

5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2012 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Dr. Bernadette Bord,
Notarassessorin

Boris Pulyer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Everts: Der private Darlehensvertrag – Investitionssicherung in Ehe, Partnerschaft und Familie (Teil II) **337**

Franck: Zwangsversteigerungsrecht – Probleme der Vertragsgestaltung (Teil I) **345**

Ihrig: Vermittlung der Auseinandersetzung des Nachlasses **353**

Rechtsprechung

Kein Anspruch des Erwerbers auf erneute Mietkaufszahlung (BGH, Urteil vom 7.12.2011, VIII ZR 206/10) **374**

mit Anmerkung *Fackelmann* **375**

Mehrfachvertretung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.1.2012, 3 W 99/11) **377**

mit Anmerkung *Auktor* **378**

Vorbehalt von Sondernutzungsrechten in der Teilungserklärung (BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11) **380**

mit Anmerkung *Häublein* **382**

Amtliche Katasterkarten bei Eintragung einer Dienstbarkeit (OLG Köln, Beschluss vom 17.2.2012, 2 Wx 19/12) **384**

mit Anmerkung *Maaß* **385**

Ehevertraglicher Ausschluss privilegiert erworbenen Vermögens (OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.2.2012, 9 UF 1427/11) **390**

mit Anmerkung *Bergschneider* **393**

Gesamtschuldnerausgleich unter Ehegatten (Thüringer OLG, Beschluss vom 8.12.2011, 1 UF 396/11) **394**

mit Anmerkung *Menzel* **396**

Grenzen der ergänzenden Auslegung eines Erbvertrages (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.12.2011, I-3 Wx 261/11) **397**

mit Anmerkung *Keim* **399**

Wirksame Anteilsabtretung trotz Verstoßes gegen § 13 BeurkG (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.2.2012, 11 U 97/11) **401**

mit Anmerkung *Winkler* **404**

Verzicht auf Grundschuldzinsen in der Zwangsvollstreckung (BGH, Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11) **405**

mit Anmerkung *Kessler* **407**

Übernahme von Fremdanliegerkosten im Erschließungsvertrag (BVerwG, Urteil vom 10.8.2011, 9 C 6.10) **411**

mit Anmerkung *Grziwotz* **415**

Hinweise für die Praxis

Eintritt in das Mietverhältnis nach §§ 566 ff. BGB (*Falkner*) **421**

Inhalt

Aufsätze

- Everts*: Der private Darlehensvertrag – Investitionssicherung in Ehe, Partnerschaft und Familie (Teil II) **337**
- Franck*: Zwangsversteigerungsrecht – Probleme der Vertragsgestaltung (Teil I) **345**
- Ihrig*: Vermittlung der Auseinandersetzung des Nachlasses durch den Notar **353**

Buchbesprechungen

- Basty*: Der Bauträgervertrag (*Deutrich*) **367**
- Klein*: Handbuch Familienvermögensrecht. Vorsorgende Rechtsgestaltung und Auseinandersetzung (*Najdecki*) **368**
- v. Dickhuth-Harrach*: Handbuch der Erbfolge-Gestaltung (*Wegmann*) **369**
- Zimmermann*: Der Verlust der Erbschaft. Enterbung, Pflichtteilsschmälerung, Erb- und Pflichtteilsunwürdigkeit (*Büringer*) **370**
- Esskandari/Franck/Künemann*: Unternehmensnachfolge (*Paulöhr*) **371**
- Roth/Altmeppen*: GmbHG (*Schneeweiß*) **372**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Kein Anspruch des Erwerbers auf erneute Mietkautionszahlung (BGH, Urteil vom 7.12.2011, VIII ZR 206/10) **374**
mit Anmerkung *Fackelmann* **375**
2. Mehrfachvertretung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.1.2012, 3 W 99/11) **377**
mit Anmerkung *Auktor* **378**

Sachen- und Grundbuchrecht

3. Zur Inhaltskontrolle des Vorbehalts einer Sondernutzungsrechtszuweisung in der Teilungserklärung (BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11) **380**
mit Anmerkung *Häublein* **382**
4. Erfordernis der Vorlegung amtlicher Katasterkarten bei Eintragung einer Dienstbarkeit (OLG Köln, Beschluss vom 17.2.2012, 2 Wx 19/12) **384**
mit Anmerkung *Maaß* **385**
5. Nießbrauch für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 439/10) **386**
mit Anmerkung *Frank* **387**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

6. Ehevertragliche Festlegung der Nichtberücksichtigung privilegiert erworbener Vermögensgegenstände
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.2.2012, 9 UF 1427/11) **390**
mit Anmerkung *Bergschneider* **393**
7. Überlagerung des Gesamtschuldnerausgleichs durch die eheliche Lebensgemeinschaft
(Thüringer OLG, Beschluss vom 8.12.2011, 1 UF 396/11) **394**
mit Anmerkung *Menzel* **396**

Erbrecht

8. Vertretung bei Hinterlegung eines privatschriftlichen Testaments
(OLG München, Beschluss vom 25.6.2012, 31 Wx 213/12) **397**
9. Grenzen der ergänzenden Auslegung eines Erbvertrages
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.12.2011, I-3 Wx 261/11) **397**
mit Anmerkung *Keim* **399**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. Registergerichtliche Prüfung bei der Anmeldung einer Kapitalherabsetzung
(OLG München, Beschluss vom 8.5.2012, 31 Wx 155/12) **400**
11. Formwirksame Anteilsabtretung trotz Verstoßes gegen § 13 BeurkG
(OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.2.2012, 11 U 97/11) **401**
mit Anmerkung *Winkler* **404**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. Verzicht des nicht vollstreckenden Gläubigers auf Geltendmachung nicht angefallener Grundschuldzinsen
(BGH, Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11) **405**
mit Anmerkung *Kessler* **407**

Beurkundungs- und Notarrecht

13. Umfang der Belehrungsbedürftigkeit eines anwaltlich beratenen Beteiligten
(OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.2.2012, 4 U 129/11) **408**

Kostenrecht

14. Verfassungsmäßigkeit eines Abstellens allein auf den Nennwert der Schuld für den Geschäftswert der Bestellung einer Sicherungshypothek
(*nur Leitsatz*)
(KG, Beschluss vom 13.6.2012, 5 W 102/12) **411**

Inhalt (Fortsetzung)

15. Geschäftswert für die Löschung einer Globalgrundschuld, die nach vorherigen Entlassungen aus der Mithaft nur noch auf einer von mehreren Wohnungseigentumseinheiten lastet
(*nur Leitsatz*)
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1.3.2012, 11 Wx 35/11) **411**

Öffentliches Recht

16. Übernahme von Fremdanliegerkosten im Erschließungsvertrag
(BVerwG, Urteil vom 10.8.2011, 9 C 6.10) **411**
mit Anmerkung *Grziwotz* **415**
17. Grundstücksgeschäft als Geschäft der laufenden Verwaltung
(*nur Leitsatz*)
(OLG Hamm, Beschluss vom 22.2.2012, I-15 W 67/11) **416**
mit Anmerkung *Grziwotz* **416**

Steuerrecht

18. Grunderwerbsteuerbefreiung bei Anteilsvereinigung aufgrund gemischter Schenkung von Anteilen an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft
(BFH, Urteil vom 23.5.2012, II R 21/10) **417**

Hinweise für die Praxis

Eintritt in das Mietverhältnis nach §§ 566 ff. BGB beim Kauf einer vermieteten Eigentumswohnung (*Falkner*) **421**

Standesnachrichten **425**

Sonstiges **III**

5 | MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2012 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

AUFSÄTZE

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

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Der in MittBayNot 2012, 258, begonnene Beitrag wird im Folgenden fortgesetzt.

IV. Einzelne Gestaltungsaspekte bei der Darlehenslösung

Ein Darlehensvertrag, auch ein innerfamiliärer, muss grundsätzlich Vereinbarungen über die nominale Höhe, Auszahlungsart und -zeitpunkt, Art und Weise der Rückzahlung einschließlich Kündigungsregeln sowie Höhe und Zahlungszeitpunkt der Zinsen enthalten.¹

1. Art und Höhe der Darlehensleistungen

Häufig stehen zum Zeitpunkt der Vereinbarung die vorgesehenen Darlehensleistungen nach Höhe, Art und Umfang noch nicht fest. Dann sollte zumindest ein Höchstbetrag vereinbart werden und jenseits der abstrakten Begriffe „Erwerbsaufwendungen“ oder „Verwendungen“ festgehalten werden, worin die relevanten Leistungen überhaupt bestehen können (Bezahlung von Handwerkerrechnungen, Übernahme des Schuldendienstes für Finanzierungskredite, direkte Geldzuwendungen). In diesen Fällen müssen die Beteiligten auf die Zweckmäßigkeit eines entsprechenden Verzeichnisses hingewiesen werden,² mindestens aber auf die Notwendigkeit, Kontoauszüge und sonstige Belege aufzubewahren, da sich durch die Darlehensabrede die Beweislast in puncto Auszahlung desselben nicht umkehrt. Besonderes Augenmerk ist auf die Monetarisierung von Arbeitsleistungen des investierenden Teils zu legen, wenn dies gewünscht ist. Nur diejenigen Vertragsteile,

die im Bereich der zu erbringenden Leistungen diese am Markt anbieten, können sie auch ohne besondere Vereinbarung in den Vertrag einführen (Partner oder Kind ist z. B. Zimmerermeister). Andernfalls muss die Mitarbeit konkret betragsmäßig angesetzt werden und dabei klargestellt werden, dass eine Verpflichtung zu derselben nicht besteht und auch kein Werk- oder Arbeitsvertrag besteht (sonst drohen steuer- und sozialversicherungsrechtliche Folgen!). Darüber hinaus müssen bei „darlehensweiser Arbeitsleistung“ zur Absicherung im Streitfall immer explizite Leistungsnachweise, z. B. durch abgezeichnete Stundenzettel, erbracht werden. Dies ist zwar ziemlich aufwändig und mag künstlich wirken – deshalb wird dies nach meinen Erfahrungen von den meisten Beteiligten auch gar nicht gewünscht; wo aber doch, lassen sich die Beteiligten auf diese Umstände nach meiner persönlichen Erfahrung jedoch ein. Ein Anlass, deswegen so gleich auf gesellschaftsrechtliche Regelungen umzuschwenken, besteht trotzdem regelmäßig nicht, zumal auch dort die Monetarisierung nur unzureichend erfolgt.³

2. Sicherungsmöglichkeiten

Notarinnen und Notare werden vor dem Gebot des sichersten Weges regelmäßig eine dingliche Absicherung der zugewandten Mittel am Investitionsgrundbesitz vorschlagen. Dass dies „meist nicht gewünscht“ werde,⁴ kann ich aus meiner Praxis nicht bestätigen. Häufig ist gerade „ein Grundbucheintrag“

¹ Vgl. schon N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

² N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385; Textbeispiel z. B. im Muster von Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 109.

³ Siehe schon Teil I, Ziffer III. 3.

⁴ N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

der Anlass, dass die Beteiligten um notarielle Beratung ersuchen und nicht bei anderen Angehörigen rechtsberatender Berufe vorstellig werden.

a) Vorzug der Sicherungshypothek

Unter den klassischerweise zur Verfügung stehenden Instrumenten (Sicherungsgrundschuld, Verkehrshypothek, Sicherungshypothek) dürfte die Sicherungshypothek das Mittel der Wahl sein. Letztlich geht es darum, Ausgleichsansprüche für Störfälle lediglich „festzuschreiben“ und nicht in erster Linie einen Geldbetrag mit Zinsen zurück zu erhalten. Darüber hinaus steht der Investitionsbetrag häufig noch nicht fest, weshalb es eine Darlegungs- und Beweislastumkehr zu vermeiden gilt. Denn es ist Aufgabe des finanzierenden Teils, seine Beiträge, mögen sie auch im Darlehensvertrag Zweck und Rahmen bekommen, im Zweifel darzulegen und zu beweisen.⁵ Es versteht sich vor diesem Hintergrund, dass ein abstraktes Schuldversprechen mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung als, ggf. zusätzliche, personale Sicherheit bei Partnerschafts- und Angehörigendarlehen wegen der möglichen Missbrauchsgefahren tabu sein sollte.

Wenn als Grundbuchsicherung eine nicht abtretbare Sicherungsbuchgrundschuld gewählt würde, drohten unter Umständen Gefahren aufgrund der fehlenden Akzessorietät (§ 1192 Abs. 1a BGB ist zudem nur für Rechtsnachfolgefälle interessant). Bei der Verkehrs-Buchhypothek gäbe es zwar die notwendige Akzessorietät. Jedoch gilt hier § 1138 BGB, was dazu führt, dass der Gläubiger sich zum Beweis der Forderung auf die Eintragung berufen kann.⁶ Dies kann nur bei einer Sicherungshypothek vermieden werden, die streng akzessorisch ist und bei der § 1138 BGB nicht gilt (§ 1185 BGB). Nur bei der Sicherungshypothek ist zudem eine akzessorische Höchstbetragssicherung möglich, die in den häufigen Fällen nicht final feststehender Investitionsflüsse notwendig ist; Grundschulden und (Verkehrs-)Hypotheken können nicht im engeren Sinn als Höchstbetragsrechte bestellt werden (vgl. § 1190 Abs. 3 BGB). Zu beachten ist aber, dass eine dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung stets nur bezüglich eines bezifferten Betrags möglich ist.⁷ Auch ist bei einer Höchstbetragssicherungshypothek keine Eintragung von Hypothekenzinsen möglich.⁸

b) Zum Verbot der Verfallsabrede

Gemäß § 1149 BGB, der ausweislich des § 1185 Abs. 2 BGB auch für die Sicherungshypothek gilt, ist vor Fälligkeit einer gesicherten Forderung u. a. eine Abrede unwirksam, nach der der Gläubiger vom Eigentümer zur Befriedigung seiner Forderung die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück soll verlangen können. Dieses Verbot gilt nach § 1192 Abs. 1 BGB ferner für die Grundschuld.⁹ Bei den hier favorisierten Darlehenslösungen kommt es jedoch zu keiner Kollision mit § 1149 BGB. Denn der Darlehensgeber kann die Übertragung zum Zweck seiner Befriedigung nicht verlangen – wird es ihm gleichwohl übertragen, so erlischt lediglich die Forderung, wenn und weil dies zuvor vereinbart wurde. Diese gleichsam reziproke Konstellation ist weder vom Wortlaut des § 1149 BGB erfasst noch von seiner ratio, dem Schutz der Handlungsfreiheit des Eigentümers.¹⁰

3. Postmortale Aspekte

Für den Fall des Todes von Darlehensnehmer oder Darlehensgeber besteht häufig Gestaltungs-, immer aber Besprechungsbedarf: Grundsätzlich vererben sich nach §§ 1922, 1967 BGB sowohl Darlehensschuld als auch Darlehensforderung. Das sollte beim Darlehensnehmer nicht geändert werden, also kein Schulderrlass oder Erlöschen des Darlehens bei dessen Versterben vereinbart werden. Wird nämlich der Darlehensgeber nicht oder nicht allein Erbe des Darlehensnehmers, so soll ihm mit der fortbestehenden Forderung nicht zuletzt ein Druckmittel zustehen, die angemessene sachenrechtliche Lage (Eigentumsübertragung) nunmehr mit den Erben des Darlehensnehmers herzustellen oder aber, wenn keine andere Einigung erfolgt, zumindest zügig seine Erstattung zu erhalten. Dies ist vor allem in den Fällen nichtehelicher Lebensgefährten ohne letztwillige Verfügung, beim Vorhandensein einseitiger Abkömmlinge des Verstorbenen oder beim Versterben der Schwiegereltern relevant. Deshalb ist in diesen Fällen auch wieder auf die Kündbarkeit des Darlehens zu achten, ohne dass hier Stundungsregelungen angezeigt sind. Die Erben mögen die Auszahlung dann am ererbten Grundbesitz finanzieren. Aber auch, wenn der Darlehensnehmer von den gemeinsamen Kindern (häufig z. B. aus erbschaftsteuerlichen Gründen, wenn die Vertragsteile nicht verheiratet sind) oder eben – und damit gleichsam zweckerreichend – vom Darlehensgeber beerbt wird, sollte sich an der Vererblichkeit der Forderung nichts ändern. Im ersten Fall, weil auch hier unter Umständen eine Einigung mit dem Nachwuchs erzielt werden muss und dieser sich möglicherweise unerfreulich entwickelt hat, in beiden Fällen, um die Abziehbarkeit der Darlehensforderung bei der Erbschaftsteuer zu erhalten. Denn auch bei der Beerbung des Darlehensnehmers durch den Darlehensgeber gilt trotz zivilrechtlicher Vernichtung der Forderung durch Konsolidation diese erbschaftsteuerlich als nicht erloschen. Sie bleibt abziehbar, § 10 Abs. 3 ErbStG.

Verstirbt der Darlehensgeber vor dem Darlehensnehmer, so kann eine Gestaltungsempfehlung nicht ohne Weiteres ausgesprochen werden. Nach *N. Mayer* sei in diesen Fällen regelmäßig ein Erlass der Verbindlichkeit gewollt (auch um den Preis der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuerpflicht).¹¹ Nachfragen sollte man aber, wenn einseitige Kinder des Darlehensgebers vorhanden sind, da er diesen möglicherweise die Forderung gerade zugutekommen lassen will, ebenso, wenn Darlehensnehmer die Eltern sind und der Darlehensgeber bereits eine eigene Familie hat (die sonst womöglich ohne irgendein Druckmittel „auf der Straße zu stehen droht“). In den Schwiegerkindfällen dürfte sogar ein regelmäßiger Nichterlass gewünscht sein, nach dem Motto: „Wenn meine Schwiegereltern für ihre Verwandtschaft auf ihrem Eigentum beharren, beharre ich auf dem Geld für meine Verwandtschaft.“ Auf jeden Fall aber sollte ein Erlöschen der Darlehensforderung dann nicht stattfinden, wenn noch zu Lebzeiten des Darlehensgebers ein Störfall eingetreten ist, der zur Kündigung berechtigt hätte (Trennung, Scheidungsantrag, ungefragte Veräußerung durch oder Insolvenz beim Darlehensnehmer).

4. Verzinsung

„Preis“ eines jeden Darlehens ist bei allen Vorteilen nicht zu guter Letzt der Zins. Ein solcher muss auch in Partnerschaft und Familie vereinbart und gezahlt werden. Dies ist möglicherweise die größte Klippe und „Fremdkörper“ bei Darlehensmodellen, da Zinsen von den Beteiligten häufig nicht

⁵ Siehe Teil I, Ziffer 1.

⁶ *N. Mayer*, ZEV 1999, 384, 385.

⁷ *Schöner/Stöber*, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2126.

⁸ *Schöner/Stöber*, a. a. O. (Fn. 7), Rdnr. 2119.

⁹ *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl. 2012, § 1149 Rdnr. 2.

¹⁰ *Palandt/Bassenge*, a. a. O. (Fn. 9), § 1149 Rdnr. 1.

¹¹ ZEV 1999, 384, 385.

gewünscht werden¹² und der finanzierende Teil ja – so jedenfalls häufig die Sicht der Beteiligten – durch die kostenfreie Mitnutzung des Objekts bereits wirtschaftliche Vorteile aus seiner Mittelgewährung erzielt.¹³ Die bloße Wertsicherung der Rückzahlungsbeträge hilft hier nicht, sie ist gerade kein Zins.

a) Gefahren bei Zinslosigkeit oder Zu-Niedrig-Verzinsung

Bei einem zinslosen Darlehen oder Zinsen weit unter Marktüblichkeit würde jedoch eine weitere Zuwendung angenommen, die schenkungsteuerlich abermals relevant wäre und in Fällen umfangreicher Investitionen bei der Freibetrags-situation von nichtehelichen Lebensgefährten oder in Schwiegerverhältnissen durchaus Schenkungsteuer auslösen kann.¹⁴ Aber nicht nur in diesen Fällen, sondern auch in der Ehe und bei Kindern droht bei Nicht- oder Niedrigverzinsung ein weiteres Problem, nämlich ein einkommensteuerliches: Denn dann wird der Mittelzufluss von der Finanzverwaltung in einen fiktiven Zins- und Kapitalanteil aufgespalten und ein bewertungsrechtlich verankerter Zinssatz von 5,5% beim Darlehensgeber angenommen.¹⁵ Auch nach ständiger Rechtsprechung des BFH¹⁶ fließen mit der Rückzahlung einer länger als ein Jahr gestundeten Forderung dann nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerbare Zinsen zu, wenn eine Verzinsung ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Denn auch nach seiner Ansicht ist der Rückzahlungsbetrag prinzipiell gemäß § 12 Abs. 3 BewG unter Zugrundelegung eines Zinssatzes von 5,5 % in einen nicht steuerbaren Tilgungs- und einen steuerbaren Zinsanteil aufzuteilen. Wegen des in § 11 EStG übergreifend auch für die Einkünfte aus Kapitalvermögen geregelten Zuflussprinzips wirkt sich dies nicht aus, wenn sich das Ziel der Gestaltung realisiert, die Zinsen mit der Hauptsache bedungen werden und diese mit Erbschaft/Eigentumserwerb des „Investors“ (mit-)erlischt. Wenn aber die Forderung tatsächlich fällig wird, käme zu der enttäuschten Erwartung noch eine nicht zu vernachlässigende Steuerbelastung, wenn und weil der Zinsanteil im betreffenden Veranlagungszeitraum auf einmal steuerbar zufließt. Der Progressionsnachteil entfällt allerdings, sobald die Grundsätze der Kapitalertragsteuer nach § 32d EStG eingreifen.

Diese Beurteilung hat der BFH jetzt zwar in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren für die zinslose Stundung einer Zugewinnausgleichsforderung (nach Wechsel in die Gütertrennung) in Frage gestellt.¹⁷ Nach Ansicht des BFH erfülle die zinslose Stundung der Ausgleichszahlung als unentgeltliche Kapitalüberlassung auf Zeit zwar auch den Tatbestand einer Schenkung im Sinne des ErbStG.¹⁸ Nach summarischer Prüfung solle jedoch eine einkommensteuerliche Erfassung

von Erträgen (mangels Erwerbshandlung) ausscheiden, wenn derselbe Lebenssachverhalt zugleich als freigebige Zuwendung der Schenkungsteuer unterliege. Ob damit für Fälle wie den hier behandelten Entwarnung gegeben werden kann, bleibt abzuwarten,¹⁹ zumal der BFH eine Doppelbelastung mit Einkommensteuer und Erbschaftsteuer grundsätzlich für zulässig gehalten hat.²⁰

Der Berater sollte deshalb nach wie vor auf die Vereinbarung eines, wenngleich moderaten, Zinssatzes hinwirken, was unter dem Aspekt der Liquiditätsvorteile einer Stundung und der Egalisierung im Falle der „Vertragstreue“ den Beteiligten regelmäßig auch vermittelbar sein dürfte. Ob daneben speziell die Steuervergünstigung des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG in Bezug auf das Familienheim auch auf ein Darlehen zurückschlägt, das zur Errichtung eines solchen gegeben wird, ist noch ungeklärt.²¹

Es könnte nun argumentiert werden, die Zahlung von Zinsen in Fällen wie den hier behandelten stelle lediglich ein Äquivalent für die Nutzungsmöglichkeit der Immobilie dar, es handele sich wirtschaftlich betrachtet also um Mietzahlungen. Hierüber mag man dann diskutieren können, wenn ein Partner ohne gesonderte Regelung dem Eigentümer-Partner (und Schuldner gegenüber den Finanzierungsgläubigern) die Zinszahlungen abnimmt oder sich an ihnen intern beteiligt.²² Wenn aber explizit vereinbart wird, dass die Leistungen des Nicht-Eigentümers dem Anderen darlehensweise gewährt werden – und sei es auch nur in Gestalt der Übernahme von/Beteiligung an Finanzierungskrediten Dritter –, so ist klar, dass hierbei die Nutzung des Kapitals, nicht aber der Immobilie bezahlt werden soll.²³

b) Varianten der Zinsgestaltung, insbesondere Wohnnutzung – Zins vs. Unterhalt

Umgekehrt muss ein Darlehenszins nicht zwingend in ratiellen Geldzahlungen erfolgen. Der Zins ist das Entgelt für das Darlehen. Ein solches Entgelt kann auch in anderen Leistungen des Darlehensempfängers bestehen, die über den Rückzahlungs- bzw. Abgeltungscharakter hinausgehen. In Betracht kommt z. B. die Einräumung von Vorkaufs- oder Ankaufsrechten zugunsten des Darlehensgebers am Investitionsgrundbesitz insgesamt, mindestens aber über die der Darlehensgewährung entsprechenden Quote hinaus.²⁴ Es kommt hier jedoch auf den Einzelfall an, so dass ohne Absicherung über den Steuerberater der Beteiligten solches jedenfalls nicht allein aus steuerlichen Gründen vom Notar vorgeschlagen werden sollte, sondern nur, wenn es zivilrechtlich ohnehin gewünscht ist (häufig z. B. bei Kindern).

Denkbar wäre nun, an dieser Stelle zwei steuerliche Fliegen – Zinsproblem, Gratiswohnen – mit einer Klappe zu schlagen und die unentgeltliche Nutzung der Immobilie durch den Darlehensgeber eben als Zins zu vereinbaren. Diese Sichtweise würde aber verkennen, dass das Wohnenlassen des anderen

¹² Dass die Angehörigen-Darlehensverträge in Fällen wie hier auch „steuerlich anerkannt“ werden (Schuldzinsenabzug) – vgl. hierzu den neuen „Darlehensrlass“ der Finanzverwaltung, BMF IV C 6-S 2144/07/10004, DStR 2011, 75 – ist nach meinen Erfahrungen kein zentraler Punkt der Beratung und soll daher in diesem Beitrag auch nicht vertieft werden.

¹³ So bereits die Beobachtung von N. Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

¹⁴ Vgl. BFH/NV 2010, 901; BFH/NV 2006, 1665; BFH, NJW 2000, 2693; NJW 1991, 1134; v. Proff, RNotZ 2008, 313, 325 m. w. N.; ausführlich Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 1736 ff.

¹⁵ Vgl. BMF, a. a. O. (Fn. 12); Münch, a. a. O. (Fn. 14), Rdnr. 1736, 1741, 1748 m. w. N.

¹⁶ BFH, DStR 1975, 344; ZEV 1997, 84.

¹⁷ BFH, Beschluss vom 12.9.2011, VIII B 70/09, DStR 2012, 154 = ZEV 2012, 58.

¹⁸ Siehe die Nachweise in Fn. 14.

¹⁹ So auch Ihle, notar 2012, 49, 58.

²⁰ Vgl. nur BFH, NJW 2010, 2974; ZEV 1994, 257.

²¹ Vgl. Münch, a. a. O. (Fn. 14), Rdnr. 1137; für eine Begünstigung spricht aktuell allerdings die weitere Auslegung durch die Finanzverwaltung in RE 13.3 Abs. 4 der ErbStR 2011.

²² Weimer, ZEV 2007, 316, gegen Schlünder/Geißler, ZEV 2007, 64.

²³ Abgesehen davon, dass Ehegatten unabhängig von den Eigentumsverhältnissen sich ihr Familienheim/sonstige selbstgenutzte Wohnungen ohnehin nicht mit steuerlicher Wirkung vermieten können, siehe statt aller Schmidt/Kulosa, EStG, 31. Aufl. 2012, § 21 Rdnr. 6 m. w. N.

²⁴ BFH/NV 2006, 1665.

Ehegatten immer,²⁵ von Kindern häufig Unterhaltsgewährung ist oder aber, bei nichtehelichen Lebensgefährten und Schwiegerkindern, dem höchststrichterlichen Abrechnungsverbot unterliegt, also ebenfalls so etwas „Ähnliches“ wie Unterhalt²⁶ darstellt, zumindest nicht geldwert im Verhältnis zu Dritten ist – und damit steuerlich unverwertbar.²⁷ Deshalb ist es häufig weder möglich²⁸ noch nötig und daher auch nicht empfehlenswert, als („Natural-“)Zinsen die „unentgeltliche“ Wohnnutzung zu vereinbaren, egal, ob mit oder ohne Verrechnung oder nur als „Begründung“ der Zinslosigkeit im Übrigen.²⁹ Denn unter Umständen regelt man sich damit aus dem steuerneutralen Unterhaltsbereich gleichsam heraus, und der Wohnvorteil wird steuerlich bei den Einkünften des Darlehensgebers in Höhe des fiktiven Kaltmietzins bei den Einkünften – konsequenterweise – aus Kapitalvermögen erfasst, unabhängig von der Art und Weise, wie die Wohnnutzung in den Vertrag eingeführt wird.³⁰ Zu guter Letzt droht bei dieser Konstruktion auch noch die Unterverzinsung mit entsprechender schenkungsteuerlicher Konsequenz.³¹ Auf diese Weise hat man nicht zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen, sondern nur verschuecht!

Ausnahmen könnten diejenigen Fälle sein, in denen unterhaltsrechtlich vollständig selbständige Kinder bei den Eltern investieren, z. B. durch Anbau/Ausbau. Aber auch hier wäre ich vorsichtig, weil die genutzten Räumlichkeiten oder deren Bewohnbarkeit in der Regel von den Verwendern geschaffen wurden und nicht vom Eigentümer zur Verfügung gestellt wurden, so dass höchstens der Grund- und Boden- oder Rohbauzins relevant wäre. Zumindest müssten dem Finanzamt entsprechende Zahlen präsentiert werden können. Der notarielle Beratungsrahmen dürfte spätestens an dieser Stelle gesprengt werden; ohne Rückendeckung durch den Steuerberater der Beteiligten würde ich ein „Wohn-Zins-Modell“ nicht vorschlagen.

Wenn der Nutzungsvorteil im Darlehensvertrag gleichwohl relevant werden soll, bietet es sich m. E. an, diesen stattdessen in die Tilgung einzuarbeiten. Danach könnte man z. B. vereinbaren, dass sich die Darlehenssumme auf jeden Fall pro rata temporis um einen Betrag x verringert, solange der investierende Teil das Anwesen selbst nutzt oder mitnutzt (ggf. sogar noch der Höhe nach unterschiedlich, ob Mitnutzung oder Alleinnutzung, z. B. nach Trennung und Auszug des Eigentümers). Der Betrag x sollte jedoch die ortsübliche Nettokaltmiete nicht übersteigen, da sonst wieder ein schenkungsteuerrelevanter Forderungsverzicht droht. Diese „Abnutzungs“-Pauschale trägt auch den Interessen des Eigentümers Rechnung, der argumentiert, nach Jahr und Tag sei die volle Rückzahlung des Darlehens angesichts des nunmehrigen Zustands und Wertverlusts des Objekts nicht angemessen. Daher dürfte dies auch in unterhaltsrelevanten Verhältnissen möglich sein, ohne dass in dieser sukzessiven Verminderung

²⁵ A. A. *Münch*, a. a. O. (Fn. 14), Rdnr. 1140: „... der Unterhalt verpflichtet nicht zur Errichtung eines Eigenheims“ – das ist sicher richtig, aber nicht schlagend, da umgekehrt eben das geplante oder vorhandene Eigenheim zum entsprechenden Wohnenlassen *volgo* Unterhalt verpflichtet.

²⁶ A. A. offenbar hier ebenfalls *Münch*, a. a. O. (Fn. 14), Rdnr. 1140; die Rechtslage ist jedenfalls auch hier sehr unsicher.

²⁷ Vgl. auch *Schlögel*, *MittBayNot* 2009, 100, 104.

²⁸ Bei Ehegatten, siehe oben Fn. 23; bei unterhaltsberechtigten Kindern.

²⁹ Die entsprechende Gestaltungsempfehlung von *Münch* zu Letzterem (a. a. O. [Fn. 14], Rdnr. 1139) ist nicht abgesichert.

³⁰ Anders *Münch*, a. a. O. (Fn. 14), Rdnr. 1139.

³¹ Siehe etwa FG Rheinland-Pfalz, *ErbStB* 2009, 296; Revision eingelegt, *Az.* des BFH: II R 37/09.

auch unterhalb der ortsüblichen Miete ein schenkungsteuerlich relevanter Verzicht oder gar Einkünfte beim Darlehensempfänger-Eigentümer gesehen werden können. Insbesondere liegen keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung vor, da der zufließende Vermögensvorteil (Verringerung der Schuld für das Wohnen-Lassen) nur die vorhandene Kapitalschuld als solche abbaut, aber gerade nicht unmittelbar auf die Nutzung des Objekts gerichtet ist. Durch Rechtsprechung oder Verwaltungsanweisungen abgesichert ist diese Sichtweise aber nicht.

V. Formulierungsvorschläge mit Erläuterungen

Nachfolgend seien drei Darlehensmuster vorgestellt, in denen es um die Absicherung von Investitionen auf fremdem Grund und Boden geht (einmal dem der Schwiegereltern in Urkundsform, einmal des nichtehelichen Lebenspartners in „schlanker“ Version, einmal dem der Eltern in Urkundsform) und eine Übertragungsabsicht jeweils nicht besteht. Diese Gestaltungen können je nach Lage des Falles mit postmortalen Nutzungsrechten, erbrechtlichen und/oder güterrechtlichen Regelungen flankiert werden,³² ohne dass die Tauglichkeit der Formulierungen für den eigentlichen, in diesem Beitrag allein thematisierten Investitionssicherungszweck der Verwender betroffen wäre. Zusammen mit den im Schrifttum bereits gemachten Formulierungsvorschlägen³³ dürfte so bereits ein hinreichendes Kompendium an Gestaltungsvorschlägen für die Praxis zur Verfügung stehen.

1. Fallbeispiel und Formulierung I: Die Renovierung des Anbaus der Schwiegereltern (Urkundsform)

Fallkonstellation: Eheleute bewohnen einen Teil des schwiegerelterlichen Anwesens. Eine Übertragung von Miteigentum kommt nicht in Betracht, zumal an dem Anwesen noch Belastungen der Schwiegereltern valutieren, aufgrund derer (und unter Umständen aus baurechtlichen Gründen) auch eine Herausmessung nicht in Betracht kommt. Der Schwiegersohn weiß noch nicht, wie viel und auf welche Weise er investieren will, möchte aber auf jeden Fall vor dem Abfluss aus seiner Vermögenssphäre abgesichert sein. Die Schwiegereltern möchten über die Höhe ihrer Belastung Klarheit haben.

„Urk. R. Nr. /2012

Darlehensvertrag

[Urkundseingang wie üblich]

I. Grundbuch- und Sachstand

1. Im Grundbuch des AG X-Dorf für X-Dorf Blatt 123

sind die Eheleute Paul und Paula Panther als Miteigentümer je zur Hälfte des folgenden Grundbesitzes der Gemarkung Schönau eingetragen:

Fl. Nr. 1 Y-Straße 1, 1a, Gebäude- und Freifläche zu 1.234 m².

In Abteilung II des Grundbuchs sind keine Belastungen eingetragen.

In Abteilung III des Grundbuchs ist eine Buchgrundschuld zu 140.000 € für die Sparkasse X-Dorf eingetragen.

³² Vgl. hierzu bereits das Gerüst eines „Partnerschafts-, Ehe- und Erbvertrags“ mit Darlehenselementen bei *N. Mayer*, *ZEV* 1999, 384, 387, 435.

³³ Vgl. *N. Mayer*, *ZEV* 1999, 384, 387, 435; *Schlögel*, *MittBayNot* 2009, 100, 109.

2. Nach Angabe der Beteiligten
 - ist vorgenannter Grundbesitz nicht Bestandteil eines Betriebsvermögens, sondern Privatvermögen und wird sowohl von den Eheleuten Paul und Paula Panther als auch von Herrn Theobald Tiger (zusammen mit dessen Ehefrau, der Tochter der Eheleute Panther) bewohnt,
 - dienen die nachfolgenden Vereinbarungen der Sicherung von Bau- und sonstigen Investitionen von Herrn Tiger auf dem vorstehend aufgeführten Grundbesitz der Eheleute Panther, nämlich der Renovierung des Anbaus (Anwesen Y-Straße 1a in X-Dorf).

II. Darlehen mit Sicherungshypothek

Herr Theobald **Tiger**

– nachfolgend auch „**Darlehensgeber**“ genannt –
und die Eheleute Paul und Paula **Panther**

– nachfolgend sowohl einzeln als auch gemeinsam „**Darlehensnehmer**“ genannt –

sind sich darüber einig, dass ein Geldbetrag in Höhe von 50.000 € – fünfzigtausend Euro –, den der Darlehensgeber zur Durchführung des in I. 2. genannten Vorhabens auf dem in I. 1. genannten Grundbesitz der Eheleute Panther nachweislich zur Verfügung stellen wird, sowie alle weiteren Geldbeträge, die der Darlehensgeber hierfür nachweislich noch zur Verfügung stellen wird, als Darlehen gewährt werden. Die Eheleute Panther sind Gesamtschuldner.

Für dieses Darlehen gelten folgende Bestimmungen:

1. Die dem Darlehensnehmer zur Verfügung gestellten Geldbeträge sind jeweils ab Auszahlung mit jährlich 1,5 % zu verzinsen. *Alternative: Das Darlehen ist unverzinslich im Hinblick darauf, dass der Darlehensgeber bereits in der Vergangenheit mietfrei den in I. 1. genannten Grundbesitz zusammen mit seiner Ehefrau bewohnt hat und dies auch weiterhin tun darf.*³⁴
2. Das Recht des Darlehensgebers, das Darlehen ordentlich zu kündigen, wird für die Lebenszeit des Darlehensnehmers vorbehaltlich der nachfolgenden besonderen Bestimmungen ausgeschlossen. Der Darlehensnehmer kann das Darlehen mit den gesetzlich hierfür bestimmten Fristen kündigen.
3. Das Darlehen ist (ggf. samt Zinsen) ohne Kündigung binnen einer Frist von sechs Monaten zur Zahlung fällig, wenn der Darlehensnehmer verstirbt.
4. Das Darlehen ist (ggf. samt Zinsen) ohne Kündigung sofort zur Zahlung fällig, wenn
 - a) über das Vermögen des Darlehensnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder der Darlehensnehmer die Richtigkeit seines Vermögensverzeichnisses an Eides statt zu versichern hat oder
 - b) über den Grundbesitz, auf dem das Vorhaben durchgeführt wird, das Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren eingeleitet wird oder
 - c) der Darlehensnehmer seinen unter I. 1. genannten Grundbesitz an andere Personen als den Darlehensgeber veräußert, wobei klargestellt wird, dass unter einer Veräußerung bereits der Abschluss des zur Veräußerung verpflichtenden schuldrechtlichen Vertrages zu verstehen ist,

- d) Scheidungsantrag für die Ehe des Darlehensgebers mit der Tochter der Darlehensnehmer gestellt ist, egal von wem, oder der Darlehensgeber im Fall der Trennung dauerhaft, im Zweifel nachgewiesen durch Meldebeseinigung, einen anderen Wohnsitz nimmt, je nachdem, was zuerst eintritt (*bei Buchst. d) kann auch eine moderatere Zahlungspflicht – Raten und/oder Stundung – in Betracht kommen*).
5. Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (ggf. samt Zinsen) erlischt, sobald und soweit der Darlehensgeber mit einem dem Wert der Investitionen des Darlehensgebers entsprechenden Anteil an dem eingangs aufgeführten Grundeigentum der Eheleute Panther beteiligt wurde (und für die Ehe des Darlehensnehmers nicht zuvor Scheidungsantrag, egal von wem, gestellt wurde oder die Eheleute Tiger nach Maßgabe der Nr. 4 Buchst. d) getrennt leben).
6. Im Übrigen sollen für das Darlehen die gesetzlichen Bestimmungen gelten.
7. Auf die Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung über den Darlehensbetrag wird verzichtet.
8. Zur dinglichen Sicherung des gewährten Darlehens bestellt der Darlehensnehmer zugunsten des Darlehensgebers an dem unter Abschnitt I. 1. aufgeführten Grundbesitz der Gemarkung X-Dorf eine

Sicherungshypothek

in Höhe von 50.000 €

– fünfzigtausend Euro –

mit jährlichen Zinsen von 1,5 Prozent ab dem heutigen Tage, ansonsten jedoch mit dem in Abschnitt II. dieser Urkunde bezeichneten Inhalt.

Der Darlehensnehmer unterwirft den mit der Hypothek belasteten Grundbesitz der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundbesitzes zulässig sein soll. Vollstreckbare Ausfertigung ist ohne weitere Nachweise auf Antrag zu erteilen.

Die Eintragung dieser Sicherungshypothek nebst dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung in das Grundbuch an nächstoffener Rangstelle wird bewilligt und

beantragt.

III. Belehrungen

Der Notar hat die Beteiligten insbesondere über Folgendes belehrt:

1. Der Notar hat auf die mögliche Schenkungsteuerpflicht, insbesondere wegen der Zinsregelung, hingewiesen, aber keine steuerliche Beratung übernommen, sondern den Beteiligten empfohlen, sich vor der Beurkundung über die steuerlichen Auswirkungen dieser Urkunde anhand eines Entwurfs von einem Steuerberater beraten zu lassen.
2. Eigene Arbeitsleistung und/oder sonstige Dienstleistungen des Darlehensgebers auf dem betreffenden Anwesen können nur dann eine darlehensweise gewährte Leistung darstellen, wenn und soweit dies im Einzelfall vorher vereinbart und nachgewiesen wird (Werkvertrag, Stundenzettel o. ä.).

³⁴ Zur Rechtsunsicherheit betreffend diese Alternative siehe oben Ziffer IV. 4. b).

3. Der tatsächliche Zahlungsfluss seitens des Darlehensgebers (Auszahlungen/Zahlungen) muss eigenverantwortlich dokumentiert werden, um späteren Nachweisschwierigkeiten vorzubeugen.
4. Übersteigen die Investitionen den Betrag von 50.000 €, wird eine Nachtragsvereinbarung erforderlich, wenn auch diese am Grundbesitz der Eheleute Panther dinglich gesichert sein sollen.
5. Wenn der Darlehensgeber jetzt oder später andere Belastungen im Rang vorgehen lässt und es zu einer Zwangsversteigerung kommt, kann diese zum Erlöschen der nachrangigen Sicherungshypothek führen. Diese erhält aus dem Versteigerungserlös einen Wertersatz nur, soweit vom Versteigerungserlös nach Befriedigung der vorgehenden Rechte etwas übrig bleibt. Der Betrag der vorgehenden Grundpfandrechte kann sich infolge der Grundpfandrechtsnebenleistungen erheblich erhöhen, z. B. auf das Doppelte. Eine Abtretung von Rückgewähransprüchen betreffend die derzeit vorrangig eingetragene Grundschuld soll nicht erfolgen. Vielmehr soll den Darlehensnehmern der damit verbundene Kreditspielraum uneingeschränkt erhalten bleiben.

IV. Vollmacht des Notars

Die Beteiligten erteilen dem Notar Vollmacht, sie im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zu vertreten und die zur Wirksamkeit oder zum Vollzug dieser Urkunde erforderlichen Erklärungen und Genehmigungen einzuholen und entgegenzunehmen.

V. Kosten, Ausfertigungen, Abschriften

1. Die Kosten des Notars und des Grundbuchamts tragen die Eheleute Panther zur einen Hälfte, Herr Tiger zur anderen Hälfte.
2. Von dieser Urkunde erhalten:
 - a) Ausfertigungen:
Die Vertragsteile sofort zur Herbeiführung der Bindung,
 - b) beglaubigte Abschriften:
das Grundbuchamt, für den Fall, dass die Sicherungshypothek eingetragen werden soll,
das Finanzamt – Schenkungsteuerstelle –.“

**2. Fallbeispiel und Formulierungsvorschlag II:
Die mehrfinanzierende Lebensgefährtin
(einfache Variante – Schriftform)**

Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft haben je zur Hälfte Immobilieneigentum gekauft, weil (auf Nachfrage des Beraters) „das so üblich ist“ und „weil wir eine gemeinsame Wirtschaftsbasis wollen“. Die Leistungen auf den Kaufpreis kommen aber zu (weit) mehr als der Hälfte voraussichtlich aus der Vermögenssphäre der Partnerin, sei es, weil sie den Schuldendienst der Finanzierung überwiegend allein leistet (zumal aus ihrem Einkommen), sei es, weil das Eigenkapital im Wesentlichen von ihr stammt oder, wie im Fall angedeutet, über einen Umweg von ihren Eltern. Die Beteiligten wollen, auch aus Kostengründen³⁵ und weil ohnehin Miteigentum be-

³⁵ Wobei sich diese im Hinblick auf die Notargebühren relativieren: Wegen § 145 Abs. 1 KostO kommt es nicht darauf an, ob ein vom Notar auftragsgemäß gefertigter Entwurf beurkundet werden oder im Privatschriftlichen verharren soll.

steht, keine aufwändige Lösung, zumal die Höhe der beiderseitigen Beiträge und ihr Verhältnis zueinander auf absehbare Zeit nicht feststehen wird. Es soll lediglich „etwas festgeschrieben“ werden.

„Vereinbarung
zwischen
Herrn Ludwig Leopard und Frau Ludmilla Löwe

I.

Um Frau Ludmilla Löwe, die im Ergebnis die Eigenkapital-Aufwendungen für den heute beim Notar N. N. beurkundeten je hälftigen Erwerb des Anwesens Z-Allee in X-Stadt durch beide Vertragsteile allein trägt, finanziell abzusichern, treffen die Vertragsteile die im nachfolgenden Abschnitt II. enthaltenen Vereinbarungen.

II.

Alle Geldbeträge, mit denen im Anhang Aufwendungen beziffert sind, gelten als Darlehen, sind aber ohne Kündigung innerhalb einer Frist von drei Monaten nur zurückzuerstatten bzw. zu erstatten, wenn

- Frau Löwe nicht mehr lebt, dann aber nur nach Maßgabe der nachfolgenden Nr. 3,
- das Anwesen insgesamt einvernehmlich veräußert wird oder Herr Leopard seinen Anteil veräußert oder
- über das Anwesen bzw. den Miteigentumsanteil von Herrn Leopard die Zwangsvollstreckung oder Zwangsversteigerung einschließlich Teilungsversteigerung eingeleitet wird oder
- ein Insolvenzverfahren über das Vermögen von Herrn Leopard eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird oder
- die nichteheliche Lebensgemeinschaft der Vertragsteile aufgelöst wird, wobei dies im Zweifel durch abweichende Hauptwohnsitz-Meldebescheinigungen nachgewiesen wird.

Ferner gilt Folgendes:

1. Jeder Darlehensbetrag ist mit zwei Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen. Die Zinsen sind immer bis zum Ende eines Kalenderjahres für das betreffende Kalenderjahr zu entrichten.
2. Die Darlehen gelten als vollständig getilgt, sobald Frau Löwe am vorgenannten Anwesen alleinige Eigentümerin oder mindestens dem Darlehen entsprechende weitere Miteigentümerin geworden ist.
3. Im Falle des Eigentumserwerbs durch Herrn Leopard im Wege des Erbgangs von Frau Löwe gilt eine noch offene Darlehensforderung als den Eltern von Frau Löwe zugewendet im Wege eines Vertrags zugunsten Dritter, den die Vertragsteile zu ihren Lebzeiten jedoch einvernehmlich aufheben oder ändern können, bedingt für den Überlebenden der Eltern von Frau Löwe allein, nicht aber sonstigen Personen und nur dann, wenn Frau Löwe und Herr Leopard keine gemeinschaftlichen leiblichen oder adoptierten Kinder hinterlassen – in einem solchen Fall ist eine noch offene Darlehensforderung diesen als Gesamtgläubigern zugewendet, im Übrigen nach vorstehender Maßgabe.

Im Übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen über Darlehen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

X-Stadt, den

Ludwig Leopard *Ludmilla Löwe*

Anhang (Liste der Finanzierungs-/Investitionsaufwendungen)			
Leistungsdatum	Art der Leistung	Darlehensbetrag	Unterschriften ⁴⁴

3. Fallbeispiel und Formulierungsvorschlag III: Sohn unterm Dach (Urkundsform)

Ein Sohn der Grundstückseigentümer und Eltern zeigt mit deren Wohlwollen keine Auszugsambitionen und möchte sich, nachdem er im Übrigen bereits eine selbständige Lebensstellung erreicht hat, auf eigene Kosten das Dach im elterlichen Anwesen ausbauen. Deswegen dem Sohn Miteigentum am Anwesen einzuräumen oder dieses gar nach WEG aufzuteilen, kommt für die Eltern nicht in Betracht, zumal er ja „ohnehin einmal das Haus erben und seine Geschwister auszahlen wird“. Ob und was diesbezüglich letztwillig seitens der Eltern verfügt ist/wird, ist ungewiss. Der Sohn hat bereits erhebliche Leistungen erbracht, als man ihn auf die Problematik aufmerksam macht. Die Eltern möchten eine gewisse Sicherheit, was den Höchststrahmen seiner an ihrem Anwesen festgeschriebenen Investitionen angeht, schon deshalb, damit der Sohn sich nicht verausgabt.

„Urk. R. Nr. /2012
Darlehensvertrag

[Urkundseingang wie üblich]

I. Grundbuch- und Sachstand

1. Im Grundbuch des AG Y-Stadt für Y-Stadt Blatt 456 sind die Eheleute Anton und Antonia Affe als Miteigentümer je zur Hälfte des in der Gemarkung Y-Stadt gelegenen und nachstehend beschriebenen Grundbesitzes eingetragen:

Fl. Nr. 1 X-Weg 1, Hof- und Gebäudefläche zu 456 m². In Abteilung II und III des Grundbuchs sind keine Belastungen eingetragen.

2. Nach Angabe der Beteiligten

- ist vorgenannter Grundbesitz nicht Bestandteil eines Betriebsvermögens, sondern Privatvermögen und wird von den Eheleuten Affe und deren Sohn Bernd Affe selbst bewohnt,
- dienen die nachfolgenden Vereinbarungen der Sicherung von bereits erfolgten und noch geplanten Bauinvestitionen und sonstigen Verwendungen von Herrn Bernd Affe auf dem/für den in Abs. 1. beschriebenen Grundbesitz, insbesondere für einen geplanten Dachausbau im elterlichen Anwesen,
- soll ein Wohnungsrecht für Herrn Bernd Affe heute nicht bestellt werden, sondern sollen jenseits einer heute nicht gewünschten Einräumung von Miteigentum nur seine Investitionen abgesichert werden für den Fall, dass er dereinst nicht oder nicht in dem Teil seiner Investitionen entsprechendem Umfang an der in Nr. 1 erwähnten Immobilie beteiligt werden sollte,

- haben/hatten die Eheleute Affe insgesamt drei Kinder,
- ist Herr Bernd Affe derzeit kinderlos.

II. Darlehen mit Sicherungshypothek

Herr Bernd Affe

– nachfolgend auch „Darlehensgeber“ genannt – und Herr Anton und Frau Antonia Affe

– nachfolgend auch „Darlehensnehmer“ genannt –

sind sich darüber einig, dass ein Geldbetrag in Höhe von 40.000 € (vierzigtausend Euro), den der Darlehensgeber auf dem in I. 1. genannten Grundbesitz gemäß Abschnitt I. 2. zur Verfügung gestellt hat – worüber die Vertragsteile einig sind – sowie alle weiteren Geldbeträge, die der Darlehensgeber hierfür nachweislich noch zur Verfügung stellen wird, als Darlehen gewährt werden, jedoch zunächst nur bis zu einer Höhe von 80.000 € (achtzigtausend Euro). Die Eheleute Affe sind Gesamtschuldner.

Für dieses Darlehen gelten folgende Bestimmungen:

1. Die dem Darlehensnehmer zur Verfügung gestellten Geldbeträge sind jeweils ab Auszahlung unverzinslich im Hinblick darauf, dass der Darlehensgeber bereits bislang kostenfrei im Objekt hat wohnen dürfen und dies auch weiterhin tun wird.
2. Das Recht des Darlehensgebers, das Darlehen ordentlich zu kündigen, wird für die Lebenszeit des Darlehensnehmers vorbehaltlich der nachfolgenden besonderen Bestimmungen ausgeschlossen. Der Darlehensnehmer kann das Darlehen mit den gesetzlich hierfür bestimmten Fristen kündigen.
3. Das Darlehen ist (ggf. samt Zinsen, sofern vereinbart) ohne Kündigung binnen einer Frist von sechs Monaten zur Zahlung fällig, wenn der Darlehensnehmer verstirbt.
4. Das Darlehen ist (ggf. samt Zinsen, sofern vereinbart) ohne Kündigung sofort zur Zahlung fällig, wenn
 - a) über das Vermögen des Darlehensnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder der Darlehensnehmer die Richtigkeit seines Vermögensverzeichnisses an Eides statt zu versichern hat oder
 - b) über den Grundbesitz, auf dem das Bauvorhaben durchgeführt wird oder Verwendungen oder Investitionen durch den Darlehensgeber getätigt werden, das Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren eingeleitet wird oder
 - c) der Darlehensnehmer den unter I. 1. genannten Grundbesitz ganz oder bebaute Teile an andere Personen als den Darlehensgeber veräußert, wobei klargestellt wird, dass unter einer Veräußerung bereits der Abschluss des zur Veräußerung verpflichtenden schuldrechtlichen Vertrages zu verstehen ist.
5. Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (ggf. samt Zinsen) erlischt, sobald
 - a) und soweit der Darlehensgeber mindestens mit einem dem Wert seiner Investitionen entsprechenden Anteil an dem unter I. 1. bezeichneten Grundbesitz beteiligt wurde oder
 - b) der Darlehensgeber vor dem Darlehensnehmer verstirbt.³⁶

³⁶ Diese Bestimmung kann im Verhältnis Eltern-Kinder eher opportun sein als in anderen Konstellationen, allerdings kann dies ungeeignet sein, wenn mit Kindern noch zu rechnen ist und/oder aus erbschaftsteuerlichen Gründen, siehe oben Ziffer IV. 3.

6. Im Übrigen sollen für das Darlehen die gesetzlichen Bestimmungen gelten.
7. Eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Darlehensnehmers über die feststehenden 40.000 € wird trotz Hinweis der Notarin nicht gewünscht.
8. Zur dinglichen Sicherung des gewährten Darlehens bestellt der Darlehensnehmer zugunsten des Darlehensgebers an dem Grundstück Fl. Nr. 456 der Gemarkung Y-Stadt eine

Sicherungshypothek

bis zum Höchstbetrag von 80.000 €

(achtzigtausend Euro) mit dem in Abschnitt II. dieser Urkunde bezeichneten Inhalt, wobei eine etwaige Zinsregelung ausgenommen ist.³⁷

Der Darlehensnehmer unterwirft den mit der Hypothek belasteten Grundbesitz in Höhe des bereits feststehenden Darlehensbetrags von 40.000 € der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundbesitzes zulässig sein soll. Vollstreckbare Ausfertigung ist ohne weitere Nachweise auf Antrag zu erteilen.

Die Eintragung dieser Sicherungshypothek nebst dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung in das Grundbuch an nächstoffener Rangstelle wird bewilligt, zunächst aber nicht beantragt.

III. Belehrungen

Die Notarin hat die Beteiligten insbesondere über folgendes belehrt:

1. Die Notarin hat keine steuerliche oder baurechtliche Beratung übernommen, sondern den Beteiligten empfohlen, sich vor der Beurkundung über die steuerlichen Auswirkungen dieser Urkunde anhand eines Entwurfs von einem Steuerberater oder einem Fachmann beraten zu lassen.
2. Eigene Arbeitsleistung und/oder sonstige Dienstleistungen des Darlehensgebers auf dem betreffenden Anwesen

über die bereits zur Verfügung gestellten 40.000 € hinaus können nur dann eine darlehensweise gewährte Leistung darstellen, wenn und soweit dies im Einzelfall vorher vereinbart und nachgewiesen wird (Werkvertrag, Stundenzettel o. ä.).

3. Der tatsächliche Zahlungsfluss seitens des Darlehensgebers (Auszahlungen/Zahlungen) muss eigenverantwortlich dokumentiert werden, um späteren Nachweisschwierigkeiten vorzubeugen.
4. Wenn der Darlehensgeber später andere Belastungen im Rang vorgehen lässt und es zu einer Zwangsversteigerung kommt, kann diese zum Erlöschen der nachrangigen Sicherungshypothek führen. Diese erhält aus dem Versteigerungserlös einen Wertersatz nur, soweit vom Versteigerungserlös nach Befriedigung der vorgehenden Rechte etwas übrig bleibt. Der Betrag der vorgehenden Grundpfandrechte kann sich infolge der Grundpfandrechtsnebenleistungen erheblich erhöhen, z. B. auf das Doppelte.

IV. Vollmacht der Notarin

Die Beteiligten erteilen der Notarin Vollmacht, sie im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zu vertreten und die zur Wirksamkeit oder zum Vollzug dieser Urkunde erforderlichen Erklärungen und Genehmigungen einzuholen und entgegenzunehmen.

V. Kosten, Ausfertigungen, Abschriften

1. Die Kosten der Notarin tragen die Eheleute Affe zur einen Hälfte und Herr Bernd Affe zur anderen Hälfte. Die Kosten des eventuellen grundbuchamtlichen Vollzugs trägt Herr Bernd Affe.
2. Von dieser Urkunde erhalten:
 - a) Ausfertigungen: die Beteiligten sofort zur Herbeiführung der Bindung,
 - b) beglaubigte Abschriften: das Grundbuchamt nur auf Anfordern von Herrn Bernd Affe, für den Fall, dass die Sicherungshypothek eingetragen werden soll, das Finanzamt – Schenkungsteuerstelle –.

³⁷ Bei Höchstbetragshypotheken sind gesonderte Zinsen nicht eintragungsfähig, vgl. *Schöner/Stöber*, a. a. O. (Fn. 7), Rdnr. 2119.

Zwangsversteigerungsrecht – Probleme der Vertragsgestaltung (Teil I)

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

13 Jahre nach dem wegweisenden Aufsatz von *Jursnik* in dieser Zeitschrift¹ ist es an der Zeit, sich wieder mit kautelarjuristischen Fragen zum Zwangsversteigerungsrecht zu beschäftigen. Gesetzgeber und Rechtsprechung sind nicht stehen geblieben. So hat die Einführung des neuen Rangklassenprivilegs für Hausgeldforderungen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG) für erhebliche Unruhe gesorgt, insbesondere was das Verhältnis zur Auflassungsvormerkung betrifft. Auch der BGH hat mit seinen Entscheidungen etwa zur Haftung eines Wohnungseigentümers für öffentliche Lasten im Zwangsversteigerungsverfahren, zum Verhältnis Rücknahmeerklärung und Aufhebungsbeschluss oder zum Zurückbehaltungsrecht bei nachrangigen Belastungen eine Anpassung der gängigen Formulierungsmuster notwendig gemacht. Der Aufsatz konzentriert sich dabei auf die Probleme, die bei einer Veräußerung von Grundbesitz während eines laufenden Versteigerungsverfahrens bestehen bzw. bei Anordnung der Zwangsversteigerung nach Abschluss des Kaufvertrags entstehen. Nicht näher beleuchtet werden die in der notariellen Praxis weniger oft auftauchenden Probleme betreffend Kaufverträge nach Abgabe des Meistgebots oder die Teilungsversteigerung.

I. Grundbegriffe

Die spezifischen Probleme, welche die Vertragsgestaltung im Bereich des Zwangsversteigerungsrechts mit sich bringen, erfordern es, sich einige grundlegende Begriffe des Zwangsversteigerungsrechts in Erinnerung zu rufen.

1. Beschlagnahme und Beitritt

Möchte ein Gläubiger die Zwangsversteigerung einer Immobilie betreiben, so muss er einen entsprechenden Antrag beim Vollstreckungsgericht stellen (§ 15 ZVG). Sofern die vollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Vollstreckungstitel, §§ 704, 794 ZPO, Vollstreckungsklausel, §§ 724 ff. ZPO, Zustellungsnachweis, § 750 ZPO, Zeugnis über die Eigentümerstellung des Schuldners, § 17 ZVG), wird das Versteigerungsgericht einen Anordnungsbeschluss erlassen, diesen dem Schuldner von Amts wegen zustellen und um Eintragung eines Versteigerungsvermerks im Grundbuch ersuchen (§ 19 Abs. 1 ZVG). Die Eröffnung des Versteigerungsverfahrens führt zur Beschlagnahme des Grundstücks (§ 20 Abs. 1 ZVG). Das Grundstück gilt dabei zu dem Zeitpunkt als beschlagnahmt, zu welchem dem Schuldner der Anordnungsbeschluss zugestellt wurde, es sei denn, der Zugang des Ersuchens hinsichtlich des einzutragenden Zwangsversteigerungsvermerks beim Grundbuchamt erfolgte früher (§ 22 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZVG).²

Während des laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens können weitere Gläubiger dem Verfahren beitreten (§ 27 ZVG).³ Wird der Beitritt zugelassen, führt dies aber keineswegs zu einem einheitlichen Zwangsversteigerungsverfahren. Vielmehr sind die jeweiligen Verfahren, d. h. das des Anordnungsgläubigers und das der jeweiligen Beitrittsgläubiger, voneinander unabhängig.⁴ Dies hat zur Konsequenz, dass etwa eine Verfahrenseinstellung oder eine Antragsrücknahme in dem einen Verfahren keine Auswirkung auf die weiteren

Verfahren hat. Lediglich mit Bezug auf den Versteigerungs- und Verteilungstermin, die Zuschlagsentscheidung, das geringste Gebot und den Teilungsplan werden die isolierten Verfahren als Gesamtverfahren behandelt. Vor diesem Hintergrund muss sich der Notar vor Fälligkeit des Kaufpreises durch Rückfrage beim Versteigerungsgericht vergewissern, dass dem laufenden Verfahren keine weiteren Gläubiger beigetreten sind. Die Beschlagnahme für den jeweils beitretenden Gläubiger wird in dem Zeitpunkt wirksam, zu dem der Beitritt zur Zwangsversteigerung zulassende Beschluss dem Schuldner zugestellt wird (§ 22 ZVG, nicht schon mit Erlass).⁵ Eine Rückwirkung der Beschlagnahme auf den Zeitpunkt des ersten, die Zwangsversteigerung anordnenden Beschlusses ist nicht vorgesehen.⁶

Die Beschlagnahme begründet ein relatives Veräußerungsverbot (§ 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG, §§ 135, 136 BGB), nicht jedoch ein absolutes Veräußerungsverbot. Verfügungen über die der Beschlagnahme unterliegenden Gegenstände sind also lediglich den die Zwangsversteigerung betreibenden (und beigetretenen) Gläubigern gegenüber unwirksam. Das relative Veräußerungsverbot führt folglich nicht zu einer Grundbuchsperrung, auch wenn der Zwangsversteigerungsvermerk noch nicht im Grundbuch eingetragen ist.⁷ Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der relativen Unwirksamkeit einer Veräußerung ist die Vollendung des Rechtserwerbs (i. e. Eigentumserschreibung im Grundbuch).⁸ § 878 BGB verlegt diesen Zeitpunkt vor, wenn der Verkäufer eine Vormerkung bindend bewilligt hat und der Antrag auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt gestellt wurde.⁹ Im Übrigen kann ein Käufer ein bestehendes relatives Veräußerungsverbot gutgläubig „wegerwerben“ (§§ 135, 136 BGB i. V. m. §§ 892, 893 BGB), sofern das Veräußerungsverbot noch nicht mittels Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuch eingetragen (§ 19 Abs. 1 ZVG) bzw. dem Erwerber anderweitig positiv bekannt ist. Dabei steht die Kenntnis vom Versteigerungsantrag (§ 15 ZVG) der Kenntnis der Beschlagnahme gleich (§ 23 Abs. 2 Satz 1 ZVG). Hinsichtlich von Beitrittsgläubigern ist ein gutgläubiger Erwerb damit nicht möglich, da der Zwangs-

¹ MittBayNot 1999, 125 ff. und 433 ff.; nachfolgender Aufsatz basiert auf einem Kapitel des Autors im noch zu erscheinenden „Kölner Formularbuch Grundstücksrecht“.

² *Stöber*, ZVG, § 22 Rdnr. 2; auf die Eintragung im Grundbuch kommt es nicht an.

³ Ist das laufende Versteigerungsverfahren beendet (z. B. nach Antragsrücknahme und konstitutivem Aufhebungsbeschluss, § 29 ZVG), kann der Antrag auf Beitritt in einen Antrag auf Anordnung einer erneuten Versteigerung umgedeutet werden.

⁴ *Stöber*, ZVG, § 27 Rdnr. 6.2.

⁵ BGH, DNotZ 1989, 160, 163 = MittBayNot 1988, 229.

⁶ BGH, DNotZ 1989, 160, 163 = MittBayNot 1988, 229.

⁷ H. M., vgl. *Kohler* in *Bauer/von Oefele*, GBO, AT VIII Rdnr. 54; a. A. BayObLG, ZfIR 2003, 776 = Rpfleger 2003, 573, 56, 58.

⁸ *Stöber*, ZVG, § 23 Rdnr. 2.3.

⁹ Analoge Anwendung des § 878 BGB auf die Vormerkung, BGHZ 28, 182.

versteigerungsvermerk zu diesem Zeitpunkt immer schon eingetragen sein wird. Selbst wenn ein Käufer danach gutgläubig wäre, könnte das Grundbuchamt einen gutgläubigen Erwerb immer noch dadurch vereiteln, dass es den Zwangsversteigerungsvermerk vor der Vormerkung einträgt.¹⁰

Was den Umfang der Beschlagnahme betrifft, werden neben dem Grundbesitz Grundstückszubehör¹¹ und Erzeugnisse (§ 20 Abs. 2 ZVG i. V. m. §§ 1120 ff. BGB) erfasst. Miet- und Pachtzinsforderungen hingegen unterfallen nicht der Beschlagnahme, sofern nicht auch Zwangsverwaltung angeordnet wurde (§ 21 Abs. 2 ZVG). Nicht der Beschlagnahme unterliegen weiter Scheinbestandteile im Sinne des § 95 Abs. 1 BGB.

Beispiel:

A möchte auf dem Dach des B eine Photovoltaikanlage errichten. Zu diesem Zwecke wird für A eine Dienstbarkeit eingetragen und anschließend die Photovoltaikanlage aufgesetzt. Die Photovoltaikanlage bildet einen Scheinbestandteil des Grundstücks (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wird das Grundstück sodann versteigert, erwirbt der Ersteher nur das Grundstück, nicht auch die Anlage. Dies gilt auch dann, wenn die (nachrangige) Dienstbarkeit im Zwangsversteigerungsverfahren erlischt.¹² Die Photovoltaikanlage wird nicht von selbst wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, sondern verbleibt im Eigentum des Dienstbarkeitsberechtigten. Ohne Dienstbarkeit steht dem Berechtigten aber freilich kein Anspruch auf Duldung der Anlage mehr zu, mit der Folge, dass der Ersteher die Beseitigung der Photovoltaikanlage verlangen kann.

2. Der Zwangsversteigerungsvermerk

Das Grundbuchamt wird auf Ersuchen des Versteigerungsgerichts den Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuch eintragen (§ 19 Abs. 1 ZVG). Nach Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks ist ein gutgläubiger Erwerb des Grundbesitzes nicht mehr möglich. Noch nicht endgültig geklärt ist die Frage, wie das Grundbuchamt zu verfahren hat, wenn ihm sowohl das Ersuchen auf Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks als auch ein Antrag auf Eigentumsumschreibung vorliegen. Nach überzeugender Ansicht ist auf diesen Fall § 17 GBO anzuwenden,¹³ mit der Folge, dass das Grundbuchamt den Antrag zuerst bearbeiten wird, der zeitlich vorrangig eingegangen ist. Steht dem Antrag auf Eigentumsumschreibung ein Vollzugshindernis entgegen (z. B. eine fehlende Genehmigung), muss das Grundbuchamt die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks bis zur Erledigung des Eigentumsumschreibungsantrags zurückstellen. § 18 Abs. 2 GBO, der zur Folge hätte, dass das Grundbuchamt bezüglich des Eigentumsumschreibungsantrags von Amts wegen eine Vormerkung und anschließend den Zwangsversteigerungsvermerk eintragen lassen würde, ist nicht anwendbar. Denn dies würde die Möglichkeit eines gutgläubigen Eigentumserwerbs ausschließen.¹⁴

Trifft der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung mit dem Ersuchen um Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks zusammen, ist die Vormerkung materiellrechtlich „vorrang-

ig“.¹⁵ Trägt das Grundbuchamt die Vormerkung und den Zwangsversteigerungsantrag gleichzeitig ein, ist der Vorrang der Vormerkung durch einen Wirksamkeitsvermerk im Grundbuch kenntlich zu machen.

3. Rang und geringstes Gebot

Welche Rechte in der Zwangsversteigerung vorrangig zu befriedigen sind, bestimmt sich nach § 10 ZVG. Von besonderem Interesse für die kautelarjuristische Praxis sind dabei insbesondere die Rangklasse 2 (Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft), die Rangklasse 3 (öffentliche Grundstückslasten), die Rangklasse 4 (dingliche Rechte) sowie die Rangklasse 5 (Ansprüche persönlicher Gläubiger):

- Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft¹⁶ sind nur privilegiert, sofern sie aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten beiden Jahren stammen und diese Ansprüche mindestens 3 % des Einheitswerts des Wohnungseigentums sowie nicht mehr als 5 % des Verkehrswerts (§ 74a Abs. 5 ZVG) betragen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG). Weitergehende Forderungen der Gemeinschaft werden nur in der Rangklasse 5 berücksichtigt. Das Überschreiten der 3 % Grenze muss die Wohnungseigentümergeinschaft grundsätzlich nachweisen.¹⁷
- In die Rangklasse 3 fallen die öffentlichen Grundstückslasten (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG). Hierzu gehören einmalige Beträge (insbesondere Erschließungskosten, § 134 Abs. 2 BauGB) aus den letzten vier Jahren sowie laufende oder rückständige wiederkehrende Leistungen (z. B. Grundsteuer, Gebühren für Müllabfuhr usw.) aus den letzten zwei Jahren.¹⁸ Mehreren öffentlichen Grundstückslasten kommt innerhalb der Rangklasse 3 Gleichrang zu. Bei WEG-Einheiten ist die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu berücksichtigen, wonach jede Sondereigentumseinheit für alle rückständigen öffentlichen Lasten der gesamten WEG-Anlage im Zwangsversteigerungsverfahren haftet, obwohl materiellrechtlich nur eine quotale Außenhaftung besteht (§ 10 Abs. 8 Satz 1 WEG).¹⁹ Dies kann bei entsprechend hohen öffentlichen Lasten (Stichwort „Schrottimmobilien“) dazu führen, dass nachrangige Gläubiger nicht mehr befriedigt werden können. Diese können dann allenfalls den Ausgleichsanspruch des überquotale in Anspruch genommenen Eigentümers gegen die anderen Sondereigentümer (§ 426 Abs. 1 und 2 BGB) pfänden.²⁰ In zahlreichen Bundesländern ist allerdings die Haftung für öffentliche Lasten landesrechtlich auf die jeweilige Miteigentumsquote des Sondereigentümers begrenzt.²¹

¹⁵ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1727 Fn. 2687: Zwischen einer Verfügungsbeschränkung und dinglichen Rechten (bzw. Vormerkung) besteht kein echtes Rangverhältnis i. S. d. § 879 BGB.

¹⁶ Vgl. hierzu Böttcher, ZVG, § 10 Rdnr. 15 ff.

¹⁷ Bergerhoff in Bärman/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, Kap. F. Rdnr. 745 ff., 757; anders ist dies allerdings, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft (auch ohne Vorliegen eines vollstreckbaren Titels) ihre Forderungen lediglich anmeldet (§ 45 Abs. 1, 3 ZVG), wobei die Ansprüche gleichwohl in die Rangklasse 2 fallen.

¹⁸ Landesrecht kann weitere öffentliche Lasten begründen, BGH, Urteil vom 11.5.2010, IX ZR 127/09, ZfIR 2010, 696 m. Anm. Traub.

¹⁹ BGH, Urteil vom 11.5.2010, IX 127/09, ZfIR 2010, 696 m. Anm. Traub = RNotZ 2011, 101 m. Anm. Morvilius = NJW-Spezial 2010, 641.

²⁰ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1721a.

²¹ Vgl. die Übersicht bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1721a; die Stadtstaaten haben kein KAG; die Gebühren und Beiträge sind dort spezialgesetzlich bzw. privatrechtlich geregelt.

¹⁰ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1728.

¹¹ BGH, Beschluss vom 17.7.2008, IX ZR 162/07, ZfIR 2008, 863 m. Anm. G. Mayer.

¹² BGH, DNotZ 2004, 373 zu § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB; MünchKommBGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 36, 40; str.

¹³ H. M., vgl. Böttcher, ZVG, § 19 Rdnr. 7.

¹⁴ Meikel/Böttcher, GBO, § 18 Rdnr. 142; a. A. Tröster, Rpfleger 1985, 337.

- In die Rangklasse 4 fallen die Ansprüche aus eingetragenen dinglichen Rechten am Grundstück (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG). Zinsleistungen werden nur wegen der laufenden und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Beträge (vgl. hierzu § 13 Abs. 1 ZVG) in dieser Rangklasse berücksichtigt. Mehrere dingliche Rechte werden entsprechend ihrem materiellrechtlichen Rang zueinander (§§ 879 ff. BGB) befriedigt.
- Ansprüche persönlicher Gläubiger fallen in die Rangklasse 5 (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG). Alternativ können persönliche Gläubiger, d. h. solche, denen kein dinglicher Anspruch am Grundbesitz zusteht, auch die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek bewirken, um anschließend als dinglicher Gläubiger aus der Rangklasse 4 vorzugehen.

Für einen notariellen Kaufvertrag hat das vorbeschriebene Rangprinzip folgende Konsequenz: Einer beantragten Käufervormerkung gehen vor (a) die Ansprüche aus den Rangklassen § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZVG, unabhängig davon, ob die jeweiligen Gläubiger dem Verfahren beigetreten sind oder nicht, (b) vorrangig im Grundbuch eingetragene Belastungen, auch wenn die Eintragung der Vormerkung vor der Beschlagnahme erfolgt²² (materielles Rangprinzip der §§ 879 ff. BGB) sowie (c) Ansprüche von betreibenden oder beigetretenen Gläubigern, deren Beschlagnahmezeitpunkt (vgl. oben Ziffer I. 1.) vor Beantragung der Vormerkung (§ 878 BGB) liegt. Nachrang hinter einer eingetragenen Vormerkung haben damit nur solche später beitretenden Gläubiger, die aus einem persönlichen Titel oder einem nachrangigen dinglichen Anspruch die Zwangsvollstreckung betreiben. Die Schutzwirkung einer eingetragenen Käufervormerkung ist folglich gegenüber jedem Gläubiger selbständig zu beurteilen.²³ Im Rahmen des Kaufvertragsvollzugs werden sich abzulösende Gläubiger aber freilich nicht immer an das Rangprinzip des § 10 ZVG halten, sondern Beträge fordern, die ihnen ihrer Rangklasse entsprechend an sich nicht zustünden. So werden vorrangige dingliche Gläubiger oftmals in ihrer Treuhandaufgabe im Zuge der Lastenfreistellung rückständige, im Verhältnis zur Vormerkung nachrangige Zinsen fordern (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 und 8 ZVG) oder der Hausverwalter die nach § 12 WEG erforderliche Genehmigung nur erteilen, wenn das gesamte rückständige Hausgeld, nicht nur das nach Rangklasse 2 privilegierte, bezahlt wird. Selbst im Verhältnis zur Vormerkung nachrangige Gläubiger werden oftmals die Chance wittern, mit einer „Lästigkeitsprämie“ abgefunden zu werden.

Die einem betreibenden Gläubiger nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen vorrangigen Rechte fallen in das geringste Gebot (§§ 44 ff. ZVG, „Deckungsgrundsatz“). Die Verfahrenskosten (§ 109 ZVG), die Ansprüche aus den Rangklassen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZVG, die Rechtsverfolgungskosten (§ 12 Nr. 1 ZVG) sowie die Nebenleistungen und wiederkehrenden sonstigen Leistungen bis einen Tag vor dem Zuschlag aus den dem betreibenden Gläubiger vorrangigen Grundpfandrechten sind dabei in bar zu decken („geringstes Bargebot“). Im Übrigen werden die vorrangigen Rechte (sowie die dinglichen Zinsen ab dem Tag des Zuschlags) dadurch gedeckt, dass diese Rechte bestehen bleiben und auf den Ersterher übergehen (§ 52 ZVG). Die Summe aus geringstem Bargebot und den bestehen bleibenden Rechten stellt das geringste Gebot dar.²⁴ Bei der Versteigerung wird nur ein solches Gebot zugelassen, durch welches das geringste Gebot gedeckt wird.

²² BGH, Beschluss vom 25.1.2007, DNotZ 2007, 686 ff.

²³ BGH, MittBayNot 1988, 299 = DNotZ 1989, 160.

²⁴ Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, Teil 7 Rdnr. 816.

4. Der Zuschlag und seine Folgen

Mit Verkündung des Zuschlags (sei es im Versteigerungstermin oder im Verkündungstermin, § 87 ZVG) wird der Ersterher kraft Gesetzes Eigentümer des versteigerten Grundbesitzes (§ 90 Abs. 1 ZVG). Ab diesem Zeitpunkt kann der Ersterher materiellrechtlich über den Grundbesitz verfügen, also etwa ein Finanzierungsgrundpfandrecht bestellen. Das Grundbuchamt darf einen entsprechenden Eintragungsantrag nicht als nach § 18 GBO unvollziehbar zurückweisen bzw. mit einer Zwischenverfügung beantworten (§ 130 Abs. 3 ZVG).²⁵ Das Grundbuchamt hat den Antrag vielmehr bei den Grundakten rangwährend aufzubewahren (§ 17 GBO) und erst dann zu vollziehen, wenn das Vollstreckungsgericht das Grundbuchamt um Eintragung des Ersterhers ersucht (§ 130 Abs. 1 ZVG, „Voreintragungsgrundsatz“, § 39 GBO). Dieses Ersuchen wird das Vollstreckungsgericht erst dann stellen, wenn der Zuschlagsbeschluss rechtskräftig ist, die Unbedenklichkeitsbescheinigung wegen der zu zahlenden Grunderwerbsteuer vorliegt (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG) und der Teilungsplan ausgeführt ist. Der Teilungsplan ist ausgeführt, wenn der Ersterher sein Bargebot (§ 49 ZVG) bis zum Verteilungstermin (§ 105 ZVG) komplett berichtet hat (§ 117 ZVG). Wird das Bargebot nicht fristgerecht berichtet, wird der Teilungsplan dadurch ausgeführt, dass das Vollstreckungsgericht den Zahlungsanspruch gegen den Ersterher auf die Gläubiger überträgt (§ 118 Abs. 1 ZVG). Zur Sicherung der übertragenen Ansprüche werden entsprechende Sicherungshypotheken zugunsten der Gläubiger im Grundbuch eingetragen (§ 128 ZVG).

Mit dem Zuschlag gehen Nutzungen und Lasten über (§ 56 Satz 2 ZVG). Alle im Rang nach dem Recht des betreibenden Gläubigers bestehenden Rechte erlöschen (§ 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZVG). Einen Sonderfall stellt insoweit ein vorrangiges dingliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall dar. Zwar erlischt dieses materiellrechtlich mit Zuschlag (§ 471 BGB);²⁶ gleichwohl muss dieses Recht in das geringste Gebot aufgenommen werden (und wird damit nicht von Amts wegen im Grundbuch gelöscht), um ein eventuell bereits ausgeübtes Vorkaufsrecht grundbuchlich weiter abzusichern (§ 1098 Abs. 2 BGB).²⁷ Einen Sonderfall stellt weiter eine auf dem Gesamtgrundstück lastende Dienstbarkeit bei WEG-Anlagen dar (z. B. Wegerecht). Eine solche Dienstbarkeit begründet eine Duldungspflicht aller Miteigentümer. Sofern also die Dienstbarkeit an einer Sondereigentumseinheit nach Zuschlag erlischt, erlischt sie automatisch auch an allen anderen Miteigentumsanteilen.²⁸ Die erlöschenden Rechte wandeln sich in Wertersatzansprüche am Versteigerungserlös als Surrogat um (§ 92 ZVG). Ersterher und Gläubiger eines nachrangigen Rechts können jedoch vereinbaren, dass das an sich erlöschende Recht fortbesteht (§ 91 Abs. 2 ZVG).²⁹ Sofern die Wohnungseigentümergeinschaft selbst nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG vollstreckt, bleiben Dienstbarkeiten nach Maßgabe des § 52 Abs. 2 Satz 2 lit. b ZVG bestehen.

²⁵ Stöber, ZVG, § 130 Rdnr. 6.1.

²⁶ BGH, Urteil vom 14.4.1999, BGHZ 141, 194 ff = NJW 1999, 2044 = MittBayNot 1999, 463 bezüglich § 2b WoBindG, dem späteren § 577 BGB.

²⁷ Stöber, ZVG, § 44 Rdnr. 5.27; str.

²⁸ OLG Frankfurt, Rpfleger 1979, 149 = MittRhNotK 1979, 175; LG Freiburg, BWNNotZ 1980, 61.

²⁹ Die Vereinbarung kann im Verteilungstermin oder mittels öffentlicher beglaubigter Urkunde spätestens bis zur Berichtigung des Grundbuchs erfolgen, Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1723.

II. Veräußerung von Grundbesitz während des laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens

Die Beschlagnahme führt lediglich zu einem relativen Veräußerungsverbot. Dies bedeutet zum einen, dass der Schuldner, i. e. der Grundstückseigentümer, auch während des laufenden Verfahrens den zwangsversteigerungsbehafteten Grundbesitz veräußern kann, zum anderen, dass die Veräußerung keinen Einfluss hat auf die Fortführung des Zwangsversteigerungsverfahrens (§ 26 ZVG). Darauf hat der Notar hinzuweisen (§ 17 Abs. 1 BeurkG). Wird für den Käufer eine Vormerkung eingetragen, stellt diese kein die Zwangsversteigerung hinderndes Recht dar (§ 37 Nr. 5 ZVG).³⁰ Selbst wenn der Käufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird, kann er nicht die Einstellung des Verfahrens erreichen (vgl. aber Teil II Ziffer IV. 1. für den Fall, dass die Beschlagnahme nach Eintragung der Vormerkung wirksam wird). Die Eigentumsumschreibung ist gegenüber vorrangig betreibenden (bzw. beigetretenen) Gläubigern relativ unwirksam (§ 23 Abs. 1 ZVG i. V. m. §§ 135, 136 BGB). Die Gläubiger können die Zwangsversteigerung weiter gegen den Schuldner betreiben. Eine Klauselumschreibung auf den Käufer ist nicht erforderlich.³¹ Kommt es zum Zuschlag, wird der Ersteher Eigentümer.

1. Der Käufer als Verfahrensbeteiligter

Der Käufer eines zwangsversteigerungsbehafteten Grundstücks ist nicht per se Verfahrensbeteiligter der laufenden Zwangsversteigerung. Nach § 9 Nr. 1 ZVG ist Verfahrensbeteiligter nur, für wen zur Zeit der Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks ein Recht im Grundbuch eingetragen oder dessen Eintragung gesichert ist. Im Übrigen müssen diejenigen, denen ein Recht am Grundstück zusteht, ihr Recht beim Versteigerungsgericht anmelden und auf Verlangen des Gerichts oder eines anderen Beteiligten glaubhaft machen (§ 9 Nr. 2 ZVG). Eine Anmeldung ist auch dann erforderlich, wenn zwar die Käufervormerkung im Rang vor dem Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuch eingetragen ist (§ 9 Nr. 1 ZVG), der Beschlagnahmezeitpunkt (vgl. oben Ziffer I. 1.) aber vor der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch liegt. Zwar könnte der Vormerkung materiellrechtlich über § 878 BGB bzw. die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs Vorrang vor der Beschlagnahme zukommen (vgl. oben Ziffer I. 1.). Dies kann das Vollstreckungsgericht aber nicht prüfen, da ihm nur der Beschlagnahmezeitpunkt und der Grundbuchstand bekannt sind (nicht etwa, wann der Antrag auf Eintragung der Vormerkung gestellt wurde).

Für den Käufer eines zwangsversteigerungsbehafteten Grundstücks kann die Stellung als Verfahrensbeteiligter von großer Bedeutung sein. Nur wenn der Käufer Verfahrensbeteiligter ist, wird sein Recht bei der Bestimmung des geringsten Gebots und der Verteilung des Erlöses berücksichtigt (§ 37 Nr. 4, § 45 Abs. 1, § 114 ZVG).³² Dies ist insbesondere dann relevant, wenn ein gegenüber dem Käufer nachrangiger Gläubiger das Verfahren weiter betreibt und das Objekt tatsächlich versteigert wird. In diesem Fall bleibt die Vormerkung als Bestandteil des geringsten Gebots bestehen mit der Folge, dass der Käufer vom Ersteher die Zustimmung zur Auflassung vom Verkäufer an sich verlangen kann (§ 883 Abs. 2 Satz 2, § 888 BGB). Darüber hinaus wird die verfahrensrechtliche Stellung des Käufers verbessert: Dem Käufer werden die Terminbestimmung für den Versteigerungstermin und den Verteilungstermin (§ 41 Abs. 1, § 105 Abs. 2 ZVG) sowie der

Zuschlagsbeschluss (§ 88 ZVG) zugestellt.³³ Ferner ist der Käufer als Verfahrensbeteiligter beschwerdeberechtigt (§ 97 ZVG).

Die Anmeldung ist eine formfreie Prozesshandlung.³⁴ Die Anmeldung muss spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgen, da nur so vermieden werden kann, dass das angemeldete Recht seinen Rang verliert (§§ 110 und 37 Nr. 4 ZVG).

Formulierungsvorschlag Anmeldung einer Vormerkung zum Zwangsversteigerungsverfahren:

Betreff: AZ ..., Grundbuch von ..., Blatt ..., hier: Anmeldung einer Vormerkung zum Zwangsversteigerungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Vollstreckungsschuldner hat das im Betreff genannte Grundstück mit diesamtlicher Urkunde vom ..., URNr. ..., samt wesentlicher Bestandteile an ... veräußert. Beglaubigte Abschrift meiner Urkunde finden Sie anbei. Zugunsten von ... wurde eine Auflassungsvormerkung bewilligt. Eintragungsantrag beim Grundbuchamt habe ich mit heutiger Post gestellt. Bei der Vormerkung handelt es sich um ein in der Zwangsversteigerung zu berücksichtigendes Recht. Falls erforderlich, kann ich Kopie der Eintragungsmitteilung zu gegebener Zeit nachreichen.

Namens und im Auftrag des Erwerbers melde ich die Eintragung der Auflassungsvormerkung zum Versteigerungsverfahren an, so dass der Erwerber Verfahrensbeteiligter im Sinne des § 9 Nr. 2 ZVG wird.

Mit freundlichen Grüßen

2. Ermittlung vorrangiger Gläubiger

Um Lastenfreistellung gewährleisten zu können, wird der Notar nicht nur die das Zwangsversteigerungsverfahren betreibenden Gläubiger, sondern auch alle sonstigen, im Verhältnis zur Vormerkung vorrangigen Gläubiger (vgl. hierzu oben Ziffer I. 3.) ermitteln müssen. Der im Grundbuch eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk (§ 19 ZVG) gibt lediglich Auskunft darüber, dass die Zwangsversteigerung angeordnet wurde und unter welchem Aktenzeichen diese geführt wird. Das Akteneinsichtsrecht nach § 42 ZVG wird dem Notar nur bedingt weiterhelfen. Die Akteneinsicht ist jedem, also auch nicht Verfahrensbeteiligten im Sinne des § 9 ZVG, gestattet. Mittels des Akteneinsichtsrechts kann der Notar jedoch nur Mitteilungen des Grundbuchamts, erfolgte Anmeldungen sowie die das Grundstück betreffende Schätzgutachten (§ 74a ZVG) erfragen, nicht aber die für die Vertragsgestaltung wichtigen Anordnungs- und Beitrittsbeschlüsse.³⁵ Auf die Auskünfte des Verkäufers als Verfahrensschuldner sollte sich der Notar nicht verlassen. Zwar werden Anordnungs- und Beitrittsbeschlüsse dem Schuldner zugestellt (§ 22 Abs. 1, § 27 ZVG). Eine bloße vertragliche Mitteilungspflicht des Verkäufers darüber ist aber aus Sicht des Käufers zu risikoreich.

Ein umfassendes Auskunftsrecht steht nur den Verfahrensbeteiligten zu (§ 9 ZVG). Mit Anmeldung seiner Vormerkung

³³ Jursnik, MittBayNot 1999, 125, 127.

³⁴ Zur Erlangung der Verfahrensstellung reicht es nicht aus, wenn das Grundbuchamt nach § 19 Abs. 3 ZVG dem Vollstreckungsgericht lediglich die Eintragung der Vormerkung zur Kenntnis bringt. Es fehlt an der erforderlichen Willensbekundung, vgl. Stöber, ZVG-Handbuch, Rdnr. 231a; Stöber, ZVG, § 37 Rdnr. 5.12.

³⁵ Jursnik, MittBayNot 1999, 125, 129.

³⁰ BGHZ 46, 124 = DNotZ 1967, 490 = NJW 1967, 566; BGH, NJW 1996, 3147, 3148; Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 292.

³¹ Stöber, ZVG, § 26 Rdnr. 2.9.

³² Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1734.

wird der Käufer Verfahrensbeteiligter im Sinne des § 9 Nr. 2 ZVG. Sinnvollerweise sollte sich der Notar daher von den Vertragsbeteiligten Vollmacht erteilen lassen (vgl. Formulierungsvorschlag Ziffer II. 4.), umfassend Informationen beim Versteigerungsgericht einzuholen.

Formulierungsvorschlag Anschreiben Zwangsversteigerungsgericht zur Ermittlung der vorrangigen Gläubiger (ggf. im Anschluss an das Formulierungsbeispiel oben Ziffer II. 1.):

... Zur Sicherung der Lastenfreistellung bitte ich ferner um folgende Informationen:

- a) Welche Gläubiger betreiben das Zwangsversteigerungsverfahren?
- b) Welche Gläubiger sind dem laufenden Zwangsversteigerungsverfahren aus welchem Rechtsgrund (dinglicher oder persönlicher Anspruch) beigetreten und wann ist die jeweilige Beschlagnahme wirksam geworden (§ 22 ZVG)?
- c) Wie hoch sind die jeweils angemeldeten Forderungen?
- d) Sind öffentliche Lasten zum Verfahren angemeldet worden (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG)?

Mit freundlichen Grüßen

3. Hausgeldrückstände

Seit dem 1.7.2007 sind Forderungen der Wohnungseigentümergeinschaft gegen einen säumigen Miteigentümer nicht mehr schlicht persönliche Ansprüche gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG, sondern vorrangig in Rangklasse 2 zu berücksichtigen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG, vgl. oben Ziffer I. 3.). Den Streit, inwieweit sich eine Vormerkung gegen die Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft durchsetzt, kann man seit der Entscheidung des (für Insolvenzrecht zuständigen IX. Senats des) BGH vom 21.7.2011 als beendet betrachten.³⁶ Den Ansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft aus der Rangklasse 2 kommt danach sowohl verfahrensrechtlich als auch materiellrechtlich Vorrang gegenüber einer Käufervormerkung zu.³⁷ Dies hat zur Folge, dass die Ansprüche der Rangklasse 2 gegenüber der Vormerkung sogar dann privilegiert sind, wenn die Beschlagnahme zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft erst nach der Käufervormerkung erfolgt oder die Wohnungseigentümergeinschaft ihre Forderungen lediglich anmeldet (§ 45 Abs. 3 ZVG). Wird im laufenden Verfahren der Zuschlag erteilt, erlischt die Vormerkung, da sie nicht ins geringste Gebot fällt; eine während des Verfahrens erfolgende Eigentumsbeschreibung auf den Käufer stellt kein der Versteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 ZVG dar. Für den Käufer besteht also unter Umständen ein erhebliches Haftungsrisiko. Das Ablösungsrecht nach § 268 BGB sowie der nach Abzug der Wohngeldforderungen verbleibende Versteigerungserlös werden dem Käufer nur ein schwacher Trost sein. Kautelarjuristisch lässt sich dieses Problem dadurch in den Griff bekommen, dass

³⁶ IX ZR 120/10 = NJW 2011, 3098 = ZfIR 2011, 825 m. Anm. Derleder.

³⁷ Vgl. insbesondere Stöber, ZVG, § 10 Rdnr. 16.8; Alff, ZWE 2010, 105, 106; Bötcher, ZfIR 2010, 345, 347. Die Schwäche dieser Ansicht liegt freilich darin, dass sie die Vormerkung in das Rangklassensystem des § 10 Abs. 1 ZVG einordnet (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG). § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG erfasst Ansprüche aus Rechten auf Befriedigung an einem Grundstück. Das Eigentum ist kein solches Recht und damit erst recht nicht die den Eigentumserwerb sichernde Vormerkung, vgl. hierzu Kessler, NJW 2009, 121, 123.

weitere Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises eine Erklärung des Verwalters ist, ob, bzw. in welcher Höhe, Wohngeldrückstände bestehen. Die geltend gemachten Forderungen können im Kaufvertragsvollzug dann wie von eingetragenen Grundpfandrechtsgläubigern geltend gemachte Forderungen behandelt werden.³⁸

Formulierungsvorschlag:

Der Kaufpreis ist fällig (Kontogutschrift) innerhalb von 14 Tagen, nachdem dem Käufer das Einwurf-Einschreiben des Notars zugegangen ist, in dem dieser mitteilt, dass

... übliche Fälligkeitsvoraussetzungen (Vormerkung, Lastenfreistellungserklärungen, Vorkaufsrechtsverzicht, Verwalterzustimmung usw.) ...

dem Notar eine Erklärung des Wohnungseigentumsverwalters vorliegt, wonach entweder keine Rückstände an Hausgeld und Umlagen gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft bestehen bzw. durch Zahlung einer Ablösesumme abgelöst werden. Hinsichtlich einer etwa geltend gemachten Ablösesumme gelten die Regelungen unter Ziffer ... (Textbaustein zur Lastenfreistellung von im Grundbuch eingetragenen Belastungen) entsprechend.

4. Öffentliche Lasten

Ein besonderes vertragsgestalterisches Problem liegt in der Freistellung des Vertragsobjekts von rückständigen öffentlichen Lasten im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG (vgl. oben Ziffer I. 3.). Diese Ansprüche sind privilegiert vor der zur Eintragung gelangenden Käufervormerkung, unabhängig davon, ob und wann die jeweiligen Gläubiger dem Verfahren beigetreten sind oder nicht bzw. sie ihre Ansprüche angemeldet haben. Der Käufer als zukünftiger Eigentümer des Grundstücks läuft also Gefahr, für solche rückständigen Lasten zu haften.³⁹ Ziel der Vertragsgestaltung muss es daher sein, das Risiko einer Haftung des Käufers weitestgehend zu minimieren. Soweit die jeweiligen Gläubiger ihre Forderungen beim Versteigerungsgericht angemeldet haben oder sogar dem Verfahren beigetreten sind (wohl eher die Ausnahme), wird der Notar diese beim Versteigerungsgericht ermitteln können (vgl. hierzu oben Ziffer II. 2.). Oftmals werden aber Gläubiger im Zeitpunkt der Fälligkeitsermittlung durch den Notar ihre Forderungen noch nicht zum Gericht angemeldet haben (dies muss spätestens im Versteigerungstermin erfolgen, § 37 Nr. 4 ZVG). Eine Anmeldepflicht besteht nicht.⁴⁰ Es kann also durchaus passieren, dass trotz negativer Auskunft des Versteigerungsgerichts gleichwohl rückständige öffentliche Lasten bestehen. Die Ermittlung der nicht angemeldeten (nicht beigetretenen) Gläubiger im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG stellt die Vertragsbeteiligten vor besondere Schwierigkeiten. Die Palette an denkbaren öffentlichen Lasten ist schier unüberschaubar (z. B. Schornsteinfegergebühren, § 25 Abs. 4 SchornsteinfegerG, Beiträge zur Flurbereinigung usw.),⁴¹ so dass ein Käufer trotz sorgfältiger Ermittlung keine endgültige Sicherheit erlangen wird. Die Erklärung des Verkäufers, dass keine rückständigen öffentlichen Lasten bestehen, wird den

³⁸ Siehe auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 926, 898.

³⁹ Insbesondere führt die Eigentumsbeschreibung auch nicht, anders als der Eigentumserwerb mittels Zuschlag, zum Erlöschen der rückständigen öffentlichen Lasten, Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 472.

⁴⁰ Das Versteigerungsgericht muss die Gemeinde über einen Versteigerungstermin informieren (Mitteilung in Zivilsachen – MiZi).

⁴¹ Vgl. hierzu Rellermeyer in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, § 10 Rdnr. 30 ff.

Käufer auch nur mäßig beruhigen. Denkbar wäre, dass der Käufer bis zur Vollzugsreife des Kaufvertrags einen angemessenen Betrag zurückbehält,⁴² wobei die Höhe dieses Betrags sich nur schwer abschätzen lässt. In Einzelfällen wird man einen eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger zu einer privatschriftlichen Kostenübernahmeerklärung überreden können. Als praxistauglich hat sich der Weg erwiesen, dass der Notar bevollmächtigt wird, bei besonders relevanten Stellen (insbesondere bei der Gemeinde wegen Erschließungskosten) eine Anfrage zu stellen. Dies dem Käufer zu überantworten, wird ihn in vielen Fällen überfordern.⁴³

Formulierungsvorschlag umfassende Vollmacht an Notar bei Verkauf aus Zwangsvollstreckung:

Die Vertragsbeteiligten beauftragen und bevollmächtigen den Notar,

- die Eintragung der Auflassungsvormerkung beim Versteigerungsgericht anzumelden (§ 9 Nr. 2 ZVG);
- sämtliche das Zwangsversteigerungsverfahren betreffende Informationen beim Versteigerungsgericht einzuholen, insbesondere die das Zwangsversteigerungsverfahren betreibenden bzw. beigetretenen Gläubiger zu ermitteln;
- die Aufhebung eines bereits angesetzten Versteigerungstermins zu erbitten (§ 30 Abs. 2 ZVG) bzw. die vorläufige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens zu beantragen;
- Rücknahmeerklärungen im Sinne des § 29 ZVG anzufordern;
- die Gemeinde ... (den Abwasserzweckverband ...) um Mitteilung zu bitten, ob Rückstände bei der Grundsteuer bestehen und die Erschließung nach BauGB und Kommunalabgabengesetz abgerechnet und bezahlt ist bzw. welche Beträge insofern noch offen sind;
- den Hausverwalter um Mitteilung zu bitten, ob Rückstände an Hausgeld oder Umlagen gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft bestehen und falls ja, in welcher Höhe.

5. Rücknahme (§ 29 ZVG)

Der Kaufpreis darf nur fällig gestellt werden, wenn alle betreibenden und beigetretenen Gläubiger ihren Versteigerungsantrag bzw. den Beitritt zurücknehmen (§ 29 ZVG). Das Zwangsversteigerungsverfahren wird sodann von Amts wegen aufgehoben und der Zwangsversteigerungsvermerk gelöscht (§ 34 ZVG). Der BGH hat unlängst klargestellt, dass die Aufhebungswirkung nicht schon mit Eingang aller Rücknahmeerklärungen beim Versteigerungsgericht, sondern erst mit konstitutivem Aufhebungsbeschluss des Versteigerungsgerichts eintritt (genauer: Zustellung desselben an die Gläubiger und den Schuldner).⁴⁴ Der BGH stellt im Wesentlichen darauf ab, dass ein Gerichtsbeschluss zur Beschlagnahme führte und ein solcher die Beschlagnahmewirkung auch wieder beenden müsse (actus contrarius). Daraus allerdings zu schließen, dass die Kaufpreisfälligkeit erst nach Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses eintreten darf, würde zu einem *circulus vitiosus* führen. Denn die Gläubiger werden

die Rücknahmeerklärungen dem Notar regelmäßig nur unter Treuhandaufgaben erteilen. Solange diese aber noch nicht erfüllt sind, i. e. der Kaufpreis gezahlt ist, darf der Notar die Rücknahmeerklärungen aber nicht an das Versteigerungsgericht weitergeben. Auch eine Vertragsabwicklung über Notaranderkonto würde hier nicht weiterhelfen.⁴⁵

Formulierungsvorschlag Rücknahme im Sinne des § 29 ZVG als Kaufpreisfälligkeit voraussetzung im Wege der Direktzahlung:

Der Kaufpreis ist fällig (Kontogutschrift) innerhalb von 14 Tagen, nachdem dem Käufer das Einwurf-Einschreiben des Notars zugegangen ist, in dem dieser mitteilt, dass

... übliche Fälligkeit voraussetzungen (Vormerkung, Lastenfreistellungserklärungen, Vorkaufrechtsverzicht, Verwalterzustimmung usw.) ...

dem Notar die unwiderrufliche Erklärung aller die Zwangsversteigerung betreibenden oder beigetretenen, dem Notar vom Vollstreckungsgericht mitgeteilten Gläubiger über die Rücknahme des Versteigerungsantrags vorliegt, wobei der Kaufpreis für alle nach dieser Urkunde geforderten Ablösbeträge ausreichen muss.

Der Notar wies auf die Möglichkeit hin, die Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto abzuwickeln. Dies wurde nicht gewünscht.

Die Rücknahmeerklärung ist eine (bedingungsfeindliche) Prozesshandlung, für die keine Form vorgeschrieben ist. Der Notar wird freilich auf Schriftform bestehen, bei Privatgläubigern wird oftmals notarielle Beglaubigung angezeigt sein. Die Rücknahmeerklärung ist erst mit ihrem Eingang beim Versteigerungsgericht wirksam und bis dahin zwingend unwiderruflich (§ 130 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB).⁴⁶ Der Notar wird die Rücknahmeerklärung aber erst nach Erfüllung von Treuhandaufgaben, i. e. Zahlung des Kaufpreises, dem Versteigerungsgericht vorlegen können. Ein Anspruch auf vorzeitige „Verwahrung“ der Rücknahmeerklärung bei Gericht sieht das Gesetz nicht vor. Der Käufer läuft damit Gefahr, dass – nach Fälligkeitstellung des Kaufpreises und Kaufpreiszahlung – ein Gläubiger seine Rücknahmeerklärung bis zur Weiterleitung an das Vollstreckungsgericht widerruft oder aber ein Grundpfandrechtsgläubiger sein Recht abtritt bzw. seine Verfügungsmacht verliert (z. B. durch Insolvenzeröffnung). Die Löschung eines Grundpfandrechts könnte durch eine Löschungsformerkung sichergestellt werden. Ein vergleichbares Sicherungsinstrument gibt es hinsichtlich der Rücknahmeerklärung jedoch nicht. Eine „Unwiderruflichkeit“ der Rücknahmeerklärung könnte allenfalls durch einen Vollstreckungsvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner hergestellt werden⁴⁷ des Inhalts, dass sich der Gläubiger verpflichtet, die Rücknahmeerklärung bis zu deren Eingang beim Versteigerungsgericht nicht zu widerrufen. Ein solcher Vertrag bindet aber nur die Vertragsparteien, nicht das Vollstreckungsgericht.⁴⁸ Ein gleichwohl erfolgreicher Widerruf wäre also wirksam. Sicherheit bietet für diesen Fall in der Tat nur die Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto und Auszahlung nach Aufhebungsbeschluss. Wenn allerdings Banken das Zwangsversteigerungsverfahren betreiben bzw. diesem beigetreten sind, ist das Risiko überschaubar. Halten sich die Banken

⁴² Weirich, DNotZ 1989, 143, 145.

⁴³ So aber Jursnik, MittBayNot 1999, 125, 140 f.

⁴⁴ BGH, Beschluss vom 10.7.2008, V ZB 130/07, DNotZ 2009, 43 ff., entgegen der früher h. M., vgl. etwa OLG Köln, VersR 1994, 113, 114; LG Heilbronn, Rpfleger 1996, 37.

⁴⁵ A. A. Heggen, RNotZ 2009, 384, 386 ff.; siehe auch Hueber, NotBZ 2009, 128.

⁴⁶ Stöber, ZVG, § 29 Rdnr. 2.2, 2.3.

⁴⁷ Jursnik, MittBayNot 1999, 125, 128 f.

⁴⁸ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 33 Rdnr. 18 ff.

nicht an den vereinbarten Vollstreckungsvertrag, steht dem Eigentümer gegen die weiter betriebene Vollstreckung eine Einrede nach § 1157 BGB zu, die im Fall der Abtretung von Sicherungsgrundschulden auch nicht gutgläubig wegerworfen werden kann (§ 1192 Abs. 1a Satz 1, § 1157 Satz 2 BGB).

Ein weiteres (wohl eher theoretisches) Risiko besteht darin, dass nach Eintragung der Vormerkung ein vorrangiger dinglicher Gläubiger nachträglich beitrifft, obwohl er bereits seine Löschungsbewilligung unter Treuhandauftrag erteilt hat. Der Kaufpreis wurde möglicherweise schon fällig gestellt, obwohl nun eine Rücknahmeerklärung fehlt. Dieses Risiko ließe sich allenfalls durch einen (in der Praxis nicht erreichbaren) Rangrücktritt des vorrangigen Gläubigers hinter die zur Eintragung gelangende Vormerkung ausschalten. Im Übrigen käme ein Vollstreckungsvertrag in Betracht des Inhalts, dass der Gläubiger sich verpflichtet, dem Verfahren nicht beizutreten („Beitrittsunterlassungsvertrag“).⁴⁹ Das Angebot auf Abschluss eines solchen Vertrags kann in der Erteilung der Löschungsbewilligung gesehen werden. Auch dieser Vertrag würde allerdings nur inter partes wirken und hätte keine unmittelbare Auswirkung auf das Vollstreckungsverfahren. Dem Eigentümer würde jedoch auch hier eine Einrede nach § 1157 BGB zustehen.

Formulierungsvorschlag Anfordern der Rücknahmeerklärung bei Gläubigern:

Betreff: Zwangsversteigerungsverfahren gegen ..., Ihr Zeichen: ...

Sehr geehrte ...,

der im Betreff genannte Eigentümer hat das vorstehende Vertragsobjekt veräußert und sich zur Lastenfreistellung verpflichtet. Zum Vollzug des Kaufvertrages ist die Rücknahme des Versteigerungsantrages (§ 29 ZVG) erforderlich. Die Vorlage dieser Erklärung ist eine der Voraussetzungen für die Kaufpreisfälligkeit. Ich bitte Sie, mir die in der Anlage beigefügte unwiderrufliche und uneingeschränkte Erklärung über die Rücknahme des Versteigerungsantrages, ggf. mit entsprechenden Treuhandaufträgen, zuzuleiten.

Mit freundlichen Grüßen ...

Anlage (Rücknahmeerklärung nach § 29 ZVG):

Im Grundbuch des AG ... von ...

ist in Abt. II lfd. ... ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen. Betreibender Gläubiger (alt.: beigetretener Gläubiger) ist ...

Der genannte Gläubiger nimmt den Versteigerungsantrag nach § 29 ZVG unbefristet und unbedingt zurück und verpflichtet sich, den Rücknahmeantrag nicht zu widerrufen (Vollstreckungsvertrag; alt. bei Löschungsbewilligung nicht beigetretener vorrangiger Gläubiger: ... und verpflichtet sich, dem Zwangsversteigerungsverfahren nicht beizutreten).

Ort, Datum, Unterschrift

6. Löschungskosten des Verkäufers

Der Verkäufer trägt die Kosten der Lastenfreistellung bei Notar und Grundbuchamt. Der Käufer haftet für diese Kosten gesamtschuldnerisch, auch wenn der Verkäufer im Innenverhältnis allein verantwortlich zeichnet. Begleicht der Verkäufer also diese Gebühren und Kosten nicht, kann das AG (der Notar) den Käufer dafür in Anspruch nehmen. Darauf muss

der Notar hinweisen. Zum Schutz des Käufers bieten sich zwei Wege an:

a) Ein Gläubiger verpflichtet sich vorab privatschriftlich, die vorgenannten Kosten zu übernehmen. Im Kaufvertragsvollzug wird der Gläubiger freilich dann seine mit der Übersendung der Lösungsunterlagen bzw. Rücknahmeantrag (§ 29 ZVG) verbundene Treuhandaufgabe entsprechend erhöhen und sich den Regress beim Verkäufer vorbehalten.⁵⁰

Formulierungsvorschlag Kostenübernahme als Fälligkeitsvoraussetzung:

Der Kaufpreis ist fällig (Kontogutschrift) innerhalb von 14 Tagen, nachdem dem Käufer das Einwurf-Einschreiben des Notars zugegangen ist, in dem dieser mitteilt, dass

... übliche Fälligkeitsvoraussetzungen (Vormerkung, Lastenfreistellungserklärungen, Vorkaufsrechtsverzicht, Verwalterzustimmung usw.) ...

dem Notar eine privatschriftliche Erklärung der jeweiligen Gläubiger vorliegt, wonach diese ihre jeweiligen bzw. ein Gläubiger alle Kosten der Lastenfreistellung bei Notar und Grundbuchamt begleichen. Der bzw. die Gläubiger dürfen sich den Regress beim Verkäufer vorbehalten.

b) Die zweite Alternative besteht darin, dass es dem Käufer erlaubt ist, den durch den Notar noch zu ermittelnden und bei Kaufpreisfälligkeit mitzuteilenden Betrag der Löschungskosten (erst zu diesem Zeitpunkt steht die endgültige Höhe der Löschungskosten nach Mitteilung der Treuhandaufträge fest) zurückzubehalten. Den Kaufpreis kann der Notar natürlich nur dann fällig stellen, wenn der Kaufpreis Lastenfreistellungsaufträge und den Rückbehalt abdeckt. Sollte dies nicht der Fall sein, muss mit den Gläubigern nachverhandelt werden, inwieweit diese bereit sind, ihre Treuhandaufträge zu senken.

Formulierungsvorschlag Zurückbehaltungsrecht:

... (im Anschluss an die Kaufpreisfälligkeit)

Der Käufer ist berechtigt, einen Kaufpreisteil zur Begleichung der Löschungskosten bei Notar und Grundbuchamt zurückzubehalten. Die Höhe des erlaubten Rückbehalts wird der Notar ermitteln und dem Käufer mit Kaufpreisfälligkeit mitteilen. Der Käufer wird bei Rückbehalt die geforderten Löschungskosten direkt an die Gläubiger entrichten. Der Notar darf den Kaufpreis nur fällig stellen, wenn dieser ausreicht, um alle geltend gemachten Ablöseforderungen und den zu ermittelnden Rückbehalt abzudecken. Die Auflassung ist unabhängig vom Rückbehalt zu vollziehen.

7. Versteigerungstermin ist schon festgesetzt

Ist der Termin für die Zwangsversteigerung schon angesetzt, ist in der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass das Verfahren vorübergehend eingestellt wird. Das ZVG kennt zwei Möglichkeiten der vorübergehenden Einstellung:

a) Nach § 30 ZVG muss das Versteigerungsgericht das Verfahren einstweilig einstellen, wenn alle betreibenden Gläubiger dies hinsichtlich aller ihrer Ansprüche beantragen. Trotz einstweiliger Einstellung bleiben die Beschlagnahmewirkung und der Zwangsversteigerungsvermerk bestehen. Das Verfahren wird fortgesetzt, wenn ein Gläubiger dies beantragt (§ 31 Abs. 1 Satz 1 ZVG). Wird ein entsprechender Fortsetzungsantrag nicht binnen sechs Monaten nach einstweiliger Einstellung gestellt, wird das Versteigerungsgericht das Verfahren

⁴⁹ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1737.

⁵⁰ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 929, 1740.

von Amts wegen aufheben. Hat ein Gläubiger bereits zweimal die einstweilige Einstellung bewilligt, gilt ein erneuter Antrag als Rücknahme des Versteigerungsantrags (§ 30 Abs. 1 Satz 2 ZVG). In diesem Fall könnte der betroffene Gläubiger beim Gericht lediglich anregen, die Terminbestimmung vorläufig auszusetzen.

b) Nach § 30a ZVG kann auch der Schuldner die vorläufige Einstellung des Verfahrens bei Gericht anregen, ohne dass es der Mitwirkung der betreibenden Gläubiger bedarf. Der Antrag ist auf maximal sechs Monate befristet, sofern Aussicht besteht, dass die Einstellung die Zwangsversteigerung vermeidet („Sanierungsfähigkeit“) und sie der Billigkeit entspricht (§ 30a Abs. 2 ZVG). Der Antrag nach § 30a ZVG muss allerdings innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit Zustellung einer Belehrung über die Einstellungsmöglichkeit, welche grundsätzlich zeitgleich mit dem Anordnungsbeschluss zugestellt wird, erfolgen (§ 30b Abs. 1 ZVG). Diese Frist wird zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Regelfall abgelaufen sein.

In der Literatur wird teilweise vorgeschlagen, die einstweilige Einstellung des Verfahrens zur Fälligkeitsvoraussetzung zu erheben.⁵¹ Die Vertragsbeteiligten laufen in diesem Fall jedoch Gefahr, dass die Fälligkeit nachträglich wegfällt, wenn ein im Verhältnis zur Käufervormerkung nachrangiger Gläubiger dem Verfahren noch beitrifft und die Fortsetzung des Verfahrens beantragt. Der nachrangige Gläubiger befindet sich damit in einer komfortablen Situation und wird sich seine Zustimmung zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens mög-

licherweise mit einer erhöhten „Lästigkeitsprämie“ abkaufen lassen. Die Fälligkeitsvoraussetzung sollte, sofern sie als notwendig erachtet wird, daher so formuliert sein, dass lediglich auf die betreibenden/beigetretene(n) Gläubiger im Zeitpunkt der Fälligkeitsmitteilung abgestellt wird, so dass ein etwaiger Fortsetzungsantrag nachrangiger Gläubiger die Kaufpreisfälligkeit nicht berührt. Der Käufer trägt für diesen Fall freilich das Risiko, später selbst gegen nachrangige, vormerkungswidrige Gläubiger vorgehen zu müssen (§ 888 BGB).

Formulierungsvorschlag Kaufpreisfälligkeit „einstweilige Einstellung“:

Der Kaufpreis ist fällig (Kontogutschrift) innerhalb von 14 Tagen, nachdem dem Käufer das Einwurf-Einschreiben des Notars zugegangen ist, in dem dieser mitteilt, dass

... übliche Fälligkeitsvoraussetzungen (Vormerkung, Lastenfreistellungserklärungen, Vorkaufsrechtsverzicht, Verwalterzustimmung usw.) ...

das Versteigerungsgericht das Verfahren im Zeitpunkt der Absendung der Fälligkeitsmitteilung einstweilig eingestellt hat; wird das Versteigerungsverfahren noch betrieben, darf der Notar den Kaufpreis nur dann fällig stellen, wenn ausschließlich solche nachrangigen Gläubiger das Verfahren betreiben, bei denen der Beschluss über die Eröffnung des Versteigerungsverfahrens bzw. der Beitritt hierzu nach Eintragung der Vormerkung des Käufers im Grundbuch erfolgte ...

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

⁵¹ Siehe etwa *Jursnik*, MittBayNot 1999, 125, 140.

Vermittlung der Auseinandersetzung des Nachlasses durch den Notar

Von Notar Dr. *Thomas Ihrig*, Friedberg

Die Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften ist nicht selten eine delikate Angelegenheit. Unterschiedlichste Positionen und Interessen treffen aufeinander und erhalten durch familiäre Verbundenheit zusätzlich eine emotionale Färbung. Da erscheint es als Segen, dass das Gesetz ein Verfahren bereithält, wonach ein neutraler Dritter, nämlich das Nachlassgericht, in diesen Fällen vermitteln soll (§§ 363 ff. FamFG). In Bayern können auch Notare Vermittler sein (Art. 38 AGGVG¹ i. V. m. § 487 Abs. 1 Nr. 3 FamFG).² Deren Sachkenntnis im Erbrecht und ihre Erfahrung in Verhandlung und Streitschlichtung³ sind beste Voraussetzungen für sachgerechte und befriedigende Lösungen.⁴ Umso erstaunlicher ist es, dass dieses Verfahren in der Praxis, gerade auch in der Anwaltschaft, wenig bekannt ist.⁵ Dabei bietet es mehrere Vorteile: Eine neutrale Vermittlung durch den Notar, ein Säumnisverfahren, aufgrund dessen eine wirksame Auseinandersetzung zustande kommen kann, wenn einzelne Beteiligte ihre Mitwirkung verweigern, sowie sogar für Gläubiger eines Miterben die Möglichkeit, ohne Teilungsversteigerung an verwertbares Vermögen zu kommen. Demgegenüber sind die Kosten, obwohl sie dem besonderen Aufwand des Notars angemessen sind, überschaubar.

Nach den weiterhin lesenswerten Ausführungen von *Bracker* aus dem Jahre 1984⁶ soll nachstehend für den Notar unter Berücksichtigung der Änderungen durch das FamFG eine praxisorientierte Handreichung mit Formulierungsvorschlägen gegeben werden.

Im ersten Teil werden einzelne allgemeine Aspekte des Verfahrens beleuchtet (Abschnitt A.), an die sich im zweiten Teil die praktische Umsetzung mit Darstellung des Verfahrensablaufs und Formulierungsvorschlägen anschließt (Abschnitt B.). Die Kosten des Verfahrens mit Berücksichtigung der Reform der Kostenordnung bilden den Abschluss (Abschnitt C.).

A. Grundlagen

I. Begriffsbestimmungen

1. Der Nachlass und die Teilungsmasse

Der Nachlass im Sinne des § 363 Abs. 1 Satz 1 FamFG ist gleichbedeutend mit dem materiellrechtlichen Begriff und umfasst das gesamte Vermögen des Erblassers, das auf den oder die Erben übergeht (§ 1922 BGB)⁷, einschließlich etwaiger Surrogate (§ 2041 BGB).

Vom Nachlass abzugrenzen und für die Auseinandersetzung und damit das Vermittlungsverfahren wichtig ist die Teilungsmasse, die im verfahrenseinleitenden Antrag angegeben werden soll (§ 363 Abs. 3 FamFG). Die Teilungsmasse enthält im Unterschied zum Nachlass nur diejenigen Nachlassgegenstände, die noch unter den Miterben verteilt werden können.

2. Die Auseinandersetzung

Die Auseinandersetzung ist die Verteilung der Nachlassgegenstände unter die Miterben nach Tilgung der Nachlassverbindlichkeiten⁸ und umfasst sowohl die schuldrechtliche Aus-

einandersetzungsvereinbarung als auch die zu ihrem Vollzug gehörenden Verfügungen. Gegenstand des Vermittlungsverfahrens ist die Auseinandersetzung jedoch nur, soweit es sich um die Erklärungen der Beteiligten handelt, nicht aber darüber hinausgehende Akte, wie die Übergabe von Nachlassgegenständen oder gar eine direkte Vermögenszuweisung.⁹ Denn zum einen fehlt eine Vorschrift wie § 90 ZVG (Eigentumsübergang durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung) und zum anderen lässt § 371 Abs. 2 Satz 1 FamFG aus der vermittelten Auseinandersetzung die Zwangsvollstreckung zu. Letzteres wäre aber überflüssig, wenn die gesamte Auseinandersetzung mit Abschluss des Vermittlungsverfahrens schon beendet wäre.

Soweit zur Wirksamkeit der Erklärungen einzelner Beteiligter Genehmigungen, etwa des Betreuungsgerichts oder des Ehepartners, erforderlich sind, hängt hiervon die Wirksamkeit der gesamten Auseinandersetzung ab. Teil der vermittelten Auseinandersetzung sind sie aber nur, wenn diejenigen, die die Genehmigungen erteilen müssen, als Beteiligte zum Verfahren hinzugezogen sind.¹⁰ Anderenfalls müssen die Genehmigungen nach dessen Abschluss eingeholt werden. Hierzu können die Beteiligten dem Notar Vollzugsvollmachten erteilen.

Daneben können die Beteiligten auch weitere, zur Auseinandersetzung im materiellen Sinne gehörende Vereinbarungen im Verfahren treffen, etwa zur Kostentragung oder zum weiteren Vollzug.

3. Vermittlung

a) Vermittlungstätigkeit

Der Notar wird bei der Auseinandersetzung als Vermittler zwischen den Beteiligten tätig; eine streitentscheidende Funktion kommt ihm nicht zu.¹¹ Auch ermittelt er nicht von Amts wegen und legt dann den Beteiligten einen fertigen Ausein-

¹ Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes (AGGVG).

² Ähnliche Vorschriften existieren auch in anderen Bundesländern, vgl. *Palandt/Edenhofer*, 70. Aufl., § 2042 Rdnr. 19.

³ Vgl. die Funktion des Notars als Schlichter nach dem Bayerischen Schlichtungsgesetz (BaySchlG).

⁴ Folgerichtig möchte ein Gesetzentwurf der Länder Baden-Württemberg und Sachsen die Vermittlung der Nachlassauseinandersetzung ganz den Notaren übertragen: Entwurf eines Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare, BR-Drucks. 67/10.

⁵ Was früher nicht besser war: Die Statistiken des Notariats Friedberg aus den Jahren 1926 bis 1972 weisen keine einzige Vermittlung auf (für 1930/1931 und 1944/1945 sind keine Statistiken vorhanden, 1946 bestand kein Notariat).

⁶ *Bracker*, MittBayNot 1984, 114.

⁷ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, 70. Aufl., § 1922 Rdnr. 7.

⁸ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, 70. Aufl., § 2042 Rdnr. 1 ff.

⁹ Vgl. MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363 Rdnr. 6; *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl., § 363 Rdnr. 18, § 368 Rdnr. 48 ff.

¹⁰ Siehe dazu näher unten Ziffer III.

¹¹ MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363 Rdnr. 6.

dersetzungsplan zur Zustimmung oder Ablehnung vor.¹² Insofern erweckt § 368 Abs. 1 FamFG auf den ersten Blick einen falschen Eindruck. Der Auseinandersetzungplan ist nämlich nicht der Anfang, sondern das Ergebnis der Vermittlung zwischen den Beteiligten.¹³ Vermittlung umfasst hierbei sowohl die Leitung der Verhandlung zwischen den Beteiligten im Sinne einer Mediation als auch die Zusammenstellung der Verhandlungsergebnisse in einem Vorschlag, eben dem Auseinandersetzungplan (§ 368 Abs. 1 Satz 2 FamFG).¹⁴ Die Vermittlung erfordert ein aktives Handeln, bei dem sich der Notar aller Möglichkeiten der Verhandlungstechnik und Mediation bedienen kann, die er schon aus dem Schlichtungsverfahren kennt.¹⁵

b) Keine Ermittlungspflichten

Der Notar ist aber gerade nicht verpflichtet, die Grundlagen der Auseinandersetzung selbst zu ermitteln, etwa den Nachlass bzw. die Teilungsmasse sowie Erbquoten, Ausgleichspflichten oder den Wert einzelner Nachlassgegenstände. Dies ist Sache der Beteiligten. Die gesetzliche Aufgabe des Notars liegt nämlich nur in der Vermittlung der Auseinandersetzung (§ 363 Abs. 1 FamFG) und der Anfertigung des Auseinandersetzungsplans, sobald nach Lage der Sache die Auseinandersetzung stattfinden kann (§ 368 Abs. 1 Satz 1 FamFG).¹⁶

Eine Bestimmung wie § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB über die Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses, wo die herrschende¹⁷, aber bestrittene¹⁸ Ansicht von einer Ermittlungspflicht des Notars ausgeht, oder wie § 97 SachBerG im Rahmen des notariellen Vermittlungsverfahrens enthalten weder die §§ 363 ff. FamFG noch Art. 38 AGGVG. Art. 38 Abs. 2 AGGVG begründet auch nicht selbständig eine derartige Pflicht des Notars, denn er regelt nur den Zeitpunkt der Überweisung des Verfahrens an den Notar durch das Nachlassgericht und enthält keine Anordnung zur Ermittlung an den Notar. § 26 FamFG (Amtsermittlungsgrundsatz) führt auch nicht weiter.¹⁹ Die Amtsermittlung bezieht sich nämlich nur auf die Grundlagen der gerichtlichen Entscheidung, zu denen die oben genannten Grundlagen der Auseinandersetzung aber nicht gehören. Denn der Auseinandersetzungplan selber ist keine gerichtliche Entscheidung, da er keine Regelungswirkung besitzt.²⁰ Gerichtliche Entscheidungen sind die Bestätigungsbeschlüsse nach §§ 366, 368 FamFG und deren Grundlage sind nur die formellen Vorgaben der §§ 366, 368 FamFG, aber gerade nicht die oben genannten Grundlagen der Auseinandersetzung.²¹ Zudem bestimmt § 372 Abs. 2 FamFG, dass die Beschwerde gegen die Bestätigungsbeschlüsse nur auf Verfahrensfehler gestützt werden kann. Hätte der Notar aber auch die Grundlagen der Auseinandersetzung selbst von Amts wegen zu ermitteln, so müsste es den Betei-

ligten auch möglich sein, gegen diese Ermittlungen mit einem Rechtsbehelf vorzugehen. Letztlich ist es für den Zweck des Vermittlungsverfahrens, die Beteiligten bei ihrer Auseinandersetzung zu unterstützen, aber auch nicht erforderlich, die Grundlagen der Auseinandersetzung von Amts wegen festzustellen.

4. Der Auseinandersetzungplan

Sobald die Auseinandersetzung nach Lage der Sache stattfinden kann, hat der Notar den Auseinandersetzungplan anzufertigen (§ 368 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Dabei hat er sämtliche bis dahin im Verfahren erlangten Erkenntnisse richtig und vollständig zu berücksichtigen. Das gilt für den Umfang der Teilungsmasse, Bewertungsfragen, Vorempfänge und deren Bewertung und die Art ihrer Berücksichtigung sowie die sog. außergerichtlichen Vereinbarungen der Beteiligten nach § 366 FamFG.²² Außerdem muss geklärt sein, ob sich die Beteiligten an Teilungsanordnungen des Erblassers (§ 2048 BGB) oder das Gebot der Vorüberfüllung von Nachlassverbindlichkeiten (§§ 2046 f. BGB) halten wollen.²³ Das Ergebnis kann in einer Vereinbarung nach § 366 FamFG oder im Auseinandersetzungplan selbst festgehalten werden.²⁴

Die nähere Ausgestaltung des Auseinandersetzungsplans ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Ausreichend ist die Zuordnung der einzelnen Gegenstände der Teilungsmasse unter den Beteiligten.²⁵ Von Vorteil ist es für den Notar, wenn er hierbei wie gewohnt vorgeht und gleich einen Entwurf der gesamten, von ihm nach § 368 Abs. 1 Satz 2 FamFG zu beurkundenden Auseinandersetzung vorbereitet, da er sie ohnehin beurkunden muss, wenn die Beteiligten mit dem Auseinandersetzungplan einverstanden sind. Daher beschleunigt es die Auseinandersetzung, wenn der Plan bereits in beurkundungsreifer Form in der Schublade liegt und der Notar ihn nur herausziehen muss und – ggf. nach Vornahme einzelner Korrekturen – beurkunden kann.

II. Zulässigkeit des Verfahrens

Das Gesetz kennt nur einen Unzulässigkeitsgrund für das Verfahren, nämlich das Vorhandensein eines zur Auseinandersetzung berechtigten Testamentsvollstreckers (§ 363 Abs. 1 Hs. 2 FamFG). Weitere gesetzlich nicht geregelte Ausschlussgründe werden diskutiert,²⁶ etwa Anhängigkeit einer Erbteilungsklage, Teilungsanordnung oder Ausschluss der Auseinandersetzung im Testament sowie Nachlassinsolvenz oder Nachlassverwaltung. Anzuerkennen sind aber nur solche Gründe, die die Vermittlung der Auseinandersetzung unmöglich machen und sie nicht nur wenig zweckmäßig oder wenig erfolgversprechend erscheinen lassen. Letzteres ist nämlich nicht objektiv messbar, sondern hängt stark vom Vermittlungsgeschick des einzelnen Notars ab.

Unmöglich ist eine Vermittlung dann, wenn es niemanden gibt, zwischen dem vermittelt werden kann, oder nichts gibt, das vermittelt werden kann. Als Beispiel für den ersten Fall nennt § 363 Abs. 1 Hs. 2 FamFG den für die Auseinandersetzung zuständigen Testamentsvollstrecker. Vergleichbar damit sind Fälle, in denen die Verfügungsbefugnis über den Nach-

¹² Abzulehnen daher die a. A. Zimmermann, ZEV 2009, 374, 378.

¹³ Siehe unten Ziffer 4.

¹⁴ Zum Auseinandersetzungplan siehe unten Ziffer 4.

¹⁵ Vgl. hierzu Walz, MittBayNot 2000, Sonderheft zu Ausgabe 4, 32.

¹⁶ Siehe unten Ziffer 4.

¹⁷ Vgl. Palandt/Edenhofer, 70. Aufl., § 2314 Rdnr. 7.

¹⁸ Heidenreich, ZErB 2011, 71, 75.

¹⁹ A. A. oder jedenfalls missverständlich und ohne nähere Auseinandersetzung Zimmermann, ZEV 2009, 374, 377; Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 363 Rdnr. 13, § 368 Rdnr. 6; Palandt/Edenhofer, 70. Aufl. § 2042 Rdnr. 19. Zur Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften des FamFG siehe unten Ziffer IV. 1.

²⁰ Vgl. Zimmermann, ZEV 2009, 374, 377.

²¹ Vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 366 Rdnr. 13, 71 ff.

²² Dazu näher Abschn. B. Ziffer IV. 2.

²³ Diese stellen hingegen kein Verfahrenshindernis dar, siehe unten Ziffer II.

²⁴ Vgl. Zimmermann, ZEV 2009, 374, 377.

²⁵ Bracker, MittBayNot 1984, 114, 117.

²⁶ Siehe Zimmermann, ZEV 2009, 374, 375 f.; MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363 Rdnr. 9 ff.

lass in einer Hand ist, nämlich die Nachlassinsolvenz und die Nachlassverwaltung.²⁷ Nichts zu vermitteln gibt es daneben, abgesehen von dem theoretischen Fall, dass der Erblasser keinen Nachlass hinterlassen hat, nur dann, wenn die Auseinandersetzung von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist und sich die Beteiligten darüber nicht wie über eine testamentarische Anordnung, etwa eine Teilungsanordnung oder einen Ausschluss der Auseinandersetzung, hinwegsetzen können.²⁸ Das ist so im Falle des § 2043 BGB.²⁹

Die Erbteilungsklage hingegen macht die Vermittlung nicht unmöglich. Es handelt sich nämlich um ein ganz anderes Verfahren mit einer ganz anderen Stoßrichtung. Sie führt auch nicht zur Unmöglichkeit einer außergerichtlichen einvernehmlichen Auseinandersetzung. Es erscheint eher so, dass das Rechtsschutzbedürfnis für eine streitige Teilungsklage fehlt, wenn nicht vorher der Weg über das Vermittlungsverfahren gesucht worden ist.³⁰

III. Die Beteiligten und deren Ermittlung

1. Die Beteiligten³¹

Die Beteiligten ergeben sich aus § 363 i. V. m. § 7 FamFG.³²

a) Der Antragsteller, § 7 Abs. 1 FamFG

Nach § 7 Abs. 1 FamFG ist der Antragsteller stets Beteiligter. Antragsberechtigt ist jeder Miterbe, Erbteilserwerber oder wer ein Pfandrecht oder den Nießbrauch an einem Erbteil hat (§ 363 Abs. 2 FamFG). Ein Miterbe, der durch Erbteilsveräußerung oder Abschichtung aus der Erbengemeinschaft ausgeschlossen ist, ist jedoch nicht mehr antragsberechtigt, da er auch bei der Auseinandersetzung nicht mehr mitwirken kann.³³ Umgekehrt muss aber Personen, die anstelle des Erben bezüglich seines Erbteils Verfügungsbefugte sind, etwa einem Insolvenzverwalter oder Testamentsvollstrecker, die Antragsberechtigung zugestanden werden, da sie für die Auseinandersetzung anstelle des Erben zuständig sind.

b) Die unmittelbar in ihren Rechten Betroffenen, § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG, und die aufgrund Gesetzes von Amts wegen oder auf Antrag hinzuzuziehenden Personen, § 7 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 FamFG

Als Beteiligter hinzuzuziehen ist, wessen Rechte durch das Verfahren unmittelbar betroffen sind (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG – sog. Muss-Beteiligter). Wer das ist, ist aber nicht leicht zu sagen.

Nach herrschender Meinung gehören hierzu alle Personen, von deren Mitwirkung nach allgemeinem Zivilrecht die Wirk-

samkeit der zu vermittelnden Auseinandersetzung abhängt.³⁴ Aufgeführt werden hier alle Miterben, sofern sie nicht ihre Erbteile veräußert haben, Erbteilserwerber und Erbeserben, Testamentsvollstrecker, soweit sich die Testamentsvollstreckung auf einen einzelnen Erbteil bezieht, Pfändungsgläubiger eines gepfändeten Erbteils, Nießbraucher an einem Erbteil und Ehepartner der vorgenannten Personen, wenn dies aus güterrechtlichen Gründen, etwa wegen Gütergemeinschaft oder § 1365 BGB, erforderlich ist. Dasselbe gilt für Nacherben, wenn der Vorerbe über Nachlassgegenstände nicht ohne deren Zustimmung verfügen darf, für gesetzliche Vertreter der zu beteiligenden Personen, etwa Eltern, Vormünder, Betreuer und Ergänzungspfleger.³⁵ Richtigerweise wären dann aber auch folgende Personen beteiligt: der Eigentümer eines Erbbaurechtsgrundstücks und ein WEG-Verwalter, wenn zur Übertragung eines im Nachlass befindlichen Erbbaurechts oder Sondereigentums deren Zustimmung erforderlich ist, Mitgesellschafter oder Geschäftsführer einer GmbH bezüglich eines vinkulierten GmbH-Anteils sowie Gemeinden, wenn etwa eine Sanierungsgenehmigung nach § 144 BauGB benötigt wird, und Betreuungs- bzw. Familiengerichte.

Das ist aber zu weitgehend. Ganz zu schweigen von den praktischen Schwierigkeiten, die sich aus einer schier unübersehbaren Zahl Beteiligter ergeben können, ist hier zu beachten, dass die Rechtsbetroffenheit und der Beteiligtenstatus anders als bei sonstigen FamFG-Verfahren voneinander abhängen. Es kann nämlich nur der vom Verfahren in seinen Rechten betroffen sein, den auch die Säumnisfolgen mit der Fiktion der Zustimmung zur Auseinandersetzung (§ 368 Abs. 2 Satz 1, § 366 Abs. 3 Satz 2 FamFG) treffen können.³⁶ Die Säumnisfolgen können aber wiederum nur Beteiligte treffen. Damit wäre aber ein Zirkelschluss gegeben: Betroffen ist, wer beteiligt ist, und beteiligt ist, wer betroffen ist.

Dieses Dilemma der wechselseitigen Bedingtheit lässt sich nur im Wege einer zweckorientierten Auslegung der Beteiligungsvorschriften und Berücksichtigung praktischer Erwägungen lösen: Zweck des Verfahrens ist die Verteilung des Nachlasses unter die Inhaber der Erbteile. Davon ausgehend sind diese für die erfolgreiche Durchführung des Verfahrens also unabdingbar und daher zwingend zu beteiligen. Dasselbe gilt für Personen, die für sie oder anstelle von ihnen sprechen, also gesetzliche Vertreter, Testamentsvollstrecker an einem Erbteil und Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Erbteilinhabers.

Alle anderen Personen, von deren Zustimmung die Wirksamkeit der Vereinbarung oder Verfügung einer Person zwar abhängt, etwa Ehegatten wegen § 1365 BGB oder Nacherben, die aber ansonsten kein Mitspracherecht bei der Verteilung selbst haben, müssen nicht zwingend beteiligt werden. Ihre Rechte sind durch das Zustimmungserfordernis hinreichend geschützt, eine unmittelbare Rechtsbetroffenheit besteht also nicht. Daran ändert auch nichts, dass § 363 Abs. 2 FamFG einzelnen von ihnen ein Antragsrecht zubilligt. Sie sind aber, da sie für die Wirksamkeit der Auseinandersetzung erforderlich sind, als Kann-Beteiligte anzusehen, die der Notar von Amts wegen als Beteiligte hinzuziehen kann (§ 7 Abs. 3 FamFG). Es muss insoweit als Konsequenz aus der obigen Lösung der dargestellten wechselseitigen Bedingtheit von Rechtsbetroffenheit und Beteiligtenstatus hinsichtlich dieser Personen eine gesetzliche Anordnung im Sinne des § 7 Abs. 3 Hs. 2 FamFG angenommen werden.

²⁷ Zimmermann, ZEV 2009, 374, 375; MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363 Rdnr. 17; Heinemann, FamFG für Notare, Rdnr. 378.

²⁸ Vgl. Palandt/Edenhofer, 70. Aufl., § 2048 Rdnr. 4, § 2044 Rdnr. 3; z. T. a. A. Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 363 Rdnr. 28, 31 ff.

²⁹ MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363, Rdnr. 16; Heinemann, FamFG für Notare, Rdnr. 378; Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 363 Rdnr. 23.

³⁰ Wie hier Heinemann, FamFG für Notare, Rdnr. 378; a. A. Zimmermann, ZEV 2009, 374, 376; MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363 Rdnr. 12.

³¹ Zum Beteiligtenbegriff des FamFG siehe Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 269 f.

³² Zur Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften des FamFG siehe unten Ziffer IV.

³³ MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363 Rdnr. 19; Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 363 Rdnr. 45.

³⁴ MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363 Rdnr. 31; Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 363 Rdnr. 61.

³⁵ MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 364 Rdnr. 31.

³⁶ Zu den Säumnisfolgen siehe unten Ziffer IV. 4.

2. Die Ermittlung der Beteiligten

Der Notar hat den Antragsteller und die übrigen Beteiligten zu laden (§ 365 Abs. 1 Satz 1 FamFG) und demzufolge auch selbst zu ermitteln, wer Beteiligter ist. Der Antragsteller soll die Beteiligten zwar im Antrag angeben (§ 363 Abs. 2 FamFG), aber weder ist das zwingende Voraussetzung für einen wirksamen Antrag noch wird der Kreis der Beteiligten durch diese Angaben bestimmt. Anders als bei den Grundlagen der Auseinandersetzung³⁷ sind die Beteiligten für das Verfahren und die Wirksamkeit der notariellen Entscheidungen von grundlegender Bedeutung (vgl. § 40 FamFG). Bei der Ermittlung ist der Notar aber auf die Angaben des Antragstellers und die Ermittlungen des Nachlassgerichts, etwa hinsichtlich der Erben, angewiesen. So muss er, wenn nicht feststeht, wer Erbe geworden ist, vom Antragsteller verlangen, einen Erbscheinsantrag zu stellen, da der Notar selber weder zur Feststellung des Erbrechts einzelner Personen noch zur Stellung eines Erbscheinsantrags beim Nachlassgericht befugt ist.

IV. Verfahrensrechtliche Aspekte

1. Die Verfahrensvorschriften

Der Notar muss bei der Vermittlung die Verfahrensvorschriften des FamFG anwenden, da er im Vermittlungsverfahren eine nach Landesgesetz zuständige Behörde im Sinne des § 488 Abs. 1 FamFG ist.³⁸ Soweit einzelne Normen nach dieser Vorschrift ausgenommen sind, sind sie landesrechtlich wieder zugeschaltet (§ 486 Abs. 2 Satz 1 FamFG i. V. m. Art. 34 Satz 1 AGGVG). Das BeurkG gilt hingegen nur für die öffentlichen Beurkundungen und Verwahrungen des Notars (§ 1 BeurkG).

Nur bei den Beurkundungen nach den §§ 366, 368 und 370 FamFG kann der Notar neben den Vorschriften über die Aufnahme von Protokollen nach § 36 Abs. 2 FamFG in Verbindung mit den Protokollvorschriften der ZPO auch auf die bekannten Bestimmungen des BeurkG zurückgreifen, da der Anwendungsbereich der öffentlichen Beurkundung (§ 1 BeurkG) eröffnet ist.³⁹ Zudem erfüllen die Vorschriften des BeurkG die Anforderungen an eine FamFG-Protokollierung, so dass den Beteiligten kein Nachteil entsteht.⁴⁰

Die Vorschriften der BNotO hat der Notar stets zu beachten, da sie für alle seine Aufgaben ohne Einschränkung gelten (§ 2 Satz 1 BNotO).

Besonderes Augenmerk sei an dieser Stelle auch auf die praktische Frage der Behandlung der im Verfahren geschaffenen Urkunden (vgl. §§ 28 ff. DONot, §§ 44 ff. BeurkG), deren Aufbewahrung (vgl. §§ 18 f. DONot) und deren Eintragung in die Urkundenrolle (§ 8 DONot) gerichtet. Das FamFG enthält hierzu keine Bestimmungen und die für ein vermittelndes Nachlassgericht geltenden Bestimmungen können nicht direkt angewandt werden, da die Ermächtigungsnormen § 487 Abs. 1 Nr. 3 FamFG und § 488 Abs. 1 FamFG dies ebensowenig regeln wie Art. 38 AGGVG. Direkte Anwendung finden hingegen die §§ 28 ff. DONot, da sie alle notariellen Urkun-

den erfassen. Anzuwenden sind auch die übrigen Bestimmungen der DONot und des BeurkG, wenn der Notar die Beurkundungen gemäß §§ 366, 368 und 370 FamFG nach den Vorschriften des BeurkG vornimmt, nicht aber, wenn er die Protokollierungsbestimmungen des FamFG anwendet (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1, § 18 Abs. 1 Satz 1 DONot). Es besteht also eine nicht unerhebliche Gesetzeslücke. Diese Lücke ist aber planwidrig, wie neuere vergleichbare Situationen zeigen, bei denen der Gesetzgeber die Thematik ausdrücklich geregelt hat, wie etwa zur Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleichs nach § 796c ZPO in den § 8 Abs. 1 Nr. 6, § 18 Abs. 1 Satz 1 und 2 DONot. Für den Lückenschluss bietet sich daher die analoge Anwendung eben dieser Vorschriften an. Dafür (und damit gegen eine auch denkbare analoge Anwendung der für das vermittelnde Nachlassgericht geltenden Vorschriften) spricht die vergleichbare Sachlage, denn wie bei der Vermittlung kann auch die Vollstreckbarerklärung neben dem Notar durch das Gericht erfolgen (§ 796b ZPO). Diese Lösung vermeidet zudem eine zufällige Aufspaltung der Bestimmungen für die Behandlung der Urkunden danach, ob der Notar seine Beurkundungen nach den Regelungen des BeurkG oder des FamFG vornimmt. Im Ergebnis sind damit alle Urkunden, die der Notar im Rahmen des Verfahrens errichtet – auch Beschlüsse⁴¹ – gemäß §§ 18 ff. DONot zu behandeln, in die Urkundenrolle einzutragen und in der Urkundensammlung aufzubewahren.

2. Mitwirkungsverbote

Mitwirkungsverbote ergeben sich für den Notar aus § 6 FamFG i. V. m. den §§ 41 bis 49 ZPO und §§ 15, 16 BNotO, insbesondere § 16 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 3 BeurkG, da hier beide Regelungsbereiche Anwendung finden.⁴²

3. Der Beschluss

Der Notar trifft seine Entscheidungen im Vermittlungsverfahren wie das Gericht durch Beschlüsse. Zu unterscheiden sind Zwischenentscheidungen, etwa über die Aussetzung des Verfahrens bei Streit nach § 370 Satz 1 FamFG, und Endentscheidungen, durch die der Verfahrensgegenstand ganz oder teilweise erledigt wird (§ 38 Abs. 1 FamFG). Endentscheidung ist insbesondere der Bestätigungsbeschluss nach § 368 Abs. 2 FamFG, der die Vermittlung der Auseinandersetzung beendet. Inhalt und Form eines Endentscheidungsbeschlusses richten sich nach §§ 38 ff. FamFG, insbesondere § 38 Abs. 2 und 3 FamFG, sowie § 39 FamFG, wonach er mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen ist. Der Beschluss wird bereits mit Bekanntgabe an die Beteiligten wirksam (§ 40 Abs. 1 FamFG), entfaltet aber erst ab Rechtskraft gestalterische Wirkung (§ 371 Abs. 1 FamFG).⁴³

4. Säumnisverfahren

Ein zentraler Bestandteil des Vermittlungsverfahrens ist das Säumnisverfahren nach § 366 Abs. 3, § 368 Abs. 2 FamFG. Es ermöglicht, das Einverständnis eines Beteiligten mit einer Vereinbarung oder der Auseinandersetzung zu fingieren, wenn er nicht zum Verhandlungstermin erscheint und nicht innerhalb einer zu bestimmenden Frist nach Bekanntgabe des Inhalts der in der Verhandlung beurkundeten Auseinander-

³⁷ Vgl. oben Ziffer I. 3. b).

³⁸ Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 488 Rdnr. 2.

³⁹ Die h. M. und die Gesetzesbegründung gehen sogar wie selbstverständlich davon aus, dass der Notar Beurkundungen nach den Vorschriften des BeurkG vornimmt, vgl. Zimmermann, ZEV 2009, 374, 379; Heinemann, FamFG für Notare, Rdnr. 388; MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 366 Rdnr. 1; BT-Drucks. 16/6308 zu § 370.

⁴⁰ Sie gehen mit der vorgeschriebenen persönlichen Unterschrift der Beteiligten sogar über diese Anforderungen hinaus (vgl. § 136 Abs. 1 Satz 1 ZPO), vgl. auch BT-Drucks. 16/6308 zu § 370.

⁴¹ Siehe unten Ziffer 3.

⁴² Siehe oben Ziffer 1.

⁴³ A. A. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 40 Rdnr. 47. In diesem Fall wäre im Beschluss § 40 Abs. 2 Satz 2 FamFG zu berücksichtigen.

setzung die Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins beantragt oder er in dem von ihm beantragten neuen Termin nicht erscheint (§ 366 Abs. 3 und 4, § 368 Abs. 2 FamFG). Dies übt auf jeden Beteiligten Druck aus, wenigstens zur Verhandlung zu erscheinen und dort „Nein“ zu sagen. Im Falle eines unverschuldeten Fernbleibens besteht aber die Möglichkeit der Wiedereinsetzung (§ 367 FamFG).

Interessant ist die dogmatische Einordnung:⁴⁴ Das Gesetz geht offenbar davon aus, dass der Nichterschienene von den anderen Beteiligten vollmachtlos vertreten wird und die § 366 Abs. 3 Satz 2, § 368 Abs. 2 Satz 1 FamFG eine Ausnahme zu § 177 Abs. 2 Satz 2, § 180 BGB darstellen. Die Nichtäußerung des Betroffenen gilt nämlich nicht als Verweigerung seiner Zustimmung (vgl. § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB) und die vollmachtlose Vertretung ist auch bei einseitigen Rechtsgeschäften möglich (vgl. § 180 Satz 1 BGB). So kann eine wirksame Auseinandersetzung auch Erklärungen des nichterschiedenen Beteiligten, etwa zur Auflassung eines Grundstücks an ihn selbst, enthalten. Der praktische Vorteil dieses Verständnisses besteht zudem darin, dass Zustimmungen, etwa des Betreuungsgerichts, systemkonform als Zustimmung zur Erklärung des vollmachtlos Vertretenen behandelt werden können.

V. Mängel der Vermittlung und Rechtsbehelfe

1. Mängel der Vermittlung

a) Verfahrensfehler

Mängel können auftreten als Verfahrensfehler, etwa als unrichtige Ladung. Diese Mängel können mit der Beschwerde nach § 372 Abs. 2 FamFG in der dafür vorgesehenen Form und Frist geltend gemacht werden.⁴⁵

b) Materiellrechtliche und sonstige Mängel

Materiellrechtliche und sonstige Mängel, etwa Irrtümer und falsche Annahmen der Beteiligten, die erst später aufgedeckt werden, oder neue Tatsachen und Erkenntnisse, etwa ein bisher unbekanntes Testament mit anderer Erbfolge oder zusätzliche Ausgleichspflichten und Nachlassgegenstände, können hingegen nicht mit der Beschwerde geltend gemacht werden (§ 372 Abs. 2 FamFG). Bei ihnen ist nach dem Zeitpunkt ihres Auftretens bzw. ihrer Entdeckung zu unterscheiden:

Ist der Auseinandersetzungsplan noch nicht erstellt und wirkt sich der Mangel nicht auf eine bereits beurkundete Vereinbarung nach § 366 FamFG aus, kann er jederzeit in der Verhandlung geltend gemacht und berücksichtigt werden.

Ist eine Vereinbarung nach § 366 FamFG oder die Auseinandersetzung bereits bestätigt, muss der Betroffene auf die allgemeinen Mittel des Zivilrechts zurückgreifen, etwa Anfechtung oder § 313 BGB, und diese unter Umständen gerichtlich durchsetzen. Die bestätigte Vereinbarung oder Auseinandersetzung hat nämlich dieselbe Wirkung wie eine vertragliche Vereinbarung oder Auseinandersetzung (§ 371 Abs. 1 FamFG). Somit verbleiben dem Betroffenen unter Umständen nur Sekundäransprüche. In bestimmten Fällen kann aber auch ein neues Vermittlungsverfahren beantragt werden, etwa bei Auftauchen neuer Nachlassgegenstände oder Unwirksamkeit der Auseinandersetzung infolge Anfechtung.⁴⁶ Das gleiche

gilt, wenn eine andere Erbfolge festgestellt wird, da die bisherige Auseinandersetzung den wahren Erben nicht bindet. Der Notar wird aber besondere Anforderungen an die Antragsberechtigung und das Rechtsschutzbedürfnis des Antragsstellers stellen müssen, wenn in derselben Nachlasssache erneut Antrag auf eine Vermittlung gestellt wird.

Unklar ist die Situation im Zeitraum zwischen der Beurkundung und deren Bestätigung. §§ 366 und 368 FamFG sehen nämlich auf der einen Seite für den Notar keine Möglichkeit vor, von dem dort vorgezeichneten Verfahrensablauf abzuweichen. Liegen also die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Bestätigung vor, muss der Notar den Bestätigungsbeschluss erlassen. Auf der anderen Seite kann vom Notar nicht verlangt werden, eine Bestätigung zu erlassen, die ersichtlich einen falschen Anschein der Ordnungsmäßigkeit erwecken würde. Der Notar muss hier also die Bestätigung auch verweigern dürfen.

Tut er dies, ist für das weitere Vorgehen zu unterscheiden: Wenn alle Beteiligten erschienen waren oder der Notar die beurkundete Auseinandersetzung den nicht erschienenen Beteiligten noch nicht bekannt gemacht hat, wird die Verhandlung wie bei einer Vertagung fortgesetzt. Ein besonderer Vertrauensschutz Nichterschiedener ist hier noch nicht entstanden. Hat er die Auseinandersetzung indes den Nichterschiedenen bereits bekannt gemacht, muss er wie bei einem Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins zur Verhandlung (§ 366 Abs. 3 Satz 2, § 368 Abs. 2 Satz 1 FamFG) vorgehen.⁴⁷ Er muss also alle erschienenen Beteiligten laden und die Nichterschiedenen, die entweder ihre Zustimmung nach § 366 Abs. 2 Satz 2 FamFG erteilt oder fristgerecht die Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins beantragt haben. Nichterschiedene Beteiligte, die keinen neuen Termin beantragt haben, sind bei der Weiterverhandlung ebenso wenig schutzwürdig wie im Säumnisverfahren.⁴⁸

2. Rechtsbehelfe

a) Mögliche Rechtsbehelfe

Zwischenentscheidungen des Notars können nur angefochten werden, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist (vgl. § 372 Abs. 1 FamFG).

Gegen die Endentscheidungen ist die Beschwerde statthaft (§ 58 Abs. 1 FamFG), vorausgesetzt der Beschwerdewert von 600 € ist überschritten oder die Beschwerde wurde zugelassen (§ 61 Abs. 1 und 2 FamFG). Das Vermittlungsverfahren ist nämlich eine vermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne dieser Vorschrift. Der Beschwerdewert richtet sich nach dem Wert der bestätigten Auseinandersetzung. Die Zulassung ist unter den Voraussetzungen des § 61 Abs. 3 FamFG möglich und erfolgt durch den Notar im jeweiligen Beschluss. Eine Wertfestsetzung im Beschluss ist hingegen nicht vorgeschrieben.⁴⁹ Die Sprungrechtsbeschwerde nach § 75 FamFG ist gegen Endentscheidungen im Vermittlungsverfahren grundsätzlich nicht zulässig, da sie gerade nicht auf Verfahrensfehler gestützt werden kann (§ 75 Abs. 2 FamFG, § 566 Abs. 4 Satz 2 ZPO), aber nur diese bei Endentscheidungen mit der Beschwerde geltend gemacht werden können (§ 372 Abs. 2 FamFG). Eine Ausnahme gilt für den Beschluss über die Zurückweisung des Antrags wegen Unzulässigkeit.⁵⁰ Die Ein-

⁴⁴ Diese wurde, soweit ersichtlich, noch nicht diskutiert.

⁴⁵ Zum Beschwerdeverfahren im Rahmen des FamFG allgemein vgl. *Preuß*, DNotZ 2010, 265. Zur Rolle des Notars im Rahmen des Vermittlungsverfahrens siehe unten Ziffer 2.

⁴⁶ Vgl. *MünchKommZPO/Mayer*, 3. Aufl., § 371 Rdnr. 10.

⁴⁷ Siehe unten Abschn. B. Ziffer V. 2. c).

⁴⁸ Zum Säumnisverfahren siehe oben Ziffer IV. 4. und unten Abschn. B. Ziffer V.

⁴⁹ *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 61 Rdnr. 19.

⁵⁰ Zur Zulässigkeit des Antrags siehe oben Ziffer II.

schränkung des § 372 Abs. 2 FamFG gilt nämlich nur für die Bestätigungsbeschlüsse.

b) Rechtsbehelfsverfahren

Der Notar ist im Rechtsbehelfsverfahren einschließlich des dazugehörenden Abhilfeverfahrens (§ 68 Abs. 1 Satz 1 FamFG) nicht eingeschaltet. Weder kann eine Beschwerde bei ihm eingelegt werden noch muss er ihr erforderlichenfalls abhelfen (vgl. § 372 Abs. 1 FamFG, § 569 Abs. 1 Satz 1, § 572 Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 64 Abs. 1, § 68 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Denn die Ermächtigungsnorm des § 487 Abs. 1 Nr. 3 FamFG erfasst nur das Vermittlungsverfahren, nicht auch das daran anschließende Rechtsschutzverfahren und erlaubt es also dem Landesgesetzgeber nur, die Notare für die Vermittlung anstelle oder neben den Gerichten für zuständig zu erklären, nicht aber ihnen auch noch die Aufgaben des Gerichts im Beschwerdeverfahren zu übertragen. Das Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten fordert dies auch nicht, da die Abhilfemöglichkeit durch das Gericht nach wie vor besteht und angesichts der notwendigen Rechtsbehelfsbelehrung durch den Notar für die Beteiligten auch klar ist, dass sie die Beschwerde beim Gericht selbst einlegen müssen.⁵¹ Der Notar wird wie ein unzuständiges Gericht die bei ihm eingelegte Beschwerde an das zuständige Gericht im normalen Geschäftsgang weiterleiten⁵² oder den Beschwerdeführer zur Einlegung gleich zum zuständigen Gericht schicken. Zuständig für die Einlegung der Beschwerde ist das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird (§ 64 Abs. 1 FamFG). Das ist hier das Nachlassgericht, das für die Vermittlung zuständig ist.⁵³ Der Notar vermittelt „neben“ diesem Gericht (§ 487 Abs. 1 Satz 3 FamFG, Art. 38 Abs. 1 AGGVG), so dass sein Beschluss im Sinne des Rechtsbehelfsverfahrens als Beschluss eben dieses Gerichtes anzusehen ist.

c) Rechtskraftzeugnis

Das Rechtskraftzeugnis nach § 46 FamFG wird ebenfalls nicht vom Notar, sondern vom Nachlassgericht selbst erteilt, denn das Zeugnis über die Rechtskraft kann nur der erteilen, der über die Einlegung von Rechtsmitteln Bescheid weiß. Und das ist nicht der Notar, sondern das Gericht.⁵⁴

B. Verfahrensablauf

I. Einleitung des Verfahrens

1. Antragstellung

a) Antrag und Antragsberechtigung

Das Vermittlungsverfahren wird auf Antrag eröffnet. Die Antragsberechtigten ergeben sich grundsätzlich aus § 363 Abs. 2 FamFG. Der dort genannte Personenkreis ist aber einerseits zu weit und andererseits zu eng gefasst, so dass eine teleologische Korrektur erforderlich ist. Insoweit wird auf die Ausführungen in Abschnitt A. III. 1. a) verwiesen.

b) Zuständigkeit und Verweisung

Der Antrag kann beim Nachlassgericht gestellt werden oder bei einem Notar, auf den sich entweder alle Beteiligten geeinigt haben oder der seinen Amtssitz im Bezirk des zustän-

digen Gerichts hat (Art. 38 Abs. 2 AGGVG). Zuständig ist grundsätzlich das Nachlassgericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers (§ 343 Abs. 1 FamFG).

Ist der Notar örtlich unzuständig, verweist er nach § 3 FamFG an das zuständige Gericht. Die Vorschriften des FamFG sind für den Notar im Rahmen des Vermittlungsverfahrens anwendbar⁵⁵ und das Verfahren beginnt mit der Antragstellung.

Formulierungsvorschlag für einen Verweisungsbeschluss:

URNr. .../2012

Beschluss

Nachlasssache ...

AG ... – Nachlassgericht –, Az. ...

Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung

Notar ... in ...

Antragsteller: ...

Weitere Beteiligte: derzeit noch keine

I. Unzuständigkeit, Verweisung

1. Der Notar ist örtlich unzuständig.

2. Die Sache wird an das AG ... – Nachlassgericht – verwiesen.

II. Gründe

Die Sache war nach § 3 Abs. 1 FamFG an das zuständige AG ... – Nachlassgericht – zu verweisen.

Nach Art. 38 Abs. 2 AGGVG, § 487 Abs. 1 Nr. 3 FamFG kann der Antrag auf Vermittlung der Nachlassauseinandersetzung nach §§ 363 ff. FamFG bei dem Notar gestellt werden, dessen Wahl die Beteiligten vereinbaren, oder bei jedem Notar, der seinen Amtssitz im Bezirk des für die Vermittlung zuständigen Gerichts hat. Eine Wahlvereinbarung wurde nicht nachgewiesen und der angerufene Notar hat seinen Amtssitz nicht in dem Bezirk des für die Vermittlung zuständigen Gerichts. Örtlich zuständig ist nach § 343 FamFG das Gericht des Wohnsitzes, den der Erblasser zur Zeit des Erbfalls hatte. Der Wohnsitz des Erblassers war zu diesem Zeitpunkt in ... Dies liegt im Bezirk des AG ... – Nachlassgericht –. Der Notar hat seinen Amtssitz im Bezirk des AG ... – Nachlassgericht.

..., den ...

..., Notar

c) Inhalt des Antrags

Für den Antrag gelten die allgemeinen Vorschriften des FamFG für Anträge,⁵⁶ insbesondere die §§ 23, 25 FamFG. Neben den dort genannten Anforderungen soll der Antragsteller die Beteiligten⁵⁷ und die Teilungsmasse⁵⁸ bezeichnen (§ 363 Abs. 3 FamFG). Es empfiehlt sich, mit dem Antragsteller den Antrag schriftlich zu formulieren (§ 28 Abs. 2 FamFG).

Formulierungsvorschlag für einen Antrag:

Nachlasssache ...

Ich beantrage als Miterbe beim Notar ... in ..., die Auseinandersetzung des Nachlasses des Verstorbenen ..., zuletzt wohnhaft in ..., zu vermitteln.

⁵¹ Zur Formulierung der Rechtsbehelfsbelehrung siehe unten Abschn. B. Ziffer I. 2. Buchstabe a).

⁵² Keidel/Sternal, FamFG, 17. Aufl., § 64 Rdnr. 7.

⁵³ Siehe unten Abschn. B. Ziffer I. 1. Buchstabe b).

⁵⁴ Siehe oben Buchstabe b) und für die Sprungrevision § 75 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 566 Abs. 3 Satz 3 ZPO.

⁵⁵ Vgl. oben Abschn. A. Ziffer IV. 1.

⁵⁶ Siehe oben Abschn. A. Ziffer IV. 1.

⁵⁷ Siehe oben Abschn. A. Ziffer III. 1.

⁵⁸ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 1.

Der Erblasser wurde wie folgt beerbt: ... Weitere Beteiligte sind: ... Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus folgenden noch nicht verteilten Gegenständen (Teilungsmasse): Beigefügt sind (in Ur- und Abschrift): Erbschein des AG ... vom ..., Az.: ... (Ggf. weitere Anlagen)

d) Antragsrücknahme

Die Rücknahme des Antrags ist durch den Antragsteller bis zur Rechtskraft der Endentscheidung möglich (§ 22 Abs. 1 FamFG), hier also bis zur Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses der Auseinandersetzung nach § 368 FamFG. Bis dahin bereits ergangene rechtskräftige Endentscheidungen, etwa bezüglich Vereinbarungen nach § 366 FamFG, bleiben aber weiterhin wirksam (arg. e. § 22 Abs. 2 Satz 1 FamFG).

2. Zulässigkeit und Überweisung

a) Zulässigkeit und Zurückweisung

Wurde der Antrag bei einem zuständigen Notar gestellt, prüft er die Zulässigkeit des Verfahrens, anderenfalls das Nachlassgericht.⁵⁹ Bei Unzulässigkeit weist der Notar den Antrag zurück. Die Zurückweisung ergeht durch Beschluss und ist eine Endentscheidung, da sie den Verfahrensgegenstand ganz erledigt (§ 38 Abs. 1 FamFG).⁶⁰ Eine Besonderheit besteht darin, dass gegen diesen Beschluss die Sprungrechtsbeschwerde statthaft ist.⁶¹

Formulierungsvorschlag für einen Abweisungsbeschluss:

(Rubrum, siehe oben Ziffer I. 1. b)

I. Zurückweisung

Der Antrag wird zurückgewiesen.

II. Gründe

Die Vermittlung der Auseinandersetzung nach §§ 363 ff. FamFG ist unzulässig. (*Nähere Begründung*)

Der Notar ist für die Entscheidung zuständig. Am ... hat ... einen Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung beim amtierenden Notar gestellt. Der Antrag ist als Anlage beigefügt. Der Notar ist für die Vermittlung örtlich zuständig, da der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Bezirk des Gerichts hatte, in dem der Notar seinen Amtssitz hat (§ 487 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, Art. 38 Abs. 1 und 2 AGGVG, § 343 FamFG). Der Antragsteller ist als Miterbe antragsberechtigt (§ 363 Abs. 1 Hs. 1 und Abs. 2 FamFG). Eine Ausfertigung des Erbscheins des AG ... – Nachlassgericht – vom ..., Gz.: ..., welche die Erbenstellung ausweist, wurde vorgelegt und ist dem Antrag beigefügt.

III. Rechtsbehelfsbelehrung⁶²

Gegen diesen Beschluss findet das Rechtsmittel der Beschwerde oder der Sprungrechtsbeschwerde statt.

1. Rechtsmittel der Beschwerde

Die Beschwerde ist einzulegen bei dem AG ... (*genaue Anschrift*). Die Beschwerde ist einzulegen binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung dieses Beschlusses. Fällt

das Fristende auf einen Sonntag, allgemeinen Feiertag oder Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages. Die Beschwerde wird durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle eingelegt. Die Beschwerde muss die Bezeichnung dieses Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass Beschwerde gegen diesen Beschluss eingelegt wird. Die Beschwerde ist von dem Beschwerdeführer oder seinem Bevollmächtigten zu unterzeichnen.

2. Rechtsmittel der Sprungrechtsbeschwerde

Gegen diesen Beschluss findet auf Antrag unter Übergehung der Beschwerdeinstanz unmittelbar die Rechtsbeschwerde (Sprungrechtsbeschwerde) statt, wenn die Beteiligten in die Umgehung der Beschwerdeinstanz einwilligen und der BGH die Sprungrechtsbeschwerde zulässt. Der Antrag auf Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde und die Erklärung der Einwilligung gelten als Verzicht auf das Rechtsmittel der Beschwerde. Die Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde ist durch Einreichung eines Schriftsatzes (Zulassungsschrift) zu beantragen bei dem BGH, Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe.

Die Zulassungsschrift ist binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung dieses Beschlusses einzulegen. Fällt das Fristende auf einen Sonntag, allgemeinen Feiertag oder Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages. Die Zulassungsschrift muss die Bezeichnung dieses Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss die Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde beantragt wird.

In dem Antrag muss dargelegt werden, dass die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Die Sprungrechtsbeschwerde kann nicht auf einen Mangel des Verfahrens gestützt werden. Für den Antrag auf Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde ist die Vertretung durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt erforderlich, der die Zulassungsschrift zu unterschreiben hat. Mit der Zulassungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Beschlusses vorgelegt werden. Die schriftliche Erklärung der Einwilligung des Beschwerdegegners ist dem Zulassungsantrag beizufügen oder innerhalb der oben genannten Frist zur Einlegung des Rechtsmittels beim BGH einzureichen. Diese kann auch von dem Verfahrensbevollmächtigten des ersten Rechtszugs oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle eines jeden AG abgegeben werden.⁶³

b) Überweisung an den Notar

Wird ein zulässiger Antrag beim Nachlassgericht gestellt, überweist es die Vermittlung nach Ermittlung der Erben und Feststellung der Teilungsmasse an einen Notar (Art. 38 Abs. 3 AGGVG). Haben sich die Beteiligten auf einen bestimmten Notar geeinigt, ist sie an diesen, anderenfalls an einen Notar mit Amtssitz im Gerichtsbezirk zu überweisen (Art. 38 Abs. 3 AGGVG). Die Auswahl unter mehreren Notaren obliegt dem Nachlassgericht. Gegen Auswahl und Überweisung steht dem Notar kein Beschwerderecht zu.⁶⁴

⁵⁹ Zur Zulässigkeit siehe oben Abschn. A. Ziffer II.

⁶⁰ Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl. § 363 Rdnr. 72.

⁶¹ Siehe oben Abschn. A. Ziffer V. 2.

⁶² Die Rechtsbehelfsbelehrung erfasst den Normalfall. Besonderheiten bei untergebrachten Beteiligten oder Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind wegen ihrer geringen Praxisrelevanz unberücksichtigt.

⁶³ Die Einwilligung ist eine Verfahrenshandlung, auf die § 25 FamFG Anwendung findet.

⁶⁴ BayObIG, BReg. I Z 22 und 23/83, MittBayNot 1984, 136.

3. Eröffnungsvermerk

Über die Verfahrenseröffnung bzw. die Entgegennahme der Überweisung sollte der Notar einen Vermerk anfertigen. Dieser sollte die wesentlichen Unterlagen zum Nachweis der Einhaltung der Verfahrensvorschriften (z. B. Antrag, Überweisungsbeschluss) enthalten, da die Einhaltung der Verfahrensvorschriften für das weitere Verfahren, insbesondere im Säumnisfall, von Bedeutung ist. Den Vermerk kann er dem Nachlassgericht übermitteln.

Formulierungsvorschlag für einen Vermerk:

(Rubrum, vgl. oben Ziffer I. 1. b)

Vermerk

Die Vermittlung der Auseinandersetzung findet gemäß § 487 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, Art. 38 AGGVG durch den amtierenden Notar statt.

Gründe:

Mit Beschluss des AG ... wurde die Vermittlung der Auseinandersetzung dem amtierenden Notar überwiesen. Eine Ausfertigung des Beschlusses ist als Anlage beigefügt.

oder:

Am ... hat ... einen Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung beim amtierenden Notar gestellt. Der Antrag ist als Anlage beigefügt. Der Notar ist für die Vermittlung örtlich zuständig, da der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Bezirk des Gerichts hatte, in dem der Notar seinen Amtssitz hat (§ 487 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, Art. 38 Abs. 1 und 2 AGGVG, § 343 FamFG). Der Antragsteller ist als Miterbe antragsberechtigt (§ 363 Abs. 1 Hs. 1 und Abs. 2 FamFG). Eine Ausfertigung des Erbscheins des AG ... – Nachlassgericht – vom ..., Gz.: ..., welche die Erbenstellung ausweist, wurde vorgelegt und ist dem Antrag beigefügt. Ein Unzulässigkeitsgrund für die Vermittlung besteht nicht, da kein zur Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden ist (§ 363 Abs. 1 Hs. 2 FamFG), kein Nachlassinsolvenzverfahren, keine Nachlassverwaltung und kein Aufschubgrund nach § 2043 BGB besteht.

Formulierungsvorschlag für die Mitteilung an das Nachlassgericht:

Nachlasssache ...

AG ... – Nachlassgericht –, Az. ...

Vermittlung der Auseinandersetzung

Ich zeige an, dass ich aufgrund Ihres Beschlusses (*oder*: des Antrags des Miterben ... vom ...) die Auseinandersetzung in der Nachlasssache vermittele.

Ich bitte, mir die Nachlassakte zu übersenden und bis zur Beendigung des Verfahrens zu belassen.

Beigefügt ist: beglaubigte Ablichtung des Vermerks vom ...

II. Vorbereitung des Verhandlungstermins

1. Sachverhaltsermittlung

Ist das Verfahren beim Notar eröffnet, beginnt die Vorbereitung des Vermittlungs- bzw. Verhandlungstermins. Auch wenn der Notar dazu nicht verpflichtet ist,⁶⁵ empfiehlt es sich, den Sachverhalt, soweit er für die Auseinandersetzung benötigt wird, zusammenzustellen. Der Notar sollte sich ein Bild

⁶⁵ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 2.

über Teilungsmasse, testamentarische Verfügungen, Vorempfänge, Erbquoten und den Wert einzelner Nachlassgegenstände machen. Es sollte aber nicht der Eindruck einer vollständigen und richtigen amtlichen Ermittlung erweckt, sondern deutlich klargestellt werden, dass es sich nur um eine Sammlung des Notars handelt, bei der er auf die Mitwirkung der Beteiligten angewiesen ist. Der Notar kann sich jedoch nicht auf die Mitwirkungspflichten nach § 27 FamFG berufen, da diese sich wie die Amtsermittlungspflicht (§ 26 FamFG) nur auf die Entscheidung des Gerichts selbst und damit nur auf die Bestätigungsbeschlüsse nach §§ 366, 368 FamFG beziehen.⁶⁶

2. Beteiligtermittlung

Die Beteiligten muss der Notar hingegen selbst ermitteln.⁶⁷ Dies sollte er mit besonderer Sorgfalt tun, da er alle Beteiligten laden muss (§ 365 Abs. 1 FamFG).

3. Überlegungen zur Auseinandersetzung

Hat der Notar die Beteiligten ermittelt und bereits Angaben zum Sachverhalt erhalten, ist es sinnvoll, wenn er sich bereits vor dem Verhandlungstermin Gedanken über eine mögliche Verteilung macht und einen Entwurf des Auseinandersetzungsplans erstellt. Dies muss er später ohnehin tun, wenn die Auseinandersetzung der Lage der Sache nach stattfinden kann (§ 368 Abs. 1 Satz 1 FamFG).⁶⁸

4. Übermittlung des Antrags und Vorabinformation der Beteiligten

Der Antrag muss den anderen Beteiligten übermittelt werden (§ 23 Abs. 2 FamFG). Eine bestimmte Form oder Frist ist hierfür nicht vorgesehen. Zusammen mit der Übermittlung kann der Notar die Beteiligten über das Verfahren an sich, seinen Zweck und seinen Ablauf, insbesondere die Folgen bei Nichterscheinen informieren, ihnen den bisher festgestellten Sachstand mitteilen und sie zu Ergänzungen und Mitteilung von Teilungswünschen auffordern. Er kann aber die Übermittlung des Antrags, die der Sicherung des rechtlichen Gehörs der anderen Beteiligten dient,⁶⁹ auch erst mit der Ladung verbinden.

III. Ladung

Bei der Ladung ist auf die Einhaltung der Förmlichkeiten besonders zu achten, da die Säumnisfolgen einen nicht erschienenen Beteiligten nur bei korrekter Ladung treffen können⁷⁰ und Ladungen nach FamFG und ZPO nicht zum täglichen Geschäft des Notars gehören.

1. Inhalt der Ladung

Der Mindestinhalt der Ladung ist in § 365 FamFG geregelt. Sie muss einen Hinweis darauf enthalten, dass ungeachtet des Ausbleibens eines Beteiligten über die Auseinandersetzung verhandelt wird und dass eine erneute Ladung unterbleiben kann, wenn der Termin vertagt oder ein neuer Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt wird. Es muss auch

⁶⁶ Vgl. oben Abschn. A. Ziffer I. 2.

⁶⁷ Zu den Beteiligten und zur Ermittlungspflicht siehe oben Abschn. A. Ziffer II. 2.

⁶⁸ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 3.

⁶⁹ *Keidel/Sternal*, FamFG, 17. Aufl. § 23 Rdnr. 48.

⁷⁰ Siehe oben Abschn. A. Ziffer IV. 4. und unten Ziffer V.

darauf hingewiesen werden, dass Unterlagen, die für die Auseinandersetzung vorhanden sind, im Notariat eingesehen werden können. Gemeint sind aber nur solche Unterlagen, die die Auseinandersetzung direkt betreffen, aus denen sich also die Beteiligten und die Teilungsmasse ergeben, nicht jedoch der gesamte Schriftverkehr. Die Beteiligten haben zudem nur ein Einsichtsrecht und keinen Anspruch auf Abschriften (arg. e. § 299 Abs. 1 ZPO). Spätestens in der Ladung sollte den Beteiligten der Antrag (§ 23 Abs. 2 FamFG) mit ausführlichen Informationen über das Verfahren übermittelt werden.

2. Form der Ladung

Die Ladung ist, da sie eine Terminbestimmung enthält, den Beteiligten nach den Zustellungsvorschriften der ZPO bekanntzugeben (§ 15 Abs. 1 und 2 FamFG). Eine öffentliche Zustellung ist aber unzulässig (§ 365 Abs. 1 Satz 2 FamFG). Nach § 175 ZPO reicht Einschreiben mit Rückschein. Von der Möglichkeit der Zustellungsfiktion durch Aufgabe zur Post (§ 15 Abs. 2 Hs. 2 FamFG) sollte der Notar wegen der damit verbundenen Unsicherheiten keinen Gebrauch machen.⁷¹

3. Ladungsfrist

Zwischen Ladung und Termin muss eine angemessene Frist liegen (§ 32 Abs. 2 FamFG). Wie lang „angemessen“ ist, bestimmt das FamFG nicht. Das FGG bestimmte eine Frist von mindestens zwei Wochen (§ 90 Abs. 1 FGG). Diese dürfte weiterhin angemessen sein, da sogar die Ladungsfrist nach § 217 ZPO kürzer ist.⁷² Die Ladungsfrist darf aber auch länger gewählt werden, etwa um für den Fall einer fehlgeschlagenen Zustellung noch eine angemessene Frist zwischen Ladung und Termin zu haben. Eine Pflicht zur Terminverlegung, wenn ein Beteiligter vorgibt, nicht erscheinen zu können, besteht regelmäßig nicht (§ 32 Abs. 1 Satz 2 FamFG i. V. m. § 227 ZPO). Allerdings kann bei Nichterscheinen die Anberaumung eines neuen Termins (§ 366 Abs. 3, § 368 Abs. 2 FamFG) oder die Wiedereinsetzung (§ 367 FamFG) beantragt werden.

4. Formulierungsvorschlag für die Ladung

Nachlasssache ...
AG ... – Nachlassgericht –, Az. ...
Vermittlung der Auseinandersetzung

Mit Beschluss vom ... hat das AG ... mir die Vermittlung der Auseinandersetzung überwiesen. Ich lade Sie hiermit zum Termin zur Vermittlung am ... in meine Amtsräume in ... Ich weise auf Folgendes ausdrücklich hin:

Nach den gesetzlichen Vorschriften wird ungeachtet des Ausbleibens eines Beteiligten über die Auseinandersetzung verhandelt. Falls der Termin vertagt oder ein neuer Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt werden sollte, kann die Ladung zu dem neuen Termin unterbleiben.

Die an meiner Amtsstelle vorhandenen Unterlagen für die Auseinandersetzung können hier eingesehen werden. Die Verfahrensbeteiligten entnehmen Sie beigefügter Anlage 1. Der Umfang des Nachlasses, soweit er mir bekannt ist, ergibt sich aus der Anlage 2. Ich bitte, mir zur Vorbereitung des Termins die in Anlage 3 genannten Angaben mitzuteilen bzw. mir die dort genannten Unterlagen zukommen zu

⁷¹ Zur Ladung im Ausland vgl. *Keidel/Sternal*, FamFG, 17. Aufl. § 15 Rdnr. 48 ff.

⁷² *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl., § 365 Rdnr. 3: „zwei Wochen sind wohl die Mindestfrist“.

lassen. In der Anlage 4 ist der Sachverhalt zur Auseinandersetzung, soweit mir bekannt und relevant, zusammengefasst. Ergänzungen bitte ich mir mitzuteilen (*hier sollte der Antrag zwecks Übermittlung beigefügt werden*).

Wenn bereits Vereinbarungen zwischen den Beteiligten in dieser Sache getroffen wurden oder Sie Vorstellungen über die Verteilung des Nachlasses haben, bitte ich ebenfalls um Mitteilung.

(*ggf. kurze Begründung, warum der Beteiligte geladen wird, z. B. als Miterbe oder Erbschaftserwerber oder als Ehegatte etc.*)

IV. Verhandlungstermin

1. Verhandlung

Der Verhandlungstermin findet statt, wenn mindestens ein Beteiligter anwesend ist (§ 366 Abs. 1 Satz 2, § 368 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Dies muss nicht der Antragsteller sein. Aus § 365 Abs. 2 Satz 1 FamFG ergibt sich, dass in einem oder auch mehreren Terminen verhandelt werden kann.⁷³ Die Entscheidung liegt beim Notar als Verhandlungsleiter. Oft wird er im Voraus gar nicht absehen können, ob ein Termin ausreicht oder nicht. Droht etwa die Verhandlung zu scheitern, kann sich spontan eine Vertagung empfehlen, um die Beteiligten zur Ruhe kommen zu lassen.

2. Außergerichtliche Vereinbarungen

§ 366 FamFG regelt die Behandlung von sog. „außergerichtlichen Vereinbarungen“ im Rahmen der Verhandlung. Dieser Begriff ist missverständlich. Gemeint sind nämlich nicht Vereinbarungen, die außerhalb des Vermittlungsverfahrens zustande gekommen sind, sondern solche, die vor der eigentlichen Auseinandersetzung liegen (§ 366 Abs. 1 FamFG). Diese können tatsächlich außergerichtlich sein oder im Vermittlungsverfahren gefunden werden.⁷⁴ Als Beispiel führt das Gesetz „die Art der Teilung“ an (§ 366 Abs. 1 Satz 1 FamFG). In Betracht kommen aber jegliche Vorfeldvereinbarungen, etwa auch zu Bewertungsfragen oder der Berücksichtigung testamentarischer Teilungsanordnungen.⁷⁵ Für außergerichtliche Vereinbarungen und ihr Zustandekommen gelten wegen der Verweisung in § 368 Abs. 2 FamFG dieselben Regeln wie für die Auseinandersetzung, so dass auf die nachstehenden Ausführungen verwiesen wird.

3. Beurkundung der Auseinandersetzung

Sobald nach der Lage der Sache die Auseinandersetzung stattfinden kann, fertigt der Notar den Auseinandersetzungsplan an (§ 368 Abs. 1 Satz 1 FamFG) und legt ihn den Beteiligten vor.⁷⁶ Sind sie mit ihm einverstanden, hat der Notar die Auseinandersetzung zu beurkunden (§ 368 Abs. 1 Satz 2 FamFG).⁷⁷ Zweckmäßigerweise ermächtigen die Beteiligten den Notar hierbei zur Vornahme von Vollzugstätigkeiten, die nicht mehr im Rahmen des Vermittlungsverfahrens erfolgen, und treffen auch gleichzeitig eine Kostentragungsregelung.⁷⁸

⁷³ *Zimmermann*, ZEV 2009, 374, 376; *Bracker*, MittBayNot 1984, 114, 115 f.

⁷⁴ *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl., § 366 Rdnr. 1.

⁷⁵ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 4.

⁷⁶ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 4.

⁷⁷ Zu den Formvorschriften der Beurkundung siehe oben Abschn. A. Ziffer IV. 2.

⁷⁸ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 2.

4. Formulierungsvorschlag für den beurkundeten Auseinandersetzungsplan

In der Auseinandersetzungsurkunde sollte – wie im Eröffnungsvermerk⁷⁹ – die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens dokumentiert werden, da diese Voraussetzung für die Zustimmungsfiktion im Säumnisverfahren ist.⁸⁰

Formulierungsvorschlag für eine Auseinandersetzungs- urkunde, wenn ein Beteiligter nicht erschienen ist:

URNr. ... /2012

Nachlasssache ...

AG ... – Nachlassgericht –, Az. ...

Vermittlung der Auseinandersetzung

(Urkundseingang wie bei der Beurkundung einer Erbausa-
einandersetzung)

... ist nicht erschienen. Da er ordnungsgemäß geladen ist,
wurde ohne ihn verhandelt.

Ich beurkunde gemäß der Verhandlung was folgt:

I. Vorbemerkung

1. Die Beteiligten stellen den Sachverhalt gemäß Anlage 1 fest. (Hier sollte die Einhaltung der Verfahrensvorschriften dokumentiert werden, etwa durch Beifügung des Überweisungsbeschlusses, von Ladungsschreiben und Zustellungsnachweisen.)

2. Die Beteiligten stellen den noch nicht auseinandergesetzten Nachlass gemäß Anlage 2 fest.

3. Die Beteiligten stellen den Wert des Nachlasses und der einzelnen Nachlassgegenstände gemäß Anlage 3 fest. (ggf. Gutachten beifügen)

II. Auseinandersetzung

1. Soweit in dieser Urkunde nichts anderes bestimmt ist, gilt: Soweit ein Beteiligter Nachlassgegenstände bereits erhalten oder dem Nachlass entnommen hat, Nutzungen gezogen, Lasten getragen, Nachlassverbindlichkeiten erfüllt oder Verwendungen auf den Nachlass gemacht hat, bleibt es dabei. Entsprechende Nachlassgegenstände stehen ihm zur Alleinberechtigung zu. Insoweit ist der Nachlass auseinandergesetzt, ein Ausgleich hat nicht zu erfolgen.

2. Die Beteiligten sind Miterben zu unter sich gleichen Teilen, somit zu je ... (vgl. Ziffer I. 1.). Somit steht ihnen folgende wertmäßige Beteiligung am Nachlass zu:

Beteiligter 1 ... €

Beteiligter 2 ... €.

(Bei vorherigen Wertverschiebungen, etwa durch Ausgleichungspflichten, ggf.: Die Beteiligten sind darüber einig, dass eine Berichtigung der vorstehenden Beteiligungen gemäß Anlage 4 zu erfolgen hat, weil Ausgleichungspflichten bestehen, Beteiligte bereits früher Nachlassgegenstände erhalten oder dem Nachlass entnommen haben bzw. Nutzungen gezogen, Lasten getragen, Nachlassverbindlichkeiten erfüllt oder Verwendungen auf den Nachlass gemacht haben. Nach dieser Berichtigung steht den Beteiligten folgende wertmäßige Beteiligung am Gesamtnachlass zu: ...)

Diese wertmäßige Beteiligung ist der nachfolgenden Auseinandersetzung zugrunde gelegt.

3. Die Beteiligten sind über folgende Auseinandersetzung einig. Soweit nichts anderes bestimmt ist, hat ein Ausgleich nicht zu erfolgen.

Beteiligter ... erhält ...

4. (Vollzugserklärungen, z. B. Auflassung, Abtretung, Vormerkung)

III. Vollmacht

(Vollzugsvollmacht für den Notar)

IV. Hinweise und Schlussbestimmungen

1. Durch diese Auseinandersetzung sind alle Ansprüche der Beteiligten aus der Erbengemeinschaft ausgeglichen und abgegolten, so dass daraus nach Erfüllung dieses Vertrages gegenseitig keine Ansprüche mehr bestehen.

2. Der Notar belehrte darüber, dass die Auseinandersetzung ohne die Zustimmung nicht erschienener Beteiligter nicht wirksam ist. (ggf. weitere Hinweise)

3. (salvatorische Klausel, Kosten, Abschriften, Abschlussvermerk und Unterschriften)

5. Scheitern und Einstellung des Verfahrens

Widerspricht nur ein erschienener Beteiligter dem vorgelegten Auseinandersetzungsplan, ist dieser gescheitert. Das bedeutet aber noch nicht das Scheitern des gesamten Vermittlungsverfahrens. Vielmehr ist weiter zu verhandeln, bis eine Einigung erzielt ist. Das Gesetz kennt nämlich keine Regelungen für ein Scheitern des Verfahrens, also seine Einstellung,⁸¹ und das hat auch seinen guten Grund: Niemand soll vorschnell und übereilt die Vermittlung zum Scheitern bringen können. Das Gesetz vertraut also auf das Vermittlungsgeschick des Notars und darauf, dass auf dem Verhandlungswege immer irgendwann eine Lösung gefunden werden kann.

6. Behandlung von Streitpunkten

Treten während der Verhandlung Streitpunkte auf, bestimmt § 370 Satz 1 FamFG, dass über sie eine Niederschrift aufzunehmen und das Verfahren bis zu ihrer Erledigung auszusetzen ist. Unstreitige Punkte sind, soweit eine Beurkundung stattfinden kann, nach § 366 Abs. 1 und § 368 Abs. 1 FamFG zu beurkunden und ggf. zu bestätigen (§ 370 Satz 2 FamFG). Auf diesem Wege ist eine teilweise Auseinandersetzung möglich. Eine weitere Verhandlung bis zur Streitbeilegung lässt das Gesetz nicht zu („ist ... auszusetzen“).

Ein Streitpunkt in diesem Sinne liegt dann vor, wenn sich die Beteiligten über eine auseinandersetzungrelevante Tatsache, etwa den Wert eines Nachlassgegenstandes oder die Erbstellung eines Beteiligten, trotz Bemühung des Notars nicht auf dem Verhandlungswege einigen können und zur Gewissheit des Notars feststeht, dass eine Einigung in absehbarer Zeit nicht erfolgen wird. Es reicht hingegen nicht schon jede Meinungsverschiedenheit zwischen den Beteiligten, denn das würde dem Zweck des Vermittlungsverfahrens widersprechen und dieses häufig gleich nach seiner Eröffnung zur Aussetzung bringen.⁸² Es können aber auch nicht nur solche Fragen als Streitpunkte angesehen werden, die nicht vergleichsweise beigelegt werden können. Denn dann bliebe für § 370 Satz 1 FamFG fast kein Anwendungsbereich mehr übrig, da sogar über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes

⁷⁹ Siehe oben Ziffer II. 3.

⁸⁰ Dazu nachstehend Ziffer VI.

⁸¹ Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 363 Rdnr. 73.

⁸² Vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 370 Rdnr. 2.

zum Nachlass und die Erbenstellung einer Person ein Vergleich denkbar ist.⁸³ Letztlich wird es daher häufig vom Vermittlungsgeschick des Notars abhängen, ob eine Aussetzung zu erfolgen hat.⁸⁴

Sobald der Streitpunkt beigelegt ist, ist auf Hinweis eines Beteiligten das Verfahren vom Notar in einem neuen Termin fortzusetzen. Bezüglich der Ladung der Beteiligten wäre vorzugehen wie bei der Verweigerung der Bestätigung, wenn vor der Bestätigung der beurkundeten Auseinandersetzung materielle Mängel auftreten.⁸⁵

Die Beurkundung der unstreitigen und der streitigen Punkte kann zusammen in einer gemeinsamen Niederschrift erfolgen. Im Anschluss daran wird das Verfahren durch Beschluss ausgesetzt. Dieser ist nach § 21 Abs. 2 FamFG anfechtbar. Als Zwischenentscheidung bedarf der Aussetzungsbeschluss aber keiner Rechtsbehelfsbelehrung.⁸⁶ Im Falle der Beurkundung einer Teilauseinandersetzung ist wie bei der Auseinandersetzung selbst vorzugehen.⁸⁷

Formulierungsvorschlag für eine Teilauseinandersetzung:

URNr. ... /2012

Nachlasssache ...

AG ... – Nachlassgericht –, Az. ...

Vermittlung der Auseinandersetzung

- Teilauseinandersetzung -

(Urkundseingang wie oben Ziffer 4.)

I. Vorbemerkung

(wie oben Ziffer 4.)

II. Streitpunkte

Es bestehen Streitpunkte. Die Anwesenden stellen die Streitpunkte gemäß Anlage 4 fest. Das Verfahren wird bis zur Erledigung der Streitpunkte ausgesetzt werden, im Übrigen erfolgt die Auseinandersetzung (§ 370 Satz 1 und 2 FamFG).

III. Teilauseinandersetzung

(wie oben Ziffer 4.)

IV. Vollmacht

(Vollzugsvollmacht für den Notar)

V. Hinweise und Schlussbestimmungen

1. Durch diese Auseinandersetzung sind alle Ansprüche der Beteiligten aus der Erbengemeinschaft hinsichtlich des in dieser Urkunde auseinandergesetzten Nachlasses ausgeglichen und abgegolten, so dass daraus nach Erfüllung dieses Vertrages gegenseitig keine Ansprüche mehr bestehen, sofern in dieser Urkunde nichts anderes geregelt ist.

2., 3. (wie oben Ziffer 4.)

Formulierungsvorschlag für einen Aussetzungsbeschluss:

(*Rubrum*, vgl. oben Ziffer I. 1. b)

I. Aussetzung

Das Verfahren wird bis zur Erledigung der in Ziffer II der Niederschrift vom ..., Urkunde des Notars ..., URNr. .../2012, näher bezeichneten Streitpunkte ausgesetzt.

II. Gründe

Das Verfahren ist nach § 370 Satz 1 FamFG auszusetzen. Die Aussetzung hat zu erfolgen, wenn sich bei der Verhandlung Streitpunkte ergeben. Das ist hier der Fall. Die genannten Streitpunkte ergaben sich in der Verhandlung und konnten nicht im Verhandlungswege ausgeräumt werden. Hiermit ist in absehbarer Zeit auch nicht zu rechnen. Beglaubigte Abschrift der genannten Urkunde ist beigelegt.

V. Nach dem Termin, insbesondere das Säumnisverfahren⁸⁸

Nach der Beurkundung der Auseinandersetzung ist für den weiteren Verlauf des Verfahrens zu unterscheiden:

1. Anwesenheit aller Beteiligten

Waren alle Beteiligten bei der Beurkundung anwesend, bestätigt der Notar die Auseinandersetzung (§ 368 Abs. 1 Satz 2, § 366 Abs. 2 Satz 1 FamFG).⁸⁹

2. Nichtanwesenheit einzelner Beteiligter und Säumnisverfahren

a) Vorgehen des Notars

Waren nicht alle Beteiligten bei der Beurkundung anwesend, so sind die Nichterschienenen um ihre Zustimmung nachzusuchen. Da das Gesetz hierzu keine besonderen Vorschriften enthält, kann der Notar wie bei der Einholung einer Nachgenehmigung vorgehen. Es empfiehlt sich aber, bereits hier § 366 Abs. 3 FamFG zu beachten, um die Säumnisfolgen des § 366 Abs. 3 Satz 2 FamFG auslösen zu können. § 366 Abs. 3 Satz 1 FamFG steht dem nicht entgegen. Er stellt nämlich lediglich klar, dass das Verfahren nicht schon mit Nichterteilung der Zustimmung beendet ist, und ist nicht so zu verstehen, dass das Säumnisverfahren erst nach erfolglosem Nachsuchen um Zustimmung eingeleitet werden darf.

Der Notar wird also den Nichterschienenen den Inhalt der Urkunde bekanntgeben, sie um ihre Zustimmung ersuchen und sie darüber informieren, dass sie die Auseinandersetzungsurkunde auf der Geschäftsstelle einsehen und eine Abschrift fordern können sowie auch innerhalb einer von ihm bestimmten Frist die Anberaumung eines neuen Termins beantragen können (§ 366 Abs. 3 Satz 1 und 2, § 368 Abs. 2 FamFG). Dabei hat er sie darauf hinzuweisen, dass ihr Einverständnis mit der Urkunde angenommen wird, wenn sie keinen neuen Termin beantragen oder in diesem Termin nicht erscheinen (§ 366 Abs. 3 Satz 2, § 368 Abs. 2 FamFG).

Praktisch wird der Notar dem Beteiligten eine Ausfertigung der Urkunde mit Genehmigungsentwurf und den genannten Hinweisen zusenden. Das Schreiben ist förmlich bekanntzugeben, da es eine Fristbestimmung enthält (§ 15 FamFG).

⁸³ Vgl. Palandt/Edenhofer, § 2385 Rdnr. 2.

⁸⁴ Daher zu negativ die Ansicht von MünchKommZPO/Mayer, 3. Aufl., § 363 Rdnr. 2.

⁸⁵ Siehe oben Abschn. A. Ziffer V. 1. b).

⁸⁶ Siehe oben Abschn. A. Ziffer V. 2. a).

⁸⁷ Siehe unten Ziffer V. ff.

⁸⁸ Zum Säumnisverfahren allgemein siehe oben Abschn. A. Ziffer IV. 4.

⁸⁹ Siehe unten Ziffer VII.

Insoweit kann auf die Ausführungen zur Ladung verwiesen werden.⁹⁰ Als angemessen erscheint eine Frist von zwei Wochen, da diese Frist für Ladungen angemessen ist⁹¹ und für den Antrag auf Wiedereinsetzung gilt (§ 18 Abs. 1 FamFG). Die Fristbestimmung erfolgt durch Beschluss, gegen den die Beteiligten nach § 372 Abs. 1 FamFG vorgehen können. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist allerdings nicht erforderlich, da es sich um keine Endentscheidung handelt.⁹²

Für den Nichterschiedenen ergeben sich somit drei Möglichkeiten: Zustimmung zur Auseinandersetzung (unten b), Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins (unten c) oder eine andere oder gar keine Äußerung (unten d).

b) Erteilung der Zustimmung

Die Zustimmung ist in öffentlicher Form zu erteilen (§ 368 Abs. 1 Satz 3, § 366 Abs. 2 Satz 2 FamFG). Liegen die Zustimmungen aller Nichterschiedenen vor, bestätigt der Notar die Auseinandersetzung (§ 368 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 366 Abs. 2 FamFG).⁹³

c) Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins zur Verhandlung

Beantragt der Nichterschiedene die Anberaumung eines neuen Termins, muss der Notar zu diesem Termin ordnungsgemäß laden und zwar die zum ersten Termin erschienenen Beteiligten, die nichterschiedenen Beteiligten, die ihre Zustimmung erteilt haben, und die, die einen Antrag auf neuen Termin gestellt haben. Dies ist gesetzlich nicht ausdrücklich bestimmt, ergibt sich aber e contrario aus der Ladungsvorschrift des § 365 Abs. 2 Satz 1 FamFG. Danach kann nämlich die Ladung eines nichterschiedenen Beteiligten unterbleiben, wenn ein neuer Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt wird. Umgekehrt sind die erschienenen Beteiligten zu laden. Die nichterschiedenen Beteiligten, die ihre Zustimmung erteilt haben, sind den erschienenen gleichzustellen, da sie durch ihre Zustimmung an der Auseinandersetzung mitgewirkt haben. Der Antragsteller ist selbstverständlich auch zu laden, da sein Antrag sonst keinen Sinn macht. Das rechtliche Gehör der übrigen Nichterschiedenen ist bereits durch die Möglichkeit des Antrags auf Anberaumung eines neuen Termins und der Wiedereinsetzung (§ 367 FamFG) hinreichend gewahrt.⁹⁴ Die Ladung muss nicht den Inhalt des § 366 Abs. 3 FamFG und keine bestimmte Ladungsfrist enthalten.⁹⁵

Im neuen Termin ist die Verhandlung fortzusetzen (§ 368 Abs. 2 Satz 2, § 366 Abs. 4 Satz 1 FamFG), wobei es sich regelmäßig um eine Neuverhandlung handeln dürfte. Erscheint der Betroffene zum neuen Termin jedoch nicht, wird sein Einverständnis mit der Urkunde angenommen und die bereits beurkundete Auseinandersetzung ist zu bestätigen (§ 368 Abs. 2 Satz 2, § 366 Abs. 4 Satz 2 FamFG).⁹⁶ Eine erneute Verhandlung findet auch dann nicht statt, wenn andere Beteiligte erschienen sind.

d) Keine Zustimmung und kein Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins zur Verhandlung

Beantragt der nicht erschienene Beteiligte innerhalb der gesetzten Frist keinen neuen Termin, gilt seine Zustimmung

als erteilt und der Notar bestätigt die beurkundete Auseinandersetzung (§ 368 Abs. 2 Satz 2, § 366 Abs. 4 Satz 2 FamFG).⁹⁷

e) Formulierungsvorschlag für Beschluss und Hinweisschreiben

(Rubrum, vgl. oben Ziffer I. 1. b)

I. Fristbestimmung

Als Frist für den Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins nach § 366 Abs. 3 Satz 2 FamFG wird eine Frist von zwei Wochen bestimmt.

II. Gründe

Eine Frist ist zu bestimmen. Die Frist von zwei Wochen ist angemessen. Sie entspricht der Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Sehr geehrte/r Frau/Herr ...,

in der Nachlasssache ... haben im Termin am ... die erschienenen Beteiligten die aus der anliegenden Ausfertigung der Auseinandersetzungsurkunde ersichtlichen Erklärungen abgegeben.

Wenn Sie mit den Erklärungen einverstanden sind, bitte ich Sie, den beiliegenden Entwurf der Genehmigungserklärung zu unterschreiben, Ihre Unterschrift von einem Notar beglaubigen zu lassen und die Genehmigung an mich zurückzuschicken.

Ich weise auf Folgendes hin: Wenn Sie mit den Erklärungen in der Auseinandersetzungsurkunde nicht einverstanden sind, können Sie innerhalb einer Frist von zwei Wochen vom Tage der Zustellung dieses Schreibens an die Anberaumung eines neuen Termins beantragen. Tun Sie dies nicht oder erscheinen Sie in dem neuen Termin nicht, wird Ihr Einverständnis mit dem Inhalt der Urkunde angenommen.

f) Wiedereinsetzung

War die Säumnis unverschuldet, kann der Betroffene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen (§§ 367, 368 Abs. 2 Satz 2 FamFG).

VI. Bestätigung und Wirksamkeit

1. Bestätigung

Die Bestätigung der Auseinandersetzung erfolgt durch Beschluss (§ 371 Abs. 1 FamFG). Im Bestätigungsbeschluss sollte die Ordnungsmäßigkeit des bisherigen Verfahrens dokumentiert werden, da die Beschwerde gegen den Beschluss nur auf Verfahrensfehler gestützt werden kann.⁹⁸ Der Beschluss ist den Beteiligten durch förmliche Zustellung bekannt zu geben, da die Bekanntgabe die Beschwerdefrist auslöst (§ 15 Abs. 1, § 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG). Insoweit kann auf die Ausführungen zur Ladung verwiesen werden.⁹⁹ Über die ordnungsgemäße Zustellung sollte aus Nachweisgründen ein Vermerk aufgenommen werden. Der Bestätigungsbeschluss samt Zustellungsvermerk sollte dem Nachlassgericht mitgeteilt werden, damit dieses die Rechtzeitigkeit eingelegerter Rechtsmittel feststellen bzw. das Rechtskraftzeugnis erteilen kann.¹⁰⁰

⁹⁰ Siehe oben Ziffer III.

⁹¹ Siehe oben Ziffer III. 3.

⁹² Siehe oben Abschn. A. Ziffer IV. 3.

⁹³ Siehe unten Ziffer VII.

⁹⁴ Siehe unten Buchstabe f).

⁹⁵ *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl., § 366 Rdnr. 67.

⁹⁶ Siehe unten Ziffer VII.

⁹⁷ Siehe unten Ziffer VII.

⁹⁸ Zum Beschluss siehe oben Abschn. A. Ziffer IV. 3.

⁹⁹ Siehe oben Ziffer III.

¹⁰⁰ Siehe oben Abschn. A. Ziffer V. 2. c).

Formulierungsvorschlag für eine Bestätigung und den Zustellungsvermerk:*(Rubrum, vgl. oben Ziffer I. 1. b)***I. Bestätigung**

Die in der Urkunde des amtierenden Notars vom ..., URNr. ..., enthaltene Auseinandersetzung wird bestätigt.

II. Gründe

Die in der Urkunde enthaltene Auseinandersetzung war gemäß § 368 Abs. 2 Satz 1, § 366 Abs. 3 und 4 FamFG zu bestätigen.

Die Bestätigung hat zu erfolgen, wenn alle Beteiligten bei der Beurkundung der Auseinandersetzung erschienen sind oder nichterschienene Beteiligte ihre Zustimmung zu gerichtlicher Niederschrift oder in öffentlich beglaubigter Form erteilt haben oder ein nichterschienener Beteiligter, der der Vereinbarung nicht nach § 366 Abs. 2 Satz 2 FamFG bzw. § 368 Abs. 1 Satz 3 FamFG zugestimmt hat, nach erfolgter Bekanntgabe gemäß § 366 Abs. 3 Satz 1 und 2 FamFG nicht innerhalb der vom Notar bestimmten Frist die Anberaumung eines neuen Termins zur Verhandlung beantragt hat oder in dem neuen Termin nicht erschienen ist.

Das ist hier der Fall. (*Darstellung des Sachverhalts und Beifügung der Nachweise über die Einhaltung des Verfahrens*)

III. Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt. (*wie oben Ziffer I. 2. a*)

*(Rubrum, vgl. oben Ziffer I. 1. b)***Vermerk**

Der Bestätigungsbeschluss des amtierenden Notars vom ..., URNr. ..., wurde den Beteiligten bekanntgegeben und zwar wie folgt: Dem Beteiligten ... am ...

Die Bekanntgabe erfolgte gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 FamFG, §§ 175, 176 ZPO. Eine Abschrift der Bekanntgabe samt Zustellungsnachweis ist dieser Urkunde als Anlage 1 beigelegt.

3. Rechtskraftzeugnis und Wirksamkeitsvermerk

Mit Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses wird die Auseinandersetzung wirksam (§ 371 Abs. 1 FamFG).¹⁰¹ Wirksamkeit in diesem Sinne bedeutet aber nur, dass die Erklärungen aller Beteiligten, die in der Auseinandersetzungsvereinbarung enthalten sind, wirksam abgegeben wurden. Zustimmungen und Genehmigungen Nichtbeteiligter sind ggf. noch zusätzlich einzuholen.¹⁰² Der Notar sollte das Rechtskraftzeugnis (§ 46 FamFG), das das Nachlassgericht erteilt,¹⁰³ mit Ablauf der Beschwerdefrist beim Gericht beantragen. Sobald es vorliegt, empfiehlt es sich, die Wirksamkeit der Auseinandersetzung durch Eigenurkunde festzustellen, um diese etwa gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen zu können.

¹⁰¹ Die Auseinandersetzung wird aber schon vorher wirksam, wenn alle Beteiligten an der Beurkundung mitgewirkt haben. Denn bereits zu diesem Zeitpunkt sind die Voraussetzungen für die materiellrechtliche Wirksamkeit im genannten Umfang gegeben. Die Rechtskraft der Bestätigung ist daher nur für die Säumnisfälle erforderlich, um Rechtswirkungen gegen nichterschienene Beteiligte eintreten zu lassen, die sonst nicht möglich wären, siehe oben Abschn. A. Ziffer IV. 4.

¹⁰² Vgl. oben Abschn. A. Ziffer II. 2.

¹⁰³ Siehe oben Abschn. A. Ziffer IV. 2.

Formulierungsvorschlag für einen Vermerk über die Wirksamkeit:*(Rubrum, vgl. oben Ziffer I. 1. b)***Vermerk****I. Wirksamkeit**

Die in der Urkunde des amtierenden Notars vom ..., URNr. ..., enthaltene Auseinandersetzung ist wirksam.

II. Gründe

Die Auseinandersetzung wird nach § 371 Abs. 1 FamFG mit Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses wirksam. Die Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses des amtierenden Notars vom ..., URNr. ..., ist eingetreten am Dies ist nachgewiesen durch das Rechtskraftzeugnis des AG ... vom Das Zeugnis ist als Anlage beigelegt.

VII. Vollzug, Genehmigungen

Nach Eintritt der Wirksamkeit der Auseinandersetzung erledigt der Notar die ihm kraft Gesetzes obliegenden Aufgaben, etwa die Finanzamtsanzeigen oder, wenn keine weiteren Voraussetzungen nötig sind, die Fertigung einer bescheinigten Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Sonstige Vollzugstätigkeiten wie z. B. die Einholung erforderlicher Genehmigungen oder Vorkaufsrechtsbescheinigungen sowie die Vorlage an das Grundbuchamt hat der Notar nur zu besorgen, wenn ihn die Beteiligten hierzu ermächtigt haben.¹⁰⁴

C. Kosten**I. Allgemeines**

Die Gebühren des Notars sind dem Aufwand angepasst und in §§ 148, 116 KostO geregelt. Danach erhält der Notar bei einer von ihm bestätigten Auseinandersetzung eine 40/10-Gebühr, wenn der Vermittlungsantrag bei ihm gestellt wurde, ansonsten bei Überweisung durch das Nachlassgericht eine 30/10-Gebühr. Wird das Verfahren ohne Bestätigung abgeschlossen, fällt eine 20/10-Gebühr an, wenn ein Verhandlungstermin stattgefunden hat, andernfalls, etwa bei Rücknahme vor Beginn des Verhandlungstermins, nur eine halbe Gebühr. Der Notar erhält damit sogar bei Scheitern der Vermittlung im Verhandlungstermin die doppelte Gebühr. Geschäftswert ist der Aktivwert der Teilungsmasse.¹⁰⁵ Hinzu kommen Schreibgebühren und Auslagen.

Für den Vollzug, soweit er nicht Teil des Vermittlungsverfahrens ist, fallen gesonderte Gebühren an, wenn der Notar ihn betreibt.¹⁰⁶

Kostenschuldner ist der Antragsteller. Die übrigen Anteilberechtigten haften aber gesamtschuldnerisch (§ 116 Abs. 6 KostO). Anteilsberechtigt im Sinne dieser Vorschrift sind alle am Nachlass vermögensmäßig Beteiligten.¹⁰⁷ Die Mithaft ist aber nicht gerechtfertigt, wenn der Antrag auf Vermittlung als unzulässig abgewiesen oder zurückgenommen wird.¹⁰⁸ Die Erhebung eines Kostenvorschusses in Höhe der doppelten Gebühr dürfte sich daher wegen des schon im Vorfeld entstehen-

¹⁰⁴ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 2.

¹⁰⁵ *Korintenberg/Lappe*, KostO, 16. Aufl., § 116 Rdnr. 32.

¹⁰⁶ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 2.

¹⁰⁷ Vgl. *Korintenberg/Lappe*, KostO, 16. Aufl., § 116 Rdnr. 47.

¹⁰⁸ *Korintenberg/Lappe*, KostO, 16. Aufl., § 116 Rdnr. 49.

den Aufwandes regelmäßig empfehlen. Eine Vereinbarung zur Kostentragung ist in der Auseinandersetzung möglich und empfiehlt sich gerade auch für die Kosten der Vollzugsmaßnahmen, die nicht mehr Teil des Vermittlungsverfahrens sind.¹⁰⁹

II. Reform der Kostenordnung

Der Referentenentwurf des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes liegt vor und soll am 1.7.2013 in Kraft treten.¹¹⁰ § 66 RefE bestimmt den Geschäftswert der Vermittlung entsprechend der bisherigen Rechtslage. Die Gebühr Nr. 12510 für das Verfahren ist eine doppelte und verringert sich, wenn das Verfahren ohne Bestätigung endet, auf eine einfache Gebühr (Nr. 12511). Allerdings befinden sich diese Regelungen im Abschnitt der Gerichtsgebühren. Einen Verweis aus dem Abschnitt für Notare gibt es nicht. Für Notare ist nur § 79 vorgesehen, der aber die freiwillig übernommene Tätigkeit als Schlichter und Mediator erfasst, für die bislang der Aufwandsbestand des § 147 Abs. 2 KostO heranzuziehen war. Künftig kann der Notar die Gebühren hierfür frei vereinbaren. Für das amtliche Vermittlungsverfahren passt dies aber nicht, da es keine freiwillige, sondern eine amtliche Tätigkeit des Notars ist. Mit dem Amtscharakter ist eine Kostenvereinba-

rung auch unvereinbar. Der Referentenentwurf sieht die Möglichkeit der Vermittlung durch den Notar nicht. Es lässt sich zwar eine analoge Anwendung der Gerichtsgebühren vertreten, aber es wäre für die Rechtssicherheit und Gebührenklarheit besser, der Entwurf würde an dieser Stelle noch angepasst werden. Eine Anpassung ist aber auch hinsichtlich der Gebührensätze vorzunehmen. Die Reform führt zu einer Halbierung der Gebühr und setzt sie einer normalen Beurkundung eines Vertrages gleich (Gebühr Nr. 21100). Dies wird dem doch deutlich höheren Aufwand im Vermittlungsverfahren aber nicht gerecht und dient daher nicht dazu, das Verfahren populär zu machen. Deswegen sind die bisherigen Gebührensätze der KostO zu übernehmen. Diese sind ausgewogen und angemessen.

D. Abschluss

Das Verfahren auf Vermittlung der Nachlassauseinandersetzung durch den Notar führt zu Unrecht ein Schattendasein. Dabei liegen die Vorteile auf der Hand: Die ergebnisoffene Verhandlung führt zu sachnäheren und befriedigenderen Ergebnissen als eine Teilungsklage. Das Säumnisverfahren motiviert alle Beteiligten, am Verhandlungstisch zu erscheinen. Zudem wird die Justiz entlastet. Besorgt der Notar auch noch den Vollzug, findet schließlich die ganze Auseinandersetzung aus einer fachkundigen Hand statt. Das Verfahren sollte daher im Interesse aller Beteiligten tägliche Praxis des Notars werden. Leider wird dem der RefE-KostO nicht gerecht.

¹⁰⁹ Siehe oben Abschn. A. Ziffer I. 2.

¹¹⁰ Abrufbar auf der Homepage des Bundesministeriums der Justiz (zuletzt abgerufen am 7.4.2012).

BUCHBESPRECHUNGEN

Basty: Der Bauträgervertrag. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 646 S., 119 €

Der „Basty“ hat sich längst als Standardwerk zum Bauträgerrecht etabliert. Die Frage, der hier nachgegangen werden soll, kann daher nur lauten: Was bringt diese Auflage Neues? Folgendes ist mir aufgefallen:

Rechtsprechung und Literatur sind nach Angabe bis September 2011 berücksichtigt.

Der geringere Seitenumfang im Vergleich zur Voraufgabe wurde mit einer kleineren Schriftgröße erkauft. Noch kleiner sollte sie künftig nicht mehr werden. Sehr erfreulich ist, dass die Randnummern in Bezug auf die dort behandelten Inhalte im Vergleich zur Voraufgabe endlich unverändert sind. Das erleichtert das Auffinden von Zitierstellen ungemein. Lediglich ab Rdnr. 1056 hat sich eine eigene neue Randnummer eingeschlichen, so dass ab hier leider die Randnummern im Vergleich zur Voraufgabe leicht verschoben sind.

Die wichtige Entscheidung des BGH, DNotZ 2011, 351, zum Sicherungsumfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV (Differenzierung zwischen den Vorauszahlungs- und Abschlagszahlungsfällen) wurde eingearbeitet: *Basty* führt in Rdnr. 616 zutreffend aus, dass derselbe Bürgschaftstext je nach Sicherungszweck unterschiedliche Sicherungen vermittelt. Er bejaht in Rdnr. 632 die Zulässigkeit einer Formulierung im Bürgschaftstext, wonach die Bürgschaft in den Abschlagszahlungsfällen keine Mängelansprüche sichert, sofern solche nicht eine Rückgewähr der vom Erwerber geleisteten Vermögenswerte zum Inhalt haben, hält eine solche Formulierung aber zu Recht für überflüssig. Ich würde von solchen Formulierungen lieber die Finger lassen.

Die Problematik der angemessenen Annahmefrist bei Angebotsgestaltungen wird in den Rdnr. 170 ff. ausführlich erörtert. Die Frage, ob es genüge, die Bindungsfrist entsprechend BGH, DNotZ 2010, 913 = MittBayNot 2011, 49, auf vier Wochen zu beschränken, das Angebot aber danach als widerruflich aufrechtzuerhalten, bezeichnet er als ungeklärt (Rdnr. 174).

Sehr gut gefällt mir die Darstellung typischer Klauseln zum Freigabeverprechen der Globalgläubigerin mit jeweiliger Wertung betreffend deren Zulässigkeit. Die Entscheidung des OLG München, DNotZ 2011, 929, nach der ein Freigabeverprechen nur Zug um Zug gegen Löschung der Vormerkung sowie nur unter der Voraussetzung, dass das Bauvorhaben aus Gründen nicht vollendet wird, die der Käufer nicht zu vertreten hat, unzulässig ist, konnte noch berücksichtigt werden (Rdnr. 384 und 419). Der Frage, was der Notar mit einem nach dieser Entscheidung unzulässigen Freigabeverprechen tun sollte, geht *Basty* in Rdnr. 391 nach: Zu Recht empfiehlt er dem Notar, wenn dieser schon keine Änderung der Erklärung erreichen kann, dass er zumindest die Beteiligten auf die Bedenken gegen die Wirksamkeit solcher Klauseln und die damit verbundenen Risiken hinweisen sollte.

Das Forderungssicherungsgesetz (neugefasster § 632a BGB) ist etwas überraschend nicht bei den Fälligkeitsvoraussetzungen, sondern am Anfang des Buches in den Rdnr. 32 ff. behandelt. In Rdnr. 39 führt *Basty* aus, dass die Sicherheit nach § 632a BGB auch Ansprüche wegen kleinerer Mängel, die bei Abnahme festgestellt wurden, erfasst. Dies finde ich wegen der eindeutigen Gesetzesformulierung („ohne wesentliche Mängel“) nicht ganz einleuchtend.

Die Frage, wie Gemeinschaftseigentum einheitlich abgenommen werden kann, um ein einheitliches Ende der Verjährung der Mängelgewährleistung zu erreichen, wird seit Jahren heftig und kontrovers diskutiert. Nach *Basty* begegnet die zuletzt von *Rapp* in MittBayNot 2012, 169, vertretene Ansicht, dass die Abnahme durch die Eigentümergemeinschaft erfolgen kann, erheblichen Bedenken (Rdnr. 1008). Er untersucht ausführlich die überwiegend vorgeschlagene Lösung über eine Vollmacht aller Erwerber an einen Sachverständigen (Rdnr. 1010 ff.). Er konnte hierbei sogar noch die gegenüber der Vollmachtlösung kritische Entscheidung des OLG Karlsruhe, NJW 2012, 237, berücksichtigen. Letztlich schlägt er eine Trennung zwischen (durch einen Sachverständigen vorgenommenen) einheitlicher technischer und rechtsgeschäftlicher Abnahme vor. Letztere könne dann durch eine Aufforderung der Erwerber erfolgen, sich zum zugesendeten Protokoll des Sachverständigen in rechtlich verbindlicher Weise zu erklären, wobei man hier wohl mit einer Zustimmungsfiktion arbeiten könne (Rdnr. 1030).

Davon zu trennen ist die in der Praxis wichtige Frage, inwieweit Nachzügler (spätere Erwerber) in die früher bereits erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums eingebunden werden können. Nach *Basty* (Rdnr. 1122) kann dies allenfalls durch Verkürzung der Verjährungsfrist (Angleichung an die Frist der früheren Erwerber) erreicht werden, wenn es sich nicht mehr um eine „neu hergestellte Sache“ (§ 309 Nr. 8 BGB) handelt. Er hält eine Verjährungsverkürzung für möglich, wenn seit der ersten nachhaltigen Inanspruchnahme durch frühere Erwerber mindestens ein Jahr, eher zwei Jahre, vergangen sind (Rdnr. 1064).

Sehr lobenswert sind die im Anhang vorgestellten Vertragsmuster, die sein Buch für den Vertragsgestalter noch wertvoller machen. Hervorzuheben sind z. B. Musterformulierungen für einen Nachzüglerkaufvertrag (Rdnr. 1188) und Sonderregelungen bei Mehrhausanlagen (Rdnr. 1180). Es liegt keine CD-ROM bei, die Muster sind aber im Internet (www.bastyderbautraegervertrag.de) abrufbar.

Fazit: Am „Basty“ kommt man als Vertragsgestalter im Bereich des Bauträgerrechtes nicht vorbei. Eine Anschaffung auch der neuen Auflage ist uneingeschränkt zu empfehlen, wenn nicht sogar geboten.

Notar *Michael Deutrich*, Friedberg

Klein: Handbuch Familienvermögensrecht. Vorsorgende Gestaltung und Auseinandersetzung. Luchterhand, 2011. 1852 S., 118 €

Bereits der Titel des von Herrn Rechtsanwalt *Michael Klein* herausgegebenen Werks „Handbuch Familienvermögensrecht“ macht neugierig, dieses Buch zu erwerben und dessen Inhalt zu erkunden. Der unaufmerksame Leser neigt dazu, das Handbuch als reines Familienrechtswerk zu identifizieren. Wie der Titel schon verrät, bietet das im Luchterhand Verlag erschienene „Handbuch Familienvermögensrecht“ dem Rechtsanwender eine viel umfassendere Arbeitshilfe. Hinter dem Begriff „Familienvermögensrecht“ verbirgt sich ein sehr viel weiteres Feld als nur das Vierte Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Zu Beginn des umfassenden Werks stellen die Autoren dar, welchen Bereich der Rechtswissenschaften sie beim Verfassen behandeln wollten. Das Familienvermögensrecht regelt ausführlich die vermögensrechtlichen Beziehungen in Familie und Partnerschaft und umfasst alle vermögensrechtlichen Verflechtungen innerhalb der Familie auf allen Rechtsgebieten auch außerhalb des reinen „Familienrechts“. Wie der Untertitel „Vorsorgende Gestaltung und Auseinandersetzung“ verrät, soll das Werk dem Rechtsanwender eine Hilfe bieten, der mit der Auseinandersetzung unter Lebenspartnern, von Eltern mit ihren Kindern und mit der Entflechtung der während der Ehe entstandenen vermögensrechtlichen Beziehungen unter Eheleuten befasst ist.

Bevor man sich weiter mit dem Inhalt befasst, lohnt der Blick auf die Autorenliste. Unterstützt wird der Herausgeber *Michael Klein* aus Regensburg von einem namhaften Autorenteam, zu dem ausgewiesene Praktiker im Bereich des Familienrechts zählen. Dem Herausgeber ist es gelungen, namhafte Vertreter aus dem Notariat, der Gerichtsbarkeit und der Rechtsanwaltschaft zu gewinnen, die durch ihre praktische Tätigkeit, aber auch durch ihre Publikationen ein juristisches Renommee erlangen konnten. Im Rahmen dieser Rezension ist es nicht möglich, auf jeden einzelnen Mitautor oder Beitrag angemessen einzugehen. Hervorheben möchte ich die Mitwirkung von Prof. Dr. *Bernd v. Heintzel-Heinegg*, Vorsitzender Richter am Bayerischen OLG a. D., dessen Skripten jedem Juristen, der sich ausführlich auf die Zweite Juristische Staatsprüfung im Familienrecht vorbereitet hat, über Jahrzehnte ein Begriff sind. Seine klare und strukturierte Darstellung ist auch in diesem Handbuch zu finden. Insgesamt ist auf jeden Fall festzuhalten, dass trotz der Vielzahl der Autoren dem Herausgeber ein einheitliches Gesamtwerk gelungen ist, das eine Bereicherung für die tägliche Beratung im Bereich des Familienvermögensrechts darstellt. Um es vorwegzunehmen: Wer dieses Handbuch im juristischen Alltag bei im Bereich des Familienrechts auftretenden Fragen zur Hand nimmt, wird schnell die richtigen Lösungsansätze finden.

Obleich bereits die erste Auflage des Handbuchs „Familienvermögensrecht“ über 1800 Seiten umfasst, vermeiden die Autoren unnötige Ausführungen und stellen mit der nötigen Ausführlichkeit die zentralen Probleme des Familienvermögensrechts dar. Die sorgfältige und systematisch wohlüber-

legte Untergliederung sowie die zahlreichen optischen Hervorhebungen im Text erleichtern das Studium des Handbuchs erheblich.

Wer mit der doch komplexen Beratung im Familienrecht, mit der Gestaltung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen oder mit Streitigkeiten zwischen Ehegatten und Familienmitgliedern als Jurist betraut ist, dem ist bewusst, dass zahlreiche Nebengebiete bei der Beratung der Mandanten zu berücksichtigen sind. Das zu besprechende Werk behandelt neben den klassischen Nebenfragen, wie zum Beispiel des Steuerrechts, sehr viele unterschiedliche Bereiche. So wurde ein Kapitel über das „Familienrechtliche Mandat zur Vermögensauseinandersetzung“ aufgenommen, welches insbesondere den Fachanwalt anspricht und vor Haftungsfallen im alltäglichen Berufsalltag schützen soll. Der Titel wird dem Werk bei näherem Studium tatsächlich gerecht. Das Handbuch behandelt Themen, die in einem klassischen Familienrechtshandbuch nur selten zu finden sind, wie beispielsweise Praxishinweise bei der Teilungsversteigerung und damit zusammenhängende Fragestellungen, Maßnahmen der Vermögensgefährdung, Beschränkung der Minderjährigenschaft, Fragen des internationalen Güterrechts und Versorgungsausgleichs, Anwaltsvergütung und Gerichtskosten und der Insolvenz der beteiligten Personen.

Grundsätzlich ist positiv zu bewerten, dass die Autoren sich nicht auf theoretische Ausführungen beschränken, sondern anhand von Formulierungsvorschlägen und Rechenbeispielen dem Leser Arbeitshilfen zur Hand geben. Als Verbesserungsvorschlag für die sicherlich bald folgende 2. Auflage wäre das Beifügen einer CD-ROM zu nennen, die über ein übersichtliches Menü verfügt und alle im Handbuch aufgeführten Musterformulierungen enthält. Auf diese Weise würde sich die Suche nach dem richtigen Baustein für den Verwender des vorliegenden Werks sehr komfortabel gestalten und den Praxisbezug unterstreichen.

Ein näheres Studium des Kapitels „Eheverträge“, das gerade für die notarielle Praxis von Bedeutung ist, lässt den Leser erkennen, dass der Autor sich ausführlich mit der Problematik der Sittenwidrigkeit von Eheverträgen beschäftigt hat. In den folgenden Auflagen wäre es wünschenswert, wenn der Schwerpunkt auf die Darstellung von weitreichenden zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, insbesondere mit Bezug zur notariellen Tätigkeit, gelegt würde. Gerade für den Vertragsgestalter wäre das Handbuch ein Mehrwert, wenn es um praxisnahe Gestaltungen im Bereich des Güterrechts, Unterhaltsrechts und Versorgungsausgleichs ergänzt würde.

Diese Besprechung muss mit der Feststellung enden, dass das Handbuch aufgrund der mehr als umfassenden Verwertung von Rechtsprechung und Literatur als eine gute wissenschaftliche Leistung anzusehen ist, ohne den Bezug zur Praxis zu verlieren. Durch die Symbiose aus zum Teil sehr ausführlichen und doch verständlichen Kommentierungen und dem Bereitstellen zahlreicher Musterformulierungen wird das zu besprechende Handbuch sich seinen festen Platz in der juristischen Bibliothek sichern.

Notar Dr. *Damian Wolfgang Najdecki*, Weiden i. d. OPf.

v. Dickhuth-Harrach: Handbuch der Erbfolge-Gestaltung. Carl Heymanns, 2010. 1546 S., 138 €

Alles wird voluminöser: Autos werden breiter und schwerer, Burger mutieren zu Kingsize- und Doppelburgern, selbst das Volumen handelsüblicher Wasserflaschen nimmt zu. Da bleibt es nicht aus, dass auch juristische Fachbücher immer umfangreicher werden. 1510 Seiten gilt es anzuzeigen, von *Dickhuth-Harrachs* „Handbuch der Erbfolge-Gestaltung“. Wer, wie der Rezensent, den allgegenwärtigen Trend zum „Supersizing“ nicht gutheißen mag, versucht, den 5,2 cm breiten Rücken zum Anlass zu nehmen, diese Neuerscheinung mit einem „das Buch ist mir zu dicke“ zu negieren und wegzulegen. Aber: Man ist ja nicht Friedrich der Große; der Autor des Handbuchs ist ein angesehener Kollege und das Werk ist in einem renommierten Verlag erschienen.

So greift man dann doch zum Buch und stellt zunächst erfreut eine nicht nur optisch ansprechende Gestaltung, sondern auch ein leserfreundliches Schriftbild und eine ansprechende Gliederung und Stoffaufbereitung fest. Das Buch ist in zwölf Teile mit 70 Paragraphen gegliedert. Den Paragraphen ist eine Übersicht und ein umfassendes Literaturverzeichnis vorangestellt. In diesen Literaturverzeichnissen findet man so gut wie jeden einschlägigen Aufsatz, und sei er in einem noch so kleinen Publikationsorgan erschienen (ausgewertet wird z. B. auch die Zeitschrift „Der Fachanwalt für Erbrecht“), und Dissertationen, die sonst nur beim kleinen Kreis extrem Eingeweihter bekannt sind, z. B. *Kübler*. Das sog. Behindertentestament unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Betreuers. Der Rezensent fand gar einen von ihm verfassten, aber längst vergessenen Aufsatz wieder. Die Anschaulichkeit und Praxis-tauglichkeit wird gefördert durch graphische oder tabellarische Übersichten, Checklisten, drucktechnisch besonders unterlegte Beispiele und Hinweise sowie im Fettdruck hervorgehobene Formulierungsbeispiele. Positiv hervorzuheben ist, dass speziell Grafiken, Übersichten und Checklisten den Text unterstützen und ihn anschaulich machen; sie ersetzen ihn aber nie in einer Weise, dass man glaubt, in einer ausgedruckten und gebundenen Powerpoint-Präsentation zu blättern.

Teile 1-4 des Buchs befassen sich mit „Vorfragen“, speziell auch mit Fragen der Beurkundung und des Beurkundungsverfahrens, Teile 5 und 6 mit den möglichen Anordnungen, Teil 7 mit den speziellen Gestaltungsformen Einzeltestament, gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag, Teil 8 mit flankierenden lebzeitigen Gestaltungen, Teile 9 und 10 mit Gestaltungsgrenzen (gliederungsmäßig hätte ich diese Teile weiter nach vorne gerückt) und Anwendungsbeispielen im Unternehmens- und Nichtunternehmensbereich (Teile 11 und 12). Überraschend und meines Erachtens nicht wirklich zur Thematik passend ist die Behandlung der Patientenverfügung.

Bereits bei der Gliederung fällt auf, dass der Autor zwar lebzeitige Gestaltungsinstrumente mitbehandelt, speziell etwa auch Lebensversicherungsverträge, sie aber eher als mögliche „Störquellen für die eigentliche Erbrechtsgestaltung“ bewertet (§ 46 Rdnr. 12 ff.) als eine sinnvolle Verzahnung zwischen lebzeitigen und letztwilligen Gestaltungsinstrumentarien strukturieren will. Postmortale Gestaltungen, speziell die Erbausschlagung und Erbaueinandersetzungen interessieren den Autor auch eher unter dem Aspekt der möglichen Störquelle für die erbrechtliche Gestaltung als als originäres Gestaltungsinstrument. Man findet die Ausschlagung verstreut über mehrere Teile des Buches und die Erbaueinandersetzung in § 26 (Erbengemeinschaft und Erbeinsetzung). Dabei fragt der Autor aber eher: „wie regelt der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung Auseinandersetzungen (§§ 27, 31)“ und „wie berücksichtigt er mögliche Erbschaftsausschla-

gungen in seiner letztwilligen Verfügung“ (§ 21 Rdnr. 6, 7). Ein systematischer Abschnitt, wie nach dem Tod mit dem Problem fehlender, unzureichend formulierter oder von allen Begünstigten so nicht gewollter letztwilliger Verfügungen umgegangen wird, fehlt aber. Folgerichtig findet sich z. B. auch zur Erbanteilsveräußerung kein Stichwort im Index und nur vier Randnummern im Text (§ 26 Rdnr. 65-67 und 89).

Bei der eigentlichen Stoffbewältigung liefert der Autor in Bezug auf Problemanalyse und theoretische Problemdurchdringung einschließlich abstrakter Gestaltungsempfehlungen den aktuellsten Wissensstand, der zuverlässig wiedergegeben und aufbereitet wird. Im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Pflichtteilsreduzierung wird etwa der Pflichtteilsverzicht des Kindes zulasten eines – zu übergehenden – Enkelkinds erörtert (§ 60 Rdnr. 22). Beim Zuwendungsverzicht erkennt der Autor die Vorteile, die sich daraus ergeben, dass dessen Wirkungen auf Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt werden können (Seite 980 ff.). Grundlegend neue Gestaltungsgedanken, die man so noch nie gelesen hat, wird man nicht finden. Gegenüber manchen Gestaltungsversuchen, die anderweitig bearbeitet wurden, aber noch nicht fest verankert im Repertoire sind, lässt der Autor vorsichtige Skepsis erkennen, z. B. gegenüber ehevertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Pflichtteilsreduzierung oder gegenüber gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen mit demselben Ziel (§ 60 Rdnr. 33 ff. und 36 ff.).

Gegenüber den zuverlässigen Problemanalysen und sorgfältigen Bearbeitungshinweisen fallen dann bisweilen allerdings die konkreten Formulierungsbeispiele in der Qualität ab. Zur Verdeutlichung: Beim Behindertentestament wird der aktuelle Diskussionsstand zu den Gestaltungsempfehlungen (Erb-schafts-, Vermächtnis- und umgekehrtes Vermächtnismodell) mit Vor- und Nachteilen zuverlässig wiedergegeben. Dies führt dann auch nachvollziehbar zu der Gestaltungsempfehlung einer Erbschaftslösung, wobei meines Erachtens der Gedanke, einen Behinderten zu übergehen und dessen Pflichtteil auszulösen, etwas zu schnell als generell ungewollt abgetan wird. In der Praxis schafft man bei Ehegatten mit einem behinderten Kind durch die Erbschaftslösung ggf. über Jahrzehnte und für zwei Erbfälle durch die Koppelung von zwei in ihrer praktischen Durchführung nicht einfachen Gestaltungs-konstruktionen (Vor- und Nacherbfolge gekoppelt mit Testamentsvollstreckung) komplizierte Strukturen. Bei dem umfassend formulierten Anwendungsbeispiel hierzu in § 70 fällt aber Folgendes auf: Das Vollmachtenmodell wird sowohl für den Fall des Todes der Mutter als auch für den Fall des Todes des Vaters durchformuliert (seine Kompliziertheit ergibt sich freilich schon aus dem Umfang des Musterdokuments von knapp acht Druckseiten). Schließlich werden in § 10 Abs. 5 des Dokuments auch die Auswirkungen einer Scheidung auf die letztwilligen Verfügungen behandelt. Dazu wird dann allerdings vorgeschlagen, dass jeder Ehegatte – unter einem vollständigen Konzeptwechsel vom Erbschafts- zum Pflicht-teilsmodell – unter Übergehung des behinderten Kindes das „gesunde Kind“ als Alleinerben einsetzt. Angeboten hätte sich hier stattdessen die Formulierung: „In diesem Fall trifft jeder von uns die Verfügungen von Todes wegen, die er sonst für den Fall getroffen hat, dass er als Zweiter von uns verstirbt.“

Im Rahmen des Testaments eines Alleinstehenden ohne Abkömmlinge findet sich auf Seite 1387 extrem flapsig die Äußerung, dass bei solchem Sachverhalt keine Pflichtteilsbe-rechtigten vorhanden seien. Bei dem Lebensalter, das viele Menschen heute erreichen, ist es aber nicht selten, dass Eltern ihre Kinder überleben und bekanntlich steht auch Eltern,

wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, der Pflichtteil zu; bei nicht verheirateten Erblassern ohne Abkömmlinge ist die Quote hoch. Hier hätte es des Hinweises bedurft, dass bei Vorhandensein von Eltern oder Elternteilen sich der Abschluss von Pflichtteilsverzichtsverträgen empfiehlt, bei denen die Eltern auf den Pflichtteil beim Tod des Kindes verzichten.

Bei der Behandlung des Erbverzichts und des Erb- und Pflichtteilsverzichts findet sich zunächst bei § 43 Rdnr. 24 der richtige und wichtige Gestaltungshinweis, dass bei entgeltlichen Verzichten die Wirksamkeit des Verzichts von der Erfüllung der Zahlungsverpflichtung abhängig gemacht werden kann und dass hier eine auflösende Bedingung für den Fall der Nichtzahlung einer aufschiebend bedingten Vereinbarung, die mit Zahlung wirksam wird, vorzuziehen ist (siehe auch § 43 Rdnr. 20 ff.). Als Gestaltungsvorschlag für einen entgelt-

lichen Pflichtteilsverzicht liest man dazu aber in Rdnr. 50 eine Formulierung mit einer durch die Zahlung aufschiebend bedingten Wirkung des Pflichtteilsverzichts.

Zusammengefasst hat sich von *Dickhuth-Harrach* als Einzelautor (!) einer Riesenaufgabe unterzogen und ein gut konzipiertes, angenehm lesbares und sorgfältig ediertes Werk geschaffen, dabei Rechtsprechung und vor allem auch Literatur umfassend und zuverlässig aufgearbeitet. Als Wunsch für eine Neuauflage verbleibt die systematische Darstellung der Gestaltungsmöglichkeiten nach dem Tod des Erblassers (um „Raum zu schaffen“, darf ruhig die Patientenverfügung entfallen). Wünschenswert wäre auch ein wenig mehr Sorgfalt bei den Formulierungsvorschlägen.

Notar Prof. Dr. *Bernd Wegmann*, Ingolstadt

Zimmermann: Der Verlust der Erbschaft. Enterbung, Pflichtteilsschmälerung, Erb- und Pflichtteilsunwürdigkeit. 2. Aufl., Erich Schmidt, 2011. 228 S., 35,80 €

Der Titel des Buches ist ungewöhnlich. Das Wort „Verlust“ versteht der Autor nicht nur als tatsächlichen Verlust einer Rechtsposition, sondern auch als faktischen Verlust in dem Sinne, dass eine Rechtsposition ihren wirtschaftlichen Wert verliert. Mit dem Wort „Erbschaft“ meint der Autor nicht nur die Erbschaft im technischen Sinne, sondern auch den laienhaft als „Erbschaft“ bezeichneten Pflichtteil.

Ein Verlust lässt sich sachlogisch nur beklagen, wenn vorher etwas erlangt wurde. Der Autor meint damit beispielsweise die angefallene Erbschaft. Diese Rechtsposition kann man auch im wirtschaftlichen Sinne wieder „verlieren“, etwa durch das beeinträchtigende Handeln eines Scheinerben oder durch die Vernichtung eines bestehenden Testamentes. In den ersten vier Kapiteln stellt der Autor zum Beispiel dar, welche Handlungsmöglichkeiten es bei einem verschwundenen Testament gibt oder wie der Erbe bei Zweifeln an seiner Testierfähigkeit vorgehen kann. Hier wird der Leser auch Rat finden, wie ein Scheinerbe gestoppt werden kann.

In den Kapiteln fünf bis 14 richtet der Autor sein Augenmerk vor allem auf die Möglichkeiten des „Verlustes“ des Pflichtteils, also auf Fragen der Entziehung, des Verzichts und der Reduzierung des Pflichtteils, sowie auf Fragen der Pflichtteilsergänzungsansprüche. Dies macht den Hauptteil des Werkes aus. Besonders gelungen sind insbesondere die Ausführungen zur „Konstruktion“ von Gegenleistungen im Rahmen von § 2325 BGB. Was der Autor hier ausführt, beispielsweise über die Darlegungslast in Pflichtteilsprozessen, wenn der Beschenkte behauptet, er habe ein Grundstück zur Tilgung eines behaupteten Darlehensrückzahlungsanspruchs erhalten, hat in dieser Weise sicher Seltenheitswert.

Das Buch schließt in den letzten fünf Kapiteln mit Ausführungen zu ganz unterschiedlichen Rechtsfragen:

Erlangte Rechtspositionen im Sinne des Buches gibt es auch aus bindenden Verfügungen von Todes wegen. Der Aushöhlung dieser bindenden Verfügungen widmet sich das Werk deshalb ebenfalls. Auch den Entzug der Erbschaft durch erfolgreiche Anfechtung eines Testamentes, oder durch irrite

Ausschlagung, versteht der Autor als „Verlust“ der Erbschaft. Korrespondierend zum Pflichtteilsverzicht werden Erb- und Zuwendungsverzicht behandelt. Zum Abschluss finden sich Ausführungen zu Möglichkeiten, einen Testamentsvollstrecker abzusetzen. Die Ausschlagung und die Anfechtung der Ausschlagung werden ebenfalls thematisiert.

Das Buch nimmt nicht spezifisch den Blickwinkel der Vertragsgestaltung ein. So sind die Ausführungen zu Beginn, in den ersten vier Kapiteln, vor allem für Rechtsanwälte und Richter interessant; ebenso das Kapitel über Testamentsvollstreckung. Aber auch in allen anderen Kapiteln finden sich viele Ausführungen zu Beweislastverteilung und Zulässigkeit bestimmter Klagen und weitere rein prozessuale Gesichtspunkte der behandelten Materie. Auch Fragen der Geltendmachung der Erb- oder Pflichtteilsunwürdigkeit berühren die notarielle Praxis kaum.

Der breite Ansatz des Werkes führt bei einem Umfang von 228 Seiten zwangsläufig zu Abstrichen. So vermisst der Vertragsgestalter Gesichtspunkte, die ihm unter den Fingernägeln brennen. Im Kapitel zur Pflichtteilsentziehung fehlen die Ausführungen zu den Rechtsfolgen der Pflichtteilsentziehung. Zu manchen pflichtteilsrelevanten Gestaltungen, wie Pflichtteilsstrafklauseln oder gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichten, finden sich keinerlei Ausführungen. Bei der Entwicklung von solchen Gestaltungen ist das Buch daher keine Hilfe. Andererseits sind die Teile des Buches, welche die notarielle Praxis berühren – insbesondere die Ausführungen zum Pflichtteilsrecht – sehr gut lesbar und übersichtlich. In diesem Buch kann schnell etwas nachgelesen werden, wenn zum Beispiel ad hoc eine Pflichtteilsentziehung formuliert werden muss.

Eine Stärke des Buches liegt darin, dass es sich auch zu eher selten auftretenden Problemen der Praxis, wie etwa der Anfechtung einer Annahme oder einer Ausschlagung äußert. Das Buch ist hier praxisnah und gibt weiterführende Hinweise.

Zur Recherche von Detailfragen kann eine Anschaffung jedoch nicht empfohlen werden; das Buch will eher einen Überblick über die aufgeführten Bereiche vermitteln. Als interessante, man kann sogar sagen spannende Lektüre mit einem ungewöhnlichen Konzept ist das Buch aber jedem Juristen zu empfehlen.

Notarassessor *Karl Büringer*, Trostberg

Esskandari/Franck/Künemann: Unternehmensnachfolge. C. F. Müller, 2012. 638 S., 99,95 €

Das erstmals veröffentlichte Werk mit dem Titel „Unternehmensnachfolge“ von Dr. *Esskandari*, Dr. *Franck* und Dr. *Künemann* versteht sich als Praktikerhandbuch und versucht, die vielschichtigen rechtlichen, wirtschaftlichen und nicht zuletzt familiären Interessenskonstellationen, die bei der komplexen Thematik der Unternehmensnachfolge aufeinandertreffen, aufzuzeigen und praxisgerecht aufzuarbeiten. Die Zusammenarbeit eines Rechtsanwalts, eines Notars sowie eines Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers ermöglicht es hierbei, sich der Gestaltungsproblematik von verschiedenen Blickwinkeln zu nähern. Neben der aktuellsten Rechtsprechung sind in das Werk bereits die neuen Erbschaftsteuer-richtlinien und der Umwandlungsteuererlass 2011 eingearbeitet.

Bewusst verzichtet das Werk auf langatmige theoretische Ausführungen und enthält stattdessen eine Vielzahl an Formulierungs- und, gerade im steuerlichen Bereich, Berechnungsbeispielen, die dem Praktiker eine gute Hilfestellung bieten. Gelegentliche Druckfehler – einzelne Absätze sind doppelt abgedruckt oder zeilenversetzt – können den guten Gesamteindruck des Buches nicht trüben.

Die Gliederung des Buches unterscheidet zunächst zwischen dem Erwerb von Todes wegen und der lebzeitigen Unternehmensnachfolge und differenziert innerhalb dieser Oberpunkte zwischen der Nachfolge bei Einzelunternehmen, Personen- und Kapitalgesellschaften. Innerhalb dieser Blöcke werden nacheinander die zivil-, gesellschafts- und steuerrechtlichen Fragestellungen behandelt. Aufgrund dieser Gliederung des Werkes ähneln sich die Kapitel eines Themenkomplexes in Aufbau und Inhalt, berücksichtigen aber natürlich jeweils dessen entsprechende Besonderheiten und Gestaltungsvarianten. Dieses Baukastensystem erlaubt es dem Praktiker, einzelne Gestaltungsprobleme zügig nachzuschlagen und aufzufinden, führt allerdings auch zu gewissen Wiederholungen innerhalb des Werkes, welche durch Querverweise nicht immer vermieden werden.

Beispielhaft soll nachfolgend das Kapitel zur Nachfolge von Todes wegen in ein Einzelunternehmen vorgestellt werden. Nach einer Darstellung der grundlegenden Gestaltungsmöglichkeiten durch Erbeinsetzung bzw. Vermächtnis, einschließlich Umfang und Grenzen des Bestimmungsrechts Dritter sowie Herausgabe- bzw. Nachvermächtnis, Bedingung und Auflage, sowie einem kurzen Abriss über die Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht gehen die Autoren zügig auf die komplexe Thematik der Nießbrauchsbestellung am Einzelunternehmen ein. Positiv hervorzuheben sind hierbei insbesondere die hilfreichen Formulierungsvorschläge der Autoren, unter anderem zur Kompetenzabgrenzung zwischen Eigentümer und Nießbraucher, die dem Verwender die Umsetzung in der täglichen Arbeit erleichtern.

In den anschließenden Ausführungen zur Vor- und Nacherbschaft und zur Testamentsvollstreckung an Einzelunternehmen behandeln die Verfasser zunächst die hierfür geltenden gesetzlichen Bestimmungen und dazu ergangene Rechtsprechung und stellen nachfolgend die praktischen Probleme bei der Umsetzung solcher Gestaltungen durch die Erben bzw. weiteren Beteiligten und mögliche Streitpunkte heraus. Hier zeigt sich der weite Erfahrungsschatz der Autoren, die durch praktische Tipps und Warnungen vor möglichen Gefahren sowie durch vorgeschlagene Gestaltungsalternativen dem Leser einen gangbaren Regelungsweg aufzeigen.

Im nachfolgenden Unterkapitel befassen sich die Autoren mit der – gerade im Bereich der Unternehmensnachfolge stets relevanten – Pflichtteilsproblematik. Wenn auch die aufgezählten Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung, so beispielsweise durch Pflichtteilsverzicht, Zuwendungen zu Lebzeiten sowie Ausnutzung der sog. „Güterstandsschaukel“, dem interessierten Leser nicht ganz unbekannt sein dürften, erleichtert die komprimierte Darstellung jedenfalls die schnelle und praxisgerechte Problemlösung.

In den anschließenden Kapiteln zur Personen- bzw. Kapitalgesellschaft werden die vorgenannten Themen anhand der jeweils für diese Gesellschaftsformen geltenden Besonderheiten abgehandelt. So fehlen weder Ausführungen zur Vererblichkeit von Anteilen an Personengesellschaften einschließlich Formulierungsbeispielen zu Fortsetzungs- und Nachfolgeklauseln noch Hinweise auf das Wahlrecht des Erben gemäß § 139 HGB oder Gestaltungsvorschläge zu Einziehungs- und Abtretungsklauseln im Rahmen des Kapitalgesellschaftsrechts. Kurze Ausflüge zur stillen Gesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Unterbeteiligung und Aktiengesellschaft ergänzen die Ausführungen.

Im zweiten Teils des Werkes, der sich der Übertragung von Unternehmen zu Lebzeiten widmet, sind insbesondere die denkbaren Gegenleistungen, sei es durch Übernahme von Verbindlichkeiten durch den Erwerber, Gleichstellungsgelder für Angehörige, Leibrenten oder dauernde Last oder ähnliche Leistungen, in den Mittelpunkt gestellt. Auch fehlen Ausführungen zum Minderjährigenrecht, einschließlich notwendiger Zustimmungs- und Genehmigungserfordernisse, nicht. Grundlegende Darstellungen zum Gewährleistungsrecht sowie zu vertraglichen und gesetzlichen Rückabwicklungsklauseln bzw. -normen sowie kleine Ausflüge in das Insolvenz- und Anfechtungsrecht runden das Kapitel ab, wenn man sich hier allerdings an einigen Stellen eine noch tiefer gehende Diskussion gewünscht hätte, werden doch gerade die Fragen der Rückabwicklung im Hinblick auf sozial- und insolvenzrechtliche Probleme immer relevanter.

In jedem der einzelnen Themenkomplexe finden sich auch detaillierte Ausführungen zu steuerrechtlichen Fragestellungen. Nach einer grundlegenden Einführung ins Erbschaftsteuerrecht folgen Ausführungen zu den einzelnen Erwerbstatbeständen, sei es durch Erbschaft, Vermächtnis, Vertrag zugunsten Dritter oder Schenkung auf den Todesfall, häufig flankiert von konkreten Berechnungsbeispielen und hilfreichen Praxistipps. Auch Gestaltungsvarianten für den Fall, dass durch unglücklich gestaltete oder gar unwirksame Testamente Steuernachteile drohen, werden nicht vergessen. So erläutern die Autoren beispielsweise die Möglichkeit, über Ausschlagung und anschließenden Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung oder die wirtschaftliche Anerkennung und Durchführung unwirksamer letztwilliger Verfügungen Spielräume zur Steueroptimierung zu schaffen. Ausführlich widmen sich die Autoren neben der erbschaftsteuerlichen Behandlung der Zugewinnngemeinschaft und der Vor- und Nacherbschaft auch der steuerlichen Wertermittlung des Nachlasses sowie den verschiedenen Begünstigungstatbeständen.

Im Rahmen einer knappen Darstellung zum Einkommensteuerrecht wird auf praxisrelevante Gefahren bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen und von lebzeitigen Übertragungen hingewiesen, so insbesondere auf die Problematik der Aufdeckung stiller Reserven bei Erwerb von Betriebsvermögen oder den Untergang von Verlustvorträgen. Zudem werden Risiken bei Betriebsaufspaltungen, die Behandlung von Versorgungsleistungen und einige weitere Spezialprobleme erläutert. Auch Fragen der Gewerbe-, Umsatz- und Grunderwerbsteuer werden kurz gestreift.

Die Breite der Ausführungen im steuerlichen Bereich übererfüllt die Erfordernisse, mit denen sich der Notar in seiner täglichen Praxis konfrontiert sieht, wird er sich doch nur in den seltensten Fällen mit der konkreten Steuerberechnung befassen. In jedem Fall ist aber eine grundlegende Vorstellung zu den steuerlichen Vorgehensweisen in der häufig erforderlichen Zusammenarbeit mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern bereichernd.

Zusammenfassend ist das Buch als ein praxisrelevantes Nachschlagewerk zu verstehen, das – nicht zuletzt aufgrund der

angebotenen Formulierungshilfen und des spürbar großen Erfahrungsschatzes der Autoren – eine zügige Problemlösung ermöglicht, die bestehende Literatur zu der stets aktuellen Thematik der Unternehmensnachfolge sehr gut ergänzt und bereichert und es dem Leser erlaubt, sich in relativ kurzer Zeit einen Überblick über Gestaltungsalternativen zu verschaffen und Haftungsrisiken zu vermeiden.

Notarassessorin *Silvia Paulöhr*, Weilheim i. OB.

Roth/Altmeyen: GmbHG. 7. Aufl., Beck, 2012. 1359 S., 89 €

Der *Roth/Altmeyen* ist nun bereits in der 7. Auflage erschienen und gehört damit schon allein aufgrund dieser Tatsache zu den etablierten Kommentierungen des GmbH-Rechtes. Die 7. Auflage ist mit ihrer Darstellung des Rechtsstandes zum Dezember 2011 die derzeit aktuellste auf dem Markt erhältliche Kommentierung. Bereits die Voraufgabe hatte die Regelungen des MoMiG, BilMoG und ARUG umfasst. Die seinerzeit für die Auslegung und Anwendung der Neuregelungen bestehenden Unsicherheiten, welche die Autoren in ihrem Vorwort auf die „mangelnde Eindeutigkeit, Präzision und Schlüssigkeit mancher gesetzlicher Regelungen“ zurückführen, konnten mittlerweile in vielerlei Hinsicht in Rechtsprechung und Praxis einer weitgehenden Klärung zugeführt werden.

Die Kommentierung liegt weiterhin ausschließlich in der Hand von Prof. Dr. *Holger Altmeyen* und Prof. em. Dr. *Günter Roth*. Diese Beschränkung auf zwei Autoren sorgt für Stringenz und Einheitlichkeit der gesamten Kommentierung im Hinblick sowohl auf Tiefe als auch auf Darstellungsform. Auch die Neuauflage liest sich gut und flüssig. Trotz des umfassenden Anspruchs an die Wissenschaftlichkeit der Kommentierung bleibt der *Roth/Altmeyen* in bestem Sinne ein Kurzkommentar, welcher dem Leser eingehendes Verständnis so ziemlich jeder Rechtsfrage des GmbH-Rechts (einschließlich des GmbH-Konzernrechts) zu vermitteln versteht. Dies setzt aufseiten des Lesers selbstverständlich voraus, dass dieser bereit ist, die einschlägige Kommentierung auch im Zusammenhang zu lesen. Unabhängig davon erleichtern der klar strukturierte Aufbau und die jeder Kommentierung eines Paragraphen vorangestellte Inhaltsübersicht sowie das paragrafenbezogene und das gesamte Stichwortverzeichnis auch dem „eiligen Rechtsanwender“ eine gute Möglichkeit, ohne „Kampf mit der Spreu“ gleich zum „Weizen der Rechtserkenntnis“ vorzustoßen.

Natürlich ist gegenwärtig für die allgemeine notarielle Praxis die Kommentierung zu den Komplexen „Musterprotokoll“, „Unternehmergesellschaft“ und „Gesellschafterliste“ von vordringlichem Interesse. Hier war in den vergangenen Jahren viel Unsicherheit zu verzeichnen. Entsprechend hielt *Klein* in seiner Rezension der Voraufgabe (RNotZ 2010, 355) die Kommentierung zur Neufassung der §§ 16 und 40 GmbH „aus Sicht der notariellen Praxis [für] noch ausbaufähig“. Die Praxis der Registergerichte brauchte auch ihre Zeit, um mit Hilfe der Rechtsprechung sich in Richtung einer einheitlichen Handhabung zu bewegen. Um die Frage nach der Tauglichkeit der Neuauflage des *Roth/Altmeyen* für die notarielle Praxis

beantworten zu können, sollen nachfolgend deshalb die Kommentierungen zu diesen beiden Bereichen konkret beleuchtet werden.

Die Rechtsfragen im Rahmen des vereinfachten Gründungsverfahrens mittels Musterprotokoll gemäß § 2 Abs. 1a GmbH bezogen sich vor allem auf die Frage nach der Qualität der Geschäftsführerbestellung (Satzungsbestandteil oder schlichter Beschluss) und den Konsequenzen bei einem Geschäftsführerwechsel. Die Kommentierung in § 2 Rdnr. 56 ff. bildet hier den Meinungsstand zutreffend und klar ab: So ist die Bestellung des Geschäftsführers weder als materieller Satzungsbestandteil noch als Sonderrecht für den betreffenden Gesellschaftergeschäftsführer noch als Widerrufsbeschränkung nach § 38 Abs. 2 GmbHG anzusehen. Für einen Wechsel der Geschäftsführung genügt somit – wie bei jeder „normalen“ GmbH – ein schlichter Gesellschafterbeschluss, was nach der Kommentierung von *Roth* auch bereits für das Gründungsstadium vor Eintragung im Handelsregister gelten soll. Die Befreiung des ersten „Musterprotokoll-Geschäftsführers“ von den Beschränkungen des § 181 BGB will die Kommentierung auch auf dessen Nachfolger erstreckt sehen, solange dieser wiederum der einzige Geschäftsführer ist. Diese Frage ist allerdings durch das OLG Hamm mittlerweile dahingehend entschieden, dass die Befreiung nicht auf den Nachfolger übergeht (Beschluss vom 4.11.2010, MittBayNot, 2011, 249).

Hinsichtlich der mit § 5a GmbH eingeführten „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ bietet die Kommentierung in § 5a Rdnr. 4 zunächst eine ausgesprochen interessante Darstellung statistischen Zahlenmaterials. Dies gilt im Übrigen auch für die Zusammenschau der „allgemeinen GmbH-Statistik“ in Rdnr. 8 ff. der Einleitung. Zutreffend konstatiert die Kommentierung in § 5a Rdnr. 9, dass die Gründung einer Unternehmergesellschaft in der Praxis regelmäßig unter Verwendung des Musterprotokolls gemäß § 2 Abs. 1a GmbH mit all seinen Beschränktheiten erfolgt.

Zu der anfangs sehr umstrittenen Frage, inwieweit bei einer Kapitalerhöhung der Unternehmergesellschaft weiterhin das Volleinzahlungsgebot des § 5a Abs. 2 Satz 1 GmbHG gilt, schließt sich die Kommentierung in § 5a Rdnr. 16 der seit dem Beschluss des OLG München vom 7.11.2011 (ZIP 2011, 2198) herrschenden Meinung an: Sobald das Stammkapital auf einen Betrag von mindestens 25.000 € erhöht werden soll, gelten die Sonderregelungen der § 5a Abs. 1-4 GmbHG nicht mehr. Wünschenswert wäre allerdings, wenn im Rahmen der Kommentierung des Überganges einer Unternehmergesellschaft in eine GmbH (§ 5a Rdnr. 33 ff.) bei der Darstellung der Erhöhungsformen des Stammkapitals auch auf die vorstehende Kommentierung verwiesen würde.

Die für die Praxis weiterhin nicht ganz uninteressante Frage, ob eine Beurkundung einer Anteilsabtretung vor einem ausländischen Notar den Formanforderungen des § 15 Abs. 4 GmbH genügt, bejaht die Kommentierung von *Altmeyen* in § 15 Rdnr. 90 in Fortführung der „Vor-MoMiG“-Kommentierung für den Fall der Gleichwertigkeit mit einer inländischen Beurkundung. Diese sieht er für die Länder Österreich, Frankreich, Italien, Spanien, Südamerika und Niederlande als gegeben. Dass diese Notare – anders als deutsche Notare – nicht dem Einreichungsgebot des § 40 Abs. 2 GmbH hinsichtlich einer neuen Gesellschafterliste unterliegen, wird konzidiert. Die Schlussfolgerung, dass dieser das Beurkundungsverfahren abschließende Akt im Sinne einer Richtigkeitsgewähr des Handelsregisters zu einer strukturellen Ungleichwertigkeit führt, will *Altmeyen* allerdings nicht ziehen: Dem stünde die Intention des MoMiG, die Attraktivität der Rechtsform der GmbH im internationalen Wettbewerb zu stärken, entgegen. Bis auf Weiteres scheint man diese Frage sehen zu können, wie man will – der sicherste Weg dürfte für die Beurkundung einer Anteilsabtretung auf jeden Fall die Wahl eines deutschen Notars sein.

Zu den Fragen im Rahmen des § 16 GmbHG (Gesellschafterstellung aufgrund eingereicherter Liste; gutgläubiger Erwerb) hat die Kommentierung die seit Inkrafttreten des MoMiG ergangenen zahlreichen Äußerungen in Schrifttum und Entscheidungen der Rechtsprechung umfassend verarbeitet und bietet somit auch in diesem Bereich eine verlässliche Quelle für den Rechtsanwender. Auch wenn *Altmeyen* in der Kommentierung zu § 16 Rdnr. 64 weiterhin einen gutgläubigen Zwischenerwerb eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils für möglich hält, schmälert dies nicht die Verwendbarkeit in der Praxis, weil die aktuelle Rechtsprechung des BGH, welche diese Möglichkeit verneint (BGH, Beschluss vom 20. 9. 2011, II ZB 17/10, MittBayNot 2012, 149), zutreffend und prominent dargestellt wird.

In der Frage, wann bei einer Kapitalerhöhung die neue Gesellschafterliste einzureichen ist, schließt sich *Altmeyen* in § 40 Rdnr. 17 dem Beschluss des OLG Jena vom 28. 7. 2010, 6 W 256/10, MittBayNot 2010, 490, an, wonach die Erstellung und Bescheinigung zwar in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Beschluss über die Kapitalerhöhung erfolgen kann, eine Einreichung aber erst nach deren Eintragung im Handelsregister zulässig sei. Für die immer noch nicht entschiedene Frage der Zuständigkeit für die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste bei nur einer mittelbaren Mitwirkung des Notars an einer Veränderung der Gesellschafterverhältnisse (z. B. Umwandlung eines der Gesellschafter) empfiehlt *Altmeyen* pragmatisch die Unterzeichnung der neuen Liste durch den Geschäftsführer zusätzlich zu einer entsprechenden Notarbescheinigung im Sinne von § 40 Abs. 2 GmbH (Rdnr. 21).

Lediglich bei der Kommentierung zur Ausübung des Stimmrechts in § 47 Rdnr. 25 ff. fehlt meines Erachtens eine Behandlung der „vollmachtlosen Stimmabgabe vorbehaltlich Genehmigung“. Mit Beschluss des OLG München vom 5. 10. 2010, 31 Wx 140/10, MittBayNot 2011, 333, ist diese Frage sogar bei der Einpersonen-GmbH im Sinne einer Zulässigkeit bejaht worden. Eine Ausweitung der Kommentierung auf diesen für die Praxis nicht ganz unbedeutenden Aspekt wäre eine Anregung für die 8. Auflage.

Insgesamt liegt mit dem *Roth/Altmeyen* nun ein absolut aktueller und weiterhin in unvermindert hoher Qualität erstellter Kommentar vor, welcher – auch wenn sich dieser laut Werbeformationen des Verlages an Rechtsanwälte, Richter, Unternehmer, Unternehmensberater, Steuerberater, Berufsverbände und Bibliotheken wendet – auch für Notare uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann.

Notar Dr. *Wolfram Schneeweiß*,
LL.M. (Cornell Univ.), München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 242, 566a (*Kein Anspruch des Erwerbers auf erneute Mietkautionszahlung*)

1. Grundsätzlich besteht kein Anspruch des Erwerbers gegen den Mieter auf erneute Leistung einer im Mietvertrag vereinbarten Kautionszahlung, wenn der Mieter die Kautionszahlung bereits an den Voreigentümer als früheren Vermieter geleistet hat.

2. Zur Verpflichtung eines Mieters aus Treu und Glauben (§ 242 BGB), die vom Voreigentümer an den Mieter zurückgegebene Kautionszahlung an den Erwerber als neuen Vermieter zu leisten.

BGH, Urteil vom 7.12.2011, VIII ZR 206/10

Der Beklagte mietete mit Vertrag vom 6.9.1991 von der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine Wohnung in Berlin. Er verpflichtete sich in der „Ergänzungsvereinbarung zum Mietvertrag“ vom 16./20.6.2000 zur Gewährung einer Sicherheit „für alle Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter“ i. H. v. 1.670 DM. Die Kautionszahlung war durch „Verpfändung eines Kontoguthabens bei einer bundesdeutschen Sparkasse oder Bank bzw. einem ausländischen Kreditinstitut eines EU-Mitgliedstaates zu erbringen“. Im August 2000 eröffnete der Beklagte bei der Berliner Sparkasse ein Kautionskonto mit einem Guthaben von 1.670 DM (= 853,86 €) und verpfändete dieses zugunsten der Rechtsvorgängerin der Klägerin.

Die Klägerin kaufte das Grundstück im März 2007; sie wurde am 11.3.2008 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. In § 5 Abs. 3 des Kaufvertrages ist geregelt, dass der Verkäufer dem Käufer die von dem jeweiligen Mieter geleistete Sicherheit einschließlich Zinsen zu übertragen hat. Weiter heißt es dort unter anderem:

„Der Verkäufer hat den jeweiligen Mieter/Pächter unverzüglich, spätestens jedoch binnen 14 Tagen nach Beurkundung dieses Vertrages, schriftlich vom Verkauf zu unterrichten und dessen schriftliche Zustimmung zur Übertragung der Sicherheit einzuholen.“

Der Beklagte wurde aufgefordert, der Übertragung der Kautionszahlung auf die Klägerin zuzustimmen. Er gab keine Zustimmungserklärung ab. Daraufhin erklärte die Hausverwaltung der Rechtsvorgängerin der Klägerin gegenüber dem Beklagten im Schreiben vom 24.6.2008 mit Zustimmung der Klägerin zur Vorlage bei dessen Kreditinstitut die Freigabe der Kautionszahlung i. H. v. 853,86 € zzgl. aufgelaufener Zinsen. Die Klägerin wandte sich mit Schreiben vom 29.7.2008 an den Beklagten und forderte diesen unter Bezugnahme auf die Vereinbarung vom 16.6.2000 zunächst auf, einen Kautionsbetrag i. H. v. 1.184,09 € bis zum 27.8.2008 auf ein Konto der Klägerin zu überweisen. Der Beklagte antwortete mit E-Mail vom 28.8.2008:

„Bezüglich der Kautionszahlung setze ich mich kurzfristig mit ihnen in Verbindung. Ich habe die alten Konten jetzt aufgelöst, muss aber noch warten, bis die Kautionsfrist bei der Bank abgelaufen ist und werde ihnen die Kautionszahlung dann übergeben.“

Auf eine Mahnung der Klägerin vom 12.12.2008, mit der diese den geforderten Kautionsbetrag auf den ursprünglichen Betrag von 853,86 € reduzierte, verweigerte der Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 14.12.2008 die Leistung einer neuen Kautionszahlung an die Klägerin mit der Begründung, der Voreigentümer habe mit der Freigabe der Kautionszahlung auf die Stellung der Kautionszahlung verzichtet.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin, den Beklagten zu verurteilen, eine Kautionszahlung i. H. v. 853,86 € durch Verpfändung eines Kontoguthabens bei einem der in der Vereinbarung vom 16./20.6.2000 genannten Finanzinstitute zu erbringen. Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das LG der Klage stattgegeben. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils begehrt.

Aus den Gründen:

II.

(...) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Klägerin gegen den Beklagten Anspruch auf Leistung der in der Ergänzungsvereinbarung zum Mietvertrag vom 16./20.6.2000 vereinbarten Kautionszahlung hat. Dem steht nicht entgegen, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit deren Zustimmung die vom Beklagten aufgrund der Vereinbarung vom 16./20.6.2000 ursprünglich geleistete Kautionszahlung an den Beklagten zurückgegeben hat. Denn darin liegt, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles kein Verzicht der Vermieterseite auf die vereinbarte Kautionszahlung.

1. Grundsätzlich besteht kein Anspruch des Erwerbers gegen den Mieter auf erneute Leistung einer im Mietvertrag vereinbarten Kautionszahlung, wenn der Mieter die Kautionszahlung bereits an den Voreigentümer als früheren Vermieter geleistet hat. Mit der Erfüllung des Anspruchs auf Leistung der Kautionszahlung erlischt dieser Anspruch (§ 362 BGB). Auch ist der Mieter grundsätzlich nicht verpflichtet, der Übertragung der Kautionszahlung auf den Erwerber zuzustimmen. Denn einer solchen Zustimmung des Mieters bedarf es in der Regel nicht, weil der Erwerber kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten aus der Kautionszahlung eintritt (§ 566a Satz 1 BGB).

2. Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat aber aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles rechtsfehlerfrei eine Verpflichtung des Beklagten bejaht, die in der Vereinbarung vom 16./20.6.2000 vereinbarte Kautionszahlung erneut – nunmehr an die Klägerin – zu leisten. Dazu war der Beklagte nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, weil er einer Übertragung der gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerin abgegebenen Verpfändungserklärung auf die Klägerin nicht zugestimmt hatte und daraufhin die Kautionszahlung zurückerhalten hatte, ohne dass darin ein Verzicht der Klägerin auf die Kautionszahlung gesehen werden konnte.

a) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war die Kautionszahlung in der Weise geleistet worden, dass der Beklagte die Verpfändungserklärung nur zugunsten der Voreigentümerin persönlich abgegeben hatte und deshalb die am Mietverhältnis nicht beteiligte Bank nicht ohne Zustimmung des verpfändenden Beklagten zur Auszahlung des Sparguthabens an die Klägerin als neue Eigentümerin verpflichtet war. Aus diesen rechtsfehlerfrei festgestellten Umständen hat das Berufungsgericht mit Recht hergeleitet, dass der Beklagte jedenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet war, der Übertragung der Kautionszahlung auf die Klägerin als neue Pfandgläubigerin zuzustimmen, weil die Übertragung der persönlich für den Alteigentümer bestellten Sicherheit faktisch nur mit einer Mitwirkungshandlung des Beklagten zu bewirken war. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Klägerin die auf sie übergegangenen Rechte aus der Kautionszahlung gegenüber der Bank notfalls auch ohne Mitwirkung des Beklagten hätte durchsetzen können. Das Berufungsgericht hat mit Recht darauf abgestellt, dass die Klägerin das Risiko, zu gegebener Zeit nicht ohne die Mitwirkung des Beklagten auf die Mietsicherheit zugreifen zu können, nicht auf sich nehmen musste, sondern vom Beklagten erwarten durfte, an der praktischen Durchführung der Übertragung des Kautionsguthabens mitzuwirken, weil be-

rechtigte Interessen des Beklagten einer solchen Mitwirkung nicht entgegenstanden.

b) Die Revision meint dagegen, eine Zustimmung zur Übertragung des verpfändeten Kautionsguthabens auf die Klägerin als neue Pfandgläubigerin sei dem Beklagten nicht zumutbar gewesen, weil er in diesem Fall die Voreigentümerin und ursprüngliche Vermieterin als (subsidiäre) Schuldnerin verloren hätte oder seine Zustimmung jedenfalls als Verzicht auf die subsidiäre Haftung des Veräußerers nach § 566a Satz 2 BGB hätte ausgelegt werden können. Das trifft nicht zu.

Mit einer Zustimmung des Mieters zur Übertragung der Kautions auf den Erwerber bestätigt der Mieter nur das, was gemäß § 566a Satz 1 BGB ohnehin kraft Gesetzes gilt. Daraus ist kein Verzicht des Mieters auf seine Rechte aus § 566a Satz 2 BGB gegen den ursprünglichen Eigentümer herzuleiten (*Schmidt-Futterer/Streyl*, Mietrecht, 10. Aufl., § 566a BGB Rdnr. 32 m. w. N.).

Die von der Revision angeführte Rechtsprechung, nach der eine Forthaftung des ursprünglichen Vermieters nicht mehr in Betracht kommt, wenn der Veräußerer die Kautions auf Verlangen oder mit Zustimmung des Mieters weitergibt oder auf sonstige Weise zu erkennen gibt, dass er nunmehr allein den Erwerber als Rückzahlungspflichtigen ansieht (vgl. BGH, Urteil vom 24.3.1999, XII ZR 124/97, BGHZ 141, 160, 163 = MittBayNot 1999, 467 m. w. N.), betrifft andere Fallgestaltungen und bezieht sich auf die Rechtslage vor der Mietrechtsreform (*Schmidt-Futterer/Streyl*, a. a. O., Rdnr. 32, Fn. 94).

c) Auch die Sachverhaltswürdigung des Berufungsgerichts, dass in der Rückgabe des verpfändeten Kautionsguthabens im vorliegenden Fall kein vermietetseitiger Verzicht auf die Kautions zu sehen ist, weist keinen Rechtsfehler auf. Sie wird von der Revision auch nicht angegriffen.

Die Rückgabe der Kautions durch den Voreigentümer erfolgte, nachdem dem Beklagten mitgeteilt worden war, dass die Klägerin die Kautions für sich beanspruchte, und er vergeblich aufgefordert worden war, der Übertragung auf die Klägerin zuzustimmen. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Beklagte unter diesen Umständen die Freigabe der Kautions durch die Voreigentümerin nicht als vermietetseitigen Verzicht auf die der Klägerin gemäß § 566a Satz 1 BGB zustehende Kautions verstehen durfte. Denn für einen solchen Verzicht bestand hier auch aus der Sicht des Beklagten kein Anlass und kein Grund. Der Beklagte hat die Rückgabe der Kautions durch die Rechtsvorgängerin der Klägerin auch nicht als vermietetseitigen Verzicht auf die nunmehr der Klägerin zustehende Kautions missverstanden. Vielmehr hat er nach der Aufforderung, die Kautions nunmehr an die Klägerin zu leisten, dieser mitgeteilt, er werde ihr die Kautions nach Ablauf der Kündigungsfrist für das Kautionskonto übergeben.

Anmerkung:

Die Entscheidung des BGH befasst sich mit Fragen des Übergangs der Mietsicherheit vom Veräußerer auf den Erwerber vermieteten Grundbesitzes und etwaiger Mitwirkungspflichten des Mieters. Der zugrundeliegende Fall betraf gleich zwei Sonderkonstellationen, zum einen hinsichtlich der Art der Kautionsstellung, zum anderen in Bezug auf die Situation der Kautionsrückgewähr an den Mieter durch den Veräußerer. Eingangs ist daher der Blick auf den gesetzlichen Regelfall zu richten. Darüber hinaus haben die Aussagen des BGH zum Erklärungsgehalt der Mieterzustimmung zur Übertragung der Mietsicherheit auf den Erwerber Auswirkungen auf die Vertragsgestaltungspraxis.

1. Gesetzlicher Regelfall: Automatischer Eintritt des Erwerbers in Rechte und Pflichten hinsichtlich der Kautions; keine erneute Leistungspflicht des Mieters bei Rückgewähr

Leistet ein Mieter die vertraglich vereinbarte Mietsicherheit, erlischt der darauf gerichtete Anspruch des Vermieters (§ 362 Abs. 1 BGB). Der Erwerb der Mietsache durch einen Dritten ändert daran nichts: Der Erwerber tritt gemäß § 566a BGB in alle durch die Leistung der Mietsicherheit begründeten Rechte und Pflichten ein. In der Folge besteht auch dann grundsätzlich kein Anspruch des Erwerbers auf nochmalige Sicherheitsleistung, wenn er die Mietsicherheit vom Veräußerer nicht erhalten hat.¹

Will sich der Veräußerer von seiner über den Eigentumswechsel hinaus fortdauernden Haftung für die Mietsicherheit nach § 566a Satz 2 BGB befreien und gewährt er vor Eintritt des Erwerbers in das laufende Mietverhältnis nach § 566 BGB die Sicherheitsleistung an den Mieter zurück, der die Erstattung annimmt, hat dies grundsätzlich nicht die Novation der Leistungspflicht des Mieters zur Folge.² Vielmehr liegt darin, zumindest dann, wenn nicht zugleich weitere Vereinbarungen unter Einbeziehung des Erwerbers getroffen werden, eine den Erwerber bindende Änderung des Mietvertrages dahin, dass die ursprünglich vereinbarte Verpflichtung zur Leistung einer Mietsicherheit abbedungen wird.³

Auch ist der Mieter grundsätzlich nicht verpflichtet, der Übertragung der Mietsicherheit auf den Erwerber zuzustimmen: § 566a BGB bewirkt den automatischen Übergang der Sicherheit. Besonderer Übertragungsakte bedarf es nicht, vielmehr findet ein Vertragsübergang ex lege statt.⁴ Welche Rechte und Pflichten übergehen, bestimmt sich nach der Art der Mietsicherheit: Hat der Mieter etwa eine Barkautions erbracht und diese entsprechend § 551 Abs. 3 BGB auf einem Treuhandkonto angelegt, so wird der Erwerber Inhaber des Treuhandkontos und nach § 952 BGB auch der entsprechenden Legitimationspapiere.⁵ Bei der hier gegebenen Verpfändung eines Bankguthabens tritt der Erwerber automatisch in die Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers nach §§ 1273 ff. BGB ein; auch hier bewirkt § 952 BGB den Eigentumsübergang am Legitimationspapier.⁶ Der Erwerber muss folglich über die Fälligkeit der Kautions hinaus gegenüber der Bank grundsätzlich nur den Eigentumsübergang nachweisen;⁷ dies ist ihm durch Vorlage eines Grundbuchauszugs ohne Weiteres möglich.

¹ BGH, VIII ZR 206/10, Rdnr. 11; *Schmidt-Futterer/Streyl*, Mietrecht, 10. Aufl., § 566a Rdnr. 22, 25; *Staudinger/Emmerich*, § 566a Rdnr. 11; *Soergel/Heintzmann*, BGB, 13. Aufl., § 566a Rdnr. 4.

² Dazu LG Berlin, 65 S 283/10, RNotZ 2011, 605 (Leitsatz); *Schmidt-Futterer/Streyl*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 32.

³ LG Berlin, a. a. O. (Fn. 2); *Schmidt-Futterer/Streyl*, a. a. O. (Fn. 2); *MünchKommBGB/Häublein*, § 566a Rdnr. 16.

⁴ *Blank/Börstinghaus/Blank*, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdnr. 2; *Wettkamp*, Mietsachen, 4. Aufl., Rdnr. 69; *Staudinger/Emmerich*, § 566a Rdnr. 9; *MünchKommBGB/Häublein*, 5. Aufl., § 566a Rdnr. 7; *Schmidt-Futterer/Streyl*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 12; *Palandt/Weidenkaff*, 71. Aufl., § 566a Rdnr. 3.

⁵ OLG Düsseldorf, 9 U 201/96, NJW-RR 1997, 1170 = MittBayNot 1997, 287; *Staudinger/Emmerich*, § 566a Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Häublein*, § 566a Rdnr. 8; *Schmidt-Futterer/Streyl*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 14 f.

⁶ *Staudinger/Emmerich*, § 566a Rdnr. 9; *Schmidt-Futterer/Streyl*, Mietrecht, § 566a BGB Rdnr. 13.

⁷ Vgl. zu den sonstigen Nachweiserfordernissen *Derleder*, NZM 2006, 601, 604.

2. Erste Sonderkonstellation: Mitwirkungspflicht des Vermieters am Übergang der Sicherheit, wenn Verpfändung „nur zugunsten des Vormieters persönlich“ erfolgt

Die erste Sonderkonstellation des der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Falles betraf die Pfandrechtsbestellung. Der Mieter hatte, so der BGH, die „Verpflichtungserklärung“ zur Verpfändung des Bankguthabens nur gegenüber dem Alteigentümer „persönlich“ abgegeben. Die Eigenschaft des Pfandes als Mietsicherheit wurde darin offenbar nicht erwähnt; gleiches gilt für die nach § 1280 BGB erforderliche⁸ und auch erfolgte Verpfändungsanzeige des Mieters an die Bank. Der BGH geht zu Recht davon aus, dass die Rechte an der Mietsicherheit dennoch auf den Erwerber übergegangen sind,⁹ spricht aber davon, dass die Übertragung der Sicherheit „faktisch“ nur unter Mitwirkung des Mieters zu bewirken war. Damit kann zweierlei gemeint sein: Zum einen müsste der Pfandgläubiger gegenüber der Bank nachweisen, dass überhaupt ein Anwendungsfall von § 566a BGB gegeben ist, es sich also bei dem verpfändeten Bankguthaben um eine Mietsicherheit handelt. Mit dem Nachweis des Eigentumswechsels am vermieteten Grundbesitz allein wäre hier gegenüber der Bank noch kein Nachweis über die Rechtsnachfolge in das Pfandrechtsverhältnis erbracht. Zum anderen hilft dem Erwerber auch der Besitz des Sparbuchs als Legitimationspapier nur eingeschränkt weiter: Rechtsfolge der Leistung gemäß § 808 Abs. 1 BGB ist lediglich die Befreiung der Bank von ihrer Verbindlichkeit gegenüber dem Kontoinhaber;¹⁰ eine Verpflichtung zur Leistung an den Besitzer des Legitimationspapiers besteht hingegen nicht, § 808 Abs. 1 Satz 2 BGB.¹¹ Vor diesem Hintergrund gelangte der BGH zu einer Mitwirkungspflicht des Mieters bei der Übertragung der Sicherheit aus Treu und Glauben (§ 242 BGB). Hätte der Mieter seine Verpflichtungserklärung folglich gegenüber dem Vermieter als solchem – also „funktional“ und nicht lediglich „persönlich“ – abgegeben und hätte die Verpfändungsanzeige an die Bank die Eigenschaft des Pfandes als Mietsicherheit erkennen lassen, wäre eine Mitwirkung des Mieters – in den Worten des BGH – auch „faktisch“ nicht erforderlich gewesen.

3. Zustimmung des Mieters zur Übertragung nicht als Entlassung des Veräußerers aus seiner subsidiären Haftung nach § 566a Satz 2 BGB

Gegen die vom BGH erkannte Mitwirkungspflicht aus § 242 BGB spricht vor allem ein Gesichtspunkt: Ein Mieter, der seine Zustimmung zur Übertragung der Mietsicherheit auf den Erwerber erteilt, läuft Gefahr, dass „seine Zustimmung (...) als Verzicht auf die subsidiäre Haftung des Veräußerers nach § 566a Satz 2 BGB“ ausgelegt wird.¹²

⁸ *Staudinger/Marburger*, § 808 Rdnr. 40.

⁹ BGH, a. a. O. (Fn. 1), Rdnr. 14 („die auf [die Klägerin] übergegangenen Rechte“).

¹⁰ OLG Koblenz, 10 U 595/01, VersR 2002, 873; MünchKommBGB/*Habersack*, § 808 Rdnr. 12; *Staudinger/Marburger*, § 808 Rdnr. 23.

¹¹ RGZ 89, 401, 403; MünchKommBGB/*Habersack*, § 808 Rdnr. 11; *Staudinger/Marburger*, § 808 Rdnr. 21, 32.

¹² So die Revision in BGH, a. a. O. (Fn. 1), Rdnr. 15; vgl. *Palandt/Weidenkaff*, § 566a Rdnr. 6; Beck'sches Notarhandbuch/*Brambring*, Teil A I Rdnr. 132; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 2. Aufl., Teil 2 B Rdnr. 459 a. E. (Muster); DNotI-Report 2004, 103, 104 f.; RG, JW 1905, 80 Nr. 18; BGH, NJW 1999, 1857 = MittBayNot 1999, 467; OLG Karlsruhe, ZMR 1989, 89, 90; OLG Düsseldorf, WuM 2002, 556; *Palandt/Putzo*, 58. Aufl., § 572 Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Voelskow*, 3. Aufl., § 572 Rdnr. 7; *Erman/Jendrek*, BGB, 9. Aufl., § 572 Rdnr. 3.

Der BGH lehnt eine solche Auslegung hingegen – zu Unrecht – ab. Ein Mieter bestätige mit der Zustimmung zur Übertragung der Mietsicherheit nur das, was § 566a BGB als Mieterschutzvorschrift bereits ex lege vorsehe, nämlich den Übergang der Mietsicherheit auf den Erwerber; ein darüber hinausgehender Erklärungsgehalt sei in der Zustimmung nicht enthalten. Diese auch in der Literatur¹³ vertretene Ansicht ist jedoch in sich widersprüchlich: Auf der einen Seite wird (richtigerweise) konzediert, § 566a BGB sei zwischen Veräußerer und Mieter individualvertraglich¹⁴ abdingbar. Der Veräußerer wird also bei entsprechender Vereinbarung von der Rückzahlungsverpflichtung frei, wenn er die Kautions dem Erwerber aushändigt. Auf der anderen Seite wird jedoch aus der Eigenschaft des § 566a BGB als Mieterschutzvorschrift der Schluss gezogen, eine Zustimmungserklärung des Mieters könne nicht als Verzicht auf eben diesen Schutz ausgelegt werden.¹⁵ Die Auslegung der Mietererklärung darf demnach kein Ergebnis zeitigen, das einer (abdingbaren) Mieterschutzvorschrift widerspricht – letztlich also eine Unabdingbarkeit des § 566a BGB „durch die Hintertür“. Dem BGH kann hier nur insoweit gefolgt werden, als nicht jede Zustimmung des Mieters zwangsweise zu einer Haftungsbefreiung des Veräußerers führen kann (sei es im Rahmen einer vertraglichen Schuldübernahme nach § 415 BGB anstelle des gesetzlich vorgesehenen Schuldbeitritts¹⁶ oder als vertragliche Haftungsbefreiung¹⁷). Es versteht sich von selbst, dass eine Auslegung der Zustimmungserklärung nach §§ 133, 157 BGB einen entsprechenden Erklärungsgehalt ergeben muss. Ein zwingender Gleichlauf von gesetzlicher Regelung (§ 566a BGB) und Erklärungsgehalt einer Willenserklärung – der Mieter kann nicht etwas sagen wollen, was zum Verlust seiner (abdingbaren) Rechte führt – ist hingegen rechtliches Neuland. Erst dieser Gleichlauf führt jedoch zur vom BGH angenommenen Treuwidrigkeit der Verweigerung der Mitwirkung durch den Mieter: Läge in der Mitwirkung zugleich ein Verzicht auf gesetzliche Rechte, hätte der BGH zu einem anderen Ergebnis kommen müssen und wäre eine aus der Verweigerung der Mitwirkung nach § 242 BGB folgende, erneute Verpflichtung zur Leistung der Mietsicherheit schwer begründbar gewesen.

4. Zweite Sonderkonstellation: Rückgewähr an den Mieter durch den Veräußerer nicht als Vertragsänderung zu verstehen

Recht zu geben ist dem BGH wiederum in seiner Behandlung der zweiten Sonderkonstellation des Falles, betreffend die Kautionsrückgewähr durch den Veräußerer: Der Mieter durfte die Rückgewähr nicht als Angebot zur Änderung des Mietvertrages dahingehend verstehen, dass der Vermieter auf die Stellung einer Mietsicherheit künftig verzichtet. Die Rückgabe der Sicherheit erfolgte, nachdem der Mieter bereits erfolglos aufgefordert worden war, der Übertragung der Sicherheit auf

¹³ *Staudinger/Emmerich*, § 566a Rdnr. 16a; MünchKommBGB/*Häublein*, § 566a Rdnr. 19; *Jaeger*, ZfIR 2012, 125, 126; *Streyl*, NZM 2010, 343, 349; *Derleder*, WuM 2002, 239, 243; *Börstinghaus*, NZM 2004, 481, 485 f.; *Schmidt-Futterer/Streyl*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 32.

¹⁴ *Staudinger/Emmerich*, § 566a Rdnr. 18; *Blank/Börstinghaus/Blank*, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdnr. 20; *Schmidt-Futterer/Streyl*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 48; *Soergel/Heintzmann*, BGB, § 566a Rdnr. 10; MünchKommBGB/*Häublein*, § 566a Rdnr. 18.

¹⁵ Vgl. *Horst*, ZMR 2009, 655, 657; so auch LG Berlin, RNotZ 2011, 605, 606.

¹⁶ So etwa Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 B Rdnr. 467.

¹⁷ Ausdrücklich *Wachter*, MittBayNot 2001, 544, 546.

den Erwerber zuzustimmen, er also nicht mehr davon ausgehen konnte, künftig keine Kautionsmehr stellen zu müssen.¹⁸ Dass er die Rückgabe der Kautionsmehr auch tatsächlich nicht als Angebot zur Vertragsänderung gedeutet hatte, ergibt sich zudem aus seiner E-Mail vom 28.8.2008.¹⁹ Wäre die Rückgewähr der Kautionsmehr hingegen zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt, etwa vor der ersten Aufforderung des Mieters zur Zustimmung, wäre der BGH mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem anderen Ergebnis gekommen.²⁰

5. Folgerungen für die Praxis

In Kaufverträgen über vermieteten Grundbesitz ist häufig – so auch in dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Fall – eine der nachfolgenden Klausel ähnliche Regelung enthalten:

„Der Verkäufer verpflichtet sich, die Zustimmung des Mieters zur Übertragung der Mietsicherheit auf den Käufer einzuholen. Verweigert der Mieter die Abgabe seiner Zustimmung, ist der Verkäufer berechtigt, die Mietsicherheit an den Mieter zurückzugewähren. Das Recht des Käufers als Rechtsnachfolger des Verkäufers, eine neue Mietsicherheit zu verlangen, bleibt unberührt.“

Dass eine solche Klausel für den Erwerber nicht unproblematisch ist, verdeutlicht die Entscheidung des BGH: Nur in Ausnahmefällen besteht überhaupt ein „Recht des Käufers als Rechtsnachfolger des Verkäufers (...), eine neue Mietsicherheit zu verlangen“. Der Käufer sollte sich daher die nach § 566a BGB auf ihn übergegangene Mietsicherheit im eigenen Interesse bereits vom Verkäufer zur Verfügung stellen lassen und sich nicht auf die erneute Beitreibbarkeit vom Mieter verlassen. Als probates Mittel bietet sich die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts des Erwerbers bezüglich eines Kaufpreisteils in Höhe der Sicherheitsleistung an.²¹ Die Vereinbarung einer Aufrechnung – etwa bei der Barkautionsmehr – wäre hingegen unwirksam.²² Nach § 566a Satz 2, § 551 Abs. 3 BGB ist sicherzustellen, dass die Mietsicherheit ungeschmälert in das Eigentum des Erwerbers übergeht, was bei der Aufrechnung gerade nicht der Fall wäre.

Die Zustimmung des Mieters zur Übertragung der Mietsicherheit sollte eingeholt werden, auch wenn sie rechtlich nicht erforderlich ist, erleichtert sie doch gegenüber Dritten den Nachweis des Rechtsübergangs und vermeidet damit die vom BGH angesprochenen „faktischen“ Durchsetzungsschwierigkeiten. Um dem Verkäufer die Möglichkeit zu eröffnen, einer subsidiären Haftung nach § 566a BGB zu entgehen, sollte dieser auf das Erfordernis einer individualvertraglichen Haftungsbefreiungsvereinbarung unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des BGH hingewiesen werden:

¹⁸ BGH, a. a. O. (Fn. 1), Rdnr. 19.

¹⁹ Dass in dieser E-Mail kein Anerkenntnis liegen konnte, ergibt sich aus § 780 Satz 1 BGB (Formunwirksamkeit). Verfehlt insoweit *Jahreis*, jurisPR-MietR 4/2012, Anm. 3. Auch die Annahme von *Jahreis*, a. a. O., der Vermieter hätte ein Angebot auf Vertragsänderung nach der Rechtsnachfolge (§ 566 BGB) nicht mehr abgeben können, beruht auf einem Fehlverständnis des Zeitpunkts der Rechtsnachfolge, vgl. *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, § 566 Rdnr. 53.

²⁰ Vgl. den eingangs dieser Anmerkung referierten Grundfall und die dazu ergangene Entscheidung des LG Berlin, 65 S 283/10, RNotZ 2011, 605 (Leitsatz).

²¹ Vgl. *Riecke*, IMR 2012, 51.

²² OLG Frankfurt, WuM 1991, 484; OLG Düsseldorf, MDR 1983, 405; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 19; *Palandt/Grüneberg*, § 399 Rdnr. 11; *Soergel/Heintzmann*, BGB, § 566a Rdnr. 3; a. A. OLG Frankfurt, NJW-RR 1987, 786; z. T. auch *Münch-KommBGB/Häublein*, § 566a, Rdnr. 11.

Dem Verkäufer ist bekannt, dass seine Verpflichtung zur Rückgewähr der Mietsicherheit fortbesteht, wenn der Mieter diese nach Ende des Mietverhältnisses vom Käufer nicht erlangen kann, es sei denn, der Mieter stimmt einer entsprechenden individualvertraglichen Haftungsbefreiung des Verkäufers zu.

Die Einholung einer bloßen Zustimmung des Mieters allein – ohne ausdrückliche Haftungsbefreiung – kann vor dem Hintergrund der hier besprochenen Entscheidung des BGH nicht mehr empfohlen werden.

Notarassessor Dr. *Christian Fackelmann*, Berlin

2. GBO § 20; BGB § 181 (*Mehrfachvertretung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht*)

- Zur nachträglichen Genehmigung eines Vertrages, bei dem auf beiden Seiten derselbe Vertreter ohne Vertretungsmacht auftritt.**
- War der genehmigende Vertreter weder als Vertreter noch als Vertretener an dem Insihgeschäft beteiligt, ist die Genehmigung kein Insihgeschäft; in diesen Fällen kann er das Insihgeschäft genehmigen, selbst wenn er seinerseits nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.1.2012, 3 W 99/11

Mit Vertrag des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 3.3.2011 veräußerte die Beteiligte zu 1 das Grundstück an die Beteiligte zu 2. Auf beiden Seiten handelte Amtsinspektor ... als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Am 15.3.2011 genehmigte der Leiter des Landesbetriebes ... in Vertretung der Beteiligten zu 2 „alle in der vorbezeichneten Urkunde abgegebenen Erklärungen“ des Amtsinspektors ... Der Ortsbürgermeister der Beteiligten zu 1 genehmigte am 16.3.2011 „sämtliche Erklärungen, die Herr ... in der Urkunde ... im Namen der Ortsgemeinde B abgegeben hat, vollinhaltlich“. Darüber hinaus erteilte er „soweit notwendig ausdrücklich Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB“.

Mit den angefochtenen Zwischenverfügungen forderte die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt die Beteiligte zu 2 auf, ebenfalls die Befreiung des Amtsinspektors ... von den Beschränkungen des § 181 BGB zu erteilen. Darüber hinaus verlangte sie von beiden Beteiligten den Nachweis, dass die für sie handelnden Vertreter (d. h. der Ortsbürgermeister und der Leiter des Landesbetriebes ...) ebenfalls von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit seien, denn nur dann könnten diese ihrerseits ihrem Unterbevollmächtigten die Befreiung erteilen.

Hiergegen richtet sich die von dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten eingelegte Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1, §§ 72, 73, 81 GBO zulässig.

Der Senat ist nach § 4 Abs. 3 Nr. 2a GerOrgG RLP, § 23a Abs. 2 Nr. 8 GVG zur Entscheidung berufen.

In der Sache führt das Rechtsmittel zum Erfolg. Die von dem Grundbuchamt aufgezeigten Eintragungshindernisse bestehen nicht.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

Gemäß § 20 GBO darf im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils wirksam erklärt und dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Die Einigung kann auch von Vertretern erklärt werden. In diesem Falle ist dem Grundbuchamt die Vertretungsmacht des Vertreters nachzuweisen. Dabei hat das Grundbuchamt auch zu prüfen, ob die Erklärungen des Vertreters ggf. im Hinblick auf das Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB wirksam sind (KG Berlin, FGPrax 2011, 55 m. w. N.).

Es kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob nicht in Fällen der beiderseits vollmachtlosen Vertretung Anlass besteht, die Vorschrift des § 181 BGB teleologisch zu reduzieren. Der historische Gesetzgeber sah das Problem des Insichgeschäfts in der Gefahr von Interessenkollisionen. Die Vorschrift des § 181 BGB schützt grundsätzlich nur vor der gesteigerten Gefahr, die aus dem potentiellen Interessenkonflikt des Insichvertreters herrührt. Ob diese besondere Gefahr auch im Falle der beiderseits vollmachtlosen Vertretung besteht, erscheint zumindest fraglich.

Aber auch wenn man die Vorschrift des § 181 BGB in diesen Fällen für anwendbar hält, ist der Kaufvertrag vorliegend zustande gekommen, da die Parteien sämtliche Erklärungen des Vertreters ohne Vertretungsmacht mit eigenen Erklärungen vom 15. und 16.3.2011 nachträglich genehmigt haben.

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die vertretenen Vertragsbeteiligten schwebend unwirksame Insichgeschäfte nicht nur persönlich genehmigen können, sondern auch durch einen Vertreter (BGH NJW-RR 1994, 291; *Staudinger/Schilken*, 2009, § 181 Rdnr. 46). Die nachträgliche Genehmigung eines Beteiligten erfasst bei einem Grundstücksveräußerungsvertrag nicht nur das Handeln des anderen Beteiligten als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sondern, soweit § 181 BGB anwendbar ist, auch die Gestattung eines Insichgeschäfts. Denn die nachträgliche Genehmigung erfasst das vorgenommene Geschäft so, wie es abgeschlossen wurde (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3559b).

Die Genehmigenden ihrerseits müssen in vorliegendem Fall auch nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein.

Die Genehmigung eines schwebend unwirksamen Insichgeschäfts ist ein Rechtsgeschäft und untersteht wie jedes andere Rechtsgeschäft dem Verbot aus § 181 BGB (BGHZ 58, 115, 118; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 13). Stellt sich die Genehmigung im konkreten Fall als ein Insichgeschäft dar, kann nur ein von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Vertreter sie erteilen. Dies ist der Fall, wenn der Vertreter ein Insichgeschäft genehmigt, bei dem er entweder selbst als Insichvertreter gehandelt hat oder an dem er als Vertragspartei beteiligt ist. War der genehmigende Vertreter dagegen weder als Vertreter noch als Vertretener an dem Insichgeschäft beteiligt, ist die Genehmigung kein Insichgeschäft; in diesen Fällen ist der Vertreter bei der Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung widerstreitenden Interessen nicht ausgesetzt. Deshalb kann er das Insichgeschäft genehmigen, selbst wenn er seinerseits nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist (*Tebben*, DNotZ 2005, 178, 179).

Dies ist vorliegend der Fall. Weder der Ortsbürgermeister der Gemeinde B., noch der Leiter des Landesbetriebes ... waren selbst als Vertreter oder Vertretene an dem Insichgeschäft beteiligt.

Anmerkung:

„§ 181 BGB ist in vielen Fällen ein schlafender Riese. Wacht der Riese auf, liefert er tückische Fallstricke im Rechtsverkehr.“¹ Diese Aussage des verstorbenen Kollegen *Lichtenberger* hat auch nach 13 Jahren nichts von ihrer Aktualität eingebüßt. Seit einigen Jahren widmen sich Autoren verstärkt den zahlreichen Problemen des § 181 BGB.² Einen kleinen Ausschnitt behandelt die zu besprechende Entscheidung des OLG Zweibrücken:

1. Ausgangsfall

Bei einer Grundstücksveräußerung handelte ein Amtsinspektor für beide Seiten als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Dieser Vertrag wurde von Vertretern beider Vertragsteile genehmigt. Das Grundbuchamt bemängelte anschließend, dass der Genehmigungstext keine ausdrückliche Befreiung des Amtsinspektors von § 181 BGB enthielt. Zudem verlangte es den Nachweis, dass die genehmigenden Vertreter selbst von § 181 BGB befreit waren.

2. Gilt § 181 BGB bei Vertretung ohne Vertretungsmacht?

Häufig wird ohne nähere Begründung bejaht, dass § 181 BGB auch für die Vertretung ohne Vertretungsmacht gilt.³ Dies ist aber nicht zweifelsfrei:

a) Eine vor allem von *Lichtenberger* vertretene Ansicht verneint generell die Anwendbarkeit von § 181 BGB auf den Vertreter ohne Vertretungsmacht.⁴ § 181 BGB meine nur den Vertreter mit beidseitiger Vertretungsmacht. § 177 Abs. 1 BGB spreche von „jemand“, nicht von „Vertreter“.⁵ Ein Vertreter brauche zudem, um überhaupt Vertreter zu sein, das rechtliche Können zur Vertretung, eben die Vertretungsmacht.⁶

Diese Auffassung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Seit der Schuldrechtsreform lautet die amtliche Überschrift von § 177 BGB: „Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht.“ Damit ist gesetzlich anerkannt, dass auch der ohne Vertretungsmacht Handelnde ein „Vertreter“ im Sinne des Gesetzes ist. Weiter spricht § 177 Abs. 1 BGB vom Vertretenen, den es ohne Vertreter nicht geben kann.⁷ Außerdem stehen die Normen über die Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177-180 BGB) zwischen dem Vertreter mit Vertretungsmacht (§§ 164-176 BGB) und § 181 BGB. Der Schutz vor Interessenkollisionen kann daher bei Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht weniger stark sein als bei Vertretung mit

¹ *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470.

² Z. B. *Tebben*, DNotZ 2005, 173; *Batzgen*, RNotZ 2005, 193; *Benecke/Ehinger*, MDR 2005, 1265; *Fröhler*, BWNNotZ 2006, 97; *Auktor*, NZG 2006, 334; *Schmidt-Ott*, ZIP 2007, 943; *Schmitt*, WM 2009, 1784; *Suttman*, MittBayNot 2011, 1; *Ising*, NZG 2011, 841.

³ Z. B. BayObLG, 2 Z 52/85, Rpfleger 1988, 61; OLG Düsseldorf, 3 Wx 427/98, MittBayNot 1999, 470; *Palandt/Ellenberger*, 71. Aufl. 2012, § 181 Rdnr. 3; *Prütting/Wegen/Weinreich/Frensch*, BGB, 6. Aufl. 2011, § 181 Rdnr. 5; *jurisPK-BGB/Weinland*, 5. Aufl. 2010, § 181 Rdnr. 2; *Staudinger/Pfeifer*, 2011, § 925 Rdnr. 70; *Staudinger/Schilken*, 2009, § 181 Rdnr. 15.

⁴ *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470, 471; *ders.*, MittBayNot 2000, 434; in diese Richtung auch *BeckOK-GBO/Reetz*, Stand 1.3.2012, Vertretungsmacht, Rdnr. 56; *Beck'sches Notarhandbuch/Reetz*, 5. Aufl. 2009, Kap. F. Rdnr. 56.

⁵ *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470, 471.

⁶ *Lichtenberger*, MittBayNot 2000, 434.

⁷ *Benecke/Ehinger*, MDR 2005, 1265, 1266; *Fröhler*, BWNNotZ 2006, 97, 103.

Vertretungsmacht.⁸ § 181 BGB gilt somit nach seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung nicht nur für den Vertreter „mit“ Vertretungsmacht, sondern grundsätzlich auch für den Vertreter „ohne“ Vertretungsmacht.⁹

b) Nach anderer Auffassung ist § 181 BGB bei beidseitiger Vertretung ohne Vertretungsmacht bereits beim Vertreterbegriff teleologisch zu reduzieren.¹⁰ § 181 BGB schützt den Vertretenen vor möglichen Nachteilen durch Interessenkonflikte in der Person des Insichvertreters.¹¹ Diese Gefahr bestehe bei Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht, da mangels Vertretungsmacht keine unmittelbare Bindung des Vertretenen eintrete. Das OLG Zweibrücken neigt im Ausgangsfall dieser Auffassung zu. Letztlich lässt es die Streitfrage aber zu Recht offen. Denn in beiden Fällen ist der Vertrag mangels Vertretungsmacht nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam und bedarf der Genehmigung beider Vertragsteile. Im Ausgangsfall war somit entscheidend, ob eine wirksame Genehmigung vorlag.

3. Muss die Genehmigung ausdrücklich von § 181 BGB befreien?

Vertretene Vertragsteile können schwebend unwirksame Insichgeschäfte nicht nur persönlich genehmigen, sondern auch durch Vertreter.¹² Die Genehmigung umfasst dabei nach zutreffender Ansicht des OLG Zweibrücken das vorgenommene Geschäft so, wie es abgeschlossen wurde. Erfasst ist damit nicht nur das Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sondern auch die Gestattung eines etwaigen Insichgeschäfts.¹³ Deshalb bedarf es im Genehmigungstext keiner ausdrücklichen Befreiung von § 181 BGB.

4. Muss der Genehmigende selbst von § 181 BGB befreit sein?

Ob der ein Insichgeschäft genehmigende Vertreter selbst von § 181 BGB befreit sein muss, ist in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten,

a) Eine vor allem in der BGB-Kommentarliteratur verbreitete Meinung bejaht diese Frage¹⁴, häufig ohne nähere Be-

gründung. Soweit eine Begründung gegeben wird, ist das Hauptargument die eventuelle Umgehung des § 181 BGB: Niemand könne mehr Rechte übertragen, als er selbst habe. Wenn dem Vertreter ein Insichgeschäft nicht gestattet sei, könne er es einem Untervertreter nicht gestatten und folglich auch ein Insichgeschäft des Unterververtreters nicht genehmigen. Dieses Argument folgt der Lehre vom Doppelmangel. Sowohl die fehlende Vertretungsmacht als auch der Verstoß gegen § 181 BGB müssten im Rahmen der Genehmigung geheilt werden.

b) Andere Stimmen halten dagegen eine Befreiung des Genehmigenden für entbehrlich.¹⁵ Eine Ansicht folgert dies bereits daraus, dass § 181 BGB auf den Vertreter ohne Vertretungsmacht generell unanwendbar sei.¹⁶ Meist wird jedoch mit dem Schutzzweck des § 181 BGB argumentiert.¹⁷ Der Anwendungsbereich von § 181 BGB sei teleologisch zu reduzieren, wenn die Genehmigung durch eine Person erteilt werde, die selbst keiner Interessenkollision infolge Mehrfachvertretung oder Selbstkontrahierens unterliege. Denn der Genehmigende hätte das Rechtsgeschäft auch selbst abschließen können, ohne durch § 181 BGB gehindert zu sein. Außerdem rechtfertige die unterschiedliche Wirkung von Bevollmächtigung und Genehmigung dieses Ergebnis. Während das Rechtsgeschäft bei wirksamer Bevollmächtigung sofort wirksam werde und der Vertretene keinerlei Einfluss auf den Inhalt mehr nehmen könne, sei das Rechtsgeschäft bei einem Handeln ohne Vertretungsmacht zunächst schwebend unwirksam. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht bereite das Rechtsgeschäft im Interesse des Vertretenen lediglich vor, wobei der Genehmigende über dessen Wirksamwerden noch frei entscheiden könne.¹⁸ Indem er seine Genehmigung verweigere oder von Nachverhandlungen abhängig mache, sei der Genehmigende noch immer in der Lage, Wirksamwerden und Inhalt des Rechtsgeschäfts zu beeinflussen. Der Vertretene habe seine Entscheidungsfreiheit noch nicht aus der Hand gegeben, so dass sich für den Vertretenen aus einer Interessenkollision in der Person des Insichvertreters grundsätzlich keine Nachteile ergeben könnten.¹⁹ Der Genehmigende bedürfe daher grundsätzlich keiner Befreiung von § 181 BGB. Dies gelte jedoch nur, solange der Mehrfachvertreter seine ursprüngliche Erklärung nicht selbst genehmige²⁰ und solange in der Person des Genehmigenden kein neuer Fall des § 181 BGB vorliege²¹.

c) Das OLG Zweibrücken schließt sich zu Recht der letztgenannten Auffassung an: Die Genehmigung selbst sei kein

⁸ Fröhler, BWNNotZ 2006, 97, 103; ders., BWNNotZ 2003, 14, 18 f.

⁹ Benecke/Ehinger, MDR 2005, 1265 f.; Tebben, DNotZ 2005, 173, 174; Kuhn, RNotZ 2001, 305, 326 f.

¹⁰ Fertl, Rpfleger 1988, 61 f.; Neumayer, RNotZ 2001, 249, 265 f.; Benecke/Ehinger, MDR 2005, 1265, 1266; Staudinger/Hertel, 2012, § 128 Rdnr. 59.

¹¹ BGH, II ZR 57/67, NJW 1969, 841, 843 f.; BGH, II ZR 98/68, NJW 1971, 1355, 1356; Palandt/Ellenberger, § 181 Rdnr. 2.

¹² BGH, II ZR 107/92, NJW-RR 1994, 291, 293; Staudinger/Schilken, § 181 Rdnr. 46 m. w. N.

¹³ LG Saarbrücken, 5 T 140/00, MittBayNot 2000, 433; Lichtenberger, MittBayNot 2000, 434, 435; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 3559b; Staudinger/Pfeifer, § 925 Rdnr. 74; Kersten/Bühling/Bischoff, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 25 Rdnr. 15.

¹⁴ Vgl. z. B. OLG Düsseldorf, 3 Wx 427/98, MittBayNot 1999, 470; Palandt/Ellenberger, § 181 Rdnr. 15, 18; Schulze/Dörner, BGB, 7. Aufl. 2012, § 181 Rdnr. 9; Prütting/Wegen/Weinreich/Frensch, BGB, § 181 Rdnr. 19; BeckOK-BGB/Valenthin, Stand 1.11.2011, § 181 Rdnr. 29; Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 181 Rdnr. 9, 14; jurisPK-BGB/Weinland, § 181 Rdnr. 9; Erman/Palm, BGB, 11. Aufl. (2004), § 181 Rdnr. 25; Bamberger/Roth/Habermeier, BGB, 1. Aufl. 2003, § 181 Rdnr. 29; Fröhler, BWNNotZ 2003, 14, 18 f.; ders., BWNNotZ 2006, 97, 103. Ebenso ohne nähere Diskussion BGH, XII ZR 146/07, NJW 2010, 861, 862, Rdnr. 24 (nur Verweis auf Palandt/Heinrichs, 69. Aufl., § 181 Rdnr. 15 a. E.), wo es aber zentral um Fragen der Wissenszurechnung und einer konkludenten Genehmigung bei Gesamtvertretung ging.

¹⁵ KG, 1 Wx 645/40, DNotZ 1941, 164, 165; LG Saarbrücken, 5 T 140/00, MittBayNot 2000, 433 f.; Soergel/Leptien, BGB, März 1999, § 181 Rdnr. 36; Gutachten, DNotI-Report 5/1993, 1, 3; Lichtenberger, MittBayNot 1999, 470, 471; ders., MittBayNot 2000, 434; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 198 f.; Tebben, DNotZ 2005, 173, 177 ff.; Auktor, NZG 2006, 334, 336; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3559a; Erman/Maier-Reimer, 13. Aufl. 2011, § 181 Rdnr. 34; BeckOK-GBO/Reetz, Vertretungsmacht, Rdnr. 56; Beck'sches Notarhandbuch/Reetz, Kap. F. Rdnr. 56.

¹⁶ Lichtenberger, MittBayNot 1999, 470, 471; ders., MittBayNot 2000, 434; in diese Richtung auch BeckOK-GBO/Reetz, Vertretungsmacht Rdnr. 56; Beck'sches Notarhandbuch/Reetz, Kap. F. Rdnr. 56.

¹⁷ Z. B. Staudinger/Schilken, § 181 Rdnr. 15; Abicht, RNotZ 2010, 493/503; Suttmann, MittBayNot 2011, 1, 3; Benecke/Ehinger, MDR 2005, 1265, 1267; Kersten/Bühling/Bischoff, § 25 Rdnr. 15.

¹⁸ Vgl. Vollhardt, DNotZ 2000, 309, 311.

¹⁹ Ebenso BayObLG, MittRhNotK 1987, 127, 128.

²⁰ Vgl. dazu Soergel/Leptien, § 181 Rdnr. 45; ferner BGH, II ZR 107/92, NJW-RR 1994, 291, 292; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 198.

²¹ Z. B. Selbstkontrahieren oder Mehrfachvertretung bei Abgabe und Zugang der Genehmigung.

Insichgeschäft, wenn der genehmigende Vertreter weder als Vertreter noch als Vertretener am Insichgeschäft beteiligt war. In diesen Fällen sei der Vertreter bei der Entscheidung über die Genehmigung auch keinen widerstreitenden Interessen ausgesetzt. Er könne deshalb das Insichgeschäft genehmigen, auch wenn er selbst nicht von § 181 BGB befreit sei. Diese Ausführungen überzeugen sowohl durch ihren Inhalt als auch durch ihre Prägnanz. Sie gelten nicht nur für den beiderseitigen Vertreter ohne Vertretungsmacht, sondern auch für den nur einseitigen Vertreter ohne Vertretungsmacht, der auf der anderen Seite mit von § 181 BGB befreiter Vertretungsmacht handelt.²²

5. Ausblick

Ein in der notariellen Praxis häufiges Problem des § 181 BGB wird vom OLG Zweibrücken einer praxisgerechten Lösung zugeführt. Es wäre deshalb wünschenswert, dass der vorstehende Beschluss des OLG Zweibrücken auch in die BGB-Kommentare Einzug hält. Bis dahin ist im Interesse der Rechtssicherheit zu empfehlen, Insichgeschäfte durch Einschaltung verschiedener Personen von vornherein zu vermeiden. Dies gilt vor allem dort, wo der Vertretene nicht von § 181 BGB befreit werden kann oder eine Befreiung schwierig zu erlangen ist oder die Zuständigkeit für die Befreiung umstritten ist.²³

Notar Dr. Christian Auktor, Fürth

²² Näher Auktor, NZG 2006, 334, 335 f.; Suttman, MittBayNot 2011, 1, 3.

²³ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3559a, ebenso Abicht, RNotZ 2010, 493, 499.

3. WEG § 10 Abs. 3, § 13 Abs. 2, § 22; BGB § 1004 (Zur Inhaltskontrolle des Vorbehalts einer Sondernutzungsrechtszuweisung in der Teilungserklärung)

1. **Der teilende Eigentümer kann sich in der Teilungserklärung ermächtigen lassen, bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen.**
2. **Einer zeitlichen Begrenzung einer solchen Ermächtigung bedarf es nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Der Senat hat Zweifel, ob die in einer Teilungserklärung getroffenen Regelungen an den für AGB geltenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB (ggf. in entsprechender Anwendung) zu messen sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Die Teilungserklärung der teilenden Eigentümerin enthält verschiedene Regelungen über die Ausgestaltung und Zuweisung von Sondernutzungsrechten. Die Eigentümerin wollte sich die Möglichkeit erhalten, über die Verwendung und Zuteilung der Außenstellplätze je nach Bedarf und Interesse zu entscheiden.

Daher behielt sie sich vor, „durch Nachtragsurkunde dem jeweiligen Eigentümer einer Sondereigentumseinheit das Sondernutzungsrecht an den Außenstellplätzen ... einzuräumen.“ Bis dahin waren die Sondereigentümer – mit Ausnahme der teilenden Eigentümerin – von Gebrauch und Nutzen dieser Außenstellplätze ausgeschlossen. Die teilende Eigentümerin war nach einer Anlage zur Teilungserklärung zudem ermächtigt und bevollmächtigt, die Ausgestaltung der noch

nicht verkauften Einheiten sowie auch die Teilungserklärung zu ändern.

Der Beklagte erwarb 2009 seine Eigentumswohnung von der teilenden Eigentümerin, die dabei von der Ermächtigung Gebrauch machte und Sondernutzungsrechte für drei Flächen zuwies, für die Fläche A als Stellplatz, die Fläche B als Garten und Terrasse nach genauer Maßgabe der Gestaltung und Abgrenzung und für die Fläche C als Terrasse mit Pflanzkübeln.

Die Fläche A nutzt der Beklagte als Stellplatz, die Fläche B nach Herrichtung als Terrasse. Das hält der Kläger – jedenfalls hinsichtlich der Fläche B – für rechtswidrig und verlangt Beseitigung der Terrassenanlage und Wiederherstellung in den vorigen Zustand.

In den Tatsacheninstanzen ist seine Klage ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt er seinen Klageantrag weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht steht auf dem Standpunkt, die Nutzung des Beklagten halte sich im Rahmen des wirksam begründeten Sondernutzungsrechts. Die in der Teilungserklärung enthaltene Vollmacht sei wirksam. Nach dem klaren Wortlaut erfasse sie Änderungen „ohne jede Einschränkung“ und sei daher hinreichend bestimmt. Einer Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer habe es nicht bedurft, weil diese aufgrund der im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung von der Mitwirkung bei der Einräumung und Veränderung von Sondernutzungsrechten bereits ausgeschlossen gewesen seien. Da sich die Gestaltung des Beklagten innerhalb des von der geänderten Teilungserklärung vorgegebenen Rahmens halte, sei auch eine Zustimmung unter dem Blickwinkel einer baulichen Veränderung entbehrlich gewesen.

II.

Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat jedenfalls im Ergebnis zu Recht Ansprüche des Klägers nach § 1004 BGB i. V. m. § 15 Abs. 3 WEG verneint.

1. Die Terrasse mit der vorgenommenen Gestaltung hält sich innerhalb des von der geänderten Teilungserklärung gesteckten Rahmens. Zwar bedürfen bauliche Veränderungen nach § 22 Abs. 1 WEG grundsätzlich der Zustimmung aller Wohnungseigentümer. Eine solche Zustimmung ist jedoch bereits in der Zuweisung des Sondernutzungsrechts enthalten, soweit bauliche Veränderungen Eingang in die Beschreibung des Sondernutzungsrechts gefunden haben oder wenn sie nach dem Inhalt des jeweiligen Sondernutzungsrechts üblicherweise vorgenommen werden und der Wohnungseigentumsanlage dadurch kein anderes Gepräge verleihen (ähnlich Palandt/Bassenge, 70. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 18 m. w. N.; vgl. auch Bärmann/Merle, WEG, 11. Aufl., § 22 Rdnr. 20). Gemessen daran war vorliegend eine gesonderte Zustimmung nach § 22 Abs. 1 WEG entbehrlich.

a) Die Gestaltung und Nutzung der dem Sondereigentum des Beklagten zur Sondernutzung zugewiesenen Flächen ist schon aufgrund der ursprünglichen Fassung der Teilungserklärung, die durch die Änderung der Teilungserklärung lediglich konkretisiert worden ist, nicht zu beanstanden.

aa) Sondernutzungsrechte sind dadurch gekennzeichnet, dass einem oder mehreren Wohnungseigentümern unter Ausschluss der übrigen (negative Komponente) das Recht zur Nutzung von Teilen des Gemeinschaftseigentums zugewiesen wird (positive Komponente). Wegen des Entzugs der Befugnis zum Mitgebrauch nach § 13 Abs. 2 WEG kann es nur durch Vereinbarung (§ 10 Abs. 2 Satz 2 WEG) oder durch den teilenden Eigentümer nach § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 i. V. m. § 10

Abs. 2 WEG begründet oder geändert werden (vgl. nur Senat, Beschluss vom 20.9.2000, V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 163 = MittBayNot 2000, 546; *Bärmann/Klein*, a. a. O., § 13 Rdnr. 74).

Vorliegend sind die in Rede stehenden und damals noch als Außenstellplätze bezeichneten Flächen unter Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer allein der Verkäuferin als teilender Eigentümerin zugewiesen worden. Es ist allgemein anerkannt, dass eine solche Gestaltung rechtlich unbedenklich ist (vgl. nur KG, ZMR 2007, 384, 387 m. w. N.; *Rieckel/Schmid/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 56), sofern und solange der dadurch Begünstigte – wie hier – Eigentümer einer Wohnungs- oder Teileigentümereinheit ist (Senat, Beschluss vom 3.7.2008, V ZR 20/07, NZM 2008, 732, 734; *Häublein*, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, S. 276 f., 279 ff.; vgl. auch *Bärmann/Klein*, a. a. O., § 13 Rdnr. 88 m. w. N., und unter Hinweis darauf, dass ein bei Ausscheiden des teilenden Eigentümers aus der Gemeinschaft noch bestehendes Zuweisungsrecht in die geborene Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft fällt).

bb) Die Verkäuferin war bei nächstliegender Auslegung der Teilungserklärung nicht darauf beschränkt, die Flächen Erwerbern von Wohnungseigentum zur Nutzung als Außenstellplätze zuzuweisen. Es ist dort von der Zuweisung positiver Nutzungsrechte die Rede. Spätestens in Verbindung mit der in Bezug genommenen Anlage ergibt sich klar die Befugnis zu einer einseitigen Änderung auch des Nutzungsinhalts. Anders als bei der Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum oder umgekehrt (dazu Senat, Urteil vom 4.4.2003, V ZR 322/02, NJW 2003, 2165, 2166) betrifft eine Konkretisierung oder Änderung der positiven Komponente eines Sondernutzungsrechts nicht den Gegenstand, sondern lediglich den Inhalt des Eigentums. Als Ausdruck der Privatautonomie kann die Befugnis hierzu – wie hier – durch eine Ermächtigung in der Teilungserklärung erteilt werden (*Armbrüster*, ZMR 2005, 244, 247; *Bärmann/Klein*, a. a. O., § 13 Rdnr. 85 f. m. w. N.; vgl. auch BayObLG, NJW 2005, 444, 445); auf das Bestehen einer wirksamen Vollmacht zum Handeln im Namen sämtlicher übrigen Wohnungseigentümer kommt es dann nicht an.

cc) Allerdings muss eine solche Ermächtigung – soll sie im Wege der Grundbucheintragung nach § 10 Abs. 3 WEG verdinglicht werden – dem sachen- und grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Das ist hier jedoch der Fall, weil sich die Abänderungsbefugnis auf in einer weiteren Anlage gekennzeichnete Flächen bezieht und die Befugnisse klar umrissen sind.

dd) Die Ermächtigung hält einer Inhaltskontrolle stand, und zwar gleichgültig, ob man in der Teilungserklärung getroffene Regelungen an dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder – was zweifelhaft erscheint – an den für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB (ggf. in entsprechender Anwendung) misst (zweifelnd bereits Senat, Beschluss vom 20.6.2002, V ZB 39/01, BGHZ 151, 164, 173 f. m. w. N. auch zum Streitstand; offengelassen auch in dem Senatsurteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213, 215 = MittBayNot 2007, 43).

(1) Bei einer an den rechtlichen Maßstäben von § 242 BGB ausgerichteten Inhaltskontrolle ist zunächst zu berücksichtigen, dass die teilende Eigentümerin die Bedürfnisse von Erwerbern nicht abschließend beurteilen kann. Gerade bei Flächen, die vor oder hinter einer Eigentumswohnung liegen, kann sie nicht zuverlässig abschätzen, ob dem Erwerber an einem oder mehreren Stellplätzen oder zumindest auch an

einem Gartennutzungsrecht mit Terrasse gelegen ist. Dem trägt die Ermächtigung Rechnung. Demgegenüber fallen Vertrauensschutzgesichtspunkte der Erwerber schon deshalb nicht ins Gewicht, weil diese von vornherein von dem Mitgebrauch der in Rede stehenden Flächen ausgeschlossen waren und sie auch klar sehen konnten, dass eine Zuweisung nicht nur zum Zwecke des Abstellens von Fahrzeugen, Fahrrädern usw. in Betracht kam.

Die Ermächtigung ist zeitlich nicht unbegrenzt. Auch ohne ausdrückliche Regelung versteht es sich, dass die Ermächtigung, die nur der teilenden Eigentümerin zugewiesen ist, mit der letzten Veräußerung von Wohnungseigentum an einen Erwerber endet. Zeitlich nachfolgende Konkretisierungen oder Änderungen des Sondernutzungsinhalts wären nicht mehr von der Ermächtigung gedeckt. Auch mit der jeweiligen Zuweisung von Sondernutzungsrechten endet insoweit die Abänderungsbefugnis der teilenden Eigentümerin.

Davon abgesehen ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, dass die Wohnungseigentümer nicht jedwede inhaltliche Ausgestaltung der teilenden Eigentümerin hinnehmen müssen, so dass nicht die Gefahr besteht, dass die Rechtsposition der Erwerber unzumutbar ausgehöhlt wird. Diese sind insoweit nach § 315 BGB vor einem Missbrauch der Gestaltungsmacht der teilenden Eigentümerin geschützt (vgl. auch Senat, Beschluss vom 8.11.1985, V ZR 113/84, NJW 1986, 845 = MittBayNot 1986, 11), der eine Art Treuhänderfunktion gegenüber den (zukünftigen) Miteigentümern zukommt (*Ulmer*, FG Weitnauer, 1980, S. 205, 206 und 217) und die bei der Ausübung ihres Gestaltungsermessens die Belange der übrigen Wohnungseigentümer angemessen zu berücksichtigen hat (*Häublein*, a. a. O., S. 306 f. m. w. N.).

(2) Im Ergebnis ergibt sich nichts anderes, wenn man die Ermächtigung an der Regelung des § 308 Nr. 4 BGB oder an der Generalklausel des § 307 BGB misst. Denn mit Blick auf die zuerst genannte Bestimmung ist die Ermächtigung den Wohnungseigentümern unter Berücksichtigung der Interessen der teilenden Wohnungseigentümerin – wie dargelegt – zumutbar. Das strahlt auch auf die im Rahmen von § 307 BGB vorzunehmende Gesamtabwägung aus.

ee) Die Zuteilung des Sondernutzungsrechts mit dem hier in Rede stehenden Inhalt hält sich innerhalb des der teilenden Eigentümerin nach § 315 BGB zustehenden Gestaltungsermessens (zu Letzterem vgl. auch Senat, Beschluss vom 8.11.1985, a. a. O.). Soweit der Kläger in tatsächlicher Hinsicht darauf verweist, er habe mit Nichtwissen bestritten, dass die nach der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen notwendige Zahl von Stellplätzen auch nach der vorgenommenen Änderung noch eingehalten werde, führt dies nicht zu einer anderen rechtlichen Bewertung. Denn es liegt auf der Hand, dass der Kläger für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach § 1004 BGB die Darlegungslast trägt.

ff) Soweit die Revision geltend macht, der Beklagte habe sich nicht an die gestalterischen Vorgaben des zugewiesenen Sondernutzungsrechts gehalten, führt das nicht zu einer zumindest teilweise rechtswidrigen Nutzung. Allerdings sieht die Nutzungszuweisung durch die teilende Eigentümerin als Begrenzung der Terrassenfläche eine Hecke in Pflanzkästen aus Holz vor, während der Beklagte unter anderem einen Stahlgitterzaun und Begrenzungssteine verwendet hat. Die Beseitigung einer solchen baulichen Änderung kann der Kläger indes nur dann verlangen, wenn sie ihn über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt, § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG. Eine solche Beeinträchtigung haben die Tatgerichte – der Sache nach – rechtsfehlerfrei verneint.

2. Vor dem Hintergrund der genannten Vermutungswirkung scheidet eine wirksame Zuweisung des Sondernutzungsrechts schließlich auch nicht daran, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob dingliche Gläubiger der Zuweisung zugestimmt haben. Da der Kläger auf kein diesbezügliches Parteivorbringen verweist, kommt es nicht mehr darauf an, dass eine Zustimmung nach § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG schon deshalb entbehrlich sein dürfte, weil durch den Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer bereits die negative Komponente des Sondernutzungsrechts dinglicher Inhalt der Wohnungs- und Teileigentumsrechte geworden ist, und daher die Rechtstellung dinglicher Gläubiger durch die nachfolgende Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an Erwerber unter Konkretisierung oder Änderung des Nutzungszwecks zumindest im Regelfall keine Verschlechterung mehr erfahren dürfte (vgl. auch BayObLG, NJW 2005, 444, 445; KG, ZMR 2007, 384, 387; *Riecke/Schmid/Schneider*, a. a. O., § 5 Rdnr. 100 m. w. N.).

(...)

Anmerkung:

Im Folgenden geht es nicht um die vom BGH – für die Praxis sicher erfreulich – großzügig gehandhabte Inhalts- und Ausübungskontrolle von Begründungsvorbehalten.¹ Im Mittelpunkt steht deren Einordnung, weil es insofern in der Beurkundungspraxis immer wieder zu unnötigen Unklarheiten kommt.

1. Sog. „Begründungsvorbehalte“ als gefährdete Tätigkeit des Notars

Sachverhalte wie der, über den der BGH in der vorstehenden Entscheidung zu befinden hatte, sind nicht selten. Vergleichbare Gestaltungen werden im Rahmen der Vorratsteilung gemäß § 8 WEG – oft von Notaren – gewählt, weil und insofern der aufteilende Eigentümer zum Zeitpunkt der Abgabe der Teilungserklärung darüber im Zweifel ist, welcher der künftigen Erwerber von Wohnungs- oder Teileigentum² ein Interesse am Erwerb eines Sondernutzungsrechts haben wird.³ Zum Beispiel bei Gartenflächen kann, wie der Fall illustriert, darüber hinaus Ungewissheit über den gewünschten räumlichen Umfang des Rechts und/oder die intendierte Nutzungsart herrschen.

Es ist grundsätzlich legitim, wenn der aufteilende Eigentümer bestrebt ist, die Gemeinschaftsordnung so zu gestalten, dass ihm insofern eine gewisse Flexibilität erhalten bleibt. Allerdings steckt der Teufel im Detail und hier schlummern Haftungsrisiken für den gestaltenden Notar. Wenn nämlich der aufteilende Eigentümer später bestimmte Sondernutzungsrechte im Vertrauen auf eine derartige Gestaltung verkauft, ihm für deren Begründung aber wegen einer mangelhaften Formulierung in der Teilungsurkunde die Kompetenz fehlt, muss er sich die Zustimmung der übrigen Miteigentümer entweder – meist gegen Entgelt – verschaffen oder er haftet dem Erwerber des Sondernutzungsrechts wegen Nichterfüllung. In beiden Fällen liegt es nahe, sich an den Notar zu halten, der für die Gestaltung verantwortlich ist.

¹ Hierzu jüngst etwa *Armbrüster in Hager*, Wohnungseigentümer und ihre Gemeinschaft, 2012, S. 11, 14 ff.

² Sofern im Folgenden von Wohnungseigentum die Rede ist, gelten die Ausführungen im Zweifel für das Teileigentum entsprechend.

³ Vgl. *Hogenschurz*, Das Sondernutzungsrecht nach WEG, 2008, § 2 Rdnr. 51.

Um Fehler zu vermeiden, muss sich der Notar zunächst einmal Klarheit darüber verschaffen, dass es sich bei einem Sondernutzungsrecht um eine Regelung über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander im Sinne der §§ 10 ff. WEG handelt.⁴ Daraus folgt, dass die Regelungen über die Begründung von Sondernutzungsrechten in den Teil der Teilungsurkunde gehören, der regelmäßig als Gemeinschaftsordnung überschrieben ist.⁵

Nicht wenige Teilungsurkunden rücken Sondernutzungsrechte stattdessen in die Nähe des Sondereigentums und treffen die diesbezüglichen Regelungen daher am falschen Ort, nämlich bei der eigentlichen Aufteilung. Das verkennt nicht nur die Rechtsnatur des Sondernutzungsrechts.⁶ Es besteht vor allem die Gefahr, dass die entsprechenden Regelungen, einschließlich eines Begründungsvorbehalts, deswegen keinen Eingang in das Grundbuch finden und spätere Eigentümer an sie nicht gemäß § 10 Abs. 3 WEG gebunden werden, weil sich die – meist am Ende der Teilungsurkunde enthaltene – Bezugnahme im Sinne von § 8 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 3 WEG ausschließlich auf die Gemeinschaftsordnung bezieht, d. h. auf die Regelungen über den „Inhalt des Sondereigentums“. Demgegenüber dient der erste Teil der Teilungsurkunde, die sog. Teilungserklärung im engeren Sinne, der Festlegung der Miteigentumsanteile und des Gegenstandes des Sondereigentums. Bereits das zeigt, dass Regelungen über Sondernutzungsrechte hier nichts zu suchen haben.

2. Die drei gängigsten Gestaltungen

Eine weitere Fehlerquelle resultiert aus den verschiedenen in Betracht kommenden Gestaltungsmöglichkeiten,⁷ die alternativ verwendet werden können, kumuliert jedoch leicht für Unklarheit sorgen. Der Notar muss nicht nur wissen, zu welchem Zeitpunkt Sondernutzungsrechte entstehen sollen, bzw. ob die Miteigentümer zunächst, d. h. bis zur Veräußerung des Sondernutzungsrechts, zur Mitnutzung des betroffenen Gemeinschaftseigentums befugt sein sollen. Es fragt sich vielmehr auch, ob der aufteilende Eigentümer als Vertreter der Miteigentümer handeln soll, wenn die Gemeinschaftsordnung durch ihn ohne Mitwirkung der anderen geändert wird, oder ob ihm ein Gestaltungsrecht zusteht, das er im eigenen Namen ausübt. Im vorliegenden Fall war beides vorgesehen.⁸ Bei derartigen Gestaltungen sollte bedacht werden, dass Vollmachten grundsätzlich frei widerruflich sind (§ 168 Satz 2 BGB) und selbst für den Fall der Unwiderruflichkeit ein Widerruf aus wichtigem Grund möglich ist. Außerdem ist bei der Umsetzung, d. h. bei der Ausübung der Gestaltungsbefugnis, zu bedenken, dass die Bevollmächtigungslösung den Belangen der Miteigentümer meist nicht gerecht wird. Regelmäßig haben diese kein Interesse daran, Partei eines – kostenauslösenden – Rechtsgeschäfts zu sein, das die Gemeinschaftsordnung ausschließlich zugunsten des aufteilenden Eigentümers ändert. Zu Recht hat der BGH in der hier besprochenen Ent-

⁴ Siehe BGH, V ZB 58/99, BGHZ 145, 158 = MittBayNot 2000, 546: Sondernutzungsrechte als von § 13 Abs. 2 WEG abweichende Nutzungsregelungen.

⁵ Zutreffend *Hügel in Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 2 Rdnr. 121 (Musterteilungserklärung); *Kreuzer*, Die Gemeinschaftsordnung nach dem WEG, 2004, Rdnr. 82.

⁶ Ausführlich *Ott*, Das Sondernutzungsrecht im Wohnungseigentum, 2000, S. 13 ff.

⁷ Für einen Überblick gängiger Gestaltungsformen siehe KG, 24 W 201/05, RNotZ 2007, 151 = ZMR 2007, 384; *Rapp* in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, A III Rdnr. 60.

⁸ Siehe die Wiedergabe des Tatbestandes bei Rdnr. 2 der Entscheidung: „ermächtigt und bevollmächtigt“.

scheidung⁹ hervorgehoben, es komme auf das Bestehen einer Vollmacht nicht an, wenn zugunsten des aufteilenden Eigentümers eine Ermächtigung in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen wurde.

Wie der Notar den Begründungsvorbehalt im Übrigen inhaltlich ausgestaltet, hängt von den tatsächlichen Umständen ab. Dabei muss sich der Kautelarjurist darüber im Klaren sein, dass ein höheres Maß an Flexibilität regelmäßig mit gesteigerter Rechtsunsicherheit aufseiten der Erwerber einhergeht. Schon das zeigt, dass es ein Patentrezept für alle derartigen Sachverhalte nicht geben kann. Der sicherste Weg ist die vollständige Begründung sämtlicher Sondernutzungsrechte zugunsten einer Sondereigentumseinheit (sog. „geparkte“ Sondernutzungsrechte¹⁰), die der aufteilende Eigentümer bis zum Ende der Abverkaufsphase behalten möchte. In diesem Fall ist kein künftiger Erwerber im Unklaren darüber, in welchem Umfang sein Mitgebrauchsrecht gemäß § 13 Abs. 2 WEG durch Sondernutzungsbefugnisse anderer Miteigentümer ausgeschlossen wird. Erforderlich ist nur noch eine Übertragung des Rechts, die die Rechtsposition der Miteigentümer nicht tangiert.¹¹ Diese Gestaltung setzt freilich voraus, dass es eine solche Einheit zum „Parken“ der Rechte gibt. Zwar könnten die Sondernutzungsrechte bei Bedarf auch in toto auf eine andere Einheit übertragen werden, dies verursacht jedoch zusätzliche Kosten und kann bei wiederholter „Verschiebung“ zur Unübersichtlichkeit des Grundbuchs führen.

Man kann stattdessen auch auf eine Zuweisung zu einer Einheit verzichten und zunächst alle Erwerber von der Nutzung der als Sondernutzungsflächen ausgewiesenen Bereiche des gemeinschaftlichen Eigentums ausschließen. Dieser Weg wurde im vom BGH entschiedenen Sachverhalt gewählt. Entgegen einer insbesondere im notarrechtlichen Schrifttum¹² vertretenen Ansicht wird bei einer solchen Gestaltung nicht allein die negative Komponente des Sondernutzungsrechts begründet, weil ja der aufteilende Eigentümer zur Nutzung befugt ist. Es besteht von vornherein ein Alleinnutzungsrecht zu seinen Gunsten, das man zur Abgrenzung von solchen, die mit dem Eigentum an einer bestimmten Einheit verbunden sind, als persönliches Sondernutzungsrecht bezeichnen kann.¹³ Die spätere „Zuweisungserklärung“ ist eine Übertragung der Alleinnutzungsbefugnis,¹⁴ ggf. in Verbindung mit einer Inhaltsänderung. Anders wäre es, wenn zunächst alle, d. h. auch der aufteilende Eigentümer, von der Nutzung ausgeschlossen werden. Selbst wenn man solche Regelungen für statthaft erachtete,¹⁵ dürften sie meist nicht dem Interesse des aufteilenden Eigentümers entsprechen. Zu beachten ist ferner, dass ein persönliches Sondernutzungsrecht von der Stellung als Miteigentümer abhängt, weshalb der aufteilende Eigentümer nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft keine derartigen Rechte mehr übertragen kann. Die betroffenen Teile des gemeinschaftlichen Eigentums stehen dann wieder allen Eigentümern gemäß § 13 Abs. 2 WEG zur Nutzung offen und es tritt, entgegen der vom BGH bei Rdnr. 11 der vorstehend abgedruckten Entscheidung zitierten Ansicht

Kleins,¹⁶ nicht der Verband an die Stelle des aufteilenden Eigentümers.

Bei der dritten Variante erfolgt der Nutzungsausschluss der übrigen Eigentümer erst durch die Zuweisung. Es handelt sich also um einen Begründungsvorbehalt im eigentlichen Wortsinne, weil (nur!) in diesem Fall die Entstehung des Alleinnutzungsrechts von der Zuweisungserklärung des aufteilenden Eigentümers abhängt. Der bedingte Nutzungsausschluss hat aus Sicht des aufteilenden Eigentümers den Nachteil, dass er im Falle einer Vermietung betreffender Gemeinschaftsflächen ohne vorherige Zuweisungserklärung die Einnahmen nach § 16 Abs. 1 WEG unter allen Miteigentümern aufteilen muss. Im Vergleich zum persönlichen Sondernutzungsrecht hat diese Variante wiederum den Vorteil, dass Zuweisungsberechtigter grundsätzlich auch ein Dritter sein kann,¹⁷ was z. B. bei konzerninternen Umstrukturierungen relevant werden kann. Jedenfalls dachte man das bisher. Nun freilich stellt der BGH unter Rdnr. 16 seines Urteils fest, eine Ermächtigung des aufteilenden Eigentümers, die Gemeinschaftsordnung inhaltlich ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer auszugestalten, ende mit der Veräußerung der letzten Einheit. Diese Feststellung wird mit dem Hinweis, „es verstehe sich auch ohne ausdrückliche Regelung“, eingeleitet, dabei aber nicht thematisiert, ob es sich um das Ergebnis einer (einschränkenden) Auslegung oder um objektives Recht handelt. Da letzteres bislang nahezu einhelliger Ansicht widerspräche und eine Auseinandersetzung insofern fehlt, gehe ich von ersterem aus. Dafür spricht auch, dass die Ermächtigung hier im Zusammenhang mit der Begründung von persönlichen Sondernutzungsrechten stand, die – wie ausgeführt – ohnehin mit dem Ausscheiden erlöschen. Soll in Anlehnung an § 317 BGB die Ermächtigung das Ausscheiden überdauern, muss dies künftig ausdrücklich geregelt werden. Es empfiehlt sich ferner eine zeitliche Begrenzung.

3. Weitere Gestaltungsvarianten, insbesondere die sog. Ermächtigung

Bisweilen werden weitere Varianten erörtert. In der Tat handelt es sich bei den sub 2. beschriebenen zwar um typische Gestaltungen, nicht aber um die einzig denkbaren. Möglich, wenngleich riskant, ist es etwa, auf eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung vollkommen zu verzichten, und in den Erwerbsverträgen zugunsten des aufteilenden Eigentümers entsprechende Vollmachten zur Änderung der Gemeinschaftsordnung vorzusehen. Als weitere Option wird eine „Ermächtigung“ des aufteilenden Eigentümers angesehen.¹⁸ Offen ist aber, was damit in Abgrenzung zu den anderen Gestaltungen gemeint ist. Basiert nicht auch die Begründung von Sondernutzungsrechten bei aufschiebend bedingtem Ausschluss der Miteigentümer vom Mitgebrauch rechtsdogmatisch auf einer Ermächtigung? Der aufteilende Eigentümer wird – zumindest was die positive Komponente des Sondernutzungsrechts anbelangt – ermächtigt, einseitig die Gemeinschaftsordnung

⁹ Siehe dort Rdnr. 12.

¹⁰ Vgl. *Timme/Dötsch*, WEG, 2010, § 15 Rdnr. 306 f.

¹¹ Siehe etwa *Armbrüster*, ZMR 2005, 244, 245 m. w. N.

¹² *Hügel* in *Hügel/Scheel*, Teil 6 Rdnr. 48; *Rapp* in Beck'sches Notar-Handbuch, A III Rdnr. 60.

¹³ Hierzu bereits *Häublein*, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, 2003, S. 278 f.

¹⁴ Wie der Verfasser (vorherige Fn.) etwa auch *Timme/Dötsch*, WEG, 2010, § 15 Rdnr. 310.

¹⁵ Vgl. etwa *Elzer*, AnwZert MietR 3/2011, Anm. 2 dort bei Fn. 11.

¹⁶ In *Bärmann*, 11. Aufl. 2010, § 13 Rdnr. 88. Ich vermag nicht zu erkennen, wie hier ein Zuweisungsrecht in die „geborene Ausübungsbefugnis“ des Verbandes fallen können sollte. Zum einen gibt es – wie dargelegt – in derartigen Fällen gar kein Zuweisungsrecht, sondern nur persönliche Sondernutzungsrechte. Zum anderen fehlt jeder Sachgrund dafür, warum die an sich den Eigentümern zustehende Entscheidung darüber, ob an bestimmten Flächen Sondernutzungsrechte begründet werden sollen, gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3, 1. Fall WEG, nun auf einmal beim Verband liegen soll.

¹⁷ Siehe *Elzer*, AnwZert MietR 3/2011, Anm. 2.

¹⁸ *Klein* in *Bärmann*, 11. Aufl. 2010, § 13 Rdnr. 86; *Elzer*, AnwZert MietR 3/2011, Anm. 2.

durch Erlass einer speziellen, ggf. von ihm inhaltlich ausgestalteten, Nutzungsregelung zu ändern.¹⁹ Lässt man eine Ermächtigung ohne ausdrücklichen bedingten Ausschluss der übrigen Eigentümer vom Mitgebrauch zu, wären die anderen Eigentümer ebenso vom Mitgebrauch ausgeschlossen, nämlich als Folge des entstehenden Sondernutzungsrechts.

Im Ergebnis scheint es mir daher weniger um einen eigenständigen Begründungstatbestand zu gehen, als um die Frage, ob ein aufschiebend bedingter Nutzungsausschluss überhaupt erforderlich ist. Bejaht man dies, liegt es nahe, eine Ermächtigung ohne einen solchen abzulehnen. Verneint man die Frage, bedeutet der aufschiebend bedingte Nutzungsausschluss eine nicht notwendige und deswegen redundante Wiederholung der mit der Begründung des Sondernutzungsrechts einhergehenden Folge. Meines Erachtens gebieten der Gläubigerschutz (§§ 876 f. BGB) und der Schutz (künftiger) Miteigentümer zwar eine gegenständliche Festlegung der dem Begründungsvorbehalt unterworfenen Teile des gemeinschaftlichen Eigentums, nicht aber einen ausdrücklichen bedingten Ausschluss vom Mitgebrauch. Angesichts der einschlägigen Judikatur²⁰ und der überwiegenden Darstellungen im Schrifttum wird man jedoch dazu raten müssen, auch weiterhin einen ausdrücklichen (bedingten) Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht in die Gemeinschaftsordnung aufzunehmen, sofern nicht ohnehin von vornherein Sondernutzungsrechte begründet werden (siehe oben Varianten 1 und 2).

Prof. Dr. Martin Häublein, Innsbruck

¹⁹ Vgl. Häublein, Sondernutzungsrechte, S. 282 m. Fn. 1145.

²⁰ Siehe insbesondere BayObLG, 2Z BR 150/04, ZMR 2005, 300; zustimmend H \ddot{u} gel in H \ddot{u} gel/Scheel, Teil 6 Rdnr. 48 a. E., jeweils unter Hinweis auf das Erfordernis einer Gläubigerzustimmung. Siehe demgegenüber Armbrüster, ZMR 2005, 244, 246, und Klein in Bärman, § 10 Rdnr. 149.

4. GBO § 2 Abs. 3, § 7 Abs. 2; BGB §§ 1018, 1090 ff. (Erfordernis der Vorlegung amtlicher Katasterkarten bei Eintragung einer Dienstbarkeit)

Wenn lediglich ein Grundstücksteil mit einer (beschränkt persönlichen) Dienstbarkeit belastet werden soll, bedarf es nicht zwingend der Teilung und Abschreibung des gesondert belasteten Grundstücksteils oder der Vorlegung einer amtlichen Katasterkarte, sofern der zu belastende Grundstücksteil schon eine eigene Flurstücksbezeichnung hat und damit eindeutig bestimmt ist.

OLG Köln, Beschluss vom 17.2.2012, 2 Wx 19/12; mitgeteilt von Werner Sternal, Richter am OLG Köln

Der Beteiligte zu 1 ist der im Grundbuch des AG Brühl von ... Blatt ... eingetragene Eigentümer des Grundstücks Flur ... Dieses Grundstück besteht ausweislich des Bestandsverzeichnisses aus den Flurstücken 3..., 5..., 5..., 3..., 3..., 5... Unter dem 23.9.2011 bewilligte der Beteiligte zu 1 zugunsten der Beteiligten zu 2 auf den Flurstücken 3..., 3... und 5... eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit, mit unter anderem folgendem Inhalt:

„Die Amprion GmbH in Dortmund ist berechtigt, auf den Grundstücken in einem Grundstückstreifen (Schutzstreifen), der 74,00 m breit ist (zu beiden Seiten der in der Örtlichkeit feststellbaren Leitungsachse im Abstand von je 37,00 m), Hochspannungsleitungen nebst Zubehör einschließlich Steuer- und Telekommunikationskabel auf einem Gelände zu führen, die dafür erforderlichen Masten nebst Zubehör aufzustellen und die Grundstücke zum Zwecke des Baues, des Betriebes und der Unterhaltung der Leitungen jederzeit zu benutzen, zu betreten und zu befahren. (...)“

Auf den Eintragungsantrag der Beteiligten zu 2 hat das Grundbuchamt am 1.12.2011 eine Zwischenverfügung erlassen, in der es unter anderem heißt:

„Laut der eingereichten Eintragungsbewilligung sollen die drei Grundstücke Flur ... Nrn. 3..., 3... und 5... belastet werden, die als solche nicht im Grundbuch eingetragen sind. Eingetragen ist lediglich ein Grundstück, dieses besteht aus den Flurstücken Flur ... Nrn. 3..., 5..., 5..., 3..., 3... und 5...“

Nach hiesiger Auffassung ist die Belastung der genannten Flurstücke nur dann zulässig, wenn

a) die Flurstücke als selbstständige/s Flurstück/e eingetragen wird/werden oder

b) in der Eintragungsbewilligung auf einen amtlichen Lageplan Bezug genommen wird, der zur Anlage der Urkunde genommen wurde und in dem die Dienstbarkeit eingezeichnet ist.

zu a) ist der entsprechende Antrag des Eigentümers in der Form des § 29 GBO zur Akte zu reichen und

zu b) ist die entsprechende Eintragungsbewilligung nebst Plan zur Akte zu reichen.

Alternativ kann natürlich auch eine neue Bewilligung eingereicht werden, in welcher das eine im Grundbuch eingetragene Grundstück, bestehend aus sechs Flurstücken, belastet wird ...“

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2 vom 7.12.2011, mit der die Beschwerdeführerin unter anderem darauf hinweist, sie werde zunächst die Eintragungshindernisse nicht beheben, sondern die Entscheidung des Beschwerdegerichts abwarten. Das Grundbuch hat mit Beschluss vom 6.1.2012 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Das statthafte Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg. Die Zwischenverfügung des Rechtspflegers des Grundbuchamtes kann keinen Bestand haben. Diese ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die darin vertretene Auffassung, der Eintragungsfähigkeit der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit stehe entgegen, dass die Antragstellerin keinen Antrag des Eigentümers in der Form des § 29 GBO auf selbständige Eintragung der belasteten Flurstücke bzw. keine Eintragungsbewilligung nebst Plan oder eine neue Bewilligung, in welcher das gesamte Grundstück belastet werde, zu den Akten gereicht habe, teilt der Senat nicht.

Soll lediglich ein Teil eines Grundstücks mit einem Recht, z. B. einer Grunddienstbarkeit (§§ 1018 ff. BGB) oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090 ff. BGB), belastet werden, verlangt § 7 Abs. 1 GBO die Abschreibung des gesondert zu belastenden Grundstücksteils, um das Grundbuch übersichtlich zu erhalten (KEHE/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 7 Rdnr. 7; Meikel/Böttcher, 10. Aufl. 2009, § 7 Rdnr. 27 ff.). Von diesem Grundsatz gestattet § 7 Abs. 2 GBO für Dienstbarkeiten und Reallasten indes eine Ausnahme, weil diese Rechte am Rechtsverkehr nicht in dem Maße teilnehmen, wie andere dingliche Rechte und deshalb das Bedürfnis für eine so scharfe Trennung wie in § 7 Abs. 1 GBO nicht gegeben ist (H \ddot{u} gel/Kral, GBO, 2. Aufl. 2010, § 7 Rdnr. 40; KEHE/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 7 Rdnr. 5; Meikel/Böttcher, a. a. O., § 7 Rdnr. 33; Böttcher, Rpfleger 1989, 133, 135). Insoweit kann eine Teilung und Abschreibung des gesondert belasteten Grundstücksteils unterbleiben, wenn keine Verwirrung zu besorgen ist (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GBO). Dies ist der Fall, wenn der zu belastende Teil eindeutig bestimmt werden kann und sich im Fall der Zwangsversteigerung keine Probleme ergeben (Bauer/von Oefele/Maaß, GBO, 2. Aufl. 2006, § 7 Rdnr. 35; Staudinger/J. Mayer, 2009, § 1018 Rdnr. 63). Nach § 7 Abs. 2 Satz 2 GBO ist weiterhin die Vorlage einer von der Katasterbehörde gefertigten Karte erforderlich. Von dieser Notwendigkeit kann indes abgesehen werden, wenn der zu belastende Grundstücksteil schon eine eigene Flurstücksbezeichnung

nung hat und damit eindeutig bestimmt ist (*Bauer/von Oefele/Maaß*, a. a. O., § 7 Rdnr. 36; *Meikel/Böttcher*, a. a. O., § 7 Rdnr. 33; *Böttcher*, Rpfleger 1989, 133, 135; a. A., für die Notwendigkeit der Vorlage einer Karte, *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 7 Rdnr. 33; *Staudinger/J. Mayer*, 2009, § 1018 Rdnr. 63). Zwar verweist § 7 Abs. 2 Satz 2 GBO nur auf die Regelung in § 2 Abs. 3 GBO über die Vorlegung einer Karte und nicht auf § 2 Abs. 4 GBO. Der Gesetzgeber hat aber offenbar bei Änderung des § 2 GBO durch das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung registerrechtlicher und anderer Verfahren (Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz) vom 20.12.1993 (BGBl 1993 I, S. 2182) übersehen, die in § 7 Abs. 2 GBO enthaltene Verweisung auf diese Vorschrift entsprechend anzupassen. Es ist jedenfalls unsinnig, an die Belastung einer realen Teilfläche höhere Anforderungen zu stellen als an die Teilung eines Grundstücks (*Bauer/von Oefele/Maaß*, a. a. O., § 7 Rdnr. 36). Damit ist die Belastung eines realen Grundstücksteils mit einer Dienstbarkeit ohne grundbuchrechtliche Teilung und ohne Vorlage einer Karte möglich, wenn – wie hier – das Grundstück im Rechtssinne aus mehreren Flurstücken besteht und die Dienstbarkeit sich auf ein oder mehrere Flurstücke davon erstreckt (*Meikel/Böttcher*, a. a. O., § 7 Rdnr. 33). Dass keine Unübersichtlichkeit des Grundbuchs zu befürchten ist, zeigt auch der Umstand, dass vorliegend hinsichtlich einzelner Flurstücke des in Rubrum aufgeführten Grundstücks, nämlich der Flurstücke 5..., 5..., 3..., 5..., 3... bereits entsprechende Leitungsrechte bzw. beschränkt persönliche Dienstbarkeiten eingetragen worden sind.

(...)

Anmerkung:

1. Problemstellung

Grundsätzlich kann ein Teil eines Grundstücks nur mit einem Recht belastet werden, wenn er zuvor abgeschrieben, also als eigenständiges Grundstück im Grundbuch gebucht worden ist (§ 7 Abs. 1 GBO). Die Entscheidung des OLG Köln beschäftigt sich mit einer der Ausnahmen von dieser Regel. Dass eine solche Ausnahme vorlag, war unstrittig. Klärungsbedürftig erschien, ob die dem Grundbuchamt vorgelegten Unterlagen für die Eintragung ausreichten.

Konkret ging es um die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an drei Flurstücken, die im Grundbuch zusammen mit drei weiteren Flurstücken unter einer laufenden Nummer gebucht waren. Alle sechs Flurstücke bildeten also ein Grundstück im zivilrechtlichen Sinn, so dass eigentlich nach § 7 Abs. 1 GBO eine getrennte Belastung auschied. § 7 Abs. 2 GBO lässt aber die Belastung mit Dienstbarkeiten und Reallasten auch ohne Abschreibung zu. Erforderlich ist nur, so jedenfalls das Gesetz, dass eine Karte vorgelegt wird (§ 7 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 2 Abs. 3 GBO); daran fehlte es. Daneben darf freilich, wie auch bei Vereinigung oder Bestandteilszuschreibung gemäß §§ 5, 6 GBO (mithin bei allen Rechtsakten, die zu einer Belastung einer Teilfläche führen können), Verwirrung nicht zu besorgen sein.¹

¹ Das Vorliegen einer Verwirrungsgefahr wird z. B. für den Fall diskutiert, dass vor der Dienstbarkeit oder Reallast ein Verwertungsrecht eingetragen ist, weil dann Verwicklungen bei der Zwangsvollstreckung drohen können. Bei einer Versteigerung aus dem Verwertungsrecht erlischt die nachrangige Dienstbarkeit, so dass aus dem Versteigerungserlös gemäß § 92 ZVG für diese Wertersatz zu leisten ist, allerdings nur aus dem Erlös, der auf die belastete unselbständige Teilfläche entfällt. So BayObLG, 2Z BR 108/93, MittBayNot 1994, 127; *Stöber*, MittBayNot 2001, 281, 283; anschaulicher Fall BGH, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288 = MittBayNot 2006, 227 m. Anm. *Morvilus*.

2. Grundstücksteilung im Allgemeinen

§ 7 Abs. 1 GBO stellt die allgemeine Regel auf, dass Grundstücksteile nicht belastet werden können. Die unterschiedliche Belastung eines einheitlichen Grundstücks würde das Grundbuch unübersichtlich machen und könnte bei der Zwangsvollstreckung zu Verwicklungen führen.² Die Regelung verfolgt damit das gleiche Ziel wie §§ 5, 6 GBO, die eine Vereinigung und Zuschreibung untersagen, wenn diese Verwirrung auslösen kann. Die Teilung nach § 7 GBO sowie zum Zwecke der Veräußerung eines Grundstücksteiles oder zur Bildung von Wohnungs- oder Teileigentum an einer Teilfläche wird daher auch als notwendige Grundstücksteilung bezeichnet. Sie erfolgt entgegen gängiger Praxis von Amts wegen, also ohne gesonderten Antrag.³ Zwar bedarf es für die Teilung eines Grundstücks neben der grundbuchlichen Verselbständigung auch einer entsprechenden materiellrechtlichen Eigentümererklärung.⁴ Diese ist aber in der Belastung bzw. Veräußerung des Grundstücksteiles zu sehen, wenn sie ggf. durch alle von mehreren Miteigentümern erfolgt.

Daneben steht die fakultative Teilung, deren Zulässigkeit sich aus § 903 BGB ergibt, und die ohne gesonderte Regelung in der Grundbuchordnung auf Bewilligung (§§ 19, 29 GBO) und Antrag erfolgt.

Kostenrechtlich ist die notwendige Teilung als Nebengeschäft beim Grundbuchamt gebührenfrei (§ 35 KostO).⁵ Für die fakultative Teilung entsteht eine Gebühr nach § 67 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KostO aus einem Wert von $\frac{1}{20}$ bis $\frac{1}{2}$ des Grundstückswertes.⁶

3. Notwendigkeit der Karte

Im Besprechungsfall war die Teilung nicht notwendig (§ 7 Abs. 2 GBO); deshalb konnte das Grundbuchamt sie auch nicht von Amts wegen vornehmen. Für die Teilbelastung verlangte es aber die Vorlage eines amtlichen Lageplanes, aus dem sich die belasteten Grundstücke ergeben.

Das Grundbuchamt folgte damit dem Wortlaut des Gesetzes: § 7 Abs. 2 Satz 2 GBO verweist für den Fall der zulässigen Belastung einer ungetrennten Teilfläche auf das Erfordernis einer Karte nach § 2 Abs. 3 GBO. In § 2 Abs. 3 GBO waren bis zum Inkrafttreten des RegVBG⁷ die Voraussetzungen abschließend geregelt, unter denen ein Grundstück von einem anderen abgeschrieben werden kann, insbesondere die Notwendigkeit einer Karte. Streitig war aber nach der alten Rechtslage, ob die Karte auch notwendig war, wenn das Grundstück schon katasterlich selbständig, regelmäßig also mit einer eigenen Flurstücksbezeichnung, im Grundbuch ein-

² *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Grundbuchordnung und Zwangsversteigerungsgesetz (GBO, ZVG), S. 152 f.

³ BayObLG, BReg. 2 Z 192-193/5, BayObLGZ 1956, 470, 475; OLG München, 34 Wx 27/09, NotBZ 2010, 236 = Rpfleger 2009, 673; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 669.

⁴ *Röll*, DNotZ 1968, 523, 526; *Bauer/v. Oefele/Maaß*, GBO, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 4; *Bamberger/Roth/Eckert*, BGB, 3. Aufl., § 890 Rdnr. 24; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., § 7 Rdnr. 4.

⁵ *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 68; *Bauer/v. Oefele/Maaß*, GBO, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 53; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 7 Rdnr. 35.

⁶ *Korintenberg/Lappe*, KostO, 18. Aufl., § 67 Rdnr. 26.

⁷ Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung registerverfahrensrechtlicher und anderer Verfahren vom 20.12.1993 (BGBl 1993 I, S. 2182).

getragen war.⁸ Um diese Zweifelsfälle der alten Regelung zu klären,⁹ wurde § 2 Abs. 3 GBO geändert und die Voraussetzungen für die Abschreibung eines Grundstücks wurden in den Abs. 3 bis 5 neu geregelt. Leider hat man übersehen, dass § 7 GBO (nur) auf § 2 Abs. 3 GBO verweist und somit auch Änderungsbedarf aufwies.

Folge einer wortlautgetreuen Anwendung von § 7 Abs. 2 GBO, wie sie das Grundbuchamt im Besprechungsfall vorgenommen hat, ist demnach, dass die Voraussetzungen für die Eintragung einer Dienstbarkeit an einer ungeteilten Teilfläche höher sind als die für die Abschreibung. Im ersteren Fall ist nach dem Wortlaut eine Karte nötig, in dem viel weiter gehenden zweiten Fall ist sie entbehrlich (§ 2 Abs. 4 GBO). Eine Teilung wäre nach Auffassung auch des Grundbuchamtes (lit. a der Zwischenverfügung) unproblematisch möglich gewesen, nicht aber die Teilbelastung.

Ziel des § 7 Abs. 2 GBO ist es aber, die Eintragung der dort genannten Belastungen zu erleichtern. Damit ist die durch das Grundbuchamt vorgenommene Auslegung nicht zu vereinbaren.¹⁰ Der Gesetzgeber hat 1993 schlichtweg vergessen, § 7 Abs. 2 Satz 2 GBO entsprechend anzupassen. § 7 Abs. 2 Satz 2 GBO ist also zu lesen: „Jedoch sind auch in diesem Fall die Vorschriften des § 2 Abs. 3 bis 5 über die Vorlegung einer Karte entsprechend anzuwenden.“ Das ist letztlich die Aussage der Entscheidung des OLG Köln.

4. Abgrenzung zur Ausübungsbeschränkung

J. Mayer¹¹ ist jedoch zuzustimmen, dass § 7 Abs. 2 GBO in der Praxis nur eine geringe Bedeutung zukommt, da Streitigkeiten mit dem Grundbuchamt um die hinreichende Genauigkeit der Karte vorprogrammiert sind. Verdienst des OLG Köln ist jedoch, dass es erneut klargestellt hat, dass das gerade nicht gilt, wenn der zu belastende Teil des Grundstücks schon eine eigene Flurstücksbezeichnung hat. Hier kann – und sollte ggf. – eine Teilbelastung eines einzelnen Grundstücks problemlos erfolgen, wenn keine Verwirrung zu besorgen ist.¹²

Eine weitaus größere Rolle spielt aber in der Praxis die Bestellung einer Dienstbarkeit mit Ausübungsbeschränkung (vgl. §§ 1023, 1026 BGB). Hierbei handelt es sich nicht um die Belastung einer Teilfläche, also nicht um den Fall des § 7 Abs. 2 GBO. Belastet wird vielmehr das gesamte Grundstück. Jedoch darf sie nur an einem Teil des Grundstücks ausgeübt werden,¹³ für dessen Bestimmung neben den allgemeinen Regeln (insbesondere Bestimmtheitsgrundsatz) keine besonderen Vorschriften gelten. Sie kann z. B. auch nach Merkmalen in der Natur (z. B. Lage des Weges beim Wegerecht) erfol-

gen.¹⁴ Freilich hat dieses Vorgehen den Nachteil, dass bei späterer Teilung des belasteten Grundstücks der Nachweis des Erlöschens an einer Teilfläche gemäß § 1026 BGB schwerer sein kann als bei Belastung nur einer Teilfläche nach § 7 Abs. 2 GBO.¹⁵ Der Vorteil einer unkomplizierteren Eintragung wird also durch mögliche spätere Schwierigkeiten bei einer Grundbuchbereinigung nach Trennvermessung erkauft.

Notar *Eckart Maaß*, Apolda

¹⁴ *Bauer/v. Oefele/Bayer*, AT III Rdnr. 345.

¹⁵ OLG München, 34 Wx 104/09, NJW-RR 2010, 1025 = NotBZ 2010, 63.

5. BGB §§ 428, 429, 1030; GBO §§ 18, 19, 47 Abs. 1 (*Nießbrauch für mehrere Berechtigte als Gesamgläubiger gemäß § 428 BGB*)

Die rechtsgeschäftliche Modifikation der Gesamtläubigerschaft bei der Bewilligung eines Nießbrauchs für mehrere Berechtigte dadurch, dass kein Berechtigter allein zulasten des anderen über die Rechte verfügen kann und nach dem Tod eines Berechtigten die Rechte dem anderen ungeschmälert zustehen und die Leistung an einen Berechtigten allein keine Erfüllungswirkung gegenüber dem anderen hat, schließt die Eintragung der Gesamtläubigerschaft gemäß § 428 BGB als Gemeinschaftsverhältnis gemäß § 47 Abs. 1 GBO im Grundbuch nicht aus.

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 439/10

Die Antragsteller haben am ... 2010 zu URNr. .../2010 ihres Verfahrensbevollmächtigten mit ihren Kindern einen Vertrag geschlossen, durch den sie unter anderem das betroffene Grundeigentum auf diese übertragen haben. Die Übergeber haben sich auf Lebzeiten des Längstlebenden von ihnen den Nießbrauch an allen Vertragsobjekten vorbehalten.

Unter § 3 der Urkunde heißt es:

„Für die Überlassung der jeweiligen Vertragsobjekte haben die jeweiligen Erwerber die nachfolgend vereinbarten Auflagen zu erfüllen bzw. Gegenleistungen zu erbringen. Alle hierdurch begründeten Rechte stehen den Übergebern als Gesamtläubiger gemäß § 428 BGB zu, wobei das Berechtigungsverhältnis dahingehend modifiziert wird, dass kein Berechtigter allein zulasten des anderen über die Rechte verfügen kann, dass – sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird – nach dem Tod eines Berechtigten die Rechte dem anderen ungeschmälert zustehen und dass die Leistung an einen Berechtigten allein keine Erfüllungswirkung gegenüber dem anderen hat.“

Weiter haben die Erwerber bewilligt und die Antragsteller beantragt, den Nießbrauch im angegebenen Berechtigungsverhältnis zulasten aller Vertragsobjekte im jeweiligen Grundbuch einzutragen und zwar jeweils mit der Maßgabe, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes der Übergeber genügen soll.

Unter dem 28.7.2010 hat der Verfahrensbevollmächtigte eine Ausfertigung der Urkunde vom ... 2010 beim Grundbuchamt eingereicht, sich den durch die Beteiligten gestellten Anträgen angeschlossen und um deren grundbuchlichen Vollzug gebeten.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 2.8.2010 außer der Genehmigung nach § 2 GrdstVG, die nachträglich vorgelegt worden ist, die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses der Nießbrauchsberechtigten gemäß § 47 verlangt. (...)

Auch nachdem der Verfahrensbevollmächtigte die Auffassung vertreten hat, das Gemeinschaftsverhältnis sei in § 3 der Urkunde ausführlich geregelt, hat die Rechtspflegerin in einer neuerlichen Verfügung vom 6.9.2010 an der Zwischenverfügung vom 2.8.2010 festgehalten. Zur Begründung hat sie ausgeführt, es liege infolge der dem

⁸ BayObLG, BReg. 2 Z 19/60, BayObLGZ 1960, 182 für den Fall, dass früher vereinigte Grundstücke wieder getrennt werden sollen; *Meikel/Nowak*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 38; *Eickmann* in *Kuntze/Ertel/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., Rdnr. 12.

⁹ BT-Drucks. 12/5553, S. 179 rechte Spalte.

¹⁰ Wie hier *Bauer/v. Oefele/Maaß*, GBO, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 36; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., § 7 Rdnr. 33, *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 41. Ob die vom OLG Köln zitierte Gegenmeinung wirklich existiert, erscheint fraglich: Nach *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 7 Rdnr. 33, muss die Karte nur „in der Regel“ verlangt werden; *Staudinger/Mayer*, Neubearb. 2009, § 1018 Rdnr. 63, äußert sich nicht ausdrücklich zur Anwendbarkeit von § 2 Abs. 4 GBO im Rahmen des § 7 Abs. 2 Satz 2 GBO, verweist aber zustimmend auf die Ausführungen von *Maaß*, a. a. O.

¹¹ *Staudinger/Mayer*, Neubearb. 2009, § 1018 Rdnr. 63.

¹² Vgl. Fn. 1.

¹³ Dazu *Bauer/v. Oefele/Bayer*, AT III Rdnr. 257 ff. m. w. N.

Inhalt des § 428 BGB zuwiderlaufenden Modifikationen des Berechtigungsverhältnisses in § 3 der Urkunde kein wirksames Gemeinschaftsverhältnis vor.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragsteller, mit der geltend gemacht wird, es bestehe ein von der Rechtsprechung anerkanntes, unabweisbares rechtliches Bedürfnis, die Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB so zu modifizieren, dass die erwünschten Rechtsfolgen eintreten können, die unerwünschten jedoch zuverlässig ausgeschlossen bleiben. Die Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses unterliege nicht dem sachenrechtlichen Typenzwang, vielmehr genüge zur Aufrechterhaltung des jeweiligen Gestaltungstyps ein einziges Merkmal, das diesen Gestaltungstyp von anderen Berechtigungsverhältnissen unterscheidet. Vorliegend seien mindestens zwei Typenmerkmale des § 428 BGB vorhanden, weil nämlich jeder der Berechtigten die volle Leistung an sich fordern kann und nach dem Tod eines Ehegatten das volle Recht dem überlebenden Ehegatten ungeschmälert zustehe. Die Auswahlfreiheit des Schuldners könne dagegen wirksam abbedungen werden. Auch § 47 GBO werde durch die Modifizierung des Berechtigungsverhältnisses nicht berührt, da nicht sämtliche Facetten des konkret vereinbarten Berechtigungsverhältnisses im Grundbuch verlaubar werden könnten und müssten. Insoweit reiche die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. (...)

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Erlass einer Zwischenverfügung schon deshalb nicht zulässig war, weil eine Änderung der Eintragungsbewilligung verlangt wird und bei fehlender Rückwirkung einer Mangelbehebung wie im Fall einer unzureichenden Eintragungsbewilligung keine Zwischenverfügung zulässig ist (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 18 Rdnr. 8 und 12).

Es war auch in der Sache nicht gerechtfertigt, eine Änderung der Bewilligung hinsichtlich des Gemeinschaftsverhältnisses, das für den gemeinsamen Nießbrauch der Antragsteller gelten soll, zu verlangen.

In § 3 der Urkunde vom ... 2010 ist als das maßgebliche Gemeinschaftsverhältnis im Sinn von § 47 GBO die Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB angegeben. Die Gesamtgläubigerschaft ist als Berechtigungsverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 1 GBO bei einem Nießbrauch nach ganz allgemeiner Auffassung anerkannt, obwohl die herrschende Meinung den Zweck der Vorschrift vornehmlich darin sieht, die Verfügungsbefugnis der mehreren Berechtigten kenntlich zu machen und § 428 BGB diese Frage für die einzelnen Sachenrechte nicht unmittelbar regelt (BGH, Rpfleger 1980, 464; OLG München, Rpfleger 2009, 616 = DNotZ 2010, 120, 121; *Demharter*, a. a. O., § 47 Rdnr. 11; *Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 90 m. w. N.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1370), und zwar auch bei der hier vorliegenden Sukzessivberechtigung (*Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 48-51 und 55-57).

Konstitutiv für eine Gesamtgläubigerschaft sind lediglich die in § 428 BGB vor der Parenthese „(Gesamtgläubiger)“ genannten Begriffselemente, während die ihr Folgenden hinzutreten können, jedoch nicht mehr hinzutreten müssen (*Erman/Böttcher*, BGB, 13. Aufl., § 428 Rdnr. 1; *Gernhuber*, WM 1997, 645). Die konstitutiven Wesensmerkmale der Gesamtgläubigerschaft, dass jeder Gläubiger zur Forderung der ganzen Leistung vom Schuldner berechtigt ist und der Schuldner nur einmal zur Erbringung der Leistung gegenüber allen Gläubigern verpflichtet ist, sind in § 3 der Urkunde vom ... 2010 nicht abbedungen. Die Bestimmung, dass kein Berechtigter allein zulasten des anderen über die Rechte verfügen kann, betrifft nicht die Einziehung der Forderung, sondern die Verfügungsberechtigung über das Gesamtrecht. Die

weitere Bestimmung, dass mangels anderer Vereinbarung nach dem Tod eines Berechtigten die Rechte dem anderen ungeschmälert zustehen, betrifft die rechtsgeschäftlich wirksame Vereinbarung einer Sukzessivberechtigung, als deren dogmatische Grundlage die Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB häufig angeführt wird (vgl. *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 260, 261g) und die keineswegs dazu im Widerspruch steht. Die Modifizierung in § 3 der Urkunde, dass die Leistung an einen Berechtigten allein keine Erfüllungswirkung gegenüber dem anderen hat, steht zwar in Widerspruch dazu, dass nach § 428 BGB der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten kann. Bei dieser Wahlfreiheit des Schuldners handelt es sich aber nicht um ein konstitutives Wesensmerkmal der Gesamtgläubigerschaft im Sinne von § 428 BGB, sondern nur um die disponible Rechtsfolge der Gesamtschuldnerschaft auf Seiten des Schuldners. Die Wahlfreiheit des Schuldners dient lediglich dem Schutz des Schuldners vor Nachteilen, die sich aus der Belastung mit mehreren selbständigen Forderungen der beteiligten Gesamtgläubiger ergibt. Es steht dem Schuldner frei, auf diesen Schutz zu verzichten (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 18.1.2010, 5 Wx 3/09, NotBZ 2011, 130; *Erman/Böttcher*, BGB, 13. Aufl., § 428 Rdnr. 1; *Staudinger/Noack*, März 2005, § 428 Rdnr. 8), ohne dass dies die Vereinbarung einer Gesamtschuldnerschaft ausschließen würde.

Darüber hinaus verbietet der sachenrechtliche Typenzwang generell nicht die Modifizierung von Gemeinschaftsverhältnissen, wie die Grundbuchrechtspflegerin anzunehmen scheint. Dieser gilt zwar für die Art und den Inhalt der eintragungsfähigen Immobilienze, nicht dagegen für die daran bestehenden Gemeinschaftsverhältnisse.

Auch zwischen den im Gesetz geregelten Typen von Gläubigermehrheiten (§§ 428, 432, 741 ff. BGB) besteht mit Ausnahme der Gesamthandsgemeinschaften kein Typenzwang und keine Typenfixierung, sondern es herrscht Vertragsfreiheit (BGH, DNotZ 1967, 183; *Amann*, DNotZ 2008, 324, 331, 340 m. w. N.).

(...)

Anmerkung:

Das Berechtigungsverhältnis mehrerer Nießbrauchsberechtigter war in letzter Zeit Gegenstand einiger oberlandesgerichtlicher Entscheidungen. Nach dem OLG München (DNotZ 2010, 120 m. Anm. *Kessler*, dazu auch *Amann*, NotBZ 2009, 441) beschäftigt sich nunmehr auch das OLG Frankfurt mit der Ausgestaltung der Gläubigerstellung des Nießbrauchs für mehrere Berechtigte. Der Entscheidung des OLG kann nicht in vollem Umfang zugestimmt werden.

Gegenstand des Beschlusses war ein alltäglicher Fall der notariellen Rechtspraxis: Die Eltern hatten sich im Übergabevertrag auf Lebensdauer den Nießbrauch für beide Übergeber bzw. den länger Lebenden vorbehalten, der im Grundbuch für beide Berechtigte „als Gesamtgläubiger nach § 428 BGB“ eingetragen werden sollte.

1. Zur Bedeutung von § 47 GBO

Während bei schuldrechtlichen Rechten (z. B. einer Kaufpreisforderung) häufig keine Angaben zum Berechtigungsverhältnis mehrerer Gläubiger im Vertrag enthalten sind, verlangt § 47 Abs. 1 GBO als Ausprägung des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Grundbucheintragung eines gemeinschaftlichen Rechts die Verlaubarung der Bruchteile oder die Angabe des Berechtigungsverhältnisses. Zweck der Vorschrift ist es in erster Linie, die Art und den

Umfang der Verfügungsbefugnis der jeweiligen Berechtigten ersichtlich zu machen (BGH, NJW 1997, 3235 = MittBayNot 1998, 28; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 253; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, 6. Aufl. 2005, § 47 Rdnr. 1; *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 47 Rdnr. 1). Ob sie darüber hinaus den Einziehungs-, Erfüllungs- oder Verwaltungsmodus bezeichnen soll – wie mehrfach vertreten wird (z. B. *Hügel*, GBO, § 47 Rdnr. 1; *Wegmann in Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl. 2006, § 47 Rdnr. 21) – ist streitig. Die Bestimmung sollte in diesem Bereich jedoch nicht überschätzt werden (*Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 47 Rdnr. 1 f.; *Kessler*, DNotZ 2010, 124). Die herrschende Meinung verlangt jedenfalls bei den Gläubigerstellungen nach § 428 BGB und § 432 BGB – obwohl beide Normen nicht die Verfügungsbefugnis über das gemeinschaftliche Recht als solches regeln, sondern nur die Erfüllungs- bzw. Leistungsmodalitäten – den Zusatz der genauen Berechtigung (z. B. „als Gesamtgläubiger“, „Gläubiger nach § 428 BGB“ oder „als Mitberechtigte nach § 432 BGB“). Eine Bezeichnung „als Gesamtberechtigte“ genügt nicht (BGH, DNotZ 1981, 121).

2. Ausgestaltung der dinglichen Berechtigung mehrerer Nießbrauchsberechtigter

Unabhängig von der Aussagekraft und Bedeutung der Grundbucheintragung ist es aber Aufgabe des Urkundsgestalters, das Berechtigungsverhältnis materiellrechtlich korrekt zu regeln. Es ist anerkannt, dass die allgemeinen Bestimmungen über die Mehrheit von Gläubigern in §§ 420 ff. ebenso wie die Regelungen über die Gemeinschaft (§§ 741 ff.) und die Gesamthandsberechtigung auch für dingliche Rechte gelten (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 261b; *Staudinger/Noack*, Bearb. 2005, § 428 Rdnr. 101; *Amann*, DNotZ 2008, 324, 337). Auch das Sachenrecht selbst regelt eine Gläubigermehrheit an einzelnen Stellen, z. B. durch einen Verweis auf § 432 BGB in §§ 1011, 1109 oder in § 1098 i. V. m. § 472 BGB und schließt damit die Anwendbarkeit der allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen nicht aus.

Hiervon ausgehend bieten sich verschiedene Möglichkeiten für einen Nießbrauch, der mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen soll:

a) Bestellung mehrerer gleichrangiger Nießbrauchsrechte

Das BGB sieht in § 1060 ausdrücklich die Möglichkeit mehrerer gleichrangiger Nießbrauchsrechte vor und verweist hierzu auf § 1024 BGB, wenn die Rechte nebeneinander nicht vollständig ausgeübt werden können. Danach kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller gerecht werdende Ausübung nach billigem Ermessen verlangen. Der Vorteil dieser Gestaltung (nach *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 312 f., der einzig mögliche Weg; nach *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 1370, ein sicherer Weg) liegt darin, dass beim Tod eines Nießbrauchers dem Überlebenden der volle Nießbrauch ohne Weiteres aus eigenem Recht allein zusteht. Gewollt ist die Bestellung von zwei selbstständigen Rechten aber wohl nur ausnahmsweise. Im Regelfall der Nießbrauchseinräumung für beide Elternteile wollen diese das Recht gemeinsam ausüben. Außerdem fällt die Eintragungsgebühr zweimal an (§ 62 Abs. 1 KostO).

b) Bruchteilsnießbrauch

Ein gemeinsames Recht liegt dagegen vor, wenn der Nießbrauch den Berechtigten zu gleichen Teilen zusteht (*Bamberger/Roth/Wegmann*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 1030 Rdnr. 14; Münch-

KommBGB/*Pohlmann*, 5. Aufl. 2009, § 1030 Rdnr. 8 f.), so dass jeder die Nutzungen zu einem Bruchteil ziehen kann. Diese Form würde bei der Übergabe eines bisher im Miteigentum stehenden Grundbesitzes gegen Vorbehaltsnießbrauch auch am ehesten der bisherigen Eigentümerstellung entsprechen. Fällt jedoch einer der Nießbraucher weg, erlischt dieser Nießbrauch und der Nutzungsanteil fällt an den Eigentümer. Daher ist in solchen Fällen die Bestellung von aufschiebend bedingten Nießbrauchsrechten für den überlebenden Nießbrauchsberechtigten erforderlich, mit der Folge, dass hierfür weitere Grundbuchkosten anfallen.

c) Gesamthandsberechtigung

Unstreitig ist die Nießbrauchsbestellung zugunsten einer Gesamthand zulässig, insbesondere von Ehegatten in Gütergemeinschaft (*Staudinger/Frank*, Bearb. 2008, § 1030 Rdnr. 44). Das Problem ist hierbei, den Nießbrauch so zu bestellen, dass das Recht dem überlebenden Ehegatten allein zusteht. Das ist auch bei der Eintragung eines einzigen Rechts möglich (*Amann*, MittBayNot 1990, 225 ff.; *ders.*, DNotZ 2008, 324, 333 ff.; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 261h).

d) Gesamtberechtigung nach § 428 BGB

Besteht keine Gütergemeinschaft, wird in der Praxis häufig eine Berechtigung nach § 428 BGB vereinbart. Diese Form der Gläubigerstellung ist seit Langem anerkannt (*Schön*, a. a. O., 312) und wird auch von den Befürwortern einer Berechtigung nach § 432 BGB für zulässig, wenn auch nicht praktikabel gehalten. Die Gesamtgläubigerschaft zeichnet sich dadurch aus, dass jeder Gläubiger die ganze Leistung fordern kann und der Schuldner nur einmal leisten muss. Sie ist im Schuldrecht in der Praxis – abgesehen vom Oder-Konto – eher die Ausnahme (*Palandt/Grüneberg*, § 428 Rdnr. 2 ff., § 432 Rdnr. 1). Da eine positive Leistungspflicht des Eigentümers beim Nießbrauch (abgesehen von den Nebenverpflichtungen, insbesondere aus dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis) nicht besteht, bedeutet Leistung im Sinne von § 428 BGB die Duldung der Nutzungsziehung. Die Forderung nach Erfüllung kann daher nur bedeuten, dass der Eigentümer die Eigennutzung unterlässt und die Nutzung dem Nießbraucher (nicht etwa einem Dritten) gestattet. Dieses – und nur dieses – Recht kann bei der Gesamtgläubigerschaft jeder Nießbrauchsberechtigte allein geltend machen. Die tatsächliche Nutzung durch einen Nießbraucher allein oder beide gemeinschaftlich kann der Eigentümer in der Regel aber gar nicht beeinflussen. Er weiß z. B. nicht, wer bei einer Vermietung als Vermieter auftritt oder die Miete einzieht, wer beim Nießbrauch an einem Wald das Holz fällt oder wer bei Eigennutzung im Nießbrauchsobjekt wohnt. Nach herrschender Meinung führt der Nießbrauch nach § 428 BGB daher auch ohne ausdrückliche Vereinbarung nur dazu, dass der Eigentümer – soweit beide Nießbraucher von ihrem Recht Gebrauch machen – die gleichzeitige (nicht notwendig gemeinschaftliche) Nutzung zu dulden hat (BGHZ 46, 253 ff., zum Wohnrecht; *Schippers*, MittRhNotK 1996, 197, 207 f.), ohne dass man deshalb von einer „unbenannten sachenrechtlichen Berechtigung mehrerer“ (MünchKomm/*Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 17) sprechen muss. Der Eigentümer kann also (insoweit vermag ich der Auffassung von *Amann*, NotBZ 2009, 441, 444 nicht zu folgen) nicht einem Nießbraucher die Nutzung gestatten und die anderen des Grundstücks verweisen. Umgekehrt kann auch bei einer Gesamtberechtigung einer der Nießbraucher auch die Nutzung durch die übrigen Berechtigten verlangen, ohne dass dies dem Typus der Gesamtgläubigerschaft widersprechen würde. Das Verhältnis der Nießbraucher untereinander bestimmt sich entsprechend

§§ 745 ff. BGB (BGH, DNotZ 1997, 401, 403). Zieht deshalb nur einer der Nießbraucher die Nutzungen allein, führt dies nur zu einer internen Ausgleichspflicht unter den Nießbrauchern (§ 430 BGB) – der Eigentümer hat aber seine Verpflichtung aus dem Nießbrauch erfüllt. Trotz Gesamtläubigerschaft und Verweis in § 429 Abs. 3 auf § 423 BGB können die Nießbraucher nur gemeinschaftlich über den Nießbrauch als solchen verfügen, z. B. darauf verzichten (BayObLG, DNotZ 1975, 619, zum Altenteil; *Palandt/Grüneberg*, § 428 Rdnr. 1; MünchKommBGB/Bydlinski, 6. Aufl., § 429 Rdnr. 5), im Rang zurücktreten (*Staudinger/Noack*, § 428 Rdnr. 11) oder ihn an einen Dritten zur Ausübung überlassen (§ 1059 Satz 2 BGB), da keiner von ihnen die Verfügungsbefugnis über das ganze Schuldverhältnis hat, was aber von den genannten Bestimmungen vorausgesetzt wird und damit nur bei einer ausdrücklichen Regelung der Fall wäre. Der Vorteil einer Gesamtberechtigung nach § 428 BGB liegt beim Tod eines Nießbrauchers darin, dass der Nießbrauch für den Überlebenden zur Alleinberechtigung fortbesteht: Er kann ja auch „die ganze Leistung“ fordern, so dass sich die Bestellung weiterer aufschiebend bedingter Nießbrauchsrechte mit den damit verbundenen Kosten erübrigt. Ein Erlöschen des Nießbrauchs nach § 429 Abs. 2 BGB (Konfusion von Forderung und Schuld) scheidet aus, da beim Tod des ersten Nießbrauchers dessen Recht erlischt und nicht auf den Eigentümer übergeht. Meines Erachtens muss man die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB beim Nießbrauch deshalb nicht „verteufeln“, wenn man die Risiken einer Erfüllung einem Ausgleich der Nießbraucher untereinander überlässt.

e) Gemeinschaftliche Berechtigung nach § 432 BGB

Eine Mitberechtigung mehrerer Nießbraucher nach § 432 BGB soll dagegen nach verbreiteter Ansicht unzulässig sein, da der Nießbrauch nicht unteilbar sei (OLG Hamm, Rpfleger 1980, 21; OLG München, DNotZ 2010, 129; *Bamberger/Roth/Wegmann*, § 1030 Rdnr. 14; so auch noch meine Meinung in *Staudinger*, § 1030 Rdnr. 43, an der ich jedoch nicht mehr festhalte). Zumeist wird nur eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB für zulässig gehalten und die Möglichkeit einer Mitberechtigung nach § 432 BGB nicht näher erörtert. Eine neuere Ansicht hält eine Mitberechtigung jedoch für möglich (*Palandt/Grüneberg*, § 432 Rdnr. 1; *Kessler*, DNotZ 2010, 123, 126; *Amann*, DNotZ 2008, 324, 337 ff.; *ders.*, NotBZ 2009, 441, 445; wohl auch NK-BGB/*Lenke*, 2. Aufl. 2008, § 1030 Rdnr. 59) – und auch für vorzugswürdig. Ein Nießbrauch kann zwar teilbar sein, wie der Bruchteilnießbrauch oder der gemeinschaftliche Nießbrauch zu Bruchteilen zeigen. Eine unteilbare Leistung im Sinne von § 432 BGB kann jedoch auch bei rechtlicher (also bei vereinbarter, nicht nur bei tatsächlicher) Unteilbarkeit vorliegen (*Bamberger/Roth/Gehrlein*, BGB, § 432 Rdnr. 3; *Staudinger/Noack*, § 432 Rdnr. 7; *Kessler*, DNotZ 2010, 123, 126), was vor allem bei einem gemeinschaftlichen Verwendungszweck der Leistung der Fall ist. Klassisches Beispiel ist die Kaufpreisforderung mehrerer Verkäufer (MünchKommBGB/Bydlinski, 6. Aufl. 2012, § 432 Rdnr. 3; BGH, NJW 1998, 1482 f.). Die Ablehnung der Anwendbarkeit von § 432 BGB auf den Nießbrauch kann daher nicht überzeugen, da durchaus gewollt sein kann, dass ein gemeinsames „Einzugsrecht“ aller Nießbrauchsberechtigten bestehen soll. Folge wäre dann, dass der Schuldner (Eigentümer) nur an alle Nießbraucher gemeinsam „leisten“ und jeder Nießbraucher nur Leistung an alle fordern kann. Eine solche Folge erscheint jedoch bei den vielen Nießbrauchskonstellationen nicht immer sachgemäß: Der Eigentümer schuldet seine Passivität nicht gegenüber jedermann,

sondern nur gegenüber den berechtigten Nießbrauchern. Wie soll der Eigentümer in der Praxis an alle gemeinschaftlich leisten? Die Frage ist genauso schwer zu beantworten wie die Leistung nur an einen Berechtigten allein (*Amann*, DNotZ 2009, 324, 338). Muss er das Risiko tragen, wenn nur einer der Nießbraucher von seinem Recht Gebrauch macht oder soll diese Frage nicht eher dem Innenverhältnis des Nießbrauchers untereinander (interner Ausgleich nach § 430 BGB) vorbehalten bleiben? Praktische Auswirkungen hat die Unterscheidung zwischen Gesamt- und Mitgläubigerschaft wohl nur bei den aus dem Nießbrauch folgenden Sekundäransprüchen, z. B. auf Herausgabe oder Ansprüche aus dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis, die meines Erachtens aber nicht immer für einen unbedingten Vorrang der Mitgläubigerschaft sprechen.

3. Modifikationen

In dem vom OLG Frankfurt zu entscheidenden Sachverhalt sollte der Nießbrauch den Übergebern „als Gesamtläubigern gemäß § 428 BGB“ zustehen, jedoch wurde in der Urkunde das Gemeinschaftsverhältnis unter anderem in der Weise modifiziert, „dass die Leistung an einen Berechtigten allein keine Erfüllungswirkung gegenüber dem anderen hat“. Zutreffend geht das OLG Frankfurt zunächst davon aus, dass der sachenrechtliche Typenzwang nur für die Art und den Umfang der einzelnen Rechte gilt, nicht aber für die Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses mehrerer Berechtigter. Zulässig ist daher z. B. die Vereinbarung einer Sukzessivberechtigung dahingehend, dass das zunächst gemeinschaftliche Recht dem Überlebenden allein zusteht, oder die Regelung, dass eine Verfügung über das Recht als solches (auch bei der Gesamtläubigerschaft) nur durch alle Gläubiger gemeinsam möglich ist, so dass jeder Nießbraucher nur über sein eigenes Gläubigerrecht verfügen kann, nicht aber über das Recht des anderen. Eine Modifizierung kann die Struktur der Gläubigereigenschaft jedoch nicht sämtlicher Merkmale „entkleiden“. Wenn die Leistung wie im vorliegenden Fall an einen Berechtigten keine Erfüllungswirkung gegenüber dem anderen Gläubiger haben soll, bedeutet das nichts anderes, als dass der Schuldner wirksam eben nur an beide Gläubiger gemeinsam leisten kann, weil nur die Leistung an beide möglich sein soll. Dies ist aber ein Fall der rechtlichen Unteilbarkeit der Leistung und damit nichts anderes als die Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB (vgl. auch *Amann*, NotBZ 2009, 441, 445: „verkleidet unter der Tarnkappe des § 428 BGB“), deren Bezeichnung in der Notarurkunde offenbar wegen der (unzutreffenden) Meinung zur Unzulässigkeit der Berechtigung nach § 432 BGB beim Nießbrauch bewusst unterblieb.

4. Fazit

Nach der Entscheidung des OLG Frankfurt konnten im konkreten Fall die Nießbraucher als Berechtigte gemäß § 428 BGB eingetragen werden. Korrekt wäre hier jedoch eine Mitberechtigung nach § 432 BGB. Die Entscheidung zeigt damit, dass eine solche Berechtigung ohne Weiteres möglich und zulässig ist und daher nicht standardmäßig bei der Begründung des Nießbrauchs für mehrere Berechtigte auf § 428 BGB zurückgegriffen werden sollte.

Notar Dr. Johann Frank, Amberg

6. BGB §§ 242, 138, 1374 Abs. 2, §§ 1375, 1378 (*Ehevertragliche Festlegung der Nichtberücksichtigung privilegiert erworbener Vermögensgegenstände*)

Die durch Ehevertrag festgelegte Nichtberücksichtigung eines privilegiert erworbenen Vermögensgegenstandes bei der Ermittlung des Anfangs- und Endvermögens führt auch dann nicht ohne Weiteres zur Unwirksamkeit der Vereinbarung, wenn der dadurch begünstigte Ehegatte nicht nur keiner Zugewinnausgleichsforderung des anderen Ehegatten ausgesetzt ist, sondern selbst ausgleichsberechtigt wird.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.2.2012, 9 UF 1427/11 (n. rkr.)

1. Die Antragsgegnerin verlangt vom Antragsteller Zugewinnausgleich i. H. v. 17.149,37 €.

Die Beteiligten haben am 30.8.1980 die Ehe geschlossen, aus der ein am 8.2.1981 geborener Sohn hervorgegangen ist. Der Antragsteller ist von Beruf Busfahrer, die Antragsgegnerin ist OP-Schwester. Das monatliche Nettoeinkommen beider beläuft sich jeweils auf etwa 2.000 €. Bis zur Trennung im Juni 2010 lebten die Beteiligten in dem im Alleineigentum der Antragsgegnerin stehenden Zweifamilienhaus in A. Das dazu gehörende Grundstück, das 4.232 m² umfasst, hatte die Antragsgegnerin zusammen mit zwei weiteren, kleineren Grundstücken mit notariellem Vertrag vom 25.6.1996 (Notar ...) von ihren Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge als Alleineigentümerin übertragen erhalten. Es war seinerzeit bebaut mit einem kleinen Wohnhaus, das den Beteiligten und den Eltern der Antragsgegnerin als Wohnung diente. Im Jahr 1996 errichteten die Beteiligten an das bestehende Wohnhaus einen Anbau. Der Grundbesitz ist schuldenfrei. Mit Ehevertrag (Notar A, UR-Nr. .../1996) vom 25.6.1996 trafen sie folgende den gesetzlichen Güterstand modifizierende Regelung:

„II. Güterstandsmodifizierung

1) Herr W und Frau W haben bisher keinen notariellen Ehevertrag geschlossen, leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, den sie grundsätzlich auch aufrechterhalten wollen. Lediglich die von Frau W von ihren Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhaltenen Grundstücke der Gemarkung E. b. An. und die darauf befindlichen Gebäude, insbesondere auch das Wohnhaus, sollen beim Zugewinnausgleich bei Beendigung der Ehe aus anderen Gründen als dem Tod der Ehefrau in keiner Weise berücksichtigt werden. Grundstücke und Gebäude auf dem Grundstückskomplex M. Hs. Nr. ... sollen deshalb weder zur Berechnung des Anfangsvermögens noch des Endvermögens der Ehefrau herangezogen werden.

Auch die diesen Grundstücks- und Gebäudekomplex betreffenden Verbindlichkeiten, insbesondere die Grundschulden mit den durch sie gesicherten Darlehen, sollen beim Zugewinnausgleich keine Berücksichtigung finden.

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

3) Im Fall der Beendigung des Güterstands durch den Tod eines Ehegatten soll es jedoch bei der gesetzlichen Regelung des Zugewinnausgleichs verbleiben.

Auch im Übrigen wollen Herr W und Frau W die Bestimmungen des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft und die gesetzliche Erbfolgeregelung aufrechterhalten. Herrn W ist bekannt, dass als Folge dieser Regelung das von ihm während der Ehe erworbene Vermögen, soweit nicht ein privilegiertes Erwerb im Sinne des § 1374 BGB vorliegt, dem Zugewinnausgleich unterliegt. Er ist damit einverstanden.“

Mit Endbeschluss vom 15.9.2011 hat das AG Ansbach die Ehe der Beteiligten geschieden und den Versorgungsausgleich durchgeführt. Beide Entscheidungen sind seit dem 30.12.2011 rechtskräftig. Des Weiteren hat das Familiengericht den Antragsteller antragsgemäß verpflichtet, an die Antragsgegnerin einen Zugewinnausgleich i. H. v. 17.149,37 € zu zahlen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Antragsteller einen Zugewinn i. H. v. 34.921,66 € erwirtschaftet

habe und das Endvermögen der Antragsgegnerin von 22.798,60 € um ihr im Wege der Hinzurechnung mit 37.054 € zu bemessendes Anfangsvermögen zu reduzieren sei, so dass diese keinen Zugewinn erzielt habe. Der streitgegenständliche Grundbesitz blieb bei der Berechnung außer Ansatz.

Die in der mündlichen Verhandlung vom 15.9.2011 verkündete Entscheidung wurde dem Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers am 23.9.2011 zugestellt. Mit seiner Beschwerde vom 15.9.2011, eingegangen beim AG Ansbach am selben Tag, wendet sich der Antragsteller gegen die Verpflichtung zur Zugewinnausgleichszahlung.

Er ist der Auffassung, der Ehevertrag benachteilige ihn in grob unbilliger Weise, denn ohne die Vereinbarung hätte ihm seinerseits gegenüber der Antragsgegnerin wegen der durch den Anbau entstandenen Werterhöhung des Grundstücks von etwa 200.000 € ein Ausgleichsanspruch i. H. v. ca. 100.000 € zugestanden. Durch die ehevertragliche Regelung habe nur sichergestellt werden sollen, dass die Antragsgegnerin im Fall des Scheiterns der Ehe keinen Wertausgleich an den Antragsteller zu zahlen habe. Man habe indes nicht beabsichtigt, der Ehefrau dadurch Ausgleichsansprüche gegen den Ehemann zu verschaffen. Der Ehevertrag sei zudem auf Druck der Eltern der Antragsgegnerin zustande gekommen.

Er – der Antragsteller – habe das Vermögen der Antragsgegnerin vermehrt, indem er in die Errichtung des Anbaus erheblich investiert habe, nämlich ca. 61.900 € Bargeld sowie eigene Arbeitsleistungen im Wert von rund 40.000 €. Deshalb sei eine Vertragsanpassung in der Weise vorzunehmen, dass die Forderung der Antragsgegnerin in Wegfall gerate. Außerdem sei in Anwesenheit des Sohnes im Nachhinein vereinbart worden, dass die Eheleute gegenseitig keine Ansprüche stellen werden. (...)

Die Antragsgegnerin hält den Ehevertrag für wirksam. Im Übrigen behauptet sie, nicht der Antragsteller, sondern ihre Eltern hätten durch Übertragung von Bausparverträgen zu ihrer Vermögensmehrung beigetragen. Auch sei die Wertsteigerung wesentlich geringer als vom Antragsteller vorgetragen. Eine „Verzichts“-Vereinbarung sei nicht zustande gekommen.

Die Höhe des beiderseits erwirtschafteten Zugewinns ist – mit Ausnahme des Grundvermögens der Antragsgegnerin – zwischen den Beteiligten unstreitig. (...)

Aus den Gründen:

2. Die Beschwerde ist zulässig, §§ 58 ff., 63 ff. FamFG. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Familiengericht der Antragsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung des Zugewinnausgleichs (§ 1378 BGB) gegen den Antragsteller zuerkannt. Nach Auffassung des Erstgerichts bestehen gegen die Wirksamkeit der notariellen Vereinbarung der Beteiligten über den Zugewinnausgleich keine Bedenken mit der Folge, dass das im Eigentum der Antragsgegnerin stehende Grundstück samt darauf befindlichem Gebäudekomplex weder dem End- noch dem Anfangsvermögen zuzurechnen ist und somit dem Zugewinnausgleich nicht unterfällt.

Anlass für den Abschluss des Ehevertrags war die Absicht der Beteiligten, auf dem Grundstück der Ehefrau an das bestehende Wohnhaus einen Anbau zu errichten, weil der Wohnraum für die gesamte Familie zu beengt geworden war. Der Anbau sollte mit finanziellen Mitteln beider Eheleute bewerkstelligt werden. Durch die Modifizierung des Güterstands sollte erreicht werden, dass der Ehefrau der ihr von ihren Eltern zugewendete Grundbesitz auch im Falle des Scheiterns der Ehe ungeschmälert erhalten bleibt. Deshalb sollten aus diesem Grundvermögen an den Ehemann keine Zugewinnausgleichsleistungen erbracht werden und keine Verpflichtung zu sonstigen finanziellen Entschädigungen bestehen. Diese Zielsetzung folgt aus dem Wortlaut des Ehevertrags vom 25.6.1996 (Ziffer I Nr. 3) und wurde von den Beteiligten auch im Rahmen ihrer Anhörung im Termin vor dem Senat so bestätigt. Für eine weitergehende Vertragsauslegung dahinge-

hend, dass die Beteiligten auch eine Ausgleichsverpflichtung des Ehemannes ausschließen wollten, fehlt jedweder Anhalt. Vielmehr legt die Formulierung in Ziffer II Nr. 3 des Vertragstextes nahe, dass die Beteiligten eine Verpflichtung zum Ausgleich des Ehemannes zumindest für möglich hielten, womit der Antragsteller ausdrücklich sein Einverständnis erklärte.

Bedenken gegen die Wirksamkeit des notariellen Ehevertrags vom 25.6.1996 (UR-Nr. A 1765/1996) bestehen nicht. Der Vertrag bedarf auch keiner Anpassung und ist einer solchen auch nicht zugänglich. Die Regelung, die den gesetzlichen Güterstand modifiziert, hält sowohl einer Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 BGB als auch der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB stand.

Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Beteiligten einen wesentlichen Vermögensgegenstand der Antragsgegnerin, nämlich das von ihren Eltern stammende Grundvermögen, bei der Bewertung von Anfangs- und Endvermögen ausgenommen haben mit der Folge, dass der Antragsteller ausgleichspflichtig wird.

Grundsätzlich steht es den Ehegatten als Ausfluss der grundgesetzlich geschützten Privatautonomie frei, ihre ehelichen Lebensverhältnisse eigenverantwortlich entsprechend ihren individuellen Bedürfnissen und Vorstellungen zu gestalten und ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag zu regeln. Sie können insbesondere den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB) aufheben oder vollständig oder teilweise ausschließen, § 1408 BGB. Es gibt keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen (BGH, NJW 2005, 2386). In einem Ehevertrag können Gütertrennung oder Gütergemeinschaft gewählt oder auch Veränderungen innerhalb der Zugewinnsgemeinschaft vorgenommen werden. Allerdings sind Eheverträge stets einer richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen, um unangemessene Benachteiligungen eines Ehegatten oder Beeinträchtigungen des Kindeswohls zu vermeiden. Die Dispositionsfreiheit der Ehegatten findet ihre Grenzen dort, wo eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht mehr gerechtfertigte Lastenverteilung entsteht, die für den belasteten Ehegatten, auch bei Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der Vereinbarungen, unzumutbar erscheint (BGH, FamRZ 2004, 601).

Die vorzunehmende Kontrolle erfordert auf der ersten Stufe die Prüfung der Wirksamkeit der Vereinbarung am Maßstab des § 138 BGB. Es ist zu fragen, ob die Regelungen des Ehevertrags bereits im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führten, dass ihnen – unabhängig von der zukünftigen Entwicklung der 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 (BGH, NJW 2005, 2386). Dabei ist eine Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse der Eheleute im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags in objektiver und subjektiver Hinsicht vorzunehmen. Von besonderer Bedeutung sind dabei als objektive Kriterien die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien sowie der geplante oder schon realisierte Lebenszuschnitt und subjektiv die von den Vertragsschließenden verfolgten Zwecke, die Motive und die Umstände des Zustandekommens des Vertrags (*Gerhardt/Bergschneider*, Handbuch Fachanwalt FamR, 8. Aufl., 12. Kapitel Rdnr. 37, 38; *Schröder/Bergschneider*, Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Rdnr. 4.845 ff.; *Langenfeld*, Handbuch Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 6. Aufl., § 5 Rdnr. 58 ff.).

Für die Annahme der Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags bedarf es der Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestands des § 138 BGB. Danach ist ein Rechtsgeschäft als Verstoß gegen die guten Sitten insbesondere dann nichtig, wenn sich eine Vertragspartei unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche der anderen Partei Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen.

Hält die Regelung der Kontrolle stand, so ist auf einer zweiten Stufe im Wege der Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB zu prüfen, ob angesichts der aktuellen Verhältnisse – im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe – der sich auf die vertragliche Regelung berufende Ehegatte seine ihm durch den Ehevertrag zugekommene Rechtsmacht missbräuchlich ausübt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Ehevertrag zugrundeliegenden Vorstellung oder Planung erheblich abweicht und damit gleichsam die Geschäftsgrundlage der Vereinbarung in Wegfall geraten ist (*Langenfeld*, a. a. O., Rdnr. 62).

Weil die richterliche Inhaltskontrolle an der Wertigkeit des Rechts, auf das verzichtet wird, auszurichten ist, hat der BGH die Kernbereichslehre entwickelt. Danach ist eine ehevertragliche Vereinbarung umso eher zu beanstanden, je mehr sie in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift, wobei eine Rangfolge zu beachten ist. Danach steht der Kindesbetreuungunterhalt (§ 1570 BGB) auf der ersten Stufe, gefolgt vom Alters- und Krankheitsunterhalt (§§ 1571, 1572 BGB) und dem Versorgungsausgleich. An dritter Rangstelle befinden sich der Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 Abs. 1 BGB) und der Alters- und Krankenvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 2, 3 BGB) und schließlich der Aufstockungs- (§ 1573 Abs. 2 BGB) und Ausbildungsunterhalt (§ 1575 BGB). Der BGH stellt klar, dass eine Sittenwidrigkeit regelmäßig nur dann in Betracht kommt, wenn der Ehevertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts abbedingt, ohne dass der dadurch entstehende Nachteil für den einen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (BGH, NJW 2005, 2386 = MittBayNot 2006, 44).

Der Zugewinnausgleich gehört nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts und kann daher am weitestgehenden abbedungen werden (BGH, FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270; BGH, FamRZ 2005, 1444 = MittBayNot 2006, 44; FamRZ 2007, 1310 = MittBayNot 2007, 507; *Haußleiter/Schulz*, 5. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 444 f.; *BeckOK-BGB/Mayer*, § 1408 Rdnr. 27). Er ist daher grundsätzlich jeder möglichen Modifikation zugänglich und auch einseitig abschließbar (*BeckOK-BGB/Mayer*, § 1408 Rdnr. 14 m. w. N.). Denn die Ehe ist nicht notwendig Vermögensgemeinschaft. Der Zugewinnausgleich ist weniger Ausfluss der naheheulichen Solidarität als Ausdruck einer Teilhabegerechtigkeit (BGH, FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270).

Wenngleich die Dispositionsfreiheit im ehelichen Güterrecht weitreichend ist, ist sie doch nicht grenzenlos (*Bergschneider*, NJW 2004, 1763). Einerseits ist der Teilhabegedanke zu beachten, denn die Leistungen, die die Ehegatten bei der Gestaltung ihres Ehelebens erbringen, sind unabhängig von ihrer ökonomischen Bewertung gleichwertig. Deshalb haben beide grundsätzlich Anspruch am gemeinsam erwirtschafteten, was auch hinsichtlich des gemeinsamen Vermögens zu gelten hat

(BVerfG, FamRZ 2002, 527). Andererseits ist keine bestimmte Zuordnung des erworbenen Vermögens gefordert. Die Ehegatten sind somit nicht gehindert, ihre interne Vermögenszuordnung einvernehmlich ihren Verhältnissen anzupassen und damit von der gesetzlichen Typisierung abzuweichen. Der isolierte Ausschluss des Zugewinnausgleichs ist daher regelmäßig nicht sittenwidrig; nur unter engsten Voraussetzungen wird Rechtsmissbräuchlichkeit angenommen werden können, so bei gravierendem Verzicht eines Ehegatten auf mehrere Rechte (Totalverzicht) oder wenn er infolge besonderer struktureller Unterlegenheit eines Ehegatten und Dominanz des anderen zustande gekommen ist (BGH, NJW 2005, 1370; NJW 2005, 2386 = MittBayNot 2006, 44; NJW 2007, 2851 = MittBayNot 2007, 507; BeckOK-BGB/Mayer, § 1408 Rdnr. 27; *Schröder/Bergschneider*, a. a. O., Rdnr. 4.849 ff.; *Langenfeld*, a. a. O., § 6 Rdnr. 70 ff.).

Demnach ist nach Auffassung des BGH (NJW 1997, 2239 = MittBayNot 1997, 231) nicht nur ein völliger Ausschluss des Zugewinnausgleichs, sondern auch eine Modifizierung dergestalt, dass ein einzelner Vermögensgegenstand oder Vermögenskomplex ausgenommen wird, anzuerkennen. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt betraf die Ausklammerung des Betriebsvermögens des Ehemannes aus dem Zugewinn und die Herausnahme des der Ehefrau als Gegenleistung für ihr Einverständnis gezahlten Ausgleichsbetrags aus deren Endvermögen. Zur Begründung wird dort ausgeführt, dass ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen einen Unternehmer oftmals nur durch Eingriff in die Substanz des Unternehmens befriedigt werden kann und daher dessen Fortbestand gefährdet sein kann, was auch Rechtsbeeinträchtigungen bei Dritten, z. B. Arbeitnehmern oder Gesellschaftern, zur Folge haben kann. In derartigen Fällen biete die gesetzlich typisierte Zugewinnsgemeinschaft zuweilen nicht die Gewähr für einen interessensgerechten Ausgleich. Bei Gewerbetreibenden bestehe zur Sicherung der Existenz ein legitimes Interesse daran, sowohl Liquiditätsprobleme als auch endlose Streitigkeiten über die Vermögensbewertungen zu vermeiden (OLG Hamm, NJW 2006, 3719; *Bergschneider*, FuR 2006, 217).

Zulässig und üblich ist auch die Herausnahme von Vermögensgegenständen bei vorehelichem Vermögen und bei privilegiertem Erwerb (*Schröder/Bergschneider*, Familienvermögensrecht, 2 Aufl., Rdnr. 4.829; BeckOK-BGB/Mayer, § 1408 Rdnr. 59; *Mayer*, DStR 1993, 991; *Gerhardt*, FamR, 8. Aufl., 12. Kap. Rdnr. 193; *Langenfeld*, a. a. O. Rdnr. 192, 206 ff.). Vor dem Hintergrund, dass es von dem durch eine Schenkung begünstigten Ehegatten und auch von dessen Verwandten, die ihm den privilegierten Vermögenswert zugewendet haben, als ungerecht empfunden wird, dass lediglich der Anfangswert des Gegenstandes dem Anfangsvermögen unterfällt, die außerordentliche Wertsteigerung in der Ehe indes dem Zugewinnausgleich unterliegt, ist eine Modifizierung dergestalt angemessen, den Gegenstand sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen außer Ansatz zu lassen (*Langenfeld*, a. a. O., Rdnr. 371). Andernfalls würde der ausgleichsberechtigte Ehegatte an den Wertsteigerungen des Anfangsvermögens oder des privilegierten Erwerbs des Partners partizipieren, obwohl dieser Zugewinn nicht auf einer gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten beruht, sondern dem Familienvermögen des Partners entstammt.

Hier handelt es sich um einen solchen Fall, in dem die Ehefrau Grundvermögen von ihren Eltern mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht und damit gemäß § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert erworben hat. Der (indexierte) Wert des Grundbesitzes zum Zeitpunkt des Erwerbs hätte ohne die ehevertragliche

Änderung der Zugewinnsgemeinschaft zwar das Anfangsvermögen der Antragsgegnerin erhöht. Die durch den Anbau und die allgemeine Preisentwicklung entstandene Wertsteigerung wäre jedoch dem Endvermögen zuzurechnen, weshalb der Zugewinn der Antragsgegnerin wohl denjenigen des Antragstellers übertroffen hätte. Eine solche Konstellation sollte durch die notarielle Regelung (Ziffer I Nr. 3) vermieden werden, um der Ehefrau den Vermögenskomplex, der aus ihrer Herkunftsfamilie stammt, ungeschmälert zu erhalten.

Nach Auffassung des Senats ist die Interessenlage vergleichbar mit den bereits erwähnten Fällen der Erhaltung von Betriebsvermögen und Unternehmenswerten oder bei hohem Anfangsvermögen. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Antragsgegnerin im Falle ihrer Verpflichtung zum Ausgleich ihr Grundvermögen hätte erhalten können oder hätte veräußern müssen.

In diesem Zusammenhang wird auch nicht verkannt, dass die von den Beteiligten gewählte Vertragskonstellation die Antragsgegnerin im Ergebnis nicht nur vor einer Zugewinnausgleichsforderung (Ziffer II Nr. 1 des Ehevertrags) bewahrt und sie vor Aufwendungsersatzansprüchen des Antragstellers schützt (Ziffer II Nr. 2 des Ehevertrags), sondern darüber hinaus auch dazu führt, dass sie ihrerseits ausgleichsberechtigt ist. Zwar verfügt die Antragsgegnerin unter Berücksichtigung ihres Grundvermögens über größere Vermögenswerte als der Antragsteller, hat aber dennoch einen Zugewinnausgleichsanspruch gegen diesen. Der vermögendere Partner darf sein Vermögen ungeteilt behalten, der andere Partner hat das wenige von ihm erwirtschaftete indes zu teilen. Nach *Langenfeld* lässt sich eine solche Lage, die er als „Umkippen“ bezeichnet, für den Fall der Herausnahme des Betriebsvermögens durch Aufnahme einer Verzichtsklausel zulasten des vermögendere Ehegatten in den Vertrag vermeiden. Einen solchen Verzicht haben die Vertragsparteien hier jedoch nicht vereinbart.

Gleichwohl steht dies der Wirksamkeit des Vertrages nicht entgegen (§ 138 BGB). Denn bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegt keine evident einseitige Lastenverteilung vor, die nicht durch die individuellen Verhältnisse und die Lebensgestaltung der Beteiligten gerechtfertigt wäre. Die Eheleute lebten damals eine in ökonomischer Hinsicht gleichberechtigte Partnerschaft, denn beide waren stets vollschichtig berufstätig. Die Ehe bestand bereits seit fast 16 Jahren und das gemeinsame Kind war zu diesem Zeitpunkt 15 Jahre alt. Grundlage der Planungen war, dass die Familie weiterhin das Anwesen der Eltern der Antragsgegnerin bewohnen sollte. Wegen der beengten räumlichen Verhältnisse war allerdings beabsichtigt, durch Errichtung eines Anbaus an das bestehende Haus den zur Verfügung stehenden Wohnraum zu erweitern, was durch Einsatz von Vermögen, Arbeitskraft und Erwerbseinkommen beider Ehegatten bewerkstelligt werden sollte. Diesem Engagement beider Ehegatten sollte durch Übertragung des Grundbesitzes auf die Antragsgegnerin Rechnung getragen werden, wobei dessen Verbleib in der Herkunftsfamilie durch die Herausnahme aus dem Anfangs- und Endvermögen gesichert wurde. Nur auf der Umsetzung dieses rechtlich anzuerkennenden Zwecks beruht das wirtschaftliche Ungleichgewicht der Ehegatten.

Der in den Vertrag aufgenommene Ausschluss etwaiger Aufwendungsersatzansprüche des Ehemannes rechtfertigt sich ebenfalls aus dem Erhaltungsinteresse des Grundvermögens und ist angesichts des langjährigen unentgeltlichen Wohnens des Ehemannes im Anwesen seiner Schwiegereltern nicht ohne Kompensation. Dass letztlich der durch die Vereinbarung im Vergleich zur gesetzlichen Regelung schlechter gestellte Antragsteller selbst ausgleichspflichtig werden

würde, war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar möglich, aber keineswegs sicher.

Auch in subjektiver Hinsicht lässt sich eine Disparität nicht feststellen. Die Ausgangslage unterscheidet sich grundlegend von derjenigen, in der die Unterzeichnung eines Ehevertrags für den wirtschaftlich schwächeren Partner zur Bedingung für die Eheschließung gemacht wird. Soweit der Antragsteller einwendet, der Vertrag sei auf Veranlassung seiner Schwiegereltern mit diesem für ihn nachteiligen Inhalt geschlossen worden, rechtfertigt auch dies – die Richtigkeit des Sachvortrags unterstellt – keine andere Beurteilung. Denn es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Eltern der Antragsgegnerin das in ihrem Eigentum stehende Grundvermögen für die Tochter erhalten und daher sicherstellen wollten, dass der Antragsteller im Fall einer Scheidung nicht daran partizipiert.

Das Vertragsergebnis, nämlich die Ausgleichspflicht des Antragstellers, hält auch der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) stand. Denn es ist bezogen auf den Zeitpunkt des Scheiterns der ehelichen Gemeinschaft keine evident einseitige Lastenverteilung festzustellen, die hinzunehmen für den Antragsteller auch unter Beachtung der Belange der Antragsgegnerin als unzumutbar erscheint.

Für die Beurteilung ist maßgeblich darauf abzustellen, welche Lebensplanung bei Abschluss des Vertrages vorlag und ob die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Verhältnisse davon abweicht. Eine solch unerwartete Entwicklung ist hier jedoch nicht eingetreten. Vielmehr sind die Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe vorlagen, von den Beteiligten bei Abschluss des notariellen Vertrages als mögliche Entwicklung vorausgesehen worden. Denn sie sind bereits damals davon ausgegangen, mit den finanziellen Mitteln und der Arbeitskraft beider Ehegatten an den Erweiterungsbau an das bestehende Gebäude auf dem Grundstück der Antragsgegnerin zu errichten, der ihnen als Wohnung und Lebensmittelpunkt der Familie dienen sollte. Dass auch der Antragsteller Geld und Zeit in die Bau- und Renovierungsarbeiten investierte, war demnach von Anfang an beabsichtigt und Grundlage des notariellen Vertrages. Aber auch die Antragsgegnerin hat durch ihr Einkommen, durch Bausparverträge und Arbeitsleistungen zur Schaffung des neuen Familienheims beigetragen. Dass der Antragsteller im weiteren Verlauf der Ehe trotz seiner vielfältigen Anstrengungen in Bezug auf die Baumaßnahmen einen höheren Zugewinn als die Antragsgegnerin – ohne Berücksichtigung des Grundbesitzes – erwirtschaften würde, wurde von den Beteiligten – wie Ziffer II 3 des notariellen Vertrages zeigt – zumindest für möglich gehalten. Andernfalls hätte es einer solchen Regelung nicht bedurft.

Gegen eine Vertragsanpassung in dem vom Antragsteller angestrebten Umfang spricht ferner der Umstand, dass beide Beteiligte auch heute voll erwerbstätig sind, damit ihren Lebensbedarf durch eigene Arbeitskraft selbst decken können und auch darüber hinaus finanziell unabhängig sind. Sowohl die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten haben sich seit Vertragsschluss nicht grundlegend geändert. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Versorgungsausgleich per saldo zugunsten des Antragstellers durchgeführt wurde.

Der Einwand des Beschwerdeführers, durch den notariellen Vertrag werde die Rechtslage gleichsam in ihr Gegenteil verkehrt, etwa so, als ob ein unterhaltsbedürftiger Ehegatte verpflichtet würde, dem besser verdienenden Ehegatten Unterhalt zu zahlen, greift bereits deshalb nicht, weil das Unterhaltsrecht und das Güterrecht unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen. Die Rechtsausübung der Antragsgegnerin ist daher

nicht als rechtsmissbräuchlich zu betrachten.

Der Anspruch der Antragsgegnerin auf Zugewinnausgleich ist auch nicht durch eine nachträgliche Vereinbarung der Beteiligten ausgeschlossen worden. Soweit der Antragsteller vorträgt, man habe sich in Gegenwart des Sohnes mündlich darauf verständigt, gegenseitig keine vermögensrechtlichen Forderungen zu erheben, kann er bereits deshalb nicht durchdringen, weil eine solche Vereinbarung als erneute Güterstandsmodifikation gemäß § 1408 BGB formbedürftig gewesen wäre.

(...)

Anmerkung:

Die modifizierte Zugewinngemeinschaft in Form der partiellen Zugewinngemeinschaft ist eine häufig praktizierte Alternative zur Gütertrennung. Im Gegensatz zur Gütertrennung kann sie zu steuerlich günstigeren Ergebnissen führen und wird von manchen Ehegatten als nicht so diskriminierend empfunden. Sie ist aber oft mit besonderen Problemen verbunden; neben erheblichen Schwierigkeiten bei der rechnerischen Abwicklung (vgl. *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, Rdnr. 691 ff.) kann sie – wie die zu besprechende Entscheidung zeigt – auch zu kontroversen Ergebnissen führen.

1. In der Praxis hat die partielle Zugewinngemeinschaft, die grundsätzlich zulässig ist (siehe BGH, FamRZ 1997, 800 = MittBayNot 1997, 231), neben dem Ausschluss eines gewerblichen Unternehmens oder einer freiberuflichen Praxis oft eine Vereinbarung zum Gegenstand, wonach der Zuwachs zugewendeten Vermögens im Sinne von § 1374 Abs. 1 BGB nicht in den Zugewinn eingestellt wird. Letzteres war auch die Absicht im hier vorliegenden Ehevertrag, nämlich die von ihren Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhaltenen Grundstücke samt dem Gebäude der Ausgleichspflicht der Ehefrau zu entziehen, wenn die Ehe aus anderen Gründen als ihrem Tod endet.

2. Mit dieser Klausel wurde aber auch derjenige Vermögenszuwachs aus dem Zugewinn der Ehefrau ausgeschlossen, der durch den vom Ehemann erbrachten finanziellen Aufwand und seine persönliche Leistung für den Anbau entstanden war. Aus der Sicht des Ehemannes führte dies zu dem ihn benachteiligenden Ergebnis, dass seine Ehefrau trotz ihres höheren Vermögenszuwachses von ihm Zugewinnausgleich verlangen konnte.

3. Dieses asymmetrische Ergebnis ist darauf zurückzuführen, dass in die Struktur der Zugewinngemeinschaft eingegriffen wurde, ohne die sich daraus möglicherweise ergebenden Konsequenzen zu bedenken und die in Verträgen mit partiellem Zugewinnausgleich sonst übliche Klausel aufzunehmen, dass derjenige Ehegatte, der auf den vom anderen Ehegatten erzielten Zugewinn aufgrund zugewendeten Vermögens verzichtet, seinerseits keinen Zugewinnausgleich zu zahlen hat (siehe z. B. BGH, FamRZ 1997, 800 = MittBayNot 1997, 231). Mit einer solchen Klausel wäre es jedenfalls nicht zu dem Ergebnis gekommen, dass der Ehemann an die Ehefrau Zugewinnausgleich zu zahlen hat, wo doch ihm aufgrund seines Ausbaus am Haus und der damit verbundenen Werterhöhung des Vermögens der Ehefrau ein Anspruch auf Zugewinnausgleich zugestanden hätte. Das Bestreben des Ehemanns ging nun dahin, die Wirkung einer solchen Klausel im Wege einer Vertragsauslegung oder mit dem Instrument der richterlichen Inhaltskontrolle in den Vertrag zu implantieren.

4. Zur Vertragsauslegung stellt das OLG zutreffend fest, es sollte mit der Modifizierung des Güterstandes erreicht

werden, bei Scheitern der Ehe der Ehefrau den Grundbesitz ungeschmälert zu erhalten; außerdem sollte sie nicht mit einer Verpflichtung zu sonstigen finanziellen Entschädigungen im Zusammenhang mit dem Hausgrundstück belastet werden. Dieser Wille ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des Vertrages und setzt dem Zugewinnausgleich seine Grenzen. Eine weitere Ausgleichsmodifikation enthält der Vertrag nicht. Für eine anderweitige Vertragsauslegung besteht somit kein Raum.

5. Zur richterlichen Inhaltskontrolle referiert das OLG die einschlägige Rechtsprechung des BGH sowohl zur Wirksamkeitskontrolle (§ 138 Abs. 1 BGB) als auch zur Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) und ruft in Erinnerung, dass der Zugewinnausgleich nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehört, daher am weitesten abbedungen werden kann. Das OLG stellt auch zutreffend fest, dass eine Vertragskonstellation, die einen Ehegatten nicht nur vor einer Zugewinnausgleichsforderung bewahrt, sondern ihn sogar ausgleichsberechtigt macht, nicht evident einseitig und damit sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB ist, zumindest nicht bei den im vorliegenden Fall zu berücksichtigenden individuellen Verhältnissen und der Lebensgestaltung der Parteien

6. Nach der Prüfung der Sittenwidrigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als ersten Schritt wendet sich das OLG in einem zweiten Schritt der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu. Es kommt aber auch auf diesem Weg zu keiner Beanstandung, weil zum hierfür maßgeblichen Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe gegenüber der Lebensplanung der Beteiligten keine unerwartete Entwicklung in der tatsächlichen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse eingetreten ist. Vielmehr haben sie die eingetretene Disparität vorausgesehen oder zumindest voraussehen können.

7. Resümee: Der Wert des Beschlusses besteht zunächst in einer zusammenfassenden Erinnerung, wie die Rechtsprechung des BGH zur richterlichen Inhaltskontrolle derzeit verstanden wird. Sie weist aber auch auf wesentliche Gesichtspunkte für die Gestaltung von Eheverträgen mit einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft hin, insbesondere:

- Innerhalb der Zugewinnngemeinschaft besteht weitestgehend Privatautonomie, sowohl was Modifikationen allgemein als auch einen einseitigen Ausschluss angeht.
- Bei Änderungen der Struktur der Zugewinnngemeinschaft sind die sich daraus ergebenden möglichen Konsequenzen nach allen Seiten zu bedenken.
- Bei der partiellen Zugewinnngemeinschaft ist durch eine Verzichtsklausel dafür Vorsorge zu treffen, dass nicht derjenige Ehegatte, der einen geringeren ehezeitlichen Vermögenszuwachs erwirtschaftet, ausgleichspflichtig wird.
- Korrekturen unzulänglicher Verträge über das Instrument der richterlichen Inhaltskontrolle sind grundsätzlich nicht möglich.
- Das Instrument der richterlichen Inhaltskontrolle hat nicht die Aufgabe, Teilhabegerechtigkeit herbeizuführen.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Dr. Ludwig Bergschneider, München

7. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB (*Überlagerung des Gesamtschuldnerausgleichs durch die eheliche Lebensgemeinschaft*)

1. Die Grundregel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB, nach welcher Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen haften, wird während des Zusammen-

menlebens der Ehegatten durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert.

2. **Wenn der allein verdienende Ehegatte die Lasten des Kredits für die Ehwohnung allein trägt, ist eine zumindest stillschweigende Einigung zugrunde zu legen, dass auch intern nur der verdienende Teil haftet. Entsprechendes gilt bei beiderseits verdienenden Ehegatten mit erheblichem Einkommensgefälle.**
3. **Für die Zeit nach der Trennung ist davon auszugehen, dass eine anderweitige Bestimmung im Sinne von § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB jedenfalls dann nahe liegt, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts bereits berücksichtigt wurde.**
4. **Damit nicht ohne Weiteres vergleichbar ist der Fall, dass an sich bestehende Unterhaltsansprüche im Hinblick darauf, dass der Unterhaltspflichtige die gemeinsamen Schulden allein tilgt, nicht geltend gemacht werden, ohne dass über diese Handhabung eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde. Ob ggf. eine stillschweigende Vereinbarung angenommen werden kann, ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.**

Thüringer OLG, Beschluss vom 8.12.2011, 1 UF 396/11

Die Parteien haben am 4.9.1993 geheiratet und leben seit dem 1.4.2007 getrennt. Sie sind seit dem 12.2.2009 rechtskräftig geschiedene Eheleute. Sie haben keine gemeinsamen Kinder. Aus einer vorangegangenen Beziehung haben sie jeweils einen Sohn. Die Eheleute haben keinen Ehevertrag errichtet. Ein Zugewinnausgleich wurde nicht durchgeführt.

Die Ehwohnung haben beide zu hälftigem Miteigentum im Jahr 1995 erworben und voll finanziert. Der Antragsgegner war daneben Alleineigentümer eines Hauses mit zwei Wohnungen in L. Dieses wurde während der bestehenden Ehe umgebaut. Auch dafür wurde Geld aufgenommen.

Die im beiderseitigen Miteigentum stehende Eigentumswohnung in I wurde durch notariellen Kaufvertrag der Notarin K vom 26.10.2010 (URNr. ...) und notarielle Genehmigungserklärung der Antragstellerin vom 29.10.2010 zu einem Kaufpreis von 166.000 € veräußert.

Nach Ablösung der darauf lastenden Kredite i. H. v. 131.453,46 € an die ... Bank verbleibt den Beteiligten ein Restbetrag in Höhe von 34.546,54 €. Die Beteiligten streiten im vorliegenden Verfahren um den Erlösanteil der Antragstellerin.

Unstreitig hat der Antragsgegner während der Ehe die Darlehensraten für die gemeinsame Ehwohnung bezahlt. Nachdem die Parteien sich getrennt haben, blieb die Antragstellerin in der gemeinsamen Ehwohnung wohnen. Die Antragstellerin hat vom 1.4.2007 bis 31.1.2008 die ehemalige Ehwohnung unter Ausschluss des Ehemannes alleine genutzt und die Hausnebenkosten, Grundsteuer und das Hausgeld getragen; der Ehemann hat den Schuldendienst gegenüber dem Kreditinstitut bedient.

Die Antragstellerin hat vor dem AG Erfurt und dem Thüringer OLG Trennungunterhalt für die Zeit vom 1.2.2008 bis 31.3.2009 erstritten.

Nach Ablösung der auf der Eigentumswohnung lastenden Kredite und möglicherweise weiterer Kosten hat der Antragsgegner erklärt, die Antragstellerin habe keinerlei Anspruch auf den verbleibenden Restkaufpreisanspruch aus der Veräußerung der im beiderseitigen Miteigentum stehenden Eigentumswohnung in I.

Die Antragstellerin hat vorgetragen, unstreitig seien vom Kaufpreis i. H. v. 166.000 € zur Ablösung der Kredite 131.453,46 € an die ... Bank geflossen. Es verbleibe ein Restbetrag i. H. v. 34.546,54 €. Davon stehe der Antragstellerin die Hälfte der Differenz i. H. v. 17.273,27 € zu. Sie habe die alleinige Nutzung der Wohnung als Trennungunterhalt gesehen. Dementsprechend habe sie ihn auch erst nach ihrem Auszug geltend gemacht. (...)

Das AG hat mit Beschluss vom 8.6.2011 den Antragsgegner verpflichtet, den beurkundenden Notar anzuweisen, aus dem auf dem Notaranderkonto hinterlegten Käuferlös aus dem Kaufvertrag URNr. ... für 2010 verbleibenden Anteilsrestbetrag i. H. v. 12.106 € an die Antragstellerin freizugeben, und den Widerantrag zurückgewiesen. (...)

Aus den Gründen:

II.

Der Antragstellerin steht ein Anspruch auf Auskehr des Erlöses in der aus dem erstinstanzlichen Tenor ersichtlichen Höhe zu.

Das Familiengericht ist für die Bearbeitung des Verfahrens gemäß § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG sachlich zuständig, denn bei dem von der Antragstellerin gestellten Antrag auf Erlösauskehr und dem von dem Antragsgegner gestellten Widerantrag auf Durchführung des Gesamtschuldnerausgleichs nach § 426 BGB handelt es sich um die Geltendmachung eines Anspruchs zwischen ehemals miteinander verheirateten Beteiligten im Zusammenhang mit der Trennung und Scheidung, für die keine besondere Zuständigkeit des Arbeits- oder Zivilgerichts gegeben ist und die auch nicht das Wohnungseigentums- oder das Erbrecht betreffen (vgl. *Keidel/Giers*, FamFG, 17. Aufl., § 266 Rdnr. 14; *Zöller/Lorenz*, ZPO, 29. Aufl., § 266 FamFG, Rdnr. 15).

Gemäß Ziffer III. 2. der notariellen Urkunde der Notarin K vom 26.10.2010 (URNr. ...) ist der Kaufpreis i. H. v. 166.000 € – abzüglich der Belastungen und Kosten – d. h., der verbleibende Restbetrag, einschließlich etwaiger Hinterlegungszinsen und abzüglich etwaiger Spesen, jedoch erst nach gleichlautender schriftlicher Anweisung der Verkäufer an den Notar auf das Kto. Nr. ... auszuzahlen.

Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass der hinterlegte Restbetrag dem Grunde nach zwischen ihnen als gleichen Miteigentümern hälftig zu teilen ist.

Während die Antragstellerin aus dem hinterlegten Käuferlös i. H. v. 34.546,54 € einen Betrag i. H. v. 12.106 € für sich beansprucht, beansprucht der Antragsgegner den vollen Kaufpreiserlös vom Notaranderkonto für sich gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB; er hat aber seinen diesbezüglichen Widerantrag im Termin zurückgenommen.

Für die Zeit des Zusammenlebens der Parteien bis zur Trennung am 1.4.2007 gilt, dass die Parteien für die von ihnen aufgenommenen Darlehen als Gesamtschuldner haften, die sich daraus regelmäßig ergebende hälftige Ausgleichspflicht jedoch während intakter Ehe durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert wird (BGH, FamRZ 2010, 542).

Während einer Ehe kann die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldnern zu gleichen Teilen von der ehelichen Lebensgemeinschaft der Partner in der Weise überlagert werden, dass sich im Innenverhältnis eine andere Aufteilung ergibt, etwa dergestalt, dass der alleinverdienende Teil zugunsten des haushaltführenden Teils die gemeinsamen Verpflichtungen allein trägt und daher ein Ausgleichsanspruch ausscheidet (BGH, FamRZ 1993, 676, 678; FamRZ 1995, 216, 217 = MittBayNot 1995, 48). Daraus kann sich bis zum Scheitern der Ehe eine anderweitige Bestimmung ohne besondere Vereinbarung ergeben.

Eine solche kann „aus der Natur der Sache“, also der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens, zu folgern sein, dass – wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben – persönliche und wirtschaftliche Leistun-

gen nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Insofern werden etwa Beiträge geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist (BGH, FamRZ 2010, 542 m. w. N.).

Ausgleichsansprüche scheiden jedoch grundsätzlich hinsichtlich solcher Leistungen aus, die, wie die Erfüllung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse, wozu das Wohnbedürfnis zählt, das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht haben, die also auf das gerichtet sind, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Wegen solcher Leistungen kann auch die grundsätzliche Haftung der Gesamtschuldner zu gleichen Teilen im Innenverhältnis im Rahmen einer ehelichen Lebensgemeinschaft durch anderweitige Bestimmung in dem Sinne überlagert sein.

Bei einem gemeinsamen Kreditvertrag während der ehelichen Lebensgemeinschaft ist, falls es an einer ausdrücklichen Absprache der Eheleute fehlt, eine intern zustande gekommene Haftungsvereinbarung anzunehmen. Wenn sich zwei Ehegatten entschließen, auf Kreditbasis den Erwerb eines Eigenheims gemeinschaftlich vorzunehmen, und wenn dann nur ein Ehegatte die Kredittilgung nebst Zinszahlung übernimmt, eben weil sich der andere Ehegatte mangels Einkommens oder Vermögens daran gar nicht beteiligen kann, ist eine zumindest stillschweigende Einigung zugrunde zu legen, dass intern nur der verdienende Teil haftet. Entsprechendes gilt bei beiderseits verdienenden Ehegatten mit erheblichem Einkommensgefälle (*Johannsen/Henrich*, Familienrecht, 5. Aufl., vor § 1372 BGB Rdnr. 22).

Der BGH hat auch insoweit wiederholt entschieden, dass, wenn ein Ehegatte allein über Einkommen verfüge, während der andere den Haushalt versorgt, es üblich ist, dass der allein verdienende Ehegatte die gemeinschaftlichen finanziellen Verpflichtungen trage, auch wenn sie dem gemeinsamen Vermögenserwerb dienen (FamRZ 2002, 739, 740; 1988, 264, 265; 1986, 881, 882); dieser Rechtsprechung schließt der Senat sich an.

Der Senat ist in dem Parallelverfahren davon ausgegangen, dass die Antragstellerin über ein Nettoeinkommen i. H. v. 1.276,39 € und der Antragsgegner i. H. v. 3.009,13 € verfügte. Der Antragsgegner hat 1.412 € monatlich für die Wohnungskredite der gemeinsamen Eigentumswohnung gezahlt. Zwischen den Einkünften der Eheleute bestand ein erhebliches Ungleichgewicht und die Antragstellerin war aufgrund ihres monatlichen Nettoeinkommens nicht in der Lage, die Verbindlichkeit zurückzuführen.

Für die Zeit nach der Trennung ab dem 1.4.2007 ist davon auszugehen, dass eine anderweitige Bestimmung, die die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldnern im Innenverhältnis zu gleichen Teilen verdrängt, jedenfalls dann nahe liegt, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts bereits berücksichtigt wurde (vgl. *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 3. Aufl., Rdnr. 276 ff.).

Damit nicht ohne Weiteres vergleichbar ist aber der Fall, dass an sich bestehende Unterhaltsansprüche im Hinblick darauf, dass der Unterhaltspflichtige die gemeinsamen Schulden allein tilgt, nicht geltend gemacht werden, ohne dass – wie hier – über diese Handhabung eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde. Ob ggf. eine stillschweigende Vereinbarung angenommen werden kann, ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden (BGH, FamRZ 2005, 1236).

Im vorliegenden Fall spricht das Schreiben der Antragstellerin vom 16.11.2007 für eine derartige stillschweigende Vereinbarung. Dort heißt es auf S. 1 unten:

„Wie Sie wissen, besteht angesichts der erheblichen Einkommensunterschiede ein Anspruch auf Trennungsunterhalt. Nachdem Sie aber die Belastungen für die im Miteigentum stehende Immobilie getragen haben, und unsere Mandantin in der Wohnung wohnen konnte, hat sie aus diesen Gründen keinen Trennungsunterhalt geltend gemacht, und sich hierdurch an dem Schuldendienst beteiligt Zu regeln ist auch die Frage des Trennungsunterhalts, da wir Ihren Briefen entnehmen müssen, dass sie mit einer Nichtabrechnung der wechselseitigen Ansprüche nicht länger einverstanden sind Der sich nach Auskunftserteilung ergebende Unterhalt wird fürsorglich hiermit ab dem laufenden Monat geltend gemacht Mit der Regelung des Trennungsunterhalts ist unsere Mandantin dann selbstverständlich bereit, sich an den Lasten der Wohnung, so lange sie im Miteigentum steht, zur Hälfte zu beteiligen.“

Offenbar geht auch der Antragsgegner hiervon aus, denn auf S. 4 des Schriftsatzes vom 29.9.2011 heißt es: „Da sie ihm diese nicht zahlte, konnte und hat sie für diese Zeit keinerlei Trennungsunterhaltsansprüche.“

Auch setzt die Geltendmachung einer Nutzungsentschädigung eine vorherige eindeutige Zahlungsaufforderung voraus, denn der in der Ehwohnung verbliebene Ehepartner muss sich darüber klar werden (binnen angemessener Überlegungsfrist), ob er künftig für die Nutzung ein Entgelt entrichten oder alsbald ausziehen will (*Johannsen/Henrich/Götz*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1361b BGB Rdnr. 35), die aus dem Vortrag der Beteiligten nicht ersichtlich ist.

Ein Anspruch auf Nutzungsvergütung kann der Billigkeit auch widersprechen, wenn dem verbleibenden Ehepartner die Alleinnutzung aufgedrängt wird, er wirtschaftlich zur Übernahme von Gegenleistungen nicht in der Lage ist und folglich gezwungen wäre, die Wohnung aufzugeben, um sich der finanziellen Belastung zu entziehen (*Johannsen/Henrich/Götz*, a. a. O., Rdnr. 36).

Der Antragsgegner ist von sich aus der ehelichen Wohnung ausgezogen; er hat der Antragstellerin somit die Alleinnutzung der Ehwohnung, die in ihrem hälftigen Miteigentum stand, von sich aus überlassen. Die Antragstellerin ist zeitnah nach dem Schreiben vom 16.11.2007 zum 31.3.2008 – und damit noch innerhalb der Überlegungsfrist – aus der Ehwohnung ausgezogen.

(...)

Anmerkung:

1. Ausgleich während intakter Ehe

Der erste Leitsatz der Entscheidung des Thüringer OLG, wonach die hälftige Ausgleichspflicht unter Gesamtschuldnern nach § 426 Abs. 1 BGB während des Zusammenlebens der Ehegatten durch die eheliche Lebensgemeinschaft (als anderweitige Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB) überlagert wird, entspricht der herrschenden Meinung (siehe BGH, NJW 2000, 1944; 2002, 2319 = MittBayNot 2002, 402; NJW 2005, 2307; zum Ganzen: *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., Rdnr. 1488 m. w. N.). Im Regelfall ist also von einer familienrechtlichen Überlagerung auszugehen, so dass ein späterer Ausgleichsanspruch grundsätzlich ausgeschlossen sein wird. Wer hier eine andere Regelung anstrebt, muss sich den Ausgleich ausdrücklich vorbehalten.

Umstritten ist, ob diese Überlagerung nur bei der Alleinverdiener-, oder aber auch bei der Doppelverdiener Ehe gilt. Das Thüringer OLG stellt sich in der hier besprochenen Entscheidung auf den Standpunkt, dass die Überlagerung – bezogen auf den Kredit für die Ehwohnung – jedenfalls auch bei beiderseits verdienenden Ehegatten mit erheblichen Einkommensgefällen gilt. Dies dürfte der herrschenden Meinung entsprechen und verdient Zustimmung (vgl. hierzu auch *Münch*, a. a. O., Rdnr. 1492 m. w. N.).

2. Verhältnis zum Zugewinn

Zu beachten ist, dass vorstehende Grundsätze unabhängig vom Güterstand der Ehegatten gelten. Ein Ausschluss des Gesamtschuldnerausgleichs lässt sich jedenfalls allein durch die güterrechtlichen Vorschriften nicht begründen. Der Gesamtschuldnerausgleich zwischen Ehegatten wird also durch die Vorschriften über den Zugewinn nicht verdrängt (BGH, NJW 1988, 133). Häufig dürfte es für das wirtschaftliche Ergebnis des Zugewinnausgleichs aber ohnehin ohne Bedeutung sein, ob der Gesamtschuldnerausgleich erfolgt oder nicht (BGH, NJW 1988, 133).

3. Ausgleich für die Zeit nach der Trennung

Leben die Ehegatten getrennt, kann die Überlagerung des Gesamtschuldnerausgleichs durch die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr ohne Weiteres angenommen werden. Mit der Trennung leben somit die Ausgleichsansprüche wieder auf. Dies gilt allerdings nur für die Zukunft (siehe *Münch*, a. a. O., Rdnr. 1494).

Die Bejahung von Ausgleichsansprüchen kann aber unbillig sein, wenn der an sich Ausgleichsverpflichtete mit Rücksicht auf die alleinige Schuldentilgung durch den anderen Ehegatten keinen oder nur einen geringeren Unterhalt geltend gemacht hat. Verlangt dann der Ausgleichsberechtigte einen Ausgleich, so ist der Ausgleichsverpflichtete insofern benachteiligt, da er Unterhalt für die Vergangenheit nicht geltend machen kann (§ 1613 Abs. 1, § 1361 Abs. 4, § 1360a Abs. 3 und § 1585b Abs. 2 BGB).

Der BGH hat hierzu im Jahre 2005 (BGH, NJW 2005, 2307) entschieden, dass eine anderweitige Bestimmung, die die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldnern im Innenverhältnis zu gleichen Teilen verdrängt, nahe liegt, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts bereits berücksichtigt wurde. Das Thüringer OLG ist dieser Linie nunmehr gefolgt.

Abzugrenzen ist diese Sachlage, so nun auch das Thüringer OLG im Einklang mit dem BGH, von den Fällen, in denen an sich bestehende Unterhaltsansprüche im Hinblick darauf, dass der Unterhaltspflichtige die gemeinsamen Schulden allein tilgt, nicht geltend gemacht werden, ohne dass über diese Handhabung eine ausdrückliche Regelung getroffen wurde.

Diese Differenzierung begünstigt letztlich denjenigen Ehegatten, der konsequent seine Unterhaltsansprüche verfolgt, auch wenn im Einzelfall im Hinblick auf die alleinige Schuldentilgung des anderen kein hoher Betrag anfällt. Derjenige, der dagegen im Hinblick auf die alleinige Schuldentilgung des anderen auf die Geltendmachung seines Unterhalts verzichtet, läuft Gefahr, für den Ausgleich herangezogen zu werden.

Um von vornherein Streitigkeiten in diesem Bereich zu unterbinden, sollte daher ausdrücklich vereinbart werden, dass ein späterer Gesamtschuldnerausgleich im Hinblick auf die

Nichtgeltendmachung des Unterhalts nicht verlangt werden kann. Kommt eine Einigung nicht zustande, sollte der Unterhalt in Verzug begründender Weise geltend gemacht werden, damit er ggf. auch für die Vergangenheit gefordert werden kann (siehe *Münch.*, a. a. O., Rdnr. 1501).

4. Abwicklung über Notaranderkonto

Interessant ist die Entscheidung aber nicht so sehr wegen ihres rechtlichen Aussagegehalts. Schließlich liegt sie, wie dargestellt, auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BGH (BGH, NJW 2005, 2307).

Aus notarieller Sicht bemerkenswert ist, wie es zu dieser Entscheidung überhaupt kommen konnte: Die Ehegatten stritten über den auf dem Notaranderkonto hinterlegten Käuferlös.

Hier stellt sich die Frage, wie es zu einer solchen, für den Notar misslichen Situation kommen konnte. War der Notar verpflichtet, sich auf eine solche Gestaltung einzulassen? War sie überhaupt zulässig, d. h. lag ein berechtigtes Sicherungsinteresse vor? Welche Verwahrungsanweisung wurde dem Notar gegeben?

Es ist offensichtlich, dass in Fällen, in denen der Schuldnerausgleich strittig ist, eine Abwicklung über ein Notaranderkonto nicht erfolgen sollte und letztlich mangels klarer Verwahrungsanweisung auch nicht erfolgen darf.

Was ist in diesen Fällen zu tun? Meines Erachtens sollten sich die Beteiligten entweder, wie im Regelfall, vor der Beurkundung einigen und die entsprechenden Bankverbindungen angeben oder aber der Restbetrag wird auf ein „Und“-Konto gelagert, also auf ein Gemeinschaftskonto, bei dem die Verfügungsberechtigten nur gemeinsam über das Konto verfügen können. Dann können sich die Veräußerer letztlich gegenseitig auf Zustimmung zur Freigabe verklagen, ohne das der Notar hier als „Leidtragender“ zwischen den Parteien steht.

Formulierungsvorschlag:

„Der nach den Ablösebeträgen verbleibende Kaufpreis ist zu bezahlen auf folgendes Konto der Verkäufer:

Konto-Nr. ...

Bank: ...

BLZ: ...

Hierbei handelt es sich um ein „Und“-Konto, über das beide Veräußerer nur gemeinsam verfügen können. Die Beteiligten werden sich intern über die Verteilung des (Rest-)Kaufpreises einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, ist notfalls eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.“

Notar Dr. Ralf Menzel, Rottenburg a. d. Laaber

8. BGB §§ 2248, 164 (*Vertretung bei Hinterlegung eines privatschriftlichen Testaments*)

Die besondere amtliche Verwahrung eines Testaments kann auch aufgrund einer Vorsorgevollmacht verlangt werden.

OLG München, Beschluss vom 25.6.2012, 31 Wx 213/12; eingeklagt von Notar Dr. Martin T. Schwab, München, und mitgeteilt von Margaretha Förth, Richterin am OLG München

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Weigerung des AG, das von deren Bevollmächtigten vorgelegte privatschriftliche Testament der Betroffenen vom 16.2.2008 in amtliche Verwahrung zu nehmen.

Der Bevollmächtigte hat eine vordruckte Vorsorgevollmacht zur Vertretung der Betroffenen unter anderem gegenüber Behörden und Gerichten vorgelegt. Das AG begründet seinen Standpunkt damit, dass die Hinterlegung ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft sei, daher scheide eine solche aufgrund der vorgelegten Vordruckvollmacht mit Betreuungsverfügung aus. Eine Annahme des Testaments käme nur in Betracht, wenn die Erbbeteiligte hierzu ausdrücklich Vollmacht erteilt hätte; sollte sie hierzu nicht mehr in der Lage sein, bliebe nur die Anordnung einer Betreuung mit dem Aufgabenkreis „Testamentshinterlegung“.

Der Beschwerde, in der die Beteiligte unter Verweis auf die Kommentarliteratur die Auffassung vertreten hat, sie könne sich bei der Hinterlegung eines Boten bedienen, Privattestamente könnten auch ohne Kenntnis und sogar gegen den Willen des Erblassers in amtliche Verwahrung gebracht werden, hat das AG nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die rechtzeitig eingelegte Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Der Senat teilt die Auffassung des AG München nicht, dass die Hinterlegung des Testaments nur durch die Beteiligte selbst oder aufgrund ausdrücklich hierzu berechtigender Vollmacht erfolgen kann. Die Behauptung des AG, das entsprechende Verlangen des Erblassers könne nur persönlich erfolgen, findet in § 2248 BGB keinen Anhalt. Denn dort heißt es lediglich, dass das Testament „auf Verlangen des Erblassers“ in besondere amtliche Verwahrung zu nehmen sei. Das Gegenteil ergibt sich bereits daraus, dass § 2256 Abs. 2 Satz 2 BGB hinsichtlich der Rückgabe des Testaments aus amtlicher Verwahrung ausdrücklich anordnet, dass diese nur an den Erblasser „persönlich“ erfolgen könne. Denn Stellvertretung bzw. bevollmächtigtes Handeln ist nur dann ausgeschlossen, wenn es sich per gesetzlicher Anordnung um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft handelt (vgl. dazu etwa *Palandt/Ellenberger*, 71. Aufl. 2012, vor § 164 BGB Rdnr. 3). Letzteres ist hier gerade nicht der Fall. Ebenso wenig ergibt sich eine gesetzliche Grundlage für das Verlangen einer ausdrücklich zur Hinterlegung des Testaments berechtigenden Vollmacht. Denn wenn der Bevollmächtigte die Beteiligte „bei Behörden ... vertreten“ und außerdem ihr „Vermögen verwalten und hierbei alle Rechtsgeschäfte ... vornehmen und ...“ sie „gegenüber Gerichten vertreten ... darf“, umfasst dies auch die notwendigen Verfahrenshandlungen gegenüber dem Testamentsbüro. Daher ist dem über ihren Bevollmächtigten (insoweit liegt die notariell beglaubigte Ablichtung der Originalvollmacht vor) gestellten Antrag der Beteiligten auf amtliche Verwahrung des Testaments zu entsprechen.

9. BGB §§ 2084, 2278 (*Grenzen der ergänzenden Auslegung eines Erbvertrages*)

Für die Annahme einer durch ergänzende Auslegung des Erbvertrags zu schließenden Lücke dahin, dass die Vertragsschließenden bei Kenntnis der späteren Entwicklung (hier: geistige Behinderung des gemeinsamen Sohnes) anders testiert, nämlich den Sohn nicht uneingeschränkt als Erben eingesetzt hätten, ist kein Raum, solange der Erbvertrag nicht andeutet, in welcher Weise er angepasst oder eine andere Form der letztwilligen Verfügung gewählt worden wäre.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.12.2011, I-3 Wx 261/11

Die am 9.3.1989 verstorbene Erblasserin war in erster Ehe mit dem vorverstorbenen U verheiratet. Der gemeinsame Sohn, K, verstarb

1945 ledig und kinderlos. In zweiter Ehe war die Erblasserin mit dem 1944 verstorbenen G verheiratet. Aus dieser Ehe ist der am 6.9.1931 geborene, im Jahr 2011 ledig und kinderlos verstorbene A hervorgegangen. A stand unter Betreuung und war nicht testierfähig; weitere Kinder hatte die Erblasserin nicht.

Die Erblasserin und ihr Ehemann G schlossen am 22.10.1940 einen notariellen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Als Erben des Überlebenden setzten sie den Sohn der Erblasserin aus erster Ehe, K, den gemeinsamen Sohn A und alle etwaigen weiteren gemeinsamen Kindern zu gleichen Teilen ein. Anstelle verstorbener Kinder sollten deren Abkömmlinge treten. Einen ausdrücklichen Änderungsvorbehalt nahmen sie nicht in den Erbvertrag auf.

Am 26.7.1988 errichtete die Erblasserin ein notarielles Testament, in dem sie ihren Sohn A als ihren nicht befreiten Vorerben einsetzte. Nacherben nach dem Tod ihres Sohnes sollten hiernach ihr Neffe (verstorben 1999) und dessen Ehefrau, die Beteiligte, werden, für den Fall des Vorversterbens eines der Nacherben im Zeitpunkt des Eintritts der Nacherfolge der Überlebende der Nacherben alleine.

Am 26.7.1989 wurde nach der Anhörung der Beteiligten, die nicht Stellung nahm, ein Erbschein erteilt, wonach A Alleinerbe geworden ist.

Die Beteiligte macht geltend, der Erbvertrag vom 22.10.1940 sei nicht bindend gewesen; das Testament der Erblasserin aus dem Jahr 1988 sei wirksam; mit dem Tod des Vorerben aus dem Testament vom 26.7.1988, A, am 19.2.2011, sei sie alleinige Nacherbin geworden.

Der Erbvertrag enthalte eine Regelungslücke für den Fall, dass das einzig verbleibende Kind testierunfähig sei und keine Abkömmlinge habe. Es bedürfe daher einer ergänzenden Auslegung. Die Eheleute – hätten sie diesen Umstand bedacht – würden einen einseitigen Rücktritts- oder Änderungsvorbehalt aufgenommen haben. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Erblasserin das gesamte Vermögen in die Ehe eingebracht habe, ihr Ehemann dagegen vermögenslos gewesen sei. Es sei den Eheleuten gerade darauf angekommen, die Kinder abzusichern. Da sämtliche im Erbvertrag Bedachten bereits verstorben seien und es keine lebenden Abkömmlinge gebe, könne kein Recht mehr beeinträchtigt werden und sei das Testament vom 26.7.1988 wirksam. (...)

Das AG – Nachlassgericht – hat mit Beschluss vom 15.6.2011 den Erbscheinsantrag der Beteiligten zurückgewiesen. (...)

Hiergegen wendet sich die Beschwerde der Beteiligten, mit der sie im Wesentlichen geltend macht, sie und ihr verstorbener Ehemann hätten in Erfüllung eines der Erblasserin gegebenen Versprechens, sie zu Nacherben zu machen, deren Sohn A, der praktisch im benachbarten Haus gewohnt habe, gepflegt und sich um ihn gekümmert. Einen Änderungsvorbehalt hätten die Eheleute seinerzeit in dem unter Kriegsumständen und großem Zeitdruck abgeschlossenen Erbvertrag nicht aufgenommen. Bei Abfassung des Erbvertrages sei die geistige Entwicklung des Sohnes A nicht vorhersehbar gewesen. Dieser sei mit seiner Zurückstufung durch das Testament aus 1988 einverstanden gewesen, habe dies indes wegen Testierunfähigkeit nicht beurkunden lassen können. (...)

Das AG hat am 29.9.2011 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akte dem Senat vorgelegt. (...)

Aus den Gründen:

II.

2. In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet.

a) Das Nachlassgericht hat dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht zu erteilen, § 2353 BGB. Der Erbschein bezeugt demnach das Erbrecht zur Zeit des Erbfalles (*Palandt/Weidlich*, 70. Aufl. 2011, § 2353 Rdnr. 2). Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 2359 BGB.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Beteiligte gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts, ihr den beantragten Erbschein nach der Erblasserin zu versagen.

Die Beteiligte ist nicht aufgrund des notariellen Testaments der Erblasserin vom 26.7.1988 Alleinerbin nach ihr geworden; der Erbvertrag vom 22.10.1940 steht entgegen.

aa) Die Rechtsposition des Erblassers verändert sich durch die erbrechtliche Bindung, die sich aus der vertraglichen Natur des Erbvertrages ergibt (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 1941 Rdnr. 5), dahin, dass der Erblasser mit dem Erbvertrag von seiner Testierfähigkeit konkret Gebrauch macht und hieran grundsätzlich nichts mehr ohne Mitwirkung des Vertragspartners ändern kann. Eine einem Erbvertrag nachfolgende letztwillige Verfügung ist – außer im Falle der Rücktrittsberechtigung (§ 2297 BGB) – unwirksam, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die im Erbvertrag nur einseitig getroffenen Anordnungen nehmen dagegen als solche nicht an der Bindungswirkung teil (§ 2299 BGB). Der Erblasser kann sie daher jederzeit, wie beim Testament, frei widerrufen (§ 2299 Abs. 2 BGB; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2289 Rdnr. 1).

Ob eine vertragsmäßige (§ 2278 BGB) oder einseitige Verfügung vorliegt, ist im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2299 Rdnr. 1).

bb) Hiernach ist das AG zu Recht zu der Annahme gelangt, dass es sich bei der Erbeinsetzung des Kindes aus der gemeinsamen Ehe mit G nicht um eine einseitige, sondern um eine vertragsmäßige Verfügung handelt. Den vertragsschließenden Ehegatten kam es nämlich erkennbar darauf an, dass sämtliche Kinder, neben dem gemeinsamen Kind A auch eventuelle künftige eheliche Kinder sowie das Kind der Erblasserin aus deren früherer Ehe, K, zu gleichen Teilen bedacht werden, weshalb davon auszugehen ist, dass der Ehemann der Erblasserin seine das Kind der Erblasserin begünstigende Verfügung nicht getroffen haben würde, wenn die Erblasserin nicht ihrerseits das gemeinsame Kind A bedacht hätte.

c) Ohne Beanstandung hat das AG auch angenommen, dass durch die „Herabstufung“ des A zum Vorerben durch das spätere notarielle Testament vom 26.7.1988 das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt würde, mit der Folge, dass die Verfügung vom 26.7.1988 insoweit unwirksam ist, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Hierbei hat das AG zu Recht und mit zutreffender Begründung darauf abgestellt, dass die Beeinträchtigung zur Zeit des Erbfalles vorliegen muss und die spätere Entwicklung, nämlich ein Fortfall der Beeinträchtigung infolge Todes des beeinträchtigten Vertragserben A (19.2.2011), außer Betracht zu bleiben hat.

Hiernach hat das AG – Nachlassgericht – das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung des von der Beteiligten nachgesuchten Erbscheins zu Recht verneint und ist das hiergegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 zurückzuweisen.

d) aa) Eine im Erbvertrag vom 22.10.1940 vorhandene, im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung dahin zu schließende Lücke, dass sich die Erblasserin eine Änderung vorbehalten hätte, wenn sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrages hätte absehen können, dass ihr einziger Abkömmling, A, geistig behindert sein würde, hat das AG zu Recht nicht angenommen.

Es mag unterstellt werden, dass die Erblasserin und ihr Ehemann diese Entwicklung nicht bedacht haben, der Erbvertrag insoweit als lückenhaft anzusehen ist und prinzipiell einer ergänzenden Vertragsauslegung zugänglich wäre (vgl. OLG Schleswig, FamRZ 2010, 1178).

bb) Bei der Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens ist der real feststellbare subjektive Wille zu Ende zu denken, also zu erforschen, was der Erblasser geregelt hätte, wenn er von der ergänzungsfähigen Lücke gewusst hätte. Auszugehen ist von den persönlichen Einstellungen des Erblassers, selbst von irrationalen. Dabei kommt es allein auf den Zeitpunkt der Errichtung an. Spätere Willensänderungen dürfen dabei nicht berücksichtigt werden. Einen neuen Entschluss kann der Erblasser nur durch Errichtung einer neuen oder Abänderung einer bestehenden Verfügung verwirklichen (*Litzenburger* in BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, Stand 1.3.2011, § 2084 Rdnr. 42).

Bei der ergänzenden Auslegung von Erbverträgen kommt es jedoch nicht allein auf den hypothetischen Willen des Erblassers an, sondern gemäß § 157 BGB auf den übereinstimmenden hypothetischen Willen beider Beteiligten bzw. Vertragspartner, auch dann, wenn nur ein Vertragsteil vertragsmäßig bindend verfügt hat (für gemeinschaftliches Testament KG OLGZ 1966, 506; BayObLGZ 1962, 142; für Erbvertrag BGH, FamRZ 1983, 380). In beiden Fällen ist von der übereinstimmenden Zielsetzung beider Beteiligten auszugehen (*Litzenburger*, a. a. O., Rdnr. 42a).

cc) Es mag unterstellt werden, dass die Partner des Erbvertrages bei Kenntnis der Entwicklung seinerzeit anders testiert, also nicht den gemeinsamen Sohn A uneingeschränkt als Erben eingesetzt hätten. Allein finden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, insbesondere keine Andeutung im Erbvertrag (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 23.8.2011, I-3 Wx 193/11, Beck-RS 2011, 23314) dahin, in welcher Weise der Erbvertrag angepasst oder eine andere Form der letztwilligen Verfügung gewählt worden wäre. Im Besonderen lässt sich der Wille der Erbvertragspartner nicht im Wege ergänzender Auslegung dahin fortschreiben, dass diese eine Gestaltung gewählt hätten, die der Erblasserin die Freiheit gewährt haben würde, zugunsten der Beteiligten wirksam – weil nicht durch letztwillige Verfügung gebunden – zu testieren. Dass die Erblasserin 48 Jahre später zugunsten der Beteiligten testiert hat, kann für den Willen bei Abfassung des Erbvertrages nicht einmal indiziell herangezogen werden.

(...)

Anmerkung:

1. Problemstellung

Der Sachverhalt, über den das OLG Düsseldorf hier entschieden hat, ist recht ungewöhnlich. Maßgeblicher Gegenstand eines Erbscheinsverfahrens aus dem Jahre 2011 ist die Reichweite der Bindungswirkung eines im Jahre 1940 geschlossenen Erbvertrages. Als die Ehegatten zu Beginn des Zweiten Weltkrieges ihren Erbvertrag schlossen, war neben dem neunjährigen gemeinsamen Kind noch ein erstehelicher Sohn der Ehefrau vorhanden, der 1945 – wahrscheinlich kriegsbedingt – zu Tode gekommen ist. Ein Jahr zuvor war bereits der Ehemann verstorben. Übrig blieben allein die Mutter und der gemeinsame geistig schwer behinderte Sohn. Im Jahre 1988 wollte die Ehefrau diesen Erbvertrag nun dadurch korrigieren, dass sie ihren Neffen und dessen Ehefrau, die sich offenbar um den behinderten Sohn kümmerten, zu Nacherben einsetzte. Es stellt sich dabei die Frage, ob für die Beteiligten die unerwarteten späteren Entwicklungen, insbesondere die geistige Entwicklung des gemeinsamen Sohnes, zu einer Überwindung der erbvertraglichen Bindungswirkung des Erbvertrages führen können.

2. Die Bindungswirkung des Erbvertrages

Richtig ist, dass – auch wenn der Erbvertrag dazu keine ausdrückliche Regelung enthielt – die Schlusserbeneinsetzung gemäß § 2278 Abs. 1 BGB erbvertraglich bindend vereinbart war:

Setzen Ehegatten sich gegenseitig zu Alleinerben und gemeinsame Kinder zu Schlusserben ein, dann entspricht es der Lebenserfahrung, dass beide eine erbvertragliche Bindung dieser Verfügung wünschen.¹ Dies entspricht auch der Auslegungsregel für die ähnlich gelagerte Frage der Wechselbezüglichkeit beim Ehegattentestament gemäß § 2270 Abs. 2 BGB. Dass die später vorgenommene Umwandlung der Stellung des Sohnes vom Vollerben in einen nicht befreiten Vorerben eine Beeinträchtigung seiner vertraglichen Position im Sinne des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB bedeutete, dürfte ebenfalls klar sein. Da es dabei um eine Beeinträchtigung von Rechten geht, kommt es auch nicht darauf an, ob der Sohn mangels eigener Testierfähigkeit durch die Nacherbeneinsetzung möglicherweise wirtschaftlich überhaupt nicht betroffen war.² Erst recht bleiben Entwicklungen nach dem Erbfall grundsätzlich unberücksichtigt, etwa dass der Erbe ohnehin keine lebzeitige Verfügung vornehmen wollte, die für einen Vorerben nach §§ 2113 ff. BGB nicht möglich wäre.

3. Ergänzende Vertragsauslegung

Allerdings hat das OLG Düsseldorf die Möglichkeiten einer ergänzenden Vertragsauslegung meines Erachtens etwas zu eng gesehen:

Der Erbvertrag enthielt, vorausgesetzt die spätere Testierfähigkeit des Sohnes war zum Zeitpunkt der Abfassung des Erbvertrages noch nicht absehbar, eine planwidrige Unvollständigkeit. Auch der Tod des anderen Sohnes stellt möglicherweise eine nicht erwartete Änderung der Verhältnisse dar, denn nach Ansicht des Senats war die Erbeinsetzung des überlebenden gemeinsamen Kindes nicht zuletzt deshalb vertragsmäßig, weil der Ehemann eine Gleichbehandlung mit dem einseitigen erstehelichen Kind der Ehefrau sicherstellen wollte. Da gerade dieser aber kurz nach dem Ehemann verstorben war, dürfte dieser Beweggrund für eine erbvertragliche Bindung weggefallen sein. Die Kumulation beider Entwicklungen hatten die Eheleute aber sicher nicht bedacht, so dass eine die ergänzende Auslegung rechtfertigende planwidrige Lücke des Erbvertrages angenommen werden muss. Dies unterstellt auch das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss, lässt eine ergänzende Auslegung aber dennoch scheitern: Zum einen könne ein hypothetischer Erblasserwille nicht festgestellt werden und außerdem sei auch keine Andeutung eines hypothetischen Erblasserwillens im Erbvertrag zu finden. Auch wenn der Beschluss beide Aspekte gemeinsam abhandelt, handelt es sich doch um zwei gesonderte Voraussetzungen der ergänzenden Auslegung.³ Lässt sich schon kein hypothetischer Erblasserwille ermitteln, hat es bei einer normalen Auslegung entsprechend dem Wortlaut der Verfügung sein Bewenden⁴ und auf eine formgerechte Andeutung des Willens im Erbvertrag kommt es gar nicht mehr an. Dem Gericht ist darin zu folgen, dass es bei der Feststellung des hypothetischen Willens auf den übereinstimmenden Willen beider Vertragspartner ankommt, da es sich um einen Erbvertrag

¹ MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl., § 2278 Rdnr. 5.

² MünchKommBGB/Musielak, § 2289 Rdnr. 10, 16.

³ MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 84 ff., 87.

⁴ OLG Hamm, FamRZ 1997, 121; MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 86.

handelt.⁵ Hierfür haben spätere Willensentschlüsse, hier etwa die Errichtung des Testaments der Erblasserin im Jahre 1988, grundsätzlich nur insoweit Bedeutung, als sie einen Schluss auf den hypothetischen Willen bei Errichtung des Erbvertrages gehabt haben können,⁶ was in Anbetracht der langen Zeitspanne kaum möglich sein dürfte. Bei der Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens kommt es entgegen der Meinung des OLG aber nicht darauf an, wie die Eheleute 1940 den Erbvertrag bei Kenntnis der weiteren Entwicklung inhaltlich modifiziert hätten. Vielmehr muss gefragt werden, ob sie dem Längerlebenden nicht mehr Freiheit zu späteren Abänderungen der Verfügung gegeben hätten, wenn sie gewusst hätten, dass bald nur noch der gemeinsame und zudem testierunfähige Sohn übrig bleiben würde. Dann hätten sie aber dem Längerlebenden zumindest erlaubt, den Sohn wirtschaftlich nicht beeinträchtigende und in seinem Interesse liegende Modifizierungen der Erbfolge vorzunehmen. Ein solcher Änderungsvorbehalt ist nach der ganz herrschenden Meinung zulässig.⁷ Die Einsetzung eines Nacherben hält sich bei einem testierunfähigen Erben, der ohnehin über das Ererbte nicht abweichend verfügen kann, in diesem Rahmen. Dadurch wird schließlich ein Schutz des Vermögensstamms des Erben beispielsweise vor dem Zugriff von Gläubigern (§ 2115 BGB) und eine Weiterleitung an solche Verwandte, die sich um den behinderten Sohn kümmern, ermöglicht.

4. Andeutungstheorie und ergänzende Auslegung

Allerdings ist der Änderungsvorbehalt Teil des Erbvertrages. Er muss daher in der für den Erbvertrag vorgeschriebenen Form vereinbart werden. Es genügt jedoch, wenn der Vorbehalt in irgendeiner Bestimmung des Erbvertrages wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck kommt, so dass ihm diese Bestimmung im Wege der Auslegung entnommen werden kann.⁸ In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen ist die Annahme eines Vorbehaltes häufig am Fehlen dieser Andeutung gescheitert.⁹ Die Besonderheit dieses Falles liegt aber darin, dass der Änderungsvorbehalt hier das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung aufgrund geänderter Verhältnisse ist. Die Rechtsprechung wendet zwar auch bei einer ergänzenden Auslegung von Verfügungen von Todes wegen grundsätzlich die Andeutungstheorie an, muss sie allerdings modifizieren. Denn die ergänzende Auslegung setzt gerade eine Lücke voraus. Eine Lücke kann aber schlechterdings keine formgerechte Erklärung sein.¹⁰ Nach der vom RG begründeten Rechtsprechung bezieht sich in diesen Fällen die Andeutung nur auf das angestrebte Ziel, das der Erblasser beim Testieren gehabt hat, für das er aber infolge der unrichtigen Bewertung der Verhältnisse die falschen Mittel gewählt hat.¹¹ Die Anforderungen an die Andeutung werden dadurch teilweise sehr reduziert.¹² Für den Willen der Erblasser, dem Längerlebenden größere Testierfreiheit zu geben, falls das

einseitige Kind stirbt und der einzig übrigbleibende Sohn testierunfähig ist, lässt sich auf diese Weise durchaus ein Anhaltspunkt finden. Denn dieser besteht bereits darin, dass beide Kinder – das Gemeinsame und das Ersteheliche – nebeneinander zu Erben benannt sind. In Anbetracht der minimalen Anforderungen der Gerichte an die Andeutung bei ergänzender Auslegung, halte ich eine solche Lösung durchaus für sachgerecht, um dem (mutmaßlichen) Erblasserwillen zum Durchbruch zu verhelfen.

5. Kautelarjuristische Aspekte

Der Fall gibt Anlass, darüber nachzudenken, wie nach dem Tod des Erstversterbenden gerade bei einem behinderten Kind die Bindung durch Erbvertrag oder Berliner Testament gemäß § 2271 Abs. 2, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB durchbrochen werden kann, um wenigstens für den Schlusserbfall beschränkende Anordnungen beispielsweise zum Schutz des Vermögens vor dem Zugriff eines Sozialhilfeträgers oder auch nur zur Vermeidung der gesetzlichen Erbfolge nach dem Tod des testierunfähigen Kindes ermöglichen zu können. Zu Lebzeiten der Mutter hätten die Beteiligten einen Zuwendungsverzichtsvertrag gemäß § 2352 BGB abschließen können, für den der Behinderte allerdings gemäß § 2352 Satz 3, § 2347 Abs. 2 BGB durch einen Betreuer vertreten werden müsste. Die notwendige betreuungsgerichtliche Genehmigung dürfte nach dem Urteil des BGH zum Pflichtteilsverzicht eines Behinderten vom 19.1.2011¹³ erteilt werden müssen.¹⁴ Dort hatte der BGH entschieden, dass ein Pflichtteilsverzicht des behinderten Kindes nicht sittenwidrig ist, jedenfalls sofern er mit einer Verfügung von Todes wegen verbunden ist, die ihm Vorteile zukommen lässt. Der Zuwendungsverzicht ermöglicht mit der Durchbrechung der Bindungswirkung des Erbvertrages erst eine Gestaltung mit beschränkenden Anordnungen im Sinne des klassischen Behindertentestaments und liegt daher genauso und unter den gleichen Voraussetzungen im Interesse des Kindes wie ein Pflichtteilsverzicht.

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

¹³ BGH, MittBayNot 2012, 138 m. Anm. *Spall*.

¹⁴ BGH, MittBayNot 2012, 138 ff.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. AktG § 71 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2, § 227 Abs. 1, § 237 Abs. 3 Nr. 2; HGB § 274 Abs. 2 Nr. 4 (*Registergerichtliche Prüfung bei der Anmeldung einer Kapitalherabsetzung*)

- 1. Die Anmeldung einer Kapitalherabsetzung aufgrund Ermächtigung der Hauptversammlung zum Erwerb und zur Einziehung eigener Aktien ist nur anhand § 71 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 und 3 AktG zu prüfen. Dagegen ist § 237 Abs. 3 AktG in diesem Fall nicht anwendbar.**
- 2. Auch eine Kapitalrücklage im Sinne von § 274 Abs. 2 Nr. 4 HGB ist eine Rücklage im Sinne von § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG.**

OLG München, Beschluss vom 8.5.2012, 31 Wx 155/12; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

In der außerordentlichen Hauptversammlung der beteiligten Aktiengesellschaft vom 15.3.2010 wurde zu TOP II. der Vorstand der Beteiligten einstimmig ermächtigt, bis zum 14.3.2015 mit Zustimmung des Aufsichtsrats eigene Aktien in einem Volumen von bis zu 10 % des zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bestehenden Grundkapitals

⁵ *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, Einl. zu §§ 2274 ff. Rdnr. 30.

⁶ MünchKommBGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 95.

⁷ BGHZ 26, 204; *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2278 Rdnr. 12 ff.; zusammenfassend *Keim*, ZEV 2005, 365 ff.; einschränkend MünchKommBGB/*Musielak*, § 2278 Rdnr. 18 ff.

⁸ BGHZ 26, 204, 210; BGHZ 108, 252, 254 = MittBayNot 1989, 319.

⁹ Z. B. BGHZ 26, 204, 211; BGHZ 108, 252, 254 = MittBayNot 1989, 319; OLG Köln, NJW-RR 1994, 651.

¹⁰ *Staudinger/Otte*, 2003, Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rdnr. 86.

¹¹ So schon RGZ 99, 82, 86; RGZ 134, 277, 280; BGHZ 22, 357, 362; kritisch *Muscheler*, Erbrecht, 2010, Rdnr. 1871 ff.

¹² Z. B. BayObLG ZEV 1995, 229, 231 = MittBayNot 1995, 58; NJW 1988, 2744, 2745; OLG Hamm, FamRZ 1976, 552.

zu erwerben und diese einzuziehen, ohne dass die Einziehung oder ihre Durchführung eines weiteren Hauptversammlungsbeschlusses bedürfe. Unter dem 12.3.2012 beschloss der Vorstand der Beteiligten, die in der Zeit zwischen dem 19.9.2011 bis 9.12.2011 erworbenen 1.477.061 Stückaktien einzuziehen und das Stammkapital der Beteiligten nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 6 AktG auf 88.522.939 € herabzusetzen. Der Aufsichtsrat der Beteiligten beschloss am 13.3.2012, die Satzung der Beteiligten im Punkt Grundkapital auf die vom Vorstand beschlossene Herabsetzung anzupassen.

Das AG wies den auf Eintragung der Kapitalherabsetzung gerichteten Antrag der Beteiligten am 30.3.2012 zurück, weil die Einziehung nach der Erklärung der Beteiligten nicht zulasten des Bilanzgewinns oder einer anderen Gewinnrücklage erfolgt sei. Der Begriff der „anderen Gewinnrücklagen“ des § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG umfasse „Kapitalrücklagen“ nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB nicht.

Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingelegte Beschwerde der Beteiligten. Sie macht geltend, dass eine Kapitalherabsetzung nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 6 AktG auch zulasten einer freien Kapitalrücklage im Sinne von § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB erfolgen könne. Die Vorschrift des § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG sei einerseits auf die hier nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG erfolgte Einziehung von Aktien nicht anwendbar, andererseits umfasse der Begriff der „anderen Gewinnrücklagen“ im Sinne von § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG entgegen der Auffassung des AG auch die freien Kapitalrücklagen im Sinne von § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB.

Das AG hat der Beschwerde und der Berufung auf den eindeutigen Wortlaut des § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat Erfolg, weil die Voraussetzungen für die Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister vorliegen.

1. Maßstab für die im Rahmen der Anmeldung nach § 227 Abs. 1 AktG durchzuführende materielle Prüfung, ob die Kapitalherabsetzung durch Einziehung ordnungsgemäß durchgeführt wurde, ist § 71 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 und 3 AktG, nicht aber § 237 Abs. 3 AktG.

Es besteht kein Anlass, auch die Einhaltung der Voraussetzungen des § 237 Abs. 3 AktG zu prüfen. Die Einziehung von Aktien kann gemäß § 237 Abs. 3 AktG in vereinfachter Form erfolgen. Dies setzt aber im Falle der nicht durch Satzung angeordneten Einziehung das Vorliegen eines Einziehungsbeschlusses voraus (vgl. dazu etwa *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1561). Im vorliegenden Falle war aufgrund des Beschlusses der außerordentlichen Hauptversammlung vom 15.3.2010 kein Einziehungsbeschluss mehr erforderlich, so dass der Privilegierungstatbestand des § 237 Abs. 3 AktG im vorliegenden Falle nicht anwendbar ist (vgl. etwa *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 237 Rdnr. 34a).

2. Die Voraussetzungen der Kapitalherabsetzung ergeben sich hier vielmehr abschließend aus § 71 AktG. Denn es liegt ein § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG entsprechender Hauptversammlungsbeschluss vor. Ebenso hat der Vorstand der Beteiligten an Eides statt versichert, dass der Erwerb und die Einziehung der Aktien zulasten einer freien Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB erfolgt sei.

Daraus ergibt sich, dass auch den Erfordernissen des § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG Genüge getan ist. Denn der Erwerb ist aus einer Rücklage erfolgt, die weder das Grundkapital noch eine nach Gesetz oder Satzung zu bildende Rücklage ist. Diese Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB gehört zu den frei verfügbaren Mitteln im Sinne von § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG. Denn dieser Posten unterliegt nach § 150 Abs. 2 und 3 AktG keinen Verwendungsbeschränkungen und kann daher entweder ausgeschüttet oder auch zur Vollfinanzierung von Aktienrückkäufen verwendet werden (vgl. *Bezenberger* in

K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 71 Rdnr. 54 Fußnote 147). Die Finanzierung des Rückkaufs kann nämlich aus freien Gewinnrücklagen und ähnlichen frei liquidierbaren Reserven erfolgen (vgl. *Merkt* in *Hopt/Wiedemann*, AktG, 4. Aufl. 2008, § 71 Rdnr. 313; siehe auch *MünchKommAktG/Oechsler*, 2. Aufl. 2003, § 71 Rdnr. 271). Dagegen teilt der Senat die nicht näher begründete Auffassung von *Lutter/Drygala* nicht, dass freie Rücklagen nur aus Gewinnrücklagen nach § 272 Abs. 3 HGB gebildet werden könnten (vgl. *Lutter/Drygala* in *KölnerKommAktG*, 3. Aufl., Bearb. Okt. 2009, § 71 Rdnr. 216). Insoweit heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs vom 30. 07. 2008 zum Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts – BilMoG –, dass die bisherige begriffliche Beschränkung auf „Gewinnrücklagen im Sinn des § 266 Abs. 3 A. III. 4. HGB“ zu eng angelegt sei. In der Praxis sei es nahezu einhellige Auffassung, dass beispielsweise auch mit den frei verfügbaren Kapitalrücklagen (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) verrechnet werden dürfe und zwar gleichrangig im Verhältnis zu den „Gewinnrücklagen im Sinn des § 266 Abs. 3 A. III. 4. HGB“. Dies werde nunmehr ausdrücklich gesetzlich verankert. Eine Ausschüttung gebundenen Vermögens sei auch auf der Grundlage dieser Formulierung nicht möglich. (BT-Drs. 16/10067, S. 66). Mit der geänderten Formulierung von § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG sei sichergestellt, dass der Rückkauf eigener Aktien nur aus dem ausschüttungsfähigen Vermögen erfolge. Dies sei dann der Fall, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbs in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb (hypothetisch) eine Rücklage bilden könnte, ohne dadurch das Grundkapital oder eine nach Gesetz oder Satzung zu bildende Rücklage zu vermindern, die nicht zur Zahlung an die Aktionäre verwandt werden dürfe (a. a. O., S. 101). Vor diesem Hintergrund gibt auch die mit dem BilMoG nicht geänderte Formulierung von § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG zu einer anderen Auslegung des mit diesem Gesetz geänderten § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG keinen Anlass. Insoweit ist die beabsichtigte Rechtsänderung in § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG wohl wesentlich nicht nachvollzogen worden (so *Spindler/Stilz/Marsch-Barner*, 2. Aufl. 2010, Rdnr. 31 m. w. N.).

3. Da nach den vorgelegten Eintragungsunterlagen die Förmlichkeiten der Kapitalherabsetzung gewahrt sind (vgl. dazu *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1541), ist die Eintragung der angemeldeten Kapitalherabsetzung zu vollziehen.

11. BeurkG § 13, GmbHG § 15 Abs. 3, 4 (*Formwirksame Anteilsabtretung trotz Verstößes gegen § 13 BeurkG*)

Der Formwirksamkeit einer Abtretung eines Gesellschaftsanteils nach § 15 Abs. 3 GmbHG steht nicht entgegen, dass das in derselben Urkunde enthaltene Verpflichtungsgeschäft wegen Verstößes gegen § 13 BeurkG unwirksam ist.

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.2.2012, 11 U 97/11

Die Parteien streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren darum, ob die Beklagte Gesellschafterin der A GmbH (im Folgenden: A) ist.

Ursprünglich waren die beiden Kläger alleinige Gesellschafter der A sowie einiger Schwestergesellschaften. Der Kläger zu 2 war zusammen mit einem Herrn B Geschäftsführer der GmbH. Nachdem die Unternehmensgruppe C in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war, wurden mit den Gläubigerbanken Sanierungspläne erarbeitet, in denen unter anderem vorgesehen war, die Geschäftsanteile an der A an einen Treuhänder zu übertragen.

In der Folge übertrugen die Kläger im Rahmen des notariellen Auftrags- und Treuhandvertrages zum Zwecke der Sanierung der C-Gruppe vom 23.10.2010 ihre (insgesamt drei) Geschäftsanteile an

der A an die Beklagte, wobei diese die Geschäftsanteile treuhänderisch für die Gläubigerbanken halten sollte.

Die Kläger halten diese Übertragung aus verschiedenen Gründen für unwirksam und haben beantragt, im Wege der einstweiligen Verfügung zu ihren Gunsten einen Widerspruch gegen die die Beklagte als Gesellschafterin ausweisende Gesellschafterliste eintragen zu lassen. (...)

Das LG hat nach mündlicher Verhandlung eine einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Übertragung der Geschäftsanteile sei unwirksam. Die Beurkundung sei unter Verstoß gegen § 13 BeurkG erfolgt, weil der Notar das als Anlage 5 dem Vertrag beigefügte Sanierungskonzept nicht vorgelesen habe. Der Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3, 4 GmbHG i. V. m. § 125 Satz 1 BGB unterlägen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Vertragsparteien in untrennbarem Zusammenhang mit der Abtretung der Geschäftsanteile stünden. Hiernach habe auch das Sanierungskonzept Teil an der Beurkundungspflicht, weil die Treuhandabrede und die Bedingungen, unter denen eine Verwertung des Treuguts erfolgen durfte, untrennbar mit der Abtretung der Geschäftsanteile verbunden sei. Auf eine Verlesung habe daher auch nicht nach § 14 BeurkG wirksam verzichtet werden können.

Der Verfügungsgrund folge aus der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten; einer Glaubhaftmachung einer Rechtsgefährdung bedürfe es nicht.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 11.7.2011 zugestellte Urteil am 29.7.2011 Berufung eingelegt und diese innerhalb verlängerter Frist am 11.10.2011 begründet.

Sie rügt, die besonderen Hintergründe hätten einer Bewertung im Lichte des § 242 BGB bedürft. Danach sei eine Aufnahme der Kläger in die Gesellschafterliste nicht gerechtfertigt, wenn nicht zuvor eine Rückzahlung des Sanierungskredites erfolge.

Im Übrigen habe das LG verkannt, dass der umfassende Formzwang lediglich das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft betreffe (§ 15 Abs. 4 GmbHG). Zur Wirksamkeit des dinglichen Vertrages (§ 15 Abs. 3 GmbHG) sei jedoch die Beurkundung lediglich der Abtretungsvereinbarung erforderlich. Diese sei hier unter Teil B § 1 Ziffer 1.2 des Vertrages erfolgt. Durch diese dingliche Erfüllung sei die Formunwirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG geheilt worden.

Im Übrigen sei die Übertragung der Geschäftsanteile auf den Treuhänder Voraussetzung für die Auszahlung des Sanierungskredites gewesen. Mit diesem Sicherungszweck sei es nicht vereinbar, die Wirksamkeit der dinglichen Übertragung von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes abhängig zu machen.

Die Frage der Heilung des Verpflichtungsgeschäftes könne im Übrigen offen bleiben, da die Gesellschafterliste nur dann unrichtig sei, wenn auch die dingliche Übertragung unwirksam war. Dies sei deshalb nicht der Fall, weil insoweit die Beurkundung von Angebot und Annahme ausreichend sei und eine etwaige Unwirksamkeit des in derselben Urkunde enthaltenen Verpflichtungsgeschäftes keine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Erfüllungsvertrages habe. (...)

Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil. Sie halten bereits die dingliche Anteilsübertragung als solche für unwirksam, so dass sich die Frage einer Heilung der formunwirksamen schuldrechtlichen Vereinbarung nicht stelle. Auch die Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3 GmbHG erfasse ebenfalls die Nebenabreden. Im Übrigen sei aufgrund der Nichtverlesung der Anlage 5 die gesamte notarielle Urkunde wegen Verstoßes gegen § 13 BeurkG insgesamt unwirksam, also auch die Anteilsübertragung.

Im Übrigen wiederholen die Kläger ihren erstinstanzlichen Vortrag, wonach der ganze Vertrag sittenwidrig und außerdem wegen Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz unwirksam sei.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg.

Die Geschäftsanteile der Kläger an der A sind mit dem notariellen Vertrag vom 23.12.2010 wirksam an die Beklagte abgetreten worden.

1. Die Abtretung ist formwirksam.

Nach § 15 Abs. 3 GmbHG bedarf es zur Abtretung von Geschäftsanteilen eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages. Dieser Formvorschrift ist durch den notariellen Vertrag vom 23.10.2010, in dessen Teil B § 1 Abs. 1.2 die Abtretungserklärungen enthalten sind, Genüge geleistet.

a) Die Formwirksamkeit der Abtretung ist nicht davon abhängig, ob bei der Beurkundung die Anlage 2, in der die abzutretenden Geschäftsanteile aufgelistet sind, verlesen worden war, worüber zwischen den Parteien Streit besteht.

Voraussetzung einer wirksamen Abtretung ist, dass der konkret zu übertragende Geschäftsanteil identifizierbar bezeichnet ist (MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 56; OLG Düsseldorf, MDR 1978, 668; BGH, ZIP 2010, 1446). Nach dem Wortlaut der Übertragungsklausel „Die Treugeber treten hiermit die ihnen gemäß Anlage 2 Ziffer 1, 2 und 3 gehörenden Geschäfts- und Kommanditanteile ... an die Treuhänderin ab ...“ erscheint zwar der Inhalt der Anlage 2 zur Bestimmung des Abtretungsgegenstandes zwingend erforderlich. Allerdings ist bereits in Teil A § 2 Abs. 2.1 der Vertragsurkunde selbst ausgeführt: Die Treugeber sind entsprechend Anlage 2 Inhaber sämtlicher Geschäftsanteile an der A mit einem Stammkapital i. H. v. 25.564,59 € (50.000 DM) ... Aus dieser Formulierung in Verbindung mit der Übertragungsklausel Teil B § 1 Abs. 1.2 ergibt sich nach Auffassung des Senats bereits mit hinreichender Deutlichkeit, dass Gegenstand der Abtretung sämtliche Geschäftsanteile der A sind, so dass es zur Identifizierung der abgetretenen Anteile eines Rückgriffs auf die Anlage 2 nicht bedarf.

b) Die Nichtverlesung der Anlage 5 (Sanierungskonzept) hindert die Wirksamkeit des dinglichen Übertragungsgeschäftes nicht.

aa) Zwar sind auch im Rahmen des § 15 Abs. 3 GmbHG Nebenabreden, z. B. über Befristungen oder Bedingungen, grundsätzlich ebenfalls formbedürftig (Scholz/Winter/Seibt, GmbHG, 10. Aufl., § 15 Rdnr. 89). Im Hinblick auf das Abstraktionsprinzip gilt dies aber nur für solche Nebenabreden, die sich auf das dingliche Geschäft beziehen, also etwa Bedingungen der Abtretung. Die in dem nicht verlesenen Sanierungskonzept enthaltenen Regelungen beziehen sich aber nur auf den schuldrechtlichen Vertrag; sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der Treuhänder zur Verwertung oder zur Rückübertragung der Anteile berechtigt bzw. verpflichtet ist (vgl. Teil B § 7, Teil C § 1.4). Die Wirkung des dinglichen Übertragungsaktes ist hiervon unabhängig.

Aus der klägerseits mit Schriftsatz vom 13.12.2011 für eine vermeintlich gegenteilige Rechtsauffassung zitierten Rechtsprechung und Literatur zu § 15 GmbHG ergibt sich nichts anderes:

In der Entscheidung BGH, DSr 2000, 1272, wird lediglich festgestellt, die Formvorschrift des § 15 Abs. 3 umfasse auch Nebenabreden, ohne dass dies näher konkretisiert würde. Die Entscheidung BGH, ZIP 1996, 1901 = NJW 96, 3338, zitiert lediglich den Normzweck des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG, wobei im konkreten Fall kein Formverstoß angenommen wurde. Der Beschluss BGH, ZIP 2010, 1446, betrifft das Bestimmtheits-erfordernis einer Abtretung – die Relevanz für die hier interessierende Frage ist nicht ersichtlich. Der zitierte Leitsatz OLG Düsseldorf, MDR 1978, 668, betrifft primär das Verpflichtungsgeschäft. Das Ende des ersten Leitsatzes „Eine unvollständige Beurkundung führt im Zweifel zur Nichtigkeit auch der Abtretung“ ergibt sich aus den Gründen nicht. Die Abtretung war dort vielmehr deshalb ihrerseits unwirksam, weil der Gegenstand der Abtretung nicht genau bezeichnet gewesen sei.

Nach *Reicher/Weller* (MünchKommGmbHG, § 15 Rdnr. 56) sind auch (nicht obligatorische) Nebenabreden ... formbedürftig, wie etwa eine dinglich wirkende Abtretungsbedingung oder -befristung. Damit völlig übereinstimmend erstreckt sich auch nach *Bayer (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. § 15 Rdnr. 31)* das Formerfordernis auch auf (nicht allein schuldrechtlich wirkende) Nebenabreden, wie z. B. eine dinglich wirkende Abtretungsbedingung bzw. -befristung. Auch nach *H. Winter/Seibt (Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 15 Rdnr. 89)* bezieht sich der Formzwang des § 15 Abs. 3 GmbHG auf Nebenabreden der Abtretung, die gerade von solchen des Verpflichtungsgeschäfts zu unterscheiden sind. Die klägerseits weiter angeführten Fundstellen Rdnr. 106 im Münchener Kommentar, Rdnr. 49 bei *Lutter/Hommelhoff* und Rdnr. 66 bei *Scholz* beziehen sich jeweils auf das Verpflichtungsgeschäft.

Vorliegend handelt es sich, wie dargelegt, bei den Bestimmungen des Sanierungskonzeptes gerade nicht um dinglich wirkende, sondern nur um schuldrechtliche Bedingungen, so dass ihre Verlesung nur zur Einhaltung der Formvorschriften für das Verpflichtungsgeschäft nach § 15 Abs. 4, nicht aber für das Verfügungsgeschäft nach § 15 Abs. 3 GmbHG erforderlich waren.

cc) Der Einwand der Kläger, im Hinblick auf die fehlende Verlesung der Anlage 5 sei die gesamte Urkunde wegen Verstoßes gegen § 13 BeurkG unwirksam, verkennt, dass in der Urkunde gerade mehrere Rechtsgeschäfte/Willenserklärungen enthalten sind, deren Wirksamkeit grundsätzlich zunächst getrennt zu prüfen ist. Eine Verknüpfung erfolgt allenfalls über den Auslegungsgrundsatz des § 139 BGB (siehe dazu unter 2).

Dass zu einer wirksamen Beurkundung die Einhaltung der Vorschriften der §§ 9 ff. BeurkG erforderlich ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Allerdings macht ein Verstoß gegen zwingende Vorschriften, wie beispielsweise die Verlesungspflicht des § 13 BeurkG, nicht etwa die Urkunde unwirksam, sondern das in dieser Urkunde enthaltene Rechtsgeschäft, soweit es der notariellen Beurkundung bedarf. Dass danach sogar nur Teile eines einzigen Rechtsgeschäftes formell unwirksam sein können, wird in der Literatur als selbstverständlich vorausgesetzt, soweit nicht das gesamte Rechtsgeschäft nach § 125 BGB der Beurkundung bedarf, wie etwa im Falle des § 311b BGB oder § 15 Abs. 4 GmbHG (vgl. *Winkler, BeurkG, 16. Aufl., § 9 Rdnr. 66 f.*). Ob eine Gesamtnichtigkeit eintritt (sei es des konkret betroffenen Rechtsgeschäfts, sei es aller in der Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäfte), ist nach dem Auslegungsgrundsatz des § 139 BGB zu beurteilen (*Winkler, § 13 Rdnr. 25a; Eylmann/Vaasen, 3. Aufl., § 9 BeurkG Rdnr. 25; Mihm, NJW 1997, 3121, 3125 f.*).

2) Die Abtretung ist auch nicht nach § 139 BGB unwirksam, weil andere in engem Zusammenhang stehende Rechtsgeschäfte unwirksam wären.

a) Eine bloße Formunwirksamkeit des der Abtretung zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäftes nach § 15 Abs. 4 GmbHG führt nicht über § 139 BGB zur Unwirksamkeit auch des Verfügungsgeschäftes, weil nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG das formunwirksame Verpflichtungsgeschäft seinerseits gerade durch das wirksame Verfügungsgeschäft geheilt wird. Das gilt nach ganz herrschender Meinung ohne Weiteres auch dann, wenn beide Geschäfte in einer Urkunde enthalten sind (BGH, NJW 1983, 1843; *Scholz/Winter/Seibt, a. a. O., § 15 Rdnr. 90; MünchKommGmbHG/Reichert/Wellert, 2010, § 15 Rdnr. 23; Winter/Löbbe, GmbHG, § 15 Rdnr. 132; Michalski/Ebbing, Kommentar zum GmbHG, § 15 Rdnr. 103 a. E.; Goette, Die GmbH, 2. Aufl., § 5 II Rdnr. 12).*

b) Eine Nichtigkeit (auch) der Abtretung über § 139 BGB käme allerdings dann in Betracht, wenn der gesamte Treuhandvertrag, wie erstinstanzlich geltend gemacht, nach § 138 BGB unwirksam wäre. Hiervon ist jedoch nach dem Klägervertrag nicht auszugehen.

Die Kläger sind der Auffassung, der Vertrag vom 23.12.2010 stelle im Hinblick auf die uneingeschränkten Rechte des Treuhänders eine solch weitgehende Bindung für sie dar, dass sie einer Aufgabe der eigenen freien Selbstbestimmung gleich komme und deshalb mit den Grundwerten unserer Rechtsordnung nicht zu vereinbaren sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Der klägerseits zur Stützung ihrer Rechtsansicht zitierten Entscheidung des BGH vom 2.7.1965 lag die völlig anders gelagerte Fallkonstellation zugrunde, dass die Ausübung von Gesellschafterrechten an einer OHG auf Lebenszeit an einen Treuhänder übertragen worden war. Demgegenüber geht es vorliegend um die Übertragung von GmbH-Anteilen. Insbesondere aber dient der streitgegenständliche Treuhandvertrag lediglich der Umsetzung von bereits zuvor von den Klägern mit den Gläubigerbanken geschlossenen Vereinbarungen. Nach diesen Vereinbarungen war der Abschluss des Treuhandvertrages und insbesondere die Abtretung der – ohnehin bereits an die Banken verpfändeten – Geschäftsanteile an die Beklagte Bedingung dafür, dass die Gläubigerbanken bereit waren, einen neuen Kredit von 1,8 Mio. zur Verfügung zu stellen. Eine Sittenwidrigkeit vermag der Senat hierin auch nicht ansatzweise zu erkennen.

c) Auch ein Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz liegt nicht vor.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (zur Vorläuferregelung im RBERG) ist bei der Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubispflichtiger Rechtsbesorgung auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, weil eine Besorgung fremder Geschäfte außer mit wirtschaftlichen Belangen vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist. Maßgeblich ist, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt, oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (zuletzt etwa BGH, Urteil vom 11.10.2011, XI ZR 415/10, MDR 2011, 2218; Urteil vom 30.6.2009, XI ZR 291/08 – zitiert nach juris).

Ein Schwerpunkt der rechtsberatenden Tätigkeit bei Treuhandverträgen wurde danach beispielsweise angenommen, wenn der Treuhänder ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts besorgen sollte.

Der Argumentation der Kläger, der vorliegende Vertrag sei bereits deshalb ausschließlich rechtlicher Natur, weil der Beklagten die Rechtsstellung eines Gesellschafters eingeräumt werde und sämtliche Handlungen eines Gesellschafters rechtlichen Charakter hätten, kann nicht gefolgt werden. In diesem Sinne ist im Wirtschaftsleben kaum ein Handeln ohne rechtlichen Charakter vorstellbar. Ziel ist nach der Präambel des Vertrages, „die Gesellschaften nach Maßgabe des Sanierungsplanes ... zu verwalten“; bei Eintritt bestimmter Bedingungen soll am Ende ein Verwertungsprozess stehen. Danach liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit des Treuhänders klar auf wirtschaftlichem Gebiet. Dass im Falle des Scheiterns der Sanierungsbemühungen und nach erfolgreicher Suche nach einem Investor als letzter Schritt das Aushandeln eines Kaufvertrages erforderlich werden könnte, macht nicht den gesamten Treuhandvertrag zu einer rechtlichen Angelegenheit.

Der Berufung war daher stattzugeben.

(...)

Anmerkung:

Der Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. ist in der Begründung wie im Ergebnis voll zuzustimmen.

Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 bzw. § 15 Abs. 3 GmbHG bedürfen sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als auch die dingliche Abtretung eines Geschäftsanteils der notariellen Beurkundung. Müssen diese Erklärungen notariell beurkundet werden, so sind nicht nur die Hauptpflicht, sondern auch alle Nebenabreden, die nach dem Willen der Beteiligten Bestandteil der Vereinbarung über die Verpflichtung zur Abtretung sein sollen, zu beurkunden.¹ Dazu gibt § 9 BeurkG den Beteiligten zwei Möglichkeiten, ihre Willenserklärungen in den Beurkundungsvorgang einzuführen: Sie können nach Abs. 1 Nr. 2 ihren Willen in Form von „Erklärungen“ darlegen oder auf ein Schriftstück „verweisen“ (Abs. 1 Satz 2), wie im vorliegenden Fall, in dem dem Verpflichtungsvertrag als Anlage 5 ein Sanierungskonzept beigelegt war. Die Verweisung führt dazu, dass die in dem Schriftstück enthaltenen Erklärungen ebenso beurkundet sind wie die nach Abs. 1 Nr. 2 abgegebenen Erklärungen; die Verweisung ersetzt eine Wiedergabe in der Niederschrift selbst. Sämtliche Verfahrensvorschriften und Amtspflichten des Notars gelten in gleicher Weise für die Anlage wie für das eigentliche Protokoll, soweit nicht eine der Ausnahmenvorschriften der §§ 13a, 14, 23 BeurkG eingreift;² auch die Anlage muss daher vorgelesen werden (§ 13 Abs. 1 BeurkG), es muss über sie belehrt werden (§ 17 BeurkG) usw.

Werden für ein Schriftstück im Sinne des § 9 BeurkG die verfahrensrechtlich zwingenden Voraussetzungen nicht erfüllt, weil es z. B. wie vorliegend nicht vorgelesen wurde, so ist es nicht wirksam beurkundet und die Beurkundung dieses Teils formell nichtig. Es nimmt an der Eigenschaft der öffentlichen Urkunde nicht teil, so dass die Beurkundung insoweit unwirksam ist.³ Ob die formelle Nichtigkeit auch die Ungültigkeit der beurkundeten Willenserklärung zur Folge hat, richtet sich nach *materiellem* Recht. Dabei ist Nichtigkeit stets gegeben, wie das OLG zutreffend ausführt, wenn notarielle Beurkundung vorschrieben ist (§ 125 BGB), da *sämtliche* Teile eines Rechtsgeschäfts der Form unterliegen. Wird also z. B. bei einem Grundstückskauf auf eine beigelegte Baubeschreibung verwiesen, so verletzt deren Nichtverlesung die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB mit der Folge der Nichtigkeit des ganzen Kaufvertrags.⁴ Genauso führt die Nichtverlesung des Sanierungskonzepts im vorliegenden Fall zur Verletzung des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG und damit zur Nichtigkeit des gesamten Verpflichtungsgeschäfts.

Steht die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrags fest, ist damit noch nicht automatisch die Gesamtnichtigkeit aller in einer Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäfte gegeben, im vorliegenden Fall also der dinglichen Abtretung (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Dies ist vielmehr nach dem Auslegungsgrundsatz des § 139 BGB zu beurteilen. Aufgrund des unser Recht beherrschenden Abstraktionsprinzips handelt es sich dabei um zwei selbständige, voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte, die aber durch den Parteiwillen miteinander verbunden werden können. Zwar führt die Teilnichtigkeit grundsätzlich zur Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts, wenn

nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.⁵ Wie das OLG zu Recht betont, führt aber die bloße Formunwirksamkeit des der Abtretung zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts (§ 15 Abs. 4 GmbHG) nicht über § 139 BGB zur Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts, weil nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG das formunwirksame Verpflichtungsgeschäft gerade durch das wirksame Verfügungsgeschäft geheilt wird. Die Heilungsmöglichkeit besteht auch in dem Fall, dass die Auslegung zu einem Ergebnis führt, das keinen Niederschlag in der Urkunde gefunden hat.⁶ Es ist hier ähnlich wie bei Grundstücksgeschäften, bei denen nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB ein ohne Beachtung der notariellen Form geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig wird, wenn die Auflassung und die Eintragung im Grundbuch erfolgen.

Dies gilt auch dann, wenn beide Geschäfte in *einer* Urkunde enthalten sind, was in der Praxis die Regel ist.⁷ Wollte man anders entscheiden, wofür hier kein Grund ersichtlich ist, würde dies zu einer abstrusen Folge führen: Wird nämlich der schuldrechtliche Vertrag überhaupt nicht beurkundet, was in der Praxis nicht selten der Fall ist, etwa um den Notar über die Höhe der Gegenleistung im unklaren zu lassen, führt § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG dazu, dass eine mündliche oder privatschriftliche Verpflichtungsvereinbarung geheilt wird. Wird aber der schuldrechtliche Vertrag beurkundet, wenn auch fehlerhaft, wäre es abwegig, wegen § 139 BGB anders zu entscheiden; vielmehr muss hier eine Heilung selbstverständlich erst recht eintreten. Etwas anderes kann nur gelten, wenn Nichtigkeitsgründe auch die Abtretung selbst erfassen, etwa § 138 BGB, oder die Abtretung ausdrücklich unter Bedingungen oder Verknüpfungen vereinbart wird.

Bei einem Verstoß gegen das Beurkundungsgesetz verletzt der Notar seine Amtspflichten und ihm drohen aufsichtliche Maßnahmen. Der Notar sollte daher immer darauf hinwirken, dass auch das schuldrechtliche Geschäft vollständig mitbeurkundet wird; denn die beste Heilungsvorschrift nützt nichts, wenn das heilende Rechtsgeschäft aus irgendeinem Grund – z. B. fehlende Beschlussfassung oder Genehmigung – unwirksam ist. Denn § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG bewirkt nicht die Heilung eines unwirksamen Verfügungsgeschäfts.⁸ Gerade im Gesellschaftsrecht kann das verheerende Folgen haben; etwa wenn sich noch nach Jahren herausstellt, dass eine Abtretung unwirksam war und damit Gesellschafterbeschlüsse von falschen Personen gefasst wurden und damit unwirksam sind. Es geht hier um die Rechtssicherheit über längere Zeiträume.⁹ Dies war mit ein Grund für die Neuregelung der Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) und der sich an sie knüpfenden Gutgläubensschutzwirkungen (§ 16 Abs. 3 GmbHG) durch das MoMiG vom 23.10.2008.¹⁰

Notar a. D. Prof. Dr. Karl Winkler, München

¹ BGH, NJW 2002, 142; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 15 Rdnr. 49; Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 15 Rdnr. 72; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 15 Rdnr. 17.

² Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2012, § 9 Rdnr. 15; Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 9 Rdnr. 55.

³ Grziwotz/Heinemann, § 9 Rdnr. 30; Wicke, § 15 Rdnr. 12; Winkler, § 9 Rdnr. 66.

⁴ Lerch, BeurkG, 4. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 20; Winkler, § 9 Rdnr. 67.

⁵ Winkler, § 13 Rdnr. 25a.

⁶ BGH, ZIP, 2000, 1007, 1009 f.; Roth/Altmeppen, § 15 Rdnr. 82.

⁷ BGH, GmbHR 1993, 106 = MittBayNot 1992, 407; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 36; Roth/Altmeppen, § 15 Rdnr. 81; Wicke, § 15 Rdnr. 12.

⁸ KG, GmbHR 1997, 603, 605; Roth/Altmeppen, § 15 Rdnr. 82.

⁹ RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

¹⁰ Vgl. Roth/Altmeppen, § 16 Rdnr. 50 ff., § 40 Rdnr. 3.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. BGB §§ 1191, 1178 Abs. 1, § 1192 (*Verzicht des nicht vollstreckenden Gläubigers auf Geltendmachung nicht angefallener Grundschuldzinsen*)

Der die Zwangsversteigerung nicht betreibende Grundschuldgläubiger ist nicht aufgrund des durch die Sicherungsabrede begründeten Treuhandverhältnisses mit dem Schuldner verpflichtet, nicht angefallene Grundschuldzinsen in dem Zwangsversteigerungsverfahren geltend zu machen.

BGH, Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist Treuhänder (§§ 292, 313 InsO) in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des P O (Schuldner). Dieser schloss im Jahr 1997 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Darlehensvertrag über 110.000 DM und bestellte ihr zur Sicherung der Rückzahlung des Darlehens eine brieflose Grundschuld über 110.000 DM nebst 15 % Zinsen an seinem Grundstück. In den Darlehensbedingungen heißt es unter anderem:

„Die Bank ist nicht verpflichtet, im Zwangsvollstreckungsverfahren einen Grundschuldbetrag geltend zu machen, der über ihre persönlichen Forderungen hinausgeht ...“

Das Grundpfandrecht wurde an erster Rangstelle in das Grundbuch eingetragen. Die Beklagte kündigte das Darlehen wegen Zahlungsrückstands am 26.8.2008.

Der zweitrangige Grundschuldgläubiger beantragte die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Mit Schreiben vom 11.9.2008 verzichtete die Beklagte gegenüber dem Versteigerungsgericht auf die Geltendmachung dinglicher Zinsen. Im September 2008 erhielt der Meistbietende den Zuschlag mit der Maßgabe, dass die für die Beklagte in dem Grundbuch eingetragene Grundschuld bestehen blieb. Später einigte sich die Beklagte mit dem Ersteher, gegen Zahlung von 54.674,31 € die Löschung der Grundschuld zu bewilligen. Sie erhielt von dem Ersteher 57.390,67 €, nämlich zusätzlich zu dem Grundschuldkapital die Grundschuldzinsen für die Zeit ab dem Zuschlag bis zur Zahlung der Ablössungssumme. Einen die persönliche Forderung übersteigenden Betrag von 3.744,99 € zahlte die Beklagte an den Gläubiger, der die Zwangsversteigerung betrieben hatte. Die Löschung der Grundschuld wurde am 20.11.2008 in das Grundbuch eingetragen.

Der Kläger hat von der Beklagten wegen deren Verzichts auf die Geltendmachung der Grundschuldzinsen in der Zwangsversteigerung (zuletzt) die Zahlung von 34.105,84 € nebst Zinsen als Schadensersatz verlangt. Das LG hat der Klage i. H. v. 3.744,99 € nebst Zinsen stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der – von dem Senat zugelassenen – Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, will der Kläger die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht erreichen.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat es offen gelassen, ob die Beklagte aus der der Grundschuld zugrundeliegenden Sicherungsabrede zur Geltendmachung der für die Tilgung der persönlichen Forderung gegen den Schuldner nicht benötigten Zinsen, die bis zur Erteilung des Zuschlags aufgelaufen waren, verpflichtet war. Nach seiner Auffassung bestand diese Verpflichtung jedenfalls deshalb nicht, weil sie in der Sicherungsabrede wirksam abbedungen worden sei. Eine Pflicht zur Unterrichtung des Klägers, die rückständigen dinglichen Zinsen nicht geltend machen zu wollen, habe die Beklagte nicht verletzt; außerdem habe die unterbliebene Information zu keinem Schaden des Klägers geführt. Im Übrigen sei dem Kläger dadurch, dass die Beklagte die Grundschuldzinsen ge-

genüber dem Ersteher nicht geltend gemacht habe, ebenfalls kein Schaden entstanden. Schließlich wären, wenn die Beklagte die Grundschuldzinsen in dem Versteigerungsverfahren angemeldet hätte, diese aufgrund des Löschanpruchs des nachrangigen Gläubigers an diesen zu verteilen gewesen, so dass es wiederum an einem Schaden des Klägers fehle.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Beklagte hat sich, indem sie auf die Geltendmachung der Grundschuldzinsen in der Zwangsversteigerung verzichtet hat, nicht nach § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig gemacht.

1. Die Beklagte hat nicht gegen den der Grundschuldbestellung zugrundeliegenden Sicherungsvertrag verstoßen.

a) Der Senat hat die Frage, ob der Gläubiger einer nicht (mehr) voll valutierenden Grundschuld die zur Tilgung der gesicherten Schuld nicht benötigten Grundschuldzinsen zugunsten des Sicherungsgebers geltend machen muss, bislang lediglich im Hinblick auf solche Zinsen entschieden, die zwischen dem Zuschlag und einer späteren Ablösung des Grundpfandrechts durch den Ersteher entstanden sind. Für diesen Fall hat er eine aus dem Sicherungsvertrag resultierende Pflicht des Grundschuldgläubigers, die dinglichen Zinsen von dem Ersteher einzufordern, verneint (Urteil vom 4.2.2011, V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 = NJW 2011, 1500, 1501 Rdnr. 11 ff., mit Anm. *Volmer*). Davon zu unterscheiden ist der – hier gegebene – Fall, dass der Gläubiger bereits in dem Zwangsversteigerungsverfahren auf die Geltendmachung von (rückständigen und laufenden, vgl. § 13 Abs. 1 ZVG) Grundschuldzinsen verzichtet. Ob er hierzu berechtigt ist, hat der Senat bislang offen gelassen (vgl. Urteile vom 27.2.1981, V ZR 9/80, NJW 1981, 1505, 1506, und vom 4.2.2011, V ZR 132/10, a. a. O., Rdnr. 9 f.).

b) In Rechtsprechung und Schrifttum werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten.

aa) Nach einer Ansicht soll der Grundschuldgläubiger aufgrund der Sicherungsabrede verpflichtet sein, die Grundschuld im Verwertungsfall vollständig zu realisieren und einen eventuellen Übererlös an den (bisherigen) Eigentümer (= Sicherungsgeber) auszukehren (OLG München, WM 2010, 1459, 1461; NK-BGB/*Krause*, 2. Aufl., § 1191 Rdnr. 126; *Soergel/Konzen*, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rdnr. 59; *Staudinger/Wolfsteiner*, 2009, Vorbemerkung zu §§ 1191 ff. Rdnr. 124; *Pleyer* in FS Hübner, 1984, S. 655, 663; *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rdnr. 593; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band III, 1970, S. 519; *Storz/Kiderlen*, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, 11. Aufl., S. 453; *Stockmayer*, Die Grundschuld als Kreditsicherungsmittel, S. 46, 83; *Clemente/Lenk*, ZfIR 2002, 337, 340; *Eckelt*, WM 1980, 454, 455; *Kolbenschlag*, WM 1958, 1434; *Räbel*, NJW 1953, 1247, 1248).

bb) Nach anderer Ansicht muss der Grundschuldgläubiger zwar das Grundschuldkapital in voller Höhe anmelden; rückständige und laufende Grundschuldzinsen seien hiervon jedoch ausgenommen, weil der Eigentümer diese nach § 1197 Abs. 2 BGB nicht für sich beanspruchen könne (OLG München, NJW 1980, 1051, 1052 mit zust. Anm. *Vollkommer*; OLG Köln, ZIP 1980, 112, 113; OLG Hamm, OLGZ 1992, 376, 378; MünchKommBGB/*Eickmann*, 5. Aufl., § 1191 Rdnr. 150; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 1191 Rdnr. 32; *Böttcher*, ZVG, 5. Aufl., § 114 Rdnr. 57; *Steiner/Teufel*, ZVG, 9. Aufl., § 114 Rdnr. 37; *Stöber*, ZVG, 19. Aufl., § 114 Anm. 7.6 f.; *Huber*, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 237; *Lwowski*, Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl., Rdnr. 949; *Wenzel*, Sicherung von Krediten durch Grund-

schulden, Rdnr. 2444; *Storz*, ZIP 1980, 506, 513; kritisch *Räfle*, ZIP 1981, 821, 822 f.).

cc) Eine dritte Ansicht erachtet den Grundschuldgläubiger generell nicht für verpflichtet, die Grundschuld in einem weiteren Umfang geltend zu machen, als er sie zur Tilgung der persönlichen Forderung benötigt (*Gaberdiehl/Gladenbeck*, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 8. Aufl., Rdnr. 1155).

c) Der Senat hält jedenfalls in dem hier zu entscheidenden Fall, dass die Zwangsversteigerung durch einen nachrangigen Gläubiger betrieben wird, die zweite Auffassung insoweit für richtig, dass rückständige und laufende Grundschuldzinsen nicht angemeldet werden müssen. Eine gegenteilige Verpflichtung des vorrangigen Grundschuldgläubigers ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag nicht.

aa) Dies folgt indes nicht aus § 1197 Abs. 2 BGB. Die Vorschrift versagt lediglich dem Eigentümer die Zinsen aus einer Eigentümergrundschuld (Senat, Urteil vom 16.5.1975, V ZR 24/74, BGHZ 64, 316, 320, sowie Beschluss vom 3.10.1985, V ZB 18/84, NJW 1986, 314, 315 = *MittBayNot* 1986, 19 m. w. N.). Darum geht es hier jedoch nicht. Denn die Grundschuldzinsen, um deren Ersatz die Parteien streiten, betreffen nicht einen Zeitraum, in dem die Grundschuld dem Schuldner als Eigentümerrecht zustand. Gegenstand des Rechtsstreits sind vielmehr ausschließlich solche Zinsen, die aus der zugunsten der Beklagten bestellten (Fremd-)Grundschuld angefallen sind. Über sie enthält § 1197 Abs. 2 BGB keine Regelung. Die in der Revisionsbegründung mit Blick auf das über das Vermögen des Schuldners eröffnete Insolvenzverfahren aufgeworfene Frage, ob sich der durch die Vorschrift angeordnete Zinsausschluss auch auf den Insolvenzverwalter oder – wie hier – Treuhänder (§§ 292, 313 InsO) erstreckt (bejahend etwa *Bamberger/Roth/Rohe*, BGB, 2. Aufl., § 1197 Rdnr. 9; *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 1197 Rdnr. 3; *RGRK-BGB/Joswig*, 12. Aufl., § 1197 Rdnr. 4; *Soergel/Konzen*, a. a. O., § 1197 Rdnr. 4; a. A. *jurisPK-BGB/Reischl*, 5. Aufl., § 1197 Rdnr. 10; *PWW/Waldner*, BGB, 6. Aufl., § 1197 Rdnr. 2; *Staudinger/Wolfsteiner*, a. a. O., § 1197 Rdnr. 14), bedarf daher keiner Beantwortung.

bb) Auszugehen ist allerdings davon, dass die unterbliebene Geltendmachung der Grundschuldzinsen durch den Inhaber des Grundpfandrechts die Belange des Sicherungsgebers nachteilig berührt, wenn die Grundschuld – wie hier – gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG in der Zwangsversteigerung bestehen bleibt. Denn in diesem Fall hat der Zuschlag gleichwohl das Erlöschen des Anspruchs auf die bis dahin aufgelaufenen dinglichen Zinsen zur Folge, weil der Ersteher gemäß § 56 Satz 2 ZVG nur die ab der Erteilung des Zuschlags anfallenden Zinsen tragen muss (vgl. *Kessler*, DNotZ 2011, 369, 370 f.). Die Entscheidung, in dem Versteigerungsverfahren auf die Geltendmachung der Grundschuldzinsen zu verzichten, bewirkt somit, dass diese weder bei der Verteilung des Versteigerungserlöses in dem anhängigen Verfahren noch bei einer späteren Verwertung des stehen gebliebenen Rechts zugunsten des Grundschuldgläubigers zu berücksichtigen sind und deshalb von diesem nicht an den Sicherungsgeber ausgekehrt werden können. Das hat jedoch keine Verletzung der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag zur Folge.

cc) Maßgeblich ist nämlich § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB. Nach dieser Vorschrift, die gemäß § 1192 Abs. 1 BGB auch auf die Grundschuld Anwendung findet (vgl. Senat, Urteil vom 29.6.1965, V ZR 83/63, WM 1965, 1197, 1198), erlischt das Grundpfandrecht unter anderem für Rückstände von Zinsen, sofern es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Die Grundschuldzinsen werden also von der – nach Wahl des Sicherungsgebers grundsätzlich auf die Übertragung, den

Verzicht oder die Aufhebung der Grundschuld gerichteten (vgl. BGH, Urteil vom 9.2.1989, IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375, 378 = *MittBayNot* 1989, 143 m. w. N.) – Pflicht zur Rückgewähr der Grundschuld für den Fall, dass der mit ihr verfolgte Zweck endgültig wegfällt, nicht erfasst. Der Gläubiger ist deshalb nicht verpflichtet, die nicht valuierten Grundschuldzinsen zugunsten des Sicherungsgebers geltend zu machen, weil die von ihm bei der Ausübung seines dinglichen Rechts gegenüber dem Sicherungsgeber zu beachtenden Treuepflichten nicht weiter reichen als die durch den Sicherungsvertrag vorrangig begründete Rückgewährpflicht (ebenso *MünchKommBGB/Eickmann*, a. a. O., § 1191 Rdnr. 150; a. A. *Pleyer*, a. a. O., S. 662). Das gilt nicht nur für die unterbliebene Einforderung der zwischen dem Zuschlag und der Ablösung des Rechts entstandenen Grundschuldzinsen (dazu Senat, Urteil vom 4.2.2011, V ZR 132/10, NJW 2011, 1500, 1501 Rdnr. 15), sondern auch für den hier gegebenen Fall, dass der Gläubiger bereits in dem Versteigerungsverfahren von der Geltendmachung der zur Tilgung der persönlichen Schuld nicht benötigten dinglichen Zinsen absieht. Denn bei dem auf diese entfallenden Anteil an dem Versteigerungserlös handelt es sich lediglich um ein Surrogat des Rückgewähranspruchs (Senat, Urteile vom 29.3.1961, V ZR 171/59, WM 1961, 691, und vom 28.2.1975, V ZR 146/73, NJW 1975, 980; vgl. auch *von Blumenthal*, BB 1987, 2050).

Die an dem Senatsurteil vom 4.2.2011 (V ZR 132/10, a. a. O.) geäußerte Kritik, die Vorschrift des § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB könne für die Beurteilung, ob der Grundschuldgläubiger gegenüber dem Sicherungsgeber zur Geltendmachung der Grundschuldzinsen verpflichtet ist, dann nicht herangezogen werden, wenn es – wie hier – nicht zu einer Vereinigung des Grundpfandrechts mit dem Eigentum komme (*Alff*, *Rpfleger* 2011, 357, 358; *Kessler*, DNotZ 2011, 369, 374; *Volmer*, NJW 2011, 1500, 1502; *Zimmer*, ZfIR 2011, 407, 408), ist nicht berechtigt. Entscheidend ist nämlich eine hypothetische Betrachtung, die darauf abstellt, welche Rechte dem Sicherungsgeber bei der Rückgewähr der Grundschuld bestenfalls zukommen. Hierdurch werden zugleich die durch den Sicherungsvertrag für den Grundschuldgläubiger begründeten Treuepflichten begrenzt.

dd) Ob sich – wie im Schrifttum teilweise angenommen wird – aus dem Sicherungsvertrag ausnahmsweise dann eine Pflicht des Grundschuldgläubigers zur Geltendmachung der rückständigen Grundschuldzinsen ergibt, wenn der Rückgewähranspruch von dem Sicherungsgeber an einen Dritten abgetreten worden ist (vgl. *MünchKommBGB/Eickmann*, a. a. O., Rdnr. 151; *Huber*, a. a. O., S. 238; *Lwowski*, a. a. O., Rdnr. 928 [anders aber Rdnr. 949]; *Wenzel*, a. a. O.; *Räfle*, ZIP 1981, 821, 823), muss hier nicht erörtert werden. Das Berufungsgericht hat zu einer Abtretung des Rückgewähranspruchs nichts festgestellt.

ee) Auch der (insbesondere von *Kessler*, a. a. O., S. 373 f., erhobene) Einwand, der Sicherungsgeber habe ein berechtigtes Interesse daran, dass der Gläubiger die Grundschuld vollständig – und nicht nur in dem zur Deckung der persönlichen Schuld benötigten Umfang – verwerte, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar ist richtig, dass der Sicherungsnehmer aufgrund des Sicherungsvertrags an sich bestrebt sein muss, im Interesse des Sicherungsgebers das bestmögliche Verwertungsergebnis zu erzielen. Das gilt selbst dann, wenn die Verwertung der Sicherheit einen Erlös verspricht, der über dem Betrag der gesicherten Ansprüche liegt (vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1997, XI ZR 178/96, NJW 1997, 2672, 2673 = *MittBayNot* 1997, 355). Diese Pflicht besteht gleichwohl nicht uneingeschränkt, sondern nur im Rahmen dessen, was dem

Gläubiger im konkreten Fall an Verwertungsmaßnahmen zugemutet werden kann, und soweit keine eigenen schutzwürdigen Sicherungsinteressen des Gläubigers entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1994, XI ZR 178/96, a. a. O.; ferner Urteile vom 9.1.1997, IX ZR 1/96, NJW 1997, 1063, 1064, und vom 5.10.1999, XI ZR 280/98, NJW 2000, 352, 353, jeweils m. w. N.). Das lässt die Geltendmachung nicht angefallener Grundschuldzinsen durch den Grundschuldgläubiger in einem von einem nachrangigen Gläubiger betriebenen Versteigerungsverfahren, in dem das vorrangige Grundpfandrecht bestehen bleibt, nicht geboten erscheinen. Hier hat der Grundschuldgläubiger, anders als bei der Verwertung seines eigenen Grundpfandrechts, mit der Versteigerung und mit der anschließenden Verteilung des Erlöses nichts zu tun; er ist auch nicht gehalten, nach der Erlösverteilung die der Grundschuld zugrundeliegende persönliche Schuld abzurechnen und einen etwaigen Überschuss an den Sicherungsgeber auszukehren. Das Versteigerungsverfahren betrifft ihn tatsächlich somit nicht. Hielte man ihn dennoch für verpflichtet, die Grundschuldzinsen zugunsten des Sicherungsgebers anzumelden und später ggf. an diesen auszukehren, verlangte man von ihm eine Verfahrensbeteiligung, welche ausschließlich den Vermögensinteressen des Sicherungsgebers diene. Zu einem derartigen Inkasso ist der Grundschuldgläubiger aufgrund des Sicherungsvertrags nicht verpflichtet (in diesem Sinne bereits Senat, Urteil vom 4.2.2011, V ZR 132/10, NJW 2011, 1500, 1502 Rdnr. 21).

2. Dieses Ergebnis stimmt mit der in dem Sicherungsvertrag enthaltenen Bestimmung, dass die Beklagte nicht verpflichtet ist, im Zwangsvollstreckungsverfahren einen Grundschuldbetrag geltend zu machen, der über ihre persönlichen Forderungen hinausgeht, überein. Darauf, ob sich die Klausel auch in dem Fall als wirksam erweist, dass – anders als hier – der Grundschuldgläubiger die Zwangsversteigerung selbst betreibt (bejahend *Gabardiell/Gladenbeck*, a. a. O., Rdnr. 1156; *Pleyer*, a. a. O., S. 664 ff.; *van Bevern*, BKR 2010, 453, 456; *Storz*, ZIP 1980, 506, 511; *Vollkommer*, NJW 1980, 1052; *Zimmer*, ZfIR 2011, 407, 409; a. A. OLG München, WM 2010, 1459, 1461 ff.; *Staudinger/Wolfsteiner*, a. a. O., Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rdnr. 124; *Kessler*, DNotZ 2011, 369, 375), kommt es nicht an.

3. Entgegen der Auffassung des Klägers bleibt der Umstand, dass über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet ist, für die Schadensersatzpflicht der Beklagten ohne Bedeutung. Der Sicherungsvertrag betrifft ausschließlich das Verhältnis zwischen dem Grundschuldgläubiger und dem Sicherungsgeber. Dessen weitere Gläubiger können hieraus keine Rechte herleiten, aufgrund deren der Inhaber der Grundschuld gehalten wäre, in der Zwangsversteigerung des Grundstücks die nicht angefallenen Grundschuldzinsen mit dem Ziel geltend zu machen, diese anschließend der Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen. Seine Verpflichtung beschränkt sich darauf, einen aus der Verwertung des Grundpfandrechts erzielten Überschuss nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts an die Insolvenzmasse abzuliefern (vgl. BGH, Urteil vom 23.11.1977, VIII ZR 7/76, NJW 1978, 632, 633). Eine darüber hinausgehende Pflicht, im Interesse der Gläubigersamtheit auf einen solchen Überschuss hinzuwirken, ergibt sich für ihn nicht. Die von dem Kläger für seine gegenteilige Ansicht angeführte – nicht näher begründete – Auffassung im Schrifttum (*MünchKommInsO/Lwowski/Tetzlaff*, 2. Aufl., § 173 Rdnr. 10) legt keine andere Beurteilung nahe. Denn die Verpflichtung zur Wahrung der Gläubigerinteressen geht nicht weiter als die Verpflichtung zur Wahrung der Interessen des Sicherungsgebers.

4. Soweit der Kläger in der Revisionsbegründung darauf hinweist, dass dem mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruch zu einem geringen Teil auch solche Zinsen zugrundeliegen, die in der Zeit nach dem Zuschlag angefallen seien, hat das Rechtsmittel schon deshalb keinen Erfolg, weil diese Zinsen nach den nicht angegriffenen und den Senat bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts bei der Ablösung des Grundpfandrechts durch den Ersteher an die Beklagte gezahlt worden sind.

(...)

Anmerkung:

Von Freude zu sprechen darüber, dass wir Notare nun nicht mehr allein mit unserem Ärger über die lästigen Grundschuldzinsen sind, ginge sicherlich zu weit. Gleichwohl beruhigt es doch ein wenig, dass es nunmehr auch der BGH ist, der sich mit diesem leidigen und in der Beurkundungssituation immer wieder zu Missverständnissen führenden Thema wiederholt beschäftigen muss. Zwischen den Entscheidungen des V. Senats vom 4.2.2011 (V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 = DNotZ 2011, 365 [m. abl. Anm. *Kessler*] = NJW 2011, 1500 [m. abl. Anm. *Volmer*]) und der hier zu besprechenden aus dem Dezember liegt gerade einmal ein Dreivierteljahr, und trotzdem sind es in der Sache sehr eng verwandte Verfahren zu einem Nischenproblem. In der in der neuen Entscheidung vielfach zitierten Entscheidung vom 4.2.2011 hatte der Senat darüber zu befinden, inwieweit ein Grundschuldgläubiger in einer Situation, in der der Sicherungsgeber der Grundschuld durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren das Eigentum am belasteten Grundstück unter Fortbestand der Grundschuld verloren hatte, auf die Durchsetzung der seit Zuschlagserteilung entstandenen Grundschuldzinsen verzichten darf. In der hier besprochenen Entscheidung hatte der Gläubiger die Grundschuldzinsen einer bestehen gebliebenen Grundschuld nach Zuschlagerteilung geltend gemacht; er hatte nur im laufenden Verfahren die Anmeldung der rückständigen Grundschuldzinsen unterlassen. In beiden Verfahren machte der Sicherungsgeber bzw. dessen Insolvenzverwalter geltend, die Bank als Sicherungsnehmer habe sich deshalb schadenersatzpflichtig gemacht, weil sie eine Verpflichtung aus dem Sicherungsvertrag verletzt habe.

Die Entscheidung vom 4.2.2011 wurde in der Literatur heftig kritisiert (*Volmer*, NJW 2011, 1500; *Jähne*, EWIR 2011, 533; *Alff*, Rpfleger 2011, 357; *Zimmer*, ZfIR 2011, 405; *Kessler*, DNotZ 2011, 369). Diese Kritik entzündete sich im Wesentlichen an zwei Aussagen der Urteilsbegründung. Dies war zum einen die etwas unglücklich formulierte, im Ergebnis so aber nicht gemeinte (siehe dazu *Schmidt-Räntsch*, ZNotP 2011, 402) These, die Pflichten des Sicherungsnehmers aus dem Sicherungsvertrag seien dann erfüllt, wenn er für eine Verwertung des Sicherungsgegenstandes dergestalt Sorge, dass die persönliche Forderung gedeckt ist. Entstanden war das Missverständnis daraus, dass der V. Senat, und das ist der zweite problematische Ansatz dieses Urteils gewesen, die Bestimmung des § 1178 BGB, wonach im Falle der Vereinigung von Grundschuld und Eigentum in einer Hand rückständige Grundschuldzinsen erlöschen, für die Situation nach Erteilung des Zuschlags als geeigneten Maßstab für den Pflichtenkatalog des Sicherungsnehmers ansah. Dabei war übersehen worden, dass § 1178 BGB für die ab Zuschlagerteilung entstehenden Zinsen deshalb nicht herangezogen werden kann, weil der Sicherungsgeber mit der Zuschlagerteilung nicht mehr Eigentümer ist. Wird die Grundschuld nach der Erteilung des Zuschlags an den Sicherungsgeber zurückgewährt, dann bleibt sie in seiner Hand Fremdgrundschuld. Entsprechend bleiben auch die Grundschuldzinsen bestehen.

Mit der hier besprochenen Entscheidung vom 16.12.2011 hat der V. Senat meines Erachtens zweierlei geliefert: Zum einen löst sich der in der Entscheidung vom 4.2.2011 dem Vertragsgestalter in die Glieder gefahrene Schreck weitgehend auf. Die Überlegungen zur Heranziehung des § 1178 BGB haben in dem Kontext der Frage, ob nicht benötigte Grundschuldzinsen im Versteigerungsverfahren geltend gemacht werden müssen, eine praktisch wichtige und meines Erachtens auch systematisch tragende Rolle. In der Literatur werden verschiedene Auffassungen dazu vertreten, welche Pflichten der Sicherungsnehmer einer Grundschuld in Zwangsversteigerungsverfahren hinsichtlich der Anmeldung des Grundpfandrechts hat. Die Vertreter der drei Auffassungen sind vom BGH im Urteil umfassend zitiert und sollen hier nicht erneut aufgeführt werden. Nach einer Auffassung soll der Sicherungsnehmer verpflichtet sein, das Grundpfandrecht nebst aller etwaigen Grundschuldzinsen anzumelden, eine zweite Auffassung will den Sicherungsnehmer zumindest zur Vollanmeldung des Grundpfandrechts ohne Zinsen verpflichten und die dritte nur zur Anmeldung im Umfang der zu sichernden Forderung. Wie schon in der Entscheidung vom 4.2.2011 erklärt auch hier der V. Senat, der Sicherungsnehmer genüge seinen Pflichten im Falle eines Verzichts auf die Anmeldung der Grundschuldzinsen, wenn nur eine Befriedigung der gesicherten Forderung erfolge. Hier den Vergleich mit § 1178 BGB zu ziehen, ist zulässig. Sicherungsvertragliche Konsequenz der Befriedigung der gesicherten Forderung ist die Verpflichtung des Sicherungsnehmers, das Sicherungsgut zurückzugewähren. Würde die Grundschuld aber zurückgewährt, dann hätte der Sicherungsgeber selbst keine Grundschuldzinsen geltend machen können. Entsprechend kann man durchaus vertreten, dass dazu auch der Sicherungsnehmer nicht verpflichtet ist. Der BGH hat in der Entscheidung vom 4.2.2011 davon gesprochen, der Sicherungsnehmer müsse keine Verwertungsmöglichkeit nutzen, die nur ihm zustehe, es sei denn, dies sei zur Befriedigung seiner gesicherten Forderung erforderlich. Blendet man also aus, dass der BGH in der Entscheidung vom 4.2.2011 für die Zeit nach der Zuschlagserteilung unzutreffend auf § 1178 BGB verwiesen hat, teilen beide Entscheidungen die völlig gleiche rechtliche Grundlage.

Ich halte diese Grundlage auch durchaus für geeignet, um ein dogmatisch sauberes Konzept gegen den derzeit bestehenden Wildwuchs der Auffassungen zum Pflichtenkatalog des Sicherungsnehmers bei Grundschulden zu entwickeln. Indem der V. Senat vergleichend auf die Situation abstellt, in der sich der Sicherungsgeber befände, würde ihm sein Sicherungsgegenstand zurückgewährt, erschließt sich leicht der Pflichtenkatalog der sichernehmenden Bank. Geht es um die Befriedigung der gesicherten Forderung, schuldet der Sicherungsnehmer aus der Sicherungsabrede die möglichst optimale Verwertung des Sicherungsgutes auch unter Ausnutzung besonderer persönlicher Befriedigungsmöglichkeiten. Werden Grundschuldzinsen also zur Befriedigung einer persönlichen Forderung benötigt, dann muss die Bank diese auch im Versteigerungsverfahren anmelden, da andernfalls der Sicherungsgegenstand nicht vollständig ausgenutzt und so anderen, schlechter oder anders gesicherten Gläubigern ein Befriedigungsvorteil zulasten des Sicherungsgebers entstünde. Ist aber die gesicherte Forderung befriedigt, dann beschränkt sich die Verpflichtung des Sicherungsnehmers grundsätzlich auf die Rückgewähr des Sicherungsgutes bzw. auf die Durchsetzung solcher Rechtspositionen, die dem Sicherungsgeber bei Rückgabe seines Gutes auch zugestanden hätten. Da die Rückgabe genau das ist, was der Sicherungsnehmer bei Befriedigung der Forderung immer geschuldet hätte, muss er auch das – und nur das – tun, was der Sicherungsgeber selbst mit dem Gegenstand hätte anfangen können.

Mit dieser Entscheidung hat der BGH also die Tür geöffnet zu einem besseren Verständnis der Pflichten des Sicherungsnehmers aus dem Sicherungsvertrag. Es ist zu hoffen, dass der BGH auf dieser Grundlage auch künftige Fälle entscheidet, damit eine rechtsdogmatisch klare Grundlage entsteht. Wie sich solche Überlegungen dann gegenüber dem Argument behaupten werden, die Banken als die quantitativ mit Abstand wichtigsten Sicherungsnehmer könnten durch die Fassung der Sicherungsabrede den Inhalt des Pflichtenkatalogs weitgehend bestimmen, bleibt abzuwarten. Alleine die Tatsache, dass der V. Senat nur sehr wenige Zeilen am Ende des Urteils darauf verwendet hat, sich mit den Formulierungen des Sicherungsvertrages auseinanderzusetzen, weckt Hoffnungen, dass insoweit eine weite Prüfungsfreiheit angenommen werden wird.

Notar Dr. Christian Kessler, Düren

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO § 19 (*Umfang der Belehrungsbedürftigkeit eines anwaltlich beratenen Beteiligten*)

1. **Für die Frage einer Amtspflichtverletzung wegen unterlassener Belehrung des Notars ist entscheidend, ob die anwesende unmittelbar urkundsbeteiligte Vertragspartei selbst entweder durch den Notar ausreichend belehrt war oder ob der Notar wenigstens davon ausgehen durfte, dass die Vertragspartei durch einen Dritten ausreichend informiert war. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Insoweit ist eine Belehrung des Vertragsbeteiligten durch den Notar nicht schon dann entbehrlich, wenn der Notar weiß, dass der Urkundsbeteiligte anwaltlichen oder anderweitig notariellen Rat in derselben Angelegenheit erhalten hat. Er muss sich vielmehr selbst im Sinne einer eigenen Überzeugungsbildung vergewissern, dass dieser Anwalt oder ggf. ein anderer Notar die Belehrung erteilt hat und der Urkundsbeteiligte diese Belehrung auch verstanden hat.**

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.2.2012, 4 U 129/11

Der Beklagte beurkundete am ... August 2005 einen Kaufvertrag, im Rahmen dessen der Zeuge Z1 eine Eigentumswohnung an die zwischenzeitlich insolvente A-Gesellschaft mbH & Co. KG (im Folgenden: A KG) zu einem Kaufpreis von 250.000 € verkaufte. Zu diesem Zeitpunkt war die Wohnung in Abt. III lfd. Nr. 1 mit einer Grundschuld zugunsten der Bank 1 i. H. v. 600.000 DM belastet, von der ein Teilbetrag von 200.000 DM an die Bank 2 abgetreten war.

Hinsichtlich der Kaufpreiszahlung durch die A KG wurde vereinbart, dass i. H. v. 82.000 € eine Verrechnung mit entsprechenden Verbindlichkeiten des Verkäufers, des Zeugen Z1, bei der Käuferin erfolgen sollte; darüber hinaus sollte die Käuferin die Rückzahlung der Höhe nach nicht näher bezeichneter Darlehensverbindlichkeiten des Verkäufers ab dem 1.1.2006 übernehmen. Die Parteien vereinbarten weiter, dass der restliche Kaufpreis von 48.000 € gestundet und mit monatlich 1.000 €, beginnend ab Juli 2006, gezahlt werden sollte. In § 7 des Kaufvertrages wurde die Auflassung erklärt. Sicherungsrechte zugunsten des Verkäufers enthielt der Vertrag nicht. Am 27.12.2005 wurde das Eigentum an der Wohnung auf die A KG umgeschrieben. (...)

Die Klägerin erstritt sodann nach Rücktritt vom Kaufvertrag durch rechtskräftiges Urteil des LG Frankfurt a. M. vom 22.2.2008 (2-10 O 400/07) die Rückauflassung des Wohnungseigentums. (...)

Die A KG erfüllte in der Folgezeit ihre Verpflichtung zur Rückübertragung der im Zeitpunkt der Auflassung auf dem Grundstück lastenden nicht valutierenden Grundschuld nicht, da sie diese zwischenzeit-

lich zur Sicherung einer Darlehensaufnahme bei der Bank 3 genutzt hatte. Deshalb verurteilte das LG Frankfurt a. M. mit rechtskräftigem Urteil vom 9.4.2010 (2-02 O 198/08) die A KG und ihre Komplementär-GmbH unter anderem, der darlehensgebenden Bank den offenen Betrag von 195.776,23 € nebst Zinsen zu zahlen, Zug um Zug gegen Zahlung der Klägerin an die A KG von 71.964,73 €.

In zweiter Instanz änderte das OLG Frankfurt a. M. – 10. Zivilsenat – das erstinstanzliche Urteil dahingehend ab, dass die A KG und ihre Komplementär-GmbH verurteilt wurden, 120.000 € nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen. Eine Zahlung erfolgte nicht. Daran anknüpfend beziffert die Klägerin im vorliegenden Haftpflichtprozess gegen den beklagten Notar ihren Schaden in dieser Höhe zuzüglich der ihr in jenem Verfahren entstandenen Kosten. In beiden Verfahren war dem Beklagten der Streit verkündet worden.

Zwischenzeitlich waren die Insolvenzanträge hinsichtlich des Vermögens der Käuferin und ihrer Komplementärin mangels Masse abgewiesen worden. Schließlich betrieb die Bank 3 gegen die Klägerin die Zwangsvollstreckung aus der auf dem Grundstück lastenden, von der A KG genutzten Grundschuld. (...)

Das LG hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB i. V. m. § 19 BNotO, §§ 249, 398 ff. BGB zu. Es fehle bereits an einer Amtspflichtverletzung. Zwar habe ein Notar grundsätzlich über eine – wie vorliegend – ungesicherte Vorleistung einer Vertragspartei zu belehren und Wege aufzuzeigen, wie die mit dieser Vorleistung verbundenen Risiken vermieden werden könnten. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei der Klägerin jedoch der Nachweis für die unterlassene Belehrung ihres Ehemanns, des Zeugen Z1, durch den Notar nicht gelungen. Vielmehr stehe danach fest, dass der Zeuge Z1 von Rechtsanwalt und Notar ... im Vorfeld des Kaufvertragsabschlusses vertreten worden sei und dieser Kenntnis von der infolge der fehlenden Umschreibungssperre bestehenden Gefahr der ungesicherten Eigentumsübertragung gehabt habe. Dessen Kenntnis müsse sich der Verkäufer, der Zeuge Z1, nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, zumal Rechtsanwalt und Notar ... in Anwesenheit des Zeugen Z1 von dem Bürovorsteher des Beklagten, dem Zeugen Z2, unmittelbar vor der Beurkundung nochmals auf das Risiko des Eigentumsverlustes und die Möglichkeit der Absicherung des Zedenten hingewiesen worden sei. Damit fehle es an einer Amtspflichtverletzung. (...)

Zentraler Anknüpfungspunkt des Berufungsvorbringens ist die Behauptung der Klägerin, ihr Ehemann – der Verkäufer – habe Rechtsanwalt und Notar ... zu keinem Zeitpunkt beauftragt und bevollmächtigt, für ihn einen notariellen Kaufvertragsentwurf zu fertigen. Richtig sei nur, dass ihr Ehemann Herrn Rechtsanwalt ... bei diversen Vertragsabschlüssen als wirtschaftlichem Berater vertraute. Rechtsanwalt ... sei jedoch immer nur Vertreter der A KG, also der Käuferin, gewesen. Er habe das zwischen ihm und dem Zeugen Z1 bestehende Vertrauensverhältnis missbraucht. Selbst wenn sich aber Rechtsanwalt ... gegenüber dem Zeugen Z2 und dem Beklagten als Vertreter des Zedenten ausgegeben hätte, hätten sich dem Beklagten aufgrund der Nachnamensidentität von Herrn ... einerseits und dem als Vertreter der Käuferin auftretenden Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Käuferin, X, eines Bruders von ..., Zweifel an der Bevollmächtigung und das kollusive Verhalten des angeblichen Vertreters ... geradezu aufdrängen müssen. Der beklagte Notar habe daher die Beurkundung unterbrechen und den Zeugen Z1 in einem persönlichen Gespräch fragen müssen, ob er die gegebene Risikolage verstanden habe. Den Hinweis des Zeugen Z2 auf die fehlende Umschreibungssperre habe der Zeuge Z1 ohne nähere Erläuterung des Beklagten nicht verstehen können, zumal ihm der notarielle Kaufvertrag vorher nicht im Entwurf vorgelegen habe. Der Zeuge habe im Übrigen auch keine Kenntnis von Grundstücksgeschäften; er sei ebenso wie die Klägerin bis zu dem erstinstanzlichen Schriftsatz des Beklagten vom 3.5.2011 immer davon ausgegangen, dass ... den Kaufvertragsentwurf für die Käuferin, deren faktischer Geschäftsführer er gewesen sei, gefertigt habe. (...)

Der Beklagte ... hält den Zedenten auch nicht für aufklärungsbedürftig, da der Zeuge Z1 beruflich nicht nur als Apotheker tätig gewesen sei, sondern zugleich als Vorstand einer kanadischen Immobiliengesellschaft agiert habe. Eine ausreichende Belehrung sei darüber hinaus durch die Beweisaufnahme dokumentiert worden. Anhaltspunkte für ein deliktisches Handeln des ... habe der Beklagte nicht gehabt. Es fehle im Übrigen an dem Kausalzusammenhang zwischen vermeintlicher Pflichtverletzung und geltend gemachtem Schaden, weil davon

auszugehen sei, dass der Zedent auch bei anderweitiger Beratung sich nicht anders verhalten hätte. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung hat im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch kann sich entgegen der Annahme des LG nicht aus § 839 BGB, sondern allein aus § 19 Abs. 1 BNotO ergeben, weil diese Norm Haftpflichtansprüche wegen notarieller Pflichtverletzungen abschließend regelt.

Die Klägerin ist insoweit infolge der notariellen Abtretungsvereinbarung vom ... Juli 2007 aktivlegitimiert. Entgegen der Auffassung des Beklagten ergeben sich aus dem Umstand, dass im Jahr 2009 über das Vermögen des Ehemanns der Klägerin, des Zeugen Z1, das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet wurde, keine grundlegenden Zweifel an der Wirksamkeit der etwa zwei Jahre zuvor geschlossenen Abtretungsvereinbarung. Der entsprechende Vortrag des Beklagten zu einer möglicherweise erfolgten Anfechtung dieser Abtretung durch den Insolvenzverwalter ist erkennbar spekulativ und ins Blaue hinein erfolgt, so dass die Notwendigkeit weiterer Aufklärung nicht besteht.

2. Entgegen der die Klageabweisung durch das LG tragenden Annahme scheidet die Amtshaftungsklage gegen den Notar nicht an einer fehlenden Amtspflichtverletzung des Beklagten.

Das LG hat insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des Beklagten darauf abgestellt, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststehe, dass der Zeuge Z1 von Rechtsanwalt und Notar ... vertreten worden sei und dieser jedenfalls auf die Gefahr der ungesicherten Vorleistung des Verkäufers hingewiesen worden sei. Demgegenüber ist nach Auffassung des Senats weder die Vertreterereignischarakter noch die Kenntnislage des ... entscheidungserheblich.

Rechtsanwalt und Notar ... war ausweislich der Kaufvertragsurkunde nicht formell Urkundsbeteiligter; er wird in der Urkunde an keiner Stelle erwähnt. Schon deshalb kann es bei der Würdigung, ob der Beklagte seine Amtspflichten gegenüber dem unmittelbar urkundsbeteiligten Verkäufer, dem Zeugen Z1, beachtet hat, nicht entscheidend darauf ankommen, ob ... als Bevollmächtigter des Zeugen Z1 den Kaufvertragsentwurf gefertigt, Vorgespräche geführt und bei der Beurkundung als Bevollmächtigter des Verkäufers aufgetreten ist. Entscheidend ist vielmehr, ob der unmittelbar urkundsbeteiligte Verkäufer, der Zeuge Z1, durch den Beklagten selbst ausreichend über den Inhalt des Kaufvertrages und die ihm innewohnenden Risiken für den Verkäufer belehrt war (dazu 2.1) oder ob der Beklagte wenigstens davon ausgehen durfte, dass der Verkäufer jedenfalls durch Rechtsanwalt und Notar ... ausreichend informiert war (dazu 2.2).

2.1 Der Beklagte schuldet als Notar bei seiner Amtstätigkeit eine neutrale, unparteiische Berücksichtigung der Belange beider Kaufvertragsparteien. Insoweit begründet § 17 Abs. 1 BeurkG für den Notar eine umfassende Aufklärungspflicht. Diese Verpflichtung besteht insbesondere in solchen Fällen, in denen Beteiligte durch die Abgabe von Willenserklärungen ihre Vermögensinteressen vermeidbar gefährden. Dann muss der Notar warnen, weil er als Träger der vorsorgenden Rechtspflege nicht untätig bleiben darf, wenn die Beteiligten in die Gefahr eines folgenreichen Schadens geraten, der durch eine mit wenigen Worten zu erteilende Belehrung vermieden werden kann. Solche Schutzpflichten erwachsen für einen

Notar vor allem dann, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles, also wegen der rechtlichen Anlage oder der Art der Durchführung des konkreten Geschäftes, Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Beteiligten entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis um die Rechtslage oder von Sachumständen, welche die Bedeutung des beurkundeten Rechtsgeschäfts für seine Vermögensinteressen beeinflussen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewusst ist (BGH, st. Rspr., so bereits Urteil vom 24.2.1976, VI ZR 118/74; Urteil vom 6.10.1988, IX ZR 142/87, Rdnr. 24, zit. nach juris = NJW 1989, 102 f.; *Ganter* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 1043 ff.).

Eine Verletzung dieser Belehrungspflicht ist insbesondere anzunehmen, wenn ein Notar eine urkundsbeteiligte Partei nicht auf die Gefahr einer ungesicherten Vorleistung hinweist (BGH, st. Rspr., vgl. Urteil vom 24.2.1976, VI ZR 118/74; Urteil vom 6.10.1988, IX ZR 142/87; Urteil vom 22.6.2006, III ZR 259/05, DNotZ 2006, 912; Beschluss vom 30.3.2006, III ZR 128/05; Beschluss vom 29.6.2006, III ZR 277/05, jeweils im Einzelnen dargestellt bei *Ganter*, DNotZ 2007, 251 ff.). In einem solchen Fall muss der Notar über die Folgen belehren, die bei einer Leistungsunmöglichkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten, und Wege aufzeigen, wie dieses Risiko vermieden werden kann (sog. doppelte Belehrungspflicht, vgl. BGH, NJW 1995, 330 f.).

Davon ausgehend bestand für den Beklagten angesichts der ohnehin ungewöhnlichen und von ihm auch als solcher erkannten Kaufvertragsgestaltung, insbesondere aufgrund der völlig ungesicherten Kaufpreiszahlung nach erfolgter dinglicher Übertragung grundsätzlich die Pflicht, den Verkäufer, den Zeugen Z1, über die Folgen zu belehren, die im Falle einer Leistungsunfähigkeit der A KG eintreten konnten, und er musste den Parteien zugleich Wege aufzeigen, wie dieses Risiko vermieden werden konnte. Eine solche Belehrung des Verkäufers selbst ist unstreitig nicht erfolgt. Dass der bloße Hinweis auf eine fehlende Umschreibungssperre, wenn ein solcher Hinweis unmittelbar gegenüber dem Verkäufer erfolgt wäre, den Anforderungen an die Pflicht zur doppelten Belehrung des Zeugen Z1 genügt hätte, macht der Beklagte selbst nicht geltend.

2.2 Der Beklagte durfte sich auch nicht darauf verlassen, dass der Verkäufer durch Rechtsanwalt und Notar ... ausreichend belehrt worden war.

Eine Belehrung ist allerdings ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn die Beteiligten nicht belehrungsbedürftig sind (BGH, WM 1993, 260). So muss ein Notar über eine mit einer Vertragsgestaltung verbundene ungesicherte Vorleistung dann nicht besonders belehren, wenn sie den Urkundsbeteiligten als solche ohne Weiteres erkennbar ist (BGH, NJW 1996, 3009, 3010; NJW 1999, 2188, 2189; NJW-RR 2004, 1071 = MittBayNot 2004, 294).

Dies ist dann der Fall, wenn die ungesicherte Vorleistung objektiv ohne besondere Rechtskenntnisse evident auf der Hand liegt und der Notar keine Anhaltspunkte dafür hat, dass die betroffene Urkundspartei das Risiko nicht erkannt hat (vgl. *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 980, 1052 m. w. N.). Vorliegend erscheint schon zweifelhaft, ob davon ausgegangen werden kann, dass die ungesicherte Vorleistung für den Verkäufer evident auf der Hand lag. Dass der Zeuge Z1 als Verkäufer über Rechtskenntnisse verfügt hätte, die ihm eine solche Erkenntnis ohne Weiteres ermöglichten, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Allein der Umstand, dass er Vorstand einer kanadischen Immobiliengesellschaft war, begründet die erforderlichen Rechtskenntnisse nicht.

Im Zweifel ist jedoch von der Belehrungsbedürftigkeit auszugehen, solange nicht sicher ist, dass die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärungen und die Risiken des Geschäfts vollständig unterrichtet sind (*Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, Bundesnotarordnung, 5. Aufl., § 14 Rdnr. 157). Die Darlegungs- und Beweislast trägt insoweit der Notar (BGH, DNotZ 1995, 407; DNotZ 1996, 568 f.; DNotZ 1997, 62).

a) Der Notar darf sich insbesondere nicht darauf verlassen, dass dem Urkundsbeteiligten die erforderliche Belehrung schon von dritter Seite, etwa durch einen anderen Notar oder Rechtsberater oder sein eigenes Büropersonal, erteilt worden ist. Zum einen obliegt die Belehrung dem Notar persönlich, er darf sie nicht auf sein Büropersonal delegieren (BGH, NJW 1989, 586; *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 982). Zum anderen müssen an die Voraussetzungen der Annahme einer Entbehrlichkeit der Belehrung strenge Anforderungen gestellt werden. Der Notar darf auf die an sich notwendige Belehrung nur verzichten, wenn er sich selbst aufgrund der gesamten Umstände zuverlässig davon überzeugt hat, dass die Beteiligten die Tragweite des Geschäfts kennen (BGH, NJW 1995, 330 f.; *Ganter*, a. a. O. Rdnr. 980; *ders.*, DNotZ 2007, 246, 250). Die Belehrungspflicht besteht daher auch gegenüber einem von dritter Seite aufgeklärten oder anwaltlich beratenen Beteiligten, solange nicht feststeht, dass dieser tatsächlich umfassend informiert ist (BGH, DNotZ 1991, 321, 323; *Sandkühler*, a. a. O.). Dies gilt auch hinsichtlich der Belehrung bezüglich einer ungesicherten Vorleistung (*Sandkühler*, a. a. O., § 14 Rdnr. 140a).

Es reicht daher nicht aus, wenn der Notar weiß, dass der Urkundsbeteiligte anwaltlichen oder anderweitig notariellen Rat in derselben Angelegenheit erhalten hat. Er muss sich vielmehr selbst im Sinne einer eigenen Überzeugungsbildung vergewissern, dass dieser Anwalt oder ggf. ein anderer Notar die Belehrung erteilt hat und der Urkundsbeteiligte diese Belehrung auch verstanden hat (vgl. auch *Ganter*, a. a. O.).

b) Die Frage der Amtspflichtverletzung hängt daher nicht davon ab, ob der Beklagte davon ausgehen durfte, der Verkäufer werde durch Rechtsanwalt und Notar ... vertreten und diesem seien die mit dem Vertragswerk verbundenen Risiken bekannt gewesen. Entscheidend ist vielmehr, ob der Beklagte bei der Beurkundung davon ausgehen durfte, dass der Verkäufer selbst über die Risiken der ungesicherten Vorleistung ausreichend belehrt war.

Die nach dem Beweisergebnis erster Instanz feststehenden Umstände rechtfertigen diese Schlussfolgerung nicht. Selbst wenn Herr ... sich gegenüber dem Beklagten als Vertreter des Verkäufers geriert hat und nach der vom LG als glaubhaft bewerteten Aussage des Zeugen Z2 auch diesem gegenüber erklärt hat, er vertrete Herrn Z1, durfte der Beklagte allein aus diesen Umständen nicht schließen, dass dem Verkäufer die notwendige Aufklärung zuteil geworden war. Der Zeuge Z2 mag Herrn ... nicht nur auf die Disparität zwischen Kaufpreis und Belastung, sondern auch auf die fehlende Absicherung des Verkäufers gegen einen Eigentumsverlust ohne Gegenleistung angesprochen haben. Damit war indes nicht geklärt, ob auch der Verkäufer selbst entsprechend aufgeklärt war. Es kommt daher auch nicht darauf an, dass sich Herr ... unter Bezugnahme auf seine berufliche Tätigkeit und sein Wissen als Rechtsanwalt und Notar eine Belehrung verbeten und ausdrücklich die Beurkundung in der von ihm entworfenen Vertragsfassung unter Hinweis darauf verlangt hat, der Vertrag sei so in Ordnung. Ebenso wenig ist es in diesem rechtlichen Zusammenhang von Bedeutung, dass ... nach der Einlassung des Beklagten bei seiner Anhörung auf den zusätzlichen Hin-

weis des Notars, dass der Vertrag nicht die üblichen Regelungen enthalte, zurückweisend reagiert hat. Damit blieb nämlich weiterhin ungeklärt, über welchen Wissensstand der Verkäufer verfügte.

Denn das von dem Zeugen Z2 und dem Beklagten beschriebene Verhalten des ... erlaubte keine Schlussfolgerung darauf, dass dem Verkäufer die erforderliche Belehrung durch Herrn ... zuteil geworden war. In jedem Fall hätte sich der Beklagte schließlich vergewissern müssen, dass der anwesende und ausweislich der Urkunde nicht durch Herrn ... vertretene Verkäufer das tatsächliche Risiko auch verstanden hatte.

Die ablehnende, weitere Erörterungen möglicherweise verhindernde Reaktion des ... auf den Hinweis des Beklagten, dass der Vertrag nicht die üblichen Regelungen enthalte, enthub den beklagten Notar nicht seiner Amtspflicht, bezogen auf den Zeugen Z1 unmissverständlich zu klären, ob dieser als Verkäufer vollständig über das Risiko und die möglichen Alternativen der Vermeidung dieses Risikos aufgeklärt war. Diese Aufklärung hat der Beklagte fahrlässig unterlassen.

Dieses Unterlassen begründet die Amtspflichtverletzung des Beklagten.

3. Gleichwohl ist die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen. Es steht nicht fest, dass die Klägerin nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO). (...)

Kostenrecht

14. KostO § 23 Abs. 2 (*Verfassungsmäßigkeit eines Abstellens allein auf den Nennwert der Schuld für den Geschäftswert der Bestellung einer Sicherungshypothek*)

Die Berechnung der Gebühr für die Eintragung einer Sicherungshypothek in das Grundbuch nach dem Nennbetrag der Schuld gemäß § 23 Abs. 2 KostO ist mit der Verfassung auch dann vereinbar, wenn der Wert des Grundstückes deutlich unterhalb des Nennbetrags der Schuld liegt.

KG, Beschluss vom 13.6.2012, 5 W 102/12; mitgeteilt von Dr. *Lothar Pahl*, Richter am KG

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abrufbar unter BeckRS 2012, 13548.

15. KostO § 68 Satz 1 Hs. 1, § 62 Abs. 1, § 23 Abs. 2 Hs. 1, § 63 Abs. 1, 4 (*Geschäftswert für die Löschung einer Globalgrundschuld, die nach vorherigen Entlassungen aus der Mithaft nur noch auf einer von mehreren Wohnungseigentumseinheiten lastet*)

Wird nach vorausgegangenem Pfandfreigaben die nur noch auf einem Wohnungseigentum lastende Globalgrundschuld auf Antrag des Eigentümers dieses Wohnungseigentums gelöscht, so dürfen die diesen Eigentümer betreffenden Gebühren nicht nach anderen Grundsätzen berechnet werden als bei den Pfandfreigaben zugunsten der anderen Wohnungseigentümer; die Haftung ist auf die Höhe der aus dem Wert der Eigentumswohnung berechneten Gebühr begrenzt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1.3.2012, 11 Wx 35/11; eingesandt von Notar Dr. *Robert Kiefer*, Kandel

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in FGPrax 2012, 130 und in ZWE 2012, 228 sowie abrufbar unter www.dnoti.de.

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

Es handelt sich um eine Entscheidung zur Berechnung der Grundbuchgebühren für die Eintragung der Löschung im Grundbuch.

Für den Löschantrag beim Notar ist als Geschäftswert auch bei Löschung der Grundschuld an der letzten Einheit gemäß § 23 Abs. 2 KostO der volle Nennbetrag der zur Löschung beantragten Grundschuld maßgebend (Streifenzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 1722).

Öffentliches Recht

16. GG Art. 31, 72, 74 Abs. 1 Nr. 18; BauGB § 124 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1; VwVfG § 56 Abs. 1 Satz 2, § 59 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3; LVwG S-H § 123 Abs. 1 Satz 2, § 126 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 4 (*Übernahme von Fremdanliegerkosten im Erschließungsvertrag*)

- Ein Erschließungsvertrag ist nicht schon deshalb unangemessen im Sinne von § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB und somit nichtig, weil sich der Erschließungsunternehmer darin zur Übernahme (auch) desjenigen Anteils an den Erschließungskosten verpflichtet, der im Falle der Erhebung von Beiträgen auf im Erschließungsvertragsgebiet gelegene Grundstücke sog. Fremdanlieger entfallen würde.**
- Bundesrecht erlaubt eine vertragliche Regelung über Erschließungskosten in dem in § 124 Abs. 2 und 3 BauGB beschriebenen Umfang unabhängig davon, ob die den Gegenstand des Vertrages bildenden Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind oder nicht. Ein etwaiges landesrechtliches Vertragsformverbot (Handlungsformverbot) kann daher einer vertraglichen Kostenübernahme durch den Erschließungsunternehmer für im Falle der Beitragserhebung nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Erschließungsanlagen nicht entgegenstehen.**

BVerwG, Urteil vom 10.8.2011, 9 C 6.10

Die klagende Stadt macht gegen den beklagten Unternehmer einen Zahlungsanspruch aus einem Erschließungsvertrag (EV) geltend.

In dem 1997 geschlossenen Vertrag übertrug die Klägerin dem Beklagten die Erschließung in einem näher bezeichneten Bebauungsplan festgesetzter Bauflächen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 EV). Die Erschließung umfasste die Herstellung zweier Straßen im Plangebiet sowie der Straßenbeleuchtungs- und Entwässerungsanlagen. Zu Letzteren gehörten die Schmutzwasser- und Regenwasserleitungen einschließlich der zugehörigen Grundstücksanschlussleitungen (§ 1 Abs. 2 lit. c EV). Der Beklagte verpflichtete sich, alle Leistungen auf eigene Kosten und Rechnung zu erbringen; die Klägerin beteiligte sich weder mit dem zehnprozentigen Gemeindeanteil gemäß § 129 Abs. 1 BauGB noch an dem nicht beitragsfähigen Aufwand. Ferner sollte der Beklagte die Klägerin von Kostenanteilen freihalten, die bei öffentlichrechtlicher Veranlagung von sog. Drittanliegern (Fremdanliegern) zu tragen wären, d. h. von Eigentümern solcher Grundstücke, die nicht dem Erschließungsträger oder der Stadt gehörten (§ 1 Abs. 5 Satz 1 bis 3, § 3 Abs. 19 EV). Eine Kostenbeteiligung dieser Dritten könne der Beklagte durch privatrechtliche Vereinbarungen mit diesen erlangen. Der Beklagte verpflichtete sich, die Verkehrs-

flächen, die Schmutz- und Regenwasserleitungen und Beleuchtungsanlagen unentgeltlich der Stadt zu übereignen (§ 8 EV). Mit der Erfüllung des Vertrages sollten die Forderungsrechte der Klägerin auf Erhebung eines Erschließungs- und Anschlussbeitrages für die im Rahmen des Vertrages hergestellten Anlagen entfallen (§ 4 Abs. 2 EV). Die Klägerin verpflichtete sich, den Bodenwert i. H. v. 83.400 DM (42.641,74 €) für die sich zur Zeit des Vertragsabschlusses im Eigentum der Stadt befindlichen Flächen für eine der beiden Erschließungsstraßen zu tragen (§ 1 Abs. 5 Satz 4, § 4 Abs. 1 EV). Ferner enthielt § 3 Abs. 16 EV folgende Regelung:

„Sofern die Höhe der Kosten der Entwässerungsanlagen gemäß § 1 Abs. 2 lit. c zuzüglich des auf die Straßenregenentwässerung entfallenden Erschließungsbeitragsanteils nicht dem bei öffentlich-rechtlicher Veranlagung zu erhebenden Beitragsaufkommen entspricht, ist zwischen Erschließungsträger und Stadt der Ausgleich herbeizuführen. Nach derzeitigen Ermittlungen übersteigt das Anschlussbeitragsaufkommen zuzüglich des auf die Straßenregenentwässerung entfallenden Erschließungsbeitragsanteils im Vertragsgebiet die Herstellungskosten für die entwässerungstechnische Erschließung um ca. 230.000 DM. Der Erschließungsträger verpflichtet sich, diesen Differenzbetrag an die Stadt zu entrichten. Die Verpflichtung wird wirksam mit Abschluss dieses Vertrages. Der Beitrag wird zur Zahlung fällig vier Wochen nach Betriebsfertigkeit der Anlagen nach § 1 Abs. 2 lit. c. (...).“

§ 13 Abs. 1 und 2 EV enthält eine salvatorische Klausel, wonach für den Fall, dass einzelne Bestimmungen des Vertrages ganz oder teilweise nicht rechtswirksam sein sollten, die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt werden und anstelle der unwirksamen Klausel eine andere dem Willen der Vertragspartner – so weit rechtlich möglich – am nächsten kommende Klausel gelten soll.

Nach vertragsgemäßer Herstellung der Erschließungsanlagen durch den Beklagten und Vorlage der Schlussabrechnungen forderte die Klägerin den Beklagten unter Berufung auf § 3 Abs. 16 EV zur Zahlung von 175.573,46 € auf. Ausweislich einer beigefügten Berechnung ergebe sich für die im Eigentum des Beklagten stehenden Grundstücke ... bei einer Abrechnung nach der Anschlussbeitragsatzung der Klägerin ein Anschlussbeitrag i. H. v. insgesamt 227.388,81 €, zuzüglich der Beiträge für die Straßenregenentwässerung von 111.020 € (427 lfd. Meter à 260 €), zusammen mithin 338.408,81 €, während die Kosten der entwässerungstechnischen Maßnahmen nur 162.835,35 € betragen. Daraus ergebe sich der vom Beklagten zu zahlende Differenzbetrag. Der Beklagte lehnte eine Zahlung ab. Zur Begründung verwies er darauf, dass die Regelung in § 3 Abs. 16 EV wegen Verstoßes gegen § 124 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 BauGB nichtig sei. Im Übrigen sei die Berechnung unzutreffend.

Das VG hat entschieden, dass der Beklagte dem Grunde nach verpflichtet sei, an die Klägerin den sich aus der anzuwendenden Anschlussbeitragsatzung der Klägerin für die in dem Forderungsschreiben näher bezeichneten Grundstücke des Beklagten ergebenden Beitrag abzüglich der auf die Schmutzwasserkanalisation und die Regenwasserkanalisation der Grundstücke einschließlich der entsprechenden Grundstücksanschlüsse entfallenden Herstellungskosten zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. (...)

Auf die Berufung beider Beteiligten hat das OVG mit dem angefochtenen Urteil die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten das erstinstanzliche Urteil teilweise geändert und festgestellt, dass die Klage dem Grunde nach in vollem Umfang unbegründet sei. (...)

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin einen Verstoß gegen § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H (entspricht § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) bzw. § 124 Abs. 3 BauGB. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet.

Das angefochtene Urteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Zwar hat das OVG den streitgegenständlichen Vertrag im Ausgangspunkt zutreffend als Erschließungsvertrag im Sinne von § 124 Abs. 1 BauGB beurteilt (1.). Es hat jedoch zu Unrecht angenommen, dass der

Vertrag gegen das Angemessenheitsgebot des § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H verstoße und deshalb nichtig sei (2.). Das Berufungsurteil verstößt im Übrigen gegen § 126 Abs. 4 LVwG S-H, weil es wegen des von ihm angenommenen Fehlers zwingend auf eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages geschlossen hat (3.). Dies nötigt, da sich das Urteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt, gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Abs. 4 VwGO zur Zurückverweisung der Sache an das OVG (4.).

1. Das OVG hat den Regelungsgehalt des Vertrages im Ausgangspunkt zutreffend erfasst und ihn als Erschließungsvertrag im Sinne von § 124 Abs. 1 BauGB angesehen. In dem Vertrag überträgt die klagende Stadt die Aufgabe der Erschließung eines näher bezeichneten Baugebiets einem Dritten, nämlich dem Beklagten, einem privaten Erschließungsunternehmer. Dies entspricht der Definition des § 124 Abs. 1 BauGB.

a) Ohne Verstoß gegen Bundesrecht hat das OVG – wie zuvor schon das VG – in dem Vertrag, namentlich in § 4 Abs. 2 EV, keine Ablösungsvereinbarung gesehen. Eine solche Vereinbarung ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vertragsparteien vor Entstehen der sachlichen Beitragspflichten einen im Wege der Prognose geschätzten Betrag vereinbaren, den der Schuldner „zur Ablösung“ der Beitragsschuld zu zahlen hat und der später, abgesehen vom Eintritt einer jenseits der ablösungstypischen Risiken liegenden Entwicklung oder bei deutlichem Überschreiten der Prognose (sog. absolute Missbilligungsgrenze), nicht mehr in Frage gestellt werden soll (vgl. BVerwG, Urteil vom 9.11.1990, 8 C 36.89, BVerwGE 87, 77, 79 ff.; *Driehtaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 22 Rdnr. 6 f., jeweils m. w. N.). Dem gegenüber sollte hier der Beklagte keinen im Vorhinein geschätzten, sondern einen erst nach Vorlage der Schlussabrechnungen noch konkret zu ermittelnden Betrag zahlen.

Dessen Berechnung ist in der besonderen Abrechnungsklausel des § 3 Abs. 16 EV geregelt. Das OVG hat diese dahingehend ausgelegt, dass sie dazu dienen sollte, den Beklagten im Ergebnis so zu stellen, wie er stünde, wenn er als Eigentümer aller erschlossenen Grundstücke zu Erschließungs- und Anschlussbeiträgen herangezogen worden wäre, vermindert um die tatsächlichen Herstellungskosten. Dies habe in der Weise geschehen sollen, dass die bei einer (hypothetischen) Beitragserhebung festzusetzenden Anschlussbeiträge einschließlich der nach Einheitssätzen ermittelten Kosten der Straßenregenentwässerung errechnet und davon die tatsächlichen Kosten der entwässerungstechnischen Maßnahmen abgezogen würden. Diese vom OVG vor dem abgabenrechtlichen Hintergrund des Vertrages und mit Blick auf die Interessen und Zielsetzungen der Beteiligten gewonnene Auslegung des Vertrages ist für das Revisionsgericht bindend.

Allerdings hat die Klägerin ausweislich der ihrem Forderungsschreiben vom 14.1.2004 beigefügten Aufstellung dem Beklagten nicht die – im Falle einer Beitragserhebung – auf alle Grundstücke im Vertragsgebiet, sondern nur die auf die eigenen Grundstücke des Beklagten entfallenden Anschlussbeiträge in Rechnung gestellt, zuzüglich des (nach Einheitssätzen ermittelten) Betrages für die Straßenregenentwässerung (ob sich dieser auf das gesamte Vertragsgebiet bezieht, bleibt nach dieser Aufstellung unklar); von dieser Summe hat sie die tatsächlichen Herstellungskosten der entwässerungstechnischen Maßnahmen abgezogen. Dass die Klageforderung somit in der Höhe hinter dem nach der Auslegung des § 3 Abs. 16 EV durch das OVG möglichen Ausgleichsbetrag zurückbleibt, ist für die revisionsgerichtliche Prüfung indes unerheblich.

b) Der Streitgegenständliche Vertrag unterliegt nicht deshalb einer anderen rechtlichen Beurteilung oder rechtlichen Bedenken, weil Gegenstand des Vertrages auch leitungsgebundene Erschließungsanlagen sind, die – im Falle einer Beitragserhebung – nicht nach dem BauGB, sondern nach dem Anschlussbeitragsrecht des Landes Schleswig-Holstein (KAG S-H) abzurechnen wären.

§ 124 Abs. 2 Satz 1 BauGB bestimmt, dass Gegenstand eines Erschließungsvertrages nach Bundes- oder nach Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen in einem bestimmten Erschließungsgebiet in der Gemeinde sein können. Der Dritte kann sich gemäß § 124 Abs. 2 Satz 2 BauGB gegenüber der Gemeinde verpflichten, die Erschließungskosten ganz oder teilweise zu tragen, und zwar unabhängig davon, ob die Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind. Zu diesem über den Katalog des § 127 Abs. 2 BauGB hinausgehenden weiten Kreis der „Erschließungsanlagen“ im Sinne von § 124 Abs. 2 BauGB können daher auch – im Falle der Beitragserhebung – nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Anlagen fallen, die der Schmutz- und Regenwasserentwässerung sowohl der Straße als auch der Anliegergrundstücke dienen, einschließlich der zugehörigen Grundstücksanschlussleitungen. Deshalb ist auch der Begriff der „Erschließungskosten“ bewusst weiter gefasst als der des „Erschließungsaufwands“ im Sinne von § 127 Abs. 1, § 128 BauGB (vgl. *Driehaus*, a. a. O., § 6 Rdnr. 37).

Vor diesem Hintergrund geht die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (1997) dem schleswig-holsteinischen Landesrecht ein Verbot des Abschlusses von Verträgen über Abgaben zu entnehmen war und – wenn ja – ob ein solches landesrechtliches Vertragsformverbot (Handlungsformverbot) dem Streitgegenständlichen Vertrag entgegenstand, an der Rechtslage vorbei. Entscheidend ist vielmehr, dass das Bundesrecht in dem in § 124 Abs. 2 und 3 BauGB beschriebenen Umfang eine vertragliche Regelung über Erschließungskosten erlaubt, unabhängig davon, ob die den Gegenstand des Vertrages bildenden Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind oder nicht. Das Bundesrecht durfte und darf dies aufgrund der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) regeln. Diese umfasst namentlich die „allgemeinen Vorschriften“ über die „Erschließung“ (§§ 123 bis 126 BauGB). Jedenfalls besteht eine solche Kompetenz kraft Sachzusammenhangs mit der Erschließung im Sinne der §§ 123 ff. BauGB. Bundesrecht geht insoweit entgegenstehendem Landesrecht vor und verdrängt dieses (Art. 31 GG). Ein etwaiges landesrechtliches Vertragsformverbot (Handlungsformverbot) konnte und kann daher einer vertraglichen Kostenübernahme durch den Erschließungsunternehmer für im Falle der Beitragserhebung nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Erschließungsanlagen nicht entgegenstehen.

An dieser Rechtslage hat sich durch die im Rahmen der sog. Föderalismusreform I mit dem 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994 (BGBl I, S. 3146) erfolgte Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Erschließungsbeiträge auf die Länder nichts geändert. Die Einfügung des Klammerzusatzes „ohne das Recht der Erschließungsbeiträge“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG n. F. erfasst nicht die „allgemeinen Vorschriften“ über die „Erschließung“ (§§ 123 bis 126 BauGB). Auch die Befugnis der Länder zur Abweichungsgesetzgebung (vgl. Art. 72 Abs. 3, Art. 125a GG) erstreckt sich auf sie nicht. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Anschluss- und (inzwischen auch) für das Erschließungsbeitragsrecht kann daher nicht zu einer Ein-

schränkung der in § 124 BauGB eröffneten Handlungsform des Erschließungsvertrages und ihres Gegenstandes führen (vgl. auch *Walter*, Der Erschließungsvertrag im System des Erschließungsrechts, 2010, S. 110 ff. m. w. N.).

2. Das OVG hat einen Zahlungsanspruch der Klägerin verneint, weil der Erschließungsvertrag nichtig sei. Er verstoße gegen das Angemessenheitsgebot des § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H, weil der Beklagte gemäß § 1 Abs. 5 und § 3 Abs. 19 EV im Ergebnis auch mit Kostenanteilen belastet werde, die im Falle einer öffentlichrechtlichen Beitragserhebung nicht vollends auf dessen Grundstücke hätten verteilt werden dürfen; vielmehr hätten die im Beitragsgebiet vorhandenen Fremdanlieger in die Verteilung des beitragsfähigen Aufwandes einbezogen werden müssen. Die Beitragslast des Beklagten für dessen Grundstücke wäre – verglichen mit der vertraglich übernommenen Belastung – geringer ausgefallen. Die Überbürdung auch dieser Fremdanliegerkosten stelle eine unzulässige und deshalb zur Nichtigkeit des Vertrages führende Gegenleistung im Sinne von § 126 Abs. 2 Nr. 4 LVwG S-H dar.

Die vorstehend wiedergegebene Passage des Berufungsurteils kann nur so verstanden werden, dass die Überbürdung des auf die Fremdanlieger entfallenden Anteils am Erschließungsaufwand stets die Nichtigkeit des Erschließungsvertrages zur Folge habe. Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass das OVG die Unangemessenheit des Vertrages (erst) aufgrund einer Einzelfallprüfung im konkreten Fall hat annehmen wollen. Für ein solches Verständnis des angefochtenen Urteils fehlt jeder Anhaltspunkt.

Diese Ansicht des OVG ist mit Bundesrecht nicht vereinbar.

a) Gemäß § 126 Abs. 2 Nr. 4 LVwG S-H ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne von § 121 Satz 2 LVwG S-H (Austauschvertrag) unter anderem dann nichtig, wenn sich die Behörde eine nach § 123 LVwG S-H unzulässige Gegenleistung versprechen lässt. Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H muss die in einem solchen Vertrag vereinbarte Gegenleistung den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. Die genannten Vorschriften sind gemäß Art. 99 Alt. 2 GG i. V. m. § 327 LVwG S-H revisibel. Danach kann die Revision vor dem BVerwG auch darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung unter anderem von §§ 123 und 126 LVwG S-H beruhe. Im Übrigen entspricht § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H in der Sache sowohl § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG als auch § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Sachliche Übereinstimmung besteht ferner zwischen § 126 Abs. 2 Nr. 4 LVwG S-H und § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.

b) Das Urteil des OVG verstößt insoweit schon deshalb gegen Bundesrecht, weil es den Streitgegenständlichen Vertrag an § 123 LVwG S-H und nicht an der spezielleren Vorschrift des § 124 BauGB über die Zulässigkeit und den Inhalt von Erschließungsverträgen gemessen hat. Sollte das OVG die landesrechtliche Norm deshalb herangezogen haben, weil Gegenstand des Vertrages auch – im Falle der Beitragserhebung – nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Erschließungsanlagen waren, wäre dies aus den obigen Gründen (sub II 1. b) rechtsirrig.

Bei Anlegung der zutreffenden Maßstabsnorm wird offenbar, dass die Ansicht des OVG, es verstoße gegen das Angemessenheitsgebot, dass der Beklagte auch Fremdanliegerkosten tragen müsse, mit § 124 Abs. 2 Satz 2 BauGB nicht vereinbar ist. Danach kann zulässiger Inhalt eines Erschließungsvertrages auch sein, dass sich der Erschließungsunternehmer verpflichtet, die Erschließungskosten „ganz oder teilweise zu tragen“. Die Vorschrift erlaubt eine Kostenübernahme bis hin

zur vollen Kostentragung. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass Kostenanteile, die im Falle einer Beitragserhebung auf die Grundstücke von Fremdanlieger entfallen würden, hiervon ausgenommen sind. Die Problematik der sachgerechten Behandlung von im Erschließungsvertragsgebiet gelegenen Fremdanliegergrundstücken war dem Gesetzgeber bei der Einfügung von § 124 Abs. 2 und 3 BauGB im Jahr 1993 bekannt. Dies schließt es aus, allein schon wegen der Überbürdung von Fremdanliegerkosten, die vertraglichen Leistungen als unangemessen im Sinne von § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB anzusehen. Ob dies der Fall ist, hängt vielmehr von der nach der genannten Vorschrift anzustellenden Prüfung ab, ob die vertraglichen Leistungen „den gesamten Umständen nach“ angemessen sind. Sie müssen nicht nur im Verhältnis zum Vertragszweck (Erschließung des Vertragsgebiets), sondern auch im Verhältnis untereinander ausgewogen sein. Dabei ist eine wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs geboten (vgl. *Driehtaus*, a. a. O., § 6 Rdnr. 43; allgemein zum öffentlichenrechtlichen Vertrag nach dem VwVfG *Bonk in Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 56 Rdnr. 54 ff.; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 24.3.2011, 4 C 11.10, DVBl 2011, 823 Rdnr. 15 ff., zur Angemessenheitsprüfung bei einem Folgekostenvertrag gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Die Überbürdung von Fremdanliegerkosten ist hiernach neben anderen Aspekten nur ein Kostenpunkt, der bei Betrachtung der „gesamten Umstände“ des Vertrages die Angemessenheit der vereinbarten Leistungen in Frage stellen und zur Nichtigkeit des Vertrages führen kann, aber nicht muss.

Die Erwägung des OVG, dass die Klägerin den auf die Fremdanliegergrundstücke entfallenden Anteil am Erschließungsaufwand im Wege der Beitragsveranlagung nicht auf den Beklagten abwälzen könnte, ist hiernach allein nicht geeignet, das Verdikt der Unangemessenheit zu tragen. Indem § 124 Abs. 2 BauGB eine Vertragsgestaltung gestattet, in der die „Erschließungskosten“ – wie erwähnt: weitergehend als der „Erschließungsaufwand“ – von dem Unternehmer bis hin zur vollständigen Kostentragung übernommen werden, erlaubt das Gesetz gerade die Überbürdung auch solcher Kosten, die eine Gemeinde im Beitragswege nicht hätte abrechnen können. Die mit dem Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland (Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz) vom 22.4.1993 (BGBl I, S. 466) eingeführte Neuregelung in § 124 Abs. 2 und 3 BauGB bedeutet eine Entgrenzung des Rechts der Erschließungsverträge vom Beitragsrecht, d. h. deren Freistellung von dessen Vorgaben (BVerwG, Urteil vom 1.12.2010, 9 C 8.09, NVwZ 2011, 690 Rdnr. 40 f., mit ausführlicher Darstellung der Gesetzesmaterialien). Eine Argumentation im Rahmen der Angemessenheitsprüfung, die allein auf die Grenzen abstellt, die das Beitragsrecht ziehen würde, verfehlt daher die gesetzliche Neuregelung. Sie verharrt auf dem Stand der früheren, durch die erwähnte Neuregelung überholten Rechtsprechung des BVerwG, wonach die Gemeinden durch Erschließungsvertrag einem Unternehmer nur in dem Umfang Kosten überbürden konnten, wie es ihnen abgabenrechtlich gestattet wäre, sie auf die Abgabepflichtigen abzuwälzen (vgl. BVerwG, Urteil vom 23.8.1991, 8 C 61.90, BVerwGE 89, 7). Diese Rechtsprechung war für den Gesetzgeber ausdrücklich Anlass für die Neufassung des § 124 BauGB (vgl. das Urteil vom 1.12.2010, a. a. O., Rdnr. 39 f.).

3. Das angefochtene Urteil verstößt im Übrigen auch gegen § 126 Abs. 4 LVwG S-H. Danach ist ein öffentlichrechtlicher Vertrag, wenn die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrages betrifft, nur dann im Ganzen nichtig, wenn anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre

(ähnlich § 59 Abs. 3 VwVfG). Zu der Frage, ob wegen des vom OVG angenommenen Rechtsfehlers nur eine Teilnichtigkeit des Vertrages anzunehmen sein könnte, verhält sich das angefochtene Urteil mit keinem Wort, obwohl hierzu zum einen wegen der salvatorischen Klausel in § 13 Abs. 1 und 2 EV, zum anderen deshalb Anlass bestand, weil schon das VG auf eine Teilnichtigkeit des Vertrages erkannt hatte (wegen teilweiser Unangemessenheit einer anderen Vertragsklausel). Daraus kann – mangels Begründung – nur geschlossen werden, dass das OVG der Ansicht war, dass der von ihm angenommene Nichtigkeitsgrund zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Erschließungsvertrages führt. Diese Ansicht ist mit der genannten Vorschrift nicht vereinbar. Für die Annahme, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre, fehlt im Übrigen jeder Anhaltspunkt. Vielmehr spricht, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, neben der salvatorischen Klausel auch die Interessenlage beider Vertragsparteien dafür, dass sie, hätten sie den vom OVG angenommenen Rechtsverstoß erkannt, den Erschließungsvertrag auch ohne eine vertragliche Übernahme der Fremdanliegerkosten durch den Beklagten abgeschlossen hätten.

4. Das Urteil des OVG erweist sich auch nicht aus anderen Gründen – ganz oder teilweise – als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO).

a) Eine Bestätigung der Annahme des OVG, dass die Klageforderung dem Grunde nach in vollem Umfang unbegründet sei, kommt nicht in Betracht. Um die Angemessenheit der in dem Erschließungsvertrag vereinbarten Leistungen gemäß § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB beurteilen zu können, bedarf es weitergehender tatsächlicher Feststellungen zu „den gesamten Umständen“ des Falles. Dazu gehört unter anderem, wie hoch die vom Beklagten insgesamt zu tragenden Kosten im Verhältnis zum gesamten Kostenvolumen des Erschließungsvertrages sind. Die insoweit erforderlichen Tatsachenfeststellungen wird das OVG nachholen müssen, an das die Sache daher zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen ist (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

Dass der streitgegenständliche Vertrag aus anderen Gründen (gesamt-)nichtig wäre oder andere rechtsvernichtende oder -hindernde Gründe eine vollumfängliche Abweisung der Klageforderung rechtfertigen würden, ist nicht ersichtlich.

b) Auch eine immerhin teilweise Aufrechterhaltung des Berufungsurteils im Umfang des erstinstanzlichen Urteils, das die Klageforderung – wegen eines anderen Kostenansatzes – nur teilweise für dem Grunde nach unbegründet angesehen hat, scheidet aus.

Das VG hat nicht die Übernahme der Fremdanliegerkosten durch den Beklagten (§ 1 Abs. 5, § 3 Abs. 19 EV) beanstandet, sondern angenommen, dass die Abrechnungsklausel des § 3 Abs. 16 EV hinsichtlich des auf die Straßentwässerung entfallenden Erschließungsbeitragsanteils unangemessen sei im Sinne von § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB und damit teilnichtig sei im Sinne von § 126 Abs. 4 LVwG S-H. Dem Beklagten würden dadurch Kosten überbürdet, die die Klägerin durch Bescheid nicht hätte geltend machen dürfen, weil ihr insoweit, ungeachtet des Umstandes, dass die Kosten der Straßentwässerung gemäß der Erschließungsbeitragsatzung der Klägerin nach Einheitssätzen umgelegt werden, kein Aufwand entstanden sei.

Auch diese Erwägung steht mit Bundesrecht nicht in Einklang. Sie beruht auf demselben Fehlschluss, der – bezogen auf die Fremdanliegerkosten – das Urteil des OVG kennzeichnet (siehe oben sub II 2. b), nämlich auf einer allein abgabenrechtlichen Beurteilung, die auf die Grenzen abstellt, die der

Gemeinde durch das Beitragsrecht gezogen wären, falls sie im Wege der Beitragserhebung durch Bescheid vorgehe. Sie verkennt, dass die Neuregelung des § 124 Abs. 2 und 3 BauGB das Recht der Erschließungsverträge von den Vorgaben des Erschließungsbeitragsrechts gerade freistellen will (vgl. das Urteil vom 1.12.2010, a. a. O.).

Soweit sich das VG für seine Auffassung darauf beruft, dass der Klägerin hinsichtlich der Straßenoberflächenentwässerung kein beitragsfähiger Aufwand entstanden sei, und insoweit auf eine Entscheidung des BVerwG verweist (BVerwG, Urteil vom 29.7.1977, 4 C 3.75, BayVBl 1978, 279 = BRS 37 Nr. 80, 158), verkennt das VG zum einen, dass die Entscheidung aus der Zeit vor der Neuregelung des § 124 BauGB stammt, zum anderen missversteht es die Aussagen jener Entscheidung: Nach den tatrichterlichen Feststellungen zu dem ihr zugrundeliegenden Fall, der im Übrigen keinen Erschließungsvertrag betraf, war lediglich nicht nachgewiesen, dass der in „Eigenregie“ durch einen beauftragten Unternehmer handelnde Beklagte den strittigen Gehweg „in vollem Umfang auf seine Kosten hergestellt“ hatte. Es war nur nachgewiesen, dass er „zwei kleinere Teilabschnitte des Gehwegs“ in Auftrag gegeben hatte. Allein darauf bezieht sich die Aussage des BVerwG, dass beitragsfähig „nur der von der Gemeinde selbst erbrachte Aufwand“ sei und dass „der Ermittlung nach § 130 Abs. 1 BBauG (...) mithin nicht solcher Aufwand“ unterliege, „den die Gemeinde nicht selbst erbracht hat“. Es ging also lediglich um die Anwendung der üblichen „Beweis- und Beweislastgrundsätze“ (Urteil vom 29.7.1977, a. a. O.).

(...)

Anmerkung:

1. Praxisrelevante Konstellationen

Kommunen fehlt insbesondere in ländlichen Regionen das Geld für die Erschließung neuer Baugebiete. Auch nach einer Baulandausweisung besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Durchführung der Erschließung (§ 123 Abs. 3 BauGB). Bietet ein Erschließungsunternehmer der Gemeinde zur Durchführung der Erschließung einen Erschließungsvertrag an, ist die Gemeinde, wenn sie ein zumutbares Angebot nicht annimmt, verpflichtet, die Erschließung selbst durchzuführen (§ 124 Abs. 3 Satz 2 BauGB). Liegen im Erschließungsgebiet Grundstücke, die nicht im Eigentum des Erschließungsunternehmers stehen (sog. Fremdanlieger), stellt sich die Frage, ob ein zumutbares Angebot auch die Erschließung dieser Grundstücke umfassen muss oder ob der Erschließungsunternehmer die Gemeinde darauf verweisen kann,¹ insoweit Erschließungsbeiträge zu erheben und die Eigenbeteiligung selbst zu tragen.

Werden neue Baugebiete erschlossen, ergibt sich die Fremdanliegerproblematik in der Praxis in zwei Konstellationen: Ein bereits bebauter Grundstück erhält durch die neuen Erschließungsanlagen eine weitere Erschließung (sog. Doppelererschließung). Dieser Erschließungsvorteil führt zur nochmaligen Beitragspflicht des betreffenden Grundstücks, auch wenn der Eigentümer aktuell die Mehrfacherschließung nicht benötigt.² Eigentümer der betreffenden Grundstücke sehen häufig nicht ein, dass sie für die „aufgedrängte“ weitere Er-

schließung nochmals Beiträge entrichten sollen. Nicht zuletzt deshalb machen Gemeinden bei dieser Gestaltung die Baulandausweisung vom Abschluss eines Erschließungsvertrages abhängig, in dem der Erschließungsunternehmer die gesamten Kosten der Erschließung übernimmt und gleichsam den Fremdanlieger insoweit von der Kostenübernahme freistellt. Gleiches gilt für Grundstücke, die durch die Erschließungsmaßnahme erstmals erschlossen und damit bebaubar werden, deren Eigentümer aber diesen Vorteil z. B. wegen fehlender Bauabsicht aktuell nicht realisieren wollen, und deshalb die Kostenbelastung als Nachteil ansehen. Freiwillig sind die Eigentümer dieser Grundstücke nicht bereit, sich an den entstehenden Kosten zu beteiligen.

2. Erschließungsvertrag und Angemessenheit

Ebenso wie für öffentlichrechtliche als auch für städtebauliche Verträge (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG) gilt auch für den Erschließungsvertrag das inhaltsbegrenzende Gebot der Angemessenheit (§ 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB). Ein Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot führt zunächst nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG zur Nichtigkeit der diesbezüglichen Vereinbarung. Gemäß § 59 Abs. 3 VwVfG ist der Erschließungsvertrag ferner insgesamt nichtig, soweit nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre.³ Das Gebot der Angemessenheit betrifft die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung. Hierzu ist auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen.⁴ Den Gemeinden ist es verboten, den Erschließungsunternehmer zu überzogenen Leistungen zu verpflichten, die außer Verhältnis zu den Bedürfnissen und der Grundstücksnutzung im Erschließungsgebiet stehen. Die Angemessenheit bezieht sich über die vereinbarten Leistungen hinaus auf die gesamten Umstände des Erschließungsvertrags. Angemessen ist die Übernahme der Kosten für die Herstellung der für das Erschließungsgebiet erforderlichen Erschließungsanlagen, wenn diese im Eigentum des Erschließungsunternehmers stehen und dieser jedenfalls von den Eigentümern insgesamt beauftragt wurde.

Als Beispiel für einen Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit wird eine Luxusererschließung, die den üblichen Erschließungsstandard weit überschreitet, genannt.⁵ Auch die Übernahme von Mehrkosten, die nicht nur die Grundstücke im Erschließungsgebiet, sondern auch weitere Grundstücke betreffen, kann ebenfalls unangemessen sein.⁶ Schließlich ist bei der Übernahme der Herstellung nach Landesrecht beitragspflichtiger leitungsgebundener Anlagen eine Unangemessenheit anzunehmen, wenn neben den Herstellungskosten zusätzlich KAG-Beiträge erhoben werden und eine Doppelbelastung entsteht, ohne dass die eigenen Aufwendungen des Erschließungsunternehmers auf die Beiträge angerechnet werden.⁷

3. Unangemessener Vertrag zugunsten Dritter

Auch die Kostentragung des Erschließungsunternehmers für Fremdanliegergrundstücke ist nicht unproblematisch. Den

³ Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl., § 6 Rdnr. 46.

⁴ BVerwG, IV C 22/72, NJW 1973, 1895; BVerwG, 4 C 15.04, NVwZ 2006, 336; vgl. auch BeckOK-BauGB/*Spannowsky/Uechtritz/Hoffmann*, § 124 Rdnr. 30.

⁵ Vgl. *Driehaus* in Berliner Kommentar zum BauGB, § 124 Rdnr. 23.

⁶ *Quaas*, BauR, 1999, 1113, 1121, und BeckOK-BauGB/*Spannowsky/Uechtritz/Hoffmann*, § 124 Rdnr. 30.

⁷ Siehe nur *Quaas*, BauR, 1999, 1113, 1121.

¹ Zur diesbezüglichen Annahmepflicht der Gemeinde BVerwG, 4 B 65.93, NVwZ-RR 1993, 1101, und BVerwG, 4 B 88.01, NVwZ-RR 2002, 413.

² Zur Mehrfacherschließung vgl. *Grziwotz* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 131 Rdnr. 49 ff.

Erschließungsunternehmer trifft nämlich bei einer diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarung das Risiko der Refinanzierung der Erschließungskosten. Anders als die Gemeinde kann er diese nicht durch eine hoheitliche Beitragserhebung durchsetzen. Eine diesbezügliche Übertragung auf ihn durch die Gemeinde ist nicht zulässig.⁸ Die Gemeinde kann sich auch ihm gegenüber nicht verpflichten, Erschließungsbeiträge zu erheben und diese anschließend an ihn auszukehren.⁹ Sie kann jedoch in den Erschließungsvertrag eine Fremdanliegerklausel aufnehmen, wonach dem Unternehmer sein Aufwand erstattet wird und die von ihm zu tragenden Kosten mit diesem Anspruch verrechnet wird. Durch diese Kostenabrede kann ein umlagefähiger Aufwand der Gemeinde begründet werden, der Grundlage für die Heranziehung von Fremdanliegern zu Erschließungsbeiträgen ist.¹⁰ Demgegenüber kommt eine nachträgliche Modifizierung des Erschließungsvertrages nicht in Betracht; etwas anderes gilt ausnahmsweise, wenn zumindest der Wille der Vertragsparteien zum Ausdruck kam, Fremdanlieger zu Erschließungsbeiträgen heranzuziehen.¹¹

Ob die Überbürdung des Kostenrisikos dem Angemessenheitsgebot entspricht, wurde bis zur Entscheidung des BVerwG als durchaus zweifelhaft angesehen.¹² Das BVerwG hat nunmehr die Ansicht abgelehnt, dass bereits die Übernahme der Fremdanliegerkosten durch den Erschließungsunternehmer zur Unangemessenheit des Erschließungsvertrages führt. Vielmehr kommt es auf die gesamten Umstände an. Die Übernahme der Fremdanliegerkosten kann insofern nur ein Punkt im Rahmen der diesbezüglichen Prüfung sein.

Das BVerwG entkoppelt zudem die Prüfung der Angemessenheit des Erschließungsvertrages vom Vergleich mit dem Beitragsrecht. Es weicht damit von seiner früheren Rechtsprechung ab.¹³ Vielmehr ist bei der Angemessenheitsprüfung in Bezug auf die Fremdanliegerkosten zusätzlich zu prüfen, wie hoch die vom Erschließungsunternehmer insgesamt zu tragenden Kosten der Fremdanlieger im Verhältnis zum gesamten Aufwand des Erschließungsvertrages sind. Erklärt der Erschließungsunternehmer, dass er hinsichtlich der Fremdanlieger bereits privatrechtlich Erstattungsansprüche vereinbart hat, dürfte der Grundsatz gelten, dass die Gemeinde insofern nicht zu diesbezüglichen Nachforschungen verpflichtet ist.¹⁴ Hinsichtlich der diesbezüglichen Erstattungsverträge ist umstritten, ob es sich um Vereinbarungen handelt, die der MaBV unterliegen, wenn der Erschließungsträger Grundstücke oder Teile von solchen, die durch die öffentliche Maßnahme

erschlossen werden, verkauft.¹⁵ Die öffentlichrechtliche Beurteilung zeigt, dass es sich im Verhältnis zu Fremdanliegern und Käufern von erschlossenen Grundstücken lediglich um eine Frage der Kostenerstattung handelt, bei der der Grundstückseigentümer vor ungesicherten Voraussetzungen geschützt werden sollte,¹⁶ nicht jedoch um ein Problem der MaBV, sofern die Baumaßnahmen lediglich auf Grundstücken durchgeführt werden, die im Eigentum der Gemeinde stehen oder in dieses übergehen.

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

¹⁵ Vgl. *Riemenschneider* in *ders./Farrelly*, Praktikerhandbuch Bau-trägerfinanzierung und -vertrag, 2012, Rdnr. 498 ff.; *Basty*, Der Bau-trägervertrag, 7. Aufl., Rdnr. 113 ff.; *Everts* in *Grziwotz*, MaBV, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 27 ff.; *Blank*, DNotZ 1999, 447 und *Grziwotz*, MDR 1996, 978, 979; *ZfIR* 1998, 595 ff.; *MittBayNot* 1999, 44, 47. Die empfohlene gemeinsame Abnahme einer öffentlich gewidmeten Straße durch Gemeinde und Anlieger entsprechend dem Gemeinschaftseigentum beim WEG ist fern jeder Realität.

¹⁶ Vgl. zu einem diesbezüglichen Muster *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, BauGB, § 124 Rdnr. 130.

17. GBO § 20; GO NRW § 64 Abs. 2; FamFG § 137 Abs. 2 (*Grundstücksgeschäft als Geschäft der laufenden Verwaltung*)

1. **Eine Vollmacht einer Gemeinde zum Abschluss von Grundstücksgeschäften, die den Vertreter bevollmächtigt, für die Gemeinde Grundstücksgeschäfte der laufenden Verwaltung zu tätigen und die für den Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages sowie den Eigentumsübergang erforderlichen Willenserklärungen abzugeben, orientiert sich an der diesbezüglichen Vorschrift des Gemeinderechts.**
2. **Grundstücksgeschäfte können nur in Ausnahmefällen als laufende Angelegenheiten zu qualifizieren sein, wenn eine erhebliche Gefährdung der Vermögensinteressen der Gemeinde kaum zu besorgen ist. Betroffen sind vor allem die Bestellung von Dienstbarkeiten zugunsten örtlicher Versorgungsunternehmen und offenkundig für die Gemeinde unbedeutende Geschäfte (verneint für die Grundstücksveräußerung mit einem wirtschaftlichen Gegenwert von 64.170 € bei einer westfälischen Großstadt).**

(Leitsätze des Anmerkenden)

OLG Hamm, Beschluss vom 22.2.2012, I-15 W 67/11; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abrufbar unter www.dnoti.de

Anmerkung:

§ 64 Abs. 2 GO NRW enthält den Begriff der „Geschäfte der laufenden Verwaltung“, für welche die in § 64 Abs. 1 GO NRW angeordnete Form nicht anwendbar ist. Das OLG Hamm legt auch die erteilte Vollmacht im Sinne dieser Bestimmung aus. Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO enthält ebenfalls den Begriff der „laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen“. Die Frage, ob eine Angelegenheit grundsätzliche Bedeutung hat, ist auf die jeweilige Gemeinde zu beziehen. Grundsätzlich

⁸ OVG Magdeburg, 1 L 484/02, DÖV 2003, 907.

⁹ OVG Magdeburg, 4 L 205/10, BeckRS 2011, 46318.

¹⁰ BVerwG, 8 C 17.94, BVerwGE 101, 12 = *MittBayNot* 1996, 391; ebenso OVG Lüneburg, 9 LC 132/09, BeckRS 2011, 47219; a. A. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl., § 6 Rdnr. 53 f.

¹¹ OVG Lüneburg, 9 ME 269/06, KommJur 2007, 220; a. A. *Rodegra*, NVwZ 1997, 633, 636, und *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl., § 6 Rdnr. 6 f., wonach die Gemeinde eine Regimeentscheidung über die Art der Refinanzierung von Erschließungskosten, nämlich durch Beitragserhebung oder durch einen Erschließungsvertrag, trifft. Dem ist das OVG Schleswig, 2 L 246/01, NordÖR 2003, 206 = DVBl. 2003, 347 entgegen getreten; siehe dazu *Grziwotz* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 124 Rdnr. 5.

¹² Siehe nur *Wiggers*, NJW-Spezial 2011, 172; vgl. auch OVG Lüneburg, 9 LC 132/09, BeckRS 2011, 47219.

¹³ BVerwG, IV C 69/67, BVerwGE 32, 37, 39; BVerwG, IV C 59/70, NJW 1972, 1988; BVerwG, IV O 41/71, NJW 1973, 1713; BVerwG, 8 C 52.83, BVerwGE 70, 204; BVerwG, 8 C 61.90, BVerwGE 89, 7, 9.

¹⁴ Vgl. *Hien* in *Brennpunkte des Verwaltungsrechts* 1995, 1995, S. 43, 53.

geht die Rechtsprechung in Zweifelsfällen von einer Vermutung für die Zustimmung des Gemeinderats aus (BayObLG, BayVBl 1973, 131; BayObLG, BayVBl 1974, 706, 707, und Bauer/Böhle/Ecker, Art. 37 BayGO Rdnr. 4 f.).

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

Steuerrecht

18. ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1; GrEStG § 1 Abs. 3 Nr. 1, § 3 Nr. 2 Satz 1, Nr. 6 Satz 1, § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 (*Grunderwerbsteuerbefreiung bei Anteilsvereinigung aufgrund gemischter Schenkung von Anteilen an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft*)

1. **Die Vereinigung von Anteilen an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist insoweit nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, als sie auf einer schenkweisen Anteilsübertragung beruht (Änderung der Rechtsprechung).**
2. **Eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG scheidet für die nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG steuerbare Vereinigung von Anteilen an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft aus.**
3. **Soweit die zu einer Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG führende Übertragung von Anteilen an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft im Rahmen einer gemischten Schenkung erfolgt, sind für den entgeltlichen Teil des Erwerbs gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer die festgestellten Grundbesitzwerte anzusetzen, soweit sie auf den entgeltlichen Teil des Erwerbs entfallen.**

BFH, Urteil vom 23.5.2012, II R 21/10

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) erhielt im Jahr 1997 von seinem Vater (V) unentgeltlich einen Teilgeschäftsanteil in Höhe von 41 % des Stammkapitals an der grundbesitzenden GmbH. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 18.6.2008 übertrug V im Wege der vorweggenommenen Erbfolge seinen verbliebenen Geschäftsanteil von 59 % mit einem Nennbetrag von 1.298.000 DM (663.656,86 €) auf den Kläger. Dieser verpflichtete sich, an V auf dessen Lebenszeit als dauernde Last monatlich einen Betrag i. H. v. 4.000 € zu zahlen. Weitere Gegenleistungen hatte der Kläger nicht zu erbringen.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) setzte wegen der Vereinigung aller Anteile an der GmbH in der Hand des Klägers mit Bescheid vom 11.9.2008 Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG i. H. v. 15.855 € fest. Bemessungsgrundlage waren jeweils geschätzte Bedarfswerte für den Grundbesitz der GmbH.

Der Einspruch, mit dem der Kläger für die Übertragung des Geschäftsanteils die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 GrEStG begehrte, blieb ohne Erfolg.

Im Laufe des Klageverfahrens erließ das FA am 9.2.2009 einen nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO geänderten Bescheid, in dem es die Grunderwerbsteuer unter Zugrundelegung der festgestellten Grundbesitzwerte auf 19.112 € erhöhte. Die Klage, die sich wegen des für die Anteilsübertragung gezahlten Entgelts und des Verwandtschaftsverhältnisses zusätzlich auf die Gewährung der Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG richtete, wurde abgewiesen. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2010, 1151 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung des § 3 Nr. 2 GrEStG. Diese Vorschrift sei auch auf Anteilsvereinigungen im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG anwendbar. Sie bezwecke, die doppelte Belastung mit Grunderwerbsteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer zu vermeiden. Unbeachtlich sei, dass sich die zur Anteilsvereinigung führende Anteilsübertragung in einem anderen Verhältnis vollziehe

als der fiktive Grundstückserwerb. Der BFH habe bereits im Urteil vom 12.10.2006, II R 79/05, BFHE 215, 286 = BStBl II 2007, S. 409 = MittBayNot 2007, 435, entschieden, dass der nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbare Gesellschafterwechsel bei einer schenkweisen Übertragung der Anteile an einer grundbesitzenden Personengesellschaft nach § 3 Nr. 2 GrEStG steuerbefreit sei.

Während des Revisionsverfahrens hat das FA mit Bescheid vom 19.9.2011 die Steuerfestsetzung gemäß § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO für vorläufig hinsichtlich der Frage erklärt, ob die Heranziehung der Grundbesitzwerte im Sinne des § 138 BewG als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer verfassungsgemäß ist.

Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung, die Grunderwerbsteuerbescheide vom 11.9.2008, vom 9.2.2009 und vom 19.9.2011 sowie die Einspruchsentscheidung vom 30.10.2008 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Das Bundesministerium der Finanzen hat mit Schriftsatz vom 22.2.2012 den Beitritt zum Verfahren nach § 122 Abs. 2 FGO erklärt.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen zur Aufhebung der Vorentscheidung. Da während des Revisionsverfahrens ein Änderungsbescheid ergangen ist, ist das Urteil des FG gegenstandslos geworden (BFH, Urteil vom 17.1.2008, VI R 44/07, BFHE 220, 269 = BStBl II 2011, S. 21).

Die Vorentscheidung kann auch aus materiellrechtlichen Gründen keinen Bestand haben. Die Sache ist zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Die Anteilsvereinigung ist entgegen der Auffassung des FG nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, soweit die Anteile an der GmbH dem Kläger freigebig zugewendet wurden. Soweit der am 18.6.2008 übertragene Anteil an der GmbH von 59 % wegen der vereinbarten dauernden Last entgeltlich übertragen wurde, hat das FG zutreffend entschieden, dass eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG nicht zu gewähren ist; die Anteilsvereinigung ist insoweit Grunderwerbsteuerpflichtig. Das FG hat jedoch – aus seiner Sicht zu Recht – noch keine Feststellungen zu dem Verkehrswert des am 18.6.2008 übertragenen Geschäftsanteils von 59 % und zu dem Verkehrswert der Gegenleistung getroffen, so dass nicht beurteilt werden kann, inwieweit dieser Geschäftsanteil entgeltlich übertragen wurde und in welcher Höhe die Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG anzusetzen ist.

1. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer u. a. ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile der Gesellschaft begründet, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört, wenn durch die Übertragung unmittelbar oder mittelbar mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft in der Hand des Erwerbers allein vereinigt werden würden. Die Steuerbarkeit wird nur durch den Erwerb des letzten Anteils ausgelöst. Dabei ist der Vorgang, der zum Erwerb dieses Anteils führt, zwar das die Steuer auslösende Moment; Gegenstand der Steuer ist jedoch nicht der Anteilserwerb als solcher, sondern die durch ihn begründete Zuordnung von mindestens 95 % der Anteile in einer Hand. Mit dem Anteilserwerb wird Grunderwerbsteuerrechtlich derjenige, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, so behandelt, als habe er die Grundstücke von der Gesellschaft erworben, deren Anteile sich in seiner Hand vereinigen (st. Rspr., vgl. BFH, Urteil vom 2.4.2008, II R 53/06, BFHE 220, 550 = BStBl II 2009, S. 544 = MittBayNot 2008, 502 m. w. N.).

Im Streitfall ist der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt. Der Kläger, der bereits Inhaber eines GmbH-Geschäftsanteils von 41 % war, hat aufgrund des notariell beurkundeten Vertrags vom 18.6.2008 einen Anspruch auf Übertragung des weiteren GmbH-Geschäftsanteils von 59 % erworben. Nach der Übertragung war der Kläger alleiniger Anteilseigner der GmbH. Der damit verbundene (fiktive) Erwerb der Grundstücke der GmbH durch den Kläger ist steuerbar.

2. Die Anteilsvereinigung ist insoweit nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, als der Kläger die Anteile an der GmbH aufgrund einer freigebigen Zuwendung von V erhalten hat.

a) Nach § 3 Nr. 2 GrEStG sind Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des ErbStG von der Besteuerung ausgenommen. Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ist auch auf eine Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG anzuwenden, die auf einer schenkweisen Übertragung von Geschäftsanteilen beruht. In einem solchen Fall liegt zwar keine Grundstücksschenkung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vor. Denn der Schenkungsteuer unterliegt nicht der durch die schenkweise Anteilsübertragung ausgelöste fiktive Grundstückserwerb, sondern die freigebige Zuwendung der Geschäftsanteile. Grunderwerbsteuerrechtlich ist jedoch der fiktive Erwerb der Gesellschaftsgrundstücke durch den Anteilserwerber steuerbar. Dieser fiktive Erwerb der Gesellschaftsgrundstücke beruht ebenso wie der Erwerb der Geschäftsanteile auf einer Schenkung.

b) Der in § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG verwendete Begriff „Grundstücksschenkungen unter Lebenden“ ist nicht so zu verstehen, dass die Vorschrift nur isolierte freigebige Zuwendungen von Grundstücken erfasst (vgl. BFH, Urteile vom 13.9.2006, II R 37/05, BFHE 215, 282 = BStBl II 2007, S. 59 = MittBayNot 2007, 249; BFHE 215, 286 = BStBl II 2007, S. 409 = MittBayNot 2007, 435). Die Vorschrift hat den Zweck, die doppelte Belastung eines Lebensvorgangs mit Grunderwerbsteuer und Erbschaftsteuer bzw. Schenkungsteuer zu vermeiden. Im Hinblick auf diesen Gesetzeszweck hat der BFH den rechtstechnischen Anknüpfungspunkten, die für die Erbschaftsteuer und die Schenkungsteuer unterschiedlich sind, bei einem nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbaren Gesellschafterwechsel durch schenkweise Übertragung der Anteile an einer grundbesitzenden Personengesellschaft keine Bedeutung zugemessen und die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 GrEStG insoweit gewährt, als die Änderung im Gesellschafterbestand auf einer schenkweisen Anteilsübertragung beruht (vgl. BFHE 215, 286 = BStBl II 2007, S. 409 = MittBayNot 2007, 435 m. w. N.). Führt eine schenkweise Anteilsübertragung zur Auflösung einer grundbesitzenden Personengesellschaft, weil ein Gesellschafter die Anteile der anderen Gesellschafter zu Alleineigentum erwirbt, ist der dabei erfolgende Übergang von Grundstücken aus dem Gesellschaftsvermögen in das Alleineigentum des Gesellschafters ebenfalls nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerbefreit (BFHE 215, 282 = BStBl II 2007, S. 59 = MittBayNot 2007, 249).

c) Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ist auch dann zu gewähren, wenn Gegenstand einer freigebigen Zuwendung ein Anteil an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft ist und durch die Übertragung des Anteils der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt wird.

aa) Der Anwendbarkeit der Steuerbefreiung steht nicht entgegen, dass in diesem Fall Grunderwerbsteuerrechtlich ein Grundstückserwerb von der Gesellschaft und schenkungsteuer-

errechtlich ein Erwerb des Gesellschaftsanteils von dem früheren Gesellschafter besteuert wird (vgl. *Viskorf*, FS Spiegelberger, 2009, S. 518, 522; *Teiche*, BB 2008, 196 unter III.1.b; *Sinewe*, GmbHR 2007, 558; *Ruhwinkel*, DStR 2007, 1755; v. *Proff* zu *Irnich*, DB 2007, 2616 unter VI.; *Meßbacher-Hönsch* in *Boruttau*, GrEStG, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 119 f.; a. A. koordinierter Ländererlass vom 18.12.2009, DStR 2010, 114). Für die Anwendung des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG auch auf Anteilsvereinigungen im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist maßgebend, dass nur ein Lebenssachverhalt – die freigebige Zuwendung eines Anteils an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft – gegeben ist, der der Schenkungsteuer unterliegt. Die durch die schenkweise Zuwendung eines Anteils ausgelöste Anteilsvereinigung ist – zur Vermeidung der Doppelbelastung – insoweit von der Grunderwerbsteuer zu befreien, als sie auf dieser freigebigen Zuwendung beruht.

bb) Entsprechendes gilt für die vorhergehenden Anteilserwerbe desjenigen, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen. Beruhen diese Erwerbe auf einer freigebigen Zuwendung, unterliegen sie – unabhängig von ihrer Grunderwerbsteuerrechtlichen Relevanz – der Schenkungsteuer. Tritt durch den letzten Anteilserwerb eine Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ein, wird die Zuordnung von mindestens 95 % der Anteile in einer Hand besteuert. Die früher erworbenen Anteile sind jedoch weiterhin damit behaftet, dass ihr Erwerb der Schenkungsteuer unterlag. Nach dem Gesetzeszweck des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ist es deshalb gerechtfertigt, die durch den letzten Anteilserwerb ausgelöste Anteilsvereinigung auch insoweit von der Grunderwerbsteuer zu befreien, als sie auf früheren freigebigen Zuwendungen von Anteilen beruht. Insoweit ist unbeachtlich, dass der Lebenssachverhalt – die freigebige Zuwendung eines Anteils einer Kapitalgesellschaft, die nicht zu einer Anteilsvereinigung führt – Grunderwerbsteuerrechtlich erst bedeutsam wird, wenn der Tatbestand der Anteilsvereinigung erfüllt ist. Der Umfang der Steuerbefreiung des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG für den fiktiven Grundstückserwerb bestimmt sich damit nicht nur nach dem zuletzt schenkweise übertragenen Anteil, der die Anteilsvereinigung auslöst, sondern danach, inwieweit die Anteile in der Hand des Erwerbers diesem insgesamt freigebig zugewendet wurden.

Soweit in den BFH-Urteilen vom 31.3.1982, II R 92/81 (BFHE 135, 556 = BStBl II 1982, S. 424) und vom 8.6.1988, II R 143/86 (BFHE 153, 428 = BStBl II 1988, S. 785) zur Anwendung des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG eine andere Rechtsauffassung vertreten wurde, wird daran nicht mehr festgehalten.

d) Wird ein Anteil an einer grundbesitzenden GmbH nicht in vollem Umfange unentgeltlich, sondern im Wege einer gemischten Schenkung teilweise entgeltlich auf einen Erwerber übertragen, ist im Falle der Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG der (fiktive) Erwerb der Gesellschaftsgrundstücke durch den Erwerber nur insoweit nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerbefreit, als der Anteil im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG freigebig zugewendet wurde.

aa) Eine freigebige Zuwendung liegt auch vor, wenn einer höherwertigen Leistung eine Gegenleistung von geringerem Wert gegenübersteht und die höherwertige Leistung neben Elementen der Freigebigkeit auch Elemente eines Austauschvertrages enthält, ohne dass sich die höherwertige Leistung in zwei selbständige Leistungen aufteilen lässt (sog. gemischte Schenkung, vgl. BFH, Urteil vom 19.12.2007, II R 22/06, BFH/NV 2008, 962 m. w. N.). Über eine – teilweise – Unentgeltlichkeit und die Frage einer Bereicherung ist dabei nach

zivilrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden (vgl. BFH, Urteil vom 17.10.2001, II R 60/99, BFHE 197, 260 = BStBl II 2002, S. 165). Bei einer gemischten Schenkung unterliegt der Schenkungsteuer nur der (unselbständige) freigebige Teil der Zuwendung. Dieser Teil ist die Bereicherung im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG und bestimmt sich nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Bereicherung des Bedachten zum Verkehrswert der Leistung des Schenkers (BFH, Urteil vom 8.2.2006, II R 38/04, BFHE 213, 102 = BStBl II 2006, S. 475 = MittBayNot 2006, 541).

bb) Hat der Erwerber des Anteils an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft im Rahmen einer gemischten Schenkung Gegenleistungen zu erbringen, ist § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nur auf den unentgeltlichen Teil des Erwerbs anwendbar (vgl. BFHE 215, 282 = BStBl II 2007, S. 59 = MittBayNot 2007, 249). Der entgeltliche Teil des Erwerbs unterliegt der Grunderwerbsteuer, sofern nicht andere Befreiungsvorschriften eingreifen.

e) Im Streitfall hat der Kläger von V Anteile an der GmbH im Jahr 1997 in Höhe von 41 % unentgeltlich und am 18.6.2008 in Höhe von 59 % mit einem Nennbetrag von 1.298.000 DM (663.656,86 €) gegen Zahlung einer dauernden Last von monatlich 4.000 € erhalten. Soweit die Übertragung der Anteile auf einer freigebigen Zuwendung beruht, ist auch der (fiktive) Grundstückserwerb des Klägers nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerfrei. Eine Steuerbefreiung nach dieser Vorschrift scheidet jedoch aus, soweit der Kläger für den am 18.6.2008 übertragenen Anteil in Höhe von 59 % eine Gegenleistung zu erbringen hat.

3. Soweit im Streitfall der Anteil an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft entgeltlich erworben wurde, kommt eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG nicht in Betracht.

a) Nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG ist von der Besteuerung ausgenommen der Erwerb eines Grundstücks durch Personen, die mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandt sind. Eine Verwandtschaft in gerader Linie besteht bei Personen, deren eine von der anderen abstammt (§ 1589 Satz 1 BGB).

§ 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG ist eine personenbezogene Steuerbefreiung, weil sie auf das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber abstellt. Eine solche personenbezogene Steuerbefreiung ist auf die Vereinigung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG nicht anwendbar (vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 12; *Hofmann*, GrEStG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 186; *Meßbacher-Hönsch*, a. a. O., § 3 Rdnr. 51; *Behrens* in FS Schaumburg, S. 1125; a. A. *Moench*, BB 1982, 1607; *Binz/Freudenberg/Sorg*, DStR 1990, 751). Denn § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG besteuert einen fiktiven Grundstückserwerb von der Kapitalgesellschaft. Zwischen der Kapitalgesellschaft und demjenigen, der mindestens 95 % der Anteile an der Kapitalgesellschaft hält, kann ein Verwandtschaftsverhältnis nach § 1589 Satz 1 BGB nicht bestehen. Eine Transparenz der Kapitalgesellschaft widerspricht auch dem eindeutigen Regelungswillen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 9/251, S. 18).

b) Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG kann nicht deshalb gewährt werden, weil der fiktive Grundstückserwerb im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG auf eine Anteilsübertragung zwischen Verwandten in gerader Linie zurückzuführen ist. Anders als bei der Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG, die eine Doppelbelastung eines Lebenssachverhalts mit Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer ausschließen soll, ergibt sich aus der Steuerbefreiung des § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG kein sachlicher Grund dafür, die Anteilsvereinigung im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG, die auf

einer Anteilsübertragung zwischen Verwandten in gerader Linie beruht, wegen des fiktiven Grundstückserwerbs von der Kapitalgesellschaft abweichend vom Wortlaut des § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer zu befreien. Das Verwandtschaftsverhältnis, das für die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG maßgeblich ist, liegt zwischen der Kapitalgesellschaft und dem Erwerber nicht vor.

c) Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil für Fälle des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG, in denen mindestens 95 % der Anteile einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft von einem Gesellschafter auf einen anderen übertragen werden, die Anwendbarkeit personenbezogener Befreiungsvorschriften bejaht wird (vgl. koordinierter Ländererlass vom 18.12.2009, DStR 2010, 114; *Pahlke/Franz*, a. a. O., § 3 Rdnr. 14; *Hofmann*, a. a. O., § 1 Rdnr. 186; *Meßbacher-Hönsch*, a. a. O., § 3 Rdnr. 55).

Die auf Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG beschränkte Anwendung des § 3 Nr. 6 GrEStG trägt den sachlichen Unterschieden zwischen einer Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG und einer Anteilsübertragung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG Rechnung (vgl. auch BFHE 220, 550 = BStBl II 2009, S. 544 = MittBayNot 2008, 502, zur Anwendung des § 5 GrEStG bei einer Anteilsvereinigung in der Person einer Gesamthand). § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG besteuern nicht den Erwerb der Anteile als solchen, sondern die durch ihn begründete eigenständige Zuordnung der der Gesellschaft gehörenden Grundstücke und stellen den Übergang von mindestens 95 % der Anteile einem Grundstücksübergang gleich. Diesen Steuertatbeständen liegt ein (fingierter) Grundstückserwerb von dem die Anteile übertragenden Gesellschafter zugrunde (vgl. BFHE 220, 550 = BStBl II 2009, S. 544 = MittBayNot 2008, 502). Allein wegen dieser Grunderwerbsteuerrechtlichen Fiktion ist die Veräußerung von mindestens 95 % der bereits vereinigten Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft wie eine Veräußerung des Grundstücks selbst zu behandeln (vgl. BFHE 220, 550 = BStBl II 2009, S. 544 = MittBayNot 2008, 502). Die diese Fiktion begründenden tatbestandlichen Voraussetzungen sind in den Fällen der Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG) nicht gegeben.

Dies gilt auch, wenn der Gesellschafter, der die Anteile in mehreren Teilakten auf den Erwerber übertragen hat, zu einem früheren Zeitpunkt zu 100 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt gewesen ist. Insoweit ist entscheidend, dass infolge der sukzessiven Anteilsübertragungen die Übertragung von weniger als 95 % der Anteile an der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft die Besteuerungsvoraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG erfüllt.

4. Bei einer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG steuerbaren Anteilsvereinigung sind die festgestellten Grundbesitzwerte (§ 138 Abs. 2 bis 4 BewG) Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG).

a) Soweit Anteile gegen Entgelt übertragen wurden, ist § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG eine Sonderregelung zu § 8 Abs. 1 GrEStG, wonach sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung bemisst. Dies schließt es aus, in den Fällen des § 8 Abs. 2 GrEStG die Grunderwerbsteuer nach dem Wert der Gegenleistung zu bemessen (vgl. BFHE 215, 282 = BStBl II 2007, S. 59 = MittBayNot 2007, 249).

b) Wird im Rahmen einer gemischten Schenkung ein Anteil an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft übertragen und dadurch der Tatbestand einer Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt, sind die festgestellten Grund-

besitzwerte als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer anzusetzen, soweit sie auf den entgeltlichen (steuerpflichtigen) Teil des Erwerbs entfallen. Für die Berechnung, inwieweit bei einer gemischten Schenkung eines Anteils ein entgeltlicher Erwerb vorliegt, ist das Verhältnis zwischen dem Verkehrswert des Anteils und dem Verkehrswert der hierfür übernommenen Gegenleistung des Erwerbers maßgebend.

c) Im Hinblick darauf, dass die durch einen schenkweisen Anteilserwerb ausgelöste Anteilsvereinigung im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG insoweit steuerfrei ist, als schenkweise Anteilserwerbe vorliegen, und im Übrigen steuerpflichtig ist, muss ermittelt werden, inwieweit die Anteilsvereinigung insgesamt auf schenkweisen bzw. entgeltlichen Anteilserwerben beruht. Dazu ist hinsichtlich aller Anteilserwerbe zunächst festzustellen, inwieweit die Anteile in der Hand des Erwerbers mit den Werten zu den jeweiligen Stichtagen jeweils unentgeltlich bzw. entgeltlich erworben wurden, und zu berechnen, wie viel Prozent der Anteile insgesamt unentgeltlich erworben wurden. Soweit danach insgesamt ein unentgeltlicher Erwerb der Anteile gegeben ist, sind die darauf entfallenden

festgestellten Grundbesitzwerte nicht anzusetzen. Soweit der Anteilsvereinigung insgesamt ein entgeltlicher Erwerb von Anteilen zugrunde liegt, sind die darauf entfallenden festgestellten Grundbesitzwerte Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer.

5. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat zwar festgestellt, dass der Kläger Anteile an der GmbH im Jahr 1997 in Höhe von 41 % unentgeltlich erhalten hat; in Höhe von 41 % ist deshalb die Anteilsvereinigung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Aufgrund der vom FG getroffenen Feststellungen lässt sich aber nicht beurteilen, inwieweit der Kläger den zuletzt übertragenen Anteil in Höhe von 59 % entgeltlich bzw. unentgeltlich erworben hat und in welcher Höhe die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer anzusetzen ist. Das FG wird daher den Verkehrswert dieses Anteils und der vom Kläger übernommenen Verpflichtung zur Zahlung einer dauernden Last noch festzustellen haben. Soweit dieser Anteil unentgeltlich übertragen wurde, ist die Anteilsvereinigung ebenfalls steuerbefreit.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Eintritt in das Mietverhältnis nach §§ 566 ff. BGB beim Kauf einer vermieteten Eigentumswohnung

Beim Kaufvertrag über eine vermietete Eigentumswohnung gibt es vor allem zwei Dinge zu beachten: zum einen entsteht ein Regelungsbedarf – wie bei allen vermieteten Vertragsobjekten – wegen des gesetzlich vorgesehenen Eintritts in den Mietvertrag (§§ 566 ff. BGB), zum anderen ist zu prüfen, ob ein gesetzliches Vorkaufsrecht nach § 577 BGB mit einer Kündigungssperre gemäß § 577a BGB besteht.¹

I. Der Mietvertrag

Nach § 566 Abs. 1 BGB tritt der Käufer in den Mietvertrag kraft Gesetzes ein. Die Übernahme des Mietverhältnisses ist dennoch ausdrücklich in den Kaufvertrag aufzunehmen, weil das Mietverhältnis – wenn es vom Käufer nicht im Kaufvertrag übernommen würde und ihm unbekannt wäre (§ 442 BGB) – einen Rechtsmangel nach § 435 BGB begründen würde, für den der Verkäufer Gewährleistungspflichtig wäre (§ 433 Abs. 1 Satz 2, § 437 BGB).²

Nachdem das Gesetz den Eintritt an die Veräußerung und damit an den Eigentumsübergang knüpft, ergibt sich an dieser Stelle bereits ein Regelungsbedarf. Denn den Beteiligten kommt es in der Regel nicht auf den Zeitpunkt des Eigentumswechsels an, sondern für sie steht der Besitzübergang nach Kaufpreiszahlung im Vordergrund. Ab diesem Zeitpunkt soll der Käufer die Mieten kassieren und für Reparaturen usw. verantwortlich sein. Dies sieht grundsätzlich auch das Gesetz selbst in § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB so vor, indem es bestimmt, dass dem Käufer ab Besitzübergabe die Nutzungen gebühren und er die Lasten zu tragen hat.

1. Übergang der Rechte durch Abtretung

Die allgemeine Formulierung entsprechend § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach „mit Besitz Nutzen und Lasten übergehen“ regelt allerdings nur, wem im Innenverhältnis der Kaufvertragsparteien die Mieten als Nutzungen des Grundstücks gebühren.³ Damit dem Käufer nicht nur im Verhältnis zum Verkäufer die Miete zusteht, sondern er einen Anspruch unmittelbar gegen den Mieter erhält, ist eine Abtretung der Rechte aus dem Mietvertrag erforderlich (§§ 398, 535 Abs. 2 BGB). Empfehlenswert ist eine ausdrückliche Abtretungserklärung, die auch für die Beteiligten die Sachlage nochmals verdeutlicht, so z. B.

Mit Wirkung ab Gutschrift des Kaufpreises werden alle Ansprüche aus dem Mietverhältnis, insbesondere der Anspruch auf Zahlung der Miete, an den Käufer abgetreten.

Weniger empfehlenswert ist meines Erachtens – weil nur auf das Innenverhältnis abgestellt wird – die Formulierung: „Im Innenverhältnis tritt der Käufer bereits mit Besitzübergabe in das Mietverhältnis ein.“

1 Hinweis der Schriftleitung: In einem der nächsten Hefte wird ein Hinweis für die Praxis der Autorin zum Vorkaufsrecht des Mieters einer Eigentumswohnung nach § 577 BGB veröffentlicht.

2 Brambring in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl., A I Rdnr. 131.

3 Palandt/Weidenkaff, 70. Aufl., § 446 Rdnr. 16; BGH, XII ZR 34/02, NJW 2003, 2987.

Durch die Unterrichtung des Mieters über die Abtretung kann der Käufer erreichen, dass der Mieter leistungsbefreiend nur noch an ihn zahlen kann (§ 407 Abs. 1 BGB). Die gesetzliche Regelung nach § 566c BGB zur Wirksamkeit einer Zahlung des Mieters an den Verkäufer statt an den Käufer tritt durch die Vorverlagerung der Rechtswirkungen auf den Zeitpunkt des Besitzüberganges in den Hintergrund. Während § 566c BGB speziell den Fall des gesetzlichen Überganges des ganzen Schuldverhältnisses regelt, kommt § 407 BGB bei der rechtsgeschäftlichen Abtretung einzelner Forderungen zum Tragen.

2. Kein Übergang der Pflichten

Die spiegelbildliche Auferlegung auch aller Pflichten aus dem Mietverhältnis ab Besitzübergang auf den Käufer wirkt hingegen stets nur intern zwischen den Kaufvertragsparteien. Denn die Auswechslung des Schuldners eines Anspruches lässt das Gesetz – anders als den Gläubigertausch – nicht ohne Zustimmung des Vertragspartners zu (§ 415 BGB). Von diesem Grundsatz macht § 566 BGB – der aber eben erst ab Eigentumsumschreibung greift – gerade eine Ausnahme.⁴ Bezüglich der Lastenübernahme verbleibt es daher bei einer Freistellungsverpflichtung des Käufers gegenüber dem Verkäufer ab Besitzübergang.

Gegenüber dem Mieter wäre der Verkäufer auch noch nach Eigentumswechsel – allerdings nur in Form einer Bürgen-Ausfallhaftung – weiterhin für Schadensersatz haftbar, wenn er dem Mieter den Übergang des Eigentums nicht anzeigen würde oder der Mieter im Anschluss an diese Anzeige kündigt, § 566 Abs. 2 BGB. Da § 566 Abs. 2 BGB kein Sonderkündigungsrecht für den Mieter schafft, kann die Verkäuferhaftung trotz Anzeige auch längere Zeit fortbestehen – z. B. bei zeitlich befristeten Mietverträgen oder bei einem sonstigen Ausschluss des Kündigungsrechts. Selbst wenn der Mieter nicht kündigt, endet die Haftung des Verkäufers immer erst zum nächstmöglichen Kündigungstermin.⁵ Bei der Anzeige an den Mieter ist zu beachten, dass der Verkäufer die Anzeige vornehmen muss und diese erst nach Eigentumsübergang erfolgen kann; allein die Kenntnis des Mieters vom Eigentumsübergang reicht nicht aus.⁶ Ergo müsste der Mieter zwecks Zahlung der Miete an den Käufer bereits bei Besitzübergang über die Abtretung unterrichtet werden und anschließend – nach Eigentumsumschreibung – nochmals vom Verkäufer über den Eigentumswechsel, damit dieser seine Haftung beenden kann.

3. Gestaltungsrechte und Zwischenergebnis

Um die Rechtswirkungen des § 566 BGB umfassend auf den Zeitpunkt des Besitzüberganges vorzuverlagern, kann der Käufer zuletzt noch zur Ausübung von Gestaltungsrechten ab Besitzübergang ermächtigt werden. Von der Abtretung „aller Rechte aus dem Mietverhältnis“ sind die Gestaltungsrechte (z. B. Kündigung, Mieterhöhung) nicht zwingend erfasst,

4 BGH, XII ZR 124/97, NJW 1999, 1857, 1858 = MittBayNot 1999, 467.

5 MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 566 Rdnr. 46; Palandt/Weidenkaff, § 566 Rdnr. 25.

6 Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 10. Aufl., § 566 Rdnr. 148; MünchKommBGB/Häublein, § 566 Rdnr. 45.

denn die Möglichkeit zu deren rechtsgeschäftlicher Abtretung ist rechtsdogmatisch umstritten⁷. Freilich greift der Kündigungsgrund einer Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB für den Käufer erst nach Eigentumsumschreibung, da zuvor noch auf den Verkäufer abzustellen ist;⁸ insoweit hilft eine Ermächtigung dem Käufer nicht weiter.

Zusammenfassend erfolgt bezüglich der Rechte aus dem Mietverhältnis eine Abtretung, bezüglich der Pflichten eine Freistellung im Innenverhältnis und bezüglich der Ausübung der Gestaltungsrechte eine Ermächtigung. In der Formulierung

Mit Besitzübergang gehen alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag auf den Käufer über.

ist all dies enthalten,⁹ so dass diese Formulierung vorzugsweise erscheint, auch wenn dadurch dem Verkäufer die Begrenzung der Übernahme der Pflichten auf das Innenverhältnis nicht hinreichend verdeutlicht wird. Eine ausführlichere Variante wäre:

Mit dem Tag des Besitzüberganges tritt der Verkäufer alle Rechte aus dem Mietvertrag an den Käufer ab und wird hinsichtlich der Pflichten von ihm freigestellt. Der Käufer ist umfassend – auch zu Kündigungen und Mieterhöhungsverlangen – ermächtigt und bevollmächtigt, jedoch auf eigene Kosten und eigenes Risiko.¹⁰

4. Erleichterte Abwicklung durch Besitzübergang zum Monatsersten

Oftmals wünschen die Beteiligten den Besitzübergang zum Monatsersten, damit im Innenverhältnis keine Monatsmiete anteilig verteilt werden muss. Dann ist zu formulieren:

Der Besitz ist an dem auf die vollständige Kaufpreiszahlung folgenden Monatsersten zu übergeben.

Soweit die Beteiligten auf einer Stichtagsregelung bestehen, sollte, um den Verkäufer vor einer Vorleistung zu schützen, formuliert werden:

Der Besitz ist am 1.10.2012 zu übergeben, vollständige Kaufpreiszahlung vorausgesetzt, andernfalls an dem auf die vollständige Kaufpreiszahlung folgenden Monatsersten.¹¹

Beim Besitzübergang könnte modifizierend formuliert werden, dass nur der mittelbare Besitz übergeht. Meines Erachtens ist dies – wenn auch juristisch durchaus präziser – unnötig und für die Beteiligten schwerer verständlich.

5. Übergehende Rechte und Pflichten, insbesondere Nebenkostenabrechnung

Grundsätzlich hat § 566 BGB eine Zäsurwirkung: alle Ansprüche des Mieters, die vor dem Eigentumswechsel fällig geworden sind, richten sich gegen den „alten Vermieter“. Dieser hat wiederum für Ansprüche, die nach Besitzübergang fällig werden, den im Kaufvertrag vereinbarten Freistellungsanspruch gegen den Käufer. Tritt die Fälligkeit nach Eigentumsübergang ein, richtet sich der Anspruch unabhängig vom

Zeitpunkt seines Entstehens gegen den „neuen Vermieter“,¹² wobei daneben der „alte Vermieter“ nach § 566 Abs. 2 BGB als Bürge haften kann, wenn er die genannte (siehe unter Ziffer 2) Anzeige an den Mieter unterlassen hat.

Eine Ausnahme von der Zäsurwirkung besteht dagegen für Ansprüche aus der Nebenkostenabrechnung mit dem Mieter.¹³ Nachdem die Nebenkosten jährlich (§ 556 Abs. 3 BGB) und damit zeitlich verzögert zur Kostenentstehung abgerechnet werden, erfolgt hier eine Zuordnung nach der wirtschaftlichen Zugehörigkeit der Kosten. Die Fälligkeit der Nebenkostennachzahlung des Mieters oder einer Rückerstattung des Vermieters tritt erst nach der Abrechnung ein, wobei der Vermieter die Abrechnung (anhand der auf den Mieter umlagefähigen Kosten) erst erstellen kann, wenn die Hausverwaltung ihrerseits das Wirtschaftsjahr abgerechnet hat und die Abrechnung von der Eigentümerversammlung beschlossen ist.¹⁴ Trotz Fälligkeit des Anspruchs nach Eigentumsumschreibung bleibt für einen Nachzahlungs- bzw. Erstattungsanspruch derjenige berechtigt bzw. verpflichtet, der im gesamten Abrechnungszeitraum Eigentümer war, weil er auch die Vorauszahlungen erhalten hat. Der Käufer rechnet somit gegenüber dem Mieter erstmalig den bei Besitzübergang laufenden Abrechnungszeitraum ab und ist für den Ausgleich des laufenden Jahressaldos allein verantwortlich, eine Zwischenabrechnung gegenüber dem Mieter findet aufgrund des zwingenden Jährlichkeitsprinzips nach § 556 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 BGB nicht statt.¹⁵ Dass dem Mieter im Falle eines Rückerstattungsanspruches gegen den „alten Vermieter“ aufgrund des Vermieterwechsels die Aufrechnung mit der Miete verwehrt bleibt, nimmt die Rechtsprechung ausdrücklich in Kauf.¹⁶

Neben dem Saldo aus der Nebenkostenabrechnung mit dem Mieter ist auch bei der Jahresabrechnung der Wohnungseigentümergeinschaft über die Wohngeldvorauszahlungen bezüglich des laufenden Abrechnungszeitraumes allein der Käufer berechtigt bzw. verpflichtet.¹⁷ Intern sind beide Salden des laufenden Abrechnungszeitraumes zwischen den Kaufvertragsparteien auszugleichen. Die Vertragsteile können hierzu eine Zwischenabrechnung auf den Tag des Besitzüberganges aufstellen oder das jeweilige Ergebnis der Jahresabrechnung in Form einer Nachzahlung oder Erstattung zeitanteilig nach dem Tag des Besitzüberganges aufteilen.

Regelungen im Kaufvertrag müssen diesbezüglich nicht getroffen werden. Ein Hinweis

Die jährliche Nebenkostenabrechnung für die bei Besitzübergang laufende Abrechnungsperiode gegenüber dem Mieter ist vom Käufer zu erstellen.

ist zur Information der Vertragsteile dennoch nützlich, insbesondere um zu verdeutlichen, dass mit dem Mieter keine Zwischenabrechnung erfolgen darf. Sofern eine Zwischenablesung zwecks Kostenverteilung im Innenverhältnis der Kaufvertragsparteien gewünscht ist, sollte eine entsprechende Verpflichtung des Käufers, der die Kosten der Zwischenablesung zu tragen hat, aufgenommen werden. Im Zweifel gilt eine zeitanteilige Verteilung.¹⁸ Von der Kosten verursachenden

¹² Palandt/Weidenkaff, § 566 Rdnr. 17.

¹³ BGH, VIII ZR 168/03, NJW 2004, 851 f. = MittBayNot 2004, 257; MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 566 Rdnr. 41.

¹⁴ Langenberg, NZM 2004, 361, 362.

¹⁵ BGH, XII ZR 148/02, NZM 2005, 17; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rdnr. 96; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, § 556 Rdnr. 370.

¹⁶ BGH, VIII ZR 168/03, NJW 2004, 851 f. = MittBayNot 2004, 257.

¹⁷ Bärman/Becker, WEG Kommentar, 10. Aufl., § 16 Rdnr. 166.

¹⁸ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, § 566 Rdnr. 112.

⁷ BGH, XII ZR 119/96, NJW 1998, 896 = MittBayNot 1998, 250; BGH, VIII ZR 105/07 (Rdnr. 28), NJW 2008, 1218.

⁸ DNotI-Report 1998, 93.

⁹ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, § 566 Rdnr. 46.

¹⁰ Baustein in Anlehnung an Krauss, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl., Rdnr. 1566.

¹¹ So Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 2. Aufl., II 2 Rdnr. 459.

Zwischenablesung ist meines Erachtens abzuzuraten, weil die Herausrechnung der verbrauchsabhängigen Kosten aus der Jahresabrechnung der Hausverwaltung und deren Aufteilung nach dem Stand der Zwischenablesung neben der zeitanteiligen Verrechnung der verbrauchsunabhängigen Kosten für die Parteien einen hohen Verwaltungsaufwand schafft, den diese nicht ohne Weiteres bewältigen werden und der jedenfalls durch den Nutzen einer „gerechteren“ Aufteilung meines Erachtens nicht gerechtfertigt wird.¹⁹

6. Schutz des Käufers

Durch Gestaltung des Kaufvertrages kann der Schutz des Käufers vor unliebsamen Überraschungen des Mietvertrages weiter verstärkt werden. Der Verkäufer kann eine Garantie (§§ 443, 444 BGB) oder eine Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) dahingehend abgeben, dass

das Mietverhältnis ungekündigt besteht und keine Minderungen, Mietrückstände, Mietstreitigkeiten oder Vereinbarungen über Vorauszahlungen bestehen.

Eine Pflicht des Verkäufers, diese Tatsachen auch ungefragt offenbaren zu müssen – mit der Folge von Gewährleistungsansprüchen trotz Haftungsausschlusses wegen arglistigen Verschweigens (§ 444 BGB) – besteht nur sehr eingeschränkt.²⁰ Jedenfalls wenn eine Aufstellung der Mieteinnahmen übergeben wird, besteht nach der Rechtsprechung die Pflicht, auf erhebliche Zahlungsrückstände hinzuweisen.²¹

Der Zusatz, dass „Vertragsänderungen und Vorausverfügungen über den Mietzins ab sofort der Zustimmung des Käufers bedürfen“²² ist meines Erachtens nicht unbedingt erforderlich. Gegen Vorausverfügungen des Verkäufers über die Miete ist der Käufer bereits durch die vorgenommene rechtsgeschäftliche Abtretung der Mietforderung geschützt. Nach dem Prioritätsprinzip ist damit eine nach Beurkundung erfolgende anderweitige Verfügung des Verkäufers über die Mietforderung unwirksam, dies gilt nach § 161 Abs. 1 BGB auch bei der auf Besitzübergang aufschiebend bedingten Abtretung. Auf den gesetzlich vorgesehenen Schutz nach § 566b BGB – wonach der Käufer eine Verfügung über eine Mietforderung, die nach Eigentumsübergang fällig wird, nur gegen sich gelten lassen muss, wenn er sie zum Zeitpunkt des Eigentumswechsels kannte – kommt es wiederum nicht an.²³ Das Verbot, keine Vertragsänderungen vorzunehmen, entfaltet zwar im Verhältnis zum nicht am Kaufvertrag beteiligten Mieter keine Wirkung. Dieser Passus ist aber sinnvoll, um eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers bei nachträglichen Vertragsänderungen zu begründen.

II. Speziell das Rechtsverhältnis betreffend die Kautionszahlung, § 566a BGB

Die Leistung einer Sicherheit durch den Mieter (§ 551 BGB), also die Kautionszahlung, beruht nicht auf dem Mietvertrag

¹⁹ Die durch die Zwischenablesung festgestellten Verbrauchskosten werden allein durch den Mieter als dritte Person verursacht, sie liegen außerhalb der beeinflussbaren Sphäre der Kaufvertragsparteien. Etwas anderes mag gelten, wenn ein Wechsel des Mieters beabsichtigt ist oder ein Leerstand der Wohnung zu berücksichtigen ist.

²⁰ Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, II 2 Rdnr. 463.

²¹ OLG Celle, 4 U 174/96, NJW-RR 1999, 280.

²² So bei *Krauss*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1566; *Gebele* in Beck'sches Formularbuch, 10. Aufl., III. B.4.

²³ Ebenso verlieren § 566c (dem § 407 nachgebildet), § 566d (§ 406 nachgebildet) und § 566e BGB (§ 409 nachgebildet) ihre Bedeutung durch die zeitlich zuvorkommende rechtsgeschäftlich Abtretung.

selbst, sondern auf einer ergänzend zum Mietvertrag geschlossenen, eigenständigen Sicherungsabrede. Deswegen regelt § 566a Satz 1 BGB in Ergänzung zu § 566 BGB den Übergang dieses getrennt vom Mietvertrag geregelten Sicherungsvertrages.

1. Übertragung der Kautionszahlung

Nach § 566a Satz 1 BGB tritt der Käufer in die Pflichten dieses Sicherungsvertrages (also insbesondere zur Rückzahlung der Kautionszahlung) unabhängig davon ein, ob ihm selbst die Kautionszahlung vom Verkäufer ausgehändigt wurde.²⁴ Zunächst hat der Käufer gegen den Verkäufer – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im Vertrag²⁵ – einen Anspruch auf Übertragung der Kautionszahlung. Damit dieser Anspruch bereits ab Besitzübergang besteht, ist eine Verpflichtung des Verkäufers,

mit Besitzübergang eine vom Mieter geleistete Kautionszahlung samt Erträgen auf den Käufer zu übertragen,

ausdrücklich im Kaufvertrag zu begründen, vorausgesetzt eine Übertragung ist überhaupt erforderlich.

Während der Käufer nämlich bei einer Kautionszahlung in Form einer Bürgschaft, eines Sparbuchs oder eines Treuhandkontos „automatisch“ durch den gesetzlichen Eintritt in den Sicherungsvertrag nach § 566a Satz 1 BGB Inhaber der geleisteten Sicherheit wird, muss bei einer zur freien Verfügung geleisteten Barkautionszahlung (die nach § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB wohlgemerkt unzulässig ist) eine Übertragung durch Rechtsgeschäft erfolgen, weil die Kautionszahlung gerade nicht getrennt vom sonstigen Vermögen des Verkäufers vorhanden ist.²⁶ Soweit eine Übertragung erforderlich ist, ist der hierauf gerichtete Anspruch des Käufers nicht abgesichert.

Einer Verrechnungsabrede, wonach der Käufer die ihm zustehende Kautionszahlung gleich vom Kaufpreis einbehält, steht entgegen, dass der Übergang der Kautionszahlung zugleich auch dem Schutz des Mieters dient, seine Kautionszahlung bei Beendigung des Mietverhältnisses vom Käufer erlangen zu können. Im Interesse des Mieters muss die Kautionszahlung ungeschmälert in das Vermögen des Käufers übergehen und dort tatsächlich vorhanden sein (vgl. § 551 Abs. 3 BGB). Eine Aufrechnung ist demnach nicht zulässig.²⁷

2. Haftung des Verkäufers für die Kautionsrückzahlung

Im Gegensatz zu § 566 Abs. 2 Satz 2 BGB für das Mietverhältnis kann der Verkäufer für dieses Kautionsverhältnis sein Ausscheiden aus der Haftung ohne Mitwirkung des Mieters nicht erwirken. Denn die Hingabe der Mietsicherheit ist ein Treuhandverhältnis. Anvertraut hat der Mieter seine Kautionszahlung aber nur dem Verkäufer, nur dessen Insolvenzrisiko muss er tragen;²⁸ deswegen haftet dieser weiterhin nach § 566a Satz 2 BGB. Während § 566 BGB eine gesetzliche Schuldübernahme regelt, handelt es sich bei § 566a BGB somit um einen gesetzlichen Schuldbeitritt. Zwar ist primär der Käufer zur

²⁴ BGH, XII ZR 13/10, NJW 2012, 1353.

²⁵ *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 19; *Wachter*, MittBayNot 2001, 544, 545.

²⁶ OLG Düsseldorf, 9 U 201/96, NJW-RR 1997, 1170 = MittBayNot 1997, 287; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 13 f. m. w. N.

²⁷ *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, § 566a Rdnr. 19; *Palandt/Weidenkaff*, § 566a Rdnr. 4.

²⁸ BT-Drucks. 14/4553, S. 63; BGH, XII ZR 124/97, NJW 1999, 1857, 1859 = MittBayNot 1999, 467.

Rückgabe der Sicherheit verpflichtet; kann der Mieter jedoch bei Beendigung des Mietverhältnisses die Sicherheit vom Käufer nicht zurückerlangen, so kann er sie gemäß § 566a Satz 2 BGB auch vom Verkäufer noch einfordern. Diese „Ausfallhaftung“ des Verkäufers kann auch noch Jahre nach dem Kaufvertrag virulent werden.

3. Schutz des Verkäufers

Eine Befreiung von der gesetzlichen Haftung nach § 566a Satz 2 BGB für die Rückgewähr der Kautionsleistung kann nur unter Mitwirkung des Mieters gelingen. Der gesetzliche Schuldbeitritt lässt sich mit Zustimmung des Mieters nach § 415 BGB in eine vertragliche Schuldübernahme unter Haftentlassung des Verkäufers umwandeln. Strittig ist hierbei, wie „ausdrücklich“ diese Schuldhaftentlassung durch den Mieter zu erklären ist. Nach einer Ansicht genügt es, dass der Mieter „der Übertragung der Sicherheit auf den Käufer zustimmt“.²⁹ Der vorsichtige Vertragsgestalter wird dagegen eine ausdrückliche „Zustimmung zur Schuldübernahme“ einholen, denn es wird vordringlich vertreten, dass der Mieter mit einer „Zustimmung zur Übertragung der Kautionsleistung“ nicht auf seinen Schutz nach § 566a Satz 2 BGB verzichten will,³⁰ dies galt allein vor der Mietrechtsreform.³¹ Freilich ist der Mieter nicht verpflichtet, der Schuldübernahme zuzustimmen.

Fraglich ist weiterhin, ob der Verkäufer die Übertragung der Kautionsleistung an den Käufer unter die aufschiebende Bedingung seiner Haftentlassung durch den Mieter stellen kann. Meines Erachtens ist die Zulässigkeit dieser Bedingung kritisch zu sehen, weil aus § 566a Satz 1 BGB ein gesetzlicher Anspruch auf Kautionsübergabe resultiert, der neben dem Käufer auch dem Mieter selbst zusteht, weil der Übergang der Sicherheit auch dem Schutz des Mieters dient.³² Nachdem der Mieter nach § 566a Satz 1 BGB die Übertragung der Sicherheit verlangen kann, daneben den Schutz der Forthaftung des Verkäufers nach § 566a Satz 2 BGB genießt und zu einer Schuldentlassung des Verkäufers nicht verpflichtet ist, widerspricht eine Übertragung nur unter der Bedingung der Haftentlassung dieser gesetzlichen Wertung.

²⁹ Palandt/Weidenkaff, § 566a Rdnr. 6; vgl. Würzburger Notarhandbuch/Hertel, II 2 Rdnr. 459.

³⁰ BGH, VIII ZR 206/10 Rdnr. 16 f.; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, § 566a Rdnr. 32. Vgl. zum Meinungsstand DNNotl-Report 12/2004, 103, 104 f.

³¹ Vgl. BGH, XII ZR 124/97, NJW 1999, 1857, 1858 = MittBayNot 1999, 467.

³² Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, § 566a Rdnr. 21.

Neben einer Haftentlassung könnte der Verkäufer dem Mieter die Kautionsleistung schlicht zurückzahlen. Da der Mieter dann aber nicht zur erneuten Sicherheitsleistung (§ 240 BGB) verpflichtet ist,³³ kann der Notar dies im Interesse des Käufers nicht als ausgewogene Vertragsgestaltung empfehlen. Von der vom Gesetzgeber selbst vorgeschlagenen Möglichkeit einer Bankbürgschaft zugunsten des Verkäufers zur Absicherung der Forthaftung³⁴ wird in der Praxis aus Kostengründen kein Gebrauch gemacht.

4. Praktische Handhabung

Zunächst ist festzustellen, ob, und wenn ja, in welcher Form eine Kautionsleistung vom Mieter geleistet wurde.³⁵ Anschließend ist, soweit erforderlich, eine Übertragung der Kautionsleistung zu regeln. Am „einfachsten“ ist meines Erachtens, wenn der Mieter sowohl den Übergang des Mietverhältnisses als auch des Kautionsverhältnisses als vertragliche Vertragsübernahme – welche dann die §§ 566 ff. BGB überlagert – genehmigt; denn dann werden sämtliche genannten Abtretungen, Anzeigen und Haftentlassungen obsolet. Die Haftungsfolgen bezüglich § 566 Abs. 2, § 566a Satz 2 BGB wären ausgeschaltet, weil es sich durch die freiwillige Zustimmung des Mieters nicht mehr um einen gesetzlich aufgezwungenen Vertragspartnerwechsel handelt, bei dem der Mieter zu schützen ist.³⁶

Üblicherweise ist im Kaufvertrag vorgesehen, dass die Anzeige des Kaufvertrages an den Mieter, die Unterrichtung vom Eigentumswechsel sowie die Einholung der Genehmigung der Schuldübernahme von den Beteiligten selbst übernommen wird. Zwar werden die erforderlichen Maßnahmen von den Beteiligten im Anschluss an die Beurkundung sicher oft vergessen, andererseits löst ein Tätigwerden des Notars eine Betreuungsgebühr aus (§ 147 Abs. 2 KostO) und es handelt sich stets „nur“ um „Ausfall-Haftungen“ mit in der Regel „überschaubaren“ Beträgen. Die Beteiligten sind über die Haftungsfolgen zu belehren.

Notarassessorin Dr. Melanie Falkner, Bamberg

³³ LG Berlin, Urteil vom 15.3.2011, 65 S 283/10, RNotZ 2011, 605; vgl. zu einem Ausnahmefall BGH, VIII ZR 206/10, NJW-RR 2012, 214; a. A. Krauss, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1560a.

³⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 63; ebenso BGH, XII ZR 124/97, NJW 1999, 1857, 1859 = MittBayNot 1999, 467.

³⁵ Im Kaufvertrag kann auch eine Erklärung oder Garantie des Verkäufers aufgenommen werden, „dass der Mieter nur die im Mietvertrag bezeichnete Sicherheit geleistet hat“.

³⁶ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, § 566a Rdnr. 32.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.8.2012:

Notar Helmut Barth, Frankenthal

Mit Wirkung vom 1.11.2012:

Notar Georg Meier-Kraut, Roththalmünster

Mit Wirkung vom 1.1.2013:

Notar Thomas Schmitt, Lauingen

Mit Wirkung vom 2.1.2013:

Notar Richard von Grafenstein, München

2. Amtsniederlegungen nach § 48 und § 48b BNotO:

Mit Wirkung vom 1.8.2012:

Notar Jens Schenkheld, Landstuhl

Mit Wirkung vom 1.11.2012:

Notarin Berta Taubeneder-Burge, Waldsassen

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.2012:

Roth b. Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Dietmar Weidlich)	dem Notarassessor Martin Soutier (bisher in München Notarstellen Kirchner/Thiede)
--	--

Frankenthal (in Sozietät mit Notar Klaus-Peter Seiberth)	dem Notar Dr. Christoph Schmidt (bisher in Rockenhausen)
--	--

Mit Wirkung vom 1.9.2012:

Fürstenfeldbruck (in Sozietät mit Notar Peter Schüßler)	dem Notar Thorsten Langnau (bisher in Passau)
---	---

Mit Wirkung vom 1.10.2012:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Peter Anton)	dem Notar Rainer Krick (bisher in Altötting)
---	--

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2012:

Kathrin Ramspeck, Starnberg (Notarstellen Klöcker/Volmer)

Jörg Theilig, Bamberg (Notarstelle Dr. Weiler)

Dr. Lovro Tomasic, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Notarstelle in Kirchenlamitz (bisheriger Inhaber: Notar Dr. Rainer Spanhel) wird mit Wirkung zum 1.9.2012 aufgehoben. Die Gemeinden Kirchenlamitz, Marktleuthen, Weißenstadt und Röslau werden dem Amtsbereich der Notarstelle in Wunsiedel und der

Gemeindeteil Schwarzenhammer der Gemeinde Thiersheim dem Amtsbereich der Notarstelle in Selb zugeordnet. Notar Christoph von Edlinger in Wunsiedel übernimmt die Urkunden und Akten der Notarstelle Kirchenlamitz.

Notarassessorin Stefanie Huber, Regensburg, wurde mit Wirkung vom 7.12.2011 promoviert

Notarassessorin Dagmar Landherr, München, führt seit 18.6.2012 den Namen Kerler

Notarassessor Arne Henn, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/Muschel), ab 18.7.2012 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Benedikt Dremptic, Pegnitz (Notarstelle Heinrich), ab 1.10.2012 in Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Notarassessorin Stefanie Exner, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler), ab 1.10.2012 in München (Notarstellen Predel/Dr. Görk)

Notarassessor Dr. Florian Meininghaus, Landsberg am Lech (Notarstellen Dr. Rapp/Regensburger), ab 1.10.2012 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Amtmann i. N. Harry Bayer, Edenkoben (Notarstelle Dr. Köster), ab 1.7.2012 in Dahn (Notarstelle Mattes)

Oberinspektor i. N. Michael Dillinger, Mallersdorf-Pfaffenberg (Notarstelle Matheis), ab 1.8.2012 in Riedenburg (Notarstelle Herbst)

Oberinspektor i. N. Thomas Gottschling, Riedenburg (Notarstelle Herbst), ab 1.8.2012 in Regensburg (Notarstellen Dr. Ziegler/Dr. Mayer)

Amtfrau i. N. Stefanie Hartmann, München (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.8.2012 in Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner)

Inspektorin i. N. Christina Michalke, München (Notarstellen Dr. Wenner/Dr. Riemenschneider), ab 1.8.2012 in München (Notarstellen Schmitt/Uhlig)

Oberinspektorin i. N. Roswitha Poidinger-Kreppold, München (Notarstellen Dr. Schöner/von Grafenstein), ab 1.9.2012 in Ingolstadt (Notarstellen Ampenberger/Fembacher)

Oberinspektor i. N. Johannes Schlicht, Wunsiedel (Notarstelle von Edlinger), ab 1.9.2012 in Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Inspektorin i. N. Stefanie Amthor, Gräfenberg (Notarstelle Prof. Dr. Sieghörtner, derzeit in Elternzeit), ab 15.10.2012 in Ebern (Notarstelle Ulbricht)

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2012:

Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):

Achim Gregor, München (Notarstellen Uhlig/Schmitt)

Bernhard Nitschke, Freising (Notarstelle Leupold)

Josef Simeth, Neukirchen b. Hl. Blut (Notarstelle Kling)

Volker Spahn, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber)

Werner Spranger, München (Notarstellen Dr. Thiele/
Dr. Drasch)

Harald Wieland, Volkach (Notarstelle Dr. Wolf)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N.
(Entgeltgruppe 10):*

Angela Backhaus, Kulmbach (Notarstellen Dr. Allstadt/
Dr. Heringer)

Patricia Heinert, Kulmbach (Notarstellen Dr. Allstadt/
Dr. Heringer)

Sabine Huber, Regensburg (Notarstelle Dr. Merznicht)

Marcus Knoll, München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Elvira Looshorn, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

Bernadette Ludwig, Haag i. OB (Notarstelle Dr. Barth)

Ulrike Müller, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Winkler/
Stelzer)

Theresia Reinbrecht, Fürstenfeldbruck (Notarstellen
Siller/Krebs)

Cäcilia Reiner, Mitterfels (Notarstelle Haubold)

Thomas Schalk, Dachau (Notarstellen Bock/Dr. Triller)

Mario Schrenk, Bischofsheim (Notarstelle Koch)

Josef Walkshäusl, Landshut (Notarstelle Dr. Krebs)

Karin Weber, Bad Neustadt a. d. Saale (Notarstelle
Schmitkel)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.
(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):*

Benedikt Eisend, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Barbara Iskalla, Cham (Notarstelle Dr. Maurer)

Nino Köller, München (Notarstellen Rüth/
Dr. Döbereiner)

Jasmin Micka, Nürnberg (Notarstelle Kreßel)

Anna Pförtner, Dorfen (Notarstelle Stahl)

Veronika Preissing, Starnberg (Notarstelle
Dr. Brandmüller)

Ulrich Riedelsheimer, Donauwörth (Notarstelle
Dr. Auer)

Heike Schilder, Gräfenberg (Notarstelle
Prof. Dr. Sieghörtner)

Christine Schmid, Burglengenfeld (Notarstelle Diel)

Julia Christine Steber, München (Notarstellen
Dr. Schervier/Dr. Schwarz)

Mit Wirkung vom 1.8.2012:

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Helmut Strangmüller, Rothalmünster (Notarstellen
Meier-Kraut/Färber)

Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):

Robert Köttner, Rosenheim (Notarstelle Lederer)

Zum Amtmann i. N. (Entgeltgruppe 10):

Thomas Czech, Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl)

7. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Amtsärztin i. N. Renate Scherbaum, München
(Notarstellen Kirchner/Thiede), ab 1.7.2012
im Ruhestand

Amtsrat i. N. Friedrich Schmid, Obergünzburg
(Notarstelle Hofmann), ab 1.7.2012 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Anton Batzlsperger, Landshut
(Notarstelle Dr. Krebs), ab 1.9.2012 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Laufen, Notarstelle Heinrich
E-Mail: notar-heinrich@notarnet.de

Neustadt a. d. Weinstraße, Notarstelle Eisenburger
Konrad-Adenauer-Straße 17,
67433 Neustadt a. d. Weinstraße

Passau, Notarstelle Dr. Bandel
E-Mail: mail@notar-bandel.de
Homepage: www.notar-bandel.de

Tegernsee, Notarstelle Schwarzer
Rathausplatz 5, 83684 Tegernsee

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord
Notarassessor Boris Pulyer

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Ausgewählte Fragen zu den Rechten in Abt. II und III (Schaal)
14.9.2012 in Kiel
 2. Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis (Priester, Brambring, Keim, Reetz, Terbrack)
14.9.2012 in Hamburg
 3. 10. Jahresarbeitstagung des Notariats
20.–22.9.2012 in Berlin
 4. Der elektronische Rechtsverkehr im Notariat
26.9.2012 in Bochum (Büttner)
24.10.2012 in Berlin (Büttner)
17.10.2012 in Heusenstamm (Diehn)
 5. Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis (Wegerhoff)
28.9.2012 in Kassel
 6. Aktuelle Fragen zu Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (Müller, Renner)
5.10.2012 in Bochum
 7. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2012 (Melchior)
5.10.2012 in Osnabrück
17.10.2012 in Berlin
 8. Intensivkurs Bauträgerrecht (Blank)
5.–6.10.2012 in Heusenstamm
 9. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger, Hüttemann, Wachter)
6.10.2012 in Würzburg
 10. 12. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts, Grundzüge des Insolvenzrechts, Grundzüge des Haftungsrechts, Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit, Bauträgervertragsrecht, Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht (Blank, Block, Bormann, Diehn, Krauß)
8.–13.10.2012 in Oldenburg
 11. Die Notarprüfung (Schäfer, Blaeschke)
12.10.2012 in Heusenstamm
 12. Haftungsfallen im Erbrecht (Ivo, Müller)
19.10.2012 in Bochum
 13. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß)
20.10.2012 in Kiel
27.10.2012 in Bochum
 14. 14. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts, Grundzüge des Insolvenzrechts, Grundzüge des Haftungsrechts, Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit, Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts (Block, Bormann, Diehn, Fumi, Krauß, Reul)
22.–27.10.2012 in Bochum
 15. Konzernrecht (Reul, Ziemons)
26.10.2012 in Heusenstamm
 16. Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Immobilienrecht (Wälzholz)
2.11.2012 in Kassel
- 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. Bamberger/Roth: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Gesamtwerk in 3 Bänden. 3. Aufl., Beck, 2012. 9442 S., 615 € (Vorzugspreis bei Gesamtabnahme)
2. Brambring: Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten. 7. Aufl., Beck, 2012. 251 S. + CD-ROM, 24,90 €
3. Dombek/Kroiß: FormularBibliothek Vertragsgestaltung. 2. Aufl., Nomos, 2012. 3983 S. + CD-ROM, 198 €
4. Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter (Hrsg.): ErbStG Kommentar. 4. Aufl., Haufe-Lexware, 2012. 1318 S. + Online-Version, 171,20 €
5. Fuhrmann/Wälzholz (Hrsg.): Formularbuch Gesellschaftsrecht. Dr. Otto Schmidt, 2012. 2479 S. + CD-ROM, 149 €
6. Grandel/Stockmann: StichwortKommentar Familienrecht. Nomos, 2012. 1518 S., 98 €
7. Haarmeyer/Wutzke/Förster (Hrsg.): Insolvenzordnung. 2. Aufl., ZAP, 2012. 2608 S., 75 €
8. Jennißen (Hrsg.): Wohnungseigentumsgesetz. 3. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2012. 1632 S., 119 €
9. Krenzler/Borth (Hrsg.): Anwalts-Handbuch Familienrecht. 2. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2012. 1936 S., 129 €
10. Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz. Beck, 2012. 473 S., 139 €
11. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4: Schuldrecht, Besonderer Teil II (§§ 611-704), EFZG, TzBfG, KSchG. 6. Aufl., Beck, 2012. 2934 S., 319 €
12. Münchener Vertragshandbuch. Bd. 4: Wirtschaftsrecht III. 7. Aufl., Beck, 2012. 1296 S., 159 €, Vorzugspreis 139 € bei Gesamtabnahme der Bd. 2, 3, 5 + 6 der 6. Aufl. und Bd. 1 + 4 der 7. Aufl. bzw. der Bd. 1-6 der 7. Aufl.
13. Reinhardt/Kemper/Weitzel: Adoptionsrecht. Nomos, 2012. 270 S., 39 €
14. Reul/Heckschen/Wienberg: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis. Beck, 2012. 840 S. + CD-ROM, 149 €
15. Saenger/Ullrich/Siebert (Hrsg.): Zivilprozessordnung. 2. Aufl., Nomos, 2012. 2494 S. + CD-ROM, 128 €
16. Schmidt (Hrsg.): Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 2476 S. + CD-ROM, 178 €
17. Scholz: GmbH-Gesetz. Bd. 1. 11. Aufl., Dr. Otto Schmidt. 2012. 1860 S., 149 € (Gesamtabnahmeverpflichtung)
18. Staub: Handelsgesetzbuch. Bd. 7/2: §§ 331-342e. 5. Aufl., De Gruyter, 2012. 482 S., 149,95 € (Gesamtabnahmeverpflichtung)
19. Stöber: Zwangsversteigerungsgesetz. 20. Aufl., Beck, 2012. 1682 S., 99 €
20. v. Oefele/Winkler: Handbuch des Erbbaurechts. 5. Aufl., Beck, 2012. 601 S., 79 €
21. Weigl: Stille Gesellschaft, Treuhand und Unterbeteiligung. 3. Aufl., Beck, 2012. 312 S. + CD-ROM, 39,80 €
22. Zimmermann: Betreuung und Erbrecht – Der Betreute als Erbe oder Erblasser. Gieseking, 2012. 252 S., 44 €

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