des Vertrags (in 2007) nicht als unschädlich im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 anzusehen ist.

a) Weder der Wortlaut noch der Zweck des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 rechtfertigen es, für den steuernormspezifischen Rechtsbegriff des wichtigen Grundes mit unmittelbarer Wirkung auf diejenigen Maßgaben zurückzugreifen, die in zivilrechtlicher Hinsicht die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund ermöglichen.

aa) Zivilrechtlich wird zwischen der einvernehmlichen Aufhebung eines Unternehmensvertrags im Sinne des § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG und einer Kündigung aus wichtigem Grund unterschieden (siehe zum Beispiel *Schaefer/Wind/Mager*, DStR 2013, 2399, 2401 ff. m. w. N.). Ein Unternehmensvertrag kann zum Ende eines Geschäftsjahres aufgehoben werden, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund erforderlich ist (§ 296 Abs. 1 Satz 1 AktG). Außerdem ist eine Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich (§ 297 Abs. 1 Satz 1 AktG), namentlich dann, wenn der andere Vertragsteil voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine aufgrund des Vertrags bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen (§ 297 Abs. 1 Satz 2 AktG). Dies kann sich zum Beispiel auf die Verpflichtung des Organträgers zur Verlustübernahme (§ 302 AktG) beziehen. Ein wichtiger Grund liegt – in Übereinstimmung mit den Grundsätzen, die zur außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen entwickelt worden sind – außerdem immer dann vor, wenn die Fortsetzung des Vertrags einer oder beiden Parteien nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann (BGH, BGHZ 122, 211), zum Beispiel nach einer schwerwiegenden Vertragsverletzung durch eine Partei. Schließlich wird auch dann ein wichtiger Grund angenommen, wenn die wirtschaftliche Existenz eines Vertragspartners wegen unvorhersehbarer Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei Fortsetzung des Vertrags gefährdet wäre. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Vertragspartner im Übrigen bestimmen, dass auch Tatsachen, die eine Partei (zum Beispiel das herrschende Unternehmen) selbst herbeiführen kann, als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung eines Unternehmensvertrags gelten soll und hierdurch eine Rechtslage vereinbaren, die einem ordentlichen Kündigungsrecht nahe steht (BGH, BGHZ 122, 211; LG München I, Beschluss vom 14.12.2006, 5 HK O 17059/06, Der Konzern 2007, 279); dies kann auch die Anteilsveräußerung durch das herrschende Unternehmen einschließen (Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 30.12.1998, 11 U 35/97, OLG-Report Hamburg 1999, 175).

bb) § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KStG 2002 trifft ausdrücklich eine Regelung zur Mindestlaufzeit „des“ Gewinnabführungsvertrags im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG (siehe § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG 2002). Insoweit sind – als Grundlage für die in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 angesprochene vorzeitige Loslösung vom Vertrag – auch die Voraussetzungen einer (rechtswirksamen) Kündigung oder Vertragsaufhebung den einschlägigen Normen des Zivilrechts (zum Beispiel §§ 296, 297 AktG) zu entnehmen (zutr. *Heurung/Engel/Mül-*

ler-Thomczik, GmbHR 2012, 1227, 1228). Bezogen auf die Kündigung (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 und 3 KStG 2002) oder Aufhebung (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 3 KStG 2002) des Vertrags fehlt es indessen an einer Bezugnahme auf zivilrechtliche Maßgaben. Dass § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 3 KStG 2002 das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die vorzeitige Beendigung des Gewinnabführungsvertrags durch Kündigung als unschädlich ansieht, ändert daran nichts. Es ließe sich zwar erwägen, insoweit Anleihe bei § 297 Abs. 1 AktG zu nehmen, der in ähnlicher Weise das Vorliegen eines wichtigen Grundes als Voraussetzung für eine Vertragskündigung ohne Einhaltung einer Frist bestimmt. Doch wird das der steuerbegrifflichen Eigenständigkeit des wichtigen Grundes in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 nicht gerecht. Diese Eigenständigkeit verdeutlicht sich daran, dass § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG 2002 eine vorzeitige Beendigung des Vertrags durch Aufhebung (Aufhebungsvereinbarung) nicht erwähnt, jene aber nach dem Gesetzeszweck sinntensprechend derselben Rechtsfolge wie die vorzeitige Kündigung unterliegen muss (sog. verdeckte Gesetzeslücke, im Ergebnis ebenso zum Beispiel FG Berlin-Brandenburg, EFG 2012, 443; *Blümich/Danelsing*, § 14 KStG Rdnr. 139; *Brink in Schnitger/Fehrenbacher*, a. a. O., § 14 Rdnr. 551; *Frotscher in Frotscher/Maas*, KStG/UmwStG/GewStG, § 14 KStG Rdnr. 680; *Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, a. a. O., § 14 KStG Rdnr. 223a; *Sternner in Herrmann/Heuer/Raupach*, § 14 KStG Rdnr. 212; *Schaefer/Wind/Mager*, DStR 2013, 2399, 2402 f.; siehe auch R 60 Abs. 6 Satz 1 KStR 2004). Ohnehin wiegt die terminologische Übereinstimmung mit § 297 Abs. 1 AktG nicht auf, dass den zivilrechtlichen Vorgaben für einen wirksamen Gewinnabführungsvertrag eine Mindestlaufzeit unbekannt ist und daher die dortige Auslegung einem solchen Erfordernis abweichend vom steuerrechtlichen Bedeutungszusammenhang nicht Rechnung tragen muss.

cc) In Einklang damit widerspricht eine Anlehnung an das Zivilrecht vor allem aber dem beschriebenen Zweck der Mindestlaufzeit, nämlich willkürliche Beeinflussungen der Besteuerung zu verhindern. Anders als im Zivilrecht kann der wichtige Grund, der eine Aufhebung des Gewinnabführungsvertrags rechtfertigen soll, nicht im Belieben der Parteien stehen. Vielmehr muss jener Grund für die Vertragsbeendigung nach eigenen steuerrechtlichen Maßstäben objektiv vorliegen. Das schließt es zwar nicht aus, entsprechend den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen zur außerordentlichen Kündigung bzw. zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund eine Verkürzung der Mindestlaufzeit ausreichen zu lassen, insbesondere bei wesentlichen Störungen der Vertragsbeziehungen, die bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar waren. Geht es einer Partei oder den Parteien jedoch darum, die Rechtsfolgen der Organschaft mittels Vertragsaufhebung zeitlich zu begrenzen, um die fünfjährige Mindestlaufzeit zu unterlaufen, so liegt kein wichtiger Grund im Steuerrechtssinne vor (im Ergebnis ebenso *Frotscher in Frotscher/Maas*, a. a. O., § 14 KStG Rdnr. 680 f.; *Lange*, GmbHR 2011, 806, 807; *Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, a. a. O., § 14 KStG Rdnr. 223b; *Streck/Olbing*, KStG, 7. Aufl., § 14 Rdnr. 105, 113; *Stangl/Brühl*, Ubg 2012, 658, 662; *Müller in Mössner/Seeger*, a. a. O., § 14 Rdnr. 573; wohl auch *Hahn*, DStR 2009, 589, 593; a. A. *Walter in Ernst & Young*, a. a. O., § 14 Rdnr. 781; *Heurung/Engel/Müller-Thomczik*, GmbHR 2012, 1227, 1233).

b) So aber verhält es sich nach den Feststellungen des FG zur Motivation des Vertragsabschlusses und der Vertragsaufhebung im Streitfall.

aa) Das FG hat in seiner Entscheidung zum Tatbestandsmerkmal des wichtigen Grundes darauf abgestellt, dass eine

konzerninterne Veräußerung der Beteiligung an der Klägerin nicht zureiche, da die Mindestdauer eines Gewinnabführungsvertrags ansonsten dem Belieben der beteiligten Gesellschaften überlassen würde. Zugleich hat es darauf verwiesen, dass auch die Änderung der steuerlichen Rahmenbedingungen in den Niederlanden keinen wichtigen Grund darstelle. Zwar wäre infolge dieser Gesetzesänderung ohne Umstrukturierung bei der britischen Muttergesellschaft eine belastende Steuerfolge eingetreten; es sei der Klägerin allerdings bewusst gewesen, dass ihre Beteiligungsstruktur in Deutschland bei einem vierstufigen Konzernaufbau nicht den Anforderungen der britischen Vorschriften entsprach. Gleichwohl habe sie diese Konzernstruktur, die außerdem der ansonsten im Konzern üblichen Zuordnung von Gesellschaften nach Betätigungsfeldern widersprach, gewählt, um bei Vertragsbeginn vorhandene gewerbesteuerliche Verlustvorträge der W-KG zu verbrauchen. Nach dem Verbrauch dieser Verlustvorträge habe eine vorzeitige Aufhebung des Gewinnabführungsvertrags zum 1.3.2007 dem Ziel einer steuerlich optimalen Gestaltung der Konzernstrukturen entsprochen.

bb) Das FG hat damit zugrunde gelegt, dass die nach den sonst üblichen Umständen konzernatypische Zuordnung der Beteiligung und der Abschluss der Vereinbarung – ungeachtet einer möglicherweise drohenden Besteuerungsfolge bei der (ausländischen) Muttergesellschaft – allein durch das Motiv getragen war, die Verlustvorträge der W-KG bei der Klägerin zu verbrauchen, um anschließend vermittelt der konzerninternen Beteiligungsveräußerung die Vereinbarung wieder zu beenden. Auch wenn das FG die Beteiligungsveräußerung als solche und die Besteuerungsfolgen außerhalb der Organschaft am Tatbestandsmerkmal des wichtigen Grundes gemessen und diesen Aspekten keine ausreichende außerorganschaftliche Motivation beigemessen hat: Tragend ist die Würdigung, dass die Vereinbarung, die bei einer konzerntypischen Beteiligungsstruktur nicht hätte abgeschlossen werden können, jedenfalls faktisch unter die (zeitlich ungewisse) auflösende Bedingung des vollständigen Verlustverbrauchs gestellt wurde. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

4. Das FG hat eine Befugnis des Finanzamts zum Erlass der Änderungsbescheide auf § 164 Abs. 1 AO bzw. auf § 35b Abs. 1 Satz 1 GewStG 2002 gestützt. Dies ist unter den Beteiligten zu Recht nicht im Streit; der Senat sieht von einer weiteren Begründung dazu ab.

24. UmwStG § 24; EStG § 6 Abs. 3 (*Einbringung eines Betriebs in eine Personengesellschaft gegen ein sog. Mischentgelt aus Gesellschaftsrechten und einer Darlehensforderung*)

1. **Bringt der Steuerpflichtige einen Betrieb in eine Mitunternehmerschaft ein und wendet er zugleich Dritten unentgeltlich Mitunternehmeranteile zu, sind auf diesen Vorgang die Vorschriften der § 6 Abs. 3 EStG und § 24 UmwStG nebeneinander anwendbar (gegen BMF-Schreiben vom 11.11.2011, BStBl I 2011, S. 1314, Tz. 01.47, letzter Satz).**
2. **Erhält der Steuerpflichtige im Rahmen der Einbringung seines Betriebs in eine Mitunternehmerschaft neben dem Mitunternehmeranteil auch eine Darlehensforderung gegen die Gesellschaft, schließt dies die Anwendung des § 24 UmwStG nicht aus; die Gutschrift auf dem Darlehenskonto ist jedoch als Entgelt anzusehen, das sich grundsätzlich gewinnrealisierend auswirken kann.**

3. **Bei einer Einbringung eines Betriebs gegen ein sog. Mischentgelt – bestehend aus Gesellschaftsrechten und einer Darlehensforderung gegen die Personengesellschaft – wird bei Wahl der Buchwertfortführung dann kein Gewinn realisiert, wenn die Summe aus dem Nominalbetrag der Gutschrift auf dem Kapitalkonto des Einbringenden bei der Personengesellschaft und dem gemeinen Wert der eingeräumten Darlehensforderung den steuerlichen Buchwert des eingebrachten Einzelunternehmens nicht übersteigt (gegen BMF-Schreiben vom 11.11.2011, BStBl I 2011, S. 1314, Tz. 24.07).**

BFH, Urteil vom 18.9.2013, X R 42/10

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist Kommanditist der mit notarieller Urkunde vom 28.12.2002 gegründeten Beigeladenen, einer GmbH & Co. KG (KG).

Weitere Gesellschafter sind die Komplementär-GmbH (G-GmbH) sowie – als Kommanditisten – die Ehefrau (E) des Klägers und seine beiden Töchter T und U. Seine Einlage sollte der Kläger durch Einbringung seines Einzelunternehmens mit allen Aktiva und Passiva, die bei Eintragung der KG in das Handelsregister vorhanden waren, im Wege der Einzelrechtsnachfolge unverzüglich nach der Handelsregister-Eintragung mit schuldrechtlicher Wirkung zum 1. Januar des Streitjahres 2003 erbringen. Entsprechend wurde in der notariellen Urkunde die Übertragung des zu den Aktiva des Einzelunternehmens gehörenden Grundbesitzes sowie der Geschäftsanteile an zwei GmbH (R-GmbH und C-GmbH) vereinbart.

Die Einbringung wurde zum Buchwert des Einzelunternehmens vorgenommen, der sich auf 690.217,80 € belief. Soweit das in der Schlussbilanz des Einzelunternehmens ausgewiesene Eigenkapital des Klägers seinen neuen Kapitalanteil (150.000 €) überstieg, sollte der Mehrbetrag seinem „Darlehenskonto“ gutgeschrieben werden (§ 3 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags). Auf diesem „Darlehenskonto“, welches neben einem „Kapitalkonto“, einem „Rücklagenkonto“ und einem „Verlustvortragskonto“ geführt wurde, werden nach § 4 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrags die entnahmefähigen Gewinnanteile, Entnahmen, Zinsen, der Ausgaben- und Aufwendungsersatz, die Vorabvergütung sowie der sonstige Zahlungsverkehr zwischen der KG und dem Kläger gebucht. Im Falle des Ausscheidens des Klägers aus der KG ist das „Darlehenskonto“ nach § 14 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags „neben der Abfindung auf den Tag des Ausscheidens auszugleichen“. Die Verluste der Gesellschaft, die nicht durch Guthaben auf den „Rücklagenkonten“ gedeckt sind, werden auf den „Verlustvortragskonten“ gebucht (§ 4 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags).

Die Kommanditisten E, T und U wurden vom Kläger im Wege der Schenkung in die KG aufgenommen. Gemäß § 3 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrags betrug der Kapitalanteil der E 50.000 €; die Kapitalanteile der T und U betragen jeweils 25.000 €.

Im Zuge einer Außenprüfung kam der Prüfer zu der Auffassung, dass die Einbringung des Einzelunternehmens in die KG zwar dem Anwendungsbereich des § 24 UmwStG 2002 unterfalle. Das dortige Bewertungswahlrecht gelte indes nur, soweit dem Einbringenden Gesellschaftsrechte gewährt würden. Die Gegenleistung durch Gutschrift auf dem „Darlehenskonto“ schließe die Begünstigung des § 24 UmwStG 2002 hingegen aus. Der Prüfer berechnete den Einbringungsgewinn mit 392.865,30 €. Entsprechend erließ der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) am 28.2.2008 einen Bescheid über die gesonderte Feststellung des Gewinns 2003, der Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. H. v. 392.865 € auswies.

Mit dem dagegen eingelegten Einspruch machte der Kläger sinngemäß geltend, die Einbringung unterliege aufgrund der Aufnahme der nahen Angehörigen gemäß § 6 Abs. 3 EStG in der im Streitjahr geltenden Fassung dem Buchwertzwang. Soweit für den Kläger § 24 UmwStG 2002 anzuwenden sei, entstehe entsprechend der Einheits-theorie kein Einbringungsgewinn.

Das Finanzamt half dem Einspruch mit Bescheid vom 22.4.2008 teilweise ab, indem es den Gewinn auf 375.682 € herabsetzte. Hierbei trug es dem Einspruchsvorbringen insoweit Rechnung, als es in Bezug auf die unentgeltliche Zuwendung der Kommanditbeteiligungen an die Angehörigen des Klägers keinen Gewinn mehr ansetzte. Im Übrigen wies es den Einspruch mit Einspruchsentscheidung vom 11.2.2009 zurück.

Mit seiner Klage trug der Kläger unter anderem vor, ein zwischenzeitlich rechtskräftig abgeschlossenes zivilgerichtliches Verfahren habe ergeben, dass sämtliche seit dem 3.5.2000 gefassten Gesellschafterbeschlüsse der C-GmbH – darunter auch die Zustimmung zur Übertragung des vom Kläger gehaltenen Geschäftsanteils auf die KG – unwirksam seien. Dieser Geschäftsanteil sei daher mangels wirksamer Übertragung im Eigentum des Klägers verblieben und als dessen Sonderbetriebsvermögen im Rahmen der KG anzusetzen, so dass sich die Gutschrift auf seinem „Darlehenskonto“ bei der KG um den Buchwert der C-GmbH (337.861,68 €) auf 102.356,12 € vermindere. Unter Berücksichtigung dieses Sachvortrags lege das Finanzamt eine neue Berechnung des Einbringungsgewinns vor, nach der nunmehr von einem Gewinn i. H. v. 91.462 € auszugehen sei. Im Übrigen hielt das Finanzamt an seiner Rechtsauffassung fest.

Das FG gab der Klage insoweit statt, als es die Einkünfte aus Gewerbebetrieb auf 95.717,65 € herabsetzte. Im Übrigen wies es die Klage ab (Entscheidungen der Finanzgerichte, EFG 2011, 491).

Soweit der Kläger sein bisheriges Einzelunternehmen unentgeltlich für Rechnung seiner Ehefrau und der beiden Töchter eingebracht habe, seien die anteilig auf die nahen Angehörigen entfallenden Buchwerte gemäß § 6 Abs. 3 EStG fortzuführen gewesen. Dies habe das Finanzamt mit dem Teilhilfbescheid vom 22.4.2008 zutreffend umgesetzt.

Soweit der Kläger den Betrieb für eigene Rechnung eingebracht habe, finde allein die Vorschrift des § 24 UmwStG 2002 Anwendung. Der Kläger habe für die Einbringung ein Mischentgelt erhalten, nämlich Gesellschaftsrechte und eine sonstige Ausgleichsleistung in Gestalt der Gutschrift auf seinem Darlehenskonto bei der KG, die Fremdkapital der Gesellschaft darstelle. Die Einbringung sei nur insoweit nach § 24 UmwStG 2002 erfolgsneutral möglich, als dem Kläger im Gegenzug Gesellschaftsrechte gewährt worden seien.

Zur Berechnung des Einbringungsgewinns sei auf die Grundsätze des Urteils des BFH vom 11.12.2001, VIII R 58/98 (BFHE 197, 411, BStBl II 2002, S. 420), zurückzugreifen, auch wenn dieser Entscheidung die Einbringung eines einzelnen Wirtschaftsguts gegen ein Mischentgelt in Höhe des Teilwerts des eingebrachten Wirtschaftsguts zugrunde gelegen habe. Im Ergebnis stelle sich die vorliegende Einbringung des Betriebs gegen ein Mischentgelt, das neben der Gewährung von Gesellschaftsrechten die Einräumung einer „echten“ Darlehensforderung umfasse, wie eine Betriebseinbringung gegen eine Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden dar.

Das FG berechnete den Einbringungsgewinn wie folgt:

Veräußerungspreis 102.356,12 € abzüglich anteiliges Kapitalkonto des Einzelunternehmens ./ 6.638,48 € = Gewinn 95.717,65 €.

Mit seiner Revision rügt der Kläger die Verletzung des § 24 Abs. 1 UmwStG 2002. Bei der Einbringung eines Betriebs in eine Personengesellschaft komme es nicht zu einer Gewinnrealisierung, soweit die erhaltenen Gesellschaftsrechte sowie die anderen Gegenleistungen (hier: Gutschrift auf dem Darlehenskonto) den Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens nicht überstiegen.

Der Kläger beantragt, das FG-Urteil und die Einspruchsentscheidung vom 11.2.2009 aufzuheben und unter Änderung des Bescheids über die gesonderte Feststellung des Gewinns 2003 vom 22.4.2008 die Einkünfte aus Gewerbebetrieb auf 0 € festzustellen.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Die Buchwertfortführung des § 24 UmwStG 2002 finde ihren Rechtsgrund in der Fortsetzung des unternehmerischen Engagements. Daran fehle es, soweit der Gesellschafter für die Einbringung – neben Gesellschaftsrechten – ein weiteres Entgelt erhalte. Ein Aufschub der Besteuerung der stillen Reserven sei nur insoweit gerechtfertigt, als eine Mitunternehmerstellung durch entsprechende Gesellschaftsrechte gewährt werde. Auch die – nur auf Einbringungen in Kapitalgesellschaften anwendbaren – Vorschriften des § 20 Abs. 2 Satz 5, Abs. 4 Satz 2 UmwStG 2002 zeigten, dass in den Fällen des § 24 UmwStG 2002 keine sonstigen Gegenleistungen zugelassen seien. Würde man § 24 UmwStG 2002 auf solche Leistungen anwenden, könnte insoweit auf stille Reserven später nicht mehr zugegriffen werden. Zumindest aber würde das Subjektsteuerprinzip verletzt, weil stille Reserven auf andere Gesellschafter übergingen.

Die Anwendung der in Fällen teilentgeltlicher Betriebsveräußerungen zur Lösung des Widerstreits zwischen § 16 EStG und § 6 Abs. 3 EStG entwickelten Einheitstheorie auf Fälle eines Mischentgelts sei

nicht sachgerecht, weil es sich um eine entgeltliche Übertragung handele.

Die Beigeladene hat sich zum Rechtsstreit inhaltlich nicht geäußert.

Das Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen ist dem Rechtsstreit beigetreten. Es hat keinen Antrag gestellt, unterstützt in der Sache aber die Auffassung des Finanzamts.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung sowie der Einspruchsentscheidung vom 11.2.2009 und zur Änderung des angefochtenen Bescheids dahingehend, dass Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. H. v. 0 € festgestellt werden (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

Das FG hat zwar zu Recht § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG auf die unentgeltliche Aufnahme der E, T und U in den Betrieb des Klägers und § 24 UmwStG 2002 in Bezug auf die Einbringung des Einzelunternehmens angewendet (unten 1.). Auch schließt die Gewährung der Darlehensforderung, die sich grundsätzlich gewinnrealisierend auswirkt, die Anwendung des § 24 UmwStG 2002 nicht aus (unten 2.). Jedoch ist im Streitfall trotz der Gutschrift auf dem Darlehenskonto kein Gewinn angefallen, weil die Summe aus dem Nominalwert des Kapitalkontos des Klägers bei der KG und dem gemeinen Wert der eingeräumten Darlehensforderung den steuerlichen Buchwert des eingebrachten Einzelunternehmens nicht überschritten hat (unten 3.).

1. Zu Recht hat das FG den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG nur insoweit als eröffnet angesehen, als der Kläger im Zuge der Einbringung seines Einzelunternehmens seinen Angehörigen E, T und U unentgeltlich Gesellschaftsbeteiligungen an der KG zugewendet hat.

a) Wird ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder der Anteil eines Mitunternehmers an einem Betrieb unentgeltlich übertragen, so sind bei der Ermittlung des Gewinns des bisherigen Betriebsinhabers (Mitunternehmers) die Wirtschaftsgüter mit den Werten anzusetzen, die sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 EStG); dies gilt auch bei der unentgeltlichen Aufnahme einer natürlichen Person in ein bestehendes Einzelunternehmen sowie bei der unentgeltlichen Übertragung eines Teils eines Mitunternehmeranteils auf eine natürliche Person (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EStG).

§ 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 Alt. 1 EStG ist auch dann anwendbar, wenn mehrere natürliche Personen in ein bestehendes Einzelunternehmen aufgenommen werden (ebenso zum Beispiel *Gratz in Herrmann/Heuer/Raupach*, § 6 EStG Rdnr. 1368; *Schmidt/ Kulosa*, EStG, 32. Aufl., § 6 Rdnr. 661). Für diesen Fall kann – ausgehend vom Normzweck, die unentgeltliche Betriebs- und Unternehmensnachfolge von ertragsteuerlichen Belastungen zu verschonen – nichts anderes gelten als bei der Aufnahme nur einer einzigen natürlichen Person.

b) In Bezug auf die Einbringung des Einzelunternehmens gegen Gewährung eines Mitunternehmeranteils an den Kläger hat das FG zu Recht § 24 UmwStG 2002 angewendet. Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 12.10.2005, X R 35/04 (BFH/NV 2006, 521), das eine insoweit vergleichbare Fallgestaltung im Jahr 1995 betraf, den Vorgang aufgespalten: Soweit der dortige Kläger seine beiden Betriebe gegen Gewährung eines eigenen Mitunternehmeranteils in die Personengesellschaft eingebracht hatte, hielt der Senat die Vorschrift des § 24 UmwStG – in der im Jahr 1995 geltenden, mit § 24 UmwStG 2002 insoweit übereinstimmenden Fassung

– grundsätzlich für einschlägig. Soweit der Kläger seine Betriebe hingegen zum Zweck der unentgeltlichen Aufnahme seines Sohnes eingebracht hatte, lag nach Auffassung des Senats ein gesondert zu beurteilender Übertragungsvorgang vor.

Diese Entscheidung hat sowohl Zustimmung (*Fuhrmann in Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 24 Rdnr. 164, 26; *Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust*, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 6 Rdnr. 1056; *Korn/Strahl in Korn*, § 6 EStG Rdnr. 475.1; sowie *Korn*, Kölner Steuerdialog 2005, 14633, 14642) als auch – insbesondere nach Ergänzung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG durch das UntStFG vom 20.12.2001 (BGBl 2001 I, S. 3858) mit Wirkung zum Veranlagungszeitraum 2001 – Kritik hervorgerufen. Nach der Gegenauffassung soll sich die in § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EStG angeordnete zwingende Buchwertfortführung bei der unentgeltlichen Aufnahme von natürlichen Personen in ein Einzelunternehmen auf alle beteiligten Personen – einschließlich des Einbringenden – beziehen und § 24 UmwStG daneben nicht mehr zur Anwendung kommen (BMF vom 11.11.2011, BStBl I 2011, S. 1314, Tz. 01.47, letzter Satz; *Patt in Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, Umwandlungssteuerrecht, 7. Aufl., § 24 Rdnr. 72; *Schmidt/Wacker*, a. a. O., § 16 Rdnr. 204; *Herrmann/Heuer/Raupach/Gratz*, § 6 EStG Rdnr. 1368 m. w. N. zum Streitstand; *Rasche in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, 2. Aufl., § 24 Rdnr. 15; *Werndl in Kirchhoff/Söhn/Mellinghoff*, EStG, § 6 Rdnr. J 8, sowie *Prinz in Bordewin/Brandt*, § 6 EStG Rdnr. 847; § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 Alt. 1 EStG als *lex specialis* zu § 24 UmwStG).

Der erkennende Senat hält an seiner im Urteil in BFH/NV 2006, 521, geäußerten Rechtsauffassung fest. Die Aufteilung der teils gegen Gewährung eines eigenen Mitunternehmeranteils sowie teils zum Zweck der unentgeltlichen Aufnahme der Angehörigen vorgenommenen Einbringung beruht darauf, dass zwei – rechtlich getrennt zu würdigende – Vorgänge vorliegen. Ebenso wie bei der entgeltlichen Aufnahme eines Dritten in ein Einzelunternehmen werden auch bei einer unentgeltlichen Aufnahme die steuerrechtlichen Tatbestände der Veräußerung und der Einbringung parallel verwirklicht (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 18.10.1999, GrS 2/98, BFHE 189, 465, BStBl II 2000, S. 123, unter C. II., vor 1.).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Einfügung des § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EStG durch das UntStFG, denn damit sollte die bereits zuvor praktizierte steuerneutrale Behandlung dieser Fälle – nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich klarstellend – auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden (Begründung des Regierungsentwurfs eines UntStFG vom 17.8.2001, BR-Drucks. 638/01, S. 49; ebenso BT-Drucks. 14/6882, S. 32).

2. Ebenfalls zutreffend hat das FG erkannt, dass die Gewährung der Darlehensforderung neben den Gesellschaftsrechten die Anwendung des § 24 UmwStG 2002 nicht ausschließt, wobei sich die Gutschrift auf einem Darlehenskonto grundsätzlich gewinnrealisierend auswirkt.

a) Die Anwendung des § 24 UmwStG 2002 wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass dem Einbringenden neben Gesellschaftsrechten sonstige Gegenleistungen gewährt werden.

§ 24 Abs. 1 UmwStG 2002 verlangt lediglich die Einräumung einer Mitunternehmerstellung als Gegenleistung für die Einbringung, so dass diese Norm auch in Fällen der Gewährung eines Mischentgelts – unabhängig von der rechtlichen Einordnung und den Rechtsfolgen des nicht in Gesellschaftsrechten bestehenden Teils der Gegenleistung – Anwendung finden

kann. Es ist nicht erforderlich, dass die Gegenleistung ausschließlich in der Gewährung von Gesellschaftsrechten besteht (allgemeine Meinung; vgl. BFH, Urteil vom 24.6.2009, VIII R 13/07, BFHE 225, 402, BStBl II 2009, S. 993, unter II. 3. a aa; BMF-Schreiben vom 25.3.1998, BStBl I 1998, S. 268, Tz. 24.08; ebenso BMF-Schreiben in BStBl I 2011, S. 1314, Tz. 24.07).

b) Im Streitfall hat der Kläger – in Gestalt seines Kommanditeils an der KG – Gesellschaftsrechte im Nominalbetrag von 150.000 € erhalten. Der auf dem Darlehenskonto gutgeschriebene Betrag i. H. v. 102.356,12 € ist hingegen aus der Sicht der KG Fremdkapital. Insoweit wurden dem Kläger keine Gesellschaftsrechte gewährt. Es handelt sich daher um eine zusätzliche Gegenleistung.

Die Darlehensforderung war als echte unentziehbare Forderung ausgestaltet, die insbesondere nicht mit etwaigen Verlusten der KG verrechnet werden konnte (zu den Abgrenzungskriterien zwischen Eigen- und Fremdkapital bei Gewährung von Darlehensforderungen vgl. BFH, BFH/NV 2006, 521, und BFH, Urteil vom 26.6.2007, IV R 29/06, BFHE 218, 291, BStBl II 2008, S. 103). Dies ist zwischen den Beteiligten zu Recht unstrittig.

c) Der erkennende Senat geht mit der Finanzverwaltung (BMF-Schreiben in BStBl I 1998, S. 268, Tz. 24.08; ebenso BMF-Schreiben in BStBl I 2011, S. 1314, Tz. 24.07) und dem überwiegenden Teil des Schrifttums davon aus, dass eine Gutschrift auf einem Darlehenskonto grundsätzlich als Entgelt anzusehen ist und sich gewinnrealisierend auswirken kann (*Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 6. Aufl., § 24 UmwStG Rdnr. 140; *Patt in Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, a. a. O., § 24 Rdnr. 59 f.; *ders.*, GmbH-StB 2011, 303, 305; *ders.* in *Patt/Rupp/Aßmann*, Der neue Umwandlungssteuererlass, S. 178; *Jäschke in Lademann*, UmwStG, § 24 Rdnr. 20; *Brandenburg*, Stbg 2012, 145, 155; *Wüllenkemper*, Anmerkung zum vorinstanzlichen Urteil, EFG 2011, 491, 495 f.; *Wacker*, Betriebsberater 1998, Beil. 8 zu Heft 26, S. 1, 30, rechte Spalte; vgl. auch Senat, BFH/NV 2006, 521, in dem der erkennende Senat im Rahmen der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 UmwStG 1995 geprüft hat, ob es sich bei dem dortigen variablen Gesellschafterkonto um ein „echtes“ Kapitalkonto oder um ein Darlehenskonto gehandelt hat, sowie BFH, BFHE 197, 411, BStBl II 2002, S. 420; a. A. *Fuhrmann in Widmann/Mayer*, a. a. O., § 24 UmwStG Rdnr. 583 i. V. m. Rdnr. 527; *Schlößer in Haritz/Benkert*, Umwandlungssteuergesetz, 2. Aufl., § 24 Rdnr. 59; nunmehr unklar *Schlößer in Haritz/Menner*, Umwandlungssteuergesetz, 3. Aufl., § 24 Rdnr. 77 und 78).

Dem in § 24 Abs. 2 UmwStG 2002 enthaltenen Bewertungswahlrecht liegt der Gedanke zugrunde, dass in der Personengesellschaft das unternehmerische Engagement in mitunternehmerischer Form fortgesetzt wird (vgl. BFH, BFHE 197, 411, BStBl II 2002, S. 420, und BFH, Beschluss vom 20.9.2007, IV R 70/05, BFHE 219, 86, BStBl II 2008, S. 265). Daran fehlt es, soweit der Gesellschafter für die Übernahme des Wirtschaftsguts ein über die Gewährung von Gesellschaftsrechten hinausgehendes Entgelt erhält. Insoweit erbringt der Gesellschafter seine Leistung nämlich nicht zur Stärkung der Gesellschaft oder seiner Gesellschafterstellung (BFH, BFHE 197, 411, BStBl II 2002, S. 420; ebenso *Wüllenkemper*, EFG 2011, 495). In Gestalt der Gutschrift auf dem Darlehenskonto erhält der Einbringende vielmehr eine Vermögensposition als weiteren Gegenwert (ebenso *Patt*, GmbH-StB 2011, 303, 305).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Darlehensforderung des Klägers, der in der Steuerbilanz der KG eine entsprechende Verbindlichkeit als Fremdkapital gegenübersteht, in einer Sonderbilanz bei der KG (notwendiges Sonderbetriebsvermögen) zu aktivieren ist und damit zum steuerrechtlichen Betriebsvermögen der KG gehört (so aber *Fuhrmann* in *Widmann/Mayer*, a. a. O., § 24 UmwStG Rdnr. 583 i. V. m. Rdnr. 526; *Schlößer* in *Haritz/Benkert*, a. a. O., § 24 Rdnr. 59; nunmehr unklar *Schlößer* in *Haritz/Menner*, a. a. O., § 24 Rdnr. 77 und 78). Dies folgt daraus, dass die Darlehensforderung nicht dem Vermögensbereich der Personengesellschaft als Bestandteil des eingebrachten Vermögens zugeführt, sondern erst im Zusammenhang mit der Einbringung – als Gegenleistung für die Übertragung des eingebrachten Betriebsvermögens – begründet wurde (vgl. BFH, BFHE 197, 411, BStBl II 2002, S. 420; ebenso *Patt* in *Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, a. a. O., § 24 Rdnr. 60).

3. Zu Unrecht hat das FG jedoch aufgrund der Gutschrift auf dem Darlehenskonto des Klägers einen steuerpflichtigen Gewinn i. H. v. 95.717,65 € angenommen. Im Streitfall ist bei der vorgenommenen Einbringung des Einzelunternehmens gegen ein sog. Mischentgelt – bestehend aus Gesellschaftsrechten und einer Darlehensforderung gegen die KG – kein Gewinn entstanden, weil die Summe aus dem Nominalbetrag der Gutschrift auf dem Kapitalkonto des Klägers bei der KG und dem gemeinen Wert der eingeräumten Darlehensforderung den steuerlichen Buchwert des eingebrachten Einzelunternehmens nicht überschritten hat.

a) Der BFH hatte bislang eine derartige Fallkonstellation nicht zu beurteilen. Die Finanzverwaltung vertritt zwischenzeitlich die Auffassung, bei Einbringung gegen ein Mischentgelt sei der Vorgang entsprechend dem Verhältnis der jeweiligen Teilleistungen in einen erfolgsneutral gestaltbaren und einen zwingend erfolgswirksamen Teil aufzuspalten (BMF-Schreiben in BStBl I 2011, S. 1314, Tz. 24.07, unter Verweis auf das zur Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern gegen ein „drittübliches“ Mischentgelt in Höhe des Teilwerts bzw. gemeinen Werts des übertragenen Wirtschaftsguts ergangene BFH-Urteil in BFHE 197, 411, BStBl II 2002, S. 420; hingegen war in dem – für das Streitjahr noch anzuwendenden – BMF-Schreiben in BStBl I 1998, S. 268, Tz. 24.08, keine ausdrückliche Stellungnahme zu der im Streitfall verwirklichten Gestaltung enthalten).

Ein Teil der Literatur hat sich der Verwaltungsauffassung angeschlossen (*Patt* in *Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, a. a. O., § 24 Rdnr. 60, 62; *ders.*, GmbH-StB 2011, 303, 308 f.; *Wülkenkemper*, EFG 2011, 495 f.). Andere Autoren meinen, dass es jedenfalls insoweit nicht zu einer Gewinnrealisierung komme, als die Summe aus dem Nominalbetrag der Gutschrift auf den Kapitalkonten und dem gemeinen Wert der sonstigen Gegenleistung den Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens nicht übersteige (so *Fuhrmann* in *Widmann/Mayer*, a. a. O., § 24 UmwStG Rdnr. 583 i. V. m. Rdnr. 526, unter der Prämisse, dass man mit der h. M. die Gewährung eines Darlehensanspruchs als potenziell gewinnrealisierend erachte; *Strahl* in *Carlé/Korn/Stahl/Strahl*, Umwandlungen – Der neue Umwandlungssteuer-Erlass, 2. Aufl., S. 149; *ders.*, Stbg 2011, 147, 156).

b) Der erkennende Senat schließt sich im Ergebnis der letztgenannten Auffassung an. Auch in den Fällen des Mischentgelts kommt es nicht zu einer Aufdeckung stiller Reserven, sofern das Entgelt (bzw. die Summe der Teilentgelte) den Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens nicht übersteigt.

aa) Wird ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil gemäß § 24 Abs. 1 UmwStG 2002 in eine Personengesellschaft eingebracht und wird der Einbringende Mitunternehmer der Gesellschaft, liegt darin ein tauschähnlicher Vorgang, der den Tatbestand einer Betriebs-, Teilbetriebs- oder Anteilsveräußerung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 EStG erfüllt (st. Rspr., zum Beispiel BFH-Entscheidungen vom 21.6.1994, VIII R 5/92, BFHE 174, 451, BStBl II 1994, S. 856, und in BFHE 219, 86, BStBl II 2008, S. 265). Die grundsätzlich gewinnrealisierende Rechtsfolge eines solchen Veräußerungsvorgangs kann indes durch Ausübung des Bewertungswahlrechts gemäß § 24 Abs. 2, 3 Satz 1 UmwStG 2002 vermieden werden (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 7.11.2006, VIII R 13/04, BFHE 215, 260, BStBl II 2008, S. 545).

Im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 EStG ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine teilentgeltliche Übertragung der dort genannten betrieblichen Sachgesamtheiten (Gewerbebetrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil) als einheitlicher Rechtsvorgang anzusehen (sog. Einheitstheorie) und daher nicht nach Maßgabe der sog. Trennungstheorie in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuspalten. In diesen Fällen entsteht ein (Veräußerungs-)Gewinn nur, wenn die Summe der Entgelte bzw. Gegenleistungen den Buchwert der übertragenen betrieblichen Sachgesamtheit sowie die Veräußerungskosten übersteigt (zum Beispiel BFH, Urteil vom 10.7.1986, IV R 12/81, BFHE 147, 63, BStBl II 1986, S. 811; BFH, Urteil vom 22.9.1994, IV R 61/93, BFHE 176, 350, BStBl II 1995, S. 367, und BFH, Urteil vom 7.11.2000, VIII R 27/98, BFHE 193, 549; aus dem Schrifttum zum Beispiel *Schmidt/Wacker*, a. a. O., § 16 Rdnr. 58 f.; *Herrmann/Heuer/Raupach/Geissler*, § 16 EStG Rdnr. 76). Dabei sind bilanzierte betriebliche Verbindlichkeiten als unselbständige Bestandteile der jeweiligen Sachgesamtheit anzusehen, so dass der Netto-Buchwert des übertragenen Betriebsvermögens (Aktiva ./ Passiva) der Summe der Entgelte bzw. Gegenleistungen gegenüberzustellen ist (BFH, Urteil vom 16.12.1992, XI R 34/92, BFHE 170, 183, BStBl II 1993, S. 436, und BFH, Urteil vom 21.3.2002, IV R 1/01, BFHE 198, 537, BStBl II 2002, S. 519).

bb) Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist auch im Rahmen der Einbringung eines Betriebs gegen Gewährung eines – aus der Einräumung von Gesellschaftsrechten sowie der Begründung einer Darlehensforderung bestehenden – Mischentgelts sachgerecht. Dies beruht darauf, dass es sich bei den unter § 24 Abs. 1 UmwStG 2002 fallenden Einbringungsvorgängen – wie oben dargestellt – ebenfalls um die Übertragung betrieblicher Sachgesamtheiten handelt.

Zwar sind die unter aa) angeführten Entscheidungen zur Anwendung der „Einheitstheorie“ in den Fällen des § 16 Abs. 1 EStG zu teilentgeltlichen Veräußerungen ergangen, während Einbringungen nach § 24 Abs. 1 UmwStG 2002 – auch solche, die wie im Streitfall gegen ein „Mischentgelt“ vorgenommen werden – dem Grunde nach vollentgeltliche Vorgänge darstellen. Gleichwohl ist das vorliegende Mischentgelt für Zwecke der hier vorzunehmenden Ermittlung der Höhe des anteilig realisierten Gewinns wie ein Teilentgelt zu behandeln, weil § 24 Abs. 2 UmwStG 2002 es ermöglicht, den in der Gewährung von Gesellschaftsrechten bestehenden Teil des Mischentgelts mit dem Buchwert zu bewerten. In diesen Fällen bleibt die für Zwecke der Einkommensbesteuerung anzusetzende Höhe des Mischentgelts – insoweit wie bei einem Teilentgelt – hinter dem gemeinen Wert des eingebrachten Betriebsvermögens zurück, was die Gleichsetzung beider Vorgänge rechtfertigt; allein entscheidend ist der Umstand, ob das gesamte Teil- oder Vollentgelt

den Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens nicht übersteigt.

Der Einwand des Finanzamts, die „Einheitstheorie“ sei entwickelt worden, um in Fällen teilentgeltlicher Betriebsveräußerungen den Widerstreit zwischen den Vorschriften des § 16 EStG einerseits und des § 6 Abs. 3 EStG andererseits zu lösen, ist zwar im Ansatz zutreffend (vgl. BFH, BFHE 147, 63, BStBl II 1986, S. 811). Er führt aber nicht zu einer anderen Beurteilung des Streitfalls, weil hier ein vergleichbarer Normenwiderstreit zu lösen ist. So ist vorliegend eine Kombination aus einer unter § 16 EStG fallenden Betriebsveräußerung (soweit es um die Darlehensforderung geht) und einer unter § 24 UmwStG 2002 fallenden, die Fortsetzung des unternehmerischen Engagements prämierenden – und ebenso wie in den Fällen des § 6 Abs. 3 EStG zum Buchwert möglichen – Einbringung verwirklicht worden. Die Anwendung der Einheitstheorie stellt sich vor diesem Hintergrund als ebenso sachgerecht dar wie in Fällen der teilentgeltlichen Betriebsveräußerung.

c) Auch die weiteren Einwendungen des Finanzamts greifen nicht durch.

aa) So kann der vorliegende Sachverhalt nicht mit einer Betriebseinbringung gegen die Zuzahlung eines neu eintretenden Gesellschafters in das Privatvermögen des Einbringenden verglichen werden.

In derartigen Fällen ist anerkannt, dass der Veräußerungsvorgang getrennt von der Einbringung zu beurteilen ist und in Höhe der Differenz zwischen der Zuzahlung und den anteiligen Buchwerten der Wirtschaftsgüter des eingebrachten Betriebsvermögens zu einer Gewinnrealisierung führt (BFH, Urteil vom 8.12.1994, IV R 82/92, BFHE 176, 392, BStBl II 1995, S. 599; BFH, BFHE 225, 402, BStBl II 2009, S. 993, sowie Beschluss des Großen Senats des BFH, BFHE 189, 465, BStBl II 2000, S. 123). Dabei hat der BFH in seinem Urteil in BFHE 176, 392, BStBl II 1995, S. 599, ausdrücklich keine Bedenken gegen eine Berechnung der anteiligen Buchwerte entsprechend dem Verhältnis, in welchem die Zuzahlung zum Gesamtwert des eingebrachten Betriebsvermögens steht, geäußert.

Teile der Literatur halten diese Zuzahlungsfälle mit denen der Einbringung gegen Mischentgelt für vergleichbar, weil zwischen ihnen weder wirtschaftlich noch steuerrechtlich ein Unterschied bestehe (*Patt*, GmbH-StB 2011, 303, 304; *Willenkemper*, EFG 2011, 496; a. A. *Fuhrmann* in *Widmann/Mayer*, a. a. O., § 24 UmwStG Rdnr. 583 i. V. m. Rdnr. 527).

Der Vergleichbarkeit steht jedoch entgegen, dass sich die Zuzahlung eines künftigen Mitgesellschafters aus der Sicht der Altgesellschafter als Veräußerung eines Mitunternehmeranteils an einen Dritten darstellt, die von der Einbringung des Betriebs in die Personengesellschaft zu trennen ist. Zudem bewirkt eine an der Höhe der erworbenen anteiligen stillen Reserven orientierte Zuzahlung in das Vermögen des Einbringenden im Regelfall, dass die Gesamtgegenleistung über den Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens hinausgehen wird.

bb) Auch der vom Finanzamt vorgenommene Umkehrschluss aus den Vorschriften des § 20 Abs. 2 Satz 5, Abs. 4 Satz 2 UmwStG 2002 hat für den Streitfall keine Bedeutung. Die genannten Vorschriften erfassen nach ihrem klaren Wortlaut nur solche Zusatz-Gegenleistungen, deren gemeiner Wert den Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens übersteigt. In derartigen Fällen käme auch der erkennende Senat zu einer Gewinnrealisierung (vgl. oben 2. c). Der Streitfall liegt aber in tatsächlicher Hinsicht anders; er ist dadurch gekennzeichnet, dass der gemeine Wert der dem Kläger eingeräumten Dar-

lehensforderung auch zusammen mit dem Nominalbetrag seines Kapitalkontos in der KG den Buchwert des von ihm eingebrachten Betriebsvermögens nicht übersteigt.

cc) Gegen die vom Senat vorgenommene Auslegung des § 24 Abs. 1 UmwStG 2002, die zur Steuerneutralität derartiger Einbringungsvorgänge führt, kann nicht eingewendet werden, dass auf stille Reserven, die in der eingebrachten Sachgesamtheit im Zeitpunkt der Einbringung enthalten sind, später teilweise nicht mehr zugegriffen werden könne.

In Teilen des Schrifttums wird zwar vertreten, dass sich ein Aufschub der Besteuerung der stillen Reserven des eingebrachten Vermögens nach § 24 UmwStG 2002 nur rechtfertigen lasse, soweit diese in einem Substrat gebunden seien, mit dem eine Rechtsträgerschaft verbunden ist. Dies sei allein der Mitunternehmeranteil (so *Willenkemper*, EFG 2011, 495).

Dies ist indes unzutreffend. Durch die Einräumung der Darlehensforderung – aufseiten der KG eine Darlehensverbindlichkeit – anstelle einer Gutschrift auf dem Kapitalkonto ändert sich zwar das Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital und damit – bei fehlenden Ergänzungsbilanzen – die Verteilung der Anteile an den stillen Reserven zwischen den Gesellschaftern. Das Bilanzbild auf der Aktivseite – einschließlich des Umfangs der in den Aktiva enthaltenen stillen Reserven – bleibt jedoch unverändert, so dass die stillen Reserven der Gesellschaft der Besteuerung nicht entzogen werden.

dd) Das dargestellte – vom Finanzamt ebenfalls beanstandete – Übergehen stiller Reserven auf andere Gesellschafter ist von der gesetzgeberischen Konzeption mit abgedeckt. Diese Rechtsfolge beruht darauf, dass der Kläger den Einbringungsvorgang – in rechtlich zulässiger und in der Praxis üblicher Weise – mit einem unentgeltlichen Übertragungsvorgang im Sinne des § 6 Abs. 3 EStG gekoppelt hat. Die letztgenannte Vorschrift ist vom Gesetzgeber aber bewusst geschaffen worden, um das Übergehen stiller Reserven in Fällen unentgeltlicher Übertragungen – typischerweise auf Angehörige – zu ermöglichen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das Übergehen stiller Reserven zwar in den Fällen des § 6 Abs. 3 EStG sachgerecht und vom Gesetzgeber gewollt sein soll, nicht aber dann, wenn ein unter § 6 Abs. 3 EStG fallender Vorgang mit der Einbringung eines Betriebs in eine Personengesellschaft gemäß § 24 UmwStG 2002 gekoppelt wird.

Zwar enthält das Urteil des BFH vom 16.12.2004, III R 38/00 (BFHE 209, 62, BStBl II 2005, S. 554, unter II.2. b) die Aussage, § 24 UmwStG ermögliche nur deshalb eine gewinnneutrale Einbringung, weil die stillen Reserven über die gewährten Gesellschaftsrechte weiterhin demselben Steuersubjekt zugeordnet blieben. Dieses Urteil ist jedoch – ebenso wie diejenigen Entscheidungen, auf die der III. Senat für die zitierte Aussage verweist – zu einem Fall ergangen, in dem ein gegen Entgelt neu eintretender Gesellschafter eine Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden geleistet hatte. Derartige Fallgestaltungen sind mit dem Streitfall aber nicht vergleichbar (vgl. bereits oben aa).

Im Übrigen kann es auch bei ausschließlicher Anwendung des § 24 UmwStG 2002 durchaus zu einem Übergehen stiller Reserven auf andere Steuersubjekte kommen. Bringt beispielsweise bei einer Gesellschaft, an der zwei Gesellschafter zu je 50 % beteiligt sind, ein Gesellschafter einen Betrieb mit hohen stillen Reserven zu Buchwerten ein, erhöht sich zwar buchmäßig nur sein Kapitalkonto in der Personengesellschaft. Wirtschaftlich sind die stillen Reserven des eingebrachten Betriebs aber teilweise auch auf den Anteil des anderen Gesellschafters übersprungen.

Zudem gehen in den – systematisch eng mit § 24 UmwStG 2002 verwandten – Fällen des § 16 EStG ebenfalls stille Reserven auf andere Steuersubjekte über, wenn eine Betriebsveräußerung als teilentgeltlicher Vorgang anzusehen ist. Die Anwendung der – gerade zu § 16 EStG entwickelten – Einheitstheorie bringt diese Rechtsfolge denknotwendig mit sich.

4. Nach diesen Grundsätzen hat der Kläger im Streitfall aus dem Einbringungsvorgang keinen Gewinn realisiert.

Die dem Kläger seitens der KG gewährte Gegenleistung ist mit 252.356,12 € zu bewerten (150.000 € Nominalbetrag der Gutschrift auf dem Kapitalkonto zzgl. 102.356,12 € gemeiner Wert der eingeräumten Darlehensforderung).

Der (Netto-)Buchwert des vom Kläger eingebrachten Betriebsvermögens beläuft sich ebenfalls auf 252.356,12 €. Dieser Betrag errechnet sich wie folgt:

Buchwert des Betriebsvermögens des Einzelunternehmens im Zeitpunkt der Einbringung 690.217,80 €, Korrektur um den Buchwert der nicht mit eingebrachten C-GmbH (vgl. dazu die Erläuterungen unten a) ./ 337.861,68 € abzüglich auf die Angehörigen entfallende Teile des Kapitalkontos (vgl. dazu die Erläuterungen unten b) ./ 100.000 €, Saldo 252.356,12 €.

Da die Summe des Nominalbetrags der Gutschrift auf dem Kapitalkonto des Klägers und des gemeinen Werts der Gutschrift auf dem Darlehenskonto den steuerlichen Buchwert der eingebrachten betrieblichen Sachgesamtheit nicht übersteigt, kommt es nicht zu einer Gewinnrealisierung.

a) Die Verminderung der Gutschrift auf dem Darlehenskonto um den Buchwert der C-GmbH aufgrund der Unwirksamkeit der Übertragung des Geschäftsanteils an dieser Gesellschaft ist zwar im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich geregelt. Sie entspricht jedoch dem Willen des Klägers sowie der übrigen Gesellschafter der KG und ergibt sich damit – aufgrund der insoweit gegebenen Lückenhaftigkeit des Gesellschaftsvertrags – aus der salvatorischen Klausel in § 15 des Gesellschaftsvertrags. Im Übrigen ist diese Vorgehensweise zwischen den Beteiligten unstreitig.

b) Der in der Schlussbilanz des Einzelunternehmens ausgewiesene Wert des Kapitalkontos ist zudem um den Nominalbetrag der Kommanditeinlagen zu mindern, die der Kläger seinen Angehörigen zugewendet hat.

Die vom Finanzamt vertretene prozentuale Aufteilung des Kapitalkontos nach Maßgabe der Beteiligungsverhältnisse an der KG – danach würde auf den Kläger ein Anteil von 60 % entfallen – kommt hingegen nicht in Betracht.

Dies ergibt sich aus der – bereits vom FG vorgenommenen – Auslegung der notariellen Urkunde, die Grundlage der Einbringung und der Gesellschaftsgründung war (ebenso auf die Auslegung der getroffenen Vereinbarungen abstellend BFH, Urteil vom 21.9.2000, IV R 54/99, BFHE 193, 301, BStBl II 2001, S. 178; aus dem Schrifttum *Groh*, Der Betrieb 2001, 2162, 2163; *Fuhrmann* in *Widmann/Mayer*, a. a. O., § 24 UmwStG Rdnr. 583 i. V. m. 532). § 3 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags zeigt, dass zum einen der Kläger ein Kapitalkonto i. H. v. 100.000 € – zuzüglich der Darlehensforderung – und zum anderen seine Angehörigen feste Kapitalkonten von je 25.000 € bzw. 50.000 € erhalten sollten. Eine prozentuale Beteiligung der Angehörigen am Betriebsvermögen des bisherigen Einzelunternehmens im Umfang von je 10 % bzw. 20 % war danach nicht gewollt.

5. Der Senat kann durcherkennen. Eine Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO) ist

insbesondere nicht im Hinblick auf die Korrektur der Einbringungsbilanz um den letztlich nicht mit eingebrachten Anteil an der C-GmbH angezeigt. Dies entspricht auch der im Revisionsverfahren geäußerten eigenen Auffassung des Klägers. Zudem hat er nach eigenen Angaben – insoweit unwidersprochen – zwischenzeitlich eine berichtigte Einbringungsbilanz eingereicht, in der die Unwirksamkeit der Übertragung des Geschäftsanteils an der C-GmbH berücksichtigt worden ist.

(...)

Anmerkung:

Der vom BFH entschiedene Fall betrifft ein für die Praxis wichtiges Problem der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine Personengesellschaft gegen Mischentgelt, und zwar gegen Gesellschaftsrechte und der Einräumung einer Darlehensforderung. Anders als bei der Einbringung in eine Kapitalgesellschaft gemäß § 20 UmwStG fehlt es bei Einbringung in eine Personengesellschaft an einer gesetzlichen Regelung für die Behandlung eines Mischentgelts. Bei Einbringung in eine Kapitalgesellschaft sehen § 20 Abs. 2 Satz 4 UmwStG und beim Anteilstausch § 21 Abs. 1 Satz 3 UmwStG ausdrücklich vor, dass neben Gesellschaftsanteilen auch andere Wirtschaftsgüter (zum Beispiel eine Darlehensforderung) bis zur Höhe des Buchwertes des eingebrachten Betriebsvermögens als Gegenleistung erbracht werden können, ohne dass es zu einer Gewinnrealisierung kommt, vorausgesetzt der Einbringende stellt einen Antrag auf Buchwertfortführung (§ 20 Abs. 2 Satz 3, § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG). Entsprechend der Gegenleistung reduzieren sich die Anschaffungskosten der Gesellschaftsanteile (§ 20 Abs. 3 Satz 3 UmwStG). Bei Verschmelzung von Kapitalgesellschaften ist wiederum jede Gegenleistung schädlich (§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UmwStG).

Da es bei Einbringung in eine Personengesellschaft an einer § 20 Abs. 2 Satz 4 UmwStG entsprechenden Regelung fehlt, hat die Verwaltung daraus geschlossen, dass eine steuerneutrale Einbringung nur dann gewährleistet ist, wenn der Einbringende ausschließlich die Rechtsstellung eines Gesellschafters und Mitunternehmers erlangt, also ausschließlich Gesellschaftsrechte gewährt werden (vgl. BMF vom 11.11.2011, BStBl I 2011, S. 1314, Tz. 24.07). Bei Einbringung gegen Mischentgelt sei der Vorgang entsprechend dem jeweiligen Verhältnis der Teilleistungen zum gemeinen Wert des eingebrachten Betriebsvermögens teilweise zu Buchwerten und teilweise zum gemeinen Wert zu bewerten (so BFH, Urteil vom 11.12.2001, VIII R 58/98, BStBl II 2002, S. 220, unter Berufung auf das Einbringungsurteil vom 15.7.1976, I R 17/74, BStBl II, S. 748). Demgegenüber wendet der BFH in seinem vorliegenden Urteil vom 18.9.2013 die sog. Einheitstheorie an, die bisher nur bei teilentgeltlicher Übertragung von Sachgesamtheiten (Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil) angewendet wurde, während es sich hier um einen vollentgeltlichen Vorgang mit teilweiser Privilegierung der Gegenleistung (Buchwertfortführung bei Gewährung von Gesellschaftsrechten) handelt.

Beispiel:

A bringt seinen Betrieb (Buchwert = 100.000 €/Gemeiner Wert = 200.000 €) in eine Ein-Mann-GmbH & Co. KG ein, deren alleiniger Kommanditist A ist. Die Komplementär-GmbH ist vermögensmäßig nicht beteiligt. A erhält neben den Gesellschaftsrechten auf dem Kapitalkonto I i. H. v. 50.000 € eine Darlehensforderung i. H. v. 50.000 € gegenüber der GmbH & Co. KG.

A GmbHCoKG			
Aktiva	100.000	(200.000)	
			KapKto I 50.000 (150.000)
			Darlehen 50.000 (50.000)
	100.000	(200.000)	100.000 (200.000)

A erhält als Gegenleistung für die Einbringung Gesellschaftsrechte im gemeinen Wert von 150.000 € (Wert des eingebrachten Betriebs) und eine Darlehensforderung i. H. v. 50.000 €, also insgesamt 200.000 €, so dass ein vollumfänglich entgeltliches Geschäft vorliegt.

Auf diesen Fall wendet der BFH nunmehr die Einheitstheorie an. Das bedeutet, dass der Vorgang gewinnneutral gestaltet werden kann, weil die Summe aus gemeinem Wert der „schädlichen“ Gegenleistung (Darlehen 50.000 €) und dem Nominalbetrag der Gutschrift auf dem Kapitalkonto (50.000 €) den Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens (100.000 €) nicht übersteigt. Es könnte theoretisch bis zur Höhe von 99.999 € eine Darlehensforderung eingeräumt werden, wenn sich die Gesellschaftsrechte auf 1 € beschränken. Demgegenüber hatte die Verwaltung bisher eine Gewinnrealisierung angenommen, in dem sie der „schädlichen“ Gegenleistung von 50.000 € Darlehen den anteiligen Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens gegenüberstellte. Der anteilige Buchwert bemisst sich nach dem Verhältnis der schädlichen Gegenleistung (50.000 €) zum gemeinen Wert des Betriebsvermögens (200.000 €), beträgt hier also $\frac{1}{4}$ von 100.000 € = 25.000 €. Daraus resultiert ein Veräußerungsgewinn von 50.000 € minus 25.000 € = 25.000 €.

Der BFH hat darüber hinaus die Streitfrage entschieden, ob § 24 UmwStG (Einbringung) und § 6 Abs. 3 EStG nebeneinander anwendbar sind. Im vorliegenden Urteilsfall hatte der das Einzelunternehmen einbringende Vater gleichzeitig auch seine Kinder zu je $\frac{1}{4}$ aufgenommen. Die Verwaltung (BMF vom 11.11.2011, a. a. O. Rdnr. 1/47) verneinte in diesen Fällen die Anwendung des § 24 UmwStG auch für den Einbringenden und hatte mit Rücksicht auf die spezielle Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EStG dieser den Vorrang eingeräumt. Dem ist der BFH zu Recht nicht gefolgt.

Gänzlich zu überzeugen vermag das Urteil wegen der differenzierten Regelungen im Umwandlungssteuerrecht nicht. Auch der Hinweis auf die Einheitstheorie ist bei vollentgeltlichen Vorgängen nicht einschlägig. Die Gleichbehandlung von teilentgeltlichen Vorgängen und vollentgeltlichen Vorgängen mit teilweiser Privilegierung der Gegenleistung (Buchwertfortführung bei Gewährung von Gesellschaftsrechten) hält der BFH für „sachgerecht“. Es stellt sich dann die Frage, ob eine Übertragung ausschließlich gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten einer voll unentgeltlichen Übertragung gleichzustellen ist. Wegen der für die Praxis günstigen Rechtsfolgen dürfte die Verwaltung gleichwohl nicht umhin kommen, das Urteil anzuwenden, es sei denn der Gesetzgeber stellt die einschlägigen Regeln des Umwandlungssteuerrechts auf den Prüfstand. So ist im Koalitionsvertrag der Großen Koalition vorgesehen, dass geprüft werden soll, wie Umwandlungen mit finanziellen Gegenleistungen zwar quotal beschränkt, aber nicht gänzlich ausgeschlossen werden könnten.

Leitender Ministerialrat *Hermann Brandenburg*, Düsseldorf

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Milieuschutz und Grundstückskauf

I. Gentrification und Milieuschutz

Der neue Trend zum innenstadtnahen Wohnen kennzeichnet einen sozialökonomischen Prozess, der die Teilhabe am städtischen Leben über Einkommen und Kaufkraft regelt. Kreative Bevölkerungsgruppen (zum Beispiel besserverdienende Singles, Alternative, Künstler, Studenten) „entdecken“ einen Stadtteil mit einer Konzentration benachteiligter Personengruppen und tragen durch ihre Zuwanderung zu einer Imageveränderung dieses Quartiers bei. Der Preis ist, dass die Quartiersbewohner wegen ihrer niedrigen Einkommen dieser ökonomischen Aufwertung ihrer Wohnungen nicht standhalten können.

II. Zivilrechtlicher Schutz und „Modelle“

Der Gesetzgeber hat ein Vorkaufsrecht des Mieters nach der Umwandlung in Wohnungseigentum vorgesehen (§ 577 Abs. 1 BGB). Zusätzlich kann sich der Erwerber einer in Wohnungseigentum umgewandelten Wohnung drei Jahre nicht auf Eigenbedarf berufen (§ 577a Abs. 1 BGB). In Gebieten mit besonderer Gefährdung der Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen, die durch die sog. Kündigungssperrfristverordnung der Landesregierung festgesetzt werden müssen, kann eine Kündigungshöchstdauer von bis zu zehn Jahren bestimmt werden (§ 577a Abs. 2 Satz 2 BGB). Dies ist in Bayern durch die Wohnungsgebieteverordnung vom 15.5.2012 erfolgt.¹ In der Anlage sind die betroffenen Gemeinden genannt. Es handelt sich vor allem um die Städte München, Nürnberg, Neu-Ulm, Erlangen, Fürth und Rosenheim, aber auch um zahlreiche Gemeinden in Oberbayern. Die strukturschwachen Regierungsbezirke Ober-, Unter- und Mittelfranken, Niederbayern und Oberpfalz sind hiervon kaum oder teilweise gar nicht betroffen.

III. Öffentlichrechtlicher Milieuschutz und Umwandlungsspekulationen

1. Mietbegrenzung im Sanierungs- und Milieuschutzgebiet

In städtebaulichen Sanierungsgebieten sowie in sog. Milieuschutzgebieten benötigt ein Bauherr, der sein Gebäude instand setzen oder modernisieren will, eine besondere Genehmigung der Gemeinde. Die Erteilung wird oftmals mit der Verpflichtung verbunden, nach Durchführung der Maßnahmen von dem Mieter nur eine solche Miethöhe zu verlangen, die den Schutz der Gebietsbevölkerung vor Verdrängung gewährleisten soll.²

2. Landesrechtlicher Genehmigungsvorbehalt

Bei der sog. Milieuschutzsatzung (§ 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB) handelt es sich um einen Unterfall der Erhaltungssatz-

zung.³ Grundsätzlich begründet sie einen Genehmigungsvorbehalt für den Rückbau, die Änderung und die Nutzungsänderung baulicher Anlagen. Hat die jeweilige Landesregierung dies durch Rechtsvorschrift bestimmt (§ 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB), steht die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum in Gebäuden, die wenigstens teilweise Wohnzwecken dienen, unter Genehmigungsvorbehalt. Lange Zeit hatte nur Hamburg, auf dessen Initiative die Möglichkeit eines Genehmigungsvorbehalts für die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum in das Baugesetzbuch eingefügt wurde, von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, durch Landesverordnung die Genehmigungspflicht zur Begründung von Sondereigentum in Erhaltungsgebieten zu regeln.⁴ Nunmehr hat auch Bayern durch Verordnung zur Stärkung des städtebaulichen Milieuschutzes am 4.2.2014,⁵ und zwar als § 5 DVWoR, die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum in Gebieten einer Erhaltungssatzung unter Genehmigungsvorbehalt gestellt. Das Bestehen einer Erhaltungssatzung ist nicht aus dem Grundbuch ersichtlich; anders als beim Sanierungsgebiet, in dem § 144 BauGB zur Anwendung kommt, ist ein diesbezüglicher Vermerk nicht vorgesehen. Erhaltungssatzungen können teilweise auf der Homepage der jeweiligen Stadt abgerufen werden.⁶ Der Genehmigungsvorbehalt gilt für die Dauer von fünf Jahren. Er tritt mit Ablauf des 28.2.2019 außer Kraft (§ 6 Satz 2 DVWoR). Allerdings kann der Genehmigungsvorbehalt, auch wiederholt, um weitere fünf Jahre verlängert werden.

3. Betroffene Aufteilungen

Die Genehmigungspflicht für die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum gilt sowohl bei der Begründung von Wohnungseigentum als auch von Teileigentum. Erfasst werden somit alle Fälle, in denen Gebäude, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, entweder zu Eigentumswohnungen oder zu gewerblichen Einheiten umgewandelt werden sollen.⁷ Ausreichend ist, wenn in einem Gebäude auch nur eine Wohnung vorhanden ist.⁸ Dies gilt auch dann, wenn die Wohnungen, um deren Aufteilung es geht, leer stehen, also konkrete Bewohner durch die Maßnahmen nicht verdrängt werden.⁹ Beim städtebaulichen Schutz kommt es nämlich nicht auf eine individuelle Betroffenheit an. Auch ein etwaiges Einverständnis der vorhandenen Mieter mit der Aufteilung ändert nichts an der Genehmigungspflicht.¹⁰ Bei der einzelnen Aufteilung muss auch nicht nachgewiesen werden,

³ Vgl. für den Erlass zu den Voraussetzungen einer Milieuschutzsatzung *Schladebach*, BauR 2000, 1137 ff.

⁴ Ursprünglich HmbGVBl 1998, S. 3, nunmehr neu gefasst durch Verordnung vom 10.12.2013, HmbGVBl 492; vgl. dazu *Köller*, ZfBR 2009, 130, 131.

⁵ BayGVBl 2014, S. 39.

⁶ Vgl. für München <http://www.muenchen.de/rathaus/Stadtverwaltung/Referat-fuer-Stadtplanung-und-Bauordnung/Stadt-und-Bebauungsplanung/Erhaltungssatzungen.html> (Stand: 2.4.2014).

⁷ *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 11.

⁸ *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 122.

⁹ BVerwG, Urteil vom 18.6.1997, 4 C 2/97, NVwZ 1998, 503.

¹⁰ Vgl. VG Kassel, Beschluss vom 11.5.1992, 3 UE 174/89, NVwZ-RR 1993, 401, und BVerwG, Urteil vom 28.8.1997, 8 A 631/95, NVwZ 1998, 503.

¹ GVBl 2012, S. 189 ff. (vgl. S. 190 f., auf denen die Anlage abgedruckt ist).

² Vgl. dazu OVG Berlin, Beschluss vom 10.10.1995, 2 S 7/95, NVwZ 1996, 920; VG Kassel, Urteil vom 21.7.1978, II E 1/77, ZMR 1979, 235, und ausführlich *Schmitz*, LKV 2001, 443 ff.

dass durch sie eine Änderung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung eintritt. Es genügt vielmehr, wenn die Maßnahme aufgrund ihrer Vorbildwirkung geeignet ist, solche Prozesse in Gang zu setzen.¹¹ Wesentlich für die Erhaltung und die Verdrängung der Wohnbevölkerung ist insbesondere die Miethöhe. Als Indikator kann eine Höchstbelastungsmiete entsprechend der Nürnberger Praxis dienen.¹² Es ist deshalb zulässig, für den Milieuschutzbereich einen fortzuschreibenden Mietspiegel aufzustellen. Wird die Miethöhe nachhaltig verändert, kann die Gefahr der Verdrängung bestehen.¹³

Auch die Teilung durch den Eigentümer neben der vertraglichen Einräumung ist betroffen, selbst wenn dies § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB nicht ausdrücklich erwähnt.¹⁴ Der Genehmigungsvorbehalt erfasst jedoch nicht die Aufteilung von zu errichtenden Neubauten.¹⁵ Umfasst werden weiter nicht nur Luxusmodernisierungen, sondern auch die Umnutzung ehemaligen Wohnraums in nunmehr gewerbliche Nutzung, Ferienapartements und Zweitwohnungen. Nicht betroffen ist die Begründung von Dauerwohn- und Dauernutzungsrechten.¹⁶ Auch die Aufteilung eines Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte ist, wenn es dem Erhaltungsziel der Milieuschutzsatzung widerspricht, vom Wortlaut § 172 Abs. 1 Satz 1 BauGB im Vergleich zu § 22 Abs. 1 Satz 2 BauGB nicht umfasst.¹⁷ Die Erhaltungssatzung in Großstädten wird sich regelmäßig auf einzelne Stadtteile beschränken; sie kann sich aber auch auf ein Gesamtgebiet einer Gemeinde beziehen.

4. Behördliches Genehmigungsverfahren und Genehmigungsanspruch

Das Gesetz geht von einem zweistufigen Ablaufprogramm aus, der Gebietsfestlegung mit einem präventiven Verbot und der Beurteilung der Zulässigkeit erst im Rahmen des Genehmigungsverfahrens.¹⁸ Das Genehmigungsverfahren ähnelt demjenigen bei § 22 BauGB in Fremdenverkehrsgebieten. Im Bereich der Milieuschutzsatzung ist die Genehmigung zur Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum zu erteilen, wenn auch unter Berücksichtigung des Allgemeinwohls die Erhaltung der baulichen Anlage oder ein Absehen von der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum wirtschaftlich nicht

mehr zumutbar ist. Die Gemeinde hat bei der Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung die wirtschaftliche Zumutbarkeit der Eigentümerbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Die wirtschaftliche Unzumutbarkeit ist etwa gegeben, wenn Modernisierungsmaßnahmen unterlassen werden müssen, ohne die eine wirtschaftliche Rentabilität des Grundstücks nicht gesichert ist. Da in diesen Fällen ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht, existiert kein Übernahmeanspruch des betroffenen Eigentümers bei Unzumutbarkeit.¹⁹ Hinzu kommen die weiteren Genehmigungsansprüche nach § 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1-6 BauGB, nämlich die Genehmigung der Aufteilung

- zur Herstellung eines zeitgemäßen Ausstattungszustandes einer durchschnittlichen Wohnung unter Berücksichtigung der bauordnungsrechtlichen Mindestanforderungen (§ 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 BauGB). Durch die Erhaltungsmilieuschutzsatzung soll kein städtebaulicher oder bauordnungsrechtlicher „Substandard“ festgeschrieben werden.²⁰ Was bei Neuerrichtung eines Vorhabens dem Bauherrn vorgeschrieben wird, soll er auch im Rahmen einer Sanierung im Milieuschutzgebiet durchführen dürfen. Eine durchschnittliche Wohnung ist dabei eine Wohnung, wie sie in dem betreffenden Gebiet oder in ähnlichen Gebieten üblicherweise beansprucht wird.²¹
- zur Durchführung von Maßnahmen zur Erfüllung energieeinsparender Mindestanforderungen (§ 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1a BauGB). Durch die Begrenzung auf die Mindestanforderungen nach der EnEV wird eine Begrenzung „nach oben“ vorgenommen.
- wenn das Grundstück zu einem Nachlass gehört und Wohnungs- oder Teileigentum zugunsten von Miterben oder Vermächtnisnehmern begründet werden soll (§ 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 BauGB). Betroffen sind Erbauseinandersetzungen und Vermächtniserfüllungen. Dies betrifft nicht den Fall, dass eine Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum erfolgt und ein Miterbe oder Vermächtnisnehmer sämtliche Wohnungs- und Teileigentumseinheiten erhält.²²
- wenn ein Wohnungs- und Teileigentum zur eigenen Nutzung an Familienangehörige des Eigentümers veräußert werden soll (§ 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 3 BauGB). Unter Veräußerung ist dabei nicht nur ein Verkauf, sondern auch eine un- oder teilentgeltliche Übertragung zu verstehen. Allerdings betrifft dies nur diejenigen Einheiten, die auch tatsächlich an einen Familienangehörigen zur Eigennutzung übertragen werden, nicht weitere Einheiten.²³ Der Familienangehörige muss nicht im Familienhaushalt leben.²⁴
- wenn Ansprüche Dritter, zu deren Sicherung vor dem Wirksamwerden des Genehmigungsvorbehalts eine

¹¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 18.6.1997, 4 C 2/97, NVwZ 1998, 503; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 31.5.2012, 10 B 9.11, LKV 2012, 465, und *Jäde/Dirnberger/Weiß/Dirnberger*, BauGB., 7. Aufl., § 172 Rdnr. 21.

¹² Vgl. dazu *Tietzsch*, NVwZ 1998, 590; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 45 f.

¹³ BVerwG, Urteil vom 18.6.1997, 4 C 2/97, NVwZ 1998, 503.

¹⁴ *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 121, und *Spannowsky/Uechtritz/Oehmen*, BauGB, 2. Aufl., § 172 Rdnr. 12; *Hertel*, DNotI-Report 14, 1997, 159, 160; *Brügelmann/Bank*, § 172 Rdnr. 38 (anders noch *Brügelmann/Neuhausen*, § 172 Rdnr. 38, 79. Lfg.).

¹⁵ *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 14.

¹⁶ *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 121; *NK-BGB/Heinemann*, § 31 Rdnr. 7; *Jennißen/Grziwotz*, WEG, 4. Aufl., § 31 Rdnr. 21; a. A., aber unzut., *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 32 Rdnr. 7; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 121.

¹⁷ Ebenso *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 121, und *Jennißen/Grziwotz*, WEG, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 11.

¹⁸ *Hoppenberg/de Witt/Stüer*, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Stand Mai 2010, B Rdnr. 1468; *Stüer*, Der Bebauungsplan, 4. Aufl., Rdnr. 1166; vgl. auch *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 115, der im Hinblick auf die Verordnung von einem dreifach gestuften Ablaufprogramm ausgeht.

¹⁹ *Finkelnburg/Orloff/Kment*, Öffentliches Baurecht I, 6. Aufl., § 33 Rdnr. 23.

²⁰ *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 51; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 187; *Spannowsky/Uechtritz/Oehmen*, BauGB, 2. Aufl., § 172 Rdnr. 40.

²¹ BVerwG, Beschluss vom 17.12.2004, 4 B 85/04, NVwZ 2005, 445.

²² *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 54.

²³ Ebenso *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 55, auch zum Begriff des Familienangehörigen.

²⁴ *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 196 a. E.

Vormerkung auf zu bildendes Wohnungs- oder Teileigentum im Grundbuch eingetragen ist, erfüllt werden müssen (§ 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 4 BauGB). Betroffen sind Vorgänge vor Inkrafttreten der Rechtsverordnung der Bayerischen Staatsregierung, nämlich dem 1.3.2014.

– wenn das Gebäude im Zeitpunkt der Antragstellung nicht zu Wohnzwecken genutzt wird (§ 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 5 BauGB). Dies betrifft auch insgesamt leer stehende Gebäude, nicht jedoch einzelne Wohnungen.²⁵ Maßgeblich ist der Antrag auf Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum, der auch vom Notar aufgrund Vollmacht des Eigentümers gestellt werden kann.

Besondere Bedeutung hat der Rechtsanspruch auf Genehmigung, wenn sich der Eigentümer gegenüber der Gemeinde verpflichtet, innerhalb von sieben Jahren ab der Begründung von Wohnungseigentum Wohnungen nur an die Mieter zu veräußern (§ 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 5 BauGB). Da der Wortlaut dieser Bestimmung nur die Begründung von Wohnungseigentum betrifft, besteht kein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung zur Begründung von Teileigentum. Dies gilt auch dann, wenn Einheiten nicht zu Wohnzwecken genutzt werden.²⁶ Begünstigte Mieter sind diejenigen, die zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Genehmigung der Aufteilung die Wohnungen in den betreffenden Gebäuden als Mieter nutzen. Nicht zum Kreis der Mieter gehören Personen, die die Wohnung nur deshalb bewohnen, weil sie von vornherein die Absicht haben, diese käuflich zu erwerben.²⁷ Die Verpflichtung betrifft auch Wohnungen, die bei der Umwandlung leer stehen.²⁸ Mit dieser Verpflichtung entfällt die zehnjährige Kündigungsfrist nach § 577a Abs. 2 Satz 1 BGB. Diese verkürzt sich um sieben Jahre. Die Frist nach § 577a Abs. 1 BGB entfällt. Zur Sicherung der eingegangenen Verpflichtung des Eigentümers kann ein Genehmigungserfordernis für die Veräußerung der gebildeten Wohnungseinheiten angeordnet und in das Grundbuch eingetragen werden (§ 172 Abs. 4 Satz 4 BauGB). Die Genehmigungspflicht erlischt nach Ablauf der angeordneten Zeitdauer (§ 172 Abs. 4 Satz 5 BauGB). Beginn ist die Anlegung des Grundbuchblattes des entsprechenden

²⁵ *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 57.

²⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 30.6.2004, 4 C 1/03, BVerwGE 121, 169 = NZM 2005, 27 = NVwZ 2005, 383.

²⁷ BVerwG, Urteil vom 30.6.2004, 4 C 1/03, BVerwGE 121, 169 = NZM 2005, 27 = NVwZ 2005, 383, 384; vgl. auch *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 58.

²⁸ BVerwG, Urteil vom 30.6.2004, 4 C 1/03, BVerwGE 121, 169 = NZM 2005, 27.

Wohnungseigentums. Die Genehmigungspflicht steht einem gutgläubigen Erwerb nicht entgegen, wenn die Genehmigungspflicht nicht auf Antrag der Gemeinde im Grundbuch eingetragen wird.²⁹

5. Das Grundbuchverfahren

Die Grundbuchämter müssen bei jeder Begründung von Wohnungs- und Teileigentum eine Genehmigung bzw. ein Negativattest verlangen (§ 172 Abs. 1 Satz 6 BauGB i. V. m. § 22 Abs. 6 BauGB). Genehmigungsbehörde ist die Gemeinde (§ 173 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Bis zur Vorlage des Genehmigungsbescheids bzw. des Negativattestes besteht eine Grundbuchsperrung.

Neben der Grundbuchsperrung dient auch ein relatives Verfügungsverbot dem Erhaltungsziel. Begünstigter dieses Schutzes ist die Gemeinde als Genehmigungsbehörde.³⁰ Ist eine Aufteilung nach dem WEG ohne Genehmigung in das Grundbuch eingetragen worden, wird der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis geschützt; das ohne Genehmigung aufgeteilte Wohnungs- oder Teileigentum kann gutgläubig erworben werden.³¹ Die Gemeinde kann jedoch zur Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs bei einer ungenehmigten Aufteilung das Grundbuchamt um die Eintragung eines Widerspruchs ersuchen (§ 22 Abs. 6 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 Satz 6 BauGB).³² Darüber hinaus kann die Gemeinde schon vor dem Inkrafttreten der Erhaltungssatzung die Sachentscheidung über eine geplante Begründung von Wohnungs- und Teileigentum bis zu zwölf Monate zurückstellen, wenn sie die Absicht verfolgt, in dem betreffenden Gebiet eine Milieuschutzsatzung aufzustellen und den Aufstellungsbeschluss gefasst und ortsüblich bekannt gemacht hat (§ 172 Abs. 2 BauGB).³³ Ein Grundbuchvermerk über den Genehmigungsvorbehalt ist nicht vorgesehen. Die Gemeinde hat jedoch dem Grundbuchamt die betroffenen Grundstücke mitzuteilen.

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

²⁹ *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 60.

³⁰ *Stür*, Der Bebauungsplan, 4. Aufl., Rdnr. 1167.

³¹ *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 16; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 125.

³² *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 12. Aufl., § 172 Rdnr. 15.

³³ Siehe dazu *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, § 172 Rdnr. 124.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. JR Oskar Herb, Meersburg, verstorben am 23.6.2014

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.7.2014:

Dr. Hans-Dieter Kutter, Nürnberg

Mit Wirkung zum 1.9.2014:

Notar Dr. Peter Anton, München

Mit Wirkung zum 1.10.2014:

Notar Dr. Peer Koch, Augsburg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 14.4.2014:

Waldfischbach-Burgalben dem Notarassessor
Dr. Benedikt Kühle
(bisher in Haßloch
Notarstelle Dr. Sefrin)

Mit Wirkung zum 1.5.2014:

Bad Königshofen dem Notarassessor
i. Grabfeld Dr. Valentin Spornath
(bisher in München
Notarstellen Spoerer/
Dr. Wicke)

Bad Staffelstein dem Notarassessor
Dr. Christian Fackelmann
(bisher in Schweinfurt
Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Bamberg der Notarassessorin
Anja Geroni
(bisher in Aschaffenburg
Notarstellen Klotz/
Dr. Morhard)

Pirmasens dem Notarassessor
Ingo Oltmanns
(bisher in Haßloch
Notarstelle Dr. Sefrin)

Mit Wirkung zum 15.6.2014:

Oberviechtach dem Notarassessor
Dr. Florian Mächtel
(bisher in München
Notarstelle Dr. Bohrer)

Mit Wirkung zum 1.7.2014:

München dem Notar
(in Sozietät mit Dr. Dr. Stephan Forst
Notar Dr. Ott) (bisher in Bayreuth)

Nürnberg dem Notar
(in Sozietät mit Dr. Michael Reindl
Notar Dr. Sommerhäuser) (bisher in Lauf a. d. Pegnitz)

Mit Wirkung zum 16.7.2014:

Nürnberg der Notarin
Dr. Ursula Geßner

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.5.2014:

Dr. Franz Gärtner, Amberg (Notarstelle
Dr. Frank)

Bernadette Kell, Neu-Ulm (Notarstellen
Dr. Winkler/Stelzer)

David Sommer, Bayreuth (Notarstellen
Dr. Gottwald/Zuber)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarin Dr. Claudia Balzer, Nürnberg, und Notarin
Dr. Ursula Geßner, Nürnberg, haben sich mit Wirkung vom
16.7.2014 zur Nutzung gemeinsamer Geschäftsräume
verbunden

Notarassessor Jochen Keßler, Würzburg
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich), ab 1.6.2014
in München (Notarstellen Dr. Görk/Dr. Berringer)

Oberinspektorin i. N. Ricarda Wegerer, Neumarkt i. d. OPf.
(Notarstellen Dr. Mickisch/Dr. Heinemann), ab 1.5.2014
in Altdorf b. Nürnberg (Notarstelle Dr. Oberhofer)

Inspektorin i. N. Ina Müller, Lauterecken
(Notarstelle Gilcher), ab 1.7.2014 in Kaisers-
lautern (Notarstelle Felder)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsärztin i. N. Mathilde Dorfner, Mitterfels
(Notarstelle Haubold), ab 1.8.2014 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Werner Held, Landshut
(Notarstellen Suttner/Trautner), ab 1.8.2014
im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Wolfgang Lennert, Nürnberg
(Notarstellen Thoma/Weinmann), ab 1.8.2014
im Ruhestand

Oberamtsrätin i. N. Ingrid Maier, Aichach
(Notarstellen Riedel/Dr. Kilian), ab 1.8.2014
im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bad Bergzabern, Notarstelle Dr. Endrulat
Weinstraße 10 a, 76887 Bad Bergzabern

Krumbach, Notarstelle Meyer-Littmann
E-Mail: mail@notar-krumbach.de
Homepage: www.notar-krumbach.de

Starnberg, Notarstelle Dr. Brandmüller
Josef-Jägerhuber-Straße 13, 82319 Starnberg
Telefon: 08151 6058 und 659870

Weiden i. d. OPf., Notarstellen Dr. Schiffner/Dr. Najdecki
E-Mail: info@nsnw.de

Würzburg, Notarstellen Dr. Baumann/Sorge
Postanschrift: Postfach 11 02 36, 97029 Würzburg

Schriftleitung: Notarassessorin Anja Schaller
Notarassessorin Stefanie Tafelmeier

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht
(*Heckschen/Heidinger*)
5.7.2014 in Heusenstamm
2. Intensivkurs Grundstücksrecht
(*Wegerhoff/Krauß/Wälzholz*)
10.–12.7.2014 in Lübeck
3. Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht in der
notariellen Praxis
(*Wälzholz*)
29.8.2014 in Bochum

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Dutta/Herrler (Hrsg.): Die Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO). 1. Aufl., Beck, 2014. 271 S., 49 €
2. Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter (Hrsg.): ErbStG. 5. Aufl., Haufe, 2014. 1370 S. 171,20 €
3. Ganter/Hertel/Wöstmann: Handbuch der Notarhaftung. 3. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 784 S., 119 €
4. Grziwotz: Nichteheliche Lebensgemeinschaft. 5. Aufl., Beck, 2014. 436 S., 59 €
5. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 1940 S. + CD-ROM, 139 €
6. Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.): Die Aktiengesellschaft. 7. Aufl., Haufe, 2014. 1057 S., 118 €
7. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft. 4. Aufl., Beck, 2014. 2231 S., 159 €
8. Pahlke: Grunderwerbsteuergesetz. GrEStG. 5. Aufl., Beck, 2014. 719 S., 99 €
9. Schulze/Grziwotz/Lauda (Hrsg.): BGB. Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch. 2. Aufl., Nomos, 2014. 2708 S. + CD-ROM, 129 €
10. Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung. 35. Aufl., Beck, 2014. 2244 S., 60 €
11. Wachter (Hrsg.): AktG. 2. Aufl., RWS, 2014. 1696 S., 159 €
12. Weingärtner: Vermeidbare Fehler im Notariat. 9. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 388 S., 80 €

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