

# 5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2016 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

## Schriftleitung:

Dr. Katharina Hermannstaller,  
Notarassessorin

David Sommer,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Amann*: Postmortal bewirkte Grundstücksschenkungen mittels Vollmacht – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt vom 9.3.2015, 20 W 49/15 369

*Falkner*: Vorkaufsrechte im Grundstücksverkehr – Teil I: Relevanz von Vorkaufsrechten: Bestehen, Fortbestehen, Vorkaufsfall 378

*Volmer*: Die Rechenschaftspflicht des Vorsorgebevollmächtigten 386

## Rechtsprechung

Zur Sondereigentumsfähigkeit einer Innenhoffläche (OLG Hamm, Beschluss vom 5.1.2016, 15 W 398/15) 397  
mit Anmerkung *Rapp* 399

Den Vertragserben beeinträchtigende Schenkung aufgrund transmortaler Vorsorgevollmacht (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15) 401  
mit Anmerkung *Sagmeister* 403

Erbanteilsübertragung mit GbR-Anteilen nach Auseinandersetzung (OLG München, Beschluss vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15) 408  
mit Anmerkung *Lautner* 412

Zustellung an den Betreuten durch Aufgabe zur Post (BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15) 418  
mit Anmerkung *Volmer* 421

Verfügbungsbefugniseinschränkung des Testamentsvollstreckers (OLG München, Beschluss vom 16.11.2015, 34 Wx 178/15) 426  
mit Anmerkung *Weidlich* 428

Entgeltlichkeit bei Verfügung des Vorerben (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.8.2015, 11 Wx 66/15) 430  
mit Anmerkung *Morhard* 431

Anfechtung der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen eigenen Verfügungen durch den überlebenden Ehegatten (OLG München, Beschluss vom 10.2.2015, 31 Wx 427/14) 433  
mit Anmerkung *Braun* 435

Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII (LSG Bayern, Beschluss vom 30.7.2015, L 8 SO 146/15 B ER) 442  
mit Anmerkung *Krauß* 444

Gleitende Vermögensübergabe – Anwendung des neuen Rechts (BFH, Urteil vom 12.5.2015, IX R 32/14) 449  
mit Anmerkung *Mayer* 450

Grundstückseinbringung zum gemeinen Wert (BFH, Urteil vom 26.3.2015, IV R 7/12) 451  
mit Anmerkung *Wälzholz/Graf Wolffskeel v. Reichenberg* 454

## Inhalt

### Aufsätze

*Amann*: Postmortal bewirkte Grundstücksschenkungen mittels Vollmacht – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt vom 9.3.2015, 20 W 49/15 (nachstehend Entscheidung Nr. 4) **369**

*Falkner*: Vorkaufsrechte im Grundstücksverkehr – Teil I: Relevanz von Vorkaufsrechten: Bestehen, Fortbestehen, Vorkaufsfall **378**

*Volmer*: Die Rechenschaftspflicht des Vorsorgebevollmächtigten **386**

### Buchbesprechungen

Bürgers/Fett (Hrsg.): Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (*Bernauer*) **389**

Stöber: Zwangsversteigerungsgesetz (*Franck*) **390**

Notarkammern, Notarbünde und Ländernotarkasse (Hrsg.): 25 Jahre freiberufliches Notariat in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen (*Jerschke*) **391**

Gottwald/Behrens: Grunderwerbsteuer (*Reimann*) **393**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Keine Heilung durch Auflassung und Eintragung bei einem bereits erloschenen formnichtigen Angebot (BGH, Urteil vom 13.5.16, V ZR 265/14) **394**
2. Zur Sondereigentumsfähigkeit einer nicht überdachten Innenhoffläche (OLG Hamm, Beschluss vom 5.1.2016, 15 W 398/15) **397**  
mit Anmerkung *Rapp* **399**
3. Erbauseinandersetzung und „Verwandtenprivileg“ in der Veräußerungszustimmung (OLG Nürnberg, Beschluss vom 31.8.2015, 15 W 788/15) **400**
4. Den Vertragserben beeinträchtigende Schenkung aufgrund transmortaler Vorsorgevollmacht (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15) **401**  
mit Anmerkung *Sagmeister* **403**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

5. Vereinsname eines nicht rechtsfähigen Vereins allein nicht ausreichend für Grundbucheintragung (BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15) **405**
6. Grundbuchverfahrensrechtliche Anforderungen an ein Gerichts- oder Behördensiegel (OLG München, Beschluss vom 24.5.2016, 34 Wx 16/16 – Ls.) **408**
7. Keine wirksame Erbanteilsübertragung mit GbR-Anteilen nach erfolgter Auseinandersetzung (OLG München, Beschluss vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15) **408**  
mit Anmerkung *Lautner* **412**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Familienrecht

8. Abzug eines Betreuungsunterhalts bei Ermittlung der Leistungsfähigkeit für Elternunterhalt  
(BGH, Beschluss vom 9.3.2016, XII ZB 693/14) **414**
9. Zustellung an den Betreuten durch Aufgabe zur Post  
(BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15) **418**  
mit Anmerkung *Volmer* **421**
10. Ausschluss des Ehegattenerbrechts trotz nachträglicher Rücknahme des Scheidungsantrags  
(OLG Naumburg, Beschluss vom 30.3.2015, 2 Wx 55/14) **422**

### Erbrecht

11. Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers bei Vor- und Nacherbfolge; Auslegung eines Behindertentestaments  
(OLG München, Beschluss vom 15.4.2016, 34 Wx 158/15) **423**
12. Keine Vermutung von Einschränkungen der gesetzlichen Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers  
(OLG München, Beschluss vom 16.11.2015, 34 Wx 178/15) **426**  
mit Anmerkung *Weidlich* **428**
13. Rechtliches Gehör im Grundbuchverfahren und Entgeltlichkeit bei Verfügung des Vorerben  
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.8.2015, 11 Wx 66/15) **430**  
mit Anmerkung *Morhard* **431**
14. Zur Anfechtung der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen eigenen Verfügungen durch den überlebenden Ehegatten  
(OLG München, Beschluss vom 10.2.2015, 31 Wx 427/14) **433**  
mit Anmerkung *Braun* **435**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. Auf Nachrangdarlehen der übertragenen Gesellschaft anwendbares Recht bei grenzüberschreitender Verschmelzung  
(EuGH, Urteil vom 7.4.2016, C-483/14 – Ls.) **436**
16. Erforderlichkeit der Nennung derjenigen Gründungskosten in der Satzung, die auf die GmbH entsprechend § 26 AktG abgewälzt werden sollen  
(OLG Celle, Beschluss vom 11.2.2016, 9 W 10/16) **436**
17. Registergerichtliche Prüfung eines Bewertungsgutachtens bei Sachkapitalerhöhung  
(KG, Beschluss vom 12.10.2015, 22 W 77/15) **437**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. Verwertung einer Eigentümergrundschuld durch Insolvenzverwalter zum Zwecke der Befriedigung  
(BGH, Urteil vom 24.3.2016, IX ZR 259/13 – Ls.) **439**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Beurkundungs- und Notarrecht

19. Dienstvergehen eines Notars – Systematische Aufspaltung von Verträgen  
(BGH, Urteil vom 14.3.2016, NotSt (Brfg) 6/15) **439**

### Kostenrecht

20. Bruttomiete als gebührenrechtlicher Wert für Mieterdienstbarkeit  
auch bei Vorsteuerabzugsberechtigung  
(OLG München, Beschluss vom 25.2.2016, 34 Wx 385/15 Kost) **441**

### Öffentliches Recht

21. Wirksame Vertretung einer Gemeinde durch den ersten Bürgermeister trotz  
abweichender interner Kompetenzverteilung  
(BGH, Beschluss vom 18.3.2016, V ZR 266/14 – Ls.) **442**
22. Zur Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII  
(LSG Bayern, Beschluss vom 30.7.2015, L 8 SO 146/15 B ER) **442**  
mit Anmerkung *Krauß* **444**

### Steuerrecht

23. Einkünfte aus Kapitalvermögen: Testamentarisch angeordnete Verzinsung  
eines Vermächtnisanspruchs  
(BFH, Urteil vom 20.10.2015, VIII R 40/13) **446**
24. Gleitende Vermögensübergabe – Anwendung des neuen Rechts  
(BFH, Urteil vom 12.5.2015, IX R 32/14) **449**  
mit Anmerkung *Mayer* **450**
25. Grundstückseinbringung zum gemeinen Wert  
(BFH, Urteil vom 26.3.2015, IV R 7/12) **451**  
mit Anmerkung *Wälzholz/Graf Wolffskeel v. Reichenberg* **454**

### Standesnachrichten **457**

### Sonstiges **459**

# 5 | MittBayNot

Begründet 1864

Sept./Okt. 2016 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller,  
Notarassessor David Sommer  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

Druck: Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10, 81379 München  
Gedruckt auf Papier aus 100% chlorfrei  
gebleichten Faserstoffen

## AUFSÄTZE

### Postmortal bewirkte Grundstücksschenkungen mittels Vollmacht

Zugleich Besprechung des Beschlusses des OLG Frankfurt vom 9.3.2015, 20 W 49/15<sup>1</sup>

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

Transmortale und postmortale Generalvollmachten verleihen dem Bevollmächtigten eine Rechtsmacht, die keinem Testamentsvollstrecker eingeräumt werden kann, nämlich die Rechtsmacht zu Schenkungen (§ 2205 Satz 3 BGB). Ist der Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so erstreckt sich seine Rechtsmacht auch auf Schenkungen an ihn selbst und an von ihm vertretene Dritte. Die Rechtsmacht bleibt bestehen, bis der Erbe oder ein Testamentsvollstrecker die Vollmacht widerruft.<sup>2</sup>

Es liegt auf der Hand, dass der Erbe darin nicht nur eine heilsame Vorkehrung sieht, um das Handlungsvakuum zu überbrücken, das bis zum Nachweis seines Erbrechts oder bis zum Amtsantritt eines Testamentsvollstreckers besteht, sondern zugleich eine potenzielle Gefährdung seiner Interessen, zumal er den Bevollmächtigten nicht ausgesucht hat und kein Vertrauensband ihn mit diesem verbindet, vergleichbar demjenigen, das zwischen dem Erblasser und dem Bevollmächtigten bestand. Es droht die Auslöschung des Erbrechts durch postmortal bewirkte Schenkungen.

#### 1. Die Wirkung transmortaler oder postmortaler Vollmachten im Außenverhältnis

Das Handeln eines Vertreters setzt nach § 164 BGB denknottwendig die Existenz eines vertretenen Rechtssubjekts voraus. Der tote Vollmachtgeber existiert als Rechtssubjekt nicht mehr, er kann daher nicht vertreten werden. Der Nachlass als solcher ist kein Rechtssubjekt. Rechtssubjekt ist sein Inhaber, der Erbe. Daher ist heute unstrittig, dass aufgrund transmortaler oder postmortaler Vollmacht einzig und allein der Erbe vertreten wird.<sup>3</sup> Selbst wenn der Bevollmächtigte in Unkenntnis oder trotz des Todes des Vollmachtgebers namens des Erb-

lassers handelt, lässt sich sein Auftreten nur als Vertretung des Erben verstehen.

Durch den Gebrauch der Vollmacht berechtigt und verpflichtet der Bevollmächtigte sämtliche Erben einschließlich etwaiger Nacherben unabhängig vom Nachweis der Erbfolge, allerdings beschränkt auf den Nachlass.<sup>4</sup> Dies gilt auch für geschäftsunfähige und beschränkt geschäftsfähige Erben, die selbst gar keine Vollmacht erteilen könnten;<sup>5</sup> insoweit schlägt die vom Erblasser erteilte Legitimation auf den Erben durch.

#### 2. Wessen Interessen hat der Bevollmächtigte zu verfolgen?

Die richtige Erkenntnis, dass der Bevollmächtigte den Erben vertritt, zwingt nach Ansicht mancher zu der Konsequenz, dass der Bevollmächtigte sein Handeln ausschließlich nach

<sup>1</sup> MittBayNot 2016, 401 (in diesem Heft). Diesen Beitrag widme ich dem Andenken an Kurt Stöber, der am 1.4.2016 verstorben ist und der Rechtspraxis einen breit gefächerten Fundus juristischer Standardliteratur hinterlassen hat, so noch kurz vor seinem Tod die 21. Auflage 2016 seines Kommentars zum ZVG.

<sup>2</sup> Dazu *Everts*, MittBayNot 2016, 139; *Amann*, MittBayNot 2013, 307, 308.

<sup>3</sup> Vgl. *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, Einführung vor § 2197 Rdnr. 10; *Staudinger/Schilken*, 2014, § 168 BGB Rdnr. 31 m. w. N. Die Gegenansicht stammt aus den Anfängen des letzten Jahrhunderts und wird nicht mehr vertreten.

<sup>4</sup> Nachweise bei *Amann*, MittBayNot 2013, 307.

<sup>5</sup> Der Schutz des geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Erben wird dadurch gewährleistet, dass er die Erbschaft nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters annehmen oder ausschlagen kann – vgl. *Palandt/Weidlich*, § 1943 Rdnr. 4.

dessen Interessen auszurichten hat.<sup>6</sup> Der Gleichlauf zwischen der Person des Vertretenen und den zu vertretenden Interessen erscheint so selbstverständlich, dass er kaum hinterfragt wird.<sup>7</sup> Obwohl die Vollmacht fortbesteht und von dem Erben noch nicht widerrufen ist, soll der Bevollmächtigte sein Handeln nicht mehr an den Vorgaben des Erblassers ausrichten dürfen, sondern nur noch an den Interessen des Erben.

#### a) Die abstrakte Vollmacht

Dabei wird als selbstverständlich unterstellt, eine Vollmacht könne und müsse nur den Interessen des Vertretenen dienen. Genau genommen besagt jedoch keine Vollmacht aus sich heraus etwas darüber, wessen Interessen bei ihrer Ausübung wahrzunehmen sind. Die Vollmacht als solche ist interessenneutral, weil abstrakt, also losgelöst vom Grundgeschäft.<sup>8</sup> Wessen Interessen sie zu dienen hat, ergibt sich nicht aus ihr selbst, sondern aus dem ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäft, typischerweise einem Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag.

Dass danach die Interessen des Bevollmächtigten selbst im Mittelpunkt stehen können, zeigt ein Beispiel aus der Notarpraxis, nämlich die von dem Käufer einer erst herzustellenden Eigentumswohnung erteilte Vollmacht, wonach der Bauträger noch berechtigt ist, Teilungserklärung, Gemeinschaftsordnung, Baupläne und Baubeschreibung zu ändern, obwohl diese Vertragsinhalt des Kaufs sind. Diese Änderungsvollmacht dient nach dem Inhalt des Grundgeschäfts nicht den Interessen des Vollmachtgebers, sondern eigenen Interessen des bevollmächtigten Bauträgers und weiterer Käufer. Es handelt sich wirtschaftlich um eine fremdnützige Vollmacht, nur im Innenverhältnis begrenzt dahingehend, dass ihre Ausübung den Kaufgegenstand des Vollmachtgebers nicht unzumutbar beeinträchtigen darf.

Nicht die nach außen wirkende Vollmacht, sondern das Innenverhältnis gibt also Auskunft darüber, wessen Interessen der Bevollmächtigte wahrzunehmen hat.

#### b) Das Innenverhältnis

Bei der transmortalen und der postmortalen Vollmacht entstammt das ihr zugrundeliegende Innenverhältnis den Vereinbarungen zwischen dem Erblasser und dem Bevollmächtigten. Es überlebt den Erbfall wie grundsätzlich alle vom Erblasser begründeten Rechtsverhältnisse und geht im Zuge der Gesamtrechtsnachfolge unverändert auf den Erben über. Dies gilt im Zweifel auch für Aufträge und Vollmachten, die der Erblasser erteilt hat (§ 672 Satz 1, § 168 Satz 1 BGB).

Der Übergang von in Gang gebrachten, noch nicht abgeschlossenen Rechtsbeziehungen im Erbfall ist kein singulär bei Aufträgen und Vollmachten auftretendes Phänomen. Er

umfasst vielmehr sämtliche noch nicht vollständig abgewickelten Rechtsverhältnisse des Erblassers.<sup>9</sup>

Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Der soeben in Ruhestand getretene wohlhabende E

- bucht eine sechswöchige Luxus-Kreuzfahrt,
- bestellt ein Jahresabo der Jagdzeitschrift „Die Pirsch“ und
- beauftragt kurz vor der Abreise seine Hausbank mit einer Reihe aufeinanderfolgender Warentermingeschäfte.

Unmittelbar vor Antritt der Kreuzfahrt stirbt er und hinterlässt einen Neffen als Alleinerben.

Nach § 1922 Abs. 1 BGB tritt der Erbe in diese vom Erblasser in Lauf gebrachten Rechtsverhältnisse im Wege der Gesamtrechtsnachfolge so ein, wie der Erblasser sie hinterlassen hat. Unterstellt, dass vertragliche Widerrufs- oder Rücktrittsrechte nicht vereinbart sind, gesetzliche nicht (mehr) bestehen und eine Reise-Rücktrittsversicherung nicht abgeschlossen wurde, wird der Erbe die Kreuzfahrt antreten oder den finanziellen Ausfall des Unternehmens zahlen müssen. Mindestens ein Jahr lang wird er „Die Pirsch“ in seinem Briefkasten finden. Ferner wird er sich über Verluste der Warentermingeschäfte ärgern, die abgeschlossen wurden, bevor er unter Nachweis seines Erbrechts den Auftrag dazu widerrufen konnte. All dies mag seinen Interessen widersprechen, weil Kreuzfahrten ihm zuwider sind, er die Jagd auf Tiere für pervers und Warentermingeschäfte – abgesehen vom Verlustrisiko – für unmoralisch hält. Ihm bleibt nur die Wahl, entweder die Erbschaft auszuschlagen oder Geschäftsherr von Rechtsbeziehungen zu werden, die auf Vorlieben und Entscheidungen des Erblassers beruhen, aber allesamt seinen Interessen widersprechen.

#### c) Der Fortbestand von Auftragsverhältnissen über den Erbfall hinaus

In gleicher Weise wie der Erblasser im gerade gebildeten Beispielfall seiner bevollmächtigten Hausbank den Auftrag zu einer Reihe von Warentermingeschäften erteilt hat, die über seinen Tod hinaus weiterlaufen, bis der Erbe widerruft, kann er seinem transmortal oder postmortal Bevollmächtigten den Auftrag zu Rechtsgeschäften beliebiger Art erteilen, auch zu Schenkungen. Falls nichts anderes vereinbart ist, erlischt kein solches Auftragsverhältnis durch den Tod des Auftraggebers allein deswegen, weil der Inhalt des Auftrags den Interessen des Erben widerspricht. Vielmehr leben insofern der Wille und das Interesse des toten Auftraggebers fort, bis der Auftrag zu Ende geführt oder widerrufen ist (§ 671 Abs. 1 BGB). Dies beruht nicht auf einer Verkennung des Umstands, dass der Bevollmächtigte nunmehr den Erben vertritt, sondern darauf, dass nach § 1922 Abs. 1 BGB grundsätzlich alle vom Erblasser auf den Weg gebrachten Rechtsverhältnisse unverändert fortwirken. Für den Auftrag bestätigt § 672 Satz 1 BGB diese Regel ausdrücklich und unabhängig davon, ob die Ausführung des Auftrags vor oder erst nach dem Tod beginnen soll.<sup>10</sup> § 168 Satz 1 BGB knüpft daran den Fortbestand der Vollmacht an.

<sup>9</sup> Eingehend *Staudinger/Otte*, 2008, § 1922 BGB Rdnr. 303 ff.

<sup>10</sup> Den Vätern des BGB war bewusst, dass der Fortbestand des Auftrags über den Tod des Auftraggebers hinaus für den Erben einerseits missliebiger, andererseits vorteilhaft sein kann. Sie meinten, aufs Ganze abzuwägen die Vorteile und außerdem die mit dem Fortbestand des Auftrags gewonnene Rechtssicherheit (Motive II 548, zitiert aus *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB, 1899, S. 306).

<sup>6</sup> *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 51 5. b) Seite 849 ff.; *Palandt/Weidlich*, Einführung vor § 2197 Rdnr. 10; *Finger*, NJW 1969, 1624; *Schulz*, NJW 1995, 3345, 3346; *Grunewald*, ZEV 2015, 650 und wohl auch *Sagmeister*, MittBayNot 2016, 403 (in diesem Heft), differenzierend allerdings in MittBayNot 2013, 107, bei Vollmachten in Kombination mit einem Lebensversicherungsvertrag und (formunwirksamen) Schenkungsversprechen auf den Todesfall; herrschend ist die Gegenansicht, insbesondere der BGH in ständiger Rechtsprechung, z. B. BGH, Urteil vom 25.10.1994, XI ZR 239/93, NJW 1995, 250 und die ganz überwiegende Literatur, vgl. *Staudinger/Schilken*, 2014, § 168 BGB Rdnr. 32 m. w. N.; *MünchKommBGB/Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 168 Rdnr. 44.

<sup>7</sup> Vorschneid auch *Amann*, a. a. O. (Fn. 2).

<sup>8</sup> Vgl. *Schwab*, FamRZ 2014, 888, 890; *Palandt/Ellenberger*, § 167 Rdnr. 4.

Umgekehrt schafft der Erbfall allein kein davon unabhängiges, originäres Innenverhältnis gleichen oder abweichenden Inhalts zwischen dem Bevollmächtigten und dem Erben. Insbesondere fehlt jede Rechtsgrundlage für die Annahme, der Erbfall verwandle den bestehenden Auftrag ipso jure in eine Geschäftsführung ohne Auftrag, bei welcher der Bevollmächtigte gemäß § 677 BGB auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Erben Rücksicht nehmen müsste.<sup>11</sup>

#### d) Auftrag des Erblassers oder Geschäftsführung ohne Auftrag

Zur Verwendung im Rechtsverkehr werden Vollmachten in der Regel schriftlich durch Vollmachtsurkunde erteilt (§ 172 BGB). Darin wird der mit der Vollmacht verbundene Auftrag oder der sonstige Rechtsgrund der Vollmachtserteilung nur äußerst selten erwähnt. Diese Praxis beruht manchmal auf der Schwierigkeit, den Auftrag im Voraus präzise zu formulieren, häufiger auf der Befürchtung, aus der Aufnahme und Konkretisierung des Auftrags in der Vollmachtsurkunde könnte der Rechtsverkehr Einschränkungen des Vollmachtumfangs ableiten und so die Brauchbarkeit der Vollmacht in Zweifel ziehen.<sup>12</sup>

Die Formfreiheit der Auftragserteilung erlaubt solche Diskretion. Auch der Auftrag zu Grundstücksgeschäften und/oder Schenkungen ist grundsätzlich formfrei. Erst wenn der Auftraggeber sich bereits durch den Auftrag tatsächlich oder rechtlich bindet, kommt die Anwendung der § 311b Abs. 1, § 518 Abs. 1 BGB in Betracht,<sup>13</sup> dann selbstverständlich auch die diesen Vorschriften immanenten Heilungsmöglichkeiten. Sind Auftrag und Vollmacht zur schenkweisen Veräußerung eines Grundstücks gemäß den § 671 Abs. 1, § 168 BGB frei widerruflich, so bedürfen sie keiner notariellen Beurkundung. Erst die Erfüllung eines solchen Auftrags ist beurkundungspflichtig.<sup>14</sup>

Dem Bevollmächtigten drohen aus der Formfreiheit Kalamitäten. Denn er kann zwar innerhalb der Reichweite seiner Vollmacht handeln, darf dies im Innenverhältnis zum Vertretenen aber nur, soweit er dafür einen Rechtsgrund vorzuweisen vermag, der ihm dies gestattet. Vertritt er nicht mehr seinen Vollmachtgeber, sondern nach dessen Tod den Erben, so verschärft sich sein Dilemma. Zum einen dadurch, dass er vom Erben nicht denselben Vertrauensvorschluss erwarten kann, den ihm der Erblasser entgegengebracht hat, zum anderen dadurch, dass er mit divergierenden Interessen des Erben rechnen muss.

Einigermäßen sicher kann der Bevollmächtigte sich fühlen, falls ihm eine Spezialvollmacht erteilt wurde. Denn im Zweifel wird in der darin enthaltenen Umschreibung des Vollmachtumfangs konkludent auch der Auftrag erteilt und umschrieben sein.<sup>15</sup> Eine Spezialvollmacht kann sich zum Beispiel darauf beschränken, ein Grundstück des Erblassers nach dessen Tod unentgeltlich auf einen Dritten oder den Bevollmächtigten

selbst zu übertragen. Dann wird sie im Zweifel nicht nur als (formunwirksames) Schenkungsversprechen auszulegen sein, sondern auch als Auftrag, dem Schenkungswillen Geltung zu verschaffen, also den Formmangel zu heilen.<sup>16</sup>

Im Gegensatz dazu erlaubt eine Generalvollmacht aus sich heraus keine Rückschlüsse auf Existenz und Inhalt eines spezifischen Auftrags oder eines anderen konkreten Grundgeschäfts.<sup>17</sup> Es wäre ja lebensfremd anzunehmen, das mit der Generalvollmacht verbundene umfassende Vertretungsrecht stelle es dem Bevollmächtigten anheim, den Vertretenen und dessen Erben nach eigenem Belieben in jeder Hinsicht rechtlich zu binden. Auch wenn die Generalvollmacht die Überschrift „Vorsorgevollmacht“ trägt, besagt dies – für sich genommen – nichts über einen damit verbundenen Auftrag und dessen konkreten Inhalt. Denn das Gesetz definiert in § 1901c BGB weder die Reichweite einer Vorsorgevollmacht noch den damit verbundenen Auftrag. Beides überlässt es der freien Bestimmung des Vollmachtgebers.<sup>18</sup> Ebenso wenig wird man aus der in manchen Generalvollmachten – wie auch im Fall des OLG Frankfurt<sup>19</sup> – enthaltenen, beispielhaften Aufzählung zahlreicher von der Vollmacht gedeckter Geschäfte einen Auftrag zu sämtlichen diesen Geschäften ableiten können. Anders mag es sich verhalten, falls ein einzelnes oder wenige einzelne Geschäfte exemplarisch aufgeführt sind.<sup>20</sup> Mangels eindeutiger Kennzeichnung des Auftrags oder sonstigen Rechtsgrundes sind die im Zusammenhang mit der Vollmachtserteilung abgegebenen Erklärungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszulegen.<sup>21</sup> Das Risiko eines fehlenden oder unzureichenden Rechtsgrundes trifft den Bevollmächtigten.

Soweit dieser keinen spezifischen Auftrag und keinen sonstigen Rechtsgrund<sup>22</sup> im Innenverhältnis zum Vertretenen vorzuweisen vermag,<sup>23</sup> liegt die Annahme nahe, die erteilte Generalvollmacht enthalte zugleich einen unspezifizierten Allgemeinauftrag, in sämtlicher Hinsicht die Interessen des Vollmachtgebers wahrzunehmen. Ebenso gut vertretbar erscheint es mir, ohne Annahme eines solchen stillschweigend erteilten Auftrags unmittelbar die gesetzlichen Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden.<sup>24</sup> Im Wesentlichen läuft beides auf dasselbe hinaus: Da mit dem Tod des Erblassers der Erbe Geschäftsherr geworden ist, hat der Bevollmächtigte die Vollmacht nach Maßgabe der Interessen des neuen Geschäftsherrn auszuüben. Zu berücksichtigen ist nur noch dessen wirklicher oder mutmaßlicher Wille (§ 677 BGB oder § 662 BGB). Steht die Ausübung der Vollmacht damit in

<sup>11</sup> In diese Richtung weist die Bezugnahme von *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 110, auf die §§ 677 ff. BGB.

<sup>12</sup> Anschaulich OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.10.2010, 20 W 399/10, DNotZ 2011, 747 mit Anm. Müller.

<sup>13</sup> Vgl. *Palandt/Sprau*, § 662 Rdnr. 2; *Staudinger/Martinek*, 2006, § 662 BGB Rdnr. 16 f.

<sup>14</sup> Dazu folgender Abschn. 3. a).

<sup>15</sup> Vgl. *Staudinger/Martinek*, 2006, Vorbem. zu §§ 662 ff. BGB Rdnr. 34; *Everts*, MittBayNot 2016, 139, 140; im Ansatz ebenso *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 110, aber mit abweichendem Ergebnis aufgrund angenommener Umwandlung des Auftragsverhältnisses – dazu Abschn. 1. c) und Fn. 11.

<sup>16</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11.1.1984, IVa ZR 30/82, FamRZ 1985, 693, 695.

<sup>17</sup> Vgl. *Staudinger/Martinek*, a. a. O. (Fn. 15).

<sup>18</sup> Vgl. *Zimmermann*, NJW 2014, 1573.

<sup>19</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, MittBayNot 2016, 401 (in diesem Heft).

<sup>20</sup> So im Fall BGH, Urteil vom 11.1.1984, IVa ZR 30/82, FamRZ 1985, 693.

<sup>21</sup> Dafür gelten ähnliche Grundsätze wie für die Auslegung unklarer Vollmachten (dazu *Staudinger/Schilken*, 2014, § 167 Rdnr. 84 ff.), aber mit der Maßgabe, dass der Horizont Dritter keine Rolle spielt.

<sup>22</sup> Zum Beispiel Vermächtnis oder ehebedingte Zuwendung zur Alterssicherung – vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 16.2.2010, 3 U 39/09, mit Anm. Herrler; *Palandt/Weidlich*, § 2325 Rdnr. 10 m. w. N.

<sup>23</sup> Zur Beweislast nachfolgender Abschn. 3. a) am Ende.

<sup>24</sup> Die §§ 677 ff. BGB treten nämlich subsidiär an die Stelle fehlender Vereinbarungen über das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Bevollmächtigten, vgl. *Staudinger/Bergmann*, 2006, Vorbem. zu §§ 677 ff. BGB Rdnr. 187.

Widerspruch und musste der Bevollmächtigte dies erkennen, so ist er dem Erben grundsätzlich zum Ersatz des aus der Ausübung der Vollmacht entstehenden Schadens verpflichtet (§ 678 BGB oder § 280 BGB). Er hat seine Tätigkeit aufgrund der Vollmacht, sobald es tunlich ist, dem Erben anzuzeigen und dessen Entscheidung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschiebung Gefahr verbunden ist (§ 681 Satz 1 BGB).

Diese Rechtsfolgen treten jedoch – entgegen den in Fn. 6 aufgeführten Autoren – nicht bereits deswegen ein, weil der Erbe Geschäftsherr des Bevollmächtigten geworden ist, sondern erst unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass der Erblasser dem Bevollmächtigten keinen abweichenden Auftrag oder sonstigen Rechtsgrund hinterlassen hat, der festlegt, wie die Vollmacht auszuüben ist.

Damit können wir die Frage, wessen Interessen der transmortal oder postmortal Bevollmächtigte wahrzunehmen hat, folgendermaßen beantworten: Soweit der Bevollmächtigte einen vom Erblasser stammenden spezifischen Auftrag oder sonstigen besonderen Rechtsgrund vorweisen kann und erfüllt, bleiben die darin zum Ausdruck gebrachten Interessen des Erblassers über dessen Tod hinaus Richtschnur des Bevollmächtigten, bis der Erbe die Vollmacht widerruft. Der Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge überlagert den eingetretenen Wechsel des Geschäftsherrn. Soweit spezifische Vorgaben des Erblassers im Innenverhältnis fehlen, gelten die Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag direkt oder analog. Richtschnur des Bevollmächtigten ist dann einzig und allein das Interesse des Erben; ausschließlich dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen hat der Bevollmächtigte zu berücksichtigen.

### 3. Formunwirksame Grundstücksschenkung unter Lebenden auf den Todesfall und postmortale Heilung mittels Vollmacht

Im Fall des OLG Frankfurt<sup>25</sup> hatte der Erblasser einer Dame und einem Herrn transmortale Generalvollmacht erteilt, jeweils mit Einzelvertretungsbefugnis und befreit von § 181 BGB. Nach dem Tod des Erblassers übertrug die Bevollmächtigte zum Nachlass gehörenden Grundbesitz unentgeltlich auf sich und ihre beiden Kinder. Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau hatten sechs Jahre zuvor durch bindende Verfügung von Todes wegen eine Stiftung als Alleinerbin eingesetzt. Unberücksichtigt soll zunächst bleiben, dass die Erbeinsetzung der Stiftung bindend war; die Konsequenzen daraus werden im folgenden Abschnitt 4. behandelt.

#### a) Materiellrechtliche Rechtslage

Nach dem Vortrag der Erwerber hatte der Erblasser bei der Beurkundung der Vollmacht im Krankenhaus die „Vorstellung“ geäußert, den Erwerbern den Grundbesitz schenken zu wollen. Die Beurkundung des Schenkungsvertrages sei allein deswegen unterblieben, weil beim Besuch des Notars im Krankenhaus lediglich die Vollmacht vorbereitet gewesen sei. Es sei aber abgeklärt worden, dass der Übertragungsvertrag nach entsprechender Vorbereitung kurzfristig beurkundet werden solle. Dazu sei es nicht mehr gekommen, weil der Erblasser zuvor überraschend verstorben sei.

Falls dieser Vortrag zutrifft, hat der Erblasser möglicherweise mündlich ein nach § 518 Abs. 1 BGB formunwirksames Schenkungsversprechen abgegeben sowie der Bevollmächtigten den Auftrag erteilt, den Formmangel mittels der erteilten Vollmacht zu heilen (§ 518 Abs. 2, § 311b Abs. 1 Satz 2

BGB) und dadurch einen Rechtsgrund dafür zu schaffen, dass die Bevollmächtigte und ihre Kinder das übertragene Eigentum behalten dürfen. Die von § 181 BGB befreite Bevollmächtigte hätte auf dieser Grundlage durch die nach dem Tod des Erblassers beurkundete unentgeltliche Grundstücksübergabe zusammen mit ihren Kindern Eigentum erworben und zugleich durch Heilung des Formmangels einen Rechtsgrund dafür geschaffen.

Ausgehend von diesem Vortrag hängt ein konditionsfester Erwerb des Eigentums durch die Bevollmächtigte und ihre Kinder davon ab,

- ob die „Vorstellung“ des Erblassers, den Erwerbern den Grundbesitz schenken zu wollen, als rechtsgeschäftliche Willenserklärung zu verstehen war,
- ob diese Willenserklärung auch den Auftrag umfasste, den Formmangel durch Beurkundung des Schenkungsvertrages zu heilen,<sup>26</sup>
- ob die Schenkung unabhängig davon wirksam sein sollte, dass die Erwerber den Erblasser überleben, denn andernfalls gilt § 2301 BGB, der eine Heilung des Formmangels nach dem Tod des Schenkers ausschließt,<sup>27</sup> und
- ob die Alleinerbin Auftrag und Vollmacht widerrufen hat, bevor der Formmangel durch Beurkundung des Schenkungsvertrages geheilt war.

Mangels ausdrücklicher Erklärungen müssten das Vorliegen oder Nichtvorliegen der drei erstgenannten Voraussetzungen durch Auslegung ermittelt werden. Von den Schwierigkeiten, die dabei auftreten, kündigt eine beachtliche Reihe von Judikaten, insbesondere von der Unsicherheit, die mit der von juristischen Laien so gut wie nie reflektierten Überlebensbedingung des § 2301 BGB verbunden ist.<sup>28</sup>

Falls die Stiftung als Alleinerbin das Grundstück wegen rechtsgrundlosen Erwerbs gemäß § 812 BGB herausverlangt und/oder Schadenersatz gemäß § 678 BGB begehrt, muss über den Vortrag der Erwerber Beweis erhoben werden. Diese werden sich auf ein formunwirksames Schenkungsversprechen berufen. Dann trifft sie laut BGH die Beweislast zwar nicht für dessen Abgabe, denn für das anspruchsbegründende Fehlen des rechtlichen Grundes hat der Kläger die Beweislast. Die Erwerber müssen jedoch gemäß dem Zweck des § 518 BGB beweisen, dass die Heilung „mit Wissen und Wollen“ des Vollmachtgebers erfolgt ist;<sup>29</sup> zu beweisen haben sie im

<sup>26</sup> Wenn Schenkungsgegenstand ein Grundstück ist, erstreckt sich die Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 BGB nicht nur gemäß § 518 Abs. 1 BGB auf das Schenkungsversprechen, sondern auf den ganzen Vertrag, vgl. *Palandt/Weidenkaff*, § 518 Rdnr. 7. Heilung durch bloße Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB wäre materiellrechtlich möglich, scheidet aber praktisch aus, weil § 925a BGB den Notar hindert, die Auflassung zu beurkunden, ohne dass ein formwirksames Grundgeschäft vorliegt.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 11.1.1984, IVa ZR 30/82, FamRZ 1985, 693; BGH, Urteil vom 12.11.1986, IVa ZR 77/85, DNotZ 1987, 322; BGH, Urteil vom 18.5.1988, IVa ZR 36/87, NJW 1988, 2731, 2732; *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2301 BGB Rdnr. 38 m. w. N. Dagegen ist postmortale Heilung möglich, falls die Begünstigung zusätzlich auf einem Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 331 Abs. 1 BGB beruht – vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., Rdnr. 42 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2301 BGB Rdnr. 13 ff. m. w. N. und die in Fn. 27 aufgeführten BGH-Urteile. Es ist hier nicht der Ort, in die altbekannte rechtspolitische Diskussion über Sinn und Widerspruchsfreiheit der §§ 2301, 331, 518 BGB einzutreten.

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 14.11.2006, X ZR 34/05, BGHZ 169, 377 = DNotZ 2007, 211; BGH, Urteil vom 11.3.2014, X ZR 150/11, NJW 2014, 2275.

<sup>25</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, MittBayNot 2016, 401 (in diesem Heft).

Fallbeispiel also mindestens den zu Lebzeiten erteilten Auftrag des Vollmachtgebers, der Grundstücksschenkung mittels der Vollmacht rechtliche Wirksamkeit zu verschaffen.<sup>30</sup> Der dazu erforderliche rechtstechnische Weg, nämlich die Beurkundung des Schenkungsvertrages samt Auflassung,<sup>31</sup> ist dem juristischen Laien in der Regel unbekannt und daher gleichgültig, muss also nicht vom Wissen und Willen des Vollmachtgebers erfasst sein.<sup>32</sup>

Die Vorschriften des BGB erlauben somit durchaus einen Eigentumserwerb „am Erbrecht vorbei“ mittels Ausübung einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht, falls der Erblasser einen Auftrag zur postmortalen Heilung seiner formunwirksamen Schenkung erteilt hat. Formvorschriften werden dadurch nicht umgangen, denn der Schenkungsauftrag ist formfrei und der eigentliche Schenkungsvertrag wird beurkundet. Vor allem widerspricht dieser Weg entgegen *Sagmeister*<sup>33</sup> nicht dem System des deutschen Erbrechts. Er folgt vielmehr aus dessen Grundprinzip, nämlich der Gesamtrechtsnachfolge im Zusammenspiel mit den Heilungsvorschriften der § 518 Abs. 2, § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB.

Ob die Grundstücksschenkung postmortal und rechtsgrundgestützt noch gelingt, hängt jedoch von den dargelegten, überaus weichen Kriterien ab, die nur im Zivilprozess, nicht im Grundbuchverfahren,<sup>34</sup> abgeklärt werden können. Dies gilt unabhängig davon, ob der Bevollmächtigte selbst oder ein Dritter auf solche Weise begünstigt werden soll.<sup>35</sup> Jedenfalls ist der Einsatz einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht zu diesem Zweck nicht a priori rechtswidrig oder des Vollmachtmissbrauchs verdächtig. Nur objektive, auf massiven Verdachtsmomenten beruhende Evidenz des Missbrauchs kann die Gutgläubenswirkung der Vollmacht (§ 173 BGB) erschüttern. Dazu genügt es nicht, dass der Bevollmächtigte ein unentgeltliches Rechtsgeschäft oder ein Rechtsgeschäft zu eigenen Gunsten abschließt.<sup>36</sup>

## b) Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars

Zur postmortalen Heilung einer vom Erblasser formunwirksam versprochenen Grundstücksschenkung ist die notarielle Beurkundung des Schenkungsvertrages erforderlich.<sup>37</sup> Infolgedessen wird der Notar als Erster mit dem Ersuchen konfrontiert, den Schenkungsvertrag samt Auflassung zu beurkunden und die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch zu bewirken. Solange der Vollmachtmissbrauch nicht objektiv evident ist, verleiht die transmortale oder postmortale Vollmacht die dazu nötige Rechtsmacht, bei Befreiung von § 181 BGB auch die Rechtsmacht, eine Schenkung zu

gunsten des Bevollmächtigten und/oder zugunsten eines zugleich vertretenen Dritten zu beurkunden.

Der Notar ist grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Bevollmächtigten, der unter Vorlage seiner Vollmacht namens des Vollmachtgebers handelt, nach seinem Auftrag oder einem anderen Rechtsgrund im Innenverhältnis zum Vollmachtgeber zu fragen. Dieser Grundsatz gilt auch, falls der von § 181 BGB befreite Bevollmächtigte mit sich selbst kontrahiert oder als Doppelvertreter auftritt. Er ruht auf zwei Säulen: Zum einen auf der Rechtsscheinwirkung der vorgelegten Vollmacht (§§ 172, 173 BGB),<sup>38</sup> zum anderen darauf, dass nach der Lebenserfahrung den Vollmachtgeber mit dem Bevollmächtigten regelmäßig ein Vertrauensverhältnis verbindet. Der Tod des Vollmachtgebers ändert zwar nichts an der Rechtsscheinwirkung der Vollmacht, er bewirkt aber im Innenverhältnis einen Wechsel des Geschäftsherrn, der Zweifel am Fortbestand des alten Vertrauensverhältnisses nahelegt.

Der Notar sollte über diese Erkenntnis nicht hinweggehen, wenn ihm der Tod des Vollmachtgebers bekannt ist oder wird.<sup>39</sup> Seine Aufgabe besteht vielmehr darin, darauf zu achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Dem Bevollmächtigten wird in den meisten Fällen nicht bewusst sein, dass er für die postmortale Beurkundung des Schenkungsvertrages einen Rechtsgrund gegenüber dem Erben benötigt und nur schaffen kann, falls die in vorstehendem Abschnitt a) aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind und ihm im Streitfall diesbezüglich keine Beweisnot droht. Fixiert auf die Vollmacht, wird er allzu leicht übersehen oder nicht wahrhaben wollen, dass andernfalls das Grundstück als ungerechtfertigte Bereicherung an den Erben herauszugeben und diesem womöglich gemäß § 678 BGB Schadenersatz zu leisten ist.

Hinzu kommt, dass der Notar nach § 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG Wirksamkeitszweifel mit den Beteiligten erörtern soll. Der kraft Vollmacht beurkundete Schenkungsvertrag unterliegt zwar keinem Wirksamkeitszweifel, wohl aber Zweifeln an seiner Kondiktionsfestigkeit. Dies tangiert den Zweck des § 925a BGB. Mit dieser Vorschrift will der Gesetzgeber erreichen, dass der Notar bei Beurkundung der Auflassung die Wirksamkeit des Grundgeschäftes prüft. Ist zwar dessen Wirksamkeit gesichert, drängen sich aber Zweifel an dessen Kondiktionsfestigkeit auf, so hat er meines Erachtens diese mit den Beteiligten zu erörtern.<sup>40</sup>

Selbst wenn man gleichwohl § 17 BeurkG nicht für einschlägig hielte, weil die Bedenken nicht unmittelbar die Wirksamkeit des Schenkungsvertrages betreffen, liegen jedenfalls die Voraussetzungen einer sog. erweiterten Belehrungspflicht aus Betreuung (§ 14 BNotO) vor: Denn einerseits erscheint es zumindest naheliegend, dass dem Bevollmächtigten und/oder dem Beschenkten ein Schaden droht, andererseits kann der Notar nicht mit Sicherheit annehmen, dass die Gefährdeten sich dieser Gefahr bewusst sind und das Risiko auch bei einer Belehrung auf sich nähmen.<sup>41</sup>

Die danach erforderliche Belehrung und Erörterung könnte folgendermaßen dokumentiert werden:

<sup>30</sup> Vgl. *Derleder*, NJW 2012, 2689, 2692; die vom BGH vorgenommene Differenzierung zwischen der Beweislast für das Fehlen eines Rechtsgrundes i. S. d. § 812 BGB und für den erteilten Vollzugauftrag ist im praktischen Ergebnis bedeutungslos.

<sup>31</sup> Fn. 26.

<sup>32</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11.1.1984, IVa ZR 30/82, FamRZ 1985, 693, 696.

<sup>33</sup> *Sagmeister*, MittBayNot 2016, 403 (in diesem Heft).

<sup>34</sup> Dazu nachfolgender Abschn. c).

<sup>35</sup> Der Begünstigung eines Dritten kann ein Vertrag zugunsten Dritter zwischen Schenker und Bevollmächtigtem gemäß § 331 BGB zugrundeliegen mit der Folge, dass der Bevollmächtigte einen Formmangel des Schenkungsversprechens postmortal durch Beurkundung des Schenkungsvertrages unabhängig davon heilen kann, ob dieses mit einer Überlebensbedingung i. S. d. § 2301 BGB verbunden war – vgl. Fn. 27.

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 11.1.1984, IVa ZR 30/82, FamRZ 1985, 693, 695; BGH, Urteil vom 25.10.1994, XI ZR 239/93, NJW 1995, 250; BGH, Urteil vom 19.4.1994 - XI ZR 18/93, NJW 1994, 2082.

<sup>37</sup> Vgl. Fn. 26.

<sup>38</sup> Dazu BGH, Urteil vom 2.5.2000, XI ZR 108/99, NJW 2000, 2270.

<sup>39</sup> Der Notar ist m. E. nicht verpflichtet, von sich aus zu fragen, ob der Vollmachtgeber noch lebt.

<sup>40</sup> Ebenso *Staudinger/Pfeifer*, 2011, § 925a BGB Rdnr. 7 am Ende.

<sup>41</sup> Ständige Rechtsprechung, Nachweise bei *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 242 ff.

**Formulierungsvorschlag:**

*Der Notar hat darüber belehrt, dass dieser Schenkungsvertrag dem Erben gegenüber nur Bestand hat, wenn der Erblasser*

- *dem Erwerber den Grundbesitz schenken wollte,*
- *das Geschenk nicht von dem Überleben des Beschenkten abhängig gemacht hat sowie*
- *den Bevollmächtigten beauftragt hat, der Schenkung auch nach dem Tod des Erblassers rechtliche Wirksamkeit zu verschaffen,*
- *und wenn der Erbe oder ein Testamentsvollstrecker diesen Auftrag bis zur heutigen Beurkundung nicht widerrufen hat.*

*Der Notar kann das Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht beurteilen, weil sie außerhalb seiner Wahrnehmung liegen. Er übernimmt dazu keine Beratung. Sind die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt, so kann der Schenkungsvertrag Herausgabe- und/oder Schadensersatzansprüche auslösen.*

*Der Schenkungsvertrag soll dennoch vor Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung und ohne vorherige/n (Versuch einer) Kontaktaufnahme mit dem Erben beurkundet werden.<sup>42</sup>*

Über diese Belehrungspflicht hinaus trifft den Notar meines Erachtens keine weitergehende Pflicht, insbesondere keine Pflicht zur Ermittlung des Erben, zur Einsicht in die Nachlassakten oder zur Rückfrage beim Erben<sup>43</sup>. Zu einer Kontaktaufnahme mit dem Erben ist er kraft seiner Verschwiegenheitspflicht nicht einmal berechtigt.

Im Fall des OLG Frankfurt hat derselbe Notar prä-mortale Vollmacht und postmortal den Schenkungsvertrag beurkundet. Dadurch wird seine Rolle nicht einfacher, denn im Rechtsstreit über einen vom Erblasser erteilten, von keiner Überlebensbedingung abhängigen Schenkungsauftrag werden die Beteiligten ihn als Zeugen aufbieten. Seine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht unterstellt, kann seine Aussage im Wesentlichen zweierlei ergeben: Entweder ist ihm ein Schenkungsversprechen des Erblassers nicht erinnerlich; dann wird der Erbe ihm möglicherweise vorwerfen, er hätte von einem Vollmachtsmissbrauch ausgehen und die Beurkundung des Schenkungsvertrages ablehnen müssen – meines Erachtens ein unberechtigter Vorwurf, denn der Erblasser kann seinen Schenkungswillen auch vor oder nach Beurkundung der Vollmacht geäußert haben. Oder er erinnert sich, dass auch über die Schenkung gesprochen wurde; dann muss er mit der Frage rechnen, weshalb diese, jedenfalls der Auftrag dazu, keinen Eingang in die Vollmachtsurkunde gefunden hat. Es ist also empfehlenswert, einen derartigen Auftrag in die Vollmachtsurkunde mitaufzunehmen.

<sup>42</sup> Selbstverständlich benötigt der Bevollmächtigte einen Rechtsgrund im Innenverhältnis auch dann, wenn er zu Lebzeiten des Vollmachtgebers verfügt. Ein Hinweis des Notars darauf kann zweckmäßig sein, ist aber in der Regel nicht geboten, weil der Vollmachtgeber Geschäftsherr geblieben ist und der Notar mangels gegenteiliger Anhaltspunkte von einem fortbestehenden Vertrauensverhältnis ausgehen darf.

<sup>43</sup> In den vergleichbaren Fällen einer Schenkung von Todes wegen mittels Vertrages zwischen Erblasser und Kreditinstitut zugunsten eines begünstigten Dritten hat der BGH sogar angedeutet, das Kreditinstitut könnte sich schadensersatzpflichtig machen, falls es die Verfügung über das zugewendete Geldvermögen von der Zustimmung des Erben abhängig macht oder durch Zuwarten den Widerruf der Vollmacht ermöglicht – vgl. BGH, Urteil vom 25.10.1994, XI ZR 239/93, NJW 1995, 250.

**c) Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Grundbuchamtes**

Das Grundbuchamt hat nach § 20 GBO zu prüfen, ob die im Grundstücksübertragungsvertrag enthaltene Auflassung wirksam und ob die Eintragung des Eigentumswechsels bewilligt ist (§ 19 GBO). Es hat sich dabei an die Rechtsscheinwirkung der transmortalen oder postmortalen Vollmacht zu halten. Nur wenn deren Missbrauch aufgrund massiver Verdachtsmomente objektiv evident ist, darf es den Vollzug von der Genehmigung des Erben abhängig machen. Die Begünstigung des von § 181 BGB befreiten Bevollmächtigten oder eines ihm nahestehenden Dritten rechtfertigt nach der Rechtsprechung keinen Missbrauchsverdacht. Mit den §§ 20 und 19 GBO verfolgt der Gesetzgeber den Zweck, das Grundbuchverfahren zu erleichtern, insbesondere das Grundbuchamt der Prüfung des Rechtsgrundes der dinglichen Erklärungen zu entheben. Das Grundbuchamt pervertiert diesen Zweck, wenn es – wie im Falle des OLG Frankfurt<sup>44</sup> – seine Zweifel, ob der Bevollmächtigte im Innenverhältnis legitimiert ist, zum Eintragungshindernis entwickelt.<sup>45</sup> Insofern hat es nicht nur keine Prüfungspflicht, sondern auch kein Prüfungsrecht.

Das eingeschränkte Prüfungsrecht des Grundbuchamtes entspricht einer sinnvollen Verteilung der Prüfungs Kompetenzen. Denn der Gesetzgeber hat bereits eine Stufe vor dem Grundbuchvollzug dem beurkundenden Notar nicht nur die Prüfung der Vollmacht auferlegt, sondern zusätzlich gemäß § 925a BGB die Prüfung des Rechtsgrundes der Auflassung.<sup>46</sup> Diese Vorschaltung des Notars ist sachgerecht, weil die im Beurkundungsverfahren stattfindende mündliche Kommunikation weitaus bessere Möglichkeiten bietet, etwaigen Mängeln der Vollmacht oder des Auftrags nachzugehen, als das auf schriftliche Eintragungsunterlagen beschränkte Grundbuchverfahren.

**d) Pflichtteilsergänzungsanspruch**

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 Abs. 1 BGB hängt davon ab, dass „der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat“.

*Sagmeister*<sup>47</sup> hält die Vorschrift bei postmortalen Schenkungen mittels Vollmacht für unanwendbar, weil im Zeitpunkt der Schenkung der Erblasser nicht mehr lebt, der Bevollmächtigte den Erben vertritt und daher nicht der Erblasser schenke, sondern der Erbe, vertreten durch den Bevollmächtigten. Dies gelte auch für den Fall, dass der Erblasser die Schenkung zu Lebzeiten ohne Überlebensbedingung<sup>48</sup> formunwirksam versprochen hat und der Bevollmächtigte den Formmangel durch postmortale Beurkundung des Schenkungsvertrages heilt; denn die Heilung wirke nur ex nunc, also in dem Zeitpunkt, in welchem der Geschäftsherr des Bevollmächtigten bereits der Erbe ist. Wegen des Zeitpunkts der Heilung könne nicht von einer Schenkung des Erblassers, sondern nur von einer Schenkung des Erben die Rede sein.

So stringent diese Argumentation auf den ersten Blick erscheint, so nachhaltig irritiert das Ergebnis. Dass hier etwas nicht stimmen kann, offenbart ein vergleichender Blick auf

<sup>44</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, MittBayNot 2016, 401 (in diesem Heft).

<sup>45</sup> Zur Situation, falls die Schenkung einer bindenden Verfügung von Todes wegen widerspricht, nachstehender Abschn. 4.

<sup>46</sup> Dazu vorstehender Abschn. b).

<sup>47</sup> *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 111 f., MittBayNot 2016, 403 (in diesem Heft).

<sup>48</sup> Andernfalls gilt § 2301 BGB, sodass postmortale Heilung nicht möglich ist – vgl. Fn. 27.

die pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen von Schenkungen auf den Todesfall mittels Vertrag zugunsten eines Dritten, wie etwa die Zuwendung eines Sparguthabens auf den Todesfall. Derartigen Schenkungen liegt ebenfalls ein formunwirksames Schenkungsversprechen oder Schenkungsangebot zugrunde, das erst durch postmortale Leistung an den Begünstigten geheilt wird.

Hat eine solche Zuwendung im Valutaverhältnis zwischen dem Erblasser und dem begünstigten Dritten ihren Rechtsgrund in einem wirksamen Schenkungsvertrag, so löst diese Schenkung anerkanntermaßen Pflichtteilergänzungsansprüche aus.<sup>49</sup> Dass der Formmangel des Schenkungsversprechens erst postmortal geheilt wird, ändert daran nichts. Gerechtfertigt kann dies nur damit werden, dass der Erblasser das Schenkungsversprechen oder Schenkungsangebot zu Lebzeiten auf den Weg gebracht hat, und zwar durch den Vertrag mit dem Kreditinstitut oder der Lebensversicherung sowie durch den Auftrag an diese, dem Begünstigten postmortal die Möglichkeit der Annahme und der Heilung des Formmangels gemäß § 518 Abs. 2 BGB zu übermitteln. Macht der Begünstigte von dieser Möglichkeit Gebrauch, so wird – wie *Sagmeister* zutreffend bemerkt – der Rechtsgrund der Zuwendung im Valutaverhältnis erst postmortal durch Heilung des Formmangels wirksam. Der Erblasser hat jedoch zu dem von ihm erstrebten Erfolg prä mortal alle rechtlichen Weichen gestellt und den damit noch nicht abgeschlossenen Schenkungsvorgang auf den Weg gebracht. Nach § 1922 Abs. 1 BGB geht dieses in der Entwicklung befindliche Rechtsverhältnis unverändert auf den Erben über.<sup>50</sup> Seinen Ursprung hat es beim Erblasser. Daher wird der postmortal eintretende Erfolg dem Erblasser als seine Schenkung zugerechnet, womit die Voraussetzungen des § 2325 Abs. 1 BGB erfüllt sind.

Nicht anders verhält es sich, wenn der Erblasser dem Bevollmächtigten seinen an keine Überlebensbedingung geknüpften Schenkungswillen kundtut und ihn beauftragt, postmortal mittels der Vollmacht der Schenkung rechtliche Wirksamkeit zu verleihen. Auch in dieser Konstellation hat der Erblasser die Schenkung eingeleitet und durch den Auftrag in Gang gesetzt. Die erst postmortal eintretende Wirksamkeit der Schenkung hat ihren Ursprung beim Erblasser und erfüllt damit die Voraussetzungen des § 2325 Abs. 1 BGB. Denkbar wäre der Einwand, beide Vorgänge seien nicht vergleichbar, weil speziell der durch Vertrag zugunsten Dritter geschaffene Anspruch des Begünstigten das Geschenk am Nachlass vorbei leite. Dabei würde jedoch verkannt, dass nicht dieser Vertrag, also das Deckungsverhältnis, darüber entscheidet, ob der Begünstigte die Zuwendung behalten darf, sondern allein ein Rechtsgrund im Valutaverhältnis. Anders formuliert: Das Deckungsverhältnis mag als Vertrag zugunsten Dritter noch so perfekt gestaltet sein, falls der Zuwendung ein wirksamer Rechtsgrund im Valutaverhältnis fehlt, bleibt der Vertrag zugunsten Dritter wertlos. Über das Ergebnis entscheidet in beiden Fallgruppen nur das Valutaverhältnis. Deshalb sind beide Fallgruppen gleich zu behandeln.

In beiden ergibt sich eine völlig andere pflichtteilsrechtliche Situation, wenn für die Schenkung kein Rechtsgrund im Verhältnis zum Erblasser geschaffen wurde oder der Bevollmächtigte seine Befugnisse im Innenverhältnis überschritten hat: Dann hat der Erbe Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes als ungerechtfertigte Bereicherung. Dieser An-

spruch fußt auf der vom Erblasser erteilten überschießenden Rechtsmacht des Bevollmächtigten und gehört infolgedessen zum Nachlass genauso wie ein etwaiger Schadensersatzanspruch wegen unberechtigter Geschäftsführung (§ 678 BGB oder § 280 BGB).<sup>51</sup> Solche Ansprüche treten wertmäßig an die Stelle des weggegebenen Vermögenswertes. Sie zählen bei der Berechnung des normalen Pflichtteils mit.<sup>52</sup> Für einen Pflichtteilergänzungsanspruch besteht keine Rechtsgrundlage, aber auch kein Bedarf.

Die von *Sagmeister* angesprochenen pflichtteilsrechtlichen Probleme bestehen also nicht, solange man an der bisher anerkannten pflichtteilsrechtlichen Behandlung der Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall festhält. Daran möchte auch *Sagmeister* nicht rütteln.<sup>53</sup>

#### e) Erbschaftsteuer

Ein schlimmes erbschafts- und schenkungsteuerliches Szenario zeichnet *Sagmeister*.<sup>54</sup> Er meint, für den Erwerb des Begünstigten mittels postmortaler Vollmachtausübung sei – ähnlich wie nach seiner Meinung im Rahmen des § 2325 Abs. 1 BGB – auch erbschaftsteuerlich der Zeitpunkt maßgebend, zu welchem der vom Bevollmächtigten beurkundete Schenkungsvertrag zivilrechtlich wirksam wird. Weil der Formmangel erst nach dem Erbfall durch Beurkundung des Schenkungsvertrages geheilt werde, habe der Erbe zunächst das Grundstück geerbt, es jedoch anschließend durch die vom Bevollmächtigten beurkundete Schenkung an den Begünstigten verloren. Das sog. Stichtagsprinzip (§ 11 ErbStG) fordere, die Vorgänge erbschaftsteuerlich streng nach dem Zeittakt ihres Ablaufs zu beurteilen – mit fatalen Folgen: Zunächst müsste der Erbe für den Erwerb des Grundstücks Erbschaftsteuer zahlen, jedenfalls aber seinen Freibetrag schmälern. Anschließend hätte der Begünstigte den Erwerb als Schenkung des vom Bevollmächtigten vertretenen Erben zu versteuern, daher nicht nach seinem Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser, also möglicherweise mit geringerem Freibetrag und höherem Steuersatz. Das Finanzamt wäre dabei der Hauptgewinner, die Beteiligten die Verlierer, vor allem der Erbe, der versteuern müsste, was ihm wirtschaftlich entgangen ist.

Indessen muss auch hier unterschieden werden:

Liegt dem Erwerb des Begünstigten als Rechtsgrund ein zunächst formunwirksames, aber postmortal durch Beurkundung des Schenkungsvertrages geheiltes Schenkungsversprechen oder Schenkungsangebot sowie ein vom Erblasser erteilter Auftrag an den Bevollmächtigten zugrunde, den Schenkungsvertrag formwirksam – auch postmortal – nachzuholen, so fällt der Erwerb des Begünstigten unter § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Diese Vorschrift erfasst den Erwerb eines Dritten außerhalb der Erbfolge. Obwohl der Erblasser noch zu Lebzeiten den Erwerb in Gang gesetzt hat, gilt der Erwerb des Dritten als Erwerb von Todes wegen. Die Vorschrift erfasst hauptsächlich den Erwerb aufgrund eines echten Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB), gilt aber nicht ausschließlich dafür.<sup>55</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass

<sup>51</sup> Vgl. vorstehenden Abschn. 2. d).

<sup>52</sup> *Staudinger/Olshausen*, 2015, § 2325 BGB Rdnr. 50 m. w. N. Dies gilt ebenso für den Herausgabeanspruch des bindend eingesetzten Erben gemäß § 2287 BGB, nach h. M. aber nur im Ergebnis, nicht in der Begründung – dazu Abschn. 4. d).

<sup>53</sup> *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107. *Lange*, Erbrecht, 2011, § 18 Rdnr. 214 spricht von einer gewohnheitsrechtlich verfestigten Rechtsprechung.

<sup>54</sup> *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, MittBayNot 2016, 403 (in diesem Heft).

<sup>55</sup> Vgl. *Meincke*, ErbStG, 16. Aufl. 2012, § 3 ErbStG Rdnr. 78 m. w. N.

<sup>49</sup> Vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2325 Rdnr. 13; *Staudinger/Olshausen*, 2015, § 2325 BGB Rdnr. 36 m. w. N.; diskutiert wird bei Lebensversicherungsverträgen über deren Höhe, nicht über deren Entstehung, vgl. BGH, Urteil vom 28.4.2010, IV ZR 73/08, NJW 2010, 3232.

<sup>50</sup> Dazu vorstehende Abschnitte 2. b) und c).

dem Erwerb des Begünstigten als Rechtsgrund eine – wenn auch zunächst formunwirksame – Schenkung aus dem Vermögen des Erblassers zugrunde liegt.<sup>56</sup> Dabei kann meines Erachtens offen bleiben, ob als Vertrag im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG die postmortal geheilte Schenkung anzusehen ist oder der Auftrag an den Bevollmächtigten, diese wirksam zu machen. So oder so treten in dieser Fallgruppe die von *Sagmeister* dargestellten Steuernachteile nicht ein.<sup>57</sup> Die Zuwendung wird nur beim Begünstigten erbschaftsteuerlich erfasst, und zwar nach dessen Verhältnis zum Erblasser. Beim Erben handelt es sich um eine abzugsfähige, vom Erblasser herrührende Schuld (§ 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG).

Kann hingegen der Begünstigte für seinen Erwerb keinen Rechtsgrund vorweisen, so ist er dem Erben nach § 812 BGB zur Herausgabe des Geschenkes verpflichtet. Der Herausgabeanspruch zählt – wie in vorstehendem Abschnitt d) dargestellt – zum Erwerb von Todes wegen des Erben. Zugleich neutralisiert die Durchsetzung des Herausgabeanspruchs die Bereicherung des Begünstigten, sodass dieser im Ergebnis keinen Erwerb zu versteuern hat (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).<sup>58</sup> Solange die Beteiligten indessen die unwirksame Zuwendung in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis bestehen lassen, bleibt es bei der Besteuerung des Begünstigten – wie vorstehend aufgeführt – gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG.

In beiden Fallgruppen droht angesichts dessen kein steuerliches Fiasko.

#### 4. Postmortal bewirkte Grundstücksschenkung zugunsten des bindend eingesetzten Erben

Im Fall des OLG Frankfurt<sup>59</sup> hatten der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau durch gemeinschaftliches Testament bindend eine Stiftung als Alleinerbin eingesetzt. Nach dem Tod des Erblassers übertrug seine transmortale Generalbevollmächtigte, befreit von § 181 BGB, zum Nachlass gehörenden Grundbesitz unentgeltlich auf sich und ihre beiden Kinder.

##### a) Materiellrechtliche Rechtslage

Der in § 2287 BGB vorgesehene Schutz des Vertragserben gegen beeinträchtigende Schenkungen kommt anerkanntermaßen auch dem in einem gemeinschaftlichen Testament bindend eingesetzten Erben zugute.<sup>60</sup> § 2287 BGB erfasst – wie die Pflichtteilergänzung gemäß § 2325 BGB – Schenkungen *des Erblassers*. Obgleich postmortal bewirkt, zählen hier wie dort Schenkungen, die auf einem (formunwirksamen) Schenkungsversprechen oder Schenkungsangebot des Erblassers beruhen, zu den Schenkungen des Erblassers, falls dieser dem Bevollmächtigten den Auftrag erteilt hat, der Schenkung Wirksamkeit zu verschaffen.<sup>61</sup> Hat der Erblasser die Schenkung auf diese Weise in Gang gesetzt und der Bevollmächtigte auftragsgemäß einen wirksamen Rechtsgrund dafür geschaffen, gelangt § 2287 BGB zur Anwendung.

Kein Bedarf für eine Anwendung des § 2287 BGB besteht dagegen dann, wenn die postmortal bewirkte Zuwendung im Verhältnis zum Erblasser keinen solchen Rechtsgrund auf-

weist. Dann ist der Erbe bereits durch den Herausgabeanspruch gemäß § 812 BGB geschützt, möglicherweise zudem durch einen Schadensersatzanspruch gemäß § 678 BGB oder § 280 BGB.<sup>62</sup> Dieser Schutz hängt nicht davon ab, ob die Zuwendung in Benachteiligungsabsicht erfolgt ist; außerdem ist er nicht durch den kenntnisunabhängigen Verjährungsbeginn gemäß § 2287 Abs. 2 BGB geschwächt.

Mit § 2287 BGB versucht der Gesetzgeber einen Spagat zwischen der zuvor postulierten Freiheit des gebundenen Erblassers zu Verfügungen unter Lebenden (§ 2286 BGB) und der für den Erbvertrag postulierten Bindungswirkung, ohne eines der beiden Postulate aufzugeben. Dabei erklärt es Schenkungen, die in der Absicht erfolgen, den Vertragserben zu beeinträchtigen – sog. bössliche Schenkungen –, nicht für unwirksam; sonst wäre § 2287 BGB überflüssig. Solche Schenkungen sind daher grundsätzlich auch nicht sittenwidrig. Vielmehr verlangt § 2287 BGB als *lex specialis* gegenüber § 138 Abs. 1 BGB<sup>63</sup> eine umfassende Abwägung zwischen der Bindung des Erblassers einerseits und den Gründen für die Benachteiligung des Erben andererseits. Hierbei stellt der BGH in ständiger Rechtsprechung vor allem darauf ab, ob der Erblasser für die Schenkung ein anerkanntes lebzeitiges Eigeninteresse hatte.<sup>64</sup> Ist dies der Fall, so erweist sich die Schenkung als legitimes Gestaltungsmittel, hinter dem die Vorgaben des Erbrechts zurücktreten.<sup>65</sup> Wer einen Auftrag zu einer solchen Schenkung mittels Vollmacht ausführt, beschreitet einen vom Gesetz eröffneten Weg, dessen Kondiktionsfestigkeit freilich von den vorstehend genannten Kriterien abhängt. Darin liegt kein Missbrauch eingeräumter Vertretungsmacht,<sup>66</sup> denn der Gesetzgeber wertet in § 2287 BGB sogar die bössliche Schenkung nicht als unwirksam, sondern nur als kondizierbar. Erst wenn weitere außergewöhnlich anstößige Begleitumstände hinzutreten, kann die benachteiligende Verfügung nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein.<sup>67</sup>

Nach dem Erbfall muss der Erbe entscheiden, ob er die Schenkung hinnimmt oder zurückfordert. Verweigert der Beschenkte die Rückgewähr, so muss der Erbe klagen und die Darlegungen des Beschenkten zum lebzeitigen Eigeninteresse des Erblassers ausräumen.<sup>68</sup> Ob die Schenkung einem lebzeitigen Eigeninteresse des Erblassers entsprochen hat oder nicht, kann nur in einem ordentlichen Gerichtsverfahren geklärt werden.

<sup>62</sup> Vgl. vorstehenden Abschn. 3. d) am Ende.

<sup>63</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung weg von § 138 Abs. 1 BGB *Spellenberg*, NJW 1986, 2531.

<sup>64</sup> Zuletzt BGH, Beschluss vom 26.10.2011, IV ZR 72/11, DNotZ 2012, 301; umfangreiche Nachweise bei *Spellenberg* (Fn. 63), *Schindler*, ErbR 2015, 526, 532 ff., und *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2287 BGB Rdnr. 11 ff.

<sup>65</sup> So mit Recht OLG Frankfurt, Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, MittBayNot 2016, 403 (in diesem Heft). Der von *Sagmeister*, MittBayNot 2016, 403 zitierte Grundsatz „*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*“ besagt nichts zum Problem, denn das rechtliche Können steht außer Frage; es geht allein um eine bereicherungsrechtliche Rückgewährpflicht, die gemäß § 2287 BGB bestehen kann oder auch nicht.

<sup>66</sup> *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2287 BGB Rdnr. 12, und *Schindler*, ErbR 2015, 526, 532 ff., verstehen unter „Missbrauch der Verfügungsbefugnis“ die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB, nicht diejenigen des § 138 Abs. 1 BGB.

<sup>67</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 4.7.1990, IV ZR 121/89, FamRZ 1990, 1343; *Palandt/Weidlich*, § 2287 Rdnr. 1.

<sup>68</sup> Vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2287 Rdnr. 9 m. w. N.

<sup>56</sup> Vgl. *Meincke*, a. a. O., § 3 ErbStG Rdnr. 79, 81 m. w. N.

<sup>57</sup> So auch *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 114.

<sup>58</sup> Vgl. *Meincke*, a. a. O., § 29 ErbStG Rdnr. 6, § 7 ErbStG Rdnr. 59, mit jeweils abweichender Begründung.

<sup>59</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, MittBayNot 2016, 401 (in diesem Heft).

<sup>60</sup> Vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 10; *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2287 BGB Rdnr. 10 jeweils m. w. N.

<sup>61</sup> Näher dazu vorstehender Abschn. 3. d).

## b) Prüfungspflicht und Prüfungsrecht des Grundbuchamtes

Im Fall des OLG Frankfurt<sup>69</sup> ging es nicht um die materielle Rechtslage, sondern nur um die Prüfungspflicht und das Prüfungsrecht des Grundbuchamtes im Rahmen des § 20 GBO. Zu prüfen hatte das Grundbuchamt also neben der Eintragungsbewilligung lediglich die Wirksamkeit der Auflassung, dagegen nicht deren Rechtsgrund.<sup>70</sup> Schon gar nicht konnte es Aufgabe des Grundbuchamtes sein, durch Verweigerung des Vollzugs der Auflassung die Entscheidung des Erben über die Rückforderung vorwegzunehmen oder die Entscheidung der ordentlichen Gerichtsbarkeit darüber zu präjudizieren, ob der Zuwendung ein wirksamer Schenkungsvertrag und ein anerkanntes Eigeninteresse zugrunde lagen.

Angesichts dessen halte ich die Kritik daran,<sup>71</sup> dass das OLG Frankfurt dem Grundbuchamt die Schranken seiner Prüfungskompetenz aufgezeigt hat, für ungerechtfertigt.

## c) Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars

Bei der Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars können sich gegenüber den Ausführungen in vorstehendem Abschnitt 3. b) weitergehende Anforderungen nur dann ergeben, wenn der Notar weiß, dass die zu beurkundende Schenkung mit einer bindenden Verfügung von Todes wegen konkurriert.<sup>72</sup>

Ist dies der Fall und muss der Notar annehmen, dass dem Bevollmächtigten das Risiko, einem Rückforderungsanspruch des Erben ausgesetzt zu sein, nicht bewusst ist, so sollte er ihn darüber belehren. Es empfiehlt sich, diese Belehrung durch einen Einschub in den in Abschnitt 3. b) empfohlenen Belehrungsvermerk zu dokumentieren. Nach dem Satz „Sind die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt, so kann der Schenkungsvertrag Herausgabe- und/oder Schadensersatzansprüche auslösen.“ kann dementsprechend eingefügt werden:

### Formulierungsvorschlag:

„Widerspricht die Schenkung einer bindenden Verfügung von Todes wegen, so kann der Erbe sie möglicherweise sogar herausverlangen, obwohl die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind.“

Darauf kann wiederum der letzte Satz der in Abschnitt 3. b) empfohlenen Dokumentation folgen.

## d) Pflichtteilsergänzung

Zurückgehend auf das RG halten Rechtsprechung und herrschende Meinung<sup>73</sup> an dem Dogma fest, der Herausgabeanspruch gemäß § 2287 BGB zähle nicht zum Nachlass. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass er Surrogat eines entgangenen erbrechtlichen Erwerbs ist, nicht anders als der Bereicherungsanspruch bei rechtsgrundlos bewirkter postmortaler Zuwendung.<sup>74</sup> Abgesehen von diesem Widerspruch erschwert das Dogma in vielen Bereichen interessengerechte Lösungen, zum Beispiel dahingehend, dass Testamentvollstreckung sowie Vor- und Nacherbfolge auch den Herausgabeanspruch erfassen.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, MittBayNot 2016, 401 (in diesem Heft).

<sup>70</sup> Näher dazu vorstehender Abschn. 3. c).

<sup>71</sup> Grunewald, ZEV 2015, 650; Sagmeister, MittBayNot 2016, 403 (in diesem Heft).

<sup>72</sup> Zu Rückfragen und Nachforschungen, ob und wie der Erblasser testiert hat, ist der Notar m. E. nicht verpflichtet.

<sup>73</sup> Vgl. Palandt/Weidlich, § 2287 Rdnr. 10 m. w. N.

<sup>74</sup> Dazu vorstehender Abschn. 3. d).

<sup>75</sup> Vgl. im einzelnen Muscheler, FamRZ 1994, 1361; ebenso Staudinger/Kanzleiter, 2014, § 2287 BGB Rdnr. 22.

Einig ist man sich, dass dem Pflichtteilsberechtigten, unabhängig davon, ob der Erbe den Herausgabeanspruch geltend macht, wegen der Schenkung der normale Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Erben oder im Falle des § 2329 BGB gegen den Beschenkten zusteht. Wenn gemäß § 2325 Abs. 3 BGB die Pflichtteilsergänzung entfällt oder abschmilzt, darf jedoch die damit verbundene Entlastung nach Muscheler<sup>76</sup> nicht dem Erben zugutekommen, sondern dem Beschenkten, der in Höhe dieser Entlastung dem Herausgabeanspruch des Erben eine Einrede entgegensetzen kann.

## e) Erbschaftsteuer

Wegen der Anlehnung des Steuerrechts an das zivilrechtliche Dogma, wonach der Herausgabeanspruch nicht in den Nachlass fällt, und wegen des Verbots der Schaffung von Steuertatbeständen durch Analogie gab es für die Besteuerung des Anspruchs aus § 2287 BGB bis zum Steueränderungsgesetz 1992 keine Rechtsgrundlage.<sup>77</sup> Seither gilt nach § 3 Abs. 2 Nr. 7 ErbStG alles, was der bindend eingesetzte Erbe oder Vermächtnisnehmer wegen beeinträchtigender Schenkungen erlangt, als Zuwendung des Erblassers. Soweit der Beschenkte aufgrund des geltend gemachten Anspruchs den Schenkungsgegenstand oder dessen Wert (§ 818 Abs. 2 BGB) herausgibt, neutralisiert sich seine Steuerbelastung gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.<sup>78</sup> Eine zweifache Besteuerung desselben Erwerbs wird dadurch vermieden.

## 5. Zusammenfassung

Der transmortal oder postmortal Bevollmächtigte vertritt nach dem Tod des Erblassers nicht mehr diesen, sondern ausschließlich den Erben als neuen Geschäftsherrn. Wessen Interessen er dabei wahrzunehmen hat, ergibt sich nicht aus der Vollmacht, sondern aus dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, typischerweise aus einem Auftrag. Ein vom Erblasser erteilter Auftrag bleibt über dessen Tod hinaus bestehen, und zwar mit unverändertem Inhalt, obwohl der Erbe Geschäftsherr des Bevollmächtigten geworden ist.

Heilt der Bevollmächtigte eine formunwirksam in die Wege geleitete Grundstücksschenkungen des Erblassers entsprechend dessen Auftrag durch postmortale Beurkundung, so bindet dies den Erben. Im Hinblick auf Pflichtteilsergänzungsansprüche und auf die Erbschaftsteuer wird diese Schenkung als Schenkung des Erblassers behandelt. Widerspricht eine solche Schenkung einer bindenden Verfügung von Todes wegen, so ist sie deswegen nicht unwirksam. Dem Erben steht vielmehr unter den Voraussetzungen des § 2287 BGB ein Herausgabeanspruch zu. Was er aufgrund dieses Anspruchs erlangt, gilt als vom Erblasser zugewendet. Soweit der Beschenkte das Geschenk herausgibt, entfällt die von ihm entrichtete Schenkungssteuer.

Beruhet die vom Bevollmächtigten postmortal bewirkte Grundstücksschenkungen nicht auf einem vom Erblasser herührenden Rechtsgrund, so kann der Erbe sie beim Beschenkten kondizieren; der Bereicherungsanspruch gehört zum Nachlass und zählt bei der Berechnung des normalen Pflichtteils mit. Soweit der Beschenkte ihn erfüllt, entfällt die von ihm entrichtete Schenkungssteuer.

<sup>76</sup> Muscheler, a. a. O., Seite 1366 ff. Da die Schenkung postmortal bewirkt wird, spielen Wertänderungen des Schenkungsgegenstands zwischen Schenkungszeitpunkt und Erbfall (§ 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB) praktisch keine Rolle.

<sup>77</sup> Vgl. Meincke, a. a. O., § 3 ErbStG Rdnr. 104.

<sup>78</sup> Dazu Fn. 58.

Handelt der Bevollmächtigte ohne Auftrag des Erblassers oder des Erben, so gelten die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag, wonach er ausschließlich die Interessen des Erben wahrzunehmen hat. Neben dem Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten kann sich daraus ein Schadensersatzanspruch gegen den Bevollmächtigten ergeben.

Wenn der Bevollmächtigte postmortal eine unentgeltliche Zuwendung beurkunden lässt, soll der Notar, wenn ihm der Tod des Erblassers bekannt ist, grundsätzlich auf die Rechtsfolgen hinweisen, die drohen, falls der Bevollmächtigte für die Zu-

wendung keinen vom Erblasser stammenden Rechtsgrund vorweisen kann. Das Grundbuchamt hat stets nur die Wirksamkeit der Auflassung zu prüfen, dagegen nicht, ob für diese ein Rechtsgrund besteht, und ebenso wenig, ob ein Konflikt mit einer bindenden Verfügung von Todes wegen droht.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Sagmeister*, MittBayNot 2016, 403 (in diesem Heft).

## Vorkaufsrechte im Grundstücksverkehr

### Teil I: Relevanz von Vorkaufsrechten: Bestehen, Fortbestehen, Vorkaufsfall

Von Notarin Dr. *Melanie Falkner*, Ochsenfurt

Vorkaufsrechte beschäftigen den Notar immer wieder in den unterschiedlichsten Sachverhaltskonstellationen. Nachfolgend soll ein Beitrag zur besseren Übersicht über die verschiedenen Varianten der Vorkaufsrechte geleistet werden, indem Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufgezeigt werden. Der Beitrag beschäftigt sich praxisorientiert mit der Handhabung bestehender Vorkaufsrechte durch den Notar bei Grundstücksgeschäften. Da Vorkaufsrechte auch immer wieder die Gerichte beschäftigen, gibt der Beitrag auch ein „Update“ über aktuelle Entscheidungen zum Themenbereich.

#### A. Bestehen eines Vorkaufsrechtes

Nach § 20 BeurkG soll der Notar, wenn er die Veräußerung eines Grundstücks beurkundet, auf gesetzliche Vorkaufsrechte hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Für andere als gesetzliche – nämlich rechtsgeschäftlich begründete – Vorkaufsrechte bestehen die allgemeinen beurkundungsrechtlichen Sorgfaltspflichten nach § 17 BeurkG, sodass auch hier ein Hinweis empfehlenswert ist. Vorkaufsrechte gibt es in durchaus stolzer Anzahl und in den verschiedensten Gattungen mit unterschiedlichen Wirkungsmechanismen.<sup>1</sup> Darunter finden sich freilich auch Exoten, wie das Vorkaufsrecht für den Träger der Straßenbaulast oder für den Vorhabenträger nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz. Ob ein Vorkaufsrecht eingreift und vom Vertragsgestalter zu berücksichtigen ist, ist leicht erkennbar bei im Grundbuch eingetragenen dinglichen Vorkaufsrechten (§ 1094 BGB), schon schwieriger bei möglichen öffentlichrechtlichen Vorkaufsrechten und „ein Studium für sich“ bei dem gesetzlichen Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB.

#### I. Öffentlichrechtliche Vorkaufsrechte

Stets im Blick des Notars ist das gemeindliche Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 1 BauGB. Aufgrund der verfahrensrechtlichen Grundbuchsperrung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB ist es omnipräsent, obgleich der Notar anhand der tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1-7 BauGB manch-

mal selbst die fehlende Relevanz des Vorkaufsrechts feststellen könnte. Denn ein Vorkaufsrecht kommt nach Nrn. 1-7 in Betracht, wenn der Vertragsgrundbesitz im Geltungsbereich eines Bauungsplanes liegt; eines Umlegungsgebietes; eines Sanierungsgebietes; einer Erhaltungssatzung; eines Flächennutzungsplanes, wenn dieser eine Wohnbebauung vorsieht; eines bebaubaren Gebietes (Innenbereich) oder in Überschwemmungsgebieten. Bei dem Verkauf eines Grundstückes im Außenbereich kann außerhalb von Überschwemmungs- und Bauerwartungslandgebieten ein gemeindliches Vorkaufsrecht ausgeschlossen werden. Das offensichtliche Nichtbestehen eines gemeindlichen Vorkaufsrechtes ist freilich nur für eine mündliche Auskunft an die Beteiligten oder für das Gestalten der Fälligkeitsvoraussetzungen relevant, ein Vorkaufsrechtszeugnis für das Grundbuchamt wird nicht entbehrlich (§ 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB). Für den Notar und das Grundbuchamt ist ohne Belang, ob ein Vorkaufsrecht der Gemeinde überhaupt nicht besteht oder zwar besteht, aber trotzdem nicht ausgeübt wird – denn jedenfalls ist ein Negativzeugnis der Gemeinde (§ 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB) Vollzugsvoraussetzung.

Nach § 24 Abs. 2 BauGB besteht kein Vorkaufsrecht bei dem Verkauf von Wohnungseigentum und Erbbaurechten. Auch wenn die Norm ausdrücklich nur für das gemeindliche Vorkaufsrecht gilt, sollte sie meines Erachtens ebenso für andere öffentlichrechtliche Vorkaufsrechte gelten, weil die öffentliche Hand mit Wohnungseigentums- und Erbbaurechten die bestehenden hoheitlichen Aufgaben nicht erfüllen können wird.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Eine Übersicht über Vorkaufsrechte (insbesondere über landesrechtliche Vorkaufsrechte, nach Ländern geordnet) findet sich im Handbuch für das Notariat, *Notarkasse A. d. ö. R.* München (Hrsg.), 19. Aufl. 2015, Rdnr. 460, 460 a und 461.

<sup>2</sup> Gleiche Ansicht für das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht *Hecht*, DNotZ 2010, 323 ff. in Fn. 5.

Das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz (§ 4 Abs. 1 RSG) ist verzahnt mit der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (§§ 2, 9 GrdsVG, § 4 Abs. 1 RSG).<sup>3</sup> Im Genehmigungsverfahren hat die Genehmigungsbehörde (Kreisverwaltungsbehörde, Art. 1 AGGrdstLPacht VG<sup>4</sup>) die Kreisgeschäftsstelle des Bayerischen Bauernverbandes anzuhören (§ 19 GrdstVG, § 32 Abs. 3 LwVG, §§ 1, 2 Bay-DV-GrdstVG<sup>5</sup>). Gibt es einen kaufwilligen ortsansässigen Landwirt, so bedeutet die Veräußerung an einen Nicht-Landwirt eine ungesunde Verteilung von Grund und Boden – die Genehmigung ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG zu versagen und das Vorkaufsrecht kann ausgeübt werden.<sup>6</sup> Die Kreisverwaltungsbehörde teilt nach § 21 Satz 1 GrdstVG, § 6 Abs. 1 RSG den Vertragsbeteiligten die Vorkaufsausübung mit und begründet gleichzeitig im Versagungsbescheid, dass die Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG wegen ungesunder Verteilung von Grund und Boden zu versagen wäre.

Nicht von vornherein erkennbar und nur bei zusätzlicher Sachverhaltsermittlung feststellbar ist die Einschlägigkeit eines naturschutzrechtlichen Vorkaufrechtes (Art. 39 Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG, § 66 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG). Zu ermitteln ist, ob sich auf dem Vertragsgrundbesitz ein Gewässer, ein Naturdenkmal oder ein geschützter Landschaftsbestandteil befindet oder ob der Grundbesitz im Nationalpark, im Naturschutzgebiet oder im geplanten Naturschutzgebiet liegt (Art. 39 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1-3 BayNatSchG, § 66 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1-3 BNatSchG). Jedenfalls bei bebauten Grundstücken erscheint ein naturschutzrechtliches Vorkaufsrecht höchst unwahrscheinlich. Unklar ist das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht;<sup>7</sup> meines Erachtens ist wegen § 66 Abs. 5 BNatSchG („Abweichende Vorschriften der Länder bleiben unberührt.“) das Landesrecht vorrangig. Da ohnehin die gleiche Behörde (das Landratsamt) für die Entgegennahme der Vorkaufrechtsmitteilung zuständig ist (Art. 39 Abs. 3 Satz 3 BayNatSchG, § 469 BGB, § 3 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG), ist das Vorrangverhältnis für den Notar ohne praktische Relevanz.<sup>8</sup>

## II. Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte

### 1. Schuldrechtliches Vorkaufsrecht

Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte nach §§ 463 ff. BGB an Grundstücken sind häufig durch eine Vormerkung zugunsten des Vorkaufsberechtigten gesichert und daher aus dem Grundbuch für den Notar ersichtlich. Nicht gesicherte Vorkaufsrechte, die dem Notar verborgen bleiben, sind zwar nicht ausgeschlossen, jedoch seltener anzutreffen.<sup>9</sup> Möglich ist die Existenz eines schuldrechtlichen Vorkaufrechtes zum Bei-

spiel bei unterbliebener Eintragung (§ 873 BGB) eines vereinbarten dinglichen Vorkaufrechtes (§ 1094 BGB). Zwar wird durch die Abrede zur Einräumung eines dinglichen Vorkaufrechtes nicht per se zugleich ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht vereinbart.<sup>10</sup> Die Hürden für eine Auslegung dahingehend, dass zusätzlich zum dinglichen (§ 1094 BGB) ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht (§ 463 BGB) gewollt ist, sind allerdings nicht allzu hoch gesteckt. So genügt es, wenn nach dem Parteiwillen das Vorkaufsrecht bereits „ab Unterschrift“ und unabhängig von einer Eintragung bestehen soll.<sup>11</sup> Da dem rechtlichen Laien in der Regel nicht bekannt ist, dass vor der konstitutiven Grundbucheintragung noch keine Rechte bestehen, kann der Wille, dass das Vorkaufsrecht bereits ab der rechtsgeschäftlichen Einigung gelten soll, in der Regel bejaht werden.

### 2. Vorkaufsrechtseinräumung

Die Einräumung eines Vorkaufrechtes (egal ob dinglich oder schuldrechtlich) für ein Grundstück ist nach § 311b BGB formbedürftig, weil es sich um die bedingte Verpflichtung zum Erwerb und Verkauf eines Grundstückes handelt.<sup>12</sup> Zu berücksichtigen ist bei diesem Formerfordernis, dass gemäß § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB die spätere Ausübung des Vorkaufrechtes nicht mehr formbedürftig ist. Der mit der Beurkundung bezweckte Schutz kann daher nur bei Bestellung des Vorkaufrechtes verwirklicht werden. Ein durch bloße Unterschriftsbeglaubigung (§ 129 BGB) zur Eintragung ins Grundbuch bewilligtes Vorkaufsrecht ist unwirksam.<sup>13</sup> Der Formmangel wird aber nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB analog durch Eintragung des Vorkaufrechtes im Grundbuch geheilt.<sup>14</sup> Die dingliche Einigung über die Entstehung des dinglichen Rechts (§ 873 BGB) ist dagegen – wie bei allen dinglichen Rechten außerhalb des Anwendungsbereiches des § 925 BGB – formfrei möglich.<sup>15</sup>

### 3. Dingliches Vorkaufsrecht

Das dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1094, 873 BGB) ist dem Notar als Grundstücksbelastung in Abt. II des Grundbuches ersichtlich. Das Vorkaufsrecht kann als persönliches Vorkaufsrecht für eine namentlich benannte Person (§ 1094 Abs. 1 BGB) oder als Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes (§ 1094 Abs. 2 BGB) bestehen. Die Rechte werden grundsätzlich als „subjektiv-

<sup>3</sup> Reichssiedlungsgesetz, Nr. 430 im Handbuch für das Notariat in Bayern und in der Pfalz, *Notarkasse A. d. ö. R. München* (Hrsg.), 19. Aufl. 2015.

<sup>4</sup> Gesetz zur Ausführung des Grundstücksverkehrsgesetzes und des Landpachtverkehrsgesetzes, Nr. 411 im Handbuch für das Notariat in Bayern und in der Pfalz, *Notarkasse A. d. ö. R. München* (Hrsg.), 19. Aufl. 2015.

<sup>5</sup> Durchführungsverordnung, Nr. 412 im Handbuch für das Notariat in Bayern und in der Pfalz, *Notarkasse A. d. ö. R. München* (Hrsg.), 19. Aufl. 2015.

<sup>6</sup> Etwas anderes kann wiederum zum Beispiel gelten, wenn der Nicht-Landwirt den Grundbesitz langfristig an einen Landwirt verpachtet und so eine Bewirtschaftung sichergestellt ist.

<sup>7</sup> Vgl. umfassend *Hecht*, DNotZ 2010, 323 ff.

<sup>8</sup> *Hecht*, DNotZ 2010, 323, 330.

<sup>9</sup> Anders zum Beispiel bei Vorkaufsrechten an Gesellschaftsbeteiligungen.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 161/12, BeckRS 2013, 22643 Rdnr. 8 ff.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 161/12, BeckRS 2013, 22643 Rdnr. 17.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 8.4.2016, V ZR 73/15, BeckRS 2016, 7596 Rdnr. 12; *Maaß*, notar 2013, 395; BeckOK-BGB/*Faust*, Stand 1.8.2014, § 463 Rdnr. 13; BeckOGK/*Daum*, Stand: 1.10.2015, § 463 Rdnr. 39; *Palandt/Weidenkaff*, 75. Aufl. 2016, § 463 Rdnr. 2, *Palandt/Bassenge*, § 1094 Rdnr. 5.

<sup>13</sup> *Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 1.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 8.4.2016, V ZR 73/15, BeckRS 2016, 7596 Rdnr. 12; BeckOK-BGB/*Faust*, Stand: 1.8.2014, § 463 Rdnr. 13; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1399; *Maaß*, notar 2013, 395; *Palandt/Bassenge*, § 1094 Rdnr. 5.

<sup>15</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1398; OLG Bremen, Urteil vom 10.3.2015, 5 U 15/14, BeckRS 2015, 6237 Rdnr. 38 f.; nach Revision bestätigt durch BGH, Urteil vom 8.4.2016, V ZR 73/15, BeckRS 2016, 7596.

persönlich“ und „subjektiv-dinglich“ unterschieden,<sup>16</sup> wobei von der Verfasserin eine Differenzierung nach „persönlich“ und „zugunsten eines jeweiligen Grundstückseigentümers“ präferiert wird, weil es sich stets um subjektive Rechte handelt und das Kriterium des subjektiven Rechts keine nützliche Zuordnung des Rechts indiziert. Bei allen Grundstücksrechten handelt es sich um subjektive Rechte, ohne dass dies zum Beispiel bei Grundschuld, Dienstbarkeit oder Vormerkung als Begriffsverwendung gebräuchlich ist.

Bei der Grundbucheinsicht ist aus dem Eintragungsvermerk der Berechtigte erkennbar; ebenso ob das Vorkaufsrecht bedingt oder befristet ist.<sup>17</sup> Da gemäß § 874 Satz 1 BGB für den Inhalt des Vorkaufsrechts eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ausreicht, bleibt dem Notar ohne Heranziehung der Bewilligungsurkunde verborgen, ob das Recht für einen oder für alle Verkaufsfälle (§ 1097 BGB) bestellt wurde, ob ein persönliches Vorkaufsrecht übertragbar und vererblich ist (§ 1098 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 473 BGB) und ob zum Beispiel die gesetzliche Ausübungsfrist von zwei Monaten (§ 1098 Abs. 1 Satz 1, § 469 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder eine abweichend vereinbarte Frist (§ 469 Abs. 2 Satz 2 BGB) für die Vorkaufrechtsausübung gilt – es sei denn, der Eintragungsvermerk verlaubbart dies fakultativ.<sup>18</sup> Handelt es sich um ein Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes (§ 1094 Abs. 2 BGB), ist zu ermitteln, ob zwischenzeitlich bei dem Eigentum des anderen Grundstückes eine Grundstücksteilung stattgefunden hat, die eine Vermehrung der Berechtigten nach sich zieht (sei es in Form einer Realteilung, sei es in Form einer Aufteilung nach WEG).<sup>19</sup>

### III. Mietervorkaufsrecht

#### 1. Voraussetzungen

Nicht aus dem Grundbuch erkennbar ist das Mietervorkaufsrecht gemäß § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB, dessen Bestehen grundsätzlich bei jedem Verkauf von Wohnungseigentum im Wege der Sachverhaltsabfrage ermittelt werden sollte. § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB greift ein bei folgender zeitlicher Reihenfolge: (1) dem Mieter wurden Wohnräume überlassen, (2) anschließend wurde Wohnungseigentum begründet und (3) wiederum anschließend wird das Wohnungseigentum verkauft. Zu (2) hat der BGH unlängst präzisiert, dass es auf die Eintragung der Teilungserklärung im Grundbuch ankommt und bei einem Verkauf zwischen Beurkundung der Teilungserklärung und deren Grundbuchvollzug die 1. Alternative des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eingreift.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> So auch die amtliche Überschrift des § 1103 BGB. Damit „verdoppelt“ sich aber der Terminus „dinglich“: Zum einen wird ausgedrückt, dass das Vorkaufsrecht im Grundbuch eingetragen wird (§§ 1094, 873 BGB), und zum anderen, dass Berechtigter der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstückes ist (§ 1094 Abs. 2 BGB). In Abgrenzung zum nur schuldrechtlichen Vorkaufsrecht (§ 463 BGB) könnte der Begriff „eingetragenes Vorkaufsrecht“ (§§ 1094, 873 BGB) verwendet werden.

<sup>17</sup> Palandt/Bassenge, § 874 Rdnr. 5; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1409, 1409 a.

<sup>18</sup> Dies wird empfohlen von Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1409.

<sup>19</sup> Umfassend zum Problem der Vermehrung der Zahl der Vorkaufsberechtigten, Amann, NotBZ 2010, 201, 202 ff.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, BeckRS 2016, 9347 Rdnr. 28 f. Im entschiedenen Fall des BGH war dem Mieter bei Überlassung der Mieträume bekannt, dass bereits eine Teilungserklärung beurkundet war, sodass auch die zeitliche Reihenfolge der 2. Alternative des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht greift (Rdnr. 32 ff.). Der Mieter hat bei diesem Sachverhalt erst für den nächsten Weiterverkauf die Möglichkeit der Vorkaufrechtsausübung.

Für Teileigentum (§ 1 Abs. 3 WEG) gilt das Mietervorkaufsrecht freilich ebenso, sofern es sich um ein Mietverhältnis über Wohnraum handelt (§ 577 BGB als Norm des Untertitels 2., §§ 549-577a BGB).<sup>21</sup> Denn andernfalls hätte der aufteilende Eigentümer (§§ 3, 8 WEG) es in der Hand, durch die Zweckbestimmung als Teileigentumseinheit – unter entsprechender Zulassung auch der Wohnnutzung in der Teileigentumseinheit – das Mietervorkaufsrecht auszuschalten. Außerdem ordnet der Gesetzgeber selbst in § 1 Abs. 6 WEG die Gleichwertigkeit von Wohnungs- und Teileigentum an. Der Wohnraummietter einer Teileigentumseinheit, in der gleichfalls eine gewerbliche Nutzung möglich wäre, ist vorkaufsberechtigt, der Mieter eines Garagenstellplatzes oder ein gewerblicher Mieter eines Wohnungseigentums hingegen nicht.<sup>22</sup>

#### 2. Sonderkonstellationen

##### a) „Wohnungseigentum begründet werden soll“

Mit der zweiten Alternative des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach ein Mietervorkaufsrecht auch dann besteht, wenn bei einem Verkauf nach Überlassung der Wohnräume an den Mieter „Wohnungseigentum begründet werden soll“, befasste sich jüngst eine Entscheidung des BGH.<sup>23</sup>

Danach muss vom vermietenden Veräußerer unmittelbar im Kaufvertrag die Aufteilung in Wohnungseigentum als vertragliche Pflicht gegenüber dem Erwerber geschuldet sein.<sup>24</sup> Eine Aufteilung erst durch die Erwerber ist nicht ausreichend, selbst wenn diese dem vermietenden Verkäufer bekannt ist und von ihm durch Einholung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung unterstützt wird.

Selbst wenn durch die Erwerber „Wohnungseigentum begründet werden soll“, stellt der BGH klar, dass zum Schutz des Mieters dessen Vorkaufsrecht nur eingreift, wenn der vermietende Veräußerer die Pflicht zur Aufteilung gegenüber dem Erwerber übernommen hat. Im Interesse des Mieters muss dieser durch die Ausübung des Vorkaufrechtes unmittelbar seine gemieteten Wohnräume zum Eigentum erwerben können. Bei mehreren Erwerbern mit Aufteilungsabsicht wird der Mieter aber nur Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft; eine Weiternutzung seiner Wohnräume ist durch die Miteigentümerstellung am Grundstück nicht gewährleistet.<sup>25</sup> Für den Mieter muss durch den Kaufvertrag bei Ausübung des Vorkaufrechtes (§ 464 Abs. 2 BGB) ein Anspruch auf Erwerb und auf Begründung von Wohnungseigentum gegeben sein. Selbst wenn die Erwerber schon eine Teilungserklärung beurkundet haben, greift § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB nicht ein, weil die Erwerber die Teilungserklärung jederzeit aufheben könnten und der Mieter durch Ausübung des Vorkaufrechtes nicht Vertragsbeteiligter der Aufteilung, sondern nur Partei des Kaufvertrages mit dem Verkäufer wird; zu den aufteilenden Erwerbern bestehen keinerlei vertragliche Beziehungen.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> BeckOGK-BGB/Klühs, Stand: 1.10.2015, § 577 Rdnr. 7.

<sup>22</sup> Es sei denn, über Wohnung nebst Garage existiert ein einheitliches Mietverhältnis und die Wohnung wird (auch) verkauft. Der gewerbliche Mieter hat auch dann kein Vorkaufsrecht, wenn es sich um Wohnungseigentum handelt, zum Beispiel bei einem Anwalts- oder Ingenieurbüro in einer Wohnungseigentumseinheit.

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, NJW 2014, 850 ff.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, NJW 2014, 850, insbesondere Rdnr. 17 ff.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, NJW 2014, 850, Rdnr. 22 u Rdnr. 28.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, NJW 2014, 850 Rdnr. 24.

Im Einzelfall ist freilich an § 242 BGB zu denken, sofern der Verkäufer ein eigenes Interesse an der Aufteilung hat und nur zur Umgehung des Vorkaufsrechtes die Aufteilung nicht selbst vornimmt bzw. diese nicht zum Bestandteil des Kaufvertrages macht. Hier ist zum Beispiel darauf abzustellen, ob der Verkäufer stets das „ganze Haus“ oder aber zur Erhöhung des Kaufpreises immer einzelne Wohnungen zum Kauf angeboten hat (letzterenfalls kommt § 242 BGB in Betracht).

Damit ist das sog. „Erwerbermodell“ zwar zunächst vor einem Mietervorkaufsrecht gefeit. Bei dem Erwerbermodell wird ein Mietshaus mit mehreren Wohnungen an mehrere Erwerber verkauft, die eine Aufteilung in Wohnungseigentum durchführen und die neuen Wohnungseigentumseinheiten unter sich verteilen und jeweils selbst nutzen.<sup>27</sup> Konsequenz des nicht gegebenen Vorkaufsrechtes ist dann aber, dass dieses – sofern das Mietverhältnis fortbesteht – bei dem nächsten Verkauf zu beachten ist. Der Tatbestand des § 577 BGB ist also nicht passé, sondern nur zeitlich aufgeschoben. Außerdem ist bei dem Erwerbermodell allein das Vorkaufsrecht nach § 577 BGB ausgeschlossen, der zusätzliche Mieterschutz einer Kündigungssperre gilt nach § 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB trotzdem.<sup>28</sup> Der Schutz des Mieters vor einer Verdrängung durch Kündigung ist vom Gesetz stärker und umfassender geschützt als das Mieterinteresse am Substanzerwerb, das freilich gleichfalls eine Verdrängung des Mieters verhindern soll.

#### b) Realteilung statt Aufteilung in Wohnungseigentum

Über den Wortlaut des § 577 BGB hinaus wendet der BGH das Mietervorkaufsrecht auch dann an, wenn die dem Mieter überlassenen Wohnräume zwar nicht durch Begründung von Wohnungseigentum als rechtliches Veräußerungsobjekt selbstständig werden, aber durch Grundstücksvermessung und Realteilung mehrere rechtlich selbstständige Veräußerungsobjekte geschaffen werden.<sup>29</sup> Es liegen aus Sicht des Mieters, der vor einer Verdrängung geschützt werden soll, vergleichbare Sachverhalte vor: Ist der Mieter nicht mehr „einer von vielen“ auf dem un-(auf-)geteilten Grundstück, sondern werden die gemieteten Wohnräume durch Realteilung bzw. durch Aufteilung in Wohnungseigentum zum eigenständigen Erwerbsobjekt, so droht dem Mieter bei einem Erwerb zur Selbstnutzung unmittelbar die Verdrängung durch Kündigung. Klassischer Anwendungsfall ist die „Reihenhauszeile“, die in einzelne Grundstücke parzelliert und abverkauft wird. Erfolgt die Parzellierung und Grundstücksenteilung erst durch die Käufer (Erwerbermodell), hat der Mieter kein Vorkaufsrecht. Wie bei der Aufteilung in Wohnungseigentum muss bei einer noch nicht erfolgten, sondern nur beabsichtigten Teilung (2. Alternative des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB) der Veräußerer selbst die Grundstücksenteilung schulden. Denn der vorkaufsberechtigte Mieter muss einen Anspruch auch auf die Entstehung des Kaufgegenstandes erhalten und darf sich durch Vorkaufsausübung nicht in einer bloßen Miteigentümergeinschaft wiederfinden, in welcher er die Weiternutzung seiner Mieträume gar nicht durchsetzen könnte.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, NJW 2014, 850 Rdnr. 13; *Klühs*, NZM 2013, 809, 815.

<sup>28</sup> Die Kündigungsbeschränkung gilt, wenn vermieteter Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter „an eine Personengesellschaft oder an mehrere Erwerber veräußert worden ist“.

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 23.6.2010, VIII ZR 325/09, NJW 2010, 3571; bestätigt BGH, Urteil vom 27.4.2016, VIII ZR 61/15, BeckRS 2016, 10703 Rdnr. 19.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 27.4.2016, VIII ZR 61/15, BeckRS 2016, 10703 Rdnr. 24.

## B. Fortbestand und Erlöschen von Vorkaufsrechten

Nach Feststellung eines Vorkaufsrechtes stellt sich als nächstes die Frage: Besteht es noch?

### I. Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle, § 1097 BGB am Ende

Ein für alle Verkaufsfälle eingeräumtes Vorkaufsrecht greift bei jedem Verkauf, sodass der Fortbestand des Vorkaufsrechtes stets zu bejahen ist, es sei denn, das Recht wurde aufgehoben (§ 875 BGB). Selbst bei Ausübung des Vorkaufsrechtes durch den Vorkaufsberechtigten erlischt das Recht erst mit dem Eigentumserwerb des Vorkaufsberechtigten; bei Aufhebung oder fehlendem Vollzug des Kaufs mit dem Vorkaufsberechtigten besteht es fort.<sup>31</sup>

### II. Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall, § 1097 BGB am Anfang

§ 1097 BGB sieht vor, dass sich das Vorkaufsrecht auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben beschränkt, es sei denn, das Vorkaufsrecht soll für alle oder mehrere Verkaufsfälle gelten. Da nur der Besteller des Vorkaufsrechtes und dessen Gesamtrechtsnachfolger zum Vorkauf verpflichtet sind, bewirkt die Norm, dass das Vorkaufsrecht untergeht, wenn das belastete Grundstück auf andere Weise als durch Verkauf in das Eigentum eines Sonderrechtsnachfolgers übergeht.<sup>32</sup> Die Beschränkung kommt sowohl für das persönliche (§ 1094 Abs. 1 BGB) als auch für das Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks (§ 1094 Abs. 2 BGB) in Betracht. Geht aus dem Eintragungsvermerk im Grundbuch nichts hervor (§ 874 Satz 1 BGB), muss der Notar durch Beschaffung der Bewilligungsurkunde abklären, ob das Recht für einen oder für mehrere/alle Verkaufsfälle bestellt ist.

Das für den ersten Verkaufsfall eingeräumte Vorkaufsrecht erlischt für den Vorkaufsberechtigten auch dann, wenn er es niemals ausüben konnte.<sup>33</sup> Das ist der Fall, wenn bei einem Eigentumswechsel durch Sonderrechtsnachfolge entweder bereits kein Verkaufsfall vorliegt oder wenn zwar ein Verkaufsfall dem Grunde nach gegeben ist, das Vorkaufsrecht aber dennoch aufgrund gesetzlicher Vorschriften nicht ausgeübt werden kann. Ein Eigentumswechsel auf den Sonderrechtsnachfolger ohne Verkaufsfall ist zum Beispiel gegeben bei einer Schenkung oder bei einem Tausch.<sup>34</sup> Trotz Vorliegen eines Verkaufsfalles greift das Vorkaufsrecht nicht ein zum Beispiel bei einem Verkauf an einen künftigen Erben („im Zweifel“ § 1098 Abs. 1 Satz 1, § 470 BGB) oder bei einer

<sup>31</sup> *Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 60.

<sup>32</sup> BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 43/15, BeckRS 2016, 8339, Rdnr. 11; OLG Köln, Beschluss vom 6.3.2015, 2 Wx 387/14, BeckRS 2015, 10907, Rdnr. 14; OLG München, Beschluss vom 25.9.2015, 34 Wx 121/15, BeckRS 2015, 18622, Rdnr. 17; *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1432 a.

<sup>33</sup> OLG Köln, Beschluss vom 6.3.2015, 2 Wx 387/14, BeckRS 2015, 10907, Rdnr. 14; *Amann*, NotBZ 2010, 201, 207.

<sup>34</sup> Bei einer Erbauseinandersetzung soll nach BayObLG, Beschluss vom 8.10.1980, BReg. 2 Z 72/79, MittBayNot 1981, 18 (Ls.), das Vorkaufsrecht für nur einen Verkaufsfall nicht erlöschen. Zwar handelt es sich um einen Erwerb durch Sonderrechtsnachfolge, trotzdem ist und bleibt der Erwerber einer Erbauseinandersetzungsvereinbarung zugleich Erbe des Eigentümers, dem das Grundstück zur Zeit der Vorkaufrechtsbestellung gehörte.

Zwangsvollstreckung (§ 1098 Abs. 1 Satz 1, § 471 BGB). In diesen Fällen ist die Ausübung des Vorkaufsrechts für den Berechtigten „gesperrt“ und er verliert sein Recht ohne weiteres Zutun. Nach § 471 BGB ist das Vorkaufsrecht außer bei einem Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung auch bei einem Erwerb aus einer Insolvenzmasse – sei es im Wege einer freihändigen Veräußerung, sei es im Wege einer Versteigerung – ausgeschlossen. Speziell für das dingliche Vorkaufsrecht regelt § 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Ausnahme zu § 471 BGB, indem das dingliche Vorkaufsrecht auch bei freihändigem Verkauf durch den Insolvenzverwalter ausgeübt werden kann.<sup>35</sup>

Wurde das für den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht nicht bereits anlässlich des Eigentumswechsels auf den Sonderrechtsnachfolger gelöscht, so kann der Notar in der Regel eine Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 Abs. 1 GBO erwirken,<sup>36</sup> weil der Nachweis des vormaligen Eigentumswechsels ohne Vorkaufsfall durch öffentliche Urkunde (§ 29 GBO) möglich ist (gerichtlicher Zuschlagsbeschluss, notarielle Überlassungsurkunde, Tauschvertrag).<sup>37</sup> Ausnahmsweise ist trotzdem eine Bewilligung des Berechtigten (§ 19 GBO) erforderlich, wenn Zweifel am Erlöschen des Vorkaufsrechtes verbleiben, etwa weil möglicherweise ein unzulässiges Umgehungsgeschäft vorliegt.<sup>38</sup> Beurkundet der Notar den Vorgang, bei dem die Vorkaufsrechtsausübung gesperrt ist, so kann grundsätzlich die Löschung des eingetragenen Vorkaufsrechts für den ersten Verkaufsfall nach §§ 22, 29 GBO Zug um Zug mit Eigentumsumschreibung erfolgen. Liegt (oder lag) dagegen ein Vorkaufsfall vor und beurkundet der Notar den ersten (oder zweiten) Verkauf des belasteten Grundstücks, so scheidet eine Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO aus, weil die fehlende Ausübung des Vorkaufsrechts bei dem ersten Verkaufsfall nicht in Form des § 29 GBO nachweisbar ist.<sup>39</sup>

Bei der Übertragung eines Erbteils (§ 2033 Abs. 1 BGB), in dessen gesamthänderisch gebundener Erbmasse sich ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück befindet, greift

<sup>35</sup> Da § 8 RSG nicht auf § 471 BGB verweist, kann auch das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht bei Verkauf durch den Insolvenzverwalter ausgeübt werden.

<sup>36</sup> Zum Beispiel OLG Köln, Beschluss vom 6.3.2015, 2 Wx 387/14, BeckRS 2015, 10907, Rdnr. 7; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2012, I-3 Wx 144/12, DNotZ 2013, 203, 205; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999, 3 W 171/99, NJW-RR 2000, 94.

<sup>37</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1432 a.

<sup>38</sup> OLG München, Beschluss vom 25.9.2015, 34 Wx 121/15, BeckRS 2015, 18622, Rdnr. 26 ff., zieht ein zeitlich gestrecktes Umgehungsgeschäft durch mehrere formal getrennte Verträge in Erwägung, indem der Vorkaufsverpflichtete das Grundstück durch Schenkung unter Rückforderungsvorbehalt überträgt und später eben diesen Rückwerb beabsichtigt, um das Grundstück ohne Bindung an ein bestehendes Vorkaufsrecht zu verkaufen. M. E. handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, die den besonderen Umständen des konkreten Sachverhaltes geschuldet war (das Vorkaufsrecht enthielt eine unangemessene schuldrechtlich vereinbarte Preislimitation). Die Entscheidung des OLG München wird zu Recht kritisiert von *Serr*, DNotZ 2016, 390, 392, und *Braun*, MittBayNot 2016, 319, 322. Vgl. zum Beispiel konträr: OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999, 3 W 171/99, NJW-RR 2000, 94 ff. Vgl. allgemein *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1432 a: Bei Löschung aufgrund Unrichtigkeit ist dem Berechtigten rechtliches Gehör zu gewähren.

<sup>39</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1432 a, insbesondere Fn. 120. Vom tatsächlichen Sachverhalt hat der Vorkaufsberechtigte entweder innerhalb der Frist gar keine Erklärung abgegeben oder seine abgegebene Erklärung erfolgte nicht in der Form des § 29 GBO.

das Vorkaufsrecht hingegen bereits deswegen nicht ein, weil der vorkaufsbelastete Gegenstand allein der Grundbesitz ist, über den bei einer Erbteilsübertragung gerade keine Veräußerung oder Verfügung getroffen wird (§ 2033 Abs. 2 BGB). Die Erbteilsnehmer treten an die Stelle der Erben, welche gemäß § 1097 BGB als Gesamtrechtsnachfolger weiterhin durch das Vorkaufsrecht gebunden sind. Auch wenn die Erbteilsübertragung ein am Nachlassgrundstück lastendes Vorkaufsrecht nicht auslöst,<sup>40</sup> ist bei einem späteren Verkauf des Grundstückes das Vorkaufsrecht zu beachten. Die Ausübungsmöglichkeit hat sich hier nur verschoben, das Vorkaufsrecht ist aber nicht erloschen.<sup>41</sup>

### III. Vorkaufsrecht für den ersten echten Verkaufsfall

Entgegen dem gesetzlichen Modell des § 1097 BGB wird häufig ein Vorkaufsrecht bestellt „für den ersten echten Verkaufsfall“ oder „für den ersten Verkaufsfall, zu dem es ausgeübt werden kann“. Diese zulässige<sup>42</sup> Gestaltung gibt dem Vorkaufsberechtigten damit eine „Garantie“, dass er das Vorkaufsrecht nicht verliert, ohne jemals eine Erwerbsmöglichkeit gehabt zu haben. Ein solches Vorkaufsrecht bleibt also auch bei einem Eigentumswechsel auf den Sonderrechtsnachfolger ohne Vorkaufsfall bestehen. Die Ausübungsmöglichkeit verschiebt sich dann nur auf den späteren Zeitpunkt, zu dem ein Verkaufsfall mit tatsächlicher Möglichkeit der Vorkaufsrechtsausübung erstmals gegeben ist. Vorteil einer solchen Vorkaufsrechtsgestaltung ist vor allem der Schutz des Berechtigten vor einer Umgehung des Vorkaufsrechts. Nachteil ist dagegen, dass ein solches Vorkaufsrecht tatsächlich ein Mehr an Belastung bedeutet, weil es erhalten bleibt, auch wenn nicht mehr die ursprünglich interessierten Personen beteiligt sind, die das Vorkaufsrecht für sich bestellt und akzeptiert hatten.

### IV. Schuldrechtliches Vorkaufsrecht

Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht (§ 463 BGB) bindet zunächst nur die Beteiligten, die die schuldrechtlichen Pflichten eingegangen sind. Möglich sind freilich abweichende dreiseitige Vereinbarungen anlässlich eines Verkaufsfalles, insbesondere die Übernahme der Eigentumsvormerkung samt schuldrechtlicher Verpflichtung zugunsten des Vorkaufsberechtigten durch den Drittkäufer (§ 311 Abs. 1, §§ 414 f. BGB), der bei einem Weiterverkauf seinerseits das Vorkaufsrecht zu beachten hat.

### V. Öffentlichrechtliche Vorkaufsrechte

Bei öffentlichrechtlichen Vorkaufsrechten handelt es sich eo ipso um Vorkaufsrechte für alle Verkaufsfälle, ein Erlöschen ist nicht denkbar. Selbst wenn die öffentliche Hand in Ausübung eines Vorkaufsrechtes Eigentümer eines Grundstückes geworden ist, erlischt das Vorkaufsrecht nicht für künftige Verkaufsfälle, die nach einem erneuten Verkauf in privater Hand stattfinden. Die öffentliche Hand kann lediglich anlässlich eines Verkaufs auf die Ausübung des Vorkaufsrechts für

<sup>40</sup> BeckOK-BGB/*Wegmann*, Stand: 1.5.2013, § 1097 Rdnr. 3.

<sup>41</sup> Gleiches soll nach BayObLG, Beschluss vom 8.10.1980, BReg. 2 Z 72/79, MittBayNot 1981, 18, auch bei einer Erbauseinandersetzung gelten. Vgl. bereits Fn. 34.

<sup>42</sup> OLG München, Beschluss vom 11.5.2016, 34 Wx 61/16, BeckRS 2016, 8797; BeckOGK-BGB/*Omlor*, Stand: 8.1.2015, § 1097 Rdnr. 5 und Rdnr. 5.1; *Waldner*, MDR 1986, 110, 111; *Amann*, NotBZ 2010, 201, 208.

den konkreten Vorkaufsfall verzichten. Das Vorkaufsrecht muss von der öffentlichen Verwaltung fristgemäß innerhalb von zwei Monaten ausgeübt werden (Art. 39 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG; § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG i. V. m. § 469 Abs. 2 Satz 1; § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB; bei dem siedlungsrechtlichen Vorkaufsrecht gilt die Genehmigung nach dem GrdstVG als erteilt, falls die Genehmigungsbehörde nicht innerhalb von drei Monaten nach Fristverlängerung entscheidet, § 6 Abs. 2 GrdstVG).

Im Falle eines Verweises der öffentlichrechtlichen Vorkaufsrechtsbestimmungen auf die Vormerkungswirkung des § 1098 Abs. 2 BGB (insbesondere Art. 39 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG, § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG, zum Beispiel auch § 29 Abs. 6 Satz 11 WasserG Baden-Württemberg) kann ein durch einen Verkaufsfall ausgelöstes Vorkaufsrecht – seine Tatbestandsmäßigkeit und Rechtfertigung vorausgesetzt – auch nach mehreren Eigentumswechseln und mehreren anschließenden Verkaufsfällen „endlos“ noch zum Eigentumserwerb der öffentlichen Verwaltung führen.<sup>43</sup> Die öffentliche Hand als Vorkaufsberechtigte könnte sich beliebig einen „alten“ Kaufvertrag aussuchen und diesen nach § 464 Abs. 2 BGB an sich ziehen, selbst wenn dazwischen weitere Eigentumswechsel durch weitere (Kauf)-Verträge stattgefunden haben.

Die Vorkaufsrechtsausübung wird lediglich durch das Rechtsinstitut der Verwirkung begrenzt (§ 242 BGB). Meines Erachtens ist die Vorkaufsbehörde gemäß § 242 BGB gehalten, das Vorkaufsrecht nur für den jüngsten und zuletzt abgeschlossenen Kaufvertrag auszuüben, wobei freilich aufgrund der Kaufpreisentwicklung frühere Kaufverträge attraktiver sein können. Das Unterlassen einer Vorkaufsrechtsanzeige kann für den Fall des tatsächlichen Bestehens eines Vorkaufsrechtes daher möglicherweise ungeahnte Spätfolgen haben.

## VI. Mietervorkaufsrecht, § 577 BGB

Zwar ergibt es sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut, doch ist anerkannt, dass das Mietervorkaufsrecht gemäß § 577 BGB nur für den ersten Verkaufsfall nach der Umwandlung in Wohnungseigentum gilt.<sup>44</sup> Damit besteht das Mietervorkaufsrecht nicht für alle Verkaufsfälle, sondern dessen Erlöschen ist dahingehend zu untersuchen, durch welche Rechtsvorgänge sich das Vorkaufsrecht „verbraucht“.

### 1. Vorkaufsverpflichtung auch des Sonderrechtsnachfolgers

Das Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB bindet nicht nur den aufteilenden Eigentümer, der nach Überlassung der Mieträume an den Mieter Wohnungseigentum begründet und anschließend veräußert, sondern auch dessen Sonderrechtsnachfolger.<sup>45</sup> Bereits der Wortlaut der Norm stellt neutral darauf ab, dass „vermietete Wohnräume“ – egal durch wen – verkauft werden. Hier zeigt sich ein Unterschied zu § 1097 BGB, der nach seinem Wortlaut ausdrücklich auf einen Verkauf durch diejenige Person abstellt, die bei Bestellung des Vorkaufsrechtes Eigentümer war oder dessen Erbe ist. Das Mietervorkaufsrecht knüpft somit nicht an den aufteilenden Eigentümer

als Person an, sondern es lastet auf dem gebildeten Wohnungseigentum als solchem – bis zum ersten Verkauf (oder bis zur Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Mieter, dem die Räume vor Bildung des Wohnungseigentums überlassen wurden). Da das Vorkaufsrecht nur für den ersten Verkaufsfall gilt, ist hinsichtlich der Veräußerungsvorgänge zu differenzieren.

### 2. Gesetzliche Ausschlussgründe der Vorkaufsrechtsausübung

Liegt ein Verkaufsfall dem Grunde nach vor, ist das Mietervorkaufsrecht aber gesetzlich ausgeschlossen, weil nach § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB der Verkauf an einen Familienangehörigen erfolgt oder weil nach § 577 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 471 BGB ein Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus einer Insolvenzmasse erfolgt, dann „verbraucht“ sich das Mietervorkaufsrecht mit diesem Verkaufsfall.<sup>46</sup> Der Mieter kommt in solch einem Fall also niemals in den Genuss eines Vorkaufsrechtes: Bei dem ersten Verkauf ist das Recht aufgrund gesetzlicher Vorschriften (zum Beispiel § 577 Abs. 1 Satz 2, § 577 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 471 BGB) ausgeschlossen, bei dem zweiten Verkauf greift § 577 BGB mangels erstem Verkaufsfall nicht mehr ein. Hier läuft das Mietervorkaufsrecht parallel zum Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall im Sinne des § 1097 BGB, indem es erlischt und niemals ausgeübt werden konnte.

### 3. Fehlender Verkaufsfall

Hingegen erlischt das Mietervorkaufsrecht nicht, wenn es bei einer Veräußerung deswegen nicht zum Tragen kam, weil schon kein Verkaufsfall vorlag. So hat der BGH unlängst entschieden, dass bei einer schenkweisen Überlassung eines Wohnungseigentums auch der beschenkte Erwerber bei einem Weiterverkauf das Mietervorkaufsrecht zu beachten hat.<sup>47</sup> Durch die Schenkung wird das Vorkaufsrecht zwar nicht ausgelöst, die Ausübungsmöglichkeit verschiebt sich dadurch aber nur auf einen späteren Zeitpunkt. Das Mietervorkaufsrecht mutiert somit teilweise zum „Vorkaufsrecht für den ersten echten Verkaufsfall“. Im Unterschied zum Vorkaufsrecht für den ersten echten Verkaufsfall überdauert das Mietervorkaufsrecht aber nicht die gesetzlich angeordneten Ausschlussgründe (§ 577 Abs. 1 Satz 2, § 471 BGB), bei denen die gesetzliche Wertung dem Interesse des Eigentümers an einer ungehinderten Verfügungsmöglichkeit Vorrang vor den Interessen des Mieters gewährt. Diese gesetzliche Wertung kann zwar durch rechtsgeschäftlich frei gewählte Vereinbarung eines Vorkaufsrechtes für den ersten echten Verkaufsfall durchbrochen werden, ist aber für das gesetzliche Vorkaufsrecht nach § 577 BGB zu beachten.<sup>48</sup> Einem Gleichlauf von § 577 BGB mit § 1097 BGB hat der BGH eine Absage erteilt, sodass sich das Mietervorkaufsrecht keiner anderen Vorkaufsrechtskategorie zuordnen lässt, sondern vielmehr eigenständig zu würdigen ist.

<sup>43</sup> BayObLG, Beschluss vom 31.8.2000, 2Z BR 21/00, MittBayNot 2000, 555, 556. Das Gericht stellt für das Naturschutzrecht fest, dass auch bei einer Weiterveräußerung des Grundstücks kein Verlust des Vorkaufsrechtes zu befürchten ist und der Berechtigte seinen Eigentumserwerb gegen jeden späteren Erwerber durchsetzen kann.

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 29.3.2006, VIII ZR 250/05, DNotZ 2006, 747; BGH, Urteil vom 22.6.2007, V ZR 269/06, DNotZ 2008, 116.

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, NJW 2015, 1516, Rdnr. 16 ff.

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, NJW 2015, 1516, Rdnr. 18; *Schmidt-Futterer/Blank*, 12. Aufl. 2015, § 577 Rdnr. 50; *Palandt/Weidenkaff*, § 577 Rdnr. 1, 4; vgl. für Versteigerung BGH, Urteil vom 14.4.1999, VIII ZR 384/97, NJW 1999, 2044, 2046; für Verkauf an Familien- oder Hausangehörige (§ 577 Abs. 1 Satz 2 BGB) BGH, Urteil vom 22.6.2007, V ZR 269/06, DNotZ 2008, 116.

<sup>47</sup> BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, NJW 2015, 1516, Rdnr. 16 ff.; vgl. ebenso *Schmidt-Futterer/Blank*, 12. Aufl. 2015, § 577 Rdnr. 51; *Soergel/Heintzmann*, BGB, 13. Aufl. 2007, § 577 Rdnr. 10; kritisch BeckOGK-BGB/*Klühs*, Stand: 1.10.2015, § 577 Rdnr. 73.1.

<sup>48</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 14.4.1999, VIII ZR 384/97, NJW 1999, 2044, 2045 f.

Mangelt es an einem Verkauf „an einen Dritten“ (zum Beispiel bei einer Erbauseinandersetzung, Miteigentümergeinschaft, dürfte das Mietervorkaufsrecht diesen Übertragungsvorgang überdauern und fortbestehen.<sup>49</sup> Ist bei dem sog. Erwerbmodell eine GbR aufteilender Eigentümer der vermieteten Räume (§ 8 Abs. 1 WEG), so löst die Übertragung einer Eigentumswohnung von der GbR an einen Gesellschafter (sofern nicht unmittelbar eine Aufteilung nach § 3 WEG erfolgt) keinen Vorkaufsfall aus (kein Verkauf „an einen Dritten“); erst bei dem Weiterverkauf durch den GbR-Gesellschafter kommt der Mieter (vorausgesetzt es ist noch derselbe) zum Zug.<sup>50</sup>

#### 4. Eigene Analyse

Vom Schutzzweck der Norm des § 577 BGB ist der vom BGH erklärte Fortbestand des Mietervorkaufsrechts im Falle der Sonderrechtsnachfolge außerhalb eines Kaufvertrages meines Erachtens nicht zwingend geboten. § 577 BGB will den Mieter vor einer Verdrängung schützen, weil die erste Veräußerung nach der Aufteilung als besonders relevant für eine Eigenbedarfskündigung zu sehen ist, insbesondere wenn der Mietshaus-Eigentümer die gebildeten Wohnungseigentums-einheiten an verschiedene Erwerber veräußert. Eine spätere Veräußerung durch den Sonderrechtsnachfolger des aufteilenden Eigentümers (zum Beispiel GbR-Gesellschafter, Schenkungsempfänger), losgelöst von der Bildung von Wohnungseigentum und aus einer entstandenen Wohnungseigentümergeinschaft heraus, löst jedoch keine erhöhte Verdrängungsgefahr für den Mieter mehr aus. Der Zweck des Verdrängungsschutzes kommt in § 577 BGB aber allgemein nur noch unzureichend zum Tragen und realisiert sich zudem stärker durch die Kündigungsschutzsperre des § 577a BGB. Werden beispielsweise mehrere oder alle gebildeten Eigentumswohnungen einheitlich an einen einzigen Erwerber verkauft, besteht trotzdem das Mietervorkaufsrecht<sup>51</sup> und der Mieter profitiert von dem preislichen „Paketabschlag“, obgleich sich für ihn die Kündigungsschutzsperre nicht erhöht. Anstelle des Schutzzweckargumentes überzeugt meines Erachtens mehr der Wortlaut des § 577 BGB, der vom BGH allerdings nicht zur Entscheidungsbegründung herangezogen wird.

Mit der BGH-Entscheidung wurde jedenfalls eine eigene Dogmatik des § 577 BGB für Fortbestehen und Erlöschen des Vorkaufsrechtes entwickelt, wonach § 577 BGB im Ergebnis ein Mix aus Vorkaufsrecht für den ersten Vorkaufsfall und Vorkaufsrecht für den ersten echten Vorkaufsfall darstellt.<sup>52</sup> Dies stellt den Notar vor Probleme und verpflichtet ihn zu weiteren Nachforschungen, will er einer optimalen Vertragsgestaltung gerecht werden. Aus dem Grundbuch ersichtlich ist allein, dass der verkaufende Wohnungseigentümer das Wohnungseigentum „durch Auflassung“ erworben hat. Hingegen kann der Notar nur aus weiteren Nachfragen, nicht aber aus dem Grundbuchinhalt erkennen, ob der veräußernde Eigentümer das Wohnungseigentum selbst angekauft hat – mit der Konsequenz, dass ein Mietervorkaufsrecht nicht mehr

bestünde, weil der Weiterverkauf bereits der „Zweitverkauf“ wäre – oder ob trotz (auch wiederholter) Eigentumswechsel immer noch ein Mietervorkaufsrecht besteht, weil bislang zwar eine Sonderrechtsnachfolge, aber kein Vorkaufsfall stattgefunden hat.

### C. Der Vorkaufsfall: „Verkauf“ des Grundstückes

#### 1. Allgemeines, Missbrauchsaspekte

Nach § 463 BGB (i. V. m. § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB) kann das Vorkaufsrecht ausgeübt werden, „sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat“. Das Eingreifen des Vorkaufsrechtes wird zum Schutz des Vorkaufsberechtigten mitunter ausgedehnt. Interessanterweise enthält allein Art. 39 Abs. 1 Satz 2 BayNatSchG eine dahingehende Andeutung im Gesetzeswortlaut, indem hiernach ein Vorkaufsrecht ausdrücklich auch entsteht bei „Vertragsgestaltungen, die in ihrer Gesamtheit einem Kaufvertrag nahezu gleichkommen“.

Obgleich das Vorkaufsrecht nicht dadurch umgangen werden kann, dass die Beteiligten ihren rechtsgeschäftlichen Willen in ein anderes „Rechtsformkleid“ betten und die notarielle Vertragsurkunde schlicht nicht als „Kaufvertrag“ bezeichnen, sollte nicht bei jedem entgeltlichen Veräußerungsvertrag ein das Vorkaufsrecht auslösender Kaufvertrag nach §§ 463, 433 BGB unterstellt werden. Eine solche Grundbuchpraxis begegnet dem Notar mitunter, wenn für jede entgeltliche Veräußerung ein gemeindliches Vorkaufsrechtszeugnis (§ 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB) gefordert wird.

Ein Vorkaufsfall nach § 463 BGB liegt zweifellos nicht vor bei einem Tausch, einer Schenkung oder der Einbringung in eine Gesellschaft.<sup>53</sup> Das Vorkaufsrecht kann nicht ausgeübt werden bei gesetzlichen Ausschlussgründen (Verkauf aus einer Insolvenzmasse, § 471 BGB; Verkauf an einen gesetzlichen Erben, § 470 BGB). Bei einer gemischten Schenkung, also bei Teilentgeltlichkeit, ist ein Vorkaufsfall grundsätzlich zu verneinen, abweichende Abreden sind aber denkbar.

#### 2. Kaufpreis als Gegenleistung, Art der Gegenleistung

Zunächst steht es einem Vorkaufsfall nicht entgegen, wenn die Gegenleistung des Käufers (§ 433 Abs. 2 BGB „vereinbarter Kaufpreis“) nicht in einer reinen Geldzahlung besteht, sondern es sich um eine andere Leistung handelt, wenn und solange die Käuferleistung nur durch jedermann erbracht werden kann. Ein Vorkaufsfall ist zu bejahen, wenn eine Bezahlung in Aktien erfolgt, eine Ratenzahlung (auch in Form einer Leibrente), eine Darlehensabgabe oder eine Schuldübernahme vereinbart wird, oder eine Ersatzflächenbeschaffung, sofern auch der Erstkäufer die Ersatzfläche noch beschaffen müsste. Neben dem Kaufpreis kann die Einräumung eines Wohnungsrechts als weitere Gegenleistung geschuldet sein.<sup>54</sup> Denn auch der Vorkaufsberechtigte kann dem Verkäufer selbiges Wohnungsrecht gewähren (solange nicht eine Schenkung gegeben ist oder eine künftige Erbfolge verwirklicht wird, § 470 BGB). Erst bei einer persönlichen Verpflichtung des Käufers, zum Beispiel Pflegeverpflichtung oder Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, scheidet ein Vorkaufsfall aus.

<sup>49</sup> BeckOGK-BGB/Klühns, Stand: 1.10.2015, § 577 Rdnr. 74. Für das Vorkaufsrecht für den ersten Vorkaufsfall, BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 43/15, BeckRS 2016, 8339 Rdnr. 14 und 16; OLG Köln, Beschluss vom 6.3.2015, 2 Wx 387/14, BeckRS 2015, 10907, Rdnr. 16; MünchKomm/Westermann, 6. Aufl. 2013, § 1097 Rdnr. 5; BayOblLG, Beschluss vom 8.10.1980, BReg. 2 Z 72/79, MittBayNot 1981, 18; Palandt/Bassenge, § 1097 Rdnr. 5.

<sup>50</sup> Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl. 2014, § 577 BGB Rdnr. 21.

<sup>51</sup> Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 1916; DNotI-Report 2015, 81 m. w. N.

<sup>52</sup> Vgl. BeckOGK-BGB/Klühns, Stand: 1.10.2015, § 577 Rdnr. 73.1.

<sup>53</sup> Palandt/Weidenkaff, § 463 Rdnr. 5, 75. Aufl. 2016; Waldner, MDR 1986, 110.

<sup>54</sup> Vorkaufsfall ist gegeben: OLG Koblenz, Urteil vom 23.1.2013, 5 U 789/12, DNotZ 2013, 678.

Persönlich ist auch ein Pflichtteilsverzicht des Erwerbers als Gegenleistung zum Eigentumserwerb, wenn also ein Grundstück zum Zwecke eines Pflichtteilsverzichts nach § 2346 BGB übertragen wird.<sup>55</sup>

Eine im Kaufvertrag vorgesehene Aufrechnungsmöglichkeit des Käufers (§§ 387 ff. BGB) anstelle einer Zahlung hindert die Vorkaufsausübung nicht, weil dem Grunde nach eine Kaufpreiszahlungspflicht als aufrechenbare wechselseitige Geldleistungspflicht besteht.<sup>56</sup> In der Grundstückshingabe in Erfüllung eines bereits entstandenen Pflichtteilsanspruches nach dem Tod des Erblassers (§ 364 Abs. 1 BGB) könnte man eine der Aufrechnung vergleichbare Sachverhaltslage erblicken. Hier wird man darauf abstellen müssen, ob der Vereinbarung zugleich ein Vergleich (§ 779 BGB) innewohnt und die Beteiligten auf eine genaue Ermittlung der Anspruchshöhe als möglichen Kaufpreis und als Aufrechnungsgröße bewusst verzichtet haben. Dies wird häufig, auch bei einer Grundstücksübertragung als Abfindung für sonstige bestehende Ansprüche (zum Beispiel Zugewinnausgleich), der Fall sein. Nur bei genauer monetärer Bemessung (Aufrechnungssachverhalt) ist ein Vorkaufsfall nach § 463 BGB gegeben.

### 3. Kaufvertrag mit einem Dritten

Ein Vorkaufsfall ist nur zu bejahen, wenn das Grundstück „an einen Dritten“ verkauft wird (§ 463 BGB). Anerkannt ist bislang, dass die Eigenschaft als „Dritter“ zu verneinen ist, wenn der Erwerber bereits (mit-)berechtigt am vorkaufsbelasteten Grundstück ist. So löst der Verkauf eines Miteigentumsanteils (§§ 1008, 474 Satz 1 BGB) an einen anderen Miteigentümer kein Vorkaufsrecht aus.<sup>57</sup> Gleichfalls könnte man sagen: Die (Teil-)Auseinandersetzung einer Gemeinschaft ist – selbst wenn sie entgeltlich erfolgt – kein Kaufvertrag.<sup>58</sup> Es kann aber ein Vorkaufsfall gegeben sein, wenn unter mehreren Miteigentümern wechselseitige Vorkaufsrechte bestehen und ein Miteigentumsanteil an einen anderen Miteigentümer verkauft wird.<sup>59</sup> Da vorkaufsbelasteter Gegenstand der Miteigentumsanteil ist und der erwerbende Miteigentümer am veräußerten und vorkaufsbelasteten Miteigentumsanteil nicht mitberechtigt ist, ist er in diesem Fall auch Dritter. Allerdings kommt es auf den Zweck der wechselseitigen Vorkaufsrechte an; sofern diese die „Stimmengewichtung“ der Miteigentümer untereinander schützen sollen, kann auch der Verkauf an einen anderen Miteigentümer einen Vorkaufsfall darstellen.<sup>60</sup> An einem Verkauf an einen Dritten und einem Vorkaufsfall fehlt es grundsätzlich, wenn eine Gesellschaft/Gesamthand an einen ihrer Gesellschafter/Gesamthänder verkauft.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 7.7.2015, X ZR 59/13, DNotI-Report 2016, 21, zur Qualifikation einer Grundstücksübertragung gegen Erb- und Pflichtteilsverzicht als Schenkung oder als entgeltlicher Vertrag.

<sup>56</sup> BeckOGK-BGB/Daum, Stand: 1.10.2015, § 463 Rdnr. 61.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, NJW 1954, 1035; vgl. BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.5.2013, § 1097 Rdnr. 3.

<sup>58</sup> Palandt/Bassenge, § 1097 Rdnr. 3.

<sup>59</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 113.

<sup>60</sup> DNotI-Report 2000, 21, 22. BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 43/15, BeckRS 2016, 8339 Rdnr. 17: Bei der Abgrenzung zwischen Mitberechtigten und Dritten handelt es sich nur um eine „Faustregel“; die Abgrenzung kann nicht im Grundbuchverfahrensrecht, sondern nur durch ein Prozessgericht erfolgen.

<sup>61</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 115; Palandt/Weidenkaff, § 463 Rdnr. 7, kein Vorkaufsfall bei Miterbenaueinandersetzung; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1411.

Meines Erachtens kann überdies dem Voreigentümer die Eigenschaft als „Dritter“ fehlen. Eine entgeltliche Veräußerung erfolgt nicht an einen beliebigen Dritten, sofern ein Kaufvertrag rückgängig gemacht oder rückabgewickelt wird oder bestehende Rückforderungs-, Rückkaufs- oder Wiederkaufsrechte ausgeübt werden.<sup>62</sup> Da der Voreigentümer als Erwerber hier keine am freien Markt gefundene beliebige Person ist, ist für solch an einen von mehreren Vorkaufsberechtigten verkauft wird.<sup>63</sup> Der Verkauf gilt für den Käufer – der selbst vorkaufsberechtigt ist – als Ausübung seines Vorkaufsrechtes (§ 464 BGB), doch können die bislang nicht am Kaufvertrag beteiligten Vorkaufsberechtigten ihr jeweiliges Vorkaufsrecht ausüben und dadurch mit in den Kaufvertrag eintreten. Der selbst vorkaufsberechtigte Käufer wird also nicht verdrängt, aber sein Erwerb wird geschmälert.

### 4. Missbrauchsfälle, § 242 BGB

Bei der Erbteilsübertragung entspricht das Grundstück als vorkaufsbelasteter Gegenstand (§ 1094 BGB) nicht dem Veräußerungsgegenstand der notariellen Urkunde (§ 2033 BGB) und ein Vorkaufsfall hinsichtlich des Grundstückes (anders hinsichtlich des Erbteils, § 2035 BGB) ist nicht gegeben. Die Dogmatik ist hier zwingend, sodass § 242 BGB nur im Ausnahmefall eingreift, nicht aber schon dann, wenn das Grundstück der einzig verbliebene Nachlassgegenstand ist.<sup>64</sup>

Kein Vorkaufsfall und kein Missbrauchsfall nach § 242 BGB ist meines Erachtens die Bestellung eines Erbbaurechts (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG) anstelle des Verkaufs des vorkaufsbelasteten Grundstückes. Hier handelt es sich um eine zulässige Alternativ- und keine Umgehungsgestaltung, weil die Erbbaurechtsbestellung in ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Auswirkungen hinter einem Verkauf zurückbleibt.<sup>65</sup> Entschieden wurde, dass eine umfassende Dienstbarkeitseinräumung keinen Vorkaufsfall darstellt, selbst wenn sie entgeltlich erfolgt und sämtliche Nutzungen auf den Dienstbarkeitsberechtigten übertragen werden.<sup>66</sup>

### Hinweis der Schriftleitung:

Teil II des Beitrags erscheint im kommenden Heft.

<sup>62</sup> Gerade hier wird aber häufig vom Grundbuchamt ein gemeindliches Vorkaufsrechtszeugnis verlangt.

<sup>63</sup> Schöner/Stöber, Rdnr. 1411; OLG Hamm, Urteil vom 28.4.1988, 22 U 268/87, DNotZ 1989, 786.

<sup>64</sup> BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.5.2013, § 1097 Rdnr. 3; LG München II, Urteil vom 9.10.1985, 4 O 3770/85, MittBayNot 1986, 179.

<sup>65</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, NZM 2015, 732, Rdnr. 18 ff., für die Unterscheidung angemessener Vertragsgestaltung bei Kaufverträgen und bei Erbbaurechtsbestellung hinsichtlich gemeindlicher Subventionen und überlanger Bindungsfristen des Erwerbers.

<sup>66</sup> BGH, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 70/03, NJW 2003, 3769: Nutzung eines Grundstückes als Steinbruch für die Dauer von 99 Jahren.

# Die Rechenschaftspflicht des Vorsorgebevollmächtigten

Von Notar *Michael Volmer*, Starnberg

Die Verbreitung von Vorsorgevollmachten nimmt zu, auch um eine unerwünschte Fremdbetreuung zu vermeiden. Für den Bevollmächtigten führt die Vollmacht aber nicht nur zum Handlungsrecht, sondern – oft übersehen – auch zur Verantwortlichkeit. Zu Letzterem soll der Aspekt der Rechenschaftspflicht näher dargestellt werden.

## I. Einleitung

Veranlasst sind die nachfolgenden Überlegungen durch einen Fall aus der Rechtspraxis<sup>2</sup>: Nach Scheidung seiner Ehe, aus der zwei Söhne hervorgegangen sind, lebte der Erblasser zuletzt über Jahrzehnte unverheiratet mit seiner Lebensgefährtin zusammen, der er auch umfassende Vorsorgevollmacht erteilt hatte. Nach seinem Tod verlangen nun seine Söhne als Erben von der Lebensgefährtin Rechenschaft über sämtliche Zahlungsvorgänge, die sie aufgrund der ihr erteilten Vollmacht in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten für den Erblasser getätigt hat. Es fragt sich, ob dieser Anspruch begründet ist und, falls ja, ob hieran durch entsprechende vertragliche Gestaltungen etwas geändert werden könnte.

## II. Anspruch auf Rechenschaft

### A. Vertraglicher Anspruch

Ausdrückliche vertragliche Festlegungen fehlten im konkreten Fall und dürften wohl derzeit insgesamt weitgehend fehlen. Die Formulierungsvorschläge zu Vorsorgevollmachten enthalten zur Rechenschaftslegung nur selten ausdrückliche Aussagen.<sup>3</sup> Allenfalls wird vorgeschlagen,<sup>4</sup> das Grundverhältnis allgemein dem Auftragsrecht zu unterstellen, um auf diese Weise über dispositives Gesetzesrecht eine Auskunftspflicht zu gewährleisten.<sup>5</sup> Erst recht gilt dieses Defizit für die außerhalb der Fachliteratur kursierenden Vorschläge und Handreichungen.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Für ihre Unterstützung bei der Ausarbeitung danke ich Frau stud. iur. *Belinda Lober*, Passau, sehr herzlich.

<sup>2</sup> Vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2006, I-4 U 102/05, ZEV 2007, 184; OLG Saarbrücken, Urteil vom 17.10.2014, 5 U 7/14, BeckRS 2015, 07788; OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2014, I-3 U 88/14, BeckRS 2015, 00695. Unter umgekehrten Vorzeichen (Welche Ansprüche bestehen gegen den ungetreuen Bevollmächtigten?) wurde das Thema soeben erörtert von *Horn*, ZEV 2016, 373.

<sup>3</sup> So auch *Sarres*, ZEV 2013, 312, 313 oder *Litzenburger*, NotBZ 2007, 1.

<sup>4</sup> *Renner* in *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Teil 4, Muster A (S. 332), Muster B (S. 336); *Müller* in *Limmer/Hertel* u. a., Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, S. 1533.

<sup>5</sup> *Litzenburger*, NotBZ 2007, 1, 8; *Renner* in *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, S. 335 („Im Übrigen gilt Auftragsrecht.“); ders., in *Münch.* Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis 2013, § 16 Rdnr. 144; *Müller* in *Limmer/Hertel* u. a., Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, S. 1533; Ausnahme: *Kordel* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 96 Rdnr. 55; *Langenfeld/Keith* in Münchener Vertragshandbuch, 6. Aufl. 2010, Band 6, 2. Halbband, Muster IX, 53, schließen lediglich die Rechenschaftspflicht gegenüber einem Überwachungsbetreuer aus. Vgl. auch *Horn*, ZEV 2016, 373, 377.

<sup>6</sup> Siehe etwa: Christliche Patientenverfügung, abrufbar unter <https://www.ekd.de/download/patientenvorsorge.pdf>, oder den Vorschlag des Bundesjustizministeriums, abrufbar unter [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Formulare/Vorsorgevollmacht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Formulare/Vorsorgevollmacht.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

Ein Anspruch auf Rechenschaft kann sich dann aus § 666 BGB ergeben,<sup>7</sup> was jedoch ein Auftragsverhältnis voraussetzt.<sup>8</sup> Aufgrund der Abstraktheit der Vollmacht von einem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft führt jedoch die Erteilung einer Vollmacht nicht unmittelbar zum Abschluss eines ausdrücklichen oder mündlich bzw. konkludent geschlossenen Auftrags.<sup>9</sup> Dies zeigt sich schon daran, dass die Vollmacht erteilt werden kann, ohne dass Vollmachtgeber und Bevollmächtigter zuvor in rechtsgeschäftlichen Kontakt getreten sein müssten (§ 171 BGB, wenngleich das bei Vorsorgevollmachten wenig üblich ist).

Abstraktheit der Vollmacht heißt andererseits aber auch nicht, dass sie nie mit einem Grundverhältnis unterlegt sein dürfte. Und natürlich kann bei dieser Suche nach dem Grundverhältnis die Vollmacht ein Indiz für konkludent geschlossene Verträge sein.

### B. Kriterien für die Annahme eines Auftrags

Das Eingehen eines Auftrags setzt zwei korrespondierende, mit Rechtsbindungswillen abgegebene Willenserklärungen voraus. Nur ist in den entsprechenden Fallkonstellationen deren Nachweis schwierig: Schriftliche Aufzeichnungen zum Grundverhältnis fehlen, der Geschäftsherr ist verstorben und kann nicht mehr gefragt werden und angesichts der nun erhobenen Ansprüche wäre der Beauftragte gewiss froh, er hätte nie irgendeine Verantwortung übernommen. Da bleibt nichts anderes übrig, als aus der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung unter Berücksichtigung der Interessenlage – auch der damit einhergehenden Pflichten – auf konkludente Willenserklärungen zurückzuschließen.<sup>10</sup>

Gerade unter dem Eindruck von nachträglichen Rechenschaftsverlangen, die der Erblasser selbst nie eingefordert hat, gehen die Gerichte davon aus, dass der Bevollmächtigte, für den Vollmachtgeber erkennbar, das gravierende, aus einem Vertrag folgende Pflichtenverhältnis nicht eingehen wollte.<sup>11</sup> „Pflicht“ in diesem Sinne kann dabei insbesondere auch die Rechenschaftspflicht sein.<sup>12</sup> Sie nehmen deswegen jedenfalls bei einfachen Vollmachten häufig ein Gefälligkeitsverhältnis als Grundverhältnis an,<sup>13</sup> so bei einer bloßen Kontovoll-

<sup>7</sup> *Sarres*, ZEV 2013, 312; *Renner* in *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen, S. 206.

<sup>8</sup> Bei Annahme sogar eines Geschäftsbesorgungsvertrages i. V. m. § 675 BGB.

<sup>9</sup> Dazu ausführlich zuletzt *Lieder*, JuS 2014, 393.

<sup>10</sup> *Sarres*, ZEV 2013, 312, 313, spricht mit Recht von der „Fiktion“ eines Auftrags.

<sup>11</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 17.10.2014, 5 U 7/14, BeckRS 2015, 07788; OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339.

<sup>12</sup> OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339; OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2006, I-4 U 102/05, ZEV 2007, 184.

<sup>13</sup> Siehe auch *Müller* in *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, S. 200, Rdnr. 54; *dies.* in *Limmer/Hertel* u. a., Würzburger Notarhandbuch, S. 1550 Rdnr. 54.

macht.<sup>14</sup> Ebenso spricht ein zwischen den Vollmachtgebern und Bevollmächtigten bestehendes, besonderes Vertrauensverhältnis – richtiger wohl: ein persönliches Näheverhältnis, aus dem sich besonderes Vertrauen ergibt – tendenziell gegen die Bejahung eines Auftrags, weil die Erteilung der Vollmacht dann ihre Grundlage in dieser persönlichen Nähebeziehung findet und ggf. moralisch oder sozial, nicht aber rechtlich fundiert ist.<sup>15</sup> Ein solches Verhältnis liegt insbesondere bei Ehegatten vor, aber auch bei Lebenspartnern, wobei für letztere teilweise das Bestehen einer langjährigen Partnerschaft gefordert wird.<sup>16</sup>

Das Vertrauensverhältnis kann jedoch durch Missbrauch gestört werden. Ergeben sich Zweifel an der Zuverlässigkeit des Beauftragten, so kann nachträglich ein Auskunfts- bzw. Rechnungslegungsanspruch geltend gemacht werden.<sup>17</sup>

Andererseits geht die Rechtsprechung bei einem erheblichen wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers am Geschäft oder bei der Delegation langfristig bedeutsamer Aufgaben an den Bevollmächtigten von einem Auftragsverhältnis gemäß der §§ 662 ff. BGB aus,<sup>18</sup> ebenso wenn der Vollmachtgeber auf eine Wahrnehmung der Vollmacht vertraut, in gewisser Hinsicht zur Erreichung seiner Ziele sogar darauf angewiesen ist. Insbesondere bei erwarteten geistigen Einschränkungen kann die Hilfeleistung besondere Bedeutung erlangen.<sup>19</sup> Deswegen tendiert die Rechtsprechung für übliche Vorsorgevollmachten auch ohne besondere Vereinbarung aus den Umständen heraus zur Annahme eines Auftrags,<sup>20</sup> woraus zunächst einmal folgt, dass im Ergebnis zwischen ausdrücklichem Verweis auf Auftragsrecht und Offenlassen des Grundverhältnisses gar kein Unterschied besteht.<sup>21</sup>

### III. Inhalt der Rechenschaftspflicht

#### A. Umfang

Inhalt und Umfang der Rechenschaftspflicht bestimmen sich nach §§ 259, 261 BGB.<sup>22</sup>

Der Beauftragte muss danach eine übersichtlich geordnete und in sich verständliche Zusammenstellung von Einnahmen

und Ausgaben vorlegen,<sup>23</sup> welche die Vermögensentwicklung bis zum Abschlussstichtag dokumentiert. Belege und Unterlagen müssen vorgelegt werden, ggf. beim Vertragspartner erneut beschafft werden. Ist dies nicht möglich, muss der Beauftragte durch Eigenbelege aus der Erinnerung ergänzen. Andererseits reicht die Übergabe der vorhandenen Belege allein in der Regel nicht zur Erfüllung.<sup>24</sup> Allerdings macht die Rechtsprechung im Einzelfall davon durchaus Abstriche: Das OLG Saarbrücken hat zu einer unstreitigen Auflistung von Barabhebungen durch die Bevollmächtigte deren pauschale Aussage genügen lassen, alle Gelder dem Geschäftsherrn ausgehändigt zu haben. Das OLG Köln<sup>25</sup> hat den rechenschaftspflichtigen Beauftragten zugestanden, bei lang zurückliegenden Geschäften des täglichen Lebens nicht jeden Einkauf belegen zu müssen; Lücken in solchen Ausgaben hinderen die Ordnungsmäßigkeit der Aufstellung dann nicht.

Die Rechenschaftspflicht bezieht sich auf den gesamten Zeitraum des Auftrags. Diskutiert wird zwar eine zeitliche Begrenzung analog zur handelsrechtlichen Aufbewahrungspflicht von Belegen (§ 257 Abs. 4 HGB).<sup>26</sup> Das wären dann zehn Jahre – für die hier diskutierten Vorsorgevollmachten immer noch ein überaus langer Zeitraum.

#### B. Verjährung

Der Auskunftsanspruch unterliegt der dreijährigen Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB.<sup>27</sup> Der Anspruch entsteht allerdings erst mit Beendigung des Auftragsverhältnisses, also mit Kündigung, Zeitablauf oder eben hier: Tod des Geschäftsherrn.<sup>28</sup> Frühestens dann beginnt die Verjährung. Umgekehrt heißt das: Für keinen Teilzeitraum der Vergangenheit ist bei Tod des Geschäftsherrn irgendeine Verjährung eingetreten. Selbst bei periodisch möglicher Rechnungslegung soll der Anspruch als „verhaltener Anspruch“ zu qualifizieren sein, der erst mit Geltendmachung beginnt.<sup>29</sup> So können die Ansprüche bis zur Grenze der Verwirkung geltend gemacht werden.<sup>30</sup>

#### C. Folgerungen daraus

In Konstellationen wie der eingangs geschilderten Patchworkfamilie bringt das den Bevollmächtigten in Bedrängnis. Selbst wenn man zum Schutz vor (grob) pflichtwidrigem Handeln nicht gleich zu einem Totalverzicht raten will, muss doch gesehen werden, dass der zweite Partner in Auseinandersetzungen mit Kindern aus anderen Beziehungen hineingezogen wird, selbst wenn die testamentarisch gestaltete Vermögensnachfolge dagegen Vorsorge getroffen und die Berührungspunkte reduziert hat. Dabei ist der Bevollmächtigte

<sup>14</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 17.10.2014, 5 U 7/14, BeckRS 2015, 07788.

<sup>15</sup> OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339.

<sup>16</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2006, I-4 U 102/05, ZEV 2007, 184.

<sup>17</sup> OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339; BGH, Urteil vom 31.1.1963, VII ZR 284/61, NJW 1963 950; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2014, I-3 U 88/14, BeckRS 2015, 00695; OLG München, Urteil vom 20.6.2012, 3 U 114/1, BeckRS 2012, 14122.

<sup>18</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.1.2014, 5 U 58/13 (n. v.); vgl. auch OLG Saarbrücken, Urteil vom 17.10.2014, 5 U 7/14, BeckRS 2015, 07788; OLG Brandenburg, Urteil vom 7.12.2011, 3 U 94/11, BeckRS 2012, 20726; BayOblG, Beschluss vom 3.6.1994, 3Z BR 18/94, FamRZ 1994, 1550; OLG Hamm, Urteil vom 20.11.2007, 26 U 62/06, ZEV 2008, 600.

<sup>19</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.1.2014, 5 U 58/13 (n. V.).

<sup>20</sup> AG Bad Mergentheim, Urteil vom 1.2.2013, 2 C 170/12, FamRZ 2014, 971; im Anschluss daran Renner in Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, S. 206.

<sup>21</sup> Insoweit dann nicht konsequent Renner in Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2013, § 16 Rdnr. 144, 145.

<sup>22</sup> Vgl. auch OLG München, Urteil vom 20.6.2012, 3 U 114/1, BeckRS 2012, 14122.

<sup>23</sup> Sarres, ZEV 2013, 312, 315; OLG München, Urteil vom 20.6.2012, 3 U 114/1, BeckRS 2012, 14122; Staudinger/Martinek, Bearb. 2006, § 666 Rdnr. 14; Sörup in Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB, Vertrags- und Prozessformularhandbuch, 2. Aufl. 2014, § 666 Rdnr. 4; BeckOGK-BGB/Riesenhuber, Stand 1.3.2016, § 666 Rdnr. 39; jurisPK-BGB/Hönn, 7. Aufl. 2014, § 666 Rdnr. 13.

<sup>24</sup> OLG Brandenburg, Urteil vom 7.12.2011, 3 U 94/11, BeckRS 2012, 20726; Horn, ZEV 2016, 373, 374.

<sup>25</sup> OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 315.

<sup>26</sup> BeckOGK-BGB/Riesenhuber, § 666 Rn. 53.

<sup>27</sup> Horn/Schabel, NJW 2012, 3475.

<sup>28</sup> Palandt/Ellenberger, 76. Aufl. 2016, § 199 Rdnr. 3; OLG München, Urteil vom 20.6.2012, 3 U 114/12, BeckRS 2012, 14122, Erman/Berger, BGB, 14. Aufl. 2014, § 666 Rdnr. 18; BeckOGK-BGB/Riesenhuber, Stand 1.3.2016, § 666 Rdnr. 41.

<sup>29</sup> Erman/Berger, BGB, § 666 Rdnr. 18.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 1.12.2011, III ZR 71/11, NJW 2012, 917.

zunächst einer Rechenschaft über den gesamten Zeitraum ausgesetzt. Und er muss vermutlich wesentlich detaillierter Auskunft ablegen, als es der Geschäftsherr selbst je verlangt hätte.<sup>31</sup> Dieser hätte ja aufgrund des persönlichen Vertrauensverhältnisses (ausgedrückt durch die Vollmacht) vieles ohne nähere Nachfragen oder nur aufgrund einfacher Information durchgewunken. Deswegen ist auch zweifelhaft, ob eine Regelung der Rechenschaftspflicht zum Schutz bzw. im Interesse des Geschäftsherrn getroffen werden muss.<sup>32</sup> Dieser Anspruch besteht allemal aus dem Auftrag. Es geht, wenn, um dessen Begrenzung zum Schutz des Bevollmächtigten.

#### IV. Gestaltungsmöglichkeiten

##### A. Verzichtbarkeit

§ 666 BGB ist dem Grunde nach dispositiv.<sup>33</sup> Strittig ist, ob hinsichtlich der Rechenschaftspflicht ein Totalausschluss möglich ist. Teils wird dies wegen des drohenden Kontrollverlusts des Geschäftsherrn für unzulässig, teils als Ausdruck besonderen Vertrauens jedenfalls außerhalb von AGB bis zur Grenze des § 138 BGB für zulässig gehalten.<sup>34</sup> Aber auch ein Ausschluss wird bei Verdacht auf unredliches Handeln unwirksam.<sup>35</sup>

Ein Verzicht kann je nach den Einzelfallumständen auch konkludent erfolgen.<sup>36</sup> Das ist jedoch auch in engen persönlichen Vertrauensverhältnissen nicht der Regelfall und gerade bei wirtschaftlich bedeutsamen Verfügungen sind an die Annahme eines solchen Willens des Geschäftsherrn hohe Anforderungen zu stellen.<sup>37</sup> Die wirtschaftliche Bedeutung ist dabei nicht absolut, sondern auch im Verhältnis zu den Einkünften und Lebensumständen des Vollmachtgebers zu sehen.

##### B. Teilverzicht

Wenn eine Regelung getroffen wird, ist vielleicht der vollständige Vorabverzicht als Vorschlag zu weitgehend und mit falschen Anreizen für den Bevollmächtigten verbunden.<sup>38</sup> Womöglich wird auch eine höhere Kontrolldichte durch Betreuungsgericht und Überwachungsbetreuer heraufbeschworen.<sup>39</sup> Deswegen soll nach handhabbaren Zwischenlösungen gesucht werden.

Einmal kann es sich anbieten, die Rechenschaft höchstpersönlich auf den Geschäftsherrn zu beziehen<sup>40</sup> oder ihn auf eine periodische (zum Beispiel jährliche) Offenlegung zu

begrenzen – mit der Folge des Verfalls, soweit dies nicht verlangt wurde.

##### Formulierungsvorschlag:

*Der Anspruch auf Rechenschaft beschränkt sich auf das zuletzt abgelaufene Kalenderjahr.<sup>41</sup>*

Eine gewisse Skepsis bleibt aber sowohl im Hinblick auf die Wirkungen wie im Hinblick auf die Wirksamkeit: Bei Geschäftsunfähigkeit (Demenz) des Geschäftsherrn findet effektiv keine Kontrolle statt. Die Erben<sup>42</sup> treten in ihre Rechte erst mit dem Tod des Geschäftsherrn ein und dann womöglich, wiederum zum Nachteil des Bevollmächtigten, rückwirkend für den gesamten Zeitraum.

Flankierend kann der Anspruch auf Rechenschaft im Prinzip beibehalten werden, aber ergänzt um eine Beweislastumkehr, wonach erst bei dringenden Verdachtsmomenten auf pflichtwidriges Verhalten nähere Informationen verlangt werden können.

##### Formulierungsvorschlag:

*Für zurückliegende Zeiträume kann Rechenschaft nur wegen solcher Geschäfte verlangt werden, bezüglich derer der Geschäftsherr oder sein Rechtsnachfolger Tatsachen (nicht Vermutungen) für ein pflichtwidriges Verhalten glaubhaft vorträgt.*

Das würde die oben dargestellte Tendenz der Rechtsprechung aufnehmen, bei Missbrauchsverdacht die Rechenschaftsansprüche zu verstärken.

Schließlich könnte alternativ oder kumulativ der Umfang der Pflicht beschränkt werden, durch Verzicht auf Aufstellungen oder durch Beschränkung der Vorlage (Aufbewahrung) von Belegen<sup>43</sup>:

##### Formulierungsvorschlag:

*Die Rechenschaft beschränkt sich auf die Herausgabe der Kontenunterlagen. Weitere Belege können nur bezüglich Verfügungen über 1.000 € im Einzelfall verlangt werden.*

oder

*Belege müssen lediglich bis zum Ablauf des 31. Dezember des Folgejahres aufbewahrt werden, sofern nicht längere gesetzliche Fristen einzuhalten sind.*

Wertgrenzen eröffnen natürlich die Möglichkeit eines Unterlaufens durch Aufteilung in Einzelverfügungen. Andererseits gilt auch hier: Absolute Sicherheit gibt es nicht; wer die als Geschäftsherr will, ist mit der Benennung eines Betreuers mit dann fast vollumfänglicher gerichtlicher Kontrolle (gemäß § 1908 i. V. m. § 1840 BGB) besser beraten. So liegen aber die Fälle auch nicht. Ein Grundvertrauen bringen die Geschäftsherren (wenngleich nicht notwendig dessen Kinder) offensichtlich mit, sonst würden sie die Vollmacht schon nicht erteilen.

<sup>31</sup> Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2014, I-3 U 88/14, BeckRS 2015, 00695: Hier hatte die Erblasserin selbst auf Betrugsverdacht nicht reagiert.

<sup>32</sup> So Litzener, NotBZ 2007, 1, 7; auch Horn, ZEV 2016, 373, 374.

<sup>33</sup> Palandt/Ellenberger, § 666 Rdnr. 1; BGH, Urteil vom 19.9.1989, XI ZR 103/88, NJW-RR 1990, 131.

<sup>34</sup> Erman/Berger, BGB, § 666 Rdnr. 8; Staudinger/Martinek, Bearb. 2006, § 666 Rdnr. 17.

<sup>35</sup> Vgl. oben Fn. 17.

<sup>36</sup> Palandt/Ellenberger, § 666 BGB Rdnr. 1; OLG München, Urteil vom 20.6.2012, 3, U 114/1, BeckRS 2012, 14122.

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 4.12.2000, II ZR 230/99, NJW 2001, 1131; OLG München, Urteil vom 20.6.2012, 3 U 114/1, BeckRS 2012, 14122.

<sup>38</sup> Im Gegenteil schlägt von Heynitz, MittBayNot 2003, 269, deutliche Hinweise auf die Sanktionierung grober Pflichtwidrigkeit vor.

<sup>39</sup> Litzener, NotBZ 2007, 1.

<sup>40</sup> Vgl. den Vorschlag von Sarres, ZEV 2013, 312, 315; Horn, ZEV 2016, 373, 377.

<sup>41</sup> Ausführlicher Kordel in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 96 Rdnr. 55 M; Sarres, ZEV 2013, 312, 313.

<sup>42</sup> Auf diese bezieht sich Kordel in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 96 Rdnr. 55 M.

<sup>43</sup> Ähnlich auch die Vorschläge von Horn, ZEV 2016, 373, 377.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Bürgers/Fett (Hrsg.): Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, Handbuch. 2. Aufl., C. H. Beck, 2015. 817 S., 179 €**

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien begegnet dem Notar in der Praxis eher selten. Dies verwundert bei derzeit nur rund 300 im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften dieser Rechtsform nicht. Dass die KGaA in der gesellschaftsrechtlichen Praxis ein Schattendasein führt, dürfte vor allem daran liegen, dass sie den rechtlichen und steuerlichen Beratern wenig vertraut ist. Was nicht „bekannt und bewährt“ ist, wird eben kaum empfohlen. Dabei sollte die KGaA bei der Rechtsformberatung nicht vernachlässigt werden, wie auch das hier besprochene Werk belegt.

Doch wer die KGaA empfehlen und betreuen will, muss sich zunächst mit dieser Rechtsform vertraut machen. Hierbei vermag das von den Rechtsanwälten *Tobias Bürgers* und *Torsten Fett* herausgegebene Handbuch eine hervorragende Unterstützung zu bieten. Es ist, soweit ersichtlich, das einzige Werk auf dem Markt, das die rechtlichen und steuerlichen Fragen rund um die KGaA umfassend darstellt. Dies geschieht durch den aus Rechtsanwälten, Steuerberatern und einem Notar zusammengesetzten Autorenkreis auf durchweg hohem Niveau.

Nach einem einleitenden Teil zur Geschichte der KGaA folgt ein systemvergleichender Abschnitt, der die gesellschafts- und steuerrechtlichen Unterschiede gegenüber der Aktiengesellschaft darstellt. Eine synoptische Darstellung findet sich auf den Seiten 8-11 zum Gesellschaftsrecht und auf den Seiten 13-16 zum Steuerrecht. In Kapitel 3 finden sich grundlegende Ausführungen zum anwendbaren Recht, welches bei der KGaA als hybrider Rechtsform häufig nicht einfach festzustellen ist. Das folgende Kapitel 4 widmet sich der Gründung der KGaA, wobei der Schwerpunkt auf den Besonderheiten gegenüber der Gründung einer Aktiengesellschaft liegt. Den größten Raum nimmt das Kapitel 5 zur Binnenverfassung der KGaA ein. Diese wird klar gegliedert dargestellt, indem zu den Einzelaspekten zunächst die gesetzlichen Regelungen dargestellt und im Anschluss daran die Regelungsmöglichkeiten bei der Satzungsgestaltung behandelt werden. Abschließend wird sodann jeweils auf die Besonderheiten der atypischen KGaA eingegangen, bei der keine natürliche Person persönlich haftet. Der Kautelarjurist, der vor dem Hintergrund der in Teilen auch für die KGaA geltenden Satzungsstrenge des § 23 AktG besondere Vorsicht walten lassen muss, wird dafür dankbar sein, dass er sich aufgrund des klaren Aufbaus schnell zurecht findet.

Bemerkenswert ist, dass en passant auch allgemeine Probleme des Personengesellschaftsrechts und des Aktienrechts,

die für die KGaA von Bedeutung sind, übersichtlich dargestellt werden. So profitiert der Leser auch jenseits des Kernbereichs der KGaA von der Lektüre, weil er beiläufig sein Wissen zu häufiger vorkommenden Rechtsformen auffrischen kann.

Während das nachfolgende Kapitel 6 zur Rechnungslegung für den Kautelarjuristen von untergeordneter Bedeutung ist, ist das mit „*Veränderungen des Gesamtkapitals*“ überschriebene Kapitel 7 ungleich bedeutsamer. Neben den Kapitalmaßnahmen wird hier auch die Problematik der Gesellschafterdarlehen sowie der Haftung für existenzvernichtende Eingriffe erörtert. Diese Themenkreise sind zwar bei allen Kapitalgesellschaften bedeutsam, bei der KGaA angesichts des Vorhandenseins von zwei Gesellschaftergruppen (Komplementäre und Kommanditaktionäre) jedoch besonders komplex, was anschaulich dargestellt wird.

Im Kapitel 8 wird die Auflösung und Abwicklung der KGaA dargestellt. Anders als bei anderen Kapitalgesellschaften kommen hier auch Gestaltungen über das Ausscheiden von Gesellschaftern in Betracht, die im Einzelnen erörtert werden. Die nachfolgenden Kapitel 9 und 10 zu steuerrechtlichen und börsenrechtlichen Fragen dürften für den Notar von untergeordnetem Interesse sein. Anderes gilt wiederum für das Kapitel 11 zu Umwandlungsvorgängen, das jedoch leider vor allem die Anwaltssicht in den Fokus nimmt. Eine vertiefte Darstellung notarspezifischer Fragen zur Gestaltung der Umwandlungspläne bzw. -verträge wäre hier wünschenswert. Im letzten Übersichtskapitel werden schließlich konzernrechtliche Fragen erörtert, die im Hinblick auf das Erfordernis der Beurkundung von Zustimmungsbeschlüssen zu Unternehmensverträgen auch für den Notar bedeutsam sein können. Abgerundet wird die Darstellung schließlich durch drei Satzungsmuster, die durch Verweise auf die vorausgehenden Kapitel erläutert werden.

Insgesamt handelt es sich um eine sehr fundierte und gut lesbare Darstellung, bei der kaum ein Problem der KGaA nicht zumindest angerissen sein dürfte. Abgesehen von der Aktienrechtsnovelle 2016, die angesichts des Erscheinungstermins im Jahr 2015 noch nicht berücksichtigt werden konnte, bildet das Werk den aktuellen Rechtsstand ab. Wer als Notar nur selten mit der KGaA befasst ist, wird vor allem für ein Nachschlagewerk dankbar sein, wenn ihm diese Gesellschaftsform begegnet. Auch als solches eignet sich das vorgestellte Werk aufgrund seiner klaren Gliederung bestens.

Notarassessorin *Eva-Maria Bernauer*, München

**Stöber: Zwangsversteigerungsgesetz,  
Kommentar zum ZVG. 21. Aufl., C.H. Beck, 2016.  
1666 S., 125 €**

Der Kommentar von *Stöber* zum Zwangsversteigerungsrecht erscheint mittlerweile in der 21. Auflage. Die 1. Auflage, damals noch unter *Wilhelmi*, datiert aus dem Jahre 1934. Die lange Historie zeigt, dass der *Stöber* eines der Standardwerke zum ZVG ist. Die Berührungspunkte der notariellen Praxis mit dem ZVG sind vielseitig, angefangen über die Probleme beim Verkauf einer zwangsversteigerungsbehafteten Immobilie, die Veräußerung von Grundbesitz nach Erteilung des Zuschlags, Teilungsversteigerung von „Scheidungsimmobilien“ über die Zwangsverwaltung bis hin zur Bietervollmacht oder Ausbietungsgarantie. Auch wesentliche Aspekte des Grundschuldrechts sind naturgemäß nur mit dem ZVG verständlich. *Stöber* behandelt in seinem Werk alle notariell relevanten Schnittstellen umfassend und überzeugend, wenngleich nicht immer mit für die Kautelarpraxis erfreulichen Ergebnissen:

1. Von besonderem Interesse für die Vertragsgestaltung ist die Behandlung von Wohngeldrückständen im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Der BGH hat hierzu klargestellt, dass § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG lediglich eine verfahrensrechtliche Privilegierung der WEG im Zwangsversteigerungsverfahren bezweckt, nicht aber eine dingliche Rechtsposition der WEG begründet (BGH, Urteil vom 9.5.2014, V ZB 123/13, DNotZ 2014, 769). In der Konsequenz sollte dies bedeuten, dass sich eine Käufervormerkung gegenüber einer nach ihrer Eintragung erfolgten Beschlagnahme zugunsten der WEG durchsetzen sollte, mithin in das geringste Gebot aufgenommen wird (§ 44 Abs. 1, § 48 ZVG) und nicht mit Zuschlag erlischt (§ 52 Abs. 1, § 90 Abs. 1 ZVG) bzw. der Käufer nach Zuschlagserteilung vom Ersteher Zustimmung zur Eigentumsumschreibung verlangen kann (§ 883 Abs. 2 Satz 2, § 888 Abs. 1 BGB). Der (vormerkungsgeschützte) Käufer müsste demnach keine Inanspruchnahme für rückständiges Wohngeld fürchten. Dieser Ansicht folgt *Stöber* hingegen nicht (§ 10 Rdnr. 4.3). Vielmehr vertritt er die Auffassung, dass die genannte Rechtsprechung des BGH nicht bewirke, dass ein Käufer nicht für Wohngeldrückstände des Verkäufers in Anspruch genommen werden könne, auch wenn die Käufervormerkung im Grundbuch eingetragen wurde, bevor die Beschlagnahme wirksam wird. *Stöber* argumentiert mit dem Wortlaut des § 10 ZVG (Einleitungssatz: „*Ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gewähren ...*“) und mit dem Fehlen einer Regelung im ZVG, dass das Recht der WEG bei einem Verkauf erlöschen würde. Zumindest letzteres Argument erscheint nicht zwingend: Wenn § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung lediglich eine prozessuale Norm darstellt, so muss – mangels dinglichen Charakters – auch kein Erlöschen dieses „Anspruchs“ vorgesehen sein. Im Übrigen kann aus dem Fehlen einer negativen Regelung nicht zwingend auf das Vorhandensein einer positiven Regelung geschlossen werden. *Stöber* ist freilich zugestehen, dass der BGH bei der Frage der rechtlichen Einordnung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht ganz widerspruchsfrei ist (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 9.5.2014, V ZB 123/13, DNotI-Report 2014, 118 f. sowie BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 120/10, NJW 2011, 3098). Im Ergebnis wird man festhalten: Wenn eine so gewichtige Stimme wie *Stöber* in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG eine „quasi-dingliche“ Haftung für Wohngeldrückstände sieht, wird die Kautelarpraxis dergestalt darauf reagieren müssen, dass bei Verkauf einer beschlagnahmten WEG-Einheit eine Erklärung des Verwalters über etwaige Wohngeldrückstände/rückständige Sonderumlagen zur Fälligkeitvoraussetzung erhoben wird. Ob dies darüber hinaus auch bei einem Standard-WEG-Kaufvertrag ohne „Indizien“

(zum Beispiel wertauserschöpfende Belastung, eingetragene Sicherungshypotheken etc.) erforderlich ist, erscheint nicht dem Gebot des sichersten Weges zwingend geschuldet.

2. Vor besonderer Herausforderung steht die Praxis bei Ermittlung vorrangiger öffentlicher Lasten. Diese fallen gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG in die dritte Rangklasse und gehen damit einer Käufervormerkung zwingend vor. *Stöber* stellt sehr anschaulich die schier unüberschaubare Liste an potenziellen, öffentlichen Grundstückslasten dar (§ 10 Rdnr. 6.1 ff.). Als kurzer Exzerpt seien genannt: Ansprüche nach dem BBodSchG, Erschließungskosten, Flurbereinigungskosten, Grundsteuer, kommunale Investitionsabgaben, Anschlusskosten und Benutzungsgebühren, Umlegungsgebühren, Schornsteinfegergebühren etc. Erschwerend kommt bei WEG-Einheiten hinzu, dass – abweichend von § 10 Abs. 8 WEG (teilschuldnerische Haftung) – Landesrecht für grundstücksbezogene Abgaben (insbesondere Benutzungsgebühren) auch eine gesamtschuldnerische Haftung vorsehen kann (was bei „Schrottimobilien“ eine Wertausschöpfung bedeuten kann). Die Krux in der Vertragsgestaltung besteht darin, dass die vorrangigen öffentlichen Gläubiger im Zeitpunkt der Fälligkeitsmitteilung durch den Notar ihre Ansprüche möglicherweise noch gar nicht angemeldet haben. Dies muss spätestens im Versteigerungstermin erfolgen (§ 37 Nr. 4 ZVG). Eine Auskunft des Versteigerungsgerichts, dass keine öffentlichen Lasten angemeldet wurden, bietet also keine Sicherheit. Die Praxis hilft sich hier mit Kostenübernahmeerklärungen eines Gläubigers (gar nicht mal so selten) oder Beauftragung des Notars, besonders relevante öffentliche Lasten (zum Beispiel Grundsteuer, Erschließungskosten) zu erfragen.

3. Ein in der Literatur bislang wenig beleuchtetes Problem ist die Frage, in welcher Reihenfolge das Grundbuchamt Eintragungen im Grundbuch vornehmen muss, wenn der Antrag auf Eigentumsumschreibung oder Eintragung der Vormerkung mit dem *Ersuchen* des Zwangsversteigerungsgerichts auf Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks (§ 19 Abs. 1 ZVG) zusammentrifft. § 17 GBO ist seinem Wortlaut nach auf *Anträge* beschränkt. Nach § 19 Abs. 1 ZVG *ersucht* hingegen das Zwangsversteigerungsgericht um Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks. *Stöber* vertritt die überzeugende Auffassung, dass § 17 GBO nach seinem *Telos* anwendbar sei (§ 19 Rdnr. 4.2). Für die Anwendbarkeit des § 17 GBO ist entscheidend, ob eine Eintragung für die Wirksamkeit einer anderen Eintragung von Bedeutung sein kann. Dies ist aber beim Zwangsversteigerungsvermerk mit Blick auf die Wirksamkeit der Beschlagnahme der Fall (§ 22 Abs. 1 ZVG). Das Grundbuchamt wird daher die Anträge oder das Ersuchen in zeitlicher Reihenfolge vornehmen.

4. Sehr instruktiv sind die Ausführungen zur Schnittstelle ZVG und Insolvenzrecht (§ 15 Rdnr. 23). Alle den Notar interessierenden Fragen, z. B. Fragen der (Umschreibung der) Vollstreckungsklausel, Behandlung von absonderungs- bzw. aussonderungsberechtigten Gläubigern, Probleme der Rückschlagsperre, §§ 88, 304 InsO oder das Verhältnis zwischen Insolvenzverfahren und Beschlagnahme werden umfassend behandelt. *Stöber* vertritt allerdings die Ansicht, dass Wohngeldansprüche absonderungsberechtigt im Sinne des § 49 InsO sind (§ 15 Rdnr. 23.4). Dies hat zur Konsequenz, dass die WEG auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens – abweichend von der generellen Regel des § 89 InsO – die Zwangsvollstreckung wegen rückständiger Wohngeldansprüche (nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig werdende Wohngeldansprüche sind Masseverbindlichkeiten, § 55 InsO) betreiben darf. Diese Ansicht steht zwar auf einer Linie mit der Rechtsprechung des IX. Senats des BGH (Beschluss vom 21.7.2011, IX ZR 120/10, NJW 2011, 3098), aber im Wider-

spruch zur unter 1. genannten Entscheidung des V. Senats des BGH (BGH, Beschluss vom 9.5.2014, V ZB 123/13, DNotZ 2014, 769). § 49 InsO setzt ein materielles Recht auf Absonderung voraus. Ein solches Recht der WEG könnte allenfalls in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gesehen werden. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG begründet aber nach der vorgenannten Rechtsprechung des V. Senats des BGH lediglich eine verfahrensrechtliche Privilegierung. Die Katze beißt sich also in den Schwanz. Selbst wenn man aber ein Absonderungsrecht der WEG im Sinne des § 49 InsO annimmt, ist nicht erkennbar, wie daraus die Haftung eines Käufers für rückständiges Wohngeld bei freihändigem Verkauf des Insolvenzverwalters begründet werden kann (so aber der IX. Senat des BGH in seinem Beschluss vom 21.7.2011).

5. In § 28 (Rdnr. 5.4) nimmt *Stöber* dezidiert und für die notarielle Praxis beruhigend Stellung zu der Frage der Löschung einer Auflassungsvormerkung bei nachrangig eingetragenen Belastungen. § 28 ZVG bestimmt, dass das Zwangsversteigerungsgericht das Verfahren aufzuheben bzw. einzustellen hat, wenn ihm ein aus dem Grundbuch ersichtliches, entgegenstehendes Recht bekannt wird. Ein solches Recht wäre zweifelsfrei die nach Kaufvertragsabschluss erfolgte Eigentümerstellung eines Käufers. Wie ist aber nun zu verfahren, wenn zwar die Käufervormerkung vor Beschlagnahme wirksam wurde, jene aber – wie im „normalen“ Kaufvertrag üblich – mit Eigentumsumschreibung auf den Käufer gelöscht wird? Streng formal betrachtet wäre das Eigentum des Käufers kein der Versteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 ZVG, da dessen Eintragung nach der Beschlagnahmewirkung zugunsten der betreibenden Gläubiger erfolgte (so LG Stade, Entscheidung vom 4. 1. 68 2 T 378/67, DNotZ 1968, 636). *Stöber* stellt hierzu klar, dass allein die Löschung der Vormerkung keine materiellrechtliche Aufhebung derselben bedeute. Vielmehr sei der Löschantrag bezüglich der Vormerkung so auszulegen, dass er nur erfolgen sollte, wenn gleichzeitig auch etwaige nachrangige Zwischenrechte gelöscht werden (vgl. auch BGH, Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, NJW 1973, 323). Im Übrigen „ersetze“ das Eigentum die Auflassungsvormerkung, was sich aus dem Grundbuch auch nachvollziehen lasse. Nichtsdestotrotz sollte der Notar sich hier nicht auf dünnes Eis begeben und die Löschung der Auflassungsvormerkung bei Verkauf beschlagnehmter Immobilien erst nach Aufhebung des Zwangsversteigerungsverfahrens beantragen.

6. § 81 Abs. 1 ZVG begründet einen verfahrensrechtlichen Anspruch des Meistbietenden auf Erteilung des Zuschlags. Dieser Anspruch ist abtretbar (§ 81 Abs. 2 ZVG). Ob der dieser Abtretung zugrundeliegende schuldrechtliche Vertrag der Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 BGB unterliegt, ist

umstritten. *Stöber* vertritt die Ansicht, dass dies grundsätzlich nicht der Fall sei, da es sich um einen Rechtskauf und nicht um einen Immobilienerwerb handle (§ 81 Rdnr. 4.10). Da der Verkäufer im Zeitpunkt der Abtretung noch gar nicht Eigentümer der Immobilie sei (dies wäre er erst mit Zuschlag), sei es nicht anzunehmen, dass der Verkäufer sich verpflichten wolle, das versteigerte Grundstück zu verschaffen. Für die notarielle Praxis gilt: Das Gebot des sichersten Weges würde es wohl erfordern, eine Beurkundungspflicht anzunehmen. Bei lebensnaher Betrachtung hat der Käufer eines Meistgebots regelmäßig die Vorstellung, nicht nur ein Recht, sondern die versteigerte Immobilie zu erwerben. Darüber hinaus sind die Beteiligten einen nur noch so kurzen Schritt vom Eigentum als Kaufgegenstand entfernt, dass man von einem Anwartschaftsrecht sprechen kann, wenngleich *Stöber* zu Recht darauf hinweist, dass diese „Anwartschaft“ zumindest theoretisch noch durch den Schuldner (Wegfertigung der Gläubigerforderung) bzw. den bestrangigen Gläubiger durch Verfahrenseinstellung oder -aufhebung noch zerstört werden kann.

7. Für die notarielle Vertragspraxis von besonderem Interesse sind schließlich die Vorschriften zur Teilungsversteigerung, §§ 180 ff. ZVG, – weniger vielleicht wegen der Möglichkeit des Ausschlusses derselben im Zuge von Miteigentümergeinschaften als vielmehr zur Beratung im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen. Beantragt ein Scheidungspartner die Teilungsversteigerung des ehemaligen Familienheims, stellen sich komplexe Folgefragen: Können an dem Versteigerungserlös Zurückbehaltungsrechte (zum Beispiel wegen Zugewinnausgleichsansprüchen) geltend gemacht werden? (Grundsätzlich nein.) Wie ist zu verfahren, wenn ein Partner ersteigert, sodann aber nicht das Bargebot befriedigt? (Übertragung der Forderung auf die Miteigentümergeinschaft.) Was passiert mit nicht mehr valuierten Grundschulden? (Bildung von gleichrangigen Teilgrundschulden.) *Stöber* gibt zu diesen Fragen umfassend und sehr lehrreich Antwort (§ 180 Rdnr. 18 f.).

Der *Stöber* hat es nicht verdient, mit einem Rezensionsskizze wie „... darf in keiner Notarsbibliothek fehlen“ abgetan zu werden – wenngleich dies natürlich der Fall ist. Vielmehr sollte dem interessierten Notar bewusst sein, dass der *Stöber* nicht nur eine Informationsquelle für Fragen rund um das ZVG ist (was zum Glück nicht jeden Tag vorkommt), sondern insbesondere auch ein bedeutendes Nachschlagewerk für alle wesentlichen Fragen des Grundschuldrechts (was durchaus häufiger vorkommt). Dazu kommen klare Sprache und dezidierte Ansichten.

Notar Dr. *Sebastian Franck*, LL.M. (Kapstadt), Lauingen

**Notarkammern und -bünde Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sowie die Ländernotarkasse (Hrsg.): 25 Jahre freiberufliches Notariat in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, Festschrift. Dr. Otto Schmidt, 2015. 766 S., 119 €**

Diese Buchanzeige gilt einer gewichtigen Neuerscheinung zur deutschen Notariatsgeschichte im Format eines formidablen Handbuchs. Mit dieser breit angelegten Festschrift haben

sich die Mitglieder der neuen Notarkammern eine lebendige Autobiographie geschenkt, die den beispiellosen Neubeginn vor 25 Jahren und eine verheißungsvolle Zukunft widerspiegelt.

Das vorangestellte Grußwort von Bundesjustizminister *Heiko Maas* kommt zu dem berechtigten Schluss: „Die Geschichte des Notariats nach dem Umbruch im Jahr 1989 zeigt, wie die Deutsche Einheit zur Erfolgsgeschichte wurde“. Dazu trug das Notariat nach allgemeiner Einschätzung als erste funktionierende Rechtsinstitution im Beitrittsgebiet wesentlich bei. Dieses Ergebnis konnte nur durch ein planmäßiges Zusam-

menwirken von aktiven und potenziellen Berufsträgern mit der ihnen eigenen notariellen Präzision bewirkt werden. Die kreative Solidarität wird dadurch bestätigt, dass sämtliche elf damals in Rekordzeit etablierten Notarbünde und Kammern gemeinschaftlich mit der Ländernotarkasse als Herausgeber dieser einmaligen Darstellung fungieren (hierzu *Renner*, NotBZ 2016, 5). In dem Vorwort heben sie hervor, dass ihr Buchprojekt durch seinen vielschichtigen, auch nachdenklichen Inhalt (etwa zur Stasi-Frage) nicht nur jede deutsche Notarbibliothek sinnvoll ergänzt, sondern als Zeitzeugnis in privaten und öffentlichen Buchsammlungen über den Tag hinaus Beachtung verdient. Der Grundstein für diese wünschenswerte Publizität wurde durch das pünktliche Erscheinen der Festschrift zu den beeindruckenden Festtagen „25 Jahre freiberufliches Notariat“ in Dresden vom 11.–13.9.2015 gelegt (hierzu der Bericht von *Otto*, notar 2016, 26).

Die Vielfalt der rund 70 Beiträge sichert die gespannte Aufmerksamkeit des Lesers. Die Skala der Darstellung reicht vom Tatsachenbericht und dem wissenschaftlichen Aufsatz über das Interview bis zur Ich-Erzählung und zum Gedicht. In der MittBayNot gilt das besondere Interesse den bayerischen Autoren. So wird Teil 1 (Zeitzeugen) durch die Chronik der Wendezeit von *Oliver Vossius* (München) eingeleitet, der die historischen Daten mit der Notariatsgeschichte abgleicht. *Vossius*, Mitglied der damaligen Geschäftsführung der Landesnotarkammer Bayern und heute Präsident des Deutschen Notarvereins, resümiert zudem die spannenden Begleitumstände der Systementscheidung für das freiberufliche Notariat unter dem poetischen Titel „Der Flügelschlag des Schmetterlings“ unter Hinweis auf die abgedruckten Dokumente. *Hans-Dieter Kutter*, zur Wendezeit Notar in Schweinfurt, schildert stellvertretend für viele Kollegen die zunächst vorsichtig tastenden und dann immer intensiver werdenden grenzüberschreitenden Kontakte. *Christof Münch* (Kitzingen) berichtet über seine Eindrücke beim Aufbau der Ländernotarkasse in Leipzig als Nachfolger des ersten Geschäftsführers, *Tilman Götte* (München). Die Namen der jungen bayerischen Kollegen im Sondereinsatz bei Kammern und Kasse, wie auch alle regionalen Standesangehörigen und deren Standesvertreter samt Mitarbeitern, sind in Teil 5 der Festschrift (Verzeichnisse) akribisch vermerkt.

Die berufsrechtlichen Entscheidungen, die in einem geradezu dramatischen Wechselspiel von einer großen Notar-Koalition aus Ost und West erfolgreich begleitet wurden, skizziert der Gründungspräsident des Deutschen Notarvereins, *Stefan Zimmermann* (Köln). Eine Vielzahl von westdeutschen Kolleginnen und Kollegen stellte sich in den Dienst der historischen Gemeinschaftsaufgabe. Aufschlussreich sind die Berichte der Notarkollegen *Karin Bencze* (Potsdam) und *Manfred Kolbe* (Naunhof), die als Abgeordnete der damaligen Volkskammer bzw. des Deutschen Bundestages, vor allem in der teilweise turbulenten Nachwendezeit, an parlamentarischen Entscheidungen beteiligt waren. Seine aktuelle Einschätzung vermitelt Kollege *Burkhard Lischka*, MdB (Magdeburg).

In Teil 2 der Festschrift (Wissenschaft) behandeln ausgewiesene Spezialisten wichtige Rechtsfragen, die noch heute von Bedeutung sind. In elf Beiträgen werden Probleme der Transformation des Liegenschaftsrechts, des Familien- und Erbrechts sowie Kostenfragen angesprochen. *Joachim Püls*, Präsident der Notarkammer Sachsen, referiert zukunftsweisend über die Entwicklung des Elektronischen Rechtsverkehrs. Besonders anschaulich ist der Erfahrungsbericht von *Chris-*

*tian Salzig*, der in den Jahren 1998-1999 als Referent für Wiedervereinigungsrecht beim Deutschen Notar-Institut in Würzburg tätig war und sodann neben seiner Notartätigkeit in Oschatz das Sonderrecht der neuen Bundesländer für das Deutsche Notar-Institut extern betreute. Das Deutsche Notar-Institut hatte schon bei seiner Gründung im Jahr 1993 ein eigenes Referat für dieses Arbeitsfeld eingerichtet und damit exemplarisch bewiesen, dass alle Institutionen des Berufsstandes den Aufbau des freiberuflichen Notariats und die Lösung aller komplizierten Rechtsprobleme im Gefolge des Einigungsvertrages aktiv begleiteten. Demgegenüber sind die schon im März 1990 konzipierten und ab September 1990 an sechs Standorten realisierten Fortbildungen für die Berufsanwärter mit umfassenden Arbeitsunterlagen durch das Fachinstitut für Notare (Bochum) nur am Rande erwähnt. Das gilt auch für die darauf aufbauenden vierwöchigen Einführungskurse des Bayerischen Notarvereins in Fischbachau.

Teil 3 (Institutionen und Einrichtungen) ist vorrangig der Ländernotarkasse gewidmet. Ihr langjähriger Vizepräsident *Klaus Mohnhaupt* (Stendal) bedankt sich für die tatkräftige Aufbauhilfe aus Bayern. 25 Jahre danach ist die Kasse als Solidareinrichtung fest verankert. Aktuelle Fragen stellen sich aufgrund der tendenziell sinkenden Zahl von Notarstellen. Die Sicherung der flächendeckenden und unabhängigen vorsorgenden Rechtspflege mit überall gleichwertigen notariellen Dienstleistungen wurde als Sinn und Zweck der Kassen-einrichtung durch alle angerufenen Gerichte in vollem Umfang bestätigt, wie *Gunter A. Schenckel* (Leipzig), 1995–2008 Präsident der Kasse, darlegt. *Thomas Renner*, seit 2008 Präsident der Ländernotarkasse und Spiritus Rector der Festschrift, widmet sich der Frage „Notariat und Staatssicherheit“. In seiner „Annäherung“ an das vielschichtige Thema stellt er fest, dass das Staatliche Notariat nicht im besonderen Fokus der Staatssicherheit gestanden habe und es deshalb zu wenigen Amtsenthebungen gekommen sei.

Einen plastischen Eindruck der Problembewältigung verschaffen die biographischen Notizen der zahlreichen Autoren in Teil 4 der Festschrift. Die Interviews und Erlebnisberichte über Empfindungen und Erfahrungen bei der Existenzgründung enthalten beeindruckende Zeugnisse über den umfassenden Neubeginn, sei es bei dem Wechsel aus dem staatlichen in das freie Notariat, bei der Niederlassung westdeutscher Anwaltskollegen als Notare in den neuen Ländern oder bei dem zupackenden Neustart von Notarassessoren aus dem Westen. Mehrere Kolleginnen beschreiben eindrucksvoll, welche besonderen Schwierigkeiten bei dem Übergang in den freien Beruf zu bewältigen waren. Die Frauenquote, die im Staatlichen Notariat 60% betrug, stieg zu Beginn des freiberuflichen Notariats zunächst leicht an und ist ab 2013 unter die Parität gesunken. Die Regensburger Kollegen *Karl Sauer* und *Hans Thalhammer* berichten anschaulich von ihrem praxisorientierten Einsatz als Patennotare. Auch dieses feingespinnene Netzwerk von persönlichem Kontakt und fachlichem und organisatorischem Austausch mit Kollegen aus ganz Westdeutschland war ein wichtiger Teil des Erfolgsrezepts für das neue freiberufliche Notariat.

Diese „andere Festschrift“ mit ihrer historischen Tiefe und persönlichen Bekenntnissen, die deutlich über gewöhnliche Selbstbeschreibungen hinausgehen, ist ein wertvolles Dokument für das ganze deutsche Notariat.

Notar a. D. Prof. Dr. *Hans-Ulrich Jerschke*, Stadtbergen

**Gottwald/Behrens: Grunderwerbsteuer, Handbuch für die Gestaltungs- und Beratungspraxis. 5. Aufl., Carl Heymanns, 2015. 624 S., 64 €**

1. Die Grunderwerbsteuer ist in der täglichen Handhabung eine schwierige Materie geworden. In früheren Zeiten galt sie als einfach zu überblickende Steuer. Sie betrug für Erwerbe bis zum 31.12.1982 7 %, allerdings mit zahlreichen Befreiungsvorschriften, ab dem 1.1.1983 dann 2 %, doch wurden dafür fast alle Befreiungsvorschriften gestrichen, mit der Folge, dass das Grunderwerbsteueraufkommen bei der niedrigeren Steuer höher war als zuvor. Durch das Jahressteuergesetz 1997 wurde der Steuersatz auf 3,5 % angehoben. Im Zuge der Förderalismusreform haben die Länder nunmehr gemäß Art. 105 Abs. 2a Satz 2 GG die Befugnis zur Bestimmung des Grunderwerbsteuersatzes; davon haben alle Bundesländer – außer Bayern und Sachsen – in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht. Kompliziert wurde die Grunderwerbsteuer allerdings im Wesentlichen durch gesetzgeberische Eingriffe, welche die Bemessungsgrundlage betrafen, insbesondere durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 19.3.1999. Die erste praxisbezogene, zusammenfassende Darstellung der neuen Rechtslage lieferte seinerzeit *Stefan Gottwald* in dieser Zeitschrift (MittBayNot 1999, 338). Dies war zugleich die „Sternstunde“ des Autors, dessen Werk jetzt in 5. Auflage vorliegt. Es wird nunmehr zusätzlich von Rechtsanwalt *Stefan Behrens* bearbeitet und trägt jetzt beider Namen im Titel (*Gottwald/Behrens*). Der Umfang hat gegenüber der Voraufgabe von 2013 (vgl. dazu die Rezension in MittBayNot 2013, 297) noch einmal um 152 Seiten zugenommen. Dies liegt nicht nur an der komplexer gewordenen Materie, sondern auch daran, dass der neue Mitautor *Behrens* ein Kapitel über Immobilienfonds eingefügt hat (Kapitel N).

2. Zielsetzung und Duktus des Buches haben sich nicht geändert. Es ist nach wie vor ein Werk, das sich an der Rechtsprechung und der Auffassung der Finanzverwaltung orientiert. Diese werden zwar von den Autoren durchaus kritisch beurteilt, insgesamt halten sie sich aber zurück, um den Leser nicht zu unsicheren steuerlichen Gestaltungen zu verleiten und um der Gestaltungs- und Beratungspraxis zuverlässige Richtlinien zu geben.

3. Inhaltlich haben sich Änderungen in der Kommentierung des § 1 Abs. 2a GrEStG und des § 1 Abs. 3 GrEStG ergeben, die durch die Rechtsprechung bedingt waren (vgl. etwa

Rdnr. 272.1 zur wirtschaftlichen Anteilszurechnung im Bereich des § 1 Abs. 2a GrEStG und Rdnr. 272.2 zur Gesetzesänderung bei § 1 Abs. 2a GrEStG infolge der Rechtsprechung zum mittelbaren Anteilsübergang). Bei § 1 Abs. 3a GrEStG (wirtschaftliche Anteilsvereinigung) stellt das Werk derzeit die ausführlichste und aktuellste Kommentierung dar, die am Markt erhältlich ist. Die Autoren haben zahlreiche neue Fallbeispiele eingearbeitet und sind auch auf die durch die Erlasse nicht beantworteten, offenen Fragen eingegangen (vgl. Rdnr. 366.1 ff.). Entsprechendes gilt für § 6a GrEStG bei den Befreiungsvorschriften (vgl. Rdnr. 583.1 ff.). Außerdem wurden die geänderte Rechtsprechung zum Tausch mit dem Bauträger im Bereich des § 16 GrEStG (vgl. Rdnr. 990 ff.) und die verschärften Anzeigepflichten der Beteiligten bzw. der Notare (Rdnr. 1043 ff.) kommentiert. Auch das Kapitel über die ertragsteuerliche Behandlung der Grunderwerbsteuer (vgl. Rdnr. 1071.1 ff.) wurde aufgrund der neueren Rechtsprechung aktualisiert. Leider konnte die Entscheidung des BVerfG (Beschluss vom 23.6.2015) zur Verfassungswidrigkeit der Ersatzbemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 2 GrEStG nicht mehr berücksichtigt werden. Dies ist aber der einzige Mangel an Aktualität.

4. In die Anhänge wurden die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Abgrenzung des Grundvermögens von den Betriebsvorrichtungen vom 5.6.2013 eingefügt. Dies ist hilfreich, da auf Betriebsvorrichtungen keine Grunderwerbsteuer anfällt. Als neuer Anhang 2 ist eine Übersicht der Verwaltungsanweisungen für den Verzicht auf die Unbedenklichkeitsbescheinigungen abgedruckt. Hier kann man für jedes Bundesland erkennen, bei welchen Vorgängen die Unbedenklichkeitsbescheinigung für den Grundbuchvollzug erforderlich ist und bei welchen nicht.

5. Auch die 5. Auflage des bewährten Handbuchs zur Grunderwerbsteuer ist nachdrücklich zu loben: *Gottwald* und *Behrens* verstehen es, den Leser durch die kompliziert gewordene Materie des Grunderwerbsteuerrechtes zu führen. Der Informationswert des Handbuchs hat sich durch die Mitarbeit des Co-Autors *Behrens*, insbesondere durch dessen Kapitel über die Investmentfonds, noch einmal erhöht; aber auch im Übrigen ist der Nutzwert des Handbuchs für die notarielle Gestaltungspraxis außerordentlich groß. Das Werk stellt eine verlässliche Orientierungshilfe für den Praktiker dar.

Notar a. D. Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*, Regensburg

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 117 Abs. 1 und 2, §§ 125, 146, 308 Nr. 1, § 311b Abs. 1 (*Keine Heilung durch Auflassung und Eintragung bei einem bereits erloschenen formnichtigen Angebot*)

1. **Ein auf den Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtigen Vertrags gerichtetes Angebot, das nicht notariell beurkundet und daher nichtig ist, kann, soweit es Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, zusätzlich aufgrund der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB als unwirksam anzusehen sein; außerdem erlischt es, wenn es nicht fristgerecht angenommen wird.**
2. **Wird ein bereits erloschenes formnichtiges Angebot auf Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtigen Vertrags angenommen, führen Auflassung und Eintragung in das Grundbuch nicht dazu, dass der Vertrag zustande kommt.**

BGH, Urteil vom 13.5.2016, V ZR 265/14

Im März 2006 entschloss sich der Kläger auf Vermittlung einer GmbH zum Kauf einer noch zu sanierenden Eigentumswohnung. Verkäuferin war eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafterin u. a. die Rechtsvorgängerin der Beklagten war. Vor der Beurkundung schlossen der Kläger und die Verkäuferin eine „Eigenprovisionsvereinbarung“, wonach dem Kläger von dem zu zahlenden Kaufpreis 13.004,64 € zustehen sollten. Hiervon sollten zunächst die Erwerbsnebenkosten bezahlt werden; einen Restbetrag von 7.315,11 € sollte der Kläger erhalten. Am 29.5.2006 gab der Kläger vor einem Notar (Streithelfer zu 1) ein „Angebot über einen Kauf- und Werkvertrag über eine Eigentumswohnung in einem zu sanierenden Altbau“ zum Preis von 81.279 € ab. Die Eigenprovisionsabrede ging daraus nicht hervor. In der Urkunde heißt es, dass der Käufer sich bis zum 4.7.2006 an das Angebot gebunden halte. Danach sollte das Angebot bis zu einem gegenüber einem anderen Notar (Streithelfer zu 2) zu erklärenden Widerruf des Käufers weitergelten. Am 16.6.2006 nahm der Kläger ein Darlehen über 81.200 € auf. Am 10.8.2006 nahm die Verkäuferin das Angebot an und erklärte – zugleich als Vertreterin des Klägers – die Auflassung. Der Kläger wurde als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Die auf Rückabwicklung des Vertrags gerichtete Klage hat in den Vorinstanzen im Wesentlichen Erfolg gehabt. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, wollen die Beklagte und ihre Streithelfer die Abweisung der Klage erreichen.

Das Berufungsgericht verneint das Zustandekommen eines Vertrags, weil das Angebot des Klägers spätestens mit Ablauf des 4.7.2006 erloschen und die Annahme der Verkäuferin erst nach diesem Zeitpunkt erfolgt sei. Das Angebot habe nicht widerrufen fortgegolten, weil die Fortgeltungsklausel eine gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung darstelle. Sie sei für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und gelte gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als von der Verkäuferin gestellt. Die Beklagte habe nicht beweisen können, dass die Klausel auf einer Individualvereinbarung beruhe. Sie habe schon nicht dargetan, dass die Klausel erörtert worden sei.

Dass die Eigenprovisionsabrede aus dem notariellen Vertrag nicht hervorgehe, wirke sich auf dieses Ergebnis nicht aus. Zwar führe die bewusst unrichtige Beurkundung einer der Beurkundungspflicht unterliegenden Vereinbarung dazu, dass der beurkundete Vertrag als Scheingeschäft gemäß § 117 BGB und der wirklich gewollte Vertrag wegen Formmangels gemäß § 125 BGB nichtig sei. Eine Heilung des Formmangels durch den Eigentümerwerb infolge der wirksamen Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB sei aber zu verneinen. Sie setze nämlich voraus, dass der verdeckte Vertrag zustande gekommen sei, woran es hier

fehle. Denn auch insoweit sei die mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbare Fortsetzungsklausel gewollt gewesen, da sie die Finanzierung habe sichern sollen.

Aus den Gründen:

#### II.

Die zulässige Revision hat keinen Erfolg. Die Annahme des Berufungsgerichts, ein Vertrag zwischen dem Kläger und der Verkäuferin sei nicht zustande gekommen und die Beklagte hafte in analoger Anwendung von § 128 HGB als Gesellschafterin der Verkäuferin für die Rückzahlung des Kaufpreises, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Lässt man im Ausgangspunkt die Eigenprovisionsabrede außer Acht, ist ein Vertrag nicht zustande gekommen.

a) Bei Annahme durch die Verkäuferin war die in dem Angebot des Klägers bestimmte Bindungsfrist bis zum 4.7.2006, die sich – regelmäßig und auch hier – mit der dem Empfänger für die Annahme des Angebots eingeräumten Frist (§ 148 BGB) deckt, verstrichen; denn die Annahme ist erst am 10.8.2006 erfolgt (vgl. nur Senat, Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rdnr. 8).

b) Die Erklärung, dass das Angebot nach dem 4.7.2006 bis zu einem Widerruf des Käufers weitergilt, führt nicht zu einer Fortgeltung des Angebots, weil diese Klausel gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

aa) Rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht die Klausel als von der Verkäuferin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung an.

(1) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich um einen Verbrauchervertrag. Weiter sieht es als erwiesen an, dass die Klausel nicht zur einmaligen Verwendung bestimmt gewesen (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB), sondern für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden ist (§ 305 Abs. 1 Satz 1, § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Zutreffend meint das Berufungsgericht deshalb, es sei Sache der Beklagten, ein Aushandeln im Einzelnen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB darzulegen und zu beweisen. Dies ergibt sich bei einem Verbrauchervertrag aus der in § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB vorgesehenen Beweislastverteilung (vgl. BGH, Urteil vom 15.4.2008, X ZR 126/06, BGHZ 176, 140 Rdnr. 14 m. w. N); das Urteil des BGH vom 17.2.2010, VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rdnr. 11, auf das sich die Beklagte stützt, um eine Individualvereinbarung herzuleiten, bezieht sich gerade nicht auf einen Verbrauchervertrag, sondern auf einen zwischen Privatleuten geschlossenen Vertrag.

(2) Dass das Berufungsgericht den Beweis als nicht geführt ansieht, ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die von der Beklagten erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und als nicht durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO).

bb) Als Allgemeine Geschäftsbedingung unterliegt die Klausel den Vorschriften über die richterliche Inhaltskontrolle (§§ 307-309 BGB) und wird als Vertragsabschlussklausel von § 308 Nr. 1 BGB erfasst. Die Bindungsfrist ist unangemessen lang im Sinne dieser Norm. Denn Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach denen das Angebot des anderen Teils unbefristet fortbesteht und von dem Verwender jederzeit angenommen werden kann (unbefristete Fortgeltungsklauseln),

sind auch dann mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar, wenn das Angebot – wie hier – nicht bindend, sondern widerruflich ist (st. Rspr., vgl. zu Kaufverträgen Senat, Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 ff.; Urteil vom 9.5.2014, V ZR 266/12, WE 2014, 118 f.; zu Bauträgerverträgen Senat, Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12, NJW 2014, 854 ff.; Urteil vom 17.1.2014, V ZR 5/12, NJW 2014, 857 ff.).

c) Infolgedessen war das Angebot im Zeitpunkt der Annahme gemäß § 146 BGB erloschen. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger die verspätete Annahmeerklärung der Verkäuferin, die gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot gilt, angenommen hat, sind nicht ersichtlich. Eine Annahme durch Schweigen kommt bei beurkundungsbedürftigen Grundstücksgeschäften nicht in Betracht. Die von dem anderen Teil zur Erfüllung vorgenommenen Handlungen wie etwa die Kaufpreiszahlung sind grundsätzlich nicht als schlüssige Annahmeerklärung auszulegen (näher Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 16 ff.; Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rdnr. 27).

2. Der Umstand, dass die vertraglich vereinbarte Eigenprovision aus der notariellen Urkunde nicht hervorgeht, ändert an diesem Ergebnis nichts.

a) Aufgrund der Eigenprovisionsabrede stellen die beurkundeten Erklärungen allerdings Scheingeschäfte dar. Der Beurkundungszwang für Verträge, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, erstreckt sich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft nach dem Willen der Parteien zusammensetzt. Er erfasst deshalb auch eine Abrede über die Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises, wie sie hier getroffen worden ist (vgl. Senat, Urteil vom 27.5.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, 2953 Rdnr. 6). Infolgedessen sind die notariell beurkundeten Willenserklärungen gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig, und es gilt gemäß § 117 Abs. 2 BGB das verdeckt Erklärte.

b) Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass die verdeckten Willenserklärungen abgesehen von dem Kaufpreis und der Eigenprovisionsabrede mit demselben Inhalt abgegeben wurden wie die beurkundeten Erklärungen, und zwar zeitgleich mit diesen.

aa) Zunächst gibt es keine Anhaltspunkte für die Annahme der Beklagten, die Fortgeltungsklausel sei kein Bestandteil der verdeckten Willenserklärungen, diese hätten also über Kaufpreis und Eigenprovisionsabrede hinaus einen anderen Inhalt als die beurkundeten Erklärungen. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass nach dem Parteiwillen die in dem beurkundeten Kaufangebot im Übrigen vorgesehene inhaltliche Gestaltung des Vertrags – wie beispielsweise die Regelung der Mängelansprüche – Inhalt sowohl des verdeckten Angebots als auch der verdeckten Annahme war. Infolgedessen ist die Fortgeltungsklausel gleichermaßen für das verdeckte Angebot als Allgemeine Geschäftsbedingung von der Verkäuferin gestellt worden; einer Beantwortung der von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufgeworfenen Frage, unter welchen Voraussetzungen Allgemeine Geschäftsbedingungen mündlich gestellt werden können, bedarf es nicht, weil die durch mündliche Absprache einbezogene Klausel in notariell beurkundeter Form vorlag (vgl. § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB).

bb) Ebenso wenig gibt es einen Hinweis darauf, dass die verdeckten Willenserklärungen zu einem von den Beurkundungsterminen abweichenden Zeitpunkt abgegeben wurden. Richtig ist zwar, dass der Abfassung des beurkundeten Angebots

eine Absprache der Parteien unter anderem über die Eigenprovision voranging; darin liegt das von § 117 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Einverständnis der Verkäuferin mit der zum Schein erfolgten Abgabe des Angebots. Anders als die Beklagte meint, erlaubt dies aber nicht den Rückschluss, dass der für einen Vertragsschluss erforderliche Rechtsbindungswille beider Parteien schon vor der Beurkundung des Angebots bestanden hätte. Im Zweifel wollte der Kläger sein verdecktes Angebot erst bei der Beurkundung am 29.5.2006 abgeben. Auch entbehrt die Behauptung der Beklagten, spätestens mit Abschluss des Darlehensvertrags am 16.6.2006 sei die verdeckte Annahme erfolgt, einer tatsächlichen Grundlage; der Rechtsbindungswille der Verkäuferin bestand hinsichtlich der verdeckten Annahme im Zweifel erst bei der am 10.8.2006 erfolgten Beurkundung.

c) Mit dem verdeckten Inhalt waren Angebot und Annahme jedoch formunwirksam (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB) und damit nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Ohne Erfolg wenden sich die Revisionsführer gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Vertrag sei nicht zustande gekommen und eine Heilung gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB sei trotz wirksamer Auflassung und Eintragung nicht eingetreten.

aa) Richtig ist allerdings, dass Angebot und Annahme ex nunc und damit gleichzeitig wirksam werden, sofern ein formnichtiger Vertrag gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB gültig wird (vgl. Senat, Urteil vom 27.5.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, 2953 Rdnr. 6). Hieraus folgern die Streithelfer, dass der Formmangel gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt worden sei, weil die erforderliche Willensübereinstimmung bei der Auflassung vorgelegen habe. Die verspätete Annahme habe sich wegen des Formmangels nicht ausgewirkt. Denn ein nichtiges Angebot könne ohnehin nicht – also auch nicht verspätet angenommen werden. Ebenso wenig könne es erlöschen.

bb) Diese Auffassung teilt der Senat nicht. Ein auf den Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtigen Vertrags gerichtetes Angebot, das nicht notariell beurkundet und daher nichtig ist, kann, soweit es Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, zusätzlich aufgrund der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB als unwirksam anzusehen sein; außerdem erlischt es, wenn es nicht fristgerecht angenommen wird.

(1) Im Ausgangspunkt schließen logische Gründe es nicht aus, dass ein nichtiges Angebot (auch) aufgrund der richterlichen Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist, oder dass ein nichtiges Angebot erlischt. Nach dem Verständnis der Streithelfer sind die formnichtigen Erklärungen – einem vernichteten realen Gegenstand vergleichbar – nicht existent. Aber wenn eine Willenserklärung nichtig ist, bedeutet dies nicht, dass sie nicht abgegeben worden ist. Vielmehr wird der Lebenssachverhalt von der Rechtsordnung mit den dafür vorgesehenen Rechtsfolgen als nichtig bewertet. Nach diesem normativen Verständnis kann derselbe Sachverhalt denklogisch noch anderen rechtlichen Bewertungen unterliegen, indem etwa mehrere Nichtigkeitsgründe zusammentreffen (vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. 1992, § 30 Rdnr. 1 und § 31 Rdnr. 6; *Herbert*, JZ 2011, 503, 506; *Schreiber*, AcP 211 (2011), 34, 40; *Lorenz*, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. 77, 78 f.). Dies entspricht der Vorstellung von sog. Doppelwirkungen im Recht (grundlegend *Kipp*, Festschrift v. Martitz, 1911, S. 211 ff.). Danach können unter anderem nichtige Willenserklärungen angefochten werden, was – jedenfalls im Ergebnis – heute allgemein anerkannt ist (vgl. Senat, Urteil vom 2.10.2009, V ZR 235/08, BGHZ 182, 307 Rdnr. 23;

*Staudinger/Roth*, 2015, § 142 Rdnr. 27 ff.; *Palandt/Ellenberger*, 75. Aufl. 2015, Vor § 104 Rdnr. 35; *Herbert*, JZ 2011, 503, 506; *Lorenz*, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. 77, 78; *Würdinger*, JuS 2011, 769, 771, jeweils m. w. N.; aus prozessualer Sicht Senat, Urteil vom 21.6.1955, V ZR 53/54, WM 1955, 1290 f. sowie BGH, Urteil vom 11.6.1992, IX ZR 255/91, BGHZ 118, 374, 380). Unter Berufung hierauf hat der BGH einen nichtigen Vertrag zugleich als widerruflich angesehen (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.2009, VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235 Rdnr. 18).

(2) Ob die Unwirksamkeit einer Willenserklärung (im Sinne einer sog. Doppelwirkung) aus mehreren rechtlichen Gründen eintritt, oder ob sich die in Betracht kommenden Unwirksamkeitsgründe gegenseitig ausschließen, richtet sich nach der Auslegung der jeweils maßgeblichen Normen, insbesondere nach der diesen zugrundeliegenden rechtlichen Wertung (vgl. *Kipp*, Festschrift v. Martitz, 1911, S. 211, 228 ff.; *Herbert*, JZ 2011, 503, 507 f.; *Würdinger*, JuS 2011, 769, 771). Hier ist davon auszugehen, dass die verdeckten Willenserklärungen mangels notarieller Beurkundung ohne Weiteres formnichtig sind (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 125 Satz 1 BGB). Entscheidend ist daher zunächst, ob eine formularmäßige unbefristete Fortgeltungsklausel auch dann gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist, wenn sie in einem formnichtigen Angebot enthalten ist, und wenn ja, ob das formnichtige Angebot gemäß § 146 BGB erlischt; beides bejaht der Senat.

(a) Nach Sinn und Zweck der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB ist diese Bestimmung auch auf formnichtige Allgemeine Geschäftsbedingungen anzuwenden. Die Gründe, aus denen – wie oben unter II.1. b) bb) ausgeführt – (formwirksame) unbefristete Fortgeltungsklauseln der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB selbst dann nicht standhalten, wenn das Angebot widerrufen fortbesteht, gelten gleichermaßen bei einem formnichtigen Angebot mit demselben Inhalt.

(aa) § 308 Nr. 1 BGB dient dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders vor den Nachteilen übermäßig lang andauernder Schwebezustände (vgl. Senat, Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rdnr. 20). Auf (formwirksame) unbefristete Fortgeltungsklauseln, bei denen das Angebot widerrufen fortbesteht, hat der Senat die richterliche Inhaltskontrolle erstreckt, obwohl der Antragende aufgrund der Widerrufsmöglichkeit nicht in gleicher Weise wie bei einem nach § 145 BGB bindenden Angebot in seiner Dispositionsfreiheit beschränkt ist. Dies hat der Senat damit begründet, dass die mit einer unbefristeten Fortgeltungsklausel für den Antragenden verbundenen Nachteile nicht annähernd ausgeglichen würden. Diese bestünden einmal darin, dass der Antragende möglicherweise auch sehr lange Zeit nach der Abgabe seines Angebots nicht wisse, ob der von ihm gewünschte Vertrag zustande komme oder nicht. Nachteilig für ihn sei es zudem, dass der Vertrag auch nach Monaten oder Jahren, also in einem Zeitpunkt, in dem der Antragende (selbst wenn er sein Angebot nicht widerrufen hat) das lange Schweigen des Angebotsempfängers auf sein Angebot regelmäßig als dessen Nichtannahme verstehen müsse, mit der Annahmeerklärung des Verwenders überrascht werden könne, die den (von dem Antragenden möglicherweise inzwischen nicht mehr gewünschten) Vertrag zustande bringe (Senat, Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rdnr. 24).

(bb) Diese Erwägungen sind auf eine formnichtige unbefristete Fortgeltungsklausel übertragbar. Nur vordergründig lässt sich dem entgegenhalten, dass der von § 308 Nr. 1 BGB vorausgesetzte, unangemessen lang andauernde Schwebe-

zustand nicht entstehen kann, wenn das Angebot ohnehin formnichtig ist. Richtig ist zwar, dass ein solches Angebot selbst nach der Annahme aufgrund der Formnichtigkeit frei widerruflich ist, solange die Auflassung nicht erfolgt ist (vgl. BGH, Urteil vom 21.9.1994, VIII ZR 257/93, BGHZ 127, 129, 134 f.; RGZ 54, 107, 109), und dass der Antragende auch ohne Widerruf nicht verpflichtet ist, an dem Erfüllungsgeschäft mitzuwirken. Dies macht die richterliche Inhaltskontrolle aber schon deshalb nicht entbehrlich, weil bei der gebotenen typisierenden Betrachtung nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Antragende die Formnichtigkeit erkennt und hieraus zutreffende rechtliche Schlüsse zieht. Infolgedessen kann er mit der Annahme auch eines formunwirksamen Angebots nach geraumer Zeit überrascht werden, was § 308 Nr. 1 BGB gerade verhindern soll. Wäre die Fortgeltungsklausel nicht (auch) nach dieser Bestimmung unwirksam, könnte der Formmangel durch Vornahme des Erfüllungsgeschäfts gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt werden. Dies könnte sogar ohne weiteres Zutun des Antragenden geschehen, wenn dieser – wie hier – entsprechende Vollmachten erteilt hat; aber auch wenn seine Mitwirkung an Auflassung und Eintragung erforderlich ist, müsste er sich der Formnichtigkeit bewusst sein, um zu erkennen, dass er aus Rechtsgründen zu – der Erfüllung des vermeintlich durch die Annahme zustande gekommenen Vertrags nicht verpflichtet ist.

(b) Gilt das Angebot nicht widerrufen weiter, ist es gemäß § 146 BGB mit Ablauf der gemäß § 148 BGB bestimmten Bindungsfrist erloschen. Es ist nicht ersichtlich, warum diese gesetzlich vorgeschriebene Rechtsfolge nicht eintreten sollte, wenn das Angebot (zusätzlich) formnichtig ist. Im Gegenteil erfüllen beide Unwirksamkeitsgründe nebeneinander jeweils spezifische Funktionen. Während § 146 BGB die Dispositionsfreiheit des Antragenden schützt, soll die Beurkundungspflicht Veräußerer und Erwerber vor übereilten Verträgen bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinweisen und ihnen die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung eröffnen (vgl. Senat, Urteil vom 25.3.1983, V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 153). Zudem unterscheiden sich die rechtlichen Folgen der Unwirksamkeit. Das Erlöschen des Antrags beseitigt nicht nur die Bindung des Antragenden nach § 145 BGB, sondern führt dazu, dass der Antrag nicht mehr angenommen werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 15 m. w. N.; ebenso für ein nicht bindendes Angebot Senat, Urteil vom 26.2.2016, V ZR 208/14, ZNotP 2016, 63 Rdnr. 21). Daher kann der Antragende einem erloschenen Angebot nur durch Bestätigung gemäß § 141 BGB oder durch eine Neuvornahme Rechtswirksamkeit verschaffen (vgl. Senat, Urteil vom 10.2.2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rdnr. 17 f.). Dagegen lässt sich der Formmangel unter den Voraussetzungen von § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB beheben.

cc) Wird – wie hier – ein bereits erloschenes formnichtiges Angebot auf Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtigen Vertrags angenommen, führen Auflassung und Eintragung in das Grundbuch nicht dazu, dass der Vertrag zustande kommt.

(1) Nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB wird ein „ohne Beachtung dieser (in § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB vorgeschriebenen) Form geschlossener Vertrag“ durch Auflassung und Eintragung „seinem ganzen Inhalt nach gültig“. Bereits aus dem Wortlaut folgt, dass nur ein geschlossener Vertrag gültig werden kann. Hierfür bedarf es einer Willensübereinstimmung, die im Zeitpunkt der Auflassung fortbestehen muss (vgl. Senat, Urteil vom 9.11.1979, V ZR 38/78, DNotZ 1980,

222, 224; BGH, Urteil vom 21.9.1994, VIII ZR 257/93, BGHZ 127, 129, 136 f.; jeweils m. w. N.). Dann bewirken Auflassung und Eintragung, dass an denselben Lebenssachverhalt andere Rechtsfolgen geknüpft werden, indem das im Übrigen unveränderte Verpflichtungsgeschäft mit Wirkung ex nunc insgesamt wirksam wird. War aber das Angebot – wie hier – im Zeitpunkt der Annahme erloschen, ist es zu der erforderlichen Willensübereinstimmung nicht gekommen.

(2) Dieses Ergebnis entspricht auch dem maßgeblichen Zweck des § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB, der in dem Gedanken der Erfüllung zu sehen ist. Einem (im Übrigen wirksam geschlossenen) Vertrag soll, nachdem die Verfügung erfolgt ist, allein wegen des Formmangels nicht weiterhin die Wirksamkeit versagt werden (vgl. grundlegend Senat, Urteil vom 8.10.2004, V ZR 178/03, BGHZ 160, 368, 370 ff.). Anerkanntermaßen erstreckt sich die Heilungswirkung daher nicht auf weitere Nichtigkeitsgründe, die dazu führen, dass die Rechtsordnung dem nunmehr formwirksamen Rechtsgeschäft die Wirksamkeit versagt, wie etwa die fehlende Geschäftsfähigkeit, Verstöße gegen §§ 134, 138 BGB oder das Fehlen erforderlicher Genehmigungen (vgl. Senat, Urteil vom 8.11.1968, V ZR 60/65, WM 1969, 163, 164; *Staudinger/R. Schumacher*, 2012, § 311b Rdnr. 312; *Erman/Grzizwotz*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 311b Rdnr. 79; jeweils m. w. N.). Ebenso wenig soll § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB bewirken, dass ein Vertrag entsteht, wenn die hierfür nach allgemeinem Vertragsrecht erforderlichen Voraussetzungen fehlen.

dd) Weil das Zustandekommen eines formunwirksamen Vertrags üblichen Regeln folgt, kommt – wie unter II.1 c) ausgeführt – eine Annahme der nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung durch Schweigen nicht in Betracht. Vergeblich berufen sich die Revisionsführer auf die Entscheidung des Senats vom 27.5.2011 (V ZR 122/10, NJW 2011, 2953 Rdnr. 14). Dort hat der Senat zwar ausgeführt, dass eine Vertragspartei, die die Eigentumsumschreibung fördert bzw. nicht verhindert, im Zweifel von dem Willen geleitet ist, den (formnichtigen) Vertrag so zu behandeln, als wäre er von Anfang an wirksam; dies bezog sich aber gerade nicht auf das (dort unzweifelhaft erfolgte) Zustandekommen des Vertrags, sondern auf die (von dem Senat verneinte) Frage, ob der Käufer mit dem Festhalten an dem Vertrag (durch Mitwirkung an dem Erfüllungsgeschäft) konkludent auf Mängelrechte verzichtet.

3. Die Rückforderung ist nicht gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Die Zahlung des falsch beurkundeten Kaufpreises verstößt für sich genommen nicht gegen die guten Sitten. Dies ergibt sich schon daraus, dass es möglich gewesen wäre, die Eigenprovisionsabrede durch Aufnahme in den notariellen Vertrag wirksam zu vereinbaren (vgl. Senat, Urteil vom 23.9.1983, V ZR 91/82, WM 1983, 1340, 1342; Urteil vom 17.12.1965, V ZR 115/63, WM 1966, 161, 162 f.).

4. Mit seiner Berufung auf die Unwirksamkeit der Klausel verstößt der Kläger nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Zwar hat er den höheren Kaufpreis möglicherweise beurkunden lassen, um die Gewährung eines den Kaufpreis übersteigenden Kredits zu ermöglichen. Als treuwidrig könnte sich ein solches Verhalten aber allenfalls gegenüber dem Kreditgeber erweisen, nicht jedoch im Verhältnis zu dem Verkäufer, mit dem die Eigenprovisionsabrede vereinbart worden ist.

(...)

2. WEG § 3 Abs. 2 Satz 1 (*Zur Sondereigentumsfähigkeit einer nicht überdachten Innenhoffläche*)

**Es kann Sondereigentum an einem nicht überdachten Innenhof begründet werden, der von Räumen umschlossen ist, die im Sondereigentum stehen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 5.1.2016, 15 W 398/15

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer des Grundbesitzes, der bislang im Grundbuch des AG Halle (Westf.) von W Bl. ... verzeichnet gewesen ist.

Mit notariell beurkundeter „Teilungserklärung nach § 8 WEG und Wohnungseigentumsübertragungsvertrag“ vom 16.3.2015 erklärte der Beteiligte zu 1 unter anderem, das Grundstück gemäß § 8 WEG in der Weise in Miteigentumsanteile aufzuteilen, dass mit jedem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung und nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen verbunden werde. Für die Aufteilung der Gebäude nahm er Bezug auf den der notariellen Urkunde beigefügten Aufteilungsplan nebst Abgeschlossenheitsbescheinigung. Er erklärte, zwei Wohnungs- und Teileigentumsanteile zu bilden, die er mit Nr. 1 und Nr. 2 bezeichnete. Weiter übertrag der Beteiligte zu 1 das Wohnungseigentum Nr. 1 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf den Beteiligten zu 2, seinen Sohn.

Der Aufteilungsplan sieht als Bestandteil der im Erdgeschoss gelegenen Sondereigentumsseinheit Nr. 1 einen nach oben offenen Innenhof vor, der vollständig von Räumen umschlossen ist, die dem Sondereigentum dieser Einheit zugerechnet sind. Das vorliegende Verfahren betrifft ausschließlich die Frage der Sondereigentumsfähigkeit dieses Innenhofes.

Der Urkundsnotar beantragte unter Vorlage einer Ausfertigung der notariellen Urkunde u. a. die Teilung des Grundbesitzes und die Umschreibung des Wohnungseigentums Nr. 1 auf den Beteiligten zu 2.

Mit Zwischenverfügung vom 26.3.2015 beanstandete das Grundbuchamt unter anderem die fehlende Abgeschlossenheit des Innenhofes, welche auch nicht ausdrücklich bescheinigt sei. Bei dem Innenhof handele es sich nicht um einen Raum.

(...)

*Aus den Gründen:*

## II.

(...)

2. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist auch begründet und führt daher zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung.

Die Beschwerde ist begründet, weil das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis für die beantragte Teilung des Grundbesitzes nicht besteht. Der Innenhof ist jedenfalls im vorliegenden Fall sondereigentumsfähig im Sinne des – über § 8 Abs. 2 Satz 1 BGB im Falle der Teilung durch einen Alleineigentümer entsprechend anwendbaren – § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG.

Sondereigentum kann gemäß § 3 Abs. 1 WEG nur an Wohnungen oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem Gebäude, nicht dagegen an Grundstücksflächen eingeräumt werden. Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG soll Sondereigentum nur eingeräumt werden, wenn die Wohnungen oder sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind. Dass § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG eine bloße „Soll-Vorschrift“ ist, bedeutet dabei nur, dass im Falle eines Verstoßes das eingetragene Wohnungseigentum weder nichtig noch anfechtbar ist (BGH, NJW 1990, 1111 mit Verweis auf die amtliche Begründung zu § 3 WEG, BR-Drucks. Nr. 75/1951; *Böttcher in Meikel*, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl. D Rdnr. 108; *von Oefele in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl. 2013, AT V Rdnr. 273).

Das Grundbuchamt hat bei der Eintragung die Sollvorschrift jedoch in gleicher Weise wie zwingende Vorschriften zu be-

achten (Böttcher, a. a. O.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 2856).

a) Der Innenhof soll nach den vorgelegten Unterlagen Bestandteil des Wohnungs- und Teileigentums Nr. 1 werden. Er wird zwar in Teil B der notariellen Urkunde – anders als beispielsweise der Garagen- bzw. Lagerraum – als solcher nicht erwähnt. Seine Zugehörigkeit zum Sondereigentum Nr. 1 ergibt sich aber durch die Bezugnahme auf die baubehördliche Abgeschlossenheitsbescheinigung des Kreises H vom 22.1.2015, in der wiederum auf den Aufteilungsplan und die darin vorgenommene Bezeichnung mit Ziffern verwiesen wird. Der Innenhof ist im Aufteilungsplan – wie sämtliche im notariellen Vertrag ausdrücklich dem Wohnungs- und Teileigentum Nr. 1 zugewiesenen Räume – mit der in einem Kreis stehenden Zahl 1 gekennzeichnet.

b) Der Innenhof ist angesichts der konkreten Gegebenheiten des vorliegenden Falles als sondereigentumsfähig gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG anzusehen.

Bei der Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG ist zu beachten, dass die Raumeigenschaft nicht mit der Frage der Abgeschlossenheit identisch ist (vgl. Grziwotz in Jennißen, Wohnungseigentumsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 5 WEG Rdnr. 10). Es handelt sich um zwei selbstständige, wenn auch je nach den Gegebenheiten des Falles einander ergänzende Tatbestandsmerkmale als Voraussetzungen der Sondereigentumsfähigkeit.

Raum ist der umbaute, also von Fußboden, Decke und Wänden umschlossene „lichte Raum“. Ein Raum ist ein kubisches, also nach Länge, Breite und Höhe abgrenzbares Gebilde (Then in Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 27). Der Raum im Sinne des WEG ist daher durch die Dreidimensionalität gekennzeichnet, wobei alle Wände von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität gekennzeichnet sein müssen und die Zugänge abschließbar sind (Schmidt in Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 5 WEG Rdnr. 8, 9).

Abgeschlossenheit ist dem Wortsinn nach dann gegeben, wenn der fragliche Bereich nicht ohne Weiteres zugänglich ist (vgl. GemSenat OGB, NJW 1992, 3290). Die Zusammenschau mit § 13 Abs. 1 WEG ergibt, dass das Erfordernis des Raumabschlusses nach § 3 Abs. 2 WEG seinen Grund darin findet, dass zum Sondereigentum – anders als bei schlichtem Miteigentum nach Bruchteilen – die alleinige Sachteil- und Raumherrschaft des Sondereigentums gehört. Dieser Herrschaftsbereich des Sondereigentums soll vermittels Abgeschlossenheit nach § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG sowohl klar und dauerhaft abgegrenzt als auch gegen widerrechtliches Eindringen tatsächlich abgeschirmt werden (GemSenat OGB, a. a. O.). Hierzu reichen feste, geschlossene Wände und verschließbare Zugänge aus (GemSenat OGB, a. a. O.).

Die vorstehenden Definitionen ergeben für den vorliegenden Fall, dass für die Einstufung des Innenhofes als sondereigentumsfähig gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG nicht etwa das Erfordernis der Abgeschlossenheit, sondern vielmehr die Frage der Raumeigenschaft vertiefter Betrachtung bedarf.

aa) Die für die beabsichtigte Zugehörigkeit des Innenhofes zum Wohnungs- und Sondereigentum notwendige Abgeschlossenheit im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG ist aufgrund der konkreten baulichen Gegebenheiten, wie sie sich aus den vorliegenden Plänen für den Innenhof ergeben, gegeben.

Der Innenhof kann ausschließlich durch Gebäudeteile betreten werden. Einen sonstigen bestimmungsgemäßen Zugang – beispielsweise durch einen Gang zwischen zwei Gebäu-

deußenwänden o. ä. – gibt es nicht, weil der Innenhof rundum ohne Lücke von Gebäudeteilen umgeben ist. Alle drei im Erdgeschoss liegenden Räume, aus denen ein Zugang in den Innenhof möglich ist – der große Lagerraum, das Kaminzimmer und das Elternschlafzimmer – gehören nach der Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan zum Sondereigentum der Einheit Nr. 1. Der Innenhof gehört aufgrund der baulichen Gegebenheiten somit ausschließlich zum Herrschaftsbereich des Wohnungs- und Teileigentums Nr. 1.

Dass der Innenhof nicht überdacht ist, rechtfertigt jedenfalls für den vorliegenden Fall für die Beurteilung der Abgeschlossenheit keine andere Beurteilung. Ein bestimmungsgemäßer Zugang aus den im Obergeschoss liegenden Räumen, die ausschließlich dem Wohnungseigentum Nr. 2 zugewiesen sind, ist nicht vorgesehen; es gibt weder eine Treppe noch einen Lift. Die Beurteilung der Abgeschlossenheit kann angesichts dieser Gegebenheiten nicht vom Vorhandensein eines Daches abhängig gemacht werden.

bb) Zwar bildet der nach oben offene Innenhof mangels Überdachung keinen Raum im oben dargestellten Wortsinn. Er ist nach den konkreten Gegebenheiten des zu beurteilenden Einzelfalles nach Auffassung des Senats aber gleichwohl sondereigentumsfähig.

Es erscheint von vornherein weder sachgerecht noch erforderlich oder auch nur angemessen, generell Innenhöfe für den Bereich der Geltung des WEG die Sondereigentumsfähigkeit abzuspochen. Hierfür gibt es weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Notwendigkeit.

Ziel des Wohnungseigentumsgesetzes ist es, durch die rechtliche Verselbständigung des Wohnungs- und Teilungseigentums gegenüber dem Miteigentum den Erwerb von Immobiliareigentum zu fördern. Hierzu ist das Wohnungseigentum dem Eigentum an einem Grundstück grundsätzlich gleich gestellt. Es besteht aus dem Sondereigentum und dem Miteigentum an dem Grundstück. Das Sondereigentum ist als Alleineigentum ausgestaltet, das aus der gemeinschaftlichen Berechtigung der Miteigentümer des Grundstücks gelöst ist (ganz allgemeine Meinung, zum Beispiel BGHZ 177, 338). Die sondereigentumsfähige Wohnung entspricht in ihrer rechtlichen Qualität – vom besonders intensivierten Nachbarschaftsverhältnis zu den anderen Sondereigentümern abgesehen – dem Einfamilienhaus. Das Sondereigentum bietet danach Schutz vor äußeren Einwirkungen aller Art, gleichgültig ob es sich um Einwirkungen der Natur handelt oder um Einwirkungen, die von Menschen ausgehen. Das Sondereigentum gewährleistet vor allem auch den Schutz der Privatsphäre (vgl. Staudinger/Rapp, 2005, WEG, § 5 Rdnr. 5).

Diese Zweckrichtung des Wohnungseigentumsgesetzes und die grundsätzliche Gleichstellung zwischen Wohnungseigentum einerseits und Eigentum an einem Grundstück andererseits erfordern und rechtfertigen es, dass nach Möglichkeit sowohl bei der architektonisch-gestalterischen Planung und Ausführung von Wohnungseigentumsanlagen als auch bei dem Inhalt des Sondereigentums als dem jeweiligen Wohnungseigentümer originär zugewiesenen Herrschaftsbereich Gleichwertigkeit gegenüber dem Alleineigentum besteht, soweit nicht die Erfordernisse des Gemeinschafts- und Miteigentums dagegen stehen. Vor diesem Hintergrund besteht keine zwingende Notwendigkeit, Innenhöfe in Wohnungseigentumsanlagen von vornherein und generell als nicht sondereigentumsfähig zu betrachten. Die Auffassung, dass geschlossene Innenhöfe aufgrund der gesetzlichen Vorschriften der § 1 Abs. 1, Abs. 3, § 3, § 5 Abs. 1 WEG nicht sondereigentumsfähig sein können, sondern immer zum Gemeinschaftseigentum gehören müssen, ist angesichts der Variabili-

tät von Eigentumswohnungsanlagen nicht sachgerecht. Denn Wohnungseigentumsanlagen können nicht notwendig nur in der Form von in der Höhe innerhalb eines Gebäudes aufeinander folgenden Etagenwohnungseinheiten errichtet werden, sondern anerkanntermaßen auch als in einer Ebene nebeneinander liegenden Gebäuden – sog. Mehrhausanlage (vgl. *von Oefele in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Auflage, AT V Rdnr. 78). Wenn in letzterem Fall die einzelnen Wohneinheiten Einfamilienhäuser sind und eines oder mehrere von ihnen im Atriumstil – also jeweils um einen geschlossenen Innenhof herum – errichtet werden, läge es von vornherein aufgrund dieser Art der baulichen Gestaltung nahe, den bzw. die Innenhöfe als genauso zum Sondereigentum zählend anzusehen wie die jeweils ihn umschließende Wohneinheit. Jedenfalls im Falle einer in einer Ebene errichteten Wohnungseigentumsanlage wäre es eine geradezu greifbare Verkomplizierung, wenn der Innenhof allein wegen der fehlenden Überdachung zwingend zum Gemeinschaftseigentum zählen müsste.

Es erscheint vielmehr angemessen und sachgerecht, jedenfalls für solche rundherum von Gebäudeteilen eingeschlossenen und nur aus einem Wohnungs- bzw. Teileigentum zugänglichen Innenhöfe die Sondereigentumsfähigkeit trotz fehlender Überdachung in gleicher Weise zu bejahen, wie es in der überwiegenden Rechtsprechung seit längerem für Balkone (vgl. nur OLG München, FGPrax 2011, 181), für Dachterrassen (LG München, Rpfleger 1969, 245; OLG Frankfurt, Rpfleger 1975, 178; OLG Köln, Rpfleger 1976, 185; LG Schwerin, ZMR 2009, 401) und in Teilen der Rechtsprechung sogar für ebenerdige Terrassen (vgl. OLG Frankfurt, a. a. O.; KG, FGPrax 2015, 107; ablehnend aber OLG Köln, Rpfleger 1982, 278; LG Landau, NJW-RR 2011, 1029; vgl. auch OLG Düsseldorf, FGPrax 2009, 151) mittlerweile der Fall ist. Dabei ist der jeweilige rechtliche Ansatz unterschiedlich: Teilweise wird die Raumeigenschaft ohne nähere Begründung ausdrücklich bejaht (beispielsweise OLG Frankfurt, a. a. O.; vgl. auch in einem obiter dictum BGH, NJW 1985, 1551). Teilweise wird unter Verweis auf die Regeln der Zuordnung der Gebäudeteile zum Gemeinschafts- oder Sondereigentum gemäß § 93f BGB, § 5 WEG darauf abgestellt, dass bei Balkonen, Dachterrassen u. ä. nur der jeweils nutzbare Innenbereich, nicht aber die konstruktiven Bauteile zum Sondereigentum gehöre (LG München, a. a. O.; OLG Köln, Rpfleger 1976, 185; vgl. auch OLG München, FGPrax 2011, 281). Andere Gerichte stellen darauf ab, dass im Falle der alleinigen Erreichbarkeit durch die im Sondereigentum stehende Wohnung der Balkon bzw. die Dachterrasse „die räumliche Abgeschlossenheit der mit ihr verbundenen Sondereigentumseinheit teilt“ (LG Schwerin, a. a. O.).

In der Literatur wird demgegenüber die Sondereigentumsfähigkeit von Balkonen, Loggien, Dachterrassen und Terrassen insgesamt skeptischer gesehen, wobei insbesondere auf die fehlende Raumeigenschaft abgestellt wird (vgl. zum Beispiel – gänzlich ablehnend – *Staudinger/Rapp*, 2005, WEG, § 5 Rdnr. 7; differenzierend *Grziwotz in Jennißen*, Wohnungseigentumsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 5 WEG Rdnr. 68; bejahend dagegen *Zimmer in Jennißen*, Wohnungseigentumsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 3 WEG Rdnr. 24 a).

Der Senat erachtet unter Berücksichtigung der oben dargestellten Zielrichtung des WEG die Auffassung für vorzugswürdig, dass die fehlende Überdachung der Anerkennung der Sondereigentumsfähigkeit eines von Sondereigentumsräumen umschlossenen Innenhofes nicht entgegen steht. Die unmittelbare räumliche Zuordnung des Innenhofes lässt diesen bei lebensnaher Betrachtung ohne Weiteres als Bestandteil des Sondereigentums der ihn umgebenden Räume erscheinen. Die räumliche Zuordnung zum Bereich des Son-

dereigentums ist bei einem so gestalteten Innenhof sogar noch näher als bei Balkonen oder vertikal abgegrenzten Dachterrassen, deren Sondereigentumsfähigkeit in der Rechtsprechung anerkannt ist. Ist diese eindeutige räumliche Zuordnung bei Balkonen und Dachterrassen der maßgebende Grund, von der vollständigen Raumbildung als Voraussetzung der Sondereigentumsfähigkeit abzusehen, besteht kein überzeugender Grund, eine bauliche Ausgestaltung eines umschlossenen Innenhofes rechtlich abweichend zu bewerten. Den dargestellten Zwecken des Wohnungseigentumsrechtes wird bei dieser Beurteilung Rechnung getragen. Die Abgrenzung des räumlichen Bereichs des Sondereigentums und dessen Schutz bleiben eindeutig gewährleistet. Die Vorstellung, der Bereich eines umschlossenen Innenhofes müsse wegen der unvollständigen Raumbildung allein aus begrifflichen Gründen notwendig im Gemeinschaftseigentum verbleiben, würde aus Sicht des Senats zu einer künstlich wirkenden Betrachtung führen, die ohne zwingenden wohnungseigentumsrechtlichen Anlass den künftigen Eigentümer der Sondereigentumseinheit Nr. 1 im Gegensatz zu den tatsächlichen räumlichen Verhältnissen von der Nutzung des Innenhofes in der rechtlichen Eigenschaft eines Sondereigentümers ausschließt und ihn lediglich auf die Möglichkeit des Erwerbs eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts beschränkt, die im Rahmen der Gemeinschaftsordnung durch die Vereinbarung eines Sondernutzungsrechts noch ausgestaltet werden könnte (§ 10 Abs. 2 WEG).

(...)

#### Anmerkung:

Das Recht des Wohnungseigentums ist die Umsetzung von Architektur in rechtliche Gestaltungen. Da der Fantasie der Architekten (scheinbar) keine Grenzen gesetzt sind, steht auch das Wohnungseigentum permanent vor neuen Herausforderungen. Mit einer solchen hatte sich das OLG Hamm in seinem Beschluss vom 5.1.2016 zu befassen:

Eine Wohnungseigentumsanlage, bestehend aus lediglich zwei Einheiten, ist in geschlossener Bauweise rechteckig auf dem Baugrundstück angelegt. Demnach besteht ein Innenhof, der lediglich von der im Erdgeschoss gelegenen Einheit Nr. 1 aus betreten werden kann. Der Grundstückseigentümer hatte mit seinem Miteigentumsanteil am Grundstück neben den erdgeschossigen Räumen der Einheit Nr. 1 auch den Innenhof als Sondereigentum verbunden. Das Grundbuchamt hatte die Sondereigentumsfähigkeit des Innenhofes verneint und deshalb die entsprechende Eintragung abgelehnt. Auf die Beschwerde des Eigentümers hin hat das OLG Hamm mit dem hier zu besprechenden Beschluss die Sondereigentumsfähigkeit des Innenhofes anerkannt und das Grundbuchamt zu dementsprechender Eintragung angewiesen.

1. Nach § 5 Abs. 1 WEG sind Gegenstand des Sondereigentums „die gemäß § 3 Abs. 1 bestimmten Räume“ sowie, unter weiteren einschränkenden Voraussetzungen, „die zu diesen Räumen gehörenden Bestandteile des Gebäudes“. Letzteres scheidet hier zur Begründung der Sondereigentumsfähigkeit des Innenhofes offensichtlich aus: Der unbebaute Innenhof ist kein Bestandteil des Gebäudes. Sondereigentumsfähigkeit kann deshalb nur angenommen werden, wenn es sich bei dem Innenhof um einen Raum handelt. Das OLG (Ziffer II. 2. lit. b) definiert dabei den Raum als den umbauten, also von Fußboden, Decke und Wänden umschlossenen „lichten Raum“. Es sieht danach zutreffend, dass der Innenhof mangels Überdachung kein Raum in diesem natürlichen Verständnis ist (Ziffer II. 2. lit. b, bb), gleichwohl hält es ihn für sondereigentumsfähig.

Da drängt sich vom Wohnungseigentum her eine Frage auf. Das Sondereigentum an Räumen ist gegenständlich begrenzt. Es grenzt entweder an gemeinschaftliches Eigentum oder an das Sondereigentum eines anderen Wohnungseigentümers an. Wo fängt das Sondereigentum am Innenhof an und wo hört es auf? Darf dieser Sondereigentümer unterhalb der Innenhoffläche ein Bauwerk errichten oder dieselbe mit einer oberirdischen baulichen Anlage versehen? Der behördlich bestätigte Aufteilungsplan gibt hierzu keine Auskunft, da er lediglich die im Sondereigentum und im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden „Gebäudeteile“ ersichtlich macht (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG). Die Eintragung des Innenhofes als Sondereigentum verstößt deshalb gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz mit der Folge der Unwirksamkeit.<sup>1</sup>

2. Das OLG vergleicht alsdann das Wohnungseigentum mit dem Eigentum an einem Grundstück, wobei es das Sondereigentum zutreffend als Alleineigentum charakterisiert (Ziffer II. 2. lit. b, bb). Das Sondereigentum biete danach Schutz vor äußeren Einwirkungen, aller Art, gleichgültig, ob es sich um Einwirkungen der Natur handelt oder um Einwirkungen, die von Menschen ausgehen. Das Sondereigentum gewährleiste vor allem auch den Schutz der Privatsphäre. Der Raum hat also eine Schutzfunktion zugunsten des einzelnen Wohnungseigentümers, aber auch zugunsten aller anderen Wohnungseigentümer, weil er erst durch die ihn umgebenden Trennwände ein individuelles Privatleben einer Vielzahl von Personen in einem Gebäude ermöglicht. Durch das Erfordernis der Abgeschlossenheit wird dieses Ergebnis noch verstärkt.

Der nach oben offene Innenhof gibt weder einen Schutz vor äußeren Einwirkungen, noch ist die Privatsphäre seiner Nutzer gewährleistet, da von der im Obergeschoss gelegenen Einheit Nr. 2 der Bereich einsehbar ist. Er kann auch nicht wie ein natürlicher Raum genutzt werden, da dies mit unzumutbaren Einwirkungen auf andere Sondereigentumseinheiten verbunden sein kann. Das Ergebnis des OLG ist in sich widersprüchlich:

Es geht zwar davon aus, dass der Innenhof kein Raum ist, dass er gleichwohl wie ein Raum zu behandeln ist, jedoch nicht wie ein Raum benutzt werden darf.

3. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch eine systematische Auslegung des Gesetzes. Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG gelten „Garagenstellplätze“ als abgeschlossene Räume, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierungen ersichtlich sind. Die Vorschrift fingiert hierbei nicht nur die Abgeschlossenheit, sondern auch die Raumeigenschaft.<sup>2</sup> Die Ausgangslage ist durchaus mit dem Fall des Innenhofes vergleichbar:

Hier wie dort handelt es sich nicht um einen Raum, sondern, wie in § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG so ausdrücklich bezeichnet, um eine „Fläche“. Der Gedanke des Gesetzes besteht darin, dass bei Garagenstellplätzen die Schutzfunktion des Raumes nur eine untergeordnete bis gar keine Bedeutung hat. Der Schutz vor äußeren Einwirkungen ist hier zwar angenehm, jedoch nicht begriffsnotwendig; der Schutz der Privatsphäre ist bedeutungslos, da sich das Leben des Menschen nicht in der Garage vollzieht. Das Gesetz bringt damit zum Ausdruck, dass für die Sondereigentumsfähigkeit auf die Schutzfunktion des Raumes verzichtet werden kann, wenn diese für die zweckentsprechende Benutzung des Sondereigentums nicht erforderlich ist. So ist es beim Garagenstellplatz; genau umgekehrt ist es beim nach oben offenen Innenhof. Bei seiner

<sup>1</sup> Hügel/Elzer, Wohnungseigentumsgesetz, 2015, § 3 Rdnr. 68.

<sup>2</sup> Hügel/Elzer, Wohnungseigentumsgesetz, § 3 Rdnr. 58; Staudinger/Rapp, WEG, 2005, § 3 Rdnr. 20.

Benutzung fehlen alle Elemente, die das Sondereigentum charakterisieren.

4. Der Beschluss des OLG Hamm betrifft nicht nur den entschiedenen baulichen Sonderfall. Die identische Problematik tritt, wie der Senat zutreffend darstellt (Ziffer II. 2. lit. b, bb), auch bei Balkonen, Dachterrassen und ebenerdigen Terrassen auf. Auch diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass die Rechtsprechung teilweise Sondereigentumsfähigkeit annimmt, obwohl kein Raum besteht. Richtigerweise liegt sowohl in dem entschiedenen Falle als auch bei den anderen Beispielen aus der Rechtsprechung stets Gemeinschaftseigentum vor. Die alleinige Nutzung durch einen Wohnungseigentümer kann durch ein Sondernutzungsrecht gesichert werden. Bei entsprechender Grundbucheintragung handelt es sich dann, entgegen der Bemerkung des OLG (Ziffer II. 2. lit. b, bb), nicht nur um ein schuldrechtliches Nutzungsrecht.

Notar a. D. Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

3. WEG § 12 Abs. 1; GBO § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1 (*Erbaueinandersetzung und „Verwandtenprivileg“ in der Veräußerungszustimmung*)

1. **Bedarf nach der Teilungserklärung gemäß § 12 Abs. 1 WEG die Veräußerung von Wohnungseigentum der Zustimmung der Wohnungseigentümer oder Dritter (etwa des Verwalters), dann gilt dies auch für die Überlassung und Auflassung des der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand zustehenden Wohnungseigentums an eines ihrer Mitglieder (im Anschluss an BayObLG, Rpfleger 1982, 177).**
2. **Das Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG wird grundsätzlich auch dann ausgelöst, wenn der Erwerber als Miterbe bereits der Wohnungseigentümergeinschaft angehört (im Anschluss an BayObLG, Rpfleger 1982, 177; KG, NZM 2012, 317 = MDR 2011, 718; OLG Karlsruhe, NZM 2013, 196 = ZWE 2012, 490).**
3. **Sieht die Teilungserklärung eine Ausnahme von diesem Zustimmungserfordernis für Veräußerungen an Verwandte bestimmten Grades des Veräußerers vor, dann greift diese Ausnahme auch dann, wenn das erwerbende Mitglied zu den übrigen Mitgliedern der Miterbengemeinschaft diesen Verwandtschaftsgrad aufweist.**

OLG Nürnberg, Beschluss vom 31.8.2015, 15 W 788/15

1. Im Grundbuch (Wohnungsgrundbuch) des AG Nürnberg sind H. V. B., P. O. B. und E. M. B. in Erbengemeinschaft als Eigentümer des 12,59/1000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück S., K., verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Haus B/I, I. Obergeschoss Mitte samt Keller- und Bodenabteil, Aufteilungsplan Nr. 31, eingetragen.

Mit notariellem Erbaueinsetzungsvertrag vom 20.1.2015 veräußerten H. V. B., P. O. B. und E. M. B. in Erbengemeinschaft zum Zweck der Erbaueinsetzungsvertrag vorgenannte Eigentumswohnung zum Alleineigentum an E. M. B. (die Tochter des H. V. B. und Schwester des P. O. B.). Die Vertragsparteien erklärten, über den Eigentumsübergang auf den Erwerber im angegebenen Berechtigungsverhältnis einig zu sein und erteilten dem Notar die unwiderrufliche und unbedingte Vollmacht, die Eintragungsbewilligung wegen des Eigentumsübergangs abzugeben. Die Urkunde wurde am 4.2.2015 zum Vollzug vorgelegt.

2. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung vom 27.3.2015 beanstandete das Grundbuchamt das Fehlen einer gemäß § 12 Abs. 1

WEG erforderlichen Zustimmung des Verwalters und setzte eine Frist bis 27.4.2015 zur Behebung des Hindernisses.

3. Gegen diese am 2.4.2015 zugestellte Zwischenverfügung legte der Urkundsnotar namens der Erwerberin mit Schreiben vom 20.4.2015, bei Gericht eingegangen am 21.4.2015, Beschwerde ein. Er wies darauf hin, dass die beantragte Eintragung aufgrund der Ausnahme in der Teilungserklärung vom 28.1.1970 (wonach das Zustimmungserfordernis des Verwalters nicht besteht für eine Veräußerung unter anderem an den Ehegatten des Veräußerers oder an Personen, die mit ihm in gerader Linie verwandt sind oder Verwandte 2. Grades in der Seitenlinie) auch ohne Zustimmung des Verwalters vorzunehmen sei.

4. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...)

a) Allerdings geht das Grundbuchamt zu Recht davon aus, dass das dem beantragten Eigentumsübertragung zugrundeliegende Rechtsgeschäft eine Veräußerung im Sinne des § 12 Abs. 1 WEG darstellt. Unter Veräußerung von Wohnungseigentum ist dessen rechtsgeschäftliche Übertragung unter Lebenden zu verstehen. Hierunter fällt auch die Überlassung und Auflassung des der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand zustehenden Wohnungseigentums an eines ihrer Mitglieder (vgl. BayObLG, Rpfleger 1982, 177).

Das auf der Grundlage des § 12 Abs. 1 WEG in einer Teilungserklärung angeordnete Zustimmungserfordernis bei Veräußerungen von Wohneigentum beschränkt den betroffenen Wohnungseigentümer in seiner Verfügungsbefugnis und stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 137 Satz 1 BGB dar, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht üblicherweise nicht eingeschränkt werden kann. Als rechtlich zulässige Ausnahme von diesem Grundsatz ist die vereinbarte Verfügungsbeschränkung eng und nicht weiter auszulegen, als es Sinn und Zweck erfordert (OLG Karlsruhe, ZWE 2012, 490 Rdnr. 5 nach juris m. w. N. zur Rspr. und Literatur). Der Zweck der durch § 12 WEG für die Gemeinschaft eröffneten Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Veräußerung des einzelnen Wohnungseigentums besteht nach allgemeiner Auffassung darin, die Gemeinschaft vor dem Eindringen wirtschaftlich oder persönlich ungeeigneter Erwerber zu schützen. Dies gilt auch bei der Veräußerung an einen unzuverlässigen Erwerber, der bereits Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist, weil dieser mit dem Hinzuerwerb weiterer Miteigentumsanteile zusätzliche Lasten- und Kostentragungspflichten übernimmt und erweiterten Einfluss auf die Beschlussfähigkeit und auf Abstimmungsergebnisse gewinnt (BayObLG, Rpfleger 1982, 177; KG, MDR 2011, 718 Rdnr. 5 nach juris; OLG Karlsruhe, ZWE 2012, 490 Rdnr. 5).

In Übereinstimmung mit dem dargelegten Sinn und Zweck der vereinbarten Verfügungsbeschränkung wird somit durch die rechtsgeschäftliche Übertragung des Wohnungseigentums das Zustimmungserfordernis grundsätzlich auch dann aufgelöst, wenn der Erwerber als Miterbe bereits der Wohnungseigentümergeinschaft angehört (BayObLG, Rpfleger 1982, 177; KG, MDR 2011, 718 Rdnr. 5 nach juris; OLG Karlsruhe, ZWE 2012, 490 Rdnr. 5 und – zu Ausnahmen – Rdnr. 7 nach juris).

b) Vorliegend greift jedoch die in der Teilungserklärung enthaltene Ausnahme, wonach das Zustimmungserfordernis des Verwalters nicht besteht für eine Veräußerung unter anderem an den Ehegatten des Veräußerers oder an Personen, die mit ihm in gerader Linie verwandt sind oder Verwandte 2. Grades in der Seitenlinie. Dies ist der Fall.

Da die Erbengemeinschaft kein eigenes Rechtssubjekt darstellt und als solche nicht rechtsfähig ist (vgl. ausführlich BGH, NJW 2002, 3389 Rdnr. 11 ff. nach juris), erfolgte die der beantragten Eigentumsübertragung zugrundeliegende Veräußerung der im Nachlass befindlichen Eigentumswohnung ebenso wie die Einigung über den Eigentumsübergang nicht zwischen der Erbengemeinschaft als solcher und der Erwerberin, sondern zwischen sämtlichen Mitgliedern der Erbengemeinschaft und der Erwerberin (s. auch BGH, NJW 2002, 3389 Rdnr. 16 nach juris). Erwerberin ist E. M. B. als Verwandte in gerader Linie (Tochter) des Veräußerers H. V. B. und als Verwandte 2. Grades in der Seitenlinie (Schwester) des Veräußerers P. O. B. Damit liegt der in der Teilungserklärung beschriebene Ausnahmefall der Veräußerung an Verwandte bestimmten Grades vor, der keiner Zustimmung des Verwalters bedarf. Es kommt somit nicht darauf an, dass die unter 1. a) genannten wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen für eine Zustimmungsbedürftigkeit des Verwalters auch hier greifen können. Denn das Zustimmungserfordernis entfällt unabhängig hiervon bereits wegen des genannten Verwandtschaftsverhältnisses.

(...)

4. BGB §§ 168, 675, 1626a Abs. 1 Nr. 1 (*Den Vertrags-erben beeinträchtigende Schenkung aufgrund transmortaler Vorsorgevollmacht*)

- Aufgrund einer transmortalen Vorsorgevollmacht erwirbt der Bevollmächtigte auch die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht über zum Nachlass gehörendes Vermögen des verstorbenen Vollmachtgebers in Vertretung des bzw. der Erben zu verfügen.**
- § 2287 BGB schließt diese Verfügungsbefugnis nicht aus. (Leitsätze der Schriftleitung)**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15

In Abt. I des betroffenen Grundbuchs ist seit dem ... 1.2013 B2 aufgrund des Erbscheins des AG Limburg a. a. Lahn vom 17.1.2013 als Alleineigentümer eingetragen, nachdem er zuvor mit seiner am ... 2012 verstorbenen Ehefrau B1 als Miteigentümer zu je 1/2 eingetragen war. Am 3.8.2008 hatten die Eheleute B ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich zu alleinigen Vollerben des jeweils erstverstorbenen Ehegatten und zum Erben des Letztversterbenden die A-Stiftung eingesetzt hatten. Dieses Testament ist laut Protokoll des Nachlassgerichts am 11.12.2014 nach dem Tod des am ... 2014 verstorbenen B2 vom Nachlassgericht eröffnet worden.

Mit am 9.12.2014 beim Grundbuchamt eingegangenem Antrag vom 8.12.2015 hat der Notar C, O1, die erste Ausfertigung seiner Urkunde vom 18.11.2014 nebst steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigungen vom 3.12.2014 vorgelegt und gemäß § 15 GBO die Wahrung der in der Urkunde gestellten Anträge beantragt.

Die Urkunde von 18.11.2014 hat einen Grundstücksübergabevertrag mit Auflassung zum Gegenstand, wobei das betroffene Grundstück von dem derzeit noch eingetragenen Eigentümer B2 auf die Antragstellerin zu 1 und ihre beiden minderjährigen Kinder, die Antragsteller zu 2 und 3, zu je 1/3 Anteil übergehen soll. Dabei handelte die Antragstellerin zu 1 aufgrund einer notariellen Vollmacht des eingetragenen Eigentümers vom 3.11.2014 des Urkundsnotars unter Vorlage der ihr erteilten Ausfertigung.

Aufgrund einer Zwischenverfügung vom 12.12.2014 hat der Urkundsnotar die dritte Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vom 3.11.2014 vorgelegt sowie öffentlich beglaubigte Urkunden über die gemeinsame Sorge gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB für die Antragsteller zu 2 und 3 sowie beglaubigte Abschriften der Geburtsurkunden und Vaterschaftsanerkenntnisse.

In der zur Urkunde des Urkundsnotars am 3.11.2014 protokollierten Vollmacht nebst Betreuungsverfügung hat Herr B2 erklärt, er möchte für den Fall einer künftig eintretenden Betreuungsbedürftigkeit eine Vollmacht erteilen, wobei jedoch die Wirksamkeit der Vollmachtserteilung und die Befugnisse des Bevollmächtigten nicht davon abhängig sein sollten, dass ein Fall von Betreuungsbedürftigkeit tatsächlich vorliege. Weiter hat der Vollmachtgeber erklärt, er bevollmächtigte die Antragstellerin zu 1 und Herrn D und zwar in der Weise, dass jeder der Bevollmächtigten befugt sei, ihn in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, soweit dies gesetzlich zulässig sei, gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Die nachfolgende Aufzählung der Befugnisse des Bevollmächtigten stelle keine Einschränkung der Vollmacht gegenüber dem vorbeschriebenen Umfang dar, sondern diene lediglich der Erläuterung und Verdeutlichung. Im vermögensrechtlichen Bereich erstreckte sich die Vollmacht auf alle Vermögens-, Renten-, Kranken-, Pflegeversicherungs-, Sozialhilfe-, Steuer- und sonstigen Rechtsangelegenheiten in jeder erdenklichen Richtung, insbesondere darauf, (...) Grundbesitz zu erwerben, zu veräußern und zu belasten sowie den Grundbesitz der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Weiter enthält die Vollmacht die Befugnis des Bevollmächtigten, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen und rechtserhebliche Erklärungen abzugeben. Die Vollmacht sollte durch den Tod des Vollmachtgebers nicht erlöschen, ebenfalls nicht durch seine Geschäftsunfähigkeit. Der Vollmachtgeber behielt sich aber vor, diese Vollmacht jederzeit zu widerrufen. Solange der Bevollmächtigte oder derjenige, demgegenüber der Bevollmächtigte handle, im Besitz einer Ausfertigung dieser Vollmacht sei, gelte ein Widerruf nicht als erfolgt.

Mit der weiteren, jetzt angefochtenen Zwischenverfügung vom 30.12.2014 hat der Grundbuchrechtspfleger die Einreichung der Genehmigungserklärung(en) des bzw. der Erben nebst Erbnachweis in grundbuchmäßiger Form verlangt. Zur Begründung wird unter Zitierung eines Aufsatzes von *Grunewald* (ZEV 2014, 579) ausgeführt, nach dem Tod des Eigentümers führe die Ausnutzung der vorliegenden transmortalen Vollmacht zur Vertretung des bzw. der Erben. Der Vollmachtnehmer sei gemäß dem der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnis auf die Interessen des bzw. der Erben verpflichtet. Der transmortal Bevollmächtigte habe bei dem bzw. den Erben rückzufragen, wenn er vom Todesfall wisse und die Rückfrage im Interesse des bzw. der Erben liege. Dies sei der Fall, wenn – wie vorliegend – Schenkungen abgewickelt werden sollten.

Außerdem sei nicht ersichtlich, ob der betroffene Grundbesitz vermietet sei und daher mangels lediglich rechtlichen Vorteils die Bestellung eines Ergänzungspflegers und dessen Genehmigung erforderlich sei.

Gegen die Zwischenverfügung vom 30.12.2014 richtet sich die Beschwerde der Antragsteller vom 23.1.2015, mit der geltend gemacht wird, nach der herrschenden Meinung sei der Vollmachtgeber (richtig: der Bevollmächtigte) nicht gehindert, aufgrund der Vollmacht des Erblassers zu handeln, solange der oder die Erben die Vollmacht nicht widerrufen haben, was nicht geschehen sei. Auch liege kein eindeutiger Vollmachtsmissbrauch vor, vielmehr entspreche der Übertragungsvertrag dem Interesse und den Intentionen des Erblassers. Daher erübrige sich eine Rückfrage und Einholung der Einwilligung der Erben. Das betroffene Objekt sei nicht vermietet.

(...)

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde der Antragsteller, über die nach der hier erfolgten Nichtabhilfe gemäß § 75 GBO das OLG zu entscheiden hat, ist zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO).

Die Beschwerde hat in der Sache auch Erfolg, da die angefochtene Zwischenverfügung nicht gerechtfertigt ist.

Zunächst zutreffend ist das Grundbuchamt davon ausgegangen, dass es vor dem Vollzug einer Eintragung, die von einem Bevollmächtigten bewilligt worden ist, die Wirksamkeit und den Umfang seiner Vollmacht selbstständig zu prüfen hat, auch wenn der Urkundsnotar die Vollmacht für ausreichend angesehen hat (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 19

Rdnr. 74.1 m. w. N.). Für die Auslegung einer Vollmacht gelten generell die für Grundbucheintragungen aufgestellten Grundsätze. Es ist also auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie es sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (OLG München, FGPrax 2006, 101). Bei der Anwendung dieser Grundsätze ist auch dem Bestimmtheitsgrundsatz besondere Beachtung zu schenken; auf eine Auslegung von Erklärungen kann nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (*Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 28, 75).

Bei der am 3.11.2014 protokollierten Urkunde des Notars C handelt es sich um eine sog. transmortalen Vollmacht. Abgesehen davon, dass eine Vollmacht, wenn ihr ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag zu Grund lag, gemäß §§ 168, 672, 675 BGB ohnedies über den Tod hinaus gilt, ist vorliegend die Fortgeltung über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ausdrücklich angeordnet, indem auf Blatt 6, 4. Absatz der Vollmachtsurkunde ausdrücklich angeordnet worden ist, dass die Vollmacht durch den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlöschen soll.

Mit dem Erbfall, der für das Grundbuchamt durch die ihm vom Nachlassgericht übermittelte Sterbefallsanzeige des Ortsgerichts nachgewiesen ist, erwirbt der Bevollmächtigte aufgrund der Ermächtigung des Erblassers die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung des bzw. der Erben zu verfügen (BGH, NJW 1983, 1487, 1489 = BGHZ 87, 19; KG, Urteil vom 13.6.2003, 25 U 214/02, zitiert nach juris; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, Einf. vor § 2197 Rdnr. 10). Dazu muss der Bevollmächtigte auch nicht die Erben namhaft machen, für die er handelt (LG Stuttgart, Beschluss vom 20.7.2007, 1 T 37/2007, BWNNot 2007, 119 = ZEV 2008, 198; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2008, 552, 563). Daher ist unschädlich, dass die Antragstellerin zu 1 in der Urkunde vom 18.11.2014 nicht ausdrücklich namens der Erbin, als welche die A-Stiftung nach dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute B aus 2008 in Betracht kommt, aufgetreten ist. Ebenso wie die A-Stiftung keine Kenntnis von der Vollmachtserteilung gehabt haben muss (während ihr die Erbinsetzung nach ihrem Schriftsatz vom 22.1.2015 bekannt ist), muss die Antragstellerin zu 1 am 18.11.2014 nicht zwingend Kenntnis von dem Testament aus 2008 und der Person der Schlusserbin gehabt haben.

Die Bedenken des Grundbuchrechtspflegers hinsichtlich des Vollmachtsumfangs sind nicht gerechtfertigt. Dieser Umfang ist im vorletzten Absatz auf Blatt 2 der Vollmachtsurkunde sehr weitgehend dahingehend formuliert, dass er alle persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten umfasst, soweit eine Vertretung gesetzlich zulässig ist. Ferner ist im zweiten Absatz auf Blatt 3 der Vollmacht ausdrücklich bestimmt, dass die nachfolgende Aufzählung der Befugnisse des Bevollmächtigten keine Einschränkung der Vollmacht gegenüber dem vorbeschriebenen Umfang darstellt, sondern nur der Erläuterung und Verdeutlichung dient. Auch dieser Aufzählung ist vorausgeschickt, dass sich die Vollmacht auf alle Vermögens- (...) und sonstige Rechtsangelegenheiten in jeder denkbaren Richtung erstreckt. Daher kann aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Erwähnung einer schenkweisen Auflassung nichts für die Auslegung des Vollmachtsumfangs hergeleitet werden. Angesichts der eindeutig umfassend erklärten Bevollmächtigung können daraus auch keine Zweifel abgeleitet werden, die nur eine Auslegung dahingehend zulassen würden, dass ein geringerer Vollmachtsumfang gewollt gewesen wäre. Nur zur Vollständigkeit, ohne dass dies Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung gewesen wäre, ist

darauf hinzuweisen, dass im dritten Absatz auf Blatt 6 der Vollmachtsurkunde auch die Befugnis für Insihgeschäfte enthalten ist.

Die Ausführungen von *Grunewald*, auf die sich der Grundbuchrechtspfleger beruft, bieten für den Senat keine Veranlassung, von der auch darin als herrschend bezeichneten Meinung, die er bisher auch selbst vertreten hat (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.3.2013, 20 W 142/13, ZEV 2014, 202), abzuweichen, dass die Vorgaben des Erblassers auch nach seinem Tod dem Willen des Erben vorgehen. Auf die Zustimmung des Erben zum Handeln des Bevollmächtigten kommt es danach gerade nicht an, denn abgesehen von Unzuträglichkeiten in solchen Fällen, in denen die Person des Erben noch nicht feststeht bzw. dieser nicht reagiert, liefe die Bejahung eines allgemeinen Zustimmungszwangs dem Zweck von über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkenden Vollmachten zuwider, den Auftrag und seine Verwirklichung gerade von dem Willen späterer Erben unabhängig zu machen (BGH, WM 1969, 702 und ZEV 1995, 187).

Die Annahme von *Grunewald*, die Mittel des Erbrechts stünden dem Vollmachtgeber zur Verfügung, um seine Vorstellungen auch über den Tod hinaus zu verwirklichen, trifft nicht immer zu. Bei einer infolge des Vorversterbens des Ehepartners eingetretenen Bindung an ein gemeinschaftliches Ehegattentestament kann nicht selten ein Vollmachtgeber nur durch Verfügung zu Lebzeiten und nicht von Todes wegen abweichende Vorstellungen zur Geltung bringen.

Dafür kann es auch keine Rolle spielen, zu welchen Verfügungen die Bevollmächtigung konkret berechtigt, insbesondere ist nicht anzunehmen, dass bei Schenkungen immer eine Genehmigung des Erben erforderlich wäre; denn nicht jede Schenkung muss dem Willen des Erben entgegenstehen, sei es, dass er den Willen des Erblassers respektiert, sei es, dass für ihn das verschenkte Objekt ohne Interesse ist.

In dem hier gegebenen Fall, dass die Eigentumsübertragung an einem Nachlassgrundstück eingetragen werden soll, ist gemäß § 40 GBO keine Voreintragung der Erbin des eingetragenen Eigentümers erforderlich und deshalb muss die kraft transmortaler Vollmacht handelnde Antragstellerin zu 2 auch insoweit keinen Erbnachweis vorlegen (LG Neuruppin, MittBayNot 2004, 46; LG Stuttgart, a. a. O.; Senat, DNotZ 2012, 140; *Palandt/Weidlich*, a. a. O.; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 35 Rdnr. 48 und AT 110; *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 71; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3571; *Bestelmeyer*, a. a. O.; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 124, 136).

Da vorliegend nur die angefochtene Zwischenverfügung verfahrensgegenständlich ist, beschränkt sich die Überprüfung im Beschwerdeverfahren auf die darin angegebenen Eintragungshindernisse.

Auf Zweifel am Fortbestand der Vollmacht bzw. Missbrauch der Vollmacht ist die Zwischenverfügung nicht gestützt worden. Auch ist der Vollzug des Umschreibungsantrags nicht von der Bestellung eines Ergänzungspflegers und dessen Genehmigung abhängig gemacht worden. Nachdem in der Beschwerde erklärt worden ist, das Objekt sei nicht vermietet und in der Begründung der Nichtabhilfe darauf nicht weiter eingegangen wird, muss davon ausgegangen werden, dass insoweit kein Eintragungshindernis gesehen wird.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Amann*, MittBayNot 2016, 369 (in diesem Heft).

#### Anmerkung:

Eine Anmerkung zu einer Gerichtsentscheidung zu verfassen, lohnt in zwei Konstellationen: entweder die Entscheidung bringt eine wesentliche Neuerung oder die Entscheidung ist besonders falsch. Letzteres ist hier nach meiner Ansicht – anders der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung – der Fall.

1. Es lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Eheleute F und M hatten in einem privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testament aus dem Jahre 2008 sich gegenseitig zum Alleinerben eingesetzt; Schlusserbe nach dem Tod beider sollte die Stiftung S sein. Die Ehefrau F ist 2012 vorverstorben. M erteilte am 3.11.2014 seiner Tochter T eine notarielle Vorsorgevollmacht im üblichen Umfang; unentgeltliche Verfügungen waren erlaubt; von den Beschränkungen des § 181 BGB war T ebenfalls befreit. Die Vollmacht sollte auch bei Tod des Vollmachtgebers Bestand haben (sog. transmortal Vollmacht), durch die Erben aber widerruflich sein. Zwei Tage nach Erteilung der Vorsorgevollmacht, am 5.11.2014, ist M verstorben. Am 18.11.2014 hat T ein Grundstück auf sich und ihre beiden Kinder zu je  $\frac{1}{3}$  unentgeltlich übertragen. Das Grundbuchamt verlangte für die Wirksamkeit der Übertragung die Zustimmung der Stiftung als beeinträchtigter Schlusserin. Dagegen wurde eingewendet, dass der Vollmachtnehmer auch nach dem Tod des Vollmachtgebers solange weiterhandeln könne, bis der Erbe die Vollmacht widerrufen habe. Zudem habe der Erblasser M zum Ausdruck gebracht, dass er das Grundstück seiner Tochter und seinen Enkeln schenken wolle. Zum Abschluss des Schenkungsvertrages sei es aber aufgrund des Todes des Erblassers nicht mehr gekommen.

2. Das OLG Frankfurt gab der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchsamts statt. Die hier interessierenden Passagen der Entscheidung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

a) Der Vollmachtnehmer müsse nicht ausdrücklich im Namen des Erben handeln, dieser müsse noch nicht einmal bekannt sein. Auch sei keine Voreintragung des Erben gemäß § 40 GBO erforderlich.

b) Der Vollmachtnehmer habe sich primär an dem Interesse des Vollmachtgebers zu orientieren. Dies sei bislang ganz herrschende Meinung und der Senat wolle von dieser Ansicht nicht abweichen. Der Vollmachtnehmer müsse bei dem Erben nicht nachfragen; dessen Zustimmung sei für die Wirksamkeit des Geschäfts nicht erforderlich. Ein Widerruf der Vollmacht durch den Erben sei nicht erfolgt.

c) Wörtlich meint das OLG weiter: „Die Annahme (...), die Mittel des Erbrechts stünden dem Vollmachtgeber zur Verfügung, um seine Vorstellungen auch über den Tod hinaus zu verwirklichen, trifft nicht immer zu. Bei einer infolge des Vorversterbens des Ehepartners eingetretenen Bindung an ein gemeinschaftliches Ehegattentestament kann nicht selten ein Vollmachtgeber nur durch Verfügung zu Lebzeiten und nicht von Todes wegen abweichende Vorstellungen zur Geltung bringen.“

3. Der Entscheidung kann nicht zugestimmt werden:

a) Dass der Vollmachtnehmer nicht ausdrücklich im Namen des Erben handeln muss und auch keine vorherige Umschreibung auf den Erben erforderlich ist, dürfte Allgemeingut sein und soll daher nicht näher ausgeführt werden.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ausführlich hierzu BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.1.2014, Vertretungsmacht, Rdnr. 49 ff. m. w. N.; *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107 m. w. N.

b) Dass es bei einer transmortalen Vollmacht auf den Willen des Erblassers und nicht auf den Willen des Erben ankomme – obwohl materiell im Namen des Erben gehandelt wird! –, entspricht zwar tatsächlich der derzeit wohl herrschenden Meinung, man wird jedoch von einem Oberlandesgericht erwarten dürfen, bei Sachverhalten wie dem vorliegenden doch etwas tiefgehender nachzudenken als bloß auf die vermeintlich herrschende Meinung abzustellen. Gerade der vorliegende Sachverhalt hätte Anlass gegeben einzusehen, dass bei transmortalen Vollmachten das Abstellen auf das Interesse des Erblassers in vielen Fällen zu Ergebnissen führt, die in sich unlogisch sind, der Systematik des deutschen Erbrechts widersprechen und praktische Probleme nach sich ziehen, die offensichtlich noch häufig übersehen werden. Ein genaueres Nachdenken wäre im vorliegenden Fall überdies deshalb angezeigt gewesen, weil sich in letzter Zeit sämtliche Autoren, die die vorliegende Konstellation näher untersucht haben, eindeutig gegen die bislang herrschende Meinung ausgesprochen haben.<sup>2</sup>

c) Warum sollte nun bei transmortalen Vollmachten nicht auf das Interesse des Vollmachtgebers, also des Erblassers, sondern auf das Interesse des Erben abgestellt werden?

(1) Es ist schon vom Prinzip des Stellvertretungsrechts<sup>3</sup> schwer zu verstehen, wie man auf das Interesse einer Person abstellen können soll, die bereits tot ist. Wer sagt uns denn, dass M im vorliegenden Fall den Schenkungsvertrag tatsächlich unterzeichnet und sich die Sache nicht doch anders überlegt hätte? Vielmehr muss doch davon ausgegangen werden, dass M seinen Willen verbindlich im (gemeinschaftlichen) Testament zum Ausdruck gebracht hat. Darüber hinaus ergibt sich aus dem Prinzip der Universalsukzession, dass der Erbe in *sämtliche* Rechtspositionen des Erblassers einrückt, in alle Aktiva und Passiva, also auch in die Stellung als Vollmachtgeber. Vollmachtgeber zum Zeitpunkt der Beurkundung des Überlassungsvertrages war demnach nicht mehr M, sondern die Stiftung S (vgl. auch §§ 672, 168 BGB).<sup>4</sup> Daher ist auch auf deren Interesse bei der Auslegung der Vollmacht – und des der Vollmacht zugrundeliegenden Auftrags – abzustellen.<sup>5</sup> Das von der Gegenansicht angeführte Argument, der Erbe sei durch die Möglichkeit des Widerrufs der Vollmacht ausreichend geschützt,<sup>6</sup> ist aus der Sicht eines Praktikers schlicht absurd. Hätte der Notar im vorliegenden Fall im Übrigen bei der Stiftung nachgefragt – was er wohl unstrittig darf, weil die Stiftung die Vertretende ist – hätte diese die Verfügung untersagt. Es hängt also offensichtlich von Zufälligkeiten ab, ob das Geschäft Bestand hat oder nicht.

(2) Selbst wenn man wie das OLG Frankfurt mit der herrschenden Ansicht das anders sähe, hätte man im vorliegenden Fall zum Ergebnis kommen müssen, dass T die Vollmacht ohne Zustimmung der S nicht hätte gebrauchen dürfen. Unstrittig ist, dass S die Vollmacht hätte widerrufen dürfen. Hätte man T im vorliegenden Fall gefragt, ob sie ernsthaft der

Ansicht ist, dass die unentgeltliche Übertragung dem Willen der S entspricht, hätte sie dies klar verneint. Ein ausdrücklicher Widerruf wäre im vorliegenden Fall also bloße Förmerei gewesen. Richtig ist zwar, dass der Vollmachtnehmer im Zweifel davon ausgehen kann, dass sich die Interessen des Erblassers und die des Erben decken. Im vorliegenden Fall gab es jedoch keinerlei Zweifel; der Wille der S war für T offensichtlich; die Stiftung hätte einer Verfügung nie zugestimmt. S wurde daher nicht wirksam vertreten;<sup>7</sup> Ts Bösgläubigkeit wird deren beiden Kindern nach § 166 BGB zugerechnet. Das OLG Frankfurt schützt mit vorliegender Entscheidung bösgläubige Personen, die eines Schutzes weder bedürfen noch verdienen. Klargestellt sei ausdrücklich aber nochmals Folgendes: Weder Notar noch Grundbuchamt sind im Normalfall verpflichtet, bei post- bzw. transmortalen Vollmachten bei den Erben nachzufragen. Sie können im Allgemeinen davon ausgehen, dass der Bevollmächtigte die Vollmacht im Interesse des Vollmachtgebers benützt. Dies gilt natürlich erst recht, wenn die Erben zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannt sind. Gleichwohl sind die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht auch von Notar und Grundbuchamt zu beachten. In Ausnahmefällen, in denen für die Beteiligten der Missbrauch der Vollmacht evident ist – und ich bin mit dem Grundbuchamt der Überzeugung, dass bei dem vorliegenden Sachverhalt ein solcher Ausnahmefall vorlag –, müssen Notar und Grundbuchamt bei den Erben nachfragen, sofern diese bekannt sind. Das OLG kommt im vorliegenden Fall aber natürlich schon gar nicht zur Prüfung des Missbrauchs der Vertretungsmacht, weil nach seiner Ansicht eben auf das Interesse des Erblassers und nicht des Erben abzustellen ist, insoweit also kein Missbrauch vorliegt.

(3) An anderer Stelle<sup>8</sup> habe ich bereits ausführlich begründet, warum das Abstellen auf das Interesse des Erblassers neben den vorstehend beschriebenen Ungereimtheiten auch zu erheblichen pflichtteilsrechtlichen und steuerrechtlichen Folgeproblemen führen kann. Da bei diesen Konstellationen materiell im Namen des Erben verfügt wird, wird zum einen das gesetzlich gewährleistete Pflichtteilsrecht des Erben unterlaufen. Ein Pflichtteilsergänzungsanspruch entsteht nicht, weil der Erbe für kurze Zeit den Nachlass erhalten und erst nach dem Erbfall diesen (teilweise) weiterübertragen hat. Zum anderen kann eine postmortale Verfügung auch zu gravierenden steuerrechtlichen Problemen führen. Der Nachlass ist aufgrund des Erbfalls wirksam beim Erben angefallen, weshalb hierfür Erbschaftsteuer zu entrichten ist. Der Nachlass wird dann aber mit Hilfe der transmortalen Vollmacht ganz oder teilweise weiterübertragen, was die einmal angefallene Erbschaftsteuer aber nicht entfallen lässt oder mindert, sondern sogar zusätzlich Schenkungsteuer auslösen kann. Die schenkungsteuerlichen Bedingungen richten sich bei diesen postmortalen Übertragungen auch nicht nach dem Verhältnis zum Erblasser, sondern nach dem Verhältnis zum Erben. Steuerfreibeträge existieren daher in solchen Fällen meistens nicht. T hat im vorliegenden Fall also erheblich Schenkungsteuer zu bezahlen, weil die Schenkung nicht von ihrem Vater M, sondern von der Stiftung S stammt.

(4) Der Beschluss ist aber nicht nur aufgrund der vorstehenden Einwände falsch, sondern wurde spätestens dann in meinen Augen zum Schilfbürgerstreich, als der Senat andeutete, dass mit Hilfe von transmortalen Vorsorgevollmachten auch die Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente oder Erbverträge unterlaufen werden könnte. Gewiss, man

<sup>2</sup> Vgl. *Amann*, MittBayNot 2013, 367; *Grunewald*, ZEV 2014, 579; *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107; anders jedoch *Amann*, MittBayNot 2016, 369 (in diesem Heft). Zustimmend wohl auch *Reetz* in Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, F Rdnr. 68; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196 bei Fn. 21.

<sup>3</sup> Krit. auch *Amann*, MittBayNot 2013, 367; *Grunewald*, ZEV 2014, 579; anders jedoch *Amann*, MittBayNot 2016, 369 (in diesem Heft).

<sup>4</sup> So auch *Grunewald*, ZEV 2015, 650.

<sup>5</sup> So bereits *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 51 Ziffer 5.

<sup>6</sup> So wohl *Soergel/Leptien*, BGB, § 168 Rdnr 31; *Staudinger/Schilken*, 15. Aufl. 2013, § 168 Rdnr 32; *BeckOK-BGB/Valenthin*, 36. Aufl. 2013, § 168 BGB Rdnr. 13.

<sup>7</sup> So auch *Grunewald*, ZEV 2015, 650 f.

<sup>8</sup> Vgl. *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107 ff.; zustimmend *Amann*, MittBayNot 2013, 367; anders jedoch *Amann*, MittBayNot 2016, 369 (in diesem Heft).

kann diese Passage des Beschlusses auch dahingehend verstehen, dass die bloße erbvertragliche Bindung richtigerweise nicht dazu führen kann, dass bei der Vorlage von transmortalen Vollmachten stets bei den Erben nachzufragen sei. Die Bindung nach §§ 2287 f. BGB führt nicht zu einem Verfügungsverbot. Außerdem kann es sein, dass der Erblasser ein lebzeitiges Interesse an der Verfügung hat. Notar und Grundbuchamt haben daher eine Vollmacht auch dann zu akzeptieren, wenn die Verfügung gegen die Bindungswirkung verstößt. Mit seinem Hinweis auf die §§ 2287 f. BGB führt das OLG aber – möglicherweise unbeabsichtigt – ein weiteres Argument gegen die herrschende Meinung in die Diskussion ein, auf wessen Interesse bei der Auslegung der Vollmacht abzustellen ist. Gerade an dieser Stelle zeigt sich die Absurdität der bislang herrschenden Auffassung.<sup>9</sup> Bei der Frage der Verletzung der Bindungswirkung letztwilliger Verfügungen stellt man auf den Erben, bei der Frage der Auslegung des Interesses der Vollmacht aber auf den Erblasser ab. Man erhält also „best of both worlds“. Es mag zwar sein, dass die postmortale Übertragung dem Interesse des Vollmachtgebers entsprach, die Übertragung entsprach im vorliegenden Fall aber mit Sicherheit nicht dem Interesse der vorverstorbenen Ehefrau; ansonsten hätte man nicht bindend die Stiftung als Schlusserben eingesetzt. Wenn man wie das OLG Frankfurt also schon auf das Interesse des Vollmachtgebers abstellen will, muss sich der Vollmachtnehmer dann wenigstens an den allgemeinen Grundsatz „nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet“, dass also niemand mehr Rechte übertragen kann als er selbst hat, halten. Wenn aber M an die §§ 2287 f. BGB gebunden gewesen wäre, muss sich auch T an den §§ 2287 f. BGB direkt (oder analog<sup>10</sup>) festhalten lassen. In diesem Fall hätte die Stiftung S dann zumindest einen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch.

4. Fragen Mandaten künftig nach Möglichkeiten, um bindende gemeinschaftliche Testamente/Erbverträge oder zwingende Pflichtteilsansprüche unterlaufen zu können, müsste man eigentlich die vom OLG Frankfurt zumindest angedeutete Lösung über postmortale Verfügungen mit Hilfe von transmortalen Vorsorgevollmachten aufzeigen.<sup>11</sup> Nähme man die Entscheidung ernst, käme es zu massiven Verwerfungen innerhalb des eigentlich sehr schlüssig konstruierten Erbrechts. Die bislang herrschende Meinung, dass bei der Auslegung transmortaler Vorsorgevollmachten auf das Interesse des Erblassers abzustellen ist, kann daher nicht überzeugen und sollte endlich aufgegeben werden.

Dem Kollegen *Amann*<sup>12</sup> stimme ich insoweit zu, als dass zumindest bei nicht konkret erteilten Aufträgen postmortale Verfügungen nicht kondiktionsfest seien bzw. sich der Bevollmächtigte mit solchen Verfügungen schadensersatzpflichtig mache.<sup>13</sup> Mit herkömmlichen Vorsorgevollmachten ließe sich damit zu Recht nicht gegen die Interesse der Erben handeln. Allein diese Ansicht wäre bereits ein erheblicher Gewinn für die Rechtssicherheit. Anders als der Kollege *Amann* (sowie die st. Rspr.) bin ich jedoch der Meinung, dass bei postmortalen Verfügungen generell auf das Interesse der Erben abgestellt werden sollte. Andernfalls kommt es zu einem Wettlauf zwischen der Heilung des zunächst formunwirksamen Schenkungsversprechens und Widerruf der Vollmacht durch die Erben. Es wäre letztlich vom Zufall abhängig, ob

eine (vermeintlich!) vom Erblasser gewollte Verfügung wirksam wird. Die Missbrauchsgefahr liegt zudem auf der Hand. Staatliche Einrichtungen wie Grundbuchämter und Notare sollten sich an diesem Wettlauf nicht beteiligen, zumal Erblassern mit lebzeitigen als auch letztwilligen Verfügungen genügend Wege offen stehen, ihren Willen rechtssicher kund zu tun und durchzusetzen.

Notar Dr. *Holger Sagmeister*, LL.M. (Yale), Deggendorf

5. GBO § 47 Abs. 2 Satz 1; BGB §§ 21, 22, 54 Satz 1; VAG § 1 Abs. 3 Nr. 3, § 3 Abs. 1 Nr. 4 (*Vereinsname eines nichtrechtsfähigen Vereins allein nicht ausreichend für Grundbucheintragung*)

**Ein nichtrechtsfähiger Verein kann nicht allein unter seinem Namen in das Grundbuch eingetragen werden.**

BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15

Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin der im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücke eingetragen, die sie treuhänderisch für den Beteiligten zu 2 hält. Der Beteiligte zu 2 ist der Kommunale Schadenausgleich der Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. Bei dem Kommunalen Schadenausgleich handelt es sich um einen Zusammenschluss von Gemeinden und Gemeindeverbänden mit dem Zweck, durch Umlegung Schäden seiner Mitglieder auszugleichen, die aus Haftpflicht- und Kraftfahrzeugschadensfällen sowie Unfällen entstehen. Er ist nicht im Vereinsregister eingetragen.

Mit notariellen Urkunden vom 11. und 29.7.2013 ließ die Beteiligte zu 1 die Grundstücke an den Beteiligten zu 2 auf; sie beantragten und bewilligten die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer in das Grundbuch. Die Beteiligte zu 3, zu deren Gunsten an den Grundstücken jeweils eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist, bewilligte deren Löschung Zug um Zug gegen die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer in das Grundbuch.

Das Grundbuchamt hat die Anträge der Beteiligten auf Umschreibung des Eigentums und Löschung der Vormerkung zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Kammergericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligte zu 1 und der Beteiligte zu ihren Antrag weiter.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung u. a. in ZIP 2015, 168 veröffentlicht ist, kann der Beteiligte zu 2 nicht allein unter seinem Namen in das Grundbuch eingetragen werden. Er sei wirtschaftlich tätig und daher, wenn er ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibe, als offene Handelsgesellschaft, anderenfalls als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren. In beiden Fällen sei er zwar rechts- und grundbuchfähig. Es könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass er sich in das Handelsregister eintragen lasse. Auch die Qualifikation als Gesellschaft bürgerlichen Rechts helfe nicht weiter, da der Beteiligte zu 2 die gemäß § 47 Abs. 2 GBO erforderliche Eintragung sämtlicher Mitglieder als unpraktikabel ablehne.

Der Beteiligte zu 2 könne aber auch dann nicht in das Grundbuch eingetragen werden, wenn er als Verein und als solcher als rechtsfähig angesehen würde. Da er die Eintragung sämtlicher Mitglieder ablehne, könne dahingestellt bleiben, ob über § 54 Satz 1 BGB die Vorschrift des § 47 Abs. 2 GBO auf nicht eingetragene Vereine Anwendung finde. Für eine Grundbucheintragung allein unter seinem Namen fehle dem Beteiligten zu 2 die formelle Grundbuchfähigkeit, da er seine Existenz, Identität und Vertretungsverhältnisse nicht in den Formen des § 29 GBO nachweisen könne und der Gesetzgeber in derartigen Fällen die Eintragung habe unterbinden wollen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Beschwerdegericht nimmt zu Recht an, dass eine Eintragung des

<sup>9</sup> So auch *Grunewald*, ZEV 2015, 650.

<sup>10</sup> Für Analogie wohl *Erman/Kappler/Kappler*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2271 Rdnr. 1.

<sup>11</sup> Daher die Warnung bei *Diefenbach*, NotBZ 2015, 270 f.

<sup>12</sup> Vgl. *Amann*, MittBayNot 2016, 369 (in diesem Heft).

<sup>13</sup> So auch bereits und ausführlich *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107 (dort bei III.1.).

Beteiligten zu 2 nur unter seinem Namen in das Grundbuch unzulässig ist und das Grundbuchamt, da der Beteiligte zu 2 die Eintragung sämtlicher Mitglieder ablehnt, die Anträge zu Recht zurückgewiesen hat.

1. Allerdings ist der Beteiligte zu 2 entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts weder als offene Handelsgesellschaft noch als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (fortan: GbR) zu qualifizieren. Nach allgemeiner Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur handelt es sich bei den Kommunalen Schadensausgleichen (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 VAG, § 1 Abs. 3 Nr. 3 VAG a. F.) typischerweise um nichtrechtsfähige Vereine (BGH, Beschluss vom 14.7.2010, IV ZR 250/09, VersR 2010, 1598, 1599; BGH, Urteil vom 22.10.1969, IV ZR 635/68, VersR 1970, 25; BGH, Urteil vom 16.11.1967, II ZR 259/64, VersR 1968, 138; *Schwartze*, Die Kommunalen Schadensausgleiche, 2011, S. 71 ff.; *Petersen*, Entstehung, Rechtsnatur und Aufgabenstellung des Kommunalen Schadensausgleichs Hannover, 1992, S. 21 ff.; *Knott*, Die kommunalen Haftpflichtschadensausgleiche, 1951, S. 13 ff.; *Fahr/Kaulbach/Bähr*, VAG, 4. Aufl. 2007, § 1 Rdnr. 80; *Brinkmann* in *Pittner*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, 2. Aufl. 1984., § 107, 2. A.). So verhält es sich auch hier. Der Beteiligte zu 2 hat sich weder als offene Handelsgesellschaft noch als GbR organisiert, vielmehr betätigt er sich in der Rechtsform des Vereins. Da seine Tätigkeit auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, stellt er einen nicht konzessionierten (vgl. § 22 BGB) Wirtschaftsverein dar.

2. Als nichtrechtsfähiger Verein im Sinne von § 54 BGB kann der Beteiligte zu 2 nicht allein unter seinem Vereinsnamen in das Grundbuch eingetragen werden.

a) Allerdings ist die Frage, ob ein nichtrechtsfähiger Verein nur unter seinem Namen ohne Angabe der Vereinsmitglieder in das Grundbuch eingetragen werden kann, umstritten.

aa) Nach einer – überwiegend in der älteren Rechtsprechung und Literatur vertretenen – Auffassung ist die Angabe aller Mitglieder des Vereins unter Angabe des Vereinsverhältnisses erforderlich. Da der nicht in das Vereinsregister eingetragene bzw. nicht konzessionierte Verein keine Rechtsfähigkeit besitze (§§ 21, 22 BGB), stehe das Recht am Grundstück den Mitgliedern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit und nicht dem Verein als solchen zu. Gerade im Grundbuchrecht, das eine besondere Genauigkeit und das Festhalten an gewissen Formen erfordere, müsse vermieden werden, dem nichtrechtsfähigen Verein auf einem Umweg in gewisser Beziehung doch den Vorteil der Rechtspersönlichkeit auf Kosten der grundbuchrechtlichen Klarheit zu verschaffen (RGZ 127, 309, 312; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2000, 749; LG Hagen, Rpfleger 2007, 26; *Flume*, ZHR 148 (1984), 503, 510; *K. Schmidt*, NJW 1984, 2249 f.; *Schöpflin*, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003, S. 95 ff., 116; *ders.*, npoR 2015, 124 f.; *Wagner*, ZZP 117 (2003), 305, 359 ff.; KEHE/*Eickmann*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2014, § 15 GBV Rdnr. 8; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 246; weitere Nachweise zur älteren Literatur bei *Staudinger/Gursky*, 2012, § 873 Rdnr. 101).

bb) Zu demselben Ergebnis, allerdings mit anderer Begründung, kommt die heute herrschende Meinung. Anknüpfend an die Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR durch den BGH (Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 344) bejaht sie die Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins; als Konsequenz sei dieser in das Grundbuch als Berechtigter einzutragen. Aufgrund der Verweisung in § 54 Satz 1 BGB auf die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei aber die Vorschrift des § 47 Abs. 2

GBÖ anzuwenden, die neben der Eintragung der GbR auch die Eintragung sämtlicher Gesellschafter verlangt (*Demharter*, Grundbuchordnung, 29. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 101; jurisPK-BGB/*Bergmann*, 7. Aufl. 2014, § 54 Rdnr. 54 f.; BeckOK-GBÖ/*Kral*, Gesellschaftsrecht, Stand 1.4.2015, Rdnr. 48; *Palandt/Ellenberger*, 75. Aufl. 2015, § 54 Rdnr. 8; *Staudinger/Gursky*, 2012, § 873 Rdnr. 101; i. E. ebenso *Terner*, DNotZ 2010, 5, 16; *Erman/Westermann*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 54 Rdnr. 7; *Waldner*, NotBZ 2015, 263, 264).

cc) Demgegenüber nimmt eine andere Ansicht, die den nichtrechtsfähigen Verein ebenfalls als rechtsfähig qualifiziert, an, dass dieser allein unter seinem Vereinsnamen in das Grundbuch eingetragen werden könne. Das Erfordernis der Eintragung aller Vereinsmitglieder mache mitgliederstarken Vereinen und solchen mit einer starken Fluktuation im Mitgliederbestand den Erwerb von Liegenschaftsrechten praktisch unmöglich und zwingt sie zu der Einschaltung von Treuhändern. Zudem dürfe der nichtrechtsfähige Verein nicht schlechter gestellt werden als andere Rechtsformen wie zum Beispiel die Vor-GmbH (MünchKommBGB/*Arnold*, 7. Aufl. 2015, § 54 Rdnr. 21; *Soergell/Hadding*, BGB, 13. Aufl. 2007, § 54 Rdnr. 18; *Bauer* in *Bauer/von Oefele*, Grundbuchordnung, 3. Aufl. 2013, § 13 Rdnr. 37; *Pritting* in FS Roth, 2011, S. 585, 588 f.; *Schwartze*, Die Kommunalen Schadensausgleiche, S. 97; *Terner*, ZNotP 2009, 132, 137; wohl auch *Staudinger/Weick*, 2005, § 54 Rdnr. 79; KEHE/*Keller*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 64; so auch schon in der älteren Literatur *Stoltenberg*, MDR 1989, 494, 497; *Habscheid*, AcP 155 (1956), 375, 401; *Morloki/Schulte-Trux*, NJW 1992, 2058 ff.; weitere Nachweise zur älteren Literatur bei *Staudinger/Gursky*, 2012, § 873 Rdnr. 101).

b) Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass der nicht im Vereinsregister eingetragene Verein, gleichviel ob man ihn als rechtsfähig oder als nicht rechtsfähig qualifiziert, nicht allein unter seinem Vereinsnamen in das Grundbuch eingetragen werden kann.

aa) Verneint man die Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins, müssen die Vereinsmitglieder eingetragen werden, da sie in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit und nicht die Vereinigung als solche Träger des Vereinsvermögens wären. Die Eintragung der Mitglieder unter ihrem Vereins-Sammelnamen ist mit dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Grundsatz der Bestimmtheit und Klarheit unvereinbar. Würden die Mitglieder allein unter dem Vereinsnamen zusammengefasst, wäre der Inhalt der Eintragung nicht dauerhaft klar und bestimmt, sondern wechselte je nach dem Ein- und Austritt von Mitgliedern (so zutreffend RGZ 127, 309, 311 f.).

bb) Aber auch wenn man die Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins bejaht und damit sein Vermögen dem Verein selbst als eigenem Rechtssubjekt zuordnete, kann er nicht allein unter seinem Namen in das Grundbuch eingetragen werden. Die Befürworter der Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins leiten diese im Wesentlichen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch den BGH her; wenn schon die Gesamthand bei der GbR als rechtsfähig anerkannt worden sei, müsse dies über die Verweisung des § 54 Satz 1 BGB erst recht für den körperschaftlich verfassten nicht eingetragenen Verein gelten (jurisPK-BGB/*Bergmann*, 7. Aufl., § 54 Rdnr. 53; *Staudinger/Weick*, 2005, § 54 Rdnr. 14; *Soergell/Hadding*, BGB, 13. Aufl., § 54 Rdnr. 18; *Bauer* in *Bauer/von Oefele*, Grundbuchordnung, 3. Aufl., § 13 Rdnr. 37; KEHE/*Keller*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 64; *Pritting* in FS Roth, 2011, S. 585, 588). Konsequenterweise muss

dann aber die globale Verweisung in § 54 Satz 1 BGB auf das Recht der BGB-Gesellschaft auch die in § 47 Abs. 2 GBO vorgeschriebene Art der Eintragung von Liegenschaftsrechten erfassen und ebenso für den nichtrechtsfähigen Verein gelten (*Staudinger/Gursky*, 2012, § 873 Rdnr. 101; zur Anwendbarkeit von § 50 Abs. 2 ZPO a. F. aufgrund der Verweisung in § 54 Satz 1 BGB vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2007, II ZR 111/05, NJW 2008, 69, 74 Rdnr. 55; BGH, Urteil vom 30.4.2015, I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 Rdnr. 23). Sachliche Gründe, die es rechtfertigten, abweichend von § 54 Satz 1 BGB i. V. m. § 47 Abs. 2 GBO den nicht in das Vereinsregister eingetragenen Verein allein unter seinem Namen in das Grundbuch einzutragen, liegen nicht vor.

(1) Mit der Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO, wonach bei Eintragung einer GbR als Berechtigte im Grundbuch auch deren Gesellschafter einzutragen sind, wollte der Gesetzgeber Eintragungen der GbR allein unter ihrem Namen unterbinden; sie zögen praktisch kaum lösbare Probleme nach sich, da sich Existenz, ordnungsgemäße Vertretung und Identität der nur unter ihrem Namen eingetragenen GbR oftmals nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen ließen. Er hielt die Eintragung der Gesellschafter als Mittel zur Identifizierung der berechtigten GbR und zu deren bestimmter Bezeichnung für erforderlich (BT-Drucks. 16/13437, S. 24). Diese Erwägungen lassen sich im Wesentlichen auf den nicht in das Vereinsregister eingetragenen Verein übertragen. Der das Grundbuchrecht beherrschende Grundsatz der Bestimmtheit und Klarheit erfordert auch bei diesem eine der Rechtsklarheit dienende und Verwechslungen ausschließende Angabe des Rechtsinhabers. Klarheit besteht aber nur, wenn die Identität des Eingetragenen ohne Schwierigkeiten feststellbar ist. Da es dem nichtrechtsfähigen Verein an jedweder Publizität hinsichtlich der Existenz, des jeweiligen Mitgliederbestandes und seiner jeweiligen Satzung fehlt, kann sich der Rechtsverkehr von seiner Existenz und Identität nicht zuverlässig überzeugen. Zu Recht wird in der Literatur zudem darauf hingewiesen, dass der nichtrechtsfähige Verein ein variables Gebilde darstellt, sodass etwa bei Abspaltungen zweifelhaft sein kann, welcher der konkurrierenden Nachfolgevereine mit dem ursprünglichen identisch ist (*Staudinger/Gursky*, 2012, § 873 Rdnr. 101; *K. Schmidt*, NJW 1984, 2249, 2250). Dies würde sich mit der erforderlichen Publizität sachenrechtlicher Verhältnisse nicht vertragen und stünde im Widerspruch zu den Aufgaben des Grundbuchs (*Schöpflin*, npoR 2015, 124, 125; *ders.* in: *Der nichtrechtsfähige Verein*, S. 347 f.; *Waldner*, NotBZ 2015, 263; *Meikell/Böhringer*, GBO, 11. Aufl. 2015, § 47 Rdnr. 278).

(2) Der Hinweis der Rechtsbeschwerde, dass Schwierigkeiten aufträten, wenn ein – parteifähiger (§ 50 Abs. 2 ZPO) – nichtrechtsfähiger Verein unter seinem Vereinsnamen einen Zahlungstitel erstreitet und diesen durch Eintragung einer Zwangssicherungshypothek im Grundbuch vollstrecken möchte, rechtfertigt nicht die Annahme einer „isolierten“ Grundbuchfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins. Dem Gesetzgeber erschien der Nachteil, dass die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek nicht ohne Weiteres möglich ist, wenn ein Rechtsträger sich im Zivilprozess nicht in einer § 15 GBV genügenden Weise bezeichnet, als weit weniger gravierend als diejenigen Probleme, die entstünden, wenn man die Eintragung einer GbR alleine unter ihrem Namen (entsprechend der Bezeichnung im Titel) im Grundbuch zuließe (BT-Drucks. 16/13437, S. 24). Dies gilt ebenso für den nichtrechtsfähigen Verein.

cc) Auch die Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der Vor-GmbH durch den BGH (Urteil vom 2.5.1966, II ZR 219/63, BGHZ 45, 338, 348) eignet sich nicht als Argument für die

Eintragungsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins allein unter seinem Vereinsnamen. Anders als ein Verein befindet sich die Vor-GmbH nur in einem Übergangsstadium. Deren Grundbuchfähigkeit wird vor allem aus dem Gesichtspunkt begründet, dass die Sacheinlagen auf die GmbH übertragen sein müssen, ehe die Eintragung im Handelsregister erfolgen könne. Dies kann auf den nichtrechtsfähigen Verein nicht übertragen werden. Der nichtrechtsfähige Verein (§ 54 BGB) ist weder nur ein Übergangsstadium auf dem Weg zu einem eingetragenen Verein (§ 21 BGB) noch hat er die Erbringung von Einlagen nachzuweisen (*Staudinger/Weick*, 2005, § 54 Rdnr. 80; *MünchKommBGB/Reuter*, 6. Aufl. 2012, § 54 Rdnr. 23; *Schöpflin*, *Der nichtrechtsfähige Verein*, S. 351; *jurisPK-BGB/Bergmann*, 7. Aufl., § 54 Rdnr. 54; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1986, 181).

dd) Für eine Gleichbehandlung des nichtrechtsfähigen Vereins und der GbR im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Eintragung der Mitglieder spricht auch, dass eine trennscharfe Abgrenzung von Verein und Personengesellschaften gerade bei Mischformen, die Elemente sowohl des Vereins als auch der Gesellschaft kombinieren, unmöglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 2.4.1979, II ZR 141/78, NJW 1979, 2304, 2305; *MünchKommBGB/Arnold*, 7. Aufl., § 54 Rdnr. 4; *jurisPK-BGB/Bergmann*, 7. Aufl., § 54 Rdnr. 9; *Staudinger/Gursky*, 2012, § 873 Rdnr. 101). Eine rechtliche Einordnung der jeweiligen Vereinigung könnte in solchen Fällen nur aufgrund einer umfassenden Prüfung der materiellen Rechtslage erfolgen. Eine solche Prüfung kann und soll das Grundbuchamt aber nicht vornehmen (vgl. auch *Schöpflin*, npoR 2015, 124, 125).

ee) Schließlich vermag auch der Hinweis auf eine faktische Grundbuchsperrung für besonders mitgliederstarke Vereine deren Eintragung nur unter ihrem Namen nicht zu begründen. Reine Praktikabilitätsabwägungen rechtfertigen nicht eine Durchbrechung des im Grundbuchverfahren geltenden Prinzips der strengen Publizität sachenrechtlicher Verhältnisse an Grundstücken; dies gilt umso mehr als den mit der Anwendbarkeit von § 47 Abs. 2 GBO für mitgliederstarke Vereine verbundenen Unbequemlichkeiten durch die Eintragung in das Vereinsregister begegnet werden kann.

c) Eine Sonderbehandlung der Beteiligten zu 2 ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht im Hinblick darauf geboten, dass politische Parteien nach überwiegender Ansicht (OLG Celle, NJW 2004, 1743; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2000, 749 und NJW-RR 1986, 181; LG Berlin, Rpfleger 2003, 291; *Kempfler*, NJW 2000, 3763; *Morlok/Schulte-Trux*, NJW 1992, 2058; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 25 II 1 b; a. A. *Bamberger/Roth/Schöpflin*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 54 Rdnr. 30; kritisch auch *jurisPK-BGB/Bergmann*, 7. Aufl., § 54 Rdnr. 56) unter ihrem Namen in das Grundbuch eingetragen werden können.

Die Anerkennung der Grundbuchfähigkeit politischer Parteien trägt der Sonderstellung Rechnung, die diesen nach Art. 21 GG im demokratischen Rechtsstaat zukommt und die in den Regelungen des Gesetzes über die politischen Parteien eine besondere gesetzliche Ausgestaltung erfahren hat. Eine vergleichbare Stellung, die es rechtfertigen könnte, den Beteiligten zu 2 unabhängig von den ansonsten für die Eintragung nichtrechtsfähiger Vereine geltenden Grundsätzen im Grundbuchverfahren als eintragungsfähig zu behandeln, haben die kommunalen Schadensausgleiche nicht. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde folgt aus § 3 Abs. 1 Nr. 4 VAG (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 VAG a. F.) kein anderes Ergebnis. Nach dieser Vorschrift unterliegen nichtrechtsfähige Zusammenschlüsse von Gemeinden und Gemeindeverbände, die den

Zweck haben, bestimmte Schäden ihrer Mitglieder durch Umlegung auszugleichen, nicht der Aufsicht nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz. Die Norm regelt allein versicherungsaufsichtsrechtliche Fragen (vgl. auch BT-Druck. 782 vom 25.8.1954, S. 3, 4), indem sie bestimmte Zusammenschlüsse von der Versicherungsaufsicht ausnimmt. Sie besagt aber weder etwas über die Organisation und Struktur der Zusammenschlüsse noch zwingt sie diese, sich in einer bestimmten Rechtsform zu organisieren. Soweit die Rechtsbeschwerde darauf hinweist, dass der Beteiligte zu 2 jedenfalls tatsächlich über eine hinreichend verfestigte Struktur verfüge und nach seiner Zweckbestimmung auf eine unbegrenzte Zeit angelegt sei, genügt dies nicht für die Annahme einer den politischen Parteien vergleichbaren Publizität.

(...)

6. GBO § 29 Abs. 3 (*Grundbuchverfahrensrechtliche Anforderungen an ein Gerichts- oder Behörden Siegel*)

1. **Ein behördliches Eintragungersuchen mit lediglich drucktechnisch erzeugtem Ausdruck des Behördensiegels genügt nicht den im Grundbuchverfahren geltenden Formanforderungen.**
2. **Der Zweck der bundesgesetzlich vorgeschriebenen Form an behördliche Eintragungersuchen verbietet es, die von einer Landesbehörde aufgrund landesrechtlicher Ermächtigung vorgenommene Siegelung durch Ausdruck einer Bild-/Grafikdatei auf dem Eintragungersuchen als formgerecht anzuerkennen.**

OLG München, *Beschluss* vom 24.5.2016, 34 Wx 16/16

7. BGB §§ 133, 398, 413, 899a, 1922, 2033 Abs. 1; GBO §§ 19, 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1, § 47 Abs. 2 (*Keine wirksame Erbanteilsübertragung mit GbR-Anteilen nach erfolgter Auseinandersetzung*)

1. **Sind die Anteile des Erblassers an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgrund einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel durch Singularsukzession auf dessen Erben übergegangen, haben sich aber die Erben über den Nachlass bereits vollständig auseinandergesetzt, so geht eine in diesem Stadium vereinbarte Erbanteilsübertragung in dinglicher Hinsicht ins Leere; sie bewirkt insbesondere keinen Übergang der Gesellschaftsanteile der übertragenden Miterben auf den übernehmenden Miterben.**
2. **Die Eintragung eines Gesellschafterwechsels im Wege der Grundbuchberichtigung setzt bei rechtsgeschäftlicher Anteilsübertragung die Berichtigungsbewilligung nicht nur des übertragenden und des übernehmenden Teils, sondern auch aller übrigen Mitgesellschafter – alternativ den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit – voraus. Nichts anderes gilt, wenn die Übertragung unter Mitgesellschaftern stattfindet (a. A. KG, NZG 2015, 866 = MDR 2015, 719).**
3. **Kommt es im Berichtigungsverfahren für den Nachweis der Unrichtigkeit auf den Inhalt des in privatschriftlicher Form vorliegenden Gesellschaftsver-**

**trags an, kann es notwendig sein, die unveränderte Fortgeltung desselben durch übereinstimmende Erklärung der Gesellschafter zu belegen (hier: über 40 Jahre alter Gesellschaftsvertrag eines personalistisch strukturierten Zusammenschlusses von Waldbesitzern).**

OLG München, *Beschluss* vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15

Die Beteiligten zu 1 bis 4 sind „in Erbengemeinschaft“ nach der am 3.10.2011 verstorbenen Gertraud E., der Alleinerbin eines von ursprünglich 12 Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), neben den übrigen Gesellschaftern bzw. deren Erben und Erbeserben mit dem weiteren Zusatz „als Gesellschafter des Bürgerlichen Rechts“ im Grundbuch eingetragen. Die Wirtschaftsart des Grundbesitzes mit einer Größe von 1,3 ha ist in Spalte 3 des Grundbuchs mit „Nadelwald“ angegeben.

Im privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag (GV) vom 1.12.1971 haben die Gesellschafter die Nutzung des Grundstücks wie folgt geregelt (§ 2 GV):

- „1. Jedem Gesellschafter steht an dem Grundstück je ein gleich großer Anteil zur gesamten Hand zu.
2. Der beiliegende Lageplan soll die Anteile optisch bezeichnen. Im Falle einer Realteilung wird entsprechend verfahren.“

Dem Gesellschaftsvertrag ist ein Lageplan beigelegt, wonach jedem Gesellschafter eine Teilfläche von etwa gleicher Größe zur alleinigen Nutzung zugewiesen ist. Eine Realteilung des Grundstücks ist nicht erfolgt.

Für den Fall des Versterbens eines Gesellschafters bestimmt § 4 Ziffer 6 GV:

- „Soweit ein Erbfall eintritt, wird die Gesellschaft mit dem oder den Erben fortgesetzt. Bei mehreren Erben haben diese einen Bevollmächtigten zu bestimmen.“

§ 5 GV stellt die Übertragung von Gesellschaftsanteilen unter Zustimmungsvorbehalt und legt fest:

- „1. Bei Übertragung von Anteilen ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter mit einer Mehrheit von  $\frac{9}{12}$  erforderlich.
2. Dies gilt nicht im Erbfall. Im Übrigen kann die Zustimmung nur aus einem wichtigen Grund versagt werden.“

Zu notarieller Urkunde, bezeichnet als Erbanteilsübertragung, vom 13.5.2014 stellten die Beteiligten fest, dass der Nachlass nach der Erblasserin Gertraud E. in vollem Umfang auseinandergesetzt sei „mit Ausnahme des nachstehend aufgeführten Anteils an dem dort beschriebenen Grundbesitz“. Die aus den Beteiligten bestehende Erbengemeinschaft sei in den Gesellschaftsanteil der Erblasserin „bezüglich dieses Grundbesitzes“ eingetreten. Sodann vereinbarten die Beteiligten Überlassung und Übertragung in der Weise, dass die Beteiligten zu 1 bis 3 jeweils ihren vorbezeichneten Erbteil bezüglich des Anteils an der GbR mit allen Rechten und Pflichten an die Beteiligte zu 4 zur Alleinberechtigung überlassen, der jeweilige Veräußerer den jeweiligen Erbteil auf die Erwerberin mit sofortiger dinglicher Wirkung überlässt sowie überträgt und die Erwerberin die Übertragung annimmt.

Gleichzeitig bewilligten und beantragten die Beteiligten die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbanteilsübertragung. Dem Urkundsnotar erteilten sie Vollmacht, (unter anderem) Grundbuchbewilligungen jeder Art abzugeben sowie Anträge zu stellen und zu ändern.

Der Notar hat für die Beteiligten den Vollzug der Berichtigung im Grundbuch beantragt.

Nachdem das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 19.8.2014 zunächst beanstandet hatte, dass der Gesellschafteranteil nicht zum Nachlass der Erblasserin gehöre und eine Erbanteilsübertragung somit nicht stattfinden könne, stellte der Notar unter Bezugnahme auf die ihm erteilte Vollmacht zur Urkunde vom 26.1.2015 namens der Beteiligten fest, diese hätten mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft das Ziel verfolgt, dass Berechtigte des Gesellschaftsanteils der Erblasserin allein die Beteiligte zu 4 sein solle. Die zur Vorurkunde abgegebenen Erklärungen seien daher so zu verstehen, dass die Beteiligten zu 1 bis 3 ihre durch Sondererfolge entstandenen Berichtigungsanteile an der GbR auf die Beteiligte zu 4 übertragen und

abtreten. Namens der Beteiligten wurde die Eintragung der Beteiligten zu 4 mit einem Gesellschaftsanteil von  $\frac{1}{12}$  und diesbezüglich Berichtigung des Grundbuchs auf die Beteiligte zu 4 allein bewilligt und beantragt.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 5.2.2015 hat das Grundbuchamt nun als Eintragungshindernis – soweit im Beschwerdeverfahren noch von Bedeutung – die fehlende Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter mit einer Mehrheit von  $\frac{9}{12}$  angeführt. Gleichzeitig hat es dem Notar aufgegeben, die Gesellschafter zur Angabe ihrer Beteiligungsquote anzuhalten, da mit das Erreichen des erforderlichen Quorums überprüft werden könne. Außerdem solle er angeben, dass kein weiterer „Gesellschaftervertrag“ geschlossen wurde.

Gegen die Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten.

Sie machen geltend, dass der Grundbuchinhalt im Widerspruch zu ihrer quotalen Beteiligung an der Gesellschaft stehe. Darüber hinaus sei der Gesellschaftsvertrag dahingehend auszulegen, dass eine Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter zur Übertragung von Anteilen jedenfalls dann nicht erforderlich sei, wenn diese unter den Miterben einer Erbengemeinschaft stattfände. Würde sich § 5 Ziffer 1 GV nur auf die Sondererbfolge im Erbfall selbst beziehen, hätte die Bestimmung keinen Anwendungsbereich.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen; das von den Beteiligten präferierte Verständnis sei nicht hinreichend sicher aus dem Gesellschaftsvertrag ableitbar.

Aus den Gründen:

## II.

Das Rechtsmittel hat im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Gegen die ergangene Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist die unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPfG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO; *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 71 Rdnr. 1 und 12). Als Beschwerdeführer sind sämtliche Antragsteller laut der dem Berichtigungsantrag zugrundeliegenden Notarurkunde und somit die Beteiligten zu 1 bis 4 anzusehen (*Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20). Die in zulässiger Weise durch den urkundlich bevollmächtigten Notar vertretenen Beteiligten sind auch beschwerdeberechtigt, da sie teils als verlierender, teils als gewinnender Part der erstrebten Grundbuchberichtigung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt sind.

2. In der Sache ist die Beschwerde im Wesentlichen unbegründet. Der Erlass einer fristsetzenden Zwischenverfügung zur Behebung der aufgezeigten Hindernisse war verfahrensrechtlich zulässig. Alle noch gegenständlichen Beanstandungen, auf deren Prüfung das Beschwerdegericht beschränkt ist (BayObLGZ 1967, 408), stehen der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Beteiligten zu 4 als Gesellschafterin entgegen. Veranlasst ist lediglich eine Klarstellung im Hinblick auf die teils missverständliche Fassung der Zwischenverfügung, die nicht zweifelsfrei erkennen lässt, ob die Mitwirkung von Beteiligten und Mitgesellschaftern erforderlich ist oder Angaben des Notars genügen, um den Mangel auszuräumen (vgl. *Wilke* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 18 Rdnr. 18).

a) Wegen eines Eintragungshindernisses darf eine Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 Satz 1 GBO) nur ergehen, wenn der Mangel des Antrags mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann; denn andernfalls würde dem Antrag infolge der rangwahren Wirkung der Zwischenverfügung (*Wilke* in *Bauer/von Oefele*, GBO, § 18 Rdnr. 21 a) ein Rang zugewiesen, der ihm nicht zukommt (BGH, Rpfleger 2014, 580, 581; BGH, NJW 2014, 1002; Senat vom 2.4.2015, 34 Wx 482/14, juris, Rdnr. 15; OLG Düsseldorf, FamRZ 2015, 1137, 1138; *Demharter*, § 18 Rdnr. 8). Diese Voraussetzung ist hinsichtlich der Beanstandungen des Grundbuchamts erfüllt. Nach-

trägliche Zustimmungserklärungen (§ 182 Abs. 1 BGB) von Mitgesellschaftern zur dinglichen Übertragung von Gesellschaftsanteilen (§§ 413, 398 BGB) wirken gemäß § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Sie verleihen der bis dahin schwebend unwirksamen (BGH, NJW 1954, 1155; *Palandt/Sprau*, 74. Aufl. 2015, § 719 Rdnr. 6; *Keller*, MittBayNot 2007, 96, 98) Anteilsübertragung Rechtswirkung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Anteilsabtretung (MünchKommBGB/*Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 719 Rdnr. 38; OLG München, 31. Zivilsenat, Rpfleger 2008, 643).

b) Das Grundbuch kann auf der Basis von Berichtigungsbevolligungen bei lediglich schlüssiger Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit (§ 19 GBO) oder aufgrund grundsätzlich lückenlosen, besonders formalisierten Nachweises der die Unrichtigkeit des Grundbuchs bedingenden Tatsachen (§ 22 GBO) berichtigt werden (*Kohler* in *Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 7). Vorliegend sind weder die Voraussetzungen der ersten noch die der zweiten Alternative erfüllt.

(1) Für den ersten Weg fehlt es an den erforderlichen Bewilligungen der übrigen im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter der GbR, deren Beteiligung an der Gesellschaft wegen § 899a BGB (Art. 229 § 21 EGBGB) vermutet wird (Senat vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, FGPrax 2010, 279; Senat vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10, FGPrax 2011, 66; OLG Karlsruhe, FGPrax 2012, 247 m. w. N.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 4269); die von den Beteiligten zu 1 bis 4 abgegebenen Bewilligungen stellen keine ausreichende Eintragungsgrundlage dar.

aa) In formeller Hinsicht ist für die (berichtigende) Grundbucheintragung die Bewilligung (§ 19 GBO) auch derjenigen erforderlich, deren grundbuchmäßige Rechtsstellung von der Eintragung formell mitbetroffen wird, mithin auch die Bewilligung derjenigen Betroffenen, deren Buchposition durch die Berichtigung nur möglicherweise eine Beeinträchtigung erfährt (allg. M.; BGHZ 91, 343, 346 m. w. N.; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl. 2015, § 19 Rdnr. 35 ff., § 22 Rdnr. 105, 107; *Kohler* in *Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 18). Das sind jedenfalls bei Eintragung eines Gesellschafterwechsels, der sich durch rechtsgeschäftliche Übertragung des Gesellschaftsanteils vollzogen hat, sämtliche Gesellschafter, wie sie im Grundbuch verlaubar sind (Senat vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10, ZIP 2011, 466; OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384, 385; FGPrax 2012, 247; OLG Frankfurt a. M. vom 31.5.2011, 20 W 444/10, juris, Rdnr. 15; ähnlich OLG Köln, FGPrax 2013, 150; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4270 und 4272; *Demharter*, GBO, § 47 Rdnr. 30; BeckOK-GBO/*Hügel/Reetz*, Stand 1.4.2015, § 47 Rdnr. 101; *Böhlinger*, Rpfleger 2013, 433, 439).

Nichts anderes gilt, wenn – wie hier – der Gesellschaftsanteil nicht an einen außenstehenden Dritten, sondern an einen Mitgesellschafter übertragen wurde (OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384, 385 und FGPrax 2012, 247; a. A. KG, MDR 2015, 719). Die gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO vorzunehmende Eintragung aller Gesellschafter in das Grundbuch dient nicht lediglich der Identifizierung der grundbesitzenden Gesellschaft, sondern bildet gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO Grundbuchinhalt mit den sich hieran anknüpfenden verfahrens- und materiellrechtlichen Konsequenzen. Die Eintragung begründet eine materiellrechtliche (gemäß § 899a Satz 1 BGB positive und negative) Vermutung hinsichtlich der Gesellschaftstellung, so dass an die Eintragung die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 892 ff. BGB geknüpft werden kann (vgl. BT-Drucks. 16/13437, S. 24). Für die grundbuchmäßige Behandlung von Änderungen im Gesellschafterbestand trifft

§ 47 Abs. 2 Satz 2 GBO eine Regelung, mit der nach der Vorstellung des Gesetzgebers die frühere, vor Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR geübte Grundbuchpraxis im Wesentlichen unverändert beibehalten werden kann (BT-Drucks. 16/13437, S. 24). Nach alledem bekundet wie bisher die Buchposition der eingetragenen Gesellschafter nicht nur deren Identität, sondern auch deren Zusammenschluss als Gesellschafter in einer GbR. Bereits aus der Buchposition ergibt sich daher die rechtliche Betroffenheit aller übrigen Mitgesellschafter, die darin gründet, dass materiellrechtlich für eine rechtsgeschäftliche Übertragung eines Gesellschaftsanteils die vorherige oder nachträgliche Zustimmung aller Mitgesellschafter erforderlich ist (MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 27; *Staudinger/Habermeier*, Bearb. 2003, § 719 Rdnr. 8-10; *Palandt/Sprau*, § 719 Rdnr. 6 a, § 736 Rdnr. 1, 7 f.). Ist aber nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung des dinglich Berechtigten notwendig, so bedarf es auch grundbuchrechtlich dessen Eintragungsbewilligung (BGHZ 91, 343, 346). Daran, dass im Grundbuchberichtigungsverfahren neben der Berichtigungsbevollmächtigung des übertragenden sowie des übernehmenden Gesellschafters auch die Bewilligungen aller übrigen Mitgesellschafter vorzulegen sind (vgl. aus der früheren Rechtsprechung OLG Frankfurt, FGPrax 1996, 126 f.; auch *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rdnr. 15; *Wenz*, MittRhNotK 1996, 377, 384; *Zimmermann*, BWNotZ 1995, 73, 82), hat sich durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der AußenGbR (BGHZ 146, 341 ff.) mithin nichts geändert.

Anderes mag gelten für ein – bereits im Gesellschaftsvertrag bedachtes – Ausscheiden eines Gesellschafters unter Anwachsen seines Anteils bei den verbliebenen Gesellschaftern (vgl. hierzu Senat vom 29.1.2013, 34 Wx 370/12, FGPrax 2013, 64; KG, MittBayNot 2012, 219; OLG Jena, NJW-RR 2011, 1236; a. A. *Hügel/Reetz*, § 47 Rdnr. 103). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.

bb) Nur eine solche einzelobjektbezogene Anteilsübertragung gemäß §§ 413, 398 BGB, nicht hingegen eine Erbteilsübertragung gemäß § 2033 Abs. 1 BGB kann Grundlage eines Anteilserwerbs der Beteiligten zu 4 sein. Die Erbteilsübertragung als solche war zum Zeitpunkt ihrer Vereinbarung schon deshalb inhaltsleer, weil gesamthänderisch gebundener Nachlass zu diesem Zeitpunkt infolge der bereits zuvor durchgeführten Auseinandersetzung des Gesamthandvermögens nicht mehr existierte. Eine Erbteilsübertragung ist aber in zeitlicher Hinsicht nur so lange möglich, als hinsichtlich mindestens eines Gegenstands noch eine gesamthänderische Bindung besteht (BGH, NJW 1969, 92; OLG Hamm, DNotZ 66, 745, 746 f.; OLG Düsseldorf, NJW 1977, 1828; MünchKommBGB/*Gergen*, § 2033 Rdnr. 7; *Palandt/Weidlich*, § 2033 Rdnr. 1; *Keller*, MittBayNot 2007, 96). Der Anteil an der GbR gehörte, obwohl er als Teil des von der Erblasserin hinterlassenen Vermögens in den Nachlass fiel (BGHZ 108, 187, 192; BGH, NJW 1996, 1284, 1285), nicht zum Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft. Vielmehr erwarben die Beteiligten zu 1 bis 4 aufgrund der einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags je persönlich einen ihrer Erbquote entsprechenden Teil der Gesellschaftsbeteiligung im Wege der Sondererbfolge (BGH, NJW 1986, 2432; NJW-RR 1991, 837, 839; NJW 1999, 571; OLG Hamburg vom 22.1.2008, 2 U 35/04, juris, Rdnr. 255 mit BGH vom 15.7.2009, IV ZR 29/08, juris; MünchKommBGB/*Schäfer*, § 727 Rdnr. 31-33; *Palandt/Weidlich*, § 2032 Rdnr. 8 und § 1922 Rdnr. 18 f.; *Ivo*, ZEV 2004, 499 ff.; *Böhringer*, Rpfleger 2013, 433, 437 f.).

An dieser materiellen Rechtszuordnung ändert sich nichts durch die hiervon abweichende fehlerhafte Eintragung der Beteiligten als Erbengemeinschaft im Grundbuch. Mit der

Vorlage des privatschriftlichen, eine erbrechtliche Fortsetzungsklausel enthaltenden Gesellschaftsvertrags ist – trotz des grundsätzlich strengen Formerfordernisses gemäß § 29 GBO im Grundbuchverfahren (vgl. BayObLGZ 1991, 301, 305; zum Streitstand *Böhringer*, Rpfleger 2013, 433, 434 m. w. N.) der Nachweis geführt, dass die Erben des ursprünglichen Gesellschafters gemäß ihrer Erbquote in die Gesellschaftstellung nachgerückt sind. Der Senat entnimmt dies trotz des Alters des Gesellschaftsvertrags von mehr als 40 Jahren dem Umstand, dass in allen Erbfällen seit Gesellschaftsgründung – das sind 12 Erbfälle im Zeitraum von 1978 bis 2014 – in dieser Weise verfahren wurde und kein Gesellschafter der Behandlung widersprochen oder die Richtigkeit des Grundbuchs in Zweifel gezogen hat.

cc) Dass es sich bei dem beurkundeten Rechtsgeschäft der Sache nach um eine rechtsgeschäftliche Übertragung der durch Singularsukzession entstandenen Gesellschaftsanteile der Beteiligten zu 1 bis 3 auf die Beteiligte zu 4 und bei der Bezeichnung als Erbteilsübertragung um eine unschädliche Falschbezeichnung (*falsa demonstratio*) handelt, ergibt sich durch Auslegung der beurkundeten Erklärungen gemäß § 133 BGB unter Berücksichtigung des von den Beteiligten übereinstimmend verfolgten Ziels. Die vom Notar für die Beteiligten abgegebene Erklärung zur Auslegung stimmt hiermit überein.

Zur Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Gesellschaftsanteile bedarf es bei dieser Sachlage mithin der Bewilligung aller (übrigen) Gesellschafter.

(2) Auch die Voraussetzungen für den zweiten Weg sind nicht erfüllt. Die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 Abs. 1 GBO setzt neben dem Nachweis der Unrichtigkeit voraus, dass der Antragsteller alle Möglichkeiten ausräumt, die der Richtigkeit der beantragten neuen Eintragung entgegenstehen würden (BayObLGZ 1991, 301, 302; BayObLG, Rpfleger 1992, 19; OLG Hamm, Rpfleger 1989, 148; *Demharter*, § 22 Rdnr. 37; *Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 171 und 174). Das unrichtig gewordene Grundbuch darf nur in der Weise berichtigt werden, dass es den geänderten Rechtszustand insgesamt richtig wiedergibt (BayObLG, NJW-RR 1995, 272; OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62 Leitsatz 1). Zwar wurde das Grundbuch infolge der erbrechtlichen Nachfolge in das Vermögen der Erblasserin (§ 1922 Abs. 1 BGB) und des Weiteren infolge der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses unter den Verfahrensbeteiligten (§ 47 Abs. 1 GBO) als Erbengemeinschaft unrichtig. Hingegen ist nicht nachgewiesen, dass die Beteiligte zu 4 die Gesellschaftsanteile der Beteiligten zu 1 bis 3 rechtswirksam erworben hat.

aa) Die gegenständliche Alteintragung im Grundbuch weist gemäß § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 EGBGB die GbR als unmittelbare Rechtsträgerin aus (BGH, NJW 2006, 3716), welche gemäß dem Gesellschaftsvertrag unberührt vom Ausscheiden einzelner Gesellschafter fortgesetzt wird und somit Eigentümerin geblieben ist. Das Grundbuch wird aber wegen § 47 Abs. 2 GBO bei unzutreffender Bezeichnung der Gesellschafter (§ 899a BGB) als unrichtig (§ 22 GBO, § 894 BGB) behandelt mit der Folge, dass die Berichtigung des Gesellschafterbeschreibs im Grundbuch entsprechend § 22 GBO zulässig ist (Senat vom 29.1.2013, 34 Wx 370/12, FGPrax 2013, 64; *Kohler in Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 118 und 120-122).

bb) Der Nachweis eines Gesellschafterwechsels von den Beteiligten zu 1 bis 3 auf die Beteiligte zu 4 als Voraussetzung für die beantragte Berichtigungseintragung ist nicht geführt.

An dessen Erbringung sind strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Wahrscheinlichkeitsgrad genügt nicht. Freilich brauchen ganz entfernte Möglichkeiten, welche die Richtigkeit der begehrten Eintragung in Frage stellen könnten, nicht widerlegt zu werden (BayObLGZ 1995, 413, 416; *Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 171). Hier aber besteht die naheliegende und nicht ausgeräumte Möglichkeit, dass eine Anteilsübertragung nur mit anlassbezogener Zustimmung eines Quorums von 9/12 der aktuellen Gesellschafter rechtswirksam möglich ist (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4272; *Keller*, MittBayNot 2007, 96, 97 f.).

Die Übertragung der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft gemäß §§ 413, 398 BGB bedarf als dingliches Grundlagengeschäft der Zustimmung aller Mitgesellschafter, wenn sie nicht bereits im Gesellschaftsvertrag selbst in genereller Form oder für besondere Fälle zugelassen ist (BGH, NJW 1954, 1155, 1156 für die GbR; BGHZ 81, 82, 84 für die KG; MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 27; *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 105 Rdnr. 70; DNotI-Report 1997, 59, 60). Der Gesellschaftsvertrag kann dabei auch – wie hier – Mehrheitsklauseln vorsehen (MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 27 f.; *Baumbach/Hopt*, a. a. O.). Mit einer erbrechtlichen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag ist die Zustimmung der verbleibenden Gesellschafter zur Anteilsübertragung für den Erbfall in allgemeiner Form erteilt (MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 27). An diese Zustimmung sind auch die Gesellschaftererben gebunden, § 1922 BGB.

Es kommt deshalb darauf an, ob die in § 5 Ziffer 2 Satz 1 GV „für den Erbfall“ generell erteilte Zustimmung auch den vorliegenden Sachverhalt der Anteilsübertragung unter Miterben umfasst. Grundsätzlich lassen sich Gesellschaftsverträge hinsichtlich derjenigen Vertragsbestandteile, welche – wie hier § 5 Ziffer 2 Satz 1 GV – das personalistische Element der Gesellschaft betreffen, individuell nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB auslegen (BGH, NJW-RR 1991, 837, 839; NJW 1993, 3193, 3194; MünchKommBGB/Ulmer, § 705 Rdnr. 171 ff.), was es nahelegen könnte, nicht streng am formalen Wortlaut zu haften, welcher den Regelungssachverhalt eng als „Erbfall“ beschreibt. Im Grundbuchverfahren sind allerdings der Ermittlung des Parteiwillens mit Blick auf den verfahrensbeherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen Grenzen gesetzt (BayObLGZ 1984, 122, 124; Senat vom 28.7.2014, 34 Wx 240/14, FamRZ 2015, 1139). Danach darf auf die Auslegung nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Entsprechend dürfen für die Auslegung Umstände außerhalb der schriftlich niedergelegten Vertragsfassung nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalles für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. BGHZ 92, 351, 355; BGHZ 113, 374, 378; BGH, ZWE 2013, 402, 403; Senat, a. a. O.; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.).

Nach diesen Maßstäben kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass die im Gesellschaftsvertrag erteilte Zustimmung die vorliegende Anteilsübertragung umfasst.

Der Wortlaut des Gesellschaftsvertrags betrifft diese Konstellation nicht. Die Bestimmung in § 5 Ziffer 2 Satz 1 GV gibt einen Sinn auch in der Weise, dass die Gesellschafter ihr lediglich eine klarstellende Funktion beigemessen haben, um den Konflikt zwischen der einfachen erbrechtlichen Nach-

folgeklausel gemäß § 4 Ziffer 6 GV und dem Zustimmungserfordernis gemäß § 5 Ziffer 1 GV unmissverständlich zu regeln. Bei Abschluss des Vertrags im Jahr 1971 waren die sich aus der Verzahnung von Gesellschafts- und Erbrecht bei der erbrechtlichen Nachfolge in den Gesellschaftsanteil einer Personengesellschaft ergebenden rechtlichen Probleme weit weniger durchdrungen als heute; die Meinungsbildung in Literatur und Rechtsprechung befand sich offensichtlich in einem nicht abgeschlossenen Stadium der Entwicklung (vgl. *Schmidt*, BWNotZ 1983, 102). Dass die Gründungsgesellschafter, zu denen auch ein Rechtsanwalt gehörte, eine Klarstellung als zweckmäßig angesehen haben, liegt deshalb nicht fern. Dass sie darüber hinaus die rechtsgeschäftliche Übertragung unter Miterben einer Regelung unterwerfen wollten, erscheint demgegenüber schon deshalb eher zweifelhaft, weil dieser Sachverhalt mit dem Begriff des „Erbfalls“ nicht zutreffend beschrieben, sondern – auch nach dem Verständnis der Beteiligten – allenfalls angedeutet ist. Hätten die Gründungsgesellschafter eine generelle Zustimmung nicht nur zur Nachfolge des/der Erben in den Gesellschaftsanteil, sondern auch zur Übertragung unter den Miterben erteilen wollen, hätte es nahegelegen, eine entsprechend ausführlichere Sachverhaltsbeschreibung zu wählen und genau darzustellen, welche Übertragungsfälle unter Miterben als generell zulässig angesehen werden.

Auch über eine im Grundbuchverfahren nicht gänzlich ausgeschlossene (vgl. BGH, NJW 2004, 3413; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 29, § 53 Rdnr. 4) ergänzende Vertragsauslegung wird kein anderes Ergebnis erzielt. Eine solche erscheint vielmehr als unzulässig, weil eine Regelungslücke nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann. Voraussetzung wäre, dass die Gründungsgesellschafter bei Vertragsschluss die spätere Entwicklung, nämlich eine Beerbung durch mehrere Miterben, nicht in Betracht gezogen haben und die unterlassene Regelung hierauf beruht. Da aber der Eintritt einer solchen Situation in § 4 Ziffer 6 Satz 1 Alt. 2 GV angesprochen und des Weiteren in § 4 Ziffer 6 Satz 2 GV dahingehend geregelt ist, dass die mehreren (5) Miterben einen Bevollmächtigten zu bestellen haben, fehlen schon Anhaltspunkte für eine „planwidrige Unvollständigkeit“ (BGHZ 127, 138, 142). Daher ist es keineswegs ausgeschlossen, dass die Vertragsparteien eine weiterreichende generalisierende Regelung dazu bewusst unterlassen haben.

Die im Grundbuchverfahren verbleibenden Unklarheiten und Zweifel gehen zulasten der Antragsteller (*Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 174).

cc) Aus diesen Gründen bedarf es eines Nachweises über das Erreichen des Zustimmungsquorums (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4272; *Kohler* in *Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 212). Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts bezeichnet die hierfür notwendigen Unterlagen, nämlich die Zustimmungserklärungen selbst nebst Angaben über die Größe des jeweiligen Gesellschaftsanteils, zutreffend.

dd) Darüber hinaus sind bei dem vorliegenden Sachverhalt Bestätigungserklärungen der aktuellen Gesellschafter (selbst) hinsichtlich des unveränderten Fortbestands des Gesellschaftsvertrags erforderlich.

In der Rechtsprechung werden unterschiedliche Ansichten darüber vertreten, welche tatsächlichen Umstände Anlass für eine Fortgeltungsbestätigung geben. Während das AG Stuttgart mit Beschluss vom 28.3.1967 das Verlangen eines Fortbestehensnachweises bei einem notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag für „überspitzt“ gehalten hatte (BWNotZ 1967, 214), entschied das LG Tübingen am 22.12.1981, dass

bei einem ca. drei Jahre alten, notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag schon wegen des seit Vertragsabschluss verstrichenen Zeitraums ein formgerechter Nachweis über die Fortgeltung zu erbringen sei (BWNNotZ 1982, 168, 169). In Abgrenzung hierzu befand das LG Tübingen am 15.1.1986 in Bezug auf eine kapitalistisch organisierte GbR, dass eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags in Anbetracht der faktischen Schwierigkeiten einer Vertragsänderung, resultierend aus dem Erfordernis der Einstimmigkeit aller Gesellschafter, und unter Berücksichtigung der Interessenlage der Gesellschafter als äußerst entfernt liegende und daher nur theoretische Möglichkeit anzusehen sei (BWNNotZ 1986, 69 f.).

Die letztgenannten Entscheidungen wurden in der Literatur teils positiv aufgenommen. Ausgehend von einem Erfahrungssatz, wonach Gesellschaftsverträge wegen eines fortlaufenden Anpassungsbedarfs an die aktuellen personellen und finanziellen Verhältnisse einem häufigeren Wandel unterworfen seien, dürfe nach allgemeiner Lebenserfahrung ein unverändertes Fortbestehen des Gesellschaftsvertrags nach Ablauf von „mehreren Jahren“ nicht mehr angenommen werden (*Meikell/Böttcher*, GBO, § 22 Rdnr. 124; *Kohler in Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 212; DNotI-Report 2001, 80, 81). Demgegenüber wird aber auch die Ansicht vertreten, dass ein Fortgeltungsnachweis nur verlangt werden könne, wenn wegen konkreter Tatsachen und nicht schon wegen der bloß theoretischen Möglichkeit einer – nur einstimmig möglichen – Vertragsänderung Zweifel am unveränderten Fortbestand bleiben (*Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 143; *Knothe in Bauer/von Oefele*, GBO, § 29 Rdnr. 59a a. E.; *Jaschke*, DNotZ 1992, 160, 163; vgl. auch Senat vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14, Rpfleger 2014, 198, 199; BayObLGZ 1997, 307, 310 m. w. N., jeweils für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung).

Schon der Umstand, dass die gegenständliche GbR – wie ihrem Wesen entsprechend üblich – personalistisch geprägt ist, rechtfertigt nach einem gewissen Zeitablauf nicht mehr die Annahme, dass der Gesellschaftsvertrag unverändert fortbesteht. Während die jahrzehntelange Beibehaltung der erbrechtlichen Fortsetzungsklausel aus dem Grundbuchinhalt selbst hervorgeht und insoweit Zweifel an der unveränderten Fortgeltung nicht angezeigt sind (siehe oben zu 2. b) (1) bb)), bestehen doch wegen gleichfalls aus dem Grundbuch ersichtlichen tatsächlichen Umständen Bedenken gegen die Annahme, der Gesellschaftsvertrag gelte auch in seinem übrigen Inhalt unverändert fort. An die Stelle der ursprünglich 12 Gesellschafter sind in der Zwischenzeit infolge mehrfacher Erbgänge 30 Personen getreten. Schon die mit dieser Entwicklung verbundene Vermehrung der Gesellschaftsanteile, welche das Zusammenwirken der Gesellschafter zunehmend erschwert, können nach der Lebenserfahrung Anlass dafür geben, die Gesellschaftsgrundlage neu zu regeln. Aus der Grundakte ist zudem nichts dafür ersichtlich, dass die Gesellschafter nach der Bestimmung in § 5 Satz 2 GV verfahren. Auch die Beteiligten selbst haben offenbar keinen Bevollmächtigten bestellt. Dass der Gesellschaftsvertrag vollständig mit dem ursprünglichen Inhalt fortbestehe, kann bei dieser Sachlage aus tatsächlichen Gründen nicht angenommen werden. Deshalb bedarf es einer Erklärung aller eingetragenen ursprünglichen Gesellschafter sowie der Erben und Erbeserben (vgl. OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62, 63) über den aktuellen Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Da dessen ursprünglicher Inhalt mit dem privatschriftlichen Vertrag hinreichend nachgewiesen ist und bei Fehlen einer nachträglichen Abänderung fort gilt, wäre es allerdings auch ausreichend, wenn die Gesellschafter übereinstimmend erklären, von einer Änderung keine Kenntnis zu haben.

Die Zustimmungserklärungen und die weiteren Erklärungen über tatsächliche Umstände sind in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, also durch öffentliche Urkunde, nachzuweisen, da es sich nicht um Erklärungen im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO handelt (Senat vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, FGPrax 2010, 279, 280; vgl. zum Formerfordernis beim Nachweis der – abgeänderten – Vertretungsbefugnis eines GbR-Gesellschafters OLG Celle, MDR 2013, 770).

(...)

### Anmerkung:

Dem Beschluss des OLG München kann in Ergebnis und Begründung weitgehend zugestimmt werden.

### 1. Zur materiellen Rechtslage

a) Der Gesellschaftsvertrag enthielt für den Fall des Todes eines Gesellschafters eine sogenannte „einfache Nachfolgeklausel“ mit der Folge, dass der Gesellschaftsanteil der Erblasserin dadurch vererblich gestellt wurde und auf deren Miterben überging, jedoch nach ganz h. M. – abweichend vom Grundsatz der Universalsukzession (§ 1922 Abs. 1, § 2032 Abs. 1 BGB) – nicht zur gesamthänderischen Berechtigung in Erbengemeinschaft; vielmehr erwarb jeweils im Wege der Sondererbfolge persönlich jeder Miterbe einen seiner Erbquote entsprechenden Teil der vererbten Gesellschaftsbeteiligung.<sup>1</sup> Eine Erbengemeinschaft kann nach ganz h. M. nicht Gesellschafterin einerwerbenden GbR sein.<sup>2</sup> Die entsprechende Eintragung im Grundbuch war unrichtig.

b) Die vom Notar beurkundete „Erteilsübertragung“ konnte, was den Übergang der Gesellschaftsanteile betraf, von vorneherein nur ins Leere gehen, da sich die durch Sondererbfolge erworbenen Teilgesellschaftsanteile nie im gesamthänderisch gebundenen Nachlass befanden und die Erteilsübertragung die Gesellschaftsanteile damit dinglich nie erfasst hätte.<sup>3</sup> Auf die Frage, ob der übrige Nachlass bei der Erteilsübertragung bereits auseinandergesetzt war, kommt es dafür überhaupt nicht an. Der erste Leitsatz des Beschlusses des OLG München ist deshalb insofern missverständlich.

c) Angesichts des festgestellten übereinstimmenden Willens aller Beteiligten, dass der Erwerber die Gesellschaftsbeteiligung allein fortsetzen sollte, und der gebotenen Auslegung ihrer Erklärungen (§ 133 BGB) ist dem Gericht jedoch darin uneingeschränkt zuzustimmen, dass es sich bei der „Erteilsübertragung“ lediglich um eine unschädliche versehentliche Falschbezeichnung einer in Wirklichkeit gewollten rechtsgeschäftlichen Übertragung (§§ 413, 398 BGB) der Gesellschaftsanteile handelte, sodass allein die wirklich gewollte Gesellschaftsanteilsübertragung rechtlich maßgeblich ist (*falsa demonstratio non nocet*).<sup>4</sup>

d) Eine solche Übertragung ist jedoch nach allgemeiner Meinung wegen des höchstpersönlichen Charakters des Zusammenschlusses der Mitglieder in einer Personengesell-

<sup>1</sup> Siehe nur: MünchKommBGB/Schäfer, 6. Aufl., § 727 Rdnr. 31 ff.

<sup>2</sup> MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, § 705, Rdnr. 81 m. w. N.; anders bei einer Liquidationsgesellschaft im Fall des § 727 BGB, Palandt/Sprau, 75. Aufl., § 727 Rdnr. 1.

<sup>3</sup> Palandt/Weidlich, § 2032 Rdnr. 8; § 2033 Rdnr. 6; Ivo, ZEV 2004, 499, 500.

<sup>4</sup> Siehe nur Palandt/Ellenberger, § 133 Rdnr. 8 m. w. N.

schaft<sup>5</sup> nur mit Zustimmung der Mitgesellschafter möglich.<sup>6</sup> Diese kann bereits vorab generell im Gesellschaftsvertrag erteilt werden.<sup>7</sup> Das alles gilt nicht nur bei Übertragung des Gesellschaftsanteils auf einen Dritten, sondern auch bei Übertragung auf einen Mitgesellschafter.<sup>8</sup> Zwar müssen sich in letzterem Fall die anderen Gesellschafter gegen ihren Willen keinen Dritten als Gesellschafter aufdrängen lassen, den sie sich nicht als Vertragspartner ausgesucht haben.<sup>9</sup> Dennoch ist der – unveränderte – Bestand der Gesellschafter bei der personalistischen GbR Gesellschaftsgrundlage<sup>10</sup> und kann sich die Rechtsstellung der Mitgesellschafter bei einer internen Anteilsübertragung auch sonst verschlechtern, etwa durch Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse oder Verschlechterung der Haftungssituation bei Ausscheiden eines solventen Mitgesellschafters.

e) Im entschiedenen Sachverhalt enthielt der Gesellschaftsvertrag die Regelung, dass zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen die Zustimmung der übrigen Gesellschafter mit einer qualifizierten Mehrheit erforderlich sei.<sup>11</sup> Darauf folgte im Vertragstext die auslegungsbedürftige Klausel: „Dies gilt nicht im Erbfall.“ Die auf Ebene des materiellen Rechts vorzunehmende allgemeine Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB zur Ermittlung des wirklichen Willens der Vertragsschließenden<sup>12</sup> würde – mangels anderer Anhaltspunkte – wohl zum selben Ergebnis führen wie die vom OLG München unter den eingeschränkten Bedingungen des Grundbuchverfahrens vorgenommene Auslegung.<sup>13</sup> Die vom Gericht angeführten Argumente sprechen zu Recht dafür, dass die fragliche Klausel eine über eine bloße Klarstellung hinausgehende Bedeutung nicht haben sollte. Anderenfalls wäre höchst unklar, welche Übertragungen „im Erbfall“ überhaupt erfasst sein sollen: Vermächtniserfüllungen oder auch – untechnisch gesprochen – Erbauseinandersetzungen wie hier oder gar die erste Übertragung durch einen Erben an einen Dritten?

## 2. Die grundbuchverfahrensrechtliche Situation

a) Der von den Beteiligten gestellte Antrag auf Grundbuchberichtigung wegen der Gesellschaftsanteilsübertragung konnte nur Erfolg haben bei Vorliegen der notwendigen Berichtigungsbewilligungen, § 19 GBO, oder aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO. Auch wenn – hier gemäß § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 EGBGB<sup>14</sup> – durch die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch die GbR selbst als Rechtsträgerin ausgewiesen wird und sich durch die Anteilsübertragung diese Rechtsträgerschaft nicht verändert hat, gilt bei Veränderungen im Gesellschafterbe-

stand das Grundbuch als unrichtig, §§ 899a Satz 2, 894 BGB, und gelten die Vorschriften der GBO über die Grundbuchberichtigung entsprechend, § 47 Abs. 2 Satz 2 BGB.<sup>15</sup>

b) Zur Berichtigung aufgrund Bewilligung ist, bei schlüssiger Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit, die Bewilligung all derer erforderlich, deren grundbuchmäßige Rechtsstellung von der Eintragung betroffen wird, also bei denen ein grundbuchmäßiges Recht beeinträchtigt wird oder werden kann.<sup>16</sup> Betroffen ist jedenfalls der veräußernde Gesellschafter. Fraglich ist, ob dies auch für die übrigen, im Grundbuch eingetragenen<sup>17</sup> Gesellschafter gilt.

Für denselben Fall der Übertragung des Gesellschaftsanteils an einen Mitgesellschafter hatte das KG<sup>18</sup> kürzlich entschieden, dass – wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters aufgrund Kündigung unter Anwachsung seines Anteils bei den verbleibenden Gesellschaftern<sup>19</sup> – die Bewilligung der übrigen Gesellschafter nicht erforderlich sei. Denn diese würden hier allenfalls als Begünstigte in ihrer buchmäßigen Rechtsposition betroffen. Das OLG München folgt dieser Auffassung zu Recht nicht. Der BGH<sup>20</sup> hatte ausdrücklich festgestellt: Ist nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung des Drittberechtigten notwendig, so ist auch grundbuchrechtlich dessen Eintragungsbewilligung nötig.<sup>21</sup> Auch das Argument der Nachweismediatisierung<sup>22</sup> spricht für diese Auffassung: Nur alle eingetragenen Gesellschafter gemeinsam vermitteln der GbR das im Grundbuch eingetragene Recht, deshalb sind bei einer Änderung des Gesellschafterbestandes durch Anteilsübertragung auch alle Gesellschafter in ihrer Buchposition betroffen, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt.<sup>23</sup>

Interessant ist übrigens in diesem Zusammenhang noch, dass der 34. Zivilsenat wegen der materiellrechtlichen Rückwirkung (§ 184 Abs. 1 BGB)<sup>24</sup> der Zustimmung der Mitgesellschafter zur Anteilsübertragung das Grundbuchamt für befugt hält, eine Zwischenverfügung zur Beibringung der Bewilligungen der Mitgesellschafter zu erlassen, und sie damit offenbar als nur mittelbar Betroffene ansieht.<sup>25</sup> Derselbe Senat hatte dies zuletzt noch anders gesehen,<sup>26</sup> ohne dass in der vor-

<sup>5</sup> MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 27.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 29.6.1981, II ZR 142/80, BGHZ 81, 82; MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 27.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 28.4.1954, II ZR 8/53, BGHZ 13, 179, 184; MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 27.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 29.6.1981, II ZR 142/80, BGHZ 81, 82. Erstaunlicherweise wird das aber trotz unterschiedlicher Interessenlage – soweit ersichtlich – kaum diskutiert.

<sup>9</sup> Vgl. BeckOK-BGB/Schöne, Stand 1.2.2016, § 719 Rdnr. 8.

<sup>10</sup> Palandt/Sprau, Vorbem. vor § 723 Rdnr. 1.

<sup>11</sup> Die Vereinbarung solcher Mehrheitsklauseln ist zulässig, MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 28.

<sup>12</sup> MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, § 705 Rdnr. 171ff.; BeckOK-BGB/Schöne, § 705 Rdnr. 70.

<sup>13</sup> BayObLG, Beschluss vom 23.5.1984, BReg. 2 Z 28/84, BayObLGZ 1984, 122, 124.

<sup>14</sup> Siehe auch BGH, Urteil vom 25.9.2006, II ZR 218/05, NJW 2006, 3716.

<sup>15</sup> OLG München, Beschluss vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10, DNotZ 2011, 769.

<sup>16</sup> BGH, Beschluss vom 14.6.1984, V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346.

<sup>17</sup> Die Bewilligungsberechtigung der eingetragenen Gesellschafter wird nach ganz h. M. gemäß § 899a Satz 1 BGB im Grundbuchverfahren auch bei Änderungen im Gesellschafterbestand vermutet, *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 4269 m. w. N.

<sup>18</sup> KG, Beschluss vom 30.4.2015, 1 W 466/15, FGPrax 2015, 153, mit abl. Anm. *Bestelmeyer*.

<sup>19</sup> OLG Jena, Beschluss vom 23.6.2011, 9 W 181/11, FGPrax 2011, 226; OLG München, Beschluss vom 29.1.2013, 34 Wx 370/12, FGPrax 2013, 64, jedenfalls bei Nachweis des Fortbestehens der Gesellschaft.

<sup>20</sup> BGH, Beschluss vom 14.6.1984, V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346.

<sup>21</sup> So auch OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.10.2009, 3 W 116/09, NJW 2010, 384; BeckOK-GBO/Hügel, Stand 1.2.2016, Rdnr. 100, 102.

<sup>22</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4270; BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393, 395.

<sup>23</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 4270, 4272.

<sup>24</sup> MünchKommBGB/Schäfer, § 719 Rdnr. 38.

<sup>25</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 433.

<sup>26</sup> OLG München, Beschluss vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10, DNotZ 2011, 769.

liegenden Entscheidung darauf eingegangen wurde: Die Mitgesellschafter wurden damals als unmittelbar Betroffene angesehen, sodass eine Zwischenverfügung zur Beibringung ihrer Bewilligungen als unzulässig angesehen wurde. M. E. ist die aktuelle Auffassung richtig: Unmittelbar betroffen ist nur der verfügende Gesellschafter.

c) Hinsichtlich des alternativ möglichen Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 Abs. 1 GBO) sieht das OLG den strengen<sup>27</sup> Nachweis einer – auch ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter – wirksamen Anteilsübertragung als nicht hinreichend geführt an. Dem ist beizupflichten. Zwar steht dem nach ständiger Rechtsprechung nicht entgegen, dass nur ein privatschriftlicher Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden konnte.<sup>28</sup> Die aufgrund der auslegungsbedürftigen „Erbfallklausel“ verbleibenden Zweifel und Unklarheiten (siehe oben) gehen aber zu Lasten der Antragsteller.<sup>29</sup> Das Gericht fordert daher zum Vollzug der Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises die Zustimmung der anderen Gesellschafter und gegebenenfalls zum Nachweis des Zustimmungsquorums Angaben über die Größe der Gesellschaftsanteile sowie eine „Fortgeltungsbestätigung“ aller eingetragenen Gesellschafter bezüglich des – schon recht alten – Gesellschaftsvertrages, und zwar jeweils in öffentlicher Urkunde, § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO. Letztlich führt dies dazu, dass – wie bei der Berichtigung aufgrund Bewilligungen – auch in diesem Fall alle Gesellschafter Erklärungen beim Notar abgeben müssen, hier sogar in strengerer Form. Aus meiner Sicht kann mit der wohl h. M.<sup>30</sup> eine Fortgeltungsbestätigung nur bei Vorliegen aufgrund konkreter Tatsachen begründeter Zweifel an der Fortgeltung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages verlangt werden, und zwar unabhängig davon, in welcher Form der Gesellschaftsvertrag geschlossen wurde. Denn mit den vom OLG vorgebrachten Argumenten würde das Grundbuchamt eine solche Bestätigung nahezu standardmäßig verlangen können und damit den Grundbuchverkehr unnötig erschweren. Wie lange insbesondere der „gewisse Zeitablauf“ seit Errichtung des Gesellschaftsvertrages dauern soll, der das Anfordern der Bestätigung nach Ansicht des OLG rechtfertigt, bleibt zudem offen.

Notar Konrad Lautner, München

<sup>27</sup> Bauer/von Oefele/Kohler, GBO, 3. Aufl. 2013, § 22Rdnr. 171 m. w. N.

<sup>28</sup> BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, Az.: 2 BReg. Z 93/91, BayObLGZ 1991, 301, 305 f.; Bauer/von Oefele/Knothe, GBO, § 29 Rdnr. 59d m. w. N.

<sup>29</sup> Bauer/von Oefele/Kohler, § 22 Rdnr. 174.

<sup>30</sup> Z. B.: Bauer/von Oefele/Knothe, GBO, § 29 Rdnr. 59a a. E.; BeckOK GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 155; BayObLG, Beschluss vom 16.10.1997, 2Z BR 94/97, DNotZ 1998, 811, 814.

8. BGB § 1603 Abs. 1, § 1609 Nr. 2, § 1615I Abs. 1 (*Abzug eines Betreuungsunterhalts bei Ermittlung der Leistungsfähigkeit für Elternunterhalt*)

**1. Bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit für die Zahlung von Elternunterhalt ist ein von dem Unterhaltspflichtigen zusätzlich geschuldeter Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB als – gemäß § 1609 Nr. 2 BGB vorrangige – sonstige Verpflichtung im Sinne des § 1603 Abs. 1 BGB von dessen Einkommen abzuziehen. Auf einen Familienselbstbehalt kann sich der in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebende Unterhaltspflichtige nicht berufen.**

**2. Ein elternbezogener Grund zur Verlängerung des Betreuungsunterhalts kann auch darin liegen, dass ein Elternteil das gemeinsame Kind im weiterhin fort-dauernden Einvernehmen mit dem anderen persönlich betreut und deshalb voll oder teilweise an einer Erwerbstätigkeit gehindert ist. Die Mitwirkung an einer solchen Gestaltung der nichtehelichen Gemeinschaft ist dem Pflichtigen im Verhältnis zu seinen unterhaltsberechtigten Eltern nach Treu und Glauben nur dann verwehrt, wenn sie rechtsmissbräuchlich erscheint (im Anschluss an Senat, NJW 2007, 2412 = FamRZ 2007, 1081).**

BGH, Beschluss vom 9.3.2016, XII ZB 693/14

Der Antragsteller begehrt als Sozialhilfeträger vom Antragsgegner Elternunterhalt aus übergegangenem Recht für den Zeitraum ab Januar 2012.

Der Antragsgegner ist der Sohn des im Jahre 1941 geborenen S., der seit Anfang 2010 von einem Pflegeeltern in der eigenen Wohnung betreut und versorgt wird. S. bezieht von dem Antragsteller laufende Sozialhilfe nach §§ 61 ff. SGB XII (Hilfe zur Pflege). Der Antragsgegner, der Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit, Gewerbe, Vermietung und Verpachtung sowie aus Kapital erzielt, lebt seit 2007 in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, aus der eine im Dezember 2008 geborene Tochter hervorgegangen ist. Die Lebensgefährtin des Antragsgegners ist geschieden. Zwei aus ihrer Ehe stammende minderjährige Kinder leben ebenfalls im gemeinsamen Haushalt.

Das AG hat dem Antragsgegner einen monatlichen Betrag von 1.500 € (für 2012) und 1.600 € (ab 2013) zuzüglich der Hälfte seines darüber hinausgehenden Einkommens als Selbstbehalt zugebilligt. Auf der Grundlage eines unterhaltsrechtlich bereinigten Einkommens von 2.147,88 € (2012) bzw. 2.234,88 € (ab 2013) hat es den Antragsgegner verpflichtet, ab dem 1.7.2014 einen laufenden Unterhalt i. H. v. 318 € und für die Zeit vom 1.1.2012 bis 30.6.2014 einen Unterhaltsrückstand i. H. v. 9.060 € nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das OLG die Unterhaltspflicht auf den beantragten Unterhalt begrenzt und ihn verpflichtet, an den Antragsteller ab dem 1.12.2014 einen laufenden Unterhalt von 271 € monatlich und einen rückständigen Unterhalt von 9.569 € nebst Zinsen zu zahlen. Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

## II.

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

I. Das OLG hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Die Beschwerde habe nur Erfolg, soweit das AG dem Antragsteller mehr zugesprochen habe, als von diesem beantragt worden sei. Die Unterhaltsansprüche des S. seien gemäß § 94 Abs. 1 SGB XII auf den Antragsteller übergegangen. Er habe für S. seit Anfang 2012 monatlich zwischen 976,94 € und 958,61 € an Sozialhilfeleistungen erbracht. Die vom AG durchgeführte Unterhaltsberechnung enthalte jedenfalls keine Fehler, die sich zum Nachteil des Antragsgegners auswirkten.

Das AG habe es zu Recht abgelehnt, auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft zwischen dem Antragsgegner und seiner Lebensgefährtin die vom BGH für die Berechnung von Elternunterhalt entwickelten Grundsätze zur Einbeziehung von Ehegatten des in Anspruch genommenen Kindes, die mit diesem in häuslicher Gemeinschaft leben, entsprechend anzuwenden. Sei aus einer nichtehelichen Beziehung des Unterhaltspflichtigen ein Kind hervorgegangen, könne er finanzielle Verpflichtungen gegenüber dem anderen Elternteil seines Kindes nur dann als Abzugsposten geltend machen, wenn und soweit eine Unterhaltsverpflichtung gemäß § 1615I Abs. 1

und 2 BGB bestehe, und zwar auch dann, wenn er Naturalunterhalt leiste. Da das gemeinsame Kind bereits im Dezember 2011 das dritte Lebensjahr vollendet habe, bestünde für die nachfolgende Zeit ein Unterhaltsanspruch gemäß § 1615I Abs. 2 Satz 4 und 5 BGB jedoch nur, wenn unter Berücksichtigung der Belange des Kindes und bestehender Kinderbetreuungsmöglichkeiten aus Billigkeitsgründen weiter Unterhalt zu zahlen wäre. Kindbezogene oder elternbezogene Umstände, die danach eine Verlängerung der Unterhaltspflicht des Antragsgegners gegenüber seiner Lebensgefährtin rechtfertigen könnten, seien jedoch nicht vorgetragen worden.

Eine Gleichstellung mit der Ehe für den Bereich des Elternunterhalts scheide aus. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung des BGH ihre Grundlage in der rechtlichen Verpflichtung der Ehegatten habe, gemäß § 1360 BGB zum Familienunterhalt beizutragen. Eine entsprechende rechtliche Verpflichtung treffe dagegen Partner, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebten, nicht. Solche Partner würden entsprechende rechtliche Verpflichtungen gerade nicht begründen wollen. Daher sei es nicht gerechtfertigt, sie in einem Teilbereich, in dem es für die nichteheliche Lebensgemeinschaft wirtschaftlich günstiger wäre – letztlich gegen ihre eigene grundsätzliche Entscheidung – mit einer Ehe und den daraus resultierenden Rechten und Pflichten gleichzusetzen. Den Partnern in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehe daher, anders als zusammenlebenden Ehegatten, ein Familienselbstbehalt nicht zu.

Die vom Antragsgegner geltend gemachten Aufwendungen für seine Lebensgefährtin und ihre Kinder aus geschiedener Ehe könnten auch nicht unter dem Aspekt der Wahrung seines tatsächlichen Lebensstandards berücksichtigt werden. Der angemessene Bedarf des in Anspruch genommenen Kindes sei allerdings grundsätzlich nach den konkreten Umständen und unter Berücksichtigung seiner besonderen Lebensverhältnisse zu ermitteln, weil es sich bei dem Anspruch auf Elternunterhalt um einen rechtlich vergleichsweise schwach ausgestalteten Anspruch handele. Deshalb stehe dem Unterhaltspflichtigen im Verhältnis zu seinen Eltern ein höherer Selbstbehalt zu. Zum anderen sei nach der Rechtsprechung des BGH das nach Abzug des höheren Selbstbehalts verbleibende einzusetzende Einkommen im Regelfall nur etwa zur Hälfte für den Elternunterhalt heranzuziehen. Maßgebend sei die Lebensstellung, die dem Einkommen, Vermögen und sozialen Rang des Verpflichteten entspreche. Der Aufwand, der darin liege, dass dritten Personen Unterhalt – egal ob in Form von Zahlungen oder in Form von Naturalleistung – gewährt werde, sei nur zu berücksichtigen, wenn eine rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltsleistung bestehe und der Begünstigte den unterhaltsbedürftigen Eltern nach § 1609 BGB im Rang vorgehe. Andernfalls käme es zu einem nicht zu rechtfertigenden Wertungswiderspruch zur gesetzlichen Rangfolgenregelung.

Aus den dargelegten Gründen verbiete es sich auch, bei dem Antragsgegner einen erhöhten Wohnbedarf zu berücksichtigen. In den von dem AG zutreffend herangezogenen Selbstbehaltssätzen sei jeweils bereits ein Betrag von 450 € für Unterkunft und Heizung enthalten. Weiter beinhalte der für das gemeinsame Kind als Abzugsposten berücksichtigte Unterhalt einen Anteil von zwanzig Prozent, bemessen nach dem Unterhaltsbedarf i. H. v. 381 € also i. H. v. 76,20 €, als Wohnbedarf. Es würde somit insgesamt ein Betrag von 526,20 € berücksichtigt. Der Antragsgegner mache tatsächlich Wohnaufwendungen i. H. v. 840 € pro Monat geltend. Der Differenzbetrag von 313,80 € sei nach dem Vorbringen des Antragsgegners dadurch verursacht, dass er auch den Wohnbedarf seiner Lebensgefährtin und ihrer Kinder aus ge-

schiedener Ehe befriedige. Danach stellten die entsprechenden Aufwendungen Unterhaltsleistungen in Form von Naturalunterhalt dar, die dritten Personen zugute kämen. Aufwendungen dieser Art könnten auch einem Anspruch auf Elternunterhalt nur entgegengehalten werden, wenn sie auf der Grundlage einer – hier nicht gegebenen – rechtlichen Verpflichtung erfolgten.

II. Das hält rechtlicher Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Im Ausgangspunkt hat das OLG für eine Inanspruchnahme des Antragsgegners aus übergegangenem Recht allerdings zu Recht § 94 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 SGB XII herangezogen.

2. Die vom OLG bestätigte Unterhaltsberechnung des AG enthält jedoch insoweit einen Rechtsfehler zum Nachteil des Antragsgegners, als sie – im Rahmen seiner allein noch im Streit stehenden Leistungsfähigkeit – einen möglichen Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB unberücksichtigt lässt.

a) Die Verpflichtung zur Zahlung von Verwandtenunterhalt findet nach § 1603 Abs. 1 BGB dort ihre Grenze, wo der Unterhaltspflichtige bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen – insbesondere weiterer Unterhaltspflichten – außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt des Berechtigten zu gewähren. § 1603 Abs. 1 BGB gesteht damit jedem Unterhaltspflichtigen vorrangig die Sicherung seines eigenen angemessenen Unterhalts zu; ihm sollen grundsätzlich die Mittel verbleiben, die er zur angemessenen Deckung des seiner Lebensstellung entsprechenden allgemeinen Bedarfs benötigt. Maßgebend ist beim Elternunterhalt die Lebensstellung, die dem Einkommen, Vermögen und sozialen Rang des Verpflichteten entspricht, mithin der gesamte individuelle Lebensbedarf einschließlich einer angemessenen Altersversorgung (Senat, BGHZ 169, 59 = FamRZ 2006, 1511, 1512 m. w. N.).

Daraus folgt aber auch, dass der angemessene Eigenbedarf beim Elternunterhalt nicht losgelöst von dem vorhandenen Einkommen bestimmt werden kann. Er richtet sich also nicht an einer festen Größe aus, sondern ist entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu bemessen. Eine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommens-typischen Lebensstandards braucht der Unterhaltspflichtige jedenfalls insoweit nicht hinzunehmen, als er nicht einen nach den Verhältnissen unangemessenen Aufwand betreibt oder ein Leben im Luxus führt. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine Inanspruchnahme für den Unterhalt von Eltern in der Regel erst stattfindet, wenn der Unterhaltspflichtige sich selbst bereits in einem höheren Lebensalter befindet, seine Lebensverhältnisse demzufolge bereits längerfristig seinem Einkommensniveau angepasst hat, Vorsorge für sein eigenes Alter treffen möchte und dann unerwartet der Forderung ausgesetzt wird, sich an den für seine Eltern aufgrund deren Hilfs- und Pflegebedürftigkeit anfallenden Kosten zu beteiligen (Senat, BGHZ 169, 59 = FamRZ 2006, 1511, 1512 m. w. N.).

Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Unterhaltsanspruch der Eltern rechtlich vergleichsweise schwach ausgestaltet ist. Weil der gegenüber dem Elternunterhalt angemessene Eigenbedarf aber nicht durchgängig mit einem bestimmten festen Betrag angesetzt werden kann, sondern anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der besonderen Lebensverhältnisse, die bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt vorliegen, zu ermitteln ist, besteht Einigkeit darüber, den Kindern gegenüber ihren Eltern von dem den Freibetrag übersteigenden Einkommen

einen weiteren Anteil zusätzlich zu belassen. Der Senat hat es grundsätzlich gebilligt, wenn bei der Ermittlung des für den Elternunterhalt einzusetzenden bereinigten Einkommens allein auf einen hälftigen Anteil des Betrags abgestellt wird, der den an sich vorgesehenen Mindestselbstbehalt übersteigt (Senat, BGHZ 169, 59 = FamRZ 2006, 1511, 1513 m. w. N.).

b) Diesen Anforderungen ist das OLG nicht vollständig gerecht geworden.

aa) Die Feststellungen zum Nettoeinkommen des Antragsgegners sowie zu den Abzügen wegen berufsbedingter Aufwendungen, Kinderbetreuungskosten und hinsichtlich des Kindesunterhalts (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 7.5.2014, XII ZB 258/13, FamRZ 2014, 1183 Rdnr. 34 ff. und Beschluss vom 24.6.2009, XII ZR 161/08, FamRZ 2009, 1477 Rdnr. 21 ff.) sind allerdings weder von der Rechtsbeschwerde angegriffen noch sonst von Rechts wegen zu beanstanden.

Ebenso wenig ist etwas dagegen zu erinnern, dass das OLG den Selbstbehalt des Antragsgegners nicht deshalb erhöht hat, weil seine Wohnkosten den hierfür vorgesehenen Betrag übersteigen. Zwar kann im Einzelfall eine Erhöhung des Selbsthalts in Frage kommen, wenn der darin enthaltene Wohnkostenanteil – nach den Umständen nicht vermeidbar – überschritten wird (*Wendll/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl. 2015, § 1 Rdnr. 469 und *Wendll/Gutdeutsch*, a. a. O., § 5 Rdnr. 23). Eine Erhöhung scheidet hier jedoch schon deshalb aus, weil der Wohnkostenanteil nicht überschritten ist. Nach den von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des OLG stand dem Antragsgegner nach den Unterhaltsrechtlichen Leitlinien im Rahmen seines Selbsthalts für Unterkunft und Heizung ein Betrag von 450 € zu. Hinzu kommt hinsichtlich des im Kindesunterhalt enthaltenen Wohnkostenanteils von 20 % ein Betrag von 76,20 €, sodass von den gesamten Wohnkosten i. H. v. 840 € ein Betrag von 526,20 € abgedeckt ist. Die verbleibende Differenz von 313,80 € entfällt auf seine Lebensgefährtin, die ebenfalls Mieterin ist, und ihre Kinder, zu deren Unterhaltsansprüchen nichts festgestellt ist.

bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist auch nicht zu beanstanden, dass das OLG dem Antragsgegner keinen Familienselbstbehalt zugebilligt hat. Ein möglicher Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB führt nicht dazu, dass sich der Antragsgegner auf einen Familienselbstbehalt berufen könnte. Vielmehr wäre der entsprechende, gemäß § 1609 Nr. 2 BGB vorrangige, Unterhaltsbetrag als sonstige Verpflichtung im Sinne des § 1603 Abs. 1 BGB von dessen Einkommen abzuziehen.

(1) Der Familienselbstbehalt bemisst sich grundsätzlich nach dem doppelten angemessenen Selbstbehalt beim Elternunterhalt abzüglich 10 % als Vorteil des Zusammenlebens. Wenn das OLG diesen für das Jahr 2012 mit (1.500 € + 1.200 € =) 2.700 € und für die Jahre 2013 und 2014 mit (1.600 € + 1.280 € =) 2.880 € bemessen hat, ist dagegen aus Rechtsgründen nichts zu erinnern (vgl. auch Düsseldorfer Tabelle Anm. D. I. [Stand 1.1.2011 bzw. 1.1.2013]). Ausgehend von diesem Familienselbstbehalt und den Gesamteinkünften der Ehegatten ist der individuelle Familienbedarf zu ermitteln, zu dem der Unterhaltspflichtige entsprechend dem Verhältnis der Einkünfte beider Ehegatten beizutragen hat. Für den Elternunterhalt kann der verheiratete Unterhaltspflichtige die Differenz zwischen seinem Einkommen und seinem Anteil am individuellen Familienbedarf einsetzen (grundlegend Senat, BGHZ 186, 350 = FamRZ 2010, 1535 Rdnr. 40 ff.).

Die Zubilligung des Familienselbsthalts basiert auf der Prämisse, dass der Unterhaltspflichtige verheiratet ist und sich die Ehegatten Unterhalt schulden. Zwar ist der Ehegat-

tenunterhalt gemäß § 1609 Nr. 2 und 3 BGB gegenüber dem Elternunterhalt (§ 1609 Nr. 6 BGB) vorrangig. Weil sich die Höhe des – beim Zusammenleben der Ehegatten bestehenden – Anspruchs auf Familienunterhalt allerdings auch nach dem die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden (§ 1578 Abs. 1 BGB) Elternunterhalt richtet, sich beide Ansprüche mithin wechselseitig beeinflussen, hat es der Senat gebilligt, dem verheirateten Unterhaltspflichtigen einen Familienselbstbehalt zu belassen, der sich – bei darüber hinausgehendem Einkommen der Eheleute – auf einen individuellen Familienbedarf erhöhen kann (BGHZ 186, 350 = FamRZ 2010, 1535 Rdnr. 40 ff.).

(2) Anders verhält es sich bei dem Anspruch aus § 1615I BGB. Der danach geschuldete Bedarf des Unterhaltsberechtigten richtet sich allein nach seiner eigenen Lebensstellung gemäß § 1610 BGB (Senat, BGHZ 184, 13 = FamRZ 2010, 357 Rdnr. 20 ff.; s. auch Senat, BGHZ 205, 342 = FamRZ 2015, 1369 Rdnr. 34 m. w. N.). Demgemäß bleibt die Höhe des Betreuungsunterhalts von einem daneben geltend gemachten Elternunterhaltsanspruch unberührt; der Betreuungsunterhalt kann somit ohne Weiteres als sonstige Verpflichtung im Sinne des § 1603 Abs. 1 BGB vorab vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen abgezogen werden. Eines Familienselbsthalts bedarf es insoweit nicht (vgl. insoweit zur Haushaltsersparnis Senat, Urteil vom 17.10.2012, XII ZR 17/11, FamRZ 2013, 868 Rdnr. 25).

cc) Jedoch rügt die Rechtsbeschwerde zu Recht, dass das OLG auf der Grundlage des vom Antragsgegner gehaltenen Vortrags einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 BGB aus elternbezogenen Gründen hätte in Erwägung ziehen müssen.

(1) Für die – hier allein relevante – Zeit ab Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nach der gesetzlichen Regelung zwar nur dann ein fortdauernder Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 1615I Abs. 2 Satz 4 BGB). Insbesondere nach Maßgabe der im Gesetz ausdrücklich genannten kindbezogenen Gründe ist unter Berücksichtigung der bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeitberufstätigkeit möglich. Weil § 1615I Abs. 2 Satz 5 BGB eine Verlängerung des Unterhaltsanspruchs „insbesondere“ aus kindbezogenen Gründen zulässt, kommen im Einzelfall aber auch elternbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts in Betracht. Das kann etwa dann gelten, wenn die Eltern mit ihrem gemeinsamen Kind zusammengelebt haben und außerdem ein besonderer Vertrauenstatbestand als Nachwirkung dieser Familie entstanden ist. Dabei ist allerdings stets zu beachten, dass die gesetzliche Regel, wonach der Betreuungsunterhalt zunächst nur für drei Jahre geschuldet ist und eine Verlängerung über diesen Zeitraum hinaus ausdrücklich begründet werden muss, nicht in ihr Gegenteil verkehrt werden darf (Senat, BGHZ 205, 342 = FamRZ 2015, 1369 Rdnr. 12 ff. und Senat, Urteil vom 13.1.2010, XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 Rdnr. 26 m. w. N.). Ein elternbezogener Grund zur Verlängerung des Betreuungsunterhalts kann allerdings auch darin liegen, dass ein Elternteil das gemeinsame Kind im weiterhin fortdauernden Einvernehmen mit dem anderen persönlich betreut und deshalb ganz oder teilweise an einer Erwerbstätigkeit gehindert ist. Die Mitwirkung an einer solchen Gestaltung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist dem Pflichten im Verhältnis zu seinen unterhaltsberechtigten Eltern nach Treu und Glauben nur dann verwehrt, wenn sie rechtsmissbräuchlich erscheint. Das ist indessen so lange zu verneinen, wie es den berechtigten Interessen innerhalb der

neuen Familie entspricht, dass ein Partner zugunsten der Haushaltsführung und Kinderbetreuung auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet (vgl. Senat, Urteil vom 25.4.2007, XII ZR 189/04, FamRZ 2007, 1081 Rdnr. 18).

Für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus trägt der Unterhaltsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast. Er hat also zunächst darzulegen und zu beweisen, dass keine kindgerechte Einrichtung für die Betreuung des gemeinsamen Kindes zur Verfügung steht oder dass aus besonderen Gründen eine persönliche Betreuung erforderlich ist. Auch Umstände, die aus elternbezogenen Gründen zu einer eingeschränkten Erwerbspflicht und damit zur Verlängerung des Betreuungsunterhalts führen können, hat der Unterhaltsberechtigte darzulegen und zu beweisen (Senat, BGHZ 205, 342 = FamRZ 2015, 1369 Rdnr. 15 m. w. N. und Senat, Urteil vom 13.1.2010, XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 Rdnr. 27). An die Darlegung von elternbezogenen Gründen im Rahmen des § 16151 BGB sind zudem höhere Anforderungen zu stellen als nach § 1570 Abs. 2 BGB, da sich bei nicht verheirateten Eltern – anders als bei Eheleuten – mangels entsprechenden Rechtsaktes nicht ohne Weiteres auf einen gegenseitigen Einstandswillen schließen lässt (NK-BGB/Schilling, 3. Aufl. 2014, § 16151 Rdnr. 13). Der Umstand, dass ein Elternteil im Rahmen einer intakten nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Betreuung des gemeinsamen Kindes übernommen hat und diese Rollenverteilung von den Partnern gelebt wird, indiziert jedoch ein entsprechendes Einvernehmen. Anders als bei Partnern, die nach der Trennung nicht mehr einvernehmlich an dieser ursprünglich gelebten Rollenverteilung festhalten, bedarf es deshalb nicht der gesonderten Darlegung eines besonderen Vertrauenstatbestands.

Beruft sich ein zum Elternunterhalt Verpflichteter auf seine Unterhaltspflicht nach § 16151 BGB und damit auf eine sonstige Verpflichtung im Sinne des § 1603 Abs. 1 BGB, hat er im Verhältnis zu dem Elternunterhaltsberechtigten das Vorliegen der Voraussetzungen des Anspruchs aus § 16151 BGB darzulegen und zu beweisen, weil er damit seine Leistungsfähigkeit einwendet (vgl. Palandt/Brudermüller, 75. Aufl., § 1603 Rdnr. 47 m. w. N.).

(2) Gemessen hieran hätte das OLG einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt aus § 16151 Abs. 2 BGB aus elternbezogenen Gründen in Betracht ziehen müssen.

(a) Zu Recht ist das OLG allerdings davon ausgegangen, dass der Antragsgegner kindbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes hinaus nicht hinreichend substantiiert vorgetragen hat.

(b) Zutreffend hat das OLG auch davon abgesehen, die Tatsache, dass die Lebensgefährtin des Antragsgegners neben dem gemeinsamen Kind noch zwei Kinder aus ihrer geschiedenen Ehe betreut, bei der Prüfung elternbezogener Gründe zu berücksichtigen. Zwar kann der Umstand, dass die Mutter mehrere Kinder zu betreuen hat, einen verlängerten Betreuungsunterhalt rechtfertigen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Kinder vom selben Vater, also dem Unterhaltspflichtigen, stammen (NK-BGB/Schilling, 3. Aufl., § 16151 Rdnr. 14). Für einen etwaigen Betreuungsbedarf der Kinder aus der geschiedenen Ehe seiner Lebensgefährtin ist nicht der Antragsgegner, sondern der geschiedene Ehemann verantwortlich.

(3) Jedoch wendet die Rechtsbeschwerde gegen die angefochtene Entscheidung zu Recht ein, dass das OLG den Vortrag des Antragsgegners nicht zutreffend gewürdigt hat.

Danach hat seine Lebensgefährtin im Rahmen der intakten nichtehelichen Lebensgemeinschaft die (teilweise) Betreuung des gemeinsamen Kindes übernommen. Dies genügt, um einen elternbezogenen Grund darzulegen. Weil das Kind zu Beginn des hier maßgeblichen Unterhaltszeitraums erst sein drittes Lebensjahr vollendet hatte, ist ein möglicher Missbrauch zulasten des Vaters des Antragsgegners bzw. des Sozialhilfeträgers nicht ersichtlich. Zwar ist es richtig, dass der Antragsgegner seinen Vortrag nicht weiter konkretisiert hat. Da sein Vortrag aber – anders als vom AG angenommen – einen verlängerten Anspruch auf Betreuungsunterhalt dem Grunde nach eröffnet, hätte das OLG darauf hinweisen müssen, dass noch weiterer Vortrag namentlich zum Umfang der Betreuung, zum Einkommen und zum Bedarf erforderlich ist.

3. Gemäß § 74 Abs. 5 FamFG ist der angefochtene Beschluss aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind, § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Das OLG wird dem Antragsgegner Gelegenheit zu geben haben, zu den weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt gemäß § 16151 Abs. 2 BGB wie namentlich zum Umfang der Betreuung, zum Einkommen bzw. zu etwaigen Kapitaleinkünften und zum Bedarf vorzutragen. Dabei ist der vom Antragsgegner seiner Lebensgefährtin gewährte Naturalunterhalt für die Bestimmung der Leistungsfähigkeit gemäß § 1603 Abs. 1 BGB anhand der Vorgaben des § 16151 BGB zu monetarisieren (vgl. zum Kindesunterhalt Senat, Beschluss vom 7.5.2014, XII ZB 258/13, FamRZ 2014, 1183 Rdnr. 35).

b) Bei der Prüfung, in welchem Umfang die Lebensgefährtin des Antragsgegners aufgrund der von ihr vorgenommenen Betreuung unterhaltsberechtigter ist, wird das OLG zu bedenken haben, dass der Anteil, der einer möglichen Betreuung ihrer beiden ehelichen Kinder geschuldet ist, unberücksichtigt zu bleiben hat.

c) Zutreffend ist das OLG davon ausgegangen, dass zusätzliche Aufwendungen für die Altersvorsorge in Höhe von 5 % des Bruttoeinkommens des Unterhaltspflichtigen nur dann zu berücksichtigen sind, wenn diese auch tatsächlich in der genannten Höhe betrieben wird (vgl. Senat, BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rdnr. 27; Urteil vom 14.1.2004, XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792, 793 und Urteil vom 19.2.2003, XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860, 863).

d) Sollte das – nach einer möglichen Berücksichtigung des Anspruchs aus § 16151 BGB verbleibende – Einkommen des Antragsgegners unter Wahrung des ihm zustehenden Selbsthalts nicht genügen, um den geltend gemachten Anspruch des Antragstellers zu befriedigen, wäre zu prüfen, ob der Antragsgegner in den Grenzen des ihm ggf. zu belassenden Altersvorsorgevermögens (vgl. Senat, BGHZ 205, 165 = FamRZ 2015, 1172 Rdnr. 23 ff.) aus seinem Vermögen leistungsfähig ist.

e) Der Senat weist schließlich darauf hin, dass eine über die Verpflichtung zur Zahlung von Betreuungsunterhalt hinausgehende, aus dem Zusammenleben mit seiner Lebensgefährtin in nichtehelicher Lebensgemeinschaft folgende wirtschaftliche Belastung des Antragsgegners auch im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG unterhaltsrechtlich unbeachtlich ist. Eine Gleichstellung mit Eheleuten, die sich untereinander Familienunterhalt schulden und deshalb auf den Familienselbstbehalt berufen können, scheidet aus.

aa) Allerdings ist der Rechtsbeschwerde zuzugeben, dass der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG auch für eine nichteheliche

liche Lebensgemeinschaft mit Kindern eröffnet ist. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Eltern mit Kindern als Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt. Für den Schutz durch das Familiengrundrecht kommt es nicht darauf an, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht; der Familienschutz schließt auch die nichteheliche Familie ein. Das Familiengrundrecht garantiert als Abwehrrecht insbesondere das Zusammenleben der Familienmitglieder und die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden (BVerfG, FamRZ 2013, 521, 525 m. w. N.).

bb) Jedoch wäre Art. 6 Abs. 1 GG nicht verletzt. Wegen des verfassungsrechtlichen Schutz- und Förderauftrages ist der Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, die Ehe als rechtlich verbindliche und in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten (etwa bei Krankheit oder Mittellosigkeit) ausgestattete dauerhafte Paarbeziehung gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen. Die Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG bildet einen sachlichen Differenzierungsgrund, der in erster Linie zur Rechtfertigung einer Besserstellung der Ehe gegenüber anderen, durch ein geringeres Maß an wechselseitiger Pflichtbindung geprägten Lebensgemeinschaften geeignet ist. Art. 6 Abs. 1 GG gestattet dem Gesetzgeber, die besonderen, auch gesamtgesellschaftlich dienlichen Lasten, die jeder Ehegatte mit dem Eingehen der Ehe übernimmt, durch die Gewährung einfachgesetzlicher Privilegierungen etwa bei Unterhalt, Versorgung, im Pflichtteils- oder im Steuerrecht zumindest teilweise auszugleichen und damit die Ehe besser zu stellen als weniger verbindliche Paarbeziehungen (BVerfG, FamRZ 2013, 1103 Rdnr. 83; vgl. auch *Maunz/Dürig/Badura*, GG, Stand: September 2015, Art. 6 Rdnr. 55 m. w. N.).

In Fallgestaltungen der vorliegenden Art bleibt es den Partnern, die sich bewusst gegen eine rechtliche Ausgestaltung ihrer Beziehung entschieden haben, unbenommen, die Ehe zu schließen und damit ihre Beziehung auf eine rechtliche Grundlage zu stellen sowie ihren gegenseitigen Einstandswillen durch entsprechende Unterhaltspflichten zu dokumentieren (vgl. BVerfG, FamRZ 2002, 1169, 1174). Nehmen die Partner – aus welchen Gründen auch immer – Abstand hiervon, können sie sich auch im Verhältnis zu Dritten (hier dem unterhaltsberechtigten Vater des Antragsgegners) nicht auf eine solche Bindung berufen.

9. FamFG § 15 Abs. 2 Satz 1, § 41 Abs. 3, § 48 Abs. 3, § 59 Abs. 1, § 63; BGB § 1829 Abs. 1 Satz 2 (*Zustellung an den Betreuten durch Aufgabe zur Post*)

1. **Macht der Vertragspartner des Betroffenen geltend, ihm gegenüber sei eine zuvor erteilte und nunmehr aufgehobene Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam und deshalb nach § 48 Abs. 3 FamFG unabänderlich geworden, steht ihm gegen den die gerichtliche Genehmigung des Vertrags letztlich versagenden Beschluss ausnahmsweise die Beschwerdeberechtigung nach § 59 FamFG zu.**
2. **Für den Betroffenen beginnt die Beschwerdefrist im Verfahren über die Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung mit der nach § 41 Abs. 3 FamFG erforderlichen Bekanntgabe des Beschlusses an ihn selbst zu laufen (Fortführung von Senat, NJW-RR 2011, 1011 = FamRZ 2011, 1049; Abgrenzung zu Senat, NJW-RR 2014, 900 = FamRZ 2014, 640).**

3. **Auch bei der Bekanntgabe durch Aufgabe zur Post nach § 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 FamFG ist entsprechend § 184 Abs. 2 Satz 4 ZPO in den Akten zu vermerken, zu welcher Zeit und unter welcher Anschrift das Schriftstück zur Post gegeben wurde. Der Vermerk muss vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle unterschrieben werden.**
4. **Dem Notar kann wirksam eine sog. Doppelvollmacht – zur Entgegennahme der gerichtlichen Genehmigung und Mitteilung derselben an den Vertragspartner jeweils als Bevollmächtigter des Betreuers sowie zur Entgegennahme der Mitteilung als Bevollmächtigter des Vertragspartners – erteilt werden. Zur wirksamen Vornahme der Mitteilung muss der Notar seinen Willen hierzu äußerlich erkennbar machen.**

BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15

Gegenstand des Verfahrens ist die betreuungsgerichtliche Genehmigung einer Grundstücksveräußerung.

Für den Betroffenen besteht seit März 2014 eine Betreuung, deren Aufgabenkreis unter anderem die Vermögenssorge sowie die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten der Post umfasst. Als Berufsbetreuerin ist die Beteiligte zu 3 (im Folgenden: Betreuerin) bestellt.

Aufgrund der schlechten finanziellen Lage des Betroffenen entschied sich die Betreuerin im Einvernehmen mit dem Betroffenen, Grundstücke an eine Schwester des Betroffenen und deren Ehemann (Beteiligte zu 4 und zu 5; im Folgenden: Käufer) zu veräußern. Diese Grundstücke hatte der Betroffene aufgrund Hofübergabevertrags vom 24.7.1995 von seiner Mutter erhalten. In diesem hatte er sich verpflichtet, bei Veräußerung der Grundstücke binnen 20 Jahren ab Vertragsschluss „ein Drittel des Verkaufserlöses, mindestens aber des Verkehrswertes, am Tage der notariellen Beurkundung des ... Kaufvertrags“ zu gleichen Teilen an seine zum Zeitpunkt des Verkaufs noch lebenden Geschwister zu zahlen.

Am 11.12.2014 beurkundete Notar B. einen Kaufvertrag zwischen dem durch die Betreuerin vertretenen Betroffenen und den Käufern mit einem Kaufpreis von 136.330 €. In dem Vertrag war auch eine Zahlungspflicht des Betroffenen an seine Geschwister – unter anderem die Beteiligte zu 4 – in Höhe von insgesamt einem Drittel des Kaufpreises geregelt. Außerdem bevollmächtigten die Beteiligten den Notar, die erforderliche „gerichtliche Genehmigung zu beantragen und entgegenzunehmen, sie dem anderen Vertragsteil nach Vorlage des Rechtskraftzeugnisses mitzuteilen und für diesen die Mitteilung in Empfang zu nehmen.“

Auf entsprechenden Antrag des Notars hat das AG mit Beschluss vom 23.12.2014, dem Notar am 2.1.2015 zugestellt, die betreuungsgerichtliche Genehmigung des Vertrags erteilt. Am 5.2.2015 hat die Betreuerin „als Betreuerin und im Namen“ des Betroffenen Beschwerde gegen den Genehmigungsbeschluss eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 12.2.2015 abgeholfen und nunmehr die Genehmigung versagt. Hiergegen haben die Käufer Beschwerde eingelegt, auf die das LG die Abhilfeentscheidung aufgehoben hat. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Betroffenen mit dem Ziel, die Abhilfeentscheidung des AG wiederherzustellen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

1. Das LG hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Den Käufern stehe ausnahmsweise eine Beschwerdebefugnis zu, weil eine vom AG ausgesprochene Genehmigung des mit ihnen geschlossenen Kaufvertrags vom AG nachträglich wieder aufgehoben und die Genehmigung schließlich versagt

worden sei und weil sie geltend machten, dass die Genehmigung ihnen gegenüber wirksam geworden sei.

Der Genehmigungsbeschluss sei dem Notar als Empfangsbevollmächtigtem für beide Vertragsparteien am 2.1.2015 zugestellt worden, sodass die zweiwöchige Beschwerdefrist, die auch für die Sprungrechtsbeschwerde gelte, am 17.1.2015 abgelaufen gewesen und der Beschluss seit diesem Tag formell rechtskräftig sei. Die Beschwerde der Betreuerin sei verfristet. Ausweislich einer Bestätigung in der Akte sei der Beschluss zur Bekanntgabe an sie am 29.12.2014 zur Post gegeben worden, sodass er als drei Tage später – am 1.1.2015, bekannt gegeben gelte. Die Genehmigung sei am 26.1.2015 den Käufern mitgeteilt und damit ihnen gegenüber wirksam geworden. Nach § 48 Abs. 3 FamFG sei daher eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und eine Abänderung des Genehmigungsbeschlusses nicht mehr möglich gewesen. Auch sei dieser Beschluss nicht mit einem derart schweren Mangel behaftet, dass er nichtig sei. Dass der Kaufvertrag aufgrund der Zahlungspflicht an die Geschwister wirtschaftlich nachteilig sei, führe ebenso wenig zu seiner Nichtigkeit wie eine unzulässige Schenkung des durch die Betreuerin vertretenen Betroffenen an seine Schwester oder eine vorweggenommene Erbfolge vorlägen.

2. Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Beschwerdegericht die Käufer für beschwerdeberechtigt und ihre gegen den Abhilfebeschluss gerichtete Beschwerde deshalb für zulässig gehalten hat.

Grundsätzlich ist zwar bei der Versagung einer gerichtlichen Genehmigung der Vertragspartner des Betroffenen mangels unmittelbarer Betroffenheit in eigenen Rechten nicht nach § 59 FamFG beschwerdeberechtigt. Anders liegt es aber, wenn der Vertragspartner wie hier geltend macht, dass ihm gegenüber eine zuvor erteilte und nunmehr aufgehobene Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam und deshalb nach § 48 Abs. 3 FamFG unabänderlich geworden sei. Denn wenn dies zutrifft, wird in seine Rechte aus dem wirksam gewordenen Vertrag durch die Aufhebung der Genehmigung unmittelbar eingegriffen. Für diesen Ausnahmefall ist die Beschwerdeberechtigung des Vertragspartners gemäß § 59 Abs. 1 FamFG daher gegeben (allg. M., vgl. etwa OLG Celle, NJW-RR 2012, 73, 74; OLG München, MDR 2009, 1001; BayObLG, FamRZ 1995, 302; Rpfleger 1988, 482; FamRZ 1977, 141, 142 m. w. N.; OLG Schleswig, BtPrax 1994, 142, 143; jurisPK-BGB/Lafontaine, Stand: 15.6.2015, § 1828 Rdnr. 117; MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2013, § 1828 Rdnr. 57; Staudinger/Veit, 2014, § 1828 Rdnr. 87).

b) Rechtsfehlerhaft ist hingegen, dass das LG die Beschwerde der Käufer für begründet gehalten hat, weil die Genehmigung wegen § 48 Abs. 3 FamFG nicht mehr abänderbar gewesen sei. Denn die zugrundeliegende Annahme, die zweiwöchige Beschwerdefrist des § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG sei bei Einlegung der Beschwerde durch die Betreuerin verstrichen gewesen, wird von den bislang getroffenen Feststellungen nicht getragen.

aa) Gemäß § 48 Abs. 3 FamFG findet gegen einen Beschluss, durch den die Genehmigung für ein Rechtsgeschäft erteilt wird, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Abänderung nicht statt, wenn die Genehmigung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Schließt ein Betreuer für den Betroffenen einen Vertrag zunächst ohne die – vorliegend gemäß § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB – erforderliche gerichtliche Genehmigung, so wird die nach-

trägliche Genehmigung dem anderen Vertragsteil gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Betreuer mitgeteilt wird (§ 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Wie das Beschwerdegericht richtig gesehen hat, ist wegen § 40 Abs. 2 Satz 1 FamFG weitere Voraussetzung für das Eingreifen von § 48 Abs. 3 FamFG, dass der Beschluss, der die Genehmigung des Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, in formelle Rechtskraft erwachsen ist (vgl. etwa KG, MDR 2015, 1186; Keidell/Engelhardt, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 48 Rdnr. 38; MünchKommFamFG/Ulrici, 2. Aufl., § 48 Rdnr. 25; Prütting/Helms/Abramenko, FamFG, 3. Aufl. 2013, § 48 Rdnr. 26), wobei hier dahinstehen kann, ob die formelle Rechtskraft bei Vornahme der Mitteilung bereits vorliegen muss oder auch danach eintreten kann (vgl. dazu etwa Staudinger/Veit, 2014, § 1829 Rdnr. 20).

bb) Ebenfalls zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass die von der Betreuerin im eigenen Namen eingelegte Beschwerde den Eintritt der formellen Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses nicht gehindert hat.

Aufgrund der am 2.1.2015 bewirkten Zustellung an den von der Betreuerin hierfür bevollmächtigten Notar lief die zweiwöchige Beschwerdefrist des § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG mit dem 16.1.2015 ab. Die am 5.2.2015 eingegangene Beschwerde hat diese Frist nicht gewahrt.

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es der Betreuerin an der erforderlichen Beschwerdeberechtigung fehlte, weil § 303 Abs. 4 Satz 1 FamFG dem Betreuer nicht das Recht zur Beschwerde im eigenen Namen einräumt (Senatsbeschlüsse vom 5.11.2014, XII ZB 117/14, FamRZ 2015, 249 Rdnr. 6 ff. und vom 4.12.2013, XII ZB 333/13, FamRZ 2014, 470 Rdnr. 6) und die Genehmigungserteilung die Betreuerin auch nicht in eigenen Rechten im Sinne des § 59 Abs. 1 FamFG beeinträchtigt hat. Inwieweit die ohne Beschwerdeberechtigung eingelegte Beschwerde bei fristgerechtem Eingang geeignet gewesen wäre, den Eintritt der formellen Rechtskraft zu verhindern (vgl. etwa Keidell/Engelhardt, FamFG, 18. Aufl., § 45 Rdnr. 12, 17; Prütting/Helms/Abramenko, FamFG, 3. Aufl., § 45 Rdnr. 5), kann wegen der Fristversäumnis dahinstehen.

cc) Das Beschwerdegericht hat jedoch außer Acht gelassen, dass die Betreuerin die Beschwerde jedenfalls auch im Namen des Betroffenen – insoweit gemäß § 303 Abs. 4 Satz 1 FamFG berechtigt für den in seinen Rechten beeinträchtigten Betroffenen – eingelegt hatte, und nicht geprüft, ob die Beschwerdefrist für den Betroffenen am 5.2.2015 bereits abgelaufen war. Dass dies der Fall ist, lässt sich nicht feststellen, weshalb es der Annahme, der Genehmigungsbeschluss sei bereits formell rechtskräftig, an der Grundlage fehlt.

(1) Die Beschwerdefrist für den Betroffenen beginnt im Verfahren über die Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung mit der nach § 41 Abs. 3 FamFG erforderlichen Bekanntgabe des Beschlusses an ihn selbst (vgl. Senatsbeschluss vom 4.5.2011, XII ZB 632/10, FamRZ 2011, 1049 Rdnr. 9 f.).

Die Bekanntgabe der betreuungsgerichtlichen Genehmigung an den Betreuer wirkt – anders als eine Bekanntgabe an den Vormund (vgl. Senatsbeschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640 Rdnr. 13 ff.) – nicht gegen den Betroffenen, der in Betreuungssachen gemäß § 275 FamFG ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig ist. Durch diese Vorschrift, die eine Regelung im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 4 FamFG darstellt und die § 66 FGG entspricht, soll sichergestellt werden, dass Betroffene in allen mit der Betreuung zusammenhängenden Verfahren alle Angriffs- und Verteidigungsmittel selbst vorbringen und von Rechtsmitteln

Gebrauch machen können. Dadurch soll die Rechtsposition der Betroffenen im Verfahrensrecht verbessert werden. Da ein Betroffener somit seine Rechte im Betreuungsverfahren aufgrund von § 275 FamFG selbst wahrnehmen kann, muss die Bekanntgabe an ihn selbst erfolgen. Eine Vertretung durch den Betreuer findet insoweit nicht statt, was auch dann gilt, wenn dessen Aufgabenkreis die Entgegennahme, das Anhalten und das Öffnen der Post umfasst (vgl. Senatsbeschluss vom 4.5.2011, XII ZB 632/10, FamRZ 2011, 1049 Rdnr. 10).

Auch eine Bekanntgabe an eine vom Betreuer hierfür bevollmächtigte Person ist keine wirksame Bekanntgabe an den Betroffenen. Da der Betreuer den Betroffenen bei der Bekanntgabe der gerichtlichen Entscheidung nicht vertritt, kann er auch nicht in dessen Namen eine (Unter-) Empfangsvollmacht erteilen.

(2) Eine Bekanntgabe an den Betroffenen selbst ist nicht nachgewiesen, weil die beabsichtigte Aufgabe zur Post (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 FamFG) nicht ordnungsgemäß in der Akte vermerkt worden ist.

(a) Auch bei der Bekanntgabe durch Aufgabe zur Post nach § 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 FamFG ist entsprechend § 184 Abs. 2 Satz 4 ZPO in den Akten zu vermerken, zu welcher Zeit und unter welcher Anschrift das Schriftstück zur Post gegeben wurde (BeckOK-FamFG/*Burschel*, Stand: 1.10.2015, § 15 Rdnr. 23; *Prütting/Helms/Ahn-Roth*, FamFG, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 56; *Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann*, FamFG, 4. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 45; vgl. auch *Keidel/Sternal*, FamFG, 18. Aufl., § 15 Rdnr. 69a). Zwar verweist § 15 Abs. 2 FamFG für die Aufgabe zur Post nicht ausdrücklich auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung. Die in § 15 Abs. 2 FamFG geregelte Bekanntgabe durch Aufgabe zur Post ist aber der Regelung des § 8 InsO nachgebildet (BT-Drucks. 16/6308, S. 182), der auf § 184 Abs. 2 Satz 4 ZPO verweist (§ 8 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 InsO). Die Notwendigkeit eines solchen Vermerks ergibt sich zudem daraus, dass die Rechtssicherheit den gesicherten Nachweis des Zeitpunkts der Aufgabe zur Post für die Berechnung des Datums der Bekanntgabe und damit des Beginns der Rechtsmittelfristen oder des Eintritts der Wirksamkeit einer Entscheidung erfordert (vgl. Senatsurteil vom 10.12.1986, IVb ZR 4/86, NJW 1987, 1707; BGHZ 8, 314 = NJW 1953, 422).

Den Vermerk hat der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zu erstellen. Er muss zwar das Schriftstück nicht selbst zur Post aufgeben; vielmehr reicht aus, wenn er auf Grund einer Erklärung des Justizwachtmeisters oder eines sonstigen Gehilfen das Datum der Aufgabe und die Anschrift des Empfängers des Schriftstücks beurkundet (vgl. BGHZ 193, 353 = NJW 2012, 2588 Rdnr. 29; Senatsurteil vom 10.12.1986, IVb ZR 4/86, NJW 1987, 1707 f.). Der Vermerk hat aber mit Blick auf die Rechtsmittelfristen und damit den Eintritt der formellen Rechtskraft ebenso weit reichende Rechtsfolgen wie eine Zustellungsurkunde nach § 182 ZPO (vgl. BGHZ 193, 353 = NJW 2012, 2588 Rdnr. 29). Wie diese ist er eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 418 ZPO und deshalb vom Urkundsbeamten zu unterschreiben (vgl. MünchKommZPO/*Häublein*, 4. Aufl. 2012, § 184 Rdnr. 13). Ein Vermerk eines Justizwachtmeisters oder sonstigen Gehilfen ist hingegen nicht ausreichend (vgl. BGHZ 8, 314 = NJW 1953, 422).

(b) Diesen Anforderungen genügt der in der Akte vorhandene Vermerk nicht. Er enthält schon keine Angaben dazu, unter welchen Anschriften die zur Post aufgegebenen Schriftstücke abgesandt wurden. Außerdem ist der Vermerk nicht von einem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, sondern von einem Justizwachtmeister unterschrieben. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass ein Urkundsbeamter der Geschäfts-

stelle die Verantwortung für die Richtigkeit des angegebenen Datums der Aufgabe zur Post übernimmt.

(c) Ob entsprechend § 189 ZPO von einer wirksamen Bekanntgabe jedenfalls dann auszugehen wäre, wenn der Betroffene das Schriftstück tatsächlich erhalten hat, kann offen bleiben, denn ein Zugang des Genehmigungsbeschlusses beim Betroffenen ist aus der Akte nicht ersichtlich.

Keiner Erörterung bedarf vorliegend auch, inwieweit für eine wirksame Bekanntgabe durch Aufgabe zur Post ein Hinweis erforderlich ist, dass mit der Beschlussübersendung die fristauslösende Bekanntgabe erfolgen soll (vgl. dazu etwa BGH, Urteil vom 7.12.1966, IV ZR 264/65, MDR 1967, 475; OLG München, FamRZ 2012, 1405, 1406; *Haußleiter*, FamFG, § 15 Rdnr. 9; *Prütting/Helms/Ahn-Roth*, FamFG, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 56), und inwieweit dieser Anforderung hier genügt wäre.

(3) Mangels Nachweises der Bekanntgabe an den Betroffenen ist mithin nicht auszuschließen, dass die Beschwerdefrist für den Betroffenen gemäß § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG erst fünf Monate nach Erlass des Genehmigungsbeschlusses (Senatsbeschluss vom 11.3.2015, XII ZB 571/13, FamRZ 2015, 839 Rdnr. 22 ff. m. w. N.), also am 23.5.2015, zu laufen begann und am 23.6.2015 endete. Der Beschwerdeeingang vom 5.2.2015 wäre somit fristgerecht.

dd) Aus diesem Grund ist die der Beschwerdeentscheidung offensichtlich zugrundeliegende Annahme, es fehle an einer zulässigen Beschwerde gegen die Genehmigungsentscheidung, unabhängig davon unzutreffend, dass das Beschwerdegericht aus der Unzulässigkeit keine eigenständige Rechtsfolge abgeleitet hat. Deshalb kann die von der Rechtsbeschwerde hierzu erörterte streitige Rechtsfrage dahinstehen, ob das AG auch bei einer unzulässigen Beschwerde zur Abhilfe berechtigt ist (dies bejahend etwa *Keidel/Sternal*, FamFG, 18. Aufl., § 68 Rdnr. 9 b; *Bassenge/Roth/Gottwald*, FamFG, 12. Aufl., § 68 Rdnr. 2; zumindest die Statthaftigkeit fordernd etwa *Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG, 11. Aufl., § 68 Rdnr. 2; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, 36. Aufl. 2015, § 572 Rdnr. 2; verneinend etwa MünchKommFamFG/*Fischer*, 2. Aufl., § 68 Rdnr. 12; *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, 3. Aufl., § 68 Rdnr. 6).

3. Der Senat ist auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht in der Lage, abschließend in der Sache zu entscheiden (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG). Die Beschwerdeentscheidung ist daher aufzuheben und die Sache gemäß § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG an das LG zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Bei der Prüfung, ob die Beschwerde des Betroffenen gegen den Genehmigungsbeschluss verfristet ist, wird zu berücksichtigen sein, dass der Vermerk des Urkundsbeamten zum Nachweis der Aufgabe zur Post zum Zwecke der Bekanntgabe an den Betroffenen ggf. noch nach geraumer Zeit und auch im Beschwerdeverfahren erstellt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 18.9.2012, VI ZR 225/11, NJW-RR 2012, 1459 Rdnr. 14 m. w. N.). Dem Betroffenen steht aber gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 FamFG jedenfalls die Möglichkeit offen, glaubhaft zu machen, dass der Beschluss ihm nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist.

Der von der Rechtsbeschwerde aufgegriffene, in Ziffer VIII des Kaufvertrags erklärte Verzicht auf Rechtsmittel gegen die Genehmigungserteilung bindet den Betroffenen nicht, weil es der Betreuerin insoweit an der Vertretungsmacht gefehlt hat. Diese ergibt sich wegen der nach § 275 FamFG auf jeden Fall gegebenen Verfahrensfähigkeit des Betroffenen insbesondere weder aus § 9 Abs. 2 FamFG noch aus der hinter der speziel-

leren Norm des § 275 FamFG zurücktretenden Regelung in § 9 Abs. 5 FamFG i. V. m. § 53 ZPO.

Ein Fall des § 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG, wonach der Genehmigungsbeschluss dem Betroffenen zuzustellen gewesen wäre, um die Beschwerdefrist gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG in Lauf zu setzen (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 13.5.2015, XII ZB 491/14, FamRZ 2015, 1374 Rdnr. 6 f.), liegt nicht vor. Denn bis zum Erlass des Beschlusses hatte der Betroffene einen der Genehmigung entgegenstehenden Willen nicht erklärt.

b) Sofern das Beschwerdegericht nach all dem zu dem Ergebnis gelangt, dass auch für den Betroffenen die Beschwerdefrist abgelaufen war, wird es sich bei der Beurteilung, ob § 48 Abs. 3 FamFG eingreift, nochmals mit der Frage zu befassen haben, ob die nachträgliche Genehmigung durch Mitteilung an die Käufer diesen gegenüber gemäß § 1908 Abs. 1 Satz 1, § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam geworden ist.

aa) Insoweit hat es zutreffend mit der weit überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur die dem Notar erteilte Doppelvollmacht – als Bevollmächtigter des Betreuers die gerichtliche Genehmigung entgegen zu nehmen und diese dem Vertragspartner mitzuteilen sowie als Bevollmächtigter des Vertragspartners die Mitteilung der Genehmigung entgegen zu nehmen – für zulässig erachtet (vgl. etwa KG, MDR 2015, 1186; BayObLG, FamRZ 1998, 1325, 1326; 1989, 1113, 1115 m. w. N.; RGZ 121, 30, 33; *Jürgens/von Crailsheim*, Betreuungsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1829 BGB Rdnr. 5 f.; MünchKommBGB/*Wagenitz*, 6. Aufl., § 1829 Rdnr. 15; BeckOKBGB/*Bettin*, Stand: 1.8.2015, § 1829 Rdnr. 4; vgl. auch BGHZ 15, 97 = NJW 1954, 1925; a. A. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 60 IV Rdnr. 55; zweifelnd *Soergell/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl., § 1829 Rdnr. 9; *Wufka*, MittBayNot 1974, 131, 132).

Die Erteilung der Doppelvollmacht steht nicht im Widerspruch zu dem mit §§ 1828 f. BGB verfolgten Ziel, dem Betreuer nach Erteilung der Genehmigung die Gelegenheit zu geben, im Interesse des Betroffenen nochmals zu prüfen, ob er den Vertrag schließen will (vgl. BGHZ 15, 97 = NJW 1954, 1925; *Palandt/Götz*, 74. Aufl. 2015, § 1829 Rdnr. 3). Denn die erforderliche Prüfung, ob der genehmigte Vertrag weiterhin dem Interesse des Betroffenen dient, obliegt nach wie vor dem Betreuer. Dieser hat es bis zur Vornahme der Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB in der Hand, die dem Notar erteilte Vollmacht zu widerrufen oder den Notar – auch der Bevollmächtigung zeitlich nachfolgend – anzuweisen, die Mitteilung etwa erst dann vorzunehmen, wenn eine gesonderte Zustimmung des Betreuers erfolgt oder seit Kenntnisnahme des Betreuers von der Genehmigung eine bestimmte Frist ohne Zustimmungsverweigerung verstrichen ist (vgl. *Jürgens/von Crailsheim*, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 1829 BGB Rdnr. 6; MünchKommBGB/*Wagenitz*, 6. Aufl., § 1829 Rdnr. 15). Indem der Betreuer von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch macht, kann er das Fortgelten seiner Billigung des Vertrags hinreichend zum Ausdruck bringen (vgl. BGHZ 15, 97 = NJW 1954, 1925).

bb) Wie die Rechtsbeschwerde allerdings zu Recht rügt, fehlt es bislang an ausreichenden Feststellungen dazu, ob der Notar den Willen, die Mitteilung im Sinne des § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB vorzunehmen, in der erforderlichen Weise äußerlich erkennbar gemacht hat (vgl. zum Beispiel BayObLG, FamRZ 1998, 1325, 1326 m. w. N.; MünchKommBGB/*Wagenitz*, 6. Aufl., § 1829 Rdnr. 16; *Staudinger/Veit*, 2014, § 1829 Rdnr. 25), etwa indem er von dem genehmigten Vertrag gegenüber dem Grundbuchamt Gebrauch gemacht (BayObLG,

FamRZ 1989, 1113, 1114; RGZ 121, 30, 33) oder einen entsprechenden Vermerk auf der Vertragsurkunde aufgebracht hat (BayObLG, FamRZ 1998, 1325, 1326). Diese Feststellungen wird das Beschwerdegericht nachzuholen haben. In diesem Zusammenhang wird die während des Beschwerdeverfahrens eingegangene Stellungnahme des Notars vom 3.9.2015 nebst Anlagen zu berücksichtigen sein.

c) Für den Fall, dass das Beschwerdegericht zu einer inhaltlichen Überprüfung des Abhilfebeschlusses gelangt, ist darauf hinzuweisen, dass es im angefochtenen Beschluss rechtlich zutreffend zu der Einschätzung gelangt ist, der Genehmigungsbeschluss sei nicht nichtig. Die Nichtigkeit einer Entscheidung der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt nur in solchen extremen Ausnahmefällen in Betracht, in denen die Entscheidung jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und inhaltlich dem Gesetz fremd ist (vgl. Senatsbeschluss vom 17.6.2015, XII ZB 730/12, FamRZ 2015, 1479 Rdnr. 28 m. w. N.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

d) In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat das Beschwerdegericht zum einen darauf Bedacht zu nehmen, dass – sollte es zu dem Ergebnis kommen, dass der Abhilfebeschluss zu Unrecht ergangen ist – nicht nur der Abhilfebeschluss aufzuheben, sondern auch über die Beschwerden gegen den Genehmigungsbeschluss zu entscheiden ist. Denn die alleinige Aufhebung des Abhilfebeschlusses führt lediglich zum Wegfall der Abhilfeentscheidung, nicht zur abschließenden Entscheidung über die eingelegten Beschwerden. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung des Beschwerdegerichts gemäß § 41 Abs. 1 FamFG den Beteiligten bekannt zu geben ist. Die formlose Übersendung, wie bei der angegriffenen Entscheidung erfolgt, genügt hierfür nicht.

### Anmerkung:

Vorstehender Beschluss des BGH klärt einige praxisrelevante Verfahrensfragen beim Grundstücksverkauf durch Betreuer, wengleich nicht alle zur vollen Zufriedenheit der Notare.

1.) Zunächst die wichtigste Aussage des BGH: Die übliche, seit Jahrzehnten verwendete Doppelvollmacht (richtig eigentlich: Dreifachvollmacht<sup>1</sup>) zur Durchführung und zum Nachweis der Mitteilungspflichten gem. § 1828 BGB hält. Dieser besondere Mechanismus soll dem Betreuer (Vormund<sup>2</sup>) noch nach der Beurkundung eine erneute Kontrolle des Vertrags ermöglichen.<sup>3</sup> Dass der vertragsreue Betreuer als Folge der Doppelvollmacht nun seinerseits die Initiative ergreifen muss, indem er diese widerruft oder den Notar zu einer Nichtanwendung der Vollmacht anweist,<sup>4</sup> bereitet dem BGH keine Probleme. Es genügt ihm, wenn der Betreuer seine Vertragsreue überhaupt durchsetzen kann.<sup>5</sup> Das nimmt man befriedigt zur

<sup>1</sup> Weil der Notar zu drei Tätigkeiten bevollmächtigt wird: Entgegennahme für den Betreuer, Weiterleitung an den Käufer und Entgegennahme für diesen. In diesem Sinne noch *Weißler*, DNotV 1915, 113, 117.

<sup>2</sup> Ungeachtet der weiteren Anwendungsfälle der §§ 1828, 1829 BGB betrachte ich hier den Betreuerverkauf als pars pro toto.

<sup>3</sup> *Mugdan*, Materialien zum BGB IV, S. 612

<sup>4</sup> Ob das der rechtstechnisch zutreffende Weg wäre, erscheint angesichts der Bindung des Notars an beiderseits erteilte Anweisungen natürlich fraglich (*Hertel in Limmer/Hertel* u.a., Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Kap. II.2 Rdnr. 541). Jedenfalls aber wird die Doppelvollmacht allgemein für widerruflich gehalten (*Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3739).

<sup>5</sup> Auch um dem Betreuer diesen Anhaltspunkt zu nennen, sollte deswegen die Doppelvollmacht nicht in einer allgemeinen Vollzugsvollmacht versteckt werden. So aber OLG Jena, Beschluss vom 8.12.2015, 3 W 480/15, BeckRS 2016, 04306.

Kenntnis. V. Zivilsenat und III. Zivilsenat des BGH halten (in anderem Sachzusammenhang) bereits eine Verlagerung der Initiativpflicht für bedenklich.<sup>6</sup>

Nach den neuen Aussagen des BGH ist es auch nicht erforderlich, dass sich der Notar vor einem Ausnutzen der Doppelvollmacht beim Betreuer über dessen fortbestehenden Wunsch auf Vertragsdurchführung erkundigt.<sup>7</sup> Es ist Obliegenheit des Betreuers, seine Vertragsreue gegenüber dem Notar bzw. zugleich auch gegenüber dem Käufer geltend zu machen.

2.) Auf der Grundlage des verwertbaren Tatsachenmaterials war unklar, ob der Urkundsnotar die Doppelvollmacht auch tatsächlich ausgenutzt hatte. Das führt zu der Mahnung: Das Ausnutzen der Doppelvollmacht immer ausdrücklich durch Eigenurkunde vermerken! Es wurden jedenfalls in der Vergangenheit vereinfachende Gestaltungen zur Diskussion gestellt, wonach der Übermittlung einer Urkundsausfertigung an das Grundbuchamt kraft vertraglicher Festlegung der Erklärungs Wert eines Ausnutzens der Doppelvollmacht beigegeben werden soll.<sup>8</sup> Unabhängig von allen dogmatischen Bedenken sollte man nach dem Aufklärungsverlangen des BGH von solchen Gestaltungen besser absehen.<sup>9</sup>

3.) Es bleibt ein Gefühl der Unzufriedenheit, weil auch bei einer womöglich ausgenutzten Doppelvollmacht Verfahrensfehler des Gerichts zu einer Aufhebung der Genehmigung im Rechtsmittelverfahren führen können. Das grundlegende Problem, angesprochen im 2. und 3. aml. Leitsatz, ergab sich ja daraus, dass eine Zustellung an den Betreuten persönlich nicht in der gehörigen Form aktenkundig nachgewiesen werden konnte<sup>10</sup> und der BGH somit davon ausgehen musste, dass an diesen überhaupt nicht zugestellt worden war und dessen Rechtsmittelfrist noch lief.

Überraschenderweise scheint der BGH dabei wohl einen Fristbeginn mit Zustellung des Genehmigungsbeschlusses an den doppelbevollmächtigten Notar anzunehmen.<sup>11</sup>

Damit hatte ich bisher nicht gerechnet, zumal die übliche Vollzugsvollmacht zur Entgegennahme von Genehmigungen etc. (außerhalb der separat vereinbarten Doppelvollmacht) ja bewusst nicht zum Empfang rechtsbehelfsfähiger Bescheide berechtigen soll.<sup>12</sup> Zwar kamen auch bei mir gelegentlich Genehmigungsbeschlüsse förmlich gegen Empfangsbekanntnis an. Nachfragen bei den Betreuungsgerichten ergaben jedoch, dass aus deren Sicht die Zustellung an mich nur informatorisch erfolgte und nicht, um die Rechtsmittelfristen in Gang zu setzen. Allerdings ist diese Frage letztlich zweitrangig, weil der Notar jedenfalls vom Betreuten selbst keine

<sup>6</sup> Nämlich bei der AGB-Kontrolle von Bindungsfristen für Angebote (BGH, Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12, DNotZ 2013, 923; BGH, Urteil vom 21.1.2016, III ZR 159/15, NJW 2016, 1324): Die freie Widerrufsmöglichkeit bei unbefristetem Angebot soll danach die unangemessene Benachteiligung nicht beseitigen.

<sup>7</sup> Sinnvoll bleibt eine Vergewisserung, dass die Betreuung nicht durch Tod des Betreuten zwischenzeitlich entfallen ist.

<sup>8</sup> Positiver dazu noch die Einschätzung bei *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3740. Dieser Vereinfachungsvorschlag ist im Übrigen schon historisch. *Breit*, ZBIFG 4, 588, zitiert ihn bereits aus einer Mitteilung der Notariatszeitschrift für Elsaß-Lothringen, 23. Jahrg., S. 250.

<sup>9</sup> Ziffer II 3 b bb.

<sup>10</sup> Es fehlte der Postaufgabevermerk im Verfahrensakt, vgl. Ziffer II 2 b cc (2).

<sup>11</sup> Ziffer II 2 b bb.

<sup>12</sup> *Hertel* in *Limmer/Hertel* u.a., Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Kap. II.2 Rdnr. 517.

Empfangsvollmacht hat und sie auch nicht bekommen kann.<sup>13</sup> An diesen ist mangels anderweiter Empfangsvollmacht immer persönlich zuzustellen.<sup>14</sup>

Im Übrigen bleibt es bei der dringenden Empfehlung, die Doppelvollmacht erst auf der Grundlage eines mit Rechtskraftvermerk versehenen Genehmigungsbeschlusses auszunutzen.<sup>15</sup>

4.) Zum Rechtskraftvermerk und seinen Wirkungen äußert sich der BGH zwar nicht. Allerdings wirft der Beschluss unterschwellig die Frage auf, wie ein inhaltlich falscher Rechtskraftvermerk zu beurteilen ist. Nach den Aussagen des BGH ist damit zu rechnen, dass trotz anderslautenden Rechtskraftvermerks die formelle Rechtskraft erst nach Ablauf der 5-Monats-Frist des § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG eintritt und in diesem Zeitraum die Genehmigung auf Beschwerde hin noch aufgehoben werden kann. Sinnvolle Abhilfe dagegen sehe ich nicht. Gegen die Statuierung einer Pflicht zur Kontrolle durch den Vollzugsnotar spricht einerseits die fehlende inhaltliche (verfahrensrechtliche) Kenntnis über die gerichtliche Handhabung, daneben der Zugang zum Verfahrensakt als Informationsgrundlage. Zweitens soll im Sinne einer arbeitsteiligen Rechtsordnung ja gerade der Rechtskraftvermerk den ordnungsgemäßen Verfahrensabschluss als amtliche Stellungnahme dokumentieren. Dazu passt eine Zweitprüfung durch einen Verfahrensexternen nicht.

Wer dennoch dieses letzte Risiko vermeiden will, müsste wohl die Frist des § 63 Abs. 2 Satz 2 FamFG abwarten. Ein genereller Aufschub des Leistungsaustauschs um weitere fünf Monate ist aber auch nicht im Sinne einer funktionsfähigen Rechtsordnung.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

<sup>13</sup> Von seltenen Sonderfällen einmal abgesehen, wie demjenigen, dass die Betreuung trotz Geschäftsfähigkeit angeordnet wurde und der Betreute selbst an der Beurkundung mitwirkt.

<sup>14</sup> Ziffer II 3 a.

<sup>15</sup> Auch KG, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 381/14, RNotZ 2016, 105; *Hertel* in *Limmer/Hertel* u.a., Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Kap. II.2 Rdnr. 615.

10. BGB § 1933 Satz 1 (*Ausschluss des Ehegattenerbrechts trotz nachträglicher Rücknahme des Scheidungsantrags*)

**Nach § 1933 Satz 1 BGB ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Versterbens des Erblassers (in formeller Hinsicht) ein Antrag auf Ehescheidung rechtshängig und (in materiellrechtlicher Hinsicht) dieser Antrag zur Zeit des Erbfalls begründet war. Eine erst nach Eintritt des Erbfalls erklärte und wirksam gewordene Rücknahme des Ehescheidungsantrags ändert nichts mehr am zuvor bereits kraft Gesetzes eingetretenen Ausschluss des Erbrechts.**

OLG Naumburg, Beschluss vom 30.3.2015, 2 Wx 55/14

Die Antragstellerin war mit dem Erblasser seit dem 14.9.1985 verheiratet. Aus dieser Ehe sind drei Kinder, die Beteiligten zu 2 bis zu 4, hervorgegangen.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 5.4.2013 stellte die hiesige Antragstellerin beim AG – Familiengericht – Halberstadt einen Antrag auf Ehescheidung einschließlich weiterer Anträge im Scheidungsverbund, bezogen auf das Sorgerecht für die ehelichen Kinder und einen Versorgungsausgleich. Sie berief sich darauf, dass die Eheleute bereits seit dem Jahr 2007 innerhalb des Wohngrundstücks getrennt voneinander lebten und eine Ehescheidung nach der Härteregelung

des § 1565 Abs. 2 BGB ohne Wartefrist begehrt werde. Die Klage wurde dem Erblasser am 17.5.2013 zugestellt. Der Erblasser bestritt zunächst das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Härtefallregelung, erklärte jedoch mit Schriftsatz vom 3.9.2013 seine Zustimmung zur Ehescheidung. In einem vom Familiengericht anberaumten Termin zur Anhörung der Prozessparteien am 16.4.2014 erschien nur die hiesige Antragstellerin; sie hielt ihren Antrag auf Ehescheidung aufrecht. Der Erblasser ließ, selbst krankheitsbedingt abwesend, aber anwaltlich vertreten, die Zustimmung zur Ehescheidung erklären. Das Familiengericht stellte in Aussicht, den Erblasser zu einem späteren Termin persönlich anzuhören.

Am 3.5.2014 verstarb der Ehemann der hiesigen Antragstellerin.

Am 6.5.2014 beantragte die Antragstellerin beim Nachlassgericht die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins dahin, dass der Erblasser von seinen drei Kindern, den Beteiligten zu 2 bis zu 4, anteilig zu je einem Drittel beerbt worden sei. Sie gab den Wert des Nachlasses mit etwa 35.000 € an. Das Nachlassgericht erließ am 8.5.2014 antragsgemäß den gemeinschaftlichen Erbschein.

Mit Schriftsatz vom 7.5.2014 teilte die hiesige Antragstellerin dem Familiengericht gegenüber mit, dass sie sich seit dem 24.4.2014 mit ihrem Ehemann wieder versöhnt gehabt habe, weshalb sich der Antrag auf Ehescheidung erledigt habe. Mit Schriftsatz vom 26.5.2014 erklärte sie die Rücknahme des Antrags auf Ehescheidung. Der Prozessbevollmächtigte des Erblassers erklärte unter Berufung auf eine bereits vor dem Tode erteilte Anweisung am 10.6.2014 die Zustimmung zur Klagerücknahme.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 26.5.2014 einen Antrag auf Änderung des gemeinschaftlichen Erbscheins gestellt. Die von ihr begehrte Änderung ist darauf gerichtet, dass sie selbst als Miterbin nach gesetzlicher Erbfolge als Ehefrau des Erblassers berücksichtigt werde.

Das Nachlassgericht hat den Antrag mit seinem Beschluss vom 30.5.2014 zurückgewiesen und seine Entscheidung im Wesentlichen auf die Regelung des § 1933 BGB gestützt.

Gegen diese, ihr am 2.7.2014 zugestellte Entscheidung hat die Antragstellerin am 7.7.2014 „sofortige Beschwerde“ eingelegt und diese am 22.7.2014 begründet. Sie hat darauf verwiesen, dass zwar ein Antrag auf Scheidung der Ehe zwischen ihr und dem Erblasser bereits rechtshängig gewesen sei und der Erblasser einer Ehescheidung zugestimmt habe, dass aber die Wirkungen der Rechtshängigkeit durch die Rücknahme des Antrags rückwirkend beseitigt worden seien.

Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache mit Beschluss vom 11.8.2014 dem OLG Naumburg vorgelegt.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist nach § 58 Abs. 1 FamFG zulässig, insbesondere ist die nach § 61 Abs. 1 FamFG notwendige Mindestbeschwerde überschritten. Die Beschwerdefrist des § 63 Abs. 1 FamFG ist gewahrt worden.

Das Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Nachlassgericht ist in seiner angefochtenen Entscheidung zu Recht davon ausgegangen, dass der in § 1933 Satz 1 BGB gesetzlich angeordnete Ausschluss des Ehegattenerbrechts im vorliegenden Fall eingreift.

1. Nach § 1933 Satz 1 BGB ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und – als eine der beiden genannten Alternativen – der Erblasser der Ehescheidung zugestimmt hatte. Das Eingreifen dieses gesetzlichen Erbrechtsausschlussgrundes setzt mithin in formeller Hinsicht voraus, dass zum vorgenannten Zeitpunkt ein Antrag auf Ehescheidung rechtshängig war, und in materiellrechtlicher Hinsicht, dass dieser Antrag zur Zeit des Erbfalls begründet war. Auch die Antragstellerin stellt nicht in Abrede, dass die Rechtshängigkeit des

Antrags auf Ehescheidung vor dem Erbfall, nämlich am 17.5.2013, begründet worden war und zur Zeit des Erbfalls am 3.5.2014 (noch) bestand. Es kann zwar nicht festgestellt werden, dass der Antrag auf Ehescheidung nach § 1565 Abs. 2 BGB begründet gewesen wäre; hierzu hatten die Ehegatten widerstreitenden Sachvortrag gehalten. Der Antrag auf Ehescheidung war aber jedenfalls nach § 1565 Abs. 1 i. V. m. § 1566 Abs. 2 BGB begründet, weil die Ehegatten nach den unbestrittenen Angaben der hiesigen Antragstellerin bereits seit ca. sechs Jahren getrennt gelebt hatten. Zudem hatte der spätere Erblasser als Ehegatte der Ehescheidung am 3.9.2013 und am 16.4.2014 ausdrücklich zugestimmt, sodass nach § 1565 Abs. 1 i. V. m. § 1566 Abs. 1 BGB bereits eine Trennungszeit von einem Jahr ausreichend gewesen wäre.

2. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ändert die erst nach dem Erbfall vom 3.5.2014 von der Antragstellerin am 26.5.2014 erklärte und mit der – nach § 113 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 269 Abs. 1 ZPO erforderlichen – Zustimmung namens und im Auftrag des Erblassers vom 10.6.2014 wirksam gewordene Rücknahme des Ehescheidungsantrags nichts mehr am zuvor bereits kraft Gesetzes eingetretenen Ausschluss des Ehegattenerbrechts der Antragstellerin (so auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.7.1997, 20 W 254/95, FamRZ 1998, 190; OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.8.2006, 8 W 52/06, FamRZ 2007, 502). Dies ergibt sich bereits aus dem eindeutigen Wortlaut des § 1933 Satz 1 BGB, wonach für die Beurteilung allein auf den Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen ist. Nach § 269 Abs. 3 ZPO werden zwar die unmittelbaren Wirkungen der Rechtshängigkeit rückwirkend beseitigt, die Vorschrift bietet jedoch keine Grundlage für die Annahme, dass ein bereits ausgeschlossenes Ehegattenerbrecht rückwirkend wieder auflebt.

(...)

11. BGB §§ 133, 2042, 2113, 2205, 2208, 2222; GBO §§ 51, 52 (*Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers bei Vor- und Nacherbfolge; Auslegung eines Behindertentestaments*)

- Bei Testamentsvollstreckung für den Vorerben ist nicht ohne Weiteres von einer umfassenden Verfügungsbefugnis auch für den Nacherben auszugehen. Vielmehr ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln, in welchem Umfang der Erblasser dem Testamentsvollstrecker Befugnisse einräumen wollte.**
- Auch im Rahmen der Verfügungsbefugnisse nach § 2205 BGB hat das Grundbuchamt Beschränkungen zu beachten, die sich daraus ergeben, dass der zur Wahrung der Rechte des nicht befreiten Vorerben eingesetzte Testamentsvollstrecker Rechte des Nacherben nicht ausüben kann.**

OLG München, Beschluss vom 15.4.2016, 34 Wx 158/15

Die Beteiligten zu 2 und 3 sind im Grundbuch in Erbengemeinschaft als Eigentümer von Wohnungs- und Teileigentum, bestehend aus einer Wohnung, einem Kellerraum, einem Kellerabteil und einem Tiefgarageneinzelabstellplatz eingetragen. Dieses hatten sie im Erbgang nach ihren Eltern erworben.

Die in den Jahren 2008 und 2014 verstorbenen Eltern der Beteiligten zu 2 und 3 hatten am 8.9.2005 in notarieller Form ein gemeinschaftliches Testament errichtet, wonach Erben des zuerst Versterbenden der überlebende Ehegatte zu  $\frac{6}{7}$  und der Beteiligte zu 2 zu  $\frac{1}{7}$ , letzterer jedoch nur als nicht befreiter Vorerbe, sind. Nacherbe ist der länger lebende Ehegatte. Ersatznacherben sind die Abkömmlinge des Vorerben entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge (Abschnitt III. A. 1. b)).

Zur Erbfolge nach dem Längerlebenden ist in Abschnitt III. A. 2. a) – Erbquoten – bestimmt:

„(1) Schlusserben, also Erben des zuletztversterbenden Ehegatten und Erben im Fall eines gleichzeitigen Versterbens der Erschienenen sind die gemeinsamen Kinder (Beteiligter zu 3 zu  $\frac{2}{3}$  und Beteiligter zu 2 zu  $\frac{1}{3}$ ).“

Hinsichtlich des Beteiligten zu 2 ist angeordnet, dass er auch beim Schlusserbfall nur – nicht befreiter – Vorerbe sein soll. Als dessen Nacherben sind seine Abkömmlinge, als Ersatznacherben die anderen Schlusserben bestimmt (Abschnitt III. A. 2. b)).

Das Testament enthält in Abschnitt III. B. („Einseitige, nicht wechselseitige Verfügungen und Bestimmungen“) folgende Anordnung zur Testamentsvollstreckung (Ziffer 1.):

„a) Testamentsvollstreckung bei beiden Erbfällen:

Der gemeinsame Sohn (= der Beteiligte zu 2) ist wegen seiner Behinderung nicht in der Lage, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen.

Er wird daher die ihm beim jeweiligen Erbfall zugewendeten Erbanteile nicht selbst verwalten können.

Sowohl der erstversterbende als auch der längerlebende Ehegatte ordnen hiermit deshalb hinsichtlich des dem gemeinsamen Sohn (= dem Beteiligten zu 2) jeweils zufallenden Erbteils Testamentsvollstreckung in der Form einer Dauertestamentsvollstreckung gemäß § 2209 BGB an.

b) Person des Testamentsvollstreckers ...

c) Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers

(1) Solange die jeweilige Erbengemeinschaft besteht, nimmt der Testamentsvollstrecker die ... (= dem Beteiligten zu 2) zustehenden Rechte als Miterbe wahr und verwaltet den Nachlass gemeinsam mit den weiteren Miterben.

(2) Der Testamentsvollstrecker darf nicht über den Erbanteil als solchen verfügen, jedoch bei einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft mitwirken.

(3) Nach erfolgter Erbauseinandersetzung setzt sich die Testamentsvollstreckung an den Vermögenswerten fort, die bei der Nachlassenteilung zugefallen sind, soweit gesetzlich zulässig.

(4) Gemäß § 2216 Abs. 2 BGB wird der jeweilige Testamentsvollstrecker verbindlich angewiesen, die ... (= dem Beteiligten zu 2) gebührenden jährlichen Reinerträge des Nachlasses ausschließlich in folgender Form zuzuwenden: ...

(5) Der Testamentsvollstrecker wird ausdrücklich angewiesen, auf die Bedürfnisse und soweit möglich auch die Wünsche von ... (= dem Beteiligten zu 2) einzugehen.

(6) Der Testamentsvollstrecker entscheidet nach billigem Ermessen, welche Teile des jährlichen Reinertrags er für die einzelnen oben genannten Leistungen verwendet, wobei er allerdings immer das Wohl des ... (= dem Beteiligten zu 2) berücksichtigen muss.

(7) Soweit die jährlichen Reinerträge nicht in voller Höhe in der oben bezeichneten Weise verwendet worden sind, hat sie der Testamentsvollstrecker gewinnbringend anzulegen.

(8) Für nach obigen Grundsätzen geplante größere Anschaffungen oder Reisen sind vorab Rücklagen zu bilden.

(9) Soweit es zur Erfüllung seiner vorbezeichneten Aufgaben bei ordnungsgemäßer Verwaltung erforderlich ist, ist der Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. ...“

Das Testament enthält zudem unter Abschnitt III. B. 2. folgendes Verbot der Auseinandersetzung:

„Jeder von uns, den Erschienenen, ordnet einseitig und jederzeit widerruflich an, dass die Auseinandersetzung seines gesamten Nachlasses gegen den Willen eines Miterben gemäß § 2042 BGB ausgeschlossen sein soll. Klargestellt wird, dass es sich dabei weder um ein Vermächtnis noch um eine Auflage handelt.“

Im Grundbuch sind in Abt. II jeweils ein Nacherben- und ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen.

Mit Kaufvertrag vom 2.10.2014 veräußerten der Beteiligte zu 3 und der Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstrecker über den Nachlass der beiden Erblasser für den Beteiligten zu 2 das Wohnungseigentum mit Kellerabteil, Kellerraum und Tiefgaragenabstellplatz an den Beteiligten zu 4. In der Kaufvertragsurkunde wird die Löschung des Nacherben- und des Testamentsvollstreckervermerks bewilligt und beantragt. Bei Beurkundung lag eine Abschrift des Testamentsvollstreckerzeugnisses betreffend den Nachlass nach dem länger lebenden Elternteil – beschränkt auf den Erbteil des Beteiligten zu 2 hieran – vor.

Der Notar hat am 16.1.2015 den Endvollzug der Urkunde, namentlich die Eintragung der Auflassung und Löschung der Nacherben- und Testamentsvollstreckervermerke beantragt.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 12.2.2015 hat das Grundbuchamt auf folgendes Eintragungshindernis hingewiesen: Neben dem Beteiligten zu 3 müssten die weiteren Nacherben des nicht befreiten Vorerben (des Beteiligten zu 2) der Eintragung der Auflassung und Löschung des Nacherben- und des Testamentsvollstreckervermerks zustimmen. Für die Abkömmlinge des Beteiligten zu 2 als unbekannte Nacherben sei nach § 1913 BGB ein Pfleger zu bestellen, der mit Genehmigung des Betreuungsgerichts der Auflassung zustimmen müsse. Auch die Testamentsvollstreckung ändere daran nichts, da diese nicht auch für die Nacherbenrechte angeordnet sei.

Dagegen hat der Notar namens der Verfahrensbeteiligten Beschwerde eingelegt. Nach der letztwilligen Verfügung dürfe der Testamentsvollstrecker an der Auseinandersetzung des Nachlasses ohne Zustimmung der Nacherben mitwirken. Es mache dabei keinen Unterschied, ob im Zug der Auseinandersetzung der Grundbesitz erst dem Beteiligten zu 3 übertragen werde und anschließend dieser an einen Dritten verkaufe oder ob der Verkauf unmittelbar statfinde. Zudem handele es sich um ein Behindertentestament; die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft diene dazu, den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die Vermögenssubstanz zu verhindern und zu gewährleisten, dass der Nachlass handlungsfähig bleibe, wenn das behinderte Kind unter Betreuung steht. Der Schutz der Nacherben sei in einem solchen Testament nur Reflex des Schutzes vor dem Zugriff des Sozialhilfeträgers. Im Übrigen kämen (wegen der Behinderung des Beteiligten zu 2) nur der Beteiligte zu 3 und dessen Kinder als Nacherben in Betracht; bei lebensnaher Betrachtungsweise könne nicht angenommen werden, dass die Erblasser unter diesen Umständen die Auseinandersetzung des Nachlasses von der Zustimmung eines Außenstehenden abhängig machen wollten.

Dieser Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde bleibt im Ergebnis erfolglos.

1. Das Rechtsmittel gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung ist als unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPflG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO) und auch im Übrigen zulässig, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO.

2. Zutreffend geht das Grundbuchamt davon aus, dass bei dem verbundenen Antrag nach § 16 Abs. 2 GBO die Eintragung der Auflassung nicht isoliert ohne eine Löschung des Nacherben- und des Testamentsvollstreckervermerks (§§ 51, 52 GBO) in Betracht kommt, weil letztere nur mit Bewilligung oder nach Zustimmung der Nacherben möglich ist.

a) Bei Grundstücksverfügungen durch den nicht befreiten Vorerben kann der Nacherbenvermerk gelöscht werden, wenn entweder der Nacherbe und der Ersatznacherbe vor Eintritt der Nacherbfolge die Löschung bewilligen (§ 19 GBO) oder wenn die anfängliche oder nachträgliche Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist (§ 22 Abs. 1 GBO), etwa aufgrund einer gegenüber dem Nacherben wirksamen Verfügung über das Grundstück. Zur Wirksamkeit von Verfügungen des nicht befreiten Vorerben bedarf es der Zustimmung aller Nacherben über das Grundstück.

b) Die Testamentsvollstreckung für den Vorerben ändert daran nichts.

aa) Ist neben Vor- und Nacherbschaft auch Testamentsvollstreckung angeordnet, stellt sich die Frage nach den Befugnissen des Testamentsvollstreckers. Deren Umfang hängt davon ab, ob Testamentsvollstreckung nur für die Vorerbschaft, für die Vor- und Nacherbschaft, nur für die Nacherbschaft, für die Vorerbschaft und Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB oder aber nur Nacherbenvollstreckung nach § 2222 BGB angeordnet ist (*Staudinger/Reimann*, 2012, § 2205 Rdnr. 156).

Wenn Testamentsvollstreckung (nur) für die Vorerbschaft angeordnet wurde, ist umstritten, ob Verfügungsbeschränkungen für den Vorerben auch für den Testamentsvollstrecker gelten (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3443 m. w. N.).

(1) Nach einer Ansicht fällt die Notwendigkeit der Interessenvertretung für den Nacherben bei Anordnung der Testamentsvollstreckung fort, da den Nacherben Rechte gegen den Testamentsvollstrecker nicht zustehen (vgl. KG, OLGE 34, 298). Ist der Testamentsvollstrecker allein für den Vorerben ernannt, spricht dafür auch die Tatsache, dass die Verwaltungs- und Verfügungsfreiheit des Testamentsvollstreckers im Gesetz stark betont wird, sodass sein Bestimmungsrecht in Bezug auf den Nachlass das des Erben nahezu gänzlich verdrängt (*Engelmann*, MittBayNot 1999, 509, 512; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2205 Rdnr. 58; *J. Mayer in Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2205 Rdnr. 4; *AnwKommBGB/Weidlich*, § 2222 Rdnr. 11; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, § 7 Rdnr. 655).

(2) Nach anderer Ansicht kann der Testamentsvollstrecker, wenn sich die angeordnete Vollstreckung nur auf das Recht des Vorerben bezieht, lediglich die dem Vorerben zustehenden Rechte wahrnehmen und bedarf daher in den Fällen der §§ 2113 ff. BGB der Zustimmung der Nacherben (MünchKommBGB/*Grunsky*, 6. Aufl. 2013, § 2112 Rdnr. 9; *Staudinger/Reimann*, 15. Aufl. 2012, § 2205 Rdnr. 157; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2015, § 2205 Rdnr. 24; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2205 Rdnr. 17; *BGBRGRK/Johannsen*, 12. Aufl. 1974, § 2113 Rdnr. 1; *Lang in Burandt/Rojahn*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2137 Rdnr. 28; *Bengell/Dietz in Bengell/Reimann*, Handbuch des Testamentsvollstreckers, 5. Aufl. 2013, IV Rdnr. 333; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 31 VI 2. a; *von Lübtow*, Erbrecht II, S. 892).

bb) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an, dass bei Testamentsvollstreckung allein für den Vorerben nicht zwangsläufig von einer umfassenden Verfügungsbefugnis auszugehen ist. Für diese Ansicht spricht, dass Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben gerade dann angeordnet wird, wenn es um die Wahrnehmung der Rechte des Vorerben geht. Insbesondere beim Behindertentestament dürfte ein Grund für diese Anordnung sein, den Nachlass vor dem Zugriff von Gläubigern des behinderten (Vor-)Erben, insbesondere der staatlichen Fürsorge, zu schützen (BGH, NJW 1994, 248, 249). Ziel der Testamentsvollstreckung im Behindertentestament ist somit vor allem der Erhalt des Vermögens, sodass der Erblasser mit deren Anordnung nicht zwangsläufig das Interesse verfolgt, die Veräußerung von Immobilienbesitz zu ermöglichen. Sollte er dies doch wollen, hat er es durch eine Verfügung nach § 2222 BGB selbst in der Hand, dem Testamentsvollstrecker weitergehende Befugnisse einzuräumen. Dann nimmt dieser bis zum Eintritt der Nacherbschaft auch die Rechte und Pflichten des Nacherben wahr (*Heckschen in Burandt/Rojahn*, § 2222 Rdnr. 1).

Die Mehrzahl der für die erste Ansicht angeführten Entscheidungen betrifft zudem den Fall der Testamentsvollstreckung

für das Vor- als auch für das Nacherbenrecht (vgl. OLG Neustadt, NJW 1956, 1881; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 666, 667; wohl auch OLG Stuttgart, BWNZ 1980, 92). Die ebenfalls zur Begründung dieser Ansicht herangezogene Entscheidung des BGH (NJW 1994, 248, 249) ist nicht einschlägig, weil der Vorerbe im dort entschiedenen Fall kein Immobilienvermögen erhalten hatte. Zur Veräußerung von Nachlassgegenständen erachtet der BGH den Testamentsvollstrecker gemäß §§ 2126, 2124 Abs. 2 BGB (wohl nur) für berechtigt, wenn die nach der letztwilligen Verfügung dem Behinderten zu erbringenden Leistungen nicht aus den Nutzungen der Vorerbschaft bestritten werden können (dort unter II. 2. c).

Es ist folglich durch Auslegung des Testaments im Einzelfall nach § 133 BGB zu klären, in welchem Umfang dem Testamentsvollstrecker Befugnisse eingeräumt sind (vgl. *Heckschen in Burandt/Rojahn*, § 2222 BGB Rdnr. 1). Dies ist wohl auch die Meinung des BGH (NJW 1994, 248, 249), wonach der Testamentsvollstrecker zur Veräußerung von Nachlassgegenständen berechtigt sein „dürfte“, wenn die Leistungen, die aus dem Nachlass an den behinderten Vorerben zu erbringen sind, nicht allein aus den Nutzungen des Nachlasses erbracht werden können.

cc) Nach dem Zeugnis, das nur für einen Nachlass vorgelegt wurde, ist Testamentsvollstreckung allein für den Vorerben bestimmt und eine Anordnung nach § 2222 BGB unterblieben (vgl. *Bengell/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl., II Rdnr. 292 f.). Ob das weitere Testamentsvollstreckerzeugnis ebenso gefasst ist, kann offen bleiben. Denn dem öffentlichen Testament, das der Senat – soweit ohne Beweisaufnahme möglich – auslegen kann (§ 35 GBO), ist ein umfassenderes Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers, als es dem Vorerben zusteht, ebenso wenig zu entnehmen. Ausdrücklich ist darin festgelegt, dass der Testamentsvollstrecker die dem Beteiligten zu 2 als Miterben zustehenden Rechte wahrnimmt. Er hat zwar den Nachlass gemeinsam mit den weiteren Miterben zu verwalten. Verfügungen über den Nachlass sind jedoch als solche ausdrücklich untersagt und nur insoweit erlaubt, als der Testamentsvollstrecker bei einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft mitwirken darf. Gleichzeitig spricht aus dem Testament jedoch die Erwartung der Erblasser, dass eine Auseinandersetzung des gesamten Nachlasses – jedenfalls gegen den Willen eines Miterben – nicht stattfindet. So wird der Testamentsvollstrecker angewiesen, die „jährlichen Reinerträge des Nachlasses“ nur in einer bestimmten Form zu verwenden. Das ist regelmäßig nur sichergestellt, wenn es nicht zu einer Veräußerung, namentlich der Immobilien kommt, aus denen die erwarteten Reinerträge fließen.

dd) Dass dem Testamentsvollstrecker die Mitwirkung an einer Auseinandersetzung erlaubt ist, ändert an dem Umfang seiner Verfügungsbefugnis nichts. Denn er hat zwar bei einer von allen Miterben verlangten Auseinandersetzung mitzuwirken, kann sogar den Auseinandersetzungsanspruch für den Erbteil, für den er als Testamentsvollstrecker eingesetzt ist, anstelle dieses Miterben geltend machen (*Flechtner in Burandt/Rojahn*, § 2042 Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Ann*, § 2042 Rdnr. 30). Die Auseinandersetzung selbst kann er jedoch nicht bewirken (*Staudinger/Reimann*, § 2208 Rdnr. 12). Sie erfordert nach § 2042 BGB einen Vertrag zwischen allen Erben, zu dem diese – oder ein für einen Miterben bestellter Pfleger (§§ 1909, 1911 ff. BGB) oder Betreuer – vor dessen Ausführung anzuhören sind (§ 2204 Abs. 2 BGB). Über eine Auseinandersetzungsanordnung des Erblassers darf sich der Testamentsvollstrecker dabei (nur) mit Zustimmung aller Mit-

erben einschließlich der Nacherben hinwegsetzen (*Flechtner in Burandt/Rojahn*, § 2042 Rdnr. 46; *MünchKommBGB/Ann*, § 2042 Rdnr. 29). Im Übrigen ist eine Teilauseinandersetzung nur in Ausnahmefällen möglich (*Flechtner in Burandt/Rojahn*, § 2042 Rdnr. 6). Derzeit fehlt es für die auf das Wohnungs- und Teileigentum bezogene Nachlassauseinandersetzung bereits an einem Teilauseinandersetzungsvertrag, den der Testamentsvollstrecker kraft seiner Verfügungsmacht (§ 2205 BGB) hätte ausführen können.

ee) Zwar wird die Wirksamkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers nicht durch die Verletzung von Auseinandersetzungsvorschriften verletzt; insofern kommt nur eine Haftung nach § 2219 BGB in Betracht (*Heckschen in Burandt/Rojahn*, § 2204 Rdnr. 8; *MünchKommBGB/Ann*, § 2042 Rdnr. 29). Das Grundbuchamt hat jedoch zu prüfen, ob eine wirksame Auflassung oder Bewilligung vorliegt und der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse tätig wurde (*Heckschen in Burandt/Rojahn*, § 2205 Rdnr. 19). Denn wenn der Testamentsvollstrecker durch Anordnungen des Erblassers gehalten ist, über Nachlassgegenstände in bestimmter Weise zu verfügen, dann ist seine Befugnis zu Verfügungen, die dazu in Widerspruch stehen, regelmäßig auch dinglich ausgeschlossen (BGH, NJW 1984, 2464). Eine solche Beschränkung ergibt sich, wenn die Testamentsvollstreckung auf einen Mitvorerbenanteil begrenzt ist, zwar nicht schon aus dieser selbst, jedoch faktisch aus den eigenen Verwaltungsrechten der Miterben (*Staudinger/Reimann*, § 2208 Rdnr. 12; *Klihs*, RNotZ 2010, 43). Daher sind auch die Rechte der Nacherben – etwa auf Zustimmung zu einer Veräußerung des Grundbesitzes oder zur Löschung des Nacherbenvermerks durch einen für den nicht befreiten Vorerben eingesetzten Testamentsvollstrecker – als Beschränkung zu beachten (*Staudinger/Avenarius*, § 2113 Rdnr. 7).

c) Fehlt im Ehegattentestament eine Ernennung auch zum Nacherbenvollstrecker gemäß § 2222 BGB, folgt nicht schon aus der Gestattung, bei einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft „mitzuwirken“, dass der Testamentsvollstrecker auch den Nacherben bei der Durchführung der Auseinandersetzung vertreten darf. In Anbetracht der im Testament konkret zugewiesenen Aufgaben kann diese nicht als Erweiterung seiner Befugnisse aus §§ 2205, 2208 BGB verstanden werden.

(...)

12. BGB § 2205 Satz 3, § 2208 Abs. 1, §§ 2216, 2217, 2368 (*Keine Vermutung von gesetzlichen Einschränkungen der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers*)

**Sind im Testamentsvollstreckerzeugnis keine Abweichungen vom gesetzlichen Umfang der Befugnisse angegeben, hat das Grundbuchamt in aller Regel ohne eigene Sachprüfung davon auszugehen, dass Einschränkungen der gesetzlichen Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht bestehen.**

OLG München, Beschluss vom 16.11.2015, 34 Wx 178/15

Im Grundbuch ist A. B. aufgrund Erbscheins als Eigentümerin eines Miteigentumsanteils, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, eingetragen. A. B. ist am 17.7.2014 verstorben und wurde laut Erbschein vom 28.10.2014 beerbt von dem Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Testamentsvollstrecker über den Nachlass der A. B. wurde der Beteiligte zu 3 ernannt.

Zu notarieller Urkunde vom 18.12.2014 setzten die Beteiligten zu 1 und 2, vertreten durch den Beteiligten zu 3, die zwischen ihnen bestehende Erbengemeinschaft nach A. B. (teilweise) auseinander, indem

sie Grundbesitz der Erbmasse untereinander verteilten. Die gegenständliche Wohnung wiesen sie dem Beteiligten zu 1 zu (Abschnitt 1.2.5. der Urkunde). Die Beteiligten erklärten urkundlich, die Auseinandersetzung erfolge teilweise in Erfüllung der in der letztwilligen Verfügung vom 10.12.1999 bestimmten Vermächtnisse. Die Erfüllung der übrigen Vermächtnisse sei nicht gewünscht. An deren Stelle solle die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft in der beurkundeten Weise treten. Sie gaben an, sämtliche in der letztwilligen Verfügung berufenen Nachvermächtnisnehmer und deren Ersatznachvermächtnisnehmer hätten ihre Vermächtnisansprüche schriftlich ausgeschlossen (Abschnitt 2.3.).

Die Urkunde enthält sodann die Erklärung, der Beteiligte zu 3 entlasse bestimmte „heute auseinandergesetzte Nachlassgegenstände“, unter anderem die gegenständliche Immobilie, „hiermit aus der Testamentsvollstreckung“ (Abschnitt 6.1.).

Die Beteiligten erklärten die Einigung über den Eigentumsübergang. Sie bewilligten und beantragten die Eintragung der Auflassung im Grundbuch ohne Zwischeneintrag der Erbengemeinschaft sowie des Testamentsvollstreckervermerks.

Testamentsvollstreckerzeugnis und Erbschein wurden je in Ausfertigung dem Grundbuchamt vorgelegt. Dieses erlangte nach Einsicht in die nicht bei demselben AG geführten Nachlassakten Kenntnis vom Inhalt des am 10.12.1999 privatschriftlich errichteten gemeinschaftlichen Testaments der A. B. und ihres vorverstorbenen Ehemannes. Darin hatten die Eheleute für den Schlusserbfall die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben zu gleichen Teilen eingesetzt und unter anderem verfügt, dass die Beteiligte zu 2 die gegenständliche Wohnung als Vorvermächtnis erhalte. Insoweit sei sie nicht befreite Vorvermächtnisnehmerin. Zu Nachvermächtnisnehmern wurden deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen eingesetzt. Für den Schlusserbfall wurde Testamentsvollstreckung angeordnet.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 12.5.2015 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass die Art und Weise der Erbauseinandersetzung hinsichtlich des gegenständlichen Grundbesitzes im Widerspruch stehe zu der in der letztwilligen Verfügung getroffenen und die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers beschränkenden Bestimmung. Die Auflassung bedürfe zu ihrer Wirksamkeit deshalb zusätzlich zur Zustimmung der beiden Erben auch der der Nachvermächtnisnehmer sowie eines noch zu bestellenden Ergänzungspflegers für die unbekanntes Nachvermächtnisnehmer nebst betreuungsgerichtlicher Genehmigung. Letzteres gelte auch für die Entlassung des Grundbesitzes aus der Testamentsvollstreckung.

Hiergegen wendet sich die vom Urkundsnotar eingelegte Beschwerde, mit der vorgetragen wird, testamentarische Weisungen des Erblassers gegenüber dem Testamentsvollstrecker hätten nur im Innenverhältnis schuldrechtliche Wirkung, würden jedoch die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers im Außenverhältnis nicht einschränken.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung.

1. Gegen die ergangene Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist die unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPflG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO; *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 71 Rdnr. 1 und 12). Als Beschwerdeführer sind die Beteiligten zu 1 bis 3 nach der dem Eintragungersuchen zugrundeliegenden Notarurkunde anzusehen, denn dort sind die Beteiligten unter Bezugnahme auf § 15 GBO ohne nähere Differenzierung als Antragsteller bezeichnet (*Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20). Antragsbefugt und daher auch beschwerdebefugt sind der Beteiligte zu 1 als gewinnender Teil der erstrebten Eintragung und die Beteiligte zu 2 als in ihrem Recht als – nicht voreingetragenes – Mitglied der Erbengemeinschaft von der Eintragung Betroffene, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO. Der Testamentsvollstrecker ist kraft seines Amtes im eigenen Namen antragsberechtigt (*Demharter*, GBO, § 13 Rdnr. 49).

2. Auf die Beschwerde ist die Zwischenverfügung aufzuheben, denn die Eintragung darf nicht von der Behebung der dort aufgezeigten Hindernisse abhängig gemacht werden.

a) Gemäß § 20 GBO darf die Auflassung eines Grundstücks im Grundbuch nur eingetragen werden, wenn die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Rechtsübergang (§ 925 Abs. 1 BGB) erklärt ist. Daneben setzt die Eintragung gemäß § 19 GBO die Bewilligung des in seinem Recht Betroffenen voraus. Dabei korrespondiert die Befugnis zur Abgabe der Eintragungsbewilligung mit der materiellen Verfügungsbefugnis. Erklärt ein Testamentsvollstrecker Auflassung und Bewilligung, hat daher das Grundbuchamt dessen Verfügungsbefugnis zu prüfen.

Zum Nachweis ist regelmäßig die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich, § 35 Abs. 2 Halbs. 1 GBO (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 57, 59, 61 sowie § 52 Rdnr. 19), aber auch ausreichend. Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, wird im Grundbucheintragungsverfahren die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers allein durch das Zeugnis nachgewiesen. Auch Beschränkungen seiner Verfügungsbefugnis infolge von Anordnungen des Erblassers (§§ 2208-2210, §§ 2222-2224 Abs. 1 Satz 3 BGB) ergeben sich aus dem Zeugnis, denn im Gegensatz zu nur schuldrechtlich bindenden Verwaltungsanordnungen (vgl. § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB) sind sie gemäß § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB in das Zeugnis aufzunehmen (*Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2368 Rdnr. 2; *Demharter*, GBO § 35 Rdnr. 59).

Sind im Testamentsvollstreckerzeugnis jedoch – wie hier – keine Abweichungen vom gesetzlichen Umfang der Befugnisse (§§ 2203-2206 BGB) angegeben, hat das Grundbuchamt in der Regel vom Nichtbestehen solcher Einschränkungen und somit von der gesetzlichen Verfügungsbefugnis gemäß § 2205 Sätze 2 und 3 BGB auszugehen, denn die Vermutungswirkung des § 2368 Abs. 3, § 2365 BGB (*Palandt/Weidlich*, § 2368 Rdnr. 8) gilt auch gegenüber dem Grundbuchamt (*Meikell/Böhringer*, GBO, 11. Aufl. 2015, § 52 Rdnr. 20; *Schaub in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 52 Rdnr. 21). Zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der letztwilligen Verfügung ist das Grundbuchamt nicht berechtigt (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO; BayObLG, Rpfleger 2005, 247, 249; MittBayNot 1991, 122, 124; BayObLGZ 1990, 82, 86 f.; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 18). Die Prüfungspflicht und das Prüfungsrecht des Grundbuchamts (*Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 18 und 23; *Meikell/Böhringer*, GBO, § 52 Rdnr. 63) sind in diesen Fällen deshalb darauf beschränkt, ob der Testamentsvollstrecker die gesetzlichen Schranken seiner Verfügungsmacht eingehalten, insbesondere nicht über das zulässige Maß hinaus unentgeltlich über Nachlassgegenstände verfügt hat, § 2205 Satz 3 BGB.

b) Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn dem Grundbuchamt konkrete, vom Nachlassgericht nicht berücksichtigte Tatsachen bekannt sind, welche die Unrichtigkeit des Zeugnisses erweisen und demzufolge seine Einziehung, § 2368 Abs. 3, § 2361 Abs. 1 BGB, erwarten lassen. In diesem Fall gilt die Vermutung des § 2368 BGB zunächst nicht (BayObLG, Rpfleger 2005, 247, 248; MittBayNot 1991, 122, 124; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 18; *Meikell/Böhringer*, GBO, § 52 Rdnr. 20). Vielmehr hat das Grundbuchamt dann zunächst die Pflicht, unter Schilderung des Sachverhalts und seiner Rechtsauffassung beim Nachlassgericht die Einziehung oder Kraftloserklärung des Testamentsvollstreckerzeugnisses anzuregen. Hält das Nachlassgericht allerdings an seiner Rechtsauffassung fest, ist das Grundbuchamt nun hieran gebunden (*Schaub in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 102).

Ein solcher Ausnahmefall, in dem Rücksprache mit dem Nachlassgericht zu nehmen wäre, liegt hier jedoch nicht vor. Testamentarische Anordnungen des Erblassers in Bezug auf die Verwaltung des Nachlasses können zwar mit dinglicher und dann die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers beschränkender Wirkung erfolgen, § 2208 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, NJW 1984, 2464; OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 173; *Lettmann*, RNotZ 2001, 590; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 19). Verwaltungsanordnungen des Erblassers können allerdings auch lediglich schuldrechtliche Verpflichtungen begründen, deren Verletzung Schadensersatzpflichten nach sich ziehen kann, § 2216 Abs. 2 Satz 1, § 2219 BGB, aber die Wirksamkeit getroffener Verfügungen nicht berührt (LG Ellwangen, BWNNotZ 2003, 147; *Staudinger/Reimann*, Bearb. 2012, § 2205 Rdnr. 10; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 6. Aufl. 2013, § 2205 Rdnr. 67; *Schöner/Stöber* Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3428). Die Zweifel des Grundbuchamts an der gesetzlichen Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers beruhen allein auf dem Wortlaut des privatschriftlichen Testaments, dessen Verteilungsanordnungen das Grundbuchamt als dingliche Beschränkung der Verfügungsmacht interpretiert. Zusätzliche, dem Nachlassgericht nicht bekannte Umstände sind für die Zweifel des Grundbuchamts nicht ursächlich. Die Auslegung des privatschriftlichen Testaments obliegt jedoch allein dem das Testamentsvollstreckerzeugnis erteilenden Nachlassgericht. Das Grundbuchamt und das Beschwerdegericht sind nicht befugt, das Zeugnis auf seine sachliche Richtigkeit zu überprüfen (*Schaub in Bauer/von Oefele*, GBO, § 35 Rdnr. 82). Tatsächliche Umstände, die darauf hindeuten, dass die Verwaltungsanordnungen im Testament die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers in dinglicher Weise einschränken sollten, etwa aus Schutz- und Vorsichtsgründen, sind nicht bekannt und wären dem Testament zudem nicht einmal andeutungsweise zu entnehmen (vgl. *Staudinger/Reimann*, § 2208 Rdnr. 17, 17 a). Anlass dazu, beim Nachlassgericht die Überprüfung und ggf. die Einziehung des Zeugnisses anzuregen, besteht daher nicht.

c) Die Einsetzung von Nachvermächtnisnehmern, § 2191 BGB, nach der Beteiligten zu 2 als (Voraus- und) Vorvermächtnisnehmerin ist für die Frage der Rechtsgültigkeit von Auflassung und Bewilligung nicht von Bedeutung. Das ausgesetzte Nachvermächtnis gewährt den Nachvermächtnisnehmern lediglich einen bedingten, auf Eigentumsübertragung gerichteten schuldrechtlichen Anspruch gegen die Vorvermächtnisnehmerin, § 2174 BGB. Eine Beschränkung der Verfügungsmacht der mit der aufschiebend bedingten Leistungspflicht beschwerten Vorvermächtnisnehmerin oder der Erben ist damit nicht verbunden; der Anwendungsbereich von § 161 BGB ist daher nicht eröffnet (*Palandt/Weidlich*, § 2179 Rdnr. 2). Der Schutz der Nachvermächtnisnehmer wegen Handlungen, welche das vermachte Recht während der Schwebezeit beeinträchtigen, wird vielmehr gemäß § 2179 i. V. m. § 160 Abs. 1, § 162 Abs. 1 BGB über die Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs bewirkt. Die Handlungen des Vorvermächtnisnehmers sind in dinglicher Hinsicht jedoch wirksam. Nichts anderes gilt für Handlungen des Testamentsvollstreckers, dem gemäß § 2211 Abs. 1, § 2205 BGB anstelle der Beteiligten zu 2 das Verfügungsrecht über das Nachlassgrundstück zusteht.

d) Für einen Missbrauch der dem Testamentsvollstrecker eingeräumten Rechtsmacht (vgl. *Staudinger/Reimann*, § 2205 Rdnr. 85; MünchKommBGB/*Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 68) ergeben sich aus dem beurkundeten Rechtsgeschäft keine Anhaltspunkte. Sie folgen insbesondere nicht schon daraus, dass sich die Zuordnung der Nachlassgegenstände nicht vollständig mit den letztwilligen Anordnungen deckt.

e) Zudem kann der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung aller Erben (und etwaiger Nacherben) über einen zum Nachlass gehörenden Gegenstand selbst dann wirksam verfügen, wenn damit einer anderslautenden Erblasserordnung widersprochen wird (BGHZ 40, 115, 119; BGH, NJW 1984, 2464; Rpfleger 1971, 349). Der Zustimmung von Vermächtnisnehmern, die gemäß § 2174 BGB lediglich schuldrechtliche Ansprüche gegen den oder die Erben haben, bedarf es zur Überwindung der durch Erblasserordnung beschränkten Verfügungsbefugnis grundsätzlich nicht (MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 68; *Schaub in Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2010, Kap. 4 Rdnr. 188 f. mit Rdnr. 131; *Lettmann*, RNotZ 2001, 590, 592).

Zusätzlich zum Testamentsvollstreckerzeugnis dürfen deshalb weitere Nachweise für die Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung nicht verlangt werden (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3463 f.).

2. Ein Testamentsvollstreckervermerk ist im Grundbuch nicht einzutragen, weil dessen Eintragung das Grundbuch unrichtig machen würde.

Gibt ein Testamentsvollstrecker nach Amtsantritt ein Nachlassgrundstück gemäß § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB aus seiner Verwaltung frei, so verliert er sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich dieses Nachlassgegenstands (*Palandt/Weidlich*, § 2217 Rdnr. 6). Ist dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) nachgewiesen und daher positiv bekannt, dass ein Nachlassgrundstück aufgrund Freigabe nicht (mehr) der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, ist ein bereits gemäß § 52 GBO eingetragener Testamentsvollstreckervermerk im Weg der Grundbuchberichtigung, § 22 GBO, zu löschen (*Bauer/von Oefele*, GBO, § 52 Rdnr. 33; *Weidlich*, MittBayNot 2006, 390). War der Vermerk bis zur Freigabe im Grundbuch nicht eingetragen, hat die Eintragung nach dem Legalitätsprinzip (*Demharter*, GBO, Einl. Rdnr. 1) zu unterbleiben. Dies gilt auch dann, wenn dem Grundbuchamt ein gegenständlich unbeschränktes Testamentsvollstreckerzeugnis vorliegt (vgl. OLG München vom 8.9.2005, 32 Wx 58/05, MittBayNot 2006, 427, 428), denn die Freigabe nur einzelner Nachlassgegenstände führt nicht zu einer Berichtigung des Zeugnisses. Dessen öffentlicher Glaube erstreckt sich mithin nicht auf das Fehlen von Freigaben (*Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 391 f.).

Die Freigabeerklärung als einseitiges abstrakt dingliches Rechtsgeschäft kommt durch empfangsbedürftige Willenserklärung des Testamentsvollstreckers zustande (Senat vom 27.5.2011, 34 Wx 93/11, FGPrax 2011, 228 f.; OLG Frankfurt, MittBayNot 2007, 511, 512; *Palandt/Weidlich*, § 2217 Rdnr. 5). Die zu notarieller Urkunde abgegebene Erklärung des Testamentsvollstreckers, hiermit die gegenständliche Immobilie aus der Testamentsvollstreckung zu entlassen, kann nur als Freigabeerklärung verstanden werden, wenngleich sie weder diesen Begriff verwendet noch gar die gesetzliche Norm nennt. An der Überlassung dieses Nachlassgegenstands an den Beteiligten zu 1 kann angesichts der verlautbarten Erklärung kein Zweifel bestehen.

Die Freigabebefugnis des Testamentsvollstreckers ist ausweislich des Testamentsvollstreckerzeugnisses, § 2368 Abs. 3 i. V. m. § 2365 BGB, nicht nach § 2208 Abs. 1 BGB beschränkt. Dass auch die letztwillige Verfügung keinen Anhalt für eine solche Beschränkung bietet, ist aus den unter Ziffer 1 ausgeführten Gründen nur insoweit relevant, als eine Anregung an das Nachlassgericht zur Einziehung des ausgestellten Zeugnisses nicht angezeigt ist. Zu ihrer Wirksamkeit bedarf die Freigabeerklärung mithin weder der Zustimmung bekannterer oder unbekannter Nachvermächtnisnehmer noch einer be-

treuungsgerichtlichen Genehmigung. Vielmehr bewirkte die in Anwesenheit beider Erben abgegebene Freigabeerklärung unmittelbar die Entlassung des gegenständlichen Grundbesitzes aus der Testamentsvollstreckung. Sowohl die Erklärung gemäß § 2217 Abs. 1 BGB selbst als auch ihr Empfang sind mit der notariellen Urkunde in der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Klarheit und Bestimmtheit nachgewiesen, § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Selbst wenn der Testamentsvollstrecker mit der Freigabe gegen seine Amtspflichten verstoßen hätte, wäre dies ohne Auswirkung auf die Wirksamkeit der Freigabe (*Klumpff in Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Kap. 6 Rdnr. 182). Im Grundbuchverfahren ist dieser Frage daher nicht nachzugehen.

(...)

## Anmerkung:

### 1. Beschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers

Grundstücksverfügungen unter Beteiligung des Testamentsvollstreckers bereiten in der Praxis häufig Probleme. Im Fall des OLG München hatte die Erblasserin als Schlusserben zwei Erben B 1 und B 2 eingesetzt und dem Erben B 2 vermächtnisweise eine Wohnung zugewendet, welche im Wege des Nachvermächtnisses die Abkömmlinge des B 2 erhalten sollten. Ferner war für den Schlusserbfall Testamentsvollstreckung angeordnet worden.

Nach § 2205 Satz 3 BGB, der der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 BGB entspricht, ist die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers mit dinglicher Wirkung bei unentgeltlichen Verfügungen beschränkt, soweit diese nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Diese Schranke ist grundsätzlich auch im Rahmen einer Erbauseinandersetzung zu beachten. Eine unentgeltliche Verfügung kann daher auch vorliegen, wenn ein Miterbe bei der Auseinandersetzung wertmäßig mehr zugeteilt bekommt als seiner Erbquote entspricht.<sup>1</sup> Auf die Frage, ob das Testamentsvollstreckerzeugnis Einschränkungen der dinglichen Verfügungsmacht ausweist, kommt es insoweit nicht an. Das dinglich wirkende Verbot unentgeltlicher Verfügungen ist eine gesetzliche Beschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers, von der der Erblasser sich nicht befreien kann und die im Testamentsvollstreckerzeugnis nicht ausgewiesen wird. Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist hinsichtlich dieser Frage für das Grundbuchverfahren ohne Relevanz.

Keine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers liegt vor, wenn sie in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers vorgenommen wird.<sup>2</sup> Diese Ausnahme kam allerdings nicht in Betracht, da die Übertragung der Wohnung nicht an den als Vorvermächtnisnehmer eingesetzten B 2, sondern an den anderen Miterben B 1 erfolgte. Soweit der Testamentsvollstrecker unentgeltlich verfügt, ist diese Verfügung schwebend unwirksam. Sie wird wirksam, wenn sämtliche Personen, zu deren Schutz das Verfügungsverbot besteht, der Verfügung zustimmen. Unklar war im vorliegenden Fall auch, ob überhaupt eine Verfügung des Testamentsvollstreckers im Sinne einer Eigentumsübertragung in Betracht kam, da die notarielle Urkunde nur von einer Entlassung der Immobilie

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 15.5.1963, V ZR 141/61, NJW 63, 1613, 1615; OLG München, Beschluss vom 18.11.2013, 34 Wx 189/13, FamRZ 14, 1066, 1067.

<sup>2</sup> OLG München, Beschluss vom 16.3.2015, 34 Wx 430/14, RNotZ 15, 359, 361.

aus der Testamentsvollstreckung sprach. Nach dem OLG München deutet dies eher auf eine Freigabe nach § 2217 BGB hin, was das Grundbuchamt allerdings nicht veranlasste, von einer Zustimmung der Nachvermächtnisnehmer, soweit unbekannt vertreten durch einen Nachlasspfleger gemäß § 1913 BGB, abzusehen.

## 2. Auswirkungen einer Erbenzustimmung

Das OLG München problematisiert die Frage des Vorliegens einer unentgeltlichen Verfügung ebenso wenig wie die Frage des Umfangs der Testamentsvollstreckung. Im vorliegenden Fall hätte man auch noch die Überlegung anstellen können, ob sich die Testamentsvollstreckung nicht aufgrund der Erbaueinandersetzung zwangsläufig erledigt hatte, da entsprechend dem gesetzlichen Regelfall ggf. nur eine Abwicklungsvollstreckung gemäß § 2203 BGB vorlag, die nicht der Sicherung eines Nachvermächtnisses diene.<sup>3</sup> Das OLG München verweist vielmehr unter Hinweis auf diverse Rechtsprechung und Literatur darauf, dass im vorliegenden Fall sämtliche Erben der Verfügung zugestimmt haben. Einer Zustimmung der Vermächtnisnehmer bedarf es zur Überwindung von Verfügungsbeschränkungen nach dem OLG München dagegen nicht, da den Vermächtnisnehmern wegen § 2174 BGB nur schuldrechtliche Ansprüche zustehen. Ohne dies näher darzulegen, weicht das OLG München in diesem Punkt allerdings von der h. M. ab. Nicht alle vom OLG München aufgeführten Zitate beschäftigen sich mit dieser Problematik. Teilweise wird sogar ausdrücklich die Gegenmeinung vertreten.<sup>4</sup>

Der BGH hält sowohl bei einer unentgeltlichen Verfügung des Testamentsvollstreckers als auch bei einer Freigabe nach § 2217 BGB zur Vorbereitung einer unentgeltlichen Verfügung des Erben die Zustimmung des Vermächtnisnehmers für erforderlich.<sup>5</sup> Begründet wird dies damit, dass die Stellung des Vermächtnisnehmers in Bezug auf den Testamentsvollstrecker stärker sei als die der sonstigen Nachlassgläubiger. Der Testamentsvollstrecker sei dem Vermächtnisnehmer – wie auch dem Erben – gegenüber gemäß § 2216 Abs. 1 BGB zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet und der Vermächtnisnehmer könne (wie auch der Erbe) den Testamentsvollstrecker bei Verschulden kraft der besonderen Vorschrift des § 2219 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Aus dieser starken Stellung ergibt sich nach dem BGH, dass dem Vermächtnisnehmer, dem gleichermaßen durch den Erblasser etwas zugewendet worden ist und der, was die Berücksichtigung seiner Interessen anbelangt, in Beziehung zum Testamentsvollstrecker dem Erben gleichgestellt ist, ebenfalls der Schutz durch § 2205 Satz 3 BGB zukommen muss. Es sei nicht gerechtfertigt, ihn bei unentgeltlichen Verfügungen anders als den Erben der Willkür des Testamentsvollstreckers (und des Erben bei deren Zusammenwirken) auszusetzen, wenn man davon ausgeht, § 2205 Satz 3 BGB solle sicherstellen, dass die vom Erblasser Bedachten im engeren Sinne etwas vom Nachlass erhalten.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Zu dieser Problematik vgl. BGH, Urteil vom 18.10.2000, IV ZR 99/99, NJW 2001, 520; Spall, ZEV 2002, 5; Hartmann ZEV 2001, 89; Muscheler AcP 208, 69; Damrau/Mayer ZEV 2001, 293; Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, § 2223 Rdnr. 2.

<sup>4</sup> So MünchKommBGB/Zimmermann, 6. Aufl. 2013, § 2205 Rdnr. 80, wenn ein Vermächtnisgegenstand tangiert wird.

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 24.9.1971, V ZB 6/71, NJW 1971, 2264, 2265 im Falle einer angeordneten Vor- und Nacherbfolge.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 24.9.1971, V ZB 6/71, NJW 1971, 2264, 2267; zustimmend BayObLG, Beschluss vom 13.6.1986, BReg. 2 Z 47/86, BayObLGZ 1986, 208, 210; BayObLG, Beschluss vom 18.1.1989, BReg. 2 Z 4/89, NJW-RR 1989, 587; Staudinger/Reimann, 15. Aufl. 2012, § 2205 Rdnr. 56.

Zwingend erscheint dieses Ergebnis allerdings nicht. Mögliche Schadensersatzansprüche wegen der Vereitelung schuldrechtlicher Ansprüche führen vorbehaltlich § 138 BGB grundsätzlich nicht zur Einschränkung der dinglichen Verfügungsmacht. Es handelt sich dabei auch nicht um ein spezielles Problem aus dem Bereich der Testamentsvollstreckung. Der Erbe, der die Erfüllung eines Anspruchs des Vermächtnisnehmers aufgrund einer von ihm vorgenommenen rechtswirksamen Verfügung zugunsten eines Dritten verhindert, ist ebenfalls einem Schadensersatzanspruch des Vermächtnisnehmers ausgesetzt, ohne dass hierdurch seine Verfügungsmacht eingeschränkt wird. Wie auch der BGH selbst betont, ist § 2205 Satz 3 BGB nach den Materialien zum BGB eine Schutzvorschrift, die vornehmlich zum Schutz des nicht verfügungsberechtigten Erben vor dem verfügungsberechtigten Testamentsvollstrecker geschaffen wurde, damit der Erbe nicht der Willkür des Testamentsvollstreckers ausgeliefert ist.<sup>7</sup> Allein die Tatsache, dass dem Vermächtnisnehmer wegen § 2219 BGB auch Schadensersatzansprüche gegenüber dem Testamentsvollstrecker zustehen, erscheint nicht ausreichend, um eine weitergehende Einschränkung der Verfügungsmacht, die dem Testamentsvollstrecker im Zusammenwirken mit dem Erben eröffnet ist, zu begründen.<sup>8</sup>

## 3. Notwendigkeit der Zustimmung eines Nachvermächtnisnehmers

Der Fall des OLG München enthielt die weitere Besonderheit, dass bezüglich der auf B 1 übertragenen Wohnung ein Vor- und Nachvermächtnis angeordnet war. Da der Vorvermächtnisnehmer B 2 als gleichzeitiger Miterbe an der Übertragung beteiligt war, fehlte nur die Zustimmung der Abkömmlinge des B 2 als Nachvermächtnisnehmer. Im Vergleich zu einem Nacherben ist dem Nachvermächtnisnehmer vom Gesetz eine wesentlich schwächere Stellung eingeräumt. Ist eine Vor- und Nacherbfolge angeordnet, so kommt eine sich aus § 2113 BGB ergebende Verfügungsbeschränkung des Vorerben, welche auch im Rahmen einer Erbaueinandersetzung zu beachten ist,<sup>9</sup> erst dadurch zum Tragen, dass mit Eintritt des Nacherbfalls die Wirksamkeit einer Grundstücksverfügung entfällt. Die Unwirksamkeit hängt also vom Eintritt der Nacherbfolge ab. Sie ist auf diesen Zeitpunkt hinausgeschoben und tritt gar nicht ein, wenn die Nacherbfolge wegfällt. Der Schutz des Nacherben vor einem gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten nach § 2113 Abs. 3 BGB wird dadurch gewährleistet, dass nach § 51 GBO bei Grundstücken bzw. bei Rechten an ihnen sowie bei einem Erbbaurecht (§ 11 ErbbauRG) oder Wohnungseigentum (§ 1 WEG) mit der Eintragung des Erben als neuem Eigentümer/Berechtigten die Anordnung der Nacherbfolge grundsätzlich stets von Amts wegen im Grundbuch einzutragen ist.<sup>10</sup> Unerheblich für das Grundbuchamt ist daher bei einer Verfügung des Vorerben vor Eintritt des Nacherbfalls auch, ob der Vorerbe nach § 2113 BGB befreit oder nicht befreit ist und ob die Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich ist. Erst mit dem Nacherbfall sind die vereitelnden oder beein-

<sup>7</sup> Siehe BGH, Beschluss vom 24.9.1971, V ZB 6/71, NJW 1971, 2264, 2266 m. w. N.

<sup>8</sup> Ebenso Bengel/Dietz, in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, Kap. I, Rdnr. 135; Soergell/Damrau, BGB, 13. Aufl. 2000, § 2205 Rdnr. 79; NomosKommBGB/Kroiß, 4. Aufl. 2014, § 2205 Rdnr. 21; Palandt/Weidlich, § 2205 Rdnr. 30.

<sup>9</sup> Siehe hierzu OLG München, Beschluss vom 10.2.2012, 34 Wx 143/11, FGPrax 12, 103; OLG Hamm, Beschluss vom 19.9.1994, 15 W 205/94, MittBayNot 95, 404, 405; Leitzen, RNotZ 12, 159, 160 ff.

<sup>10</sup> BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 1.6.2013, § 51 Rdnr. 2; zum Inhalt siehe Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 51 Rdnr. 16.

trächtigenden Verfügungen des Vorerben im Umfang der Verteilung oder Beeinträchtigung des Rechts des Nacherben unwirksam, dann aber mit absoluter Wirkung, auf die sich jeder berufen kann.<sup>11</sup> Die Wirksamkeit einer solchen Verfügung bis zum Eintritt des Nacherbfalls kann sich nicht anders darstellen, wenn zugleich Testamentsvollstreckung angeordnet ist und der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung des Vorerben eine Verfügung vornimmt. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob ein nur hinsichtlich des Vorerben eingesetzter Testamentsvollstrecker den Beschränkungen des Vorerben unterliegt oder der Testamentsvollstrecker zugleich für den Vor- und Nacherbfall eingesetzt ist.<sup>12</sup>

Der Nachvermächtnisnehmer genießt dagegen nicht den Schutz wie ein Nacherbe, da die Vorschriften über die Nacherbenschaft abgesehen von den in § 2191 Abs. 2 BGB ausdrücklich genannten Regelungen nicht anwendbar sind<sup>13</sup> und ein Schutz durch Eintragung eines Vermerks im Grundbuch gesetzlich nicht vorgesehen ist. Während sich aus § 2113 BGB bei Eintritt des Nacherbfalls die Unwirksamkeit einer Verfügung des Vorerben ergeben kann, bleiben Verfügungen des Vorvermächtnisnehmers auch bei Eintritt des Nachvermächtnisfalls wirksam. Der Nachvermächtnisnehmer ist grundsätzlich auf den Schutz der §§ 2179, 160 Abs. 1 BGB und den sich daraus ergebenden Schadensersatzansprüchen gegen den Vorvermächtnisnehmer verwiesen.<sup>14</sup> Würde man nun bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung zur Wirksamkeit einer im Einvernehmen mit dem Vorvermächtnisnehmer getroffenen Verfügung zugleich die Zustimmung des Nachvermächtnisnehmers verlangen, so hätte dieser hinsichtlich einer vor Eintritt des Nachvermächtnisfalls getroffenen Verfügung eine stärkere Rechtsstellung als ein Nacherbe. Dies widerspricht der Gesetzessystematik. Das Ergebnis des OLG München erscheint daher auch unter diesem Aspekt als zutreffend.

Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth b. Nürnberg

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 14.7.1969, V ZR 122/66, BGHZ 52, 269, 270.

<sup>12</sup> Siehe hierzu *Palandt/Weidlich*, § 2205 Rdnr. 24, § 2222 Rdnr. 1 ff. auch zur Frage des Umfangs der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

<sup>13</sup> Siehe BeckOK-BGB/Müller-Christmann, Stand: 1.8.2015, § 2191 Rdnr. 7.

<sup>14</sup> Siehe *Palandt/Weidlich*, § 2191 Rdnr. 3, § 2179 Rdnr. 2.

13. GBO § 29 Abs. 1, § 71 Abs. 1; BGB § 2113 Abs. 1 (*Rechtliches Gehör im Grundbuchverfahren und Entgeltlichkeit bei Verfügung des Vorerben*)

1. **Ist im Grundbuchverfahren darüber zu entscheiden, ob die Eintragung eines Eigentumswechsels aufgrund einer Verfügung des Vorerben vorzunehmen ist, ist dem Nacherben, nicht aber etwaigen Ersatznacherben rechtliches Gehör zu gewähren.**
2. **Verfügt ein Vorerbe über ein Grundstück unter Zugrundelegung eines von einem Gutachterausschuss mitgeteilten Quadratmeterpreises, spricht dies zunächst gegen eine teilweise Unentgeltlichkeit seiner Verfügung. Aus dem Grundbuch ersichtliche frühere höhere Grundschulden stehen dem nicht zwingend entgegen, wenn diese auch damit erklärbar sind, dass das Grundstück nicht das einzige Sicherungsmittel für die gesicherte Forderung war.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.8.2015, 11 Wx 66/15

Der Beteiligte zu 1, der als befreiter Vorerbe Eigentümer eines Grundstücks ist, wendet sich dagegen, dass sein nach Verkauf gestellter An-

trag auf Eintragung eines Eigentümerwechsels und Löschung eines Nacherbenvermerks wegen fehlenden Nachweises der Zustimmung von Nacherben und Ersatznacherben zurückgewiesen worden ist.

Der Beteiligte zu 1 ist – unter Beifügung eines Nacherbenvermerks – seit 1996 als Eigentümer zweier landwirtschaftlich genutzter Flächen in L. mit zusammen 2.500 m<sup>2</sup> eingetragen. Dem liegt ein gemeinschaftliches notarielles Testament vom 16.7.1992 zugrunde, in dem der Beteiligte zu 1 von seiner Ehefrau als alleiniger befreiter Vorerbe eingesetzt worden war. Als Nacherbe wurde der Beteiligte zu 3, als Ersatznacherben die Schwester des Ehemanns und die Pflegeeltern der Ehefrau eingesetzt.

Mit Notarvertrag vom 22.1.2015 veräußerte der Beteiligte zu 1 den Grundbesitz für 8.750 € – entsprechend 3,50 € pro m<sup>2</sup> – an den Beteiligten zu 2. Aufgrund einer ihr im Kaufvertrag erteilten Vollmacht bewilligte die Urkundsnotarin am 27.3.2015 den Eigentumsübergang und beantragte eine entsprechende Eintragung unter gleichzeitiger Löschung der Auflassungsvormerkung und des Nacherbenvermerks.

Das Grundbuchamt machte den Vollzug durch Zwischenverfügung vom 31.3.2015 davon abhängig, dass die Zustimmung der Nacherben und Ersatznacherben nachgewiesen oder zumindest deren Anschrift mitgeteilt werde. Es vertrat die Auffassung, die Anhörung dieser Beteiligten sei geboten, weil das Grundbuchamt zu prüfen habe, ob der Vorerbe nicht im Sinne von § 2113 Abs. 2 BGB unentgeltlich verfüge. Vereinbart sei ein Preis von lediglich 3,50 € je Quadratmeter; Landwirtschaftsfläche sei aber „in der Regel mehr Wert“. Die Geschäftsstelle des Gutachterausschusses der Stadt L. hatte dem Beteiligten zu 1 mit Schreiben vom 10.12.2014 mitgeteilt, dass der Bodenrichtwert mit Stand 31.12.2014 € 3,50 je Quadratmeter betrage. Das Grundbuchamt hielt mit einer ergänzenden Zwischenverfügung vom 16.4.2015 an seiner bisherigen Auffassung fest. Im Weiteren Verfahrensverlauf hat das Grundbuchamt seine Auffassung, dass eine teilweise unentgeltliche Verfügung vorliegen könne, auch darauf gestützt, dass die landwirtschaftlichen Flächen zeitweise mit einer Grundschuld über 35.790,43 € belastet gewesen seien.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Beschluss vom 1.6.2015 zurückgewiesen, weil die Genehmigung des Nacherben bzw. der Ersatznacherben nicht nachgewiesen sei. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1. Dieser hat zu der Grundschuld ergänzend vorgetragen, dass der ihnen zugrundeliegende Kredit auch anderweitig gesichert gewesen sei.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Es hat ergänzend ausgeführt, dass der Wert der Grundstücke im Jahre 1986 bei einer Schenkung mit 18.964 DM angegeben worden sei. Im Jahre 1987 seien die Grundstücke mit einer Grundschuld über 50.000 DM belastet worden.

Der vom Beschwerdegericht angehörte Nacherbe hat durch an das Beschwerdegericht gerichteten Schriftsatz vom 15.8.2015 mitgeteilt, dass er gegen eine Entscheidung des Gerichts nach Aktenlage keine Einwendungen erhebe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die angefochtene Entscheidung und die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die nach § 71 Abs. 1 GBO zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zu Unrecht mit der Begründung zurückgewiesen, dass es an der Genehmigung der „Nacherben bzw. der Ersatznacherben“ (bzw. deren Erben) fehle.

A. Über die Beschwerde war nach Gewährung rechtlichen Gehörs für den Nacherben, nicht aber für die Ersatznacherben oder – soweit verstorben – deren Erben zu entscheiden.

1. Der BGH hat ausgesprochen, dass ein etwaiger Mangel der Verfügungsbefugnis des Vorerben durch die Zustimmung des Nacherben geheilt werde, wobei diejenige des Primärnacherben genüge und die der Ersatznacherben nicht erforderlich sei (BGHZ 40, 115, juris-Rdnr. 27). Dies zugrunde gelegt kann es der Anhörung der Ersatznacherben auch dann nicht

bedürfen, wenn der Vorerbe – wie hier – zur entgeltlichen Verfügung über das Grundstück berechtigt ist und nur die Frage zu klären ist, ob eine solche entgeltliche Verfügung vorliegt.

(...)

B. Die Eintragung des Eintragungswechsels kann von einer der Form des § 29 GBO entsprechenden Zustimmung des Nacherben nicht abhängig gemacht werden; der Beteiligte zu 1 hat zulässigerweise entgeltlich verfügt.

1. Der befreite Vorerbe kann grundsätzlich (§ 2113 Abs. 1, § 2136 BGB) wirksam über Grundstücke verfügen. Da von der Beschränkung des § 2113 Abs. 2 BGB aber eine Befreiung nicht möglich ist, benötigt er für unentgeltliche Verfügungen die Zustimmung der Nacherben. Eine unentgeltliche Verfügung liegt vor, wenn der Vorerbe objektiv ohne gleichwertige Gegenleistung Opfer aus der Erbmasse bringt und der Vorerbe dies entweder positiv weiß oder bei ordnungsgemäßer Verwaltung der Masse hätte wissen müssen (BGH, NJW 1984, 366, juris-Rdnr. 18).

2. Ein Nachweis der Entgeltlichkeit als Eintragungsvoraussetzung wird regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden können, weshalb auch Freibeweis zugelassen wird. Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang den allgemeinen Satz aufgestellt, dass eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind (OLG München, MDR 2014, 1384, juris-Rdnr. 9; *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 53 Rdnr. 23). Nach diesem rechtlichen Maßstab ist hier von einer entgeltlichen Verfügung auszugehen.

a) Der Beteiligte zu 1 hat angegeben, dass der Verkauf des Grundstücks an eine ihm nicht persönlich verbundene Person erfolgt sei. Für die Unrichtigkeit dieser Angabe gibt es keine Anhaltspunkte. Insoweit kann die Erfahrungstatsache (OLG München, MDR 2014, 1384, juris-Rdnr. 9) herangezogen werden, wonach ein Kaufvertrag mit einem unbeteiligten Dritten – also einer weder familiär noch persönlich verbundener Person – ein entgeltlicher Vertrag und keine verschleierte Schenkung ist, wenn die Gegenleistung an den Vorerben erbracht wird.

b) Entscheidend gegen eine teilweise unentgeltliche Verfügung spricht der Umstand, dass die landwirtschaftlichen Grundstücke zu genau dem Preis verkauft worden sind, den der zuständige Gutachterausschuss der Stadt L. genannt hat. Zwar ist die Preisangabe mit dem Stand 31.12.2012 versehen. Da die Auskunft aber erst am 31.12.2014 erteilt worden ist, ist davon auszugehen, dass aktuellere Preise nicht festgestellt worden sind.

c) Den Grundakten ist zu entnehmen, dass die Grundstücke 7243 und 2291 von 1987 bis 1990 mit einer Grundschuld über 50.000 DM (25.564,59 €) zugunsten der L. Bausparkasse belastet waren. Ob diese Grundschuld das einzige Sicherungsmittel für einen Kredit war und vor diesem Hintergrund Rückschlüsse auf den damals von der Bausparkasse angenommenen Verkehrswert der Grundstücke zulässt, ist der Grundakte indes nicht zu entnehmen.

d) Der Umstand, dass die Grundstücke von 1999 bis 2014 mit einer Grundschuld von 70.000 DM (35.790,43 €) belastet waren, spricht unter den gegebenen Umständen nicht entscheidend dafür, dass ein Verkauf jetzt unter Wert erfolgt ist. Legt man die vom Grundbuchamt mitgeteilte Erfahrung zugrunde, dass der Beleihungswert einer Immobilie in den

1990er Jahren im Mittel zwischen 80 % und 130 % des Verkehrswerts lag, so müsste der Verkehrswert zwischen 11,01 € und 17,90 € je Quadratmeter gelegen haben, also etwa beim drei- bis fünffachen des vom Gutachterausschuss genannten Werts. Das ist gänzlich unwahrscheinlich. Deutlich näher liegt die vom Verkäufer in der Beschwerdebegründung vom 10.6.2015 gegebene Erklärung, dass das Grundstück damals nicht die einzige Sicherheit für den der Grundschuld zugrundeliegenden Kredit war.

e) Soweit das Grundbuchamt im Nichtabhilfebeschluss auf eine Wertangabe im notariellen Schenkungsvertrag vom 11.12.1986 verweist, ist dies kein entscheidendes Indiz für einen Unterwertverkauf. Zwar ist damals eine etwas kleinere Fläche (2.358 m<sup>2</sup> statt wie jetzt 2.500 m<sup>2</sup>; vgl. zur Änderung die Eintragung infolge Flurbereinigung vom 3.11.1993) aufgegeben worden, wobei umgerechnet ein höherer Preis pro Quadratmeter angegeben wurde (Verkehrswert 18.864 DM geteilt durch 2.358 m<sup>2</sup> ergibt 8 DM pro Quadratmeter = 4,09 €). Diese Differenz ist trotz des Zeitablaufs nicht so hoch, dass aus ihr entscheidendes Indiz für einen Verkauf unter dem tatsächlichen Wert gewonnen werden könnte.

f) Die Veräußerung eines Grundstücks durch den Vorerben ist zudem nur unwirksam, wenn der Verkaufspreis nicht nur objektiv zu niedrig ist, sondern der Vorerbe dies auch weiß oder bei ordnungsgemäßer Verwaltung hätte wissen müssen. Gegen eine solche Kenntnis oder eine fahrlässige Unkenntnis spricht hier schon die Auskunft des Gutachterausschusses. Die seit 1987 eingetragene Grundschuld ist bereits seit 1990 gelöscht und war daher bei Grundbuchberichtigung zugunsten des Beteiligten zu 1 im Jahre 1996 nicht mehr eingetragen; dies spricht für die Richtigkeit seiner Auskunft, dass sie ihm bei der Veräußerung nicht bekannt gewesen sei.

3. Scheiden damit die Grundstücke durch Verkauf aus dem Nachlass aus, weil der Vorerbe wirksam über sie verfügt hat, ist der Nacherbenvermerk auch ohne Bewilligung des Nacherben zu löschen (OLG München, MDR 2014, 1384, juris-Rdnr. 7).

(...)

#### Anmerkung:

Im vorliegenden Fall war der Verkäufer von seiner Ehefrau als alleiniger befreiter Vorerbe eingesetzt worden. Er war also nach den vorzitierten Bestimmungen des BGB berechtigt, das Grundstück ohne weitere Beteiligung der Nacherben oder der Ersatznacherben zu verkaufen.

Grundsätzlich ist eine Verfügung eines Vorerben über ein Grundstück gemäß § 2113 Abs. 1 BGB unwirksam. Von dieser Beschränkung kann er jedoch nach § 2136 BGB befreit werden. Die entgeltliche Verfügung des befreiten Vorerben über ein Nachlassgrundstück ist stets auch dem Nacherben gegenüber wirksam, § 2112 BGB. Die Löschung des Vor- und Nacherbenvermerks vor Eintritt der Nacherbfolge auf Antrag des Vorerben, § 13 Abs. 1 GBO, ist möglich, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen, § 22 Abs. 1 GBO, oder offenkundig ist, § 29 GBO. Unrichtig ist das Grundbuch dann, wenn das Grundstück endgültig aus dem Nachlass ausgeschieden, z. B. also vom befreiten Vorerben mit wirksamer entgeltlicher Verfügung veräußert worden ist.

Erfreulich ist zunächst, dass das OLG Karlsruhe – anders als andere Oberlandesgerichte – relativ zügig entschieden hat: Die Entscheidung des Grundbuchamts datiert vom 1.6.2015; das OLG hat in weniger als drei Monaten, am 25.8.2015, entschieden. Bedenkt man, dass in den meisten Fällen die Kauf-

preisfälligkeit von der Entscheidung abhängt, wird deutlich, wie wichtig eine zügige Entscheidung für die Beteiligten ist.

Wenn es trotzdem immer wieder Schwierigkeiten beim Vollzug solcher Kaufverträge gibt, liegt das an einer einfachen Frage: Handelt es wirklich um eine entgeltliche Verfügung oder liegt nicht vielleicht doch eine (teil-)unentgeltliche Verfügung vor?<sup>1</sup> Denn in letzterem Fall ist eine Befreiung nicht möglich, weil § 2136 BGB zwar auf § 2113 Abs. 1, nicht aber auf § 2113 Abs. 2 verweist. Das Grundbuch würde durch eine solche Verfügung nicht unrichtig, der Nacherbenvermerk wäre nicht zu löschen.

Das Grundbuchamt Mannheim war offenbar der Auffassung, den aus seiner Sicht sichersten Weg gehen zu müssen und hat die Zustimmung der Nacherben *und* der Ersatznacherben verlangt. Mehr geht nicht. Faktisch hat es damit das Rechtsinstitut des „befreiten Vorerben“ abgeschafft – denn mit Zustimmung der Nacherben und der Ersatznacherben wäre auch eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben wirksam oder eine Löschung des Vor- und Nacherbenvermerks auch ohne Verfügung möglich. Offenbar hat das Amtsgericht übersehen, dass in einem Rechtsstaat nur der Gesetzgeber, nicht aber das Grundbuchamt zu einer Änderung des BGB berechtigt ist.

Dem OLG Karlsruhe gebührt Dank dafür, dass es die Situation insoweit klar und präzise richtig gestellt hat:

- Unter Hinweis auf den BGH, Urteil vom 25.9.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 115 wird festgestellt, dass eine Zustimmung der Ersatznacherben nicht erforderlich ist.
- Auch die Zustimmung des Nacherben ist nicht erforderlich, wenn die Verfügung entgeltlich war, da gemäß § 2113 Abs. 1, § 2136 BGB der befreite Vorerbe nicht der Zustimmung bedarf.

Bleibt wieder die Frage nach der Überprüfung der Unentgeltlichkeit. Hierzu enthält der Beschluss des OLG Karlsruhe eine bemerkenswerte Feststellung:

„Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang den allgemeinen Satz aufstellt, dass eine entgeltliche Verfügung anzunehmen ist, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind.“

Am Ende stellt das Gericht auch noch fest, dass es nicht genügt, wenn der Verkaufspreis objektiv zu niedrig ist, sondern der Vorerbe dies auch wissen muss oder bei ordnungsgemäßer Verwaltung hätte wissen müssen.

Im Klartext heißt das: wenn für den Verkauf

- die Beweggründe im Einzelnen angegeben werden,
- der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und
- keine begründeten Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung bestehen,

von einer entgeltlichen Verfügung auszugehen ist.

Das OLG Karlsruhe füllt diese Kriterien aus, indem es die Übereinstimmung des Kaufpreises mit den Gutachterwerten und dem Käufer als unbeteiligten Dritten – also einer weder familiär, noch persönlich verbundenen Person – feststellt. Dagegen wird eine über den Kaufpreis hinausgehende Beleihung in der weiteren Vergangenheit zu Recht nicht gewertet, da die Umstände dieser Beleihung und eventuelle weitere Sicherheiten dafür nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind.

<sup>1</sup> Vgl. zur Problematik ausführlich *Morhard*, Immobilienverkauf durch befreite Vorerben, MittBayNot 2015, 361 ff.

Das alles sind objektive Kriterien, die das Gericht zutreffend und richtig subsumiert und die ganz klar für die „Entgeltlichkeit“ sprechen. Folgerichtig braucht das Gericht nicht einmal zu prüfen, ob in subjektiver Hinsicht der Vorerbe von einer teilunentgeltlichen Verfügung gewusst hat oder hätte wissen müssen.

Bis dahin ist die Entscheidung präzise und nachvollziehbar. Doch jetzt kommt der logische Bruch: Im ersten Leitsatz stellt das OLG Karlsruhe fest, dass zwar nicht dem Ersatznacherben, wohl aber dem Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren ist. Also keine Zustimmung – aber rechtliches Gehör des Nacherben? Der interessierte Leser sucht vergeblich in den Entscheidungsgründen nach einer Begründung dafür und fragt sich: Wenn doch die Entgeltlichkeit aus dem vom OLG angeführten objektiven Gründen erwiesen ist – welchem Zweck soll dann die Anhörung des Nacherben dienen?<sup>2</sup> Zumal diese Anhörung die Gestaltung des Kaufvertrages ganz erheblich erschweren, die Kaufpreisfälligkeit um viele Monate verzögern und die Kosten für den Vorerben erheblich verteuern kann.<sup>3</sup> In den Entscheidungsgründen wird nur festgestellt, dass eine Anhörung des Nacherben durch das Beschwerdegericht erfolgt ist. Eine Begründung für die Anhörung liefert das OLG Karlsruhe damit nicht. Offenbar nimmt es die Anhörung als selbstverständlich an. In einem Rechtsstaat benötigt ein solches, tief in die Rechte der befreiten Vorerben eingreifendes Erfordernis jedoch eine rechtliche Grundlage. Im BGB ist sie jedenfalls nicht zu finden.<sup>4</sup>

Die Widersprüchlichkeit dieser Argumentation wird auch in folgender Überlegung deutlich: Angenommen, nach den objektiven Kriterien ist die Entgeltlichkeit zu verneinen, in der Anhörung hält der Nacherbe den Kaufpreis aber für angemessen. Ist dann die Verfügung wirksam? Es ist kaum vorstellbar, dass allein die subjektive Beurteilung des Nacherben das Rechtsgeschäft wirksam macht. Vermutlich wird die Rechtsprechung in diesem Fall flugs die „Anhörung“ in eine „Zustimmung“ umdeuten – und damit wäre auch eine unentgeltliche Verfügung wirksam. Ein solches „Upgrade“ der Anhörung entspricht aber nicht dem Horizont des Nacherben – denn der ist ja nur von einer Anhörung, nicht aber von der weitergehenden Zustimmung ausgegangen.

Erkennbar wird der logische Widerspruch auch in der Begründung, mit der das Gericht die Notwendigkeit einer Anhörung der Ersatznacherben verwirft: Denn dazu verweist es auf die Rechtsprechung des BGH, der für den Fall einer notwendigen Zustimmung des Nacherben die Zustimmung der Ersatznacherben nicht für erforderlich hält. Dieser augenscheinlichen „a maiore ad minus“-Argumentation kann man nur folgen, wenn man die „Anhörung“ im Vergleich zur „Zustimmung“ nicht als „aliud“, sondern als „minus“ begreift. Wenn das Gericht aber mit wohlüberlegten Argumenten das Erfordernis der Zustimmung verneint – wieso kann es dann das in dieser Zustimmung enthaltende „minus“, nämlich die Anhörung, für erforderlich halten?

Im Beschluss des OLG Karlsruhe ist dazu eine Antwort leider nicht zu finden.

Notar Dr. *Thilo Morhard*, Aschaffenburg

<sup>2</sup> Kritisch dazu auch *Volmer*, Zur Gehörsgefahr durch das Grundbuchamt, MittBayNot 2015, 535.

<sup>3</sup> Dazu ausführlich *Morhard*, a. a. O., 365 (Ziff. IV 3). Sind die Nacherben minderjährig oder noch gar nicht geboren, braucht man jeweils einen Ergänzungspfleger – allein an Gerichtskosten fallen dafür in der Regel mehrere hundert Euro an.

<sup>4</sup> Gleichwohl entspricht sie der aktuellen herrschenden Rechtsprechung, vgl. *Morhard*, a. a. O., 362 (Ziff. II).

14. BGB §§ 2078, 2079, 2269, 2270, 2281 (*Zur Anfechtung der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen eigenen Verfügungen durch den überlebenden Ehegatten*)

1. **Die Verfügungen des verstorbenen Ehegatten bleiben wirksam, wenn er sie in gleicher Weise getroffen hätte, wenn die angefochtene Verfügung des anderen Ehegatten von vornherein nur den Inhalt gehabt hätte, den sie nach der Anfechtung hat.**
2. **Das kann der Fall sein, wenn der überlebende Ehegatte in Abänderung eines früheren gemeinschaftlichen Testaments mit gegenseitiger Allein- und Schlusserbeneinsetzung zum nicht befreiten Vorerben eingesetzt wird und die gemeinsamen Kinder zu Nacherben bestimmt werden.**

OLG München, Beschluss vom 10.2.2015, 31 Wx 427/14; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

1. Der Erblasser (geb. ... 1905) ist im Juni 1993 nach längerer Krankheit verstorben. Die Ehefrau (Beteiligte zu 1, geb. ... 1920) beantragt nun nach der 2014 ausgesprochenen Adoption der Enkelin und der Anfechtung der gemeinschaftlichen Testamente die Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge, während der 1993 erteilte Erbschein sie als (nicht befreite) Vorerbin und die beiden gemeinsamen Töchter als Nacherben ausweist.

Die Beteiligten zu 2 und 3 sind die gemeinsamen Töchter des Erblassers und der Beteiligten zu 1. Die Beteiligte zu 2 hat eine 1965 geborene Tochter. Im September 2014 wurde deren Annahme als Kind durch die Beteiligte zu 1 ausgesprochen.

Ausweislich des von der Beteiligten zu 1 eingereichten Nachlassverzeichnis vom August 1993 bestand der Nachlass im Wesentlichen aus dem hälftigen Anteil des Erblassers an dem von den Ehegatten bewohnten Anwesen in L., einem Grundstück von rund 1.000 m<sup>2</sup>, bebaut mit einem 1963 errichteten Haus. Ferner war er an einer Erbengemeinschaft beteiligt, die Eigentümerin von Grundbesitz in G. war. Den Wert des Hälfteanteils an dem Grundbesitz in L. hat das Nachlassgericht mit rund 500.000 DM angesetzt, den Anteil an der Erbengemeinschaft G. mit rund 311.000 DM. Im Nachlassverzeichnis sind Bankguthaben und Wertpapieren im Wert von 113.000 DM angegeben. Nach Angaben der Beteiligten zu 3 war außerdem in der Schweiz ein Ferienhaus nebst einem weiteren Grundstück vorhanden.

2. Es liegen zwei gemeinschaftliche Testamente vor. Das Testament vom 1.11.1981 lautet:

.... (Ort, Datum)

Unser letzter gemeinsamer Wille:

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu Alleinerben ein. Nach dem Tod des Überlebenden fällt der gesamte Nachlass an unsere Kinder S. ... (Beteiligte zu 3) u. M. ... (Beteiligte zu 2) zu gleichen Teilen. Beim Ableben von ... (Ehefrau) erhält Enkelkind S. L. ... (Tochter der Beteiligten zu 2) vorab 30.000 DM. Wer mit dieser Testamentsregelung nicht einverstanden sein sollte, gilt als auf den Pflichtteil gesetzt unter Anrechnung der erhaltenen Ausbildungskosten, Aussteuer und sonstigen Zuwendungen, die S. und M. zu gleichen Teilen erhalten haben. (Unterschrift Erblasser)“

Vorstehende letztwillige Verfügung soll auch als mein letzter Wille gelten. (Unterschrift Ehefrau)“

Das Testament vom 20.2.1993 lautet:

„Testament (Ort, Datum)

Ich, Dr. C. Z. ... (Erblasser) und Frau G. Z. ... (Ehefrau) setzen uns gegenseitig zu beschränkten Vorerben ein. Nacherben sollen unsere Kinder Siehe unten M. sein. Sollte der Vorversterbende C. Z. sein, soll als Vermächtnis unseren Kindern S. und M. der Anteil an der Erbengemeinschaft Z. G. zukommen. Sollte die Vorversterbende G. Z. sein, entfällt das Vermächtnis Erbengemeinschaftsanteil Z. G. ... Sollte G. Z. vorversterben, soll der Enkelin S. L. ein Vermächtnis in Höhe von 50.000 DM (fünzigtausend) vorab zukommen. (Unterschriften)“

3. Aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 20.2.1993 wurde am 16.11.1993 der Erbschein erteilt. Zu notarieller Urkunde

vom 17.9.2014 erklärte die Beteiligte zu 1 die Anfechtung der gemeinschaftlichen Testamente vom 1.11.1981 und vom 20.2.1993 analog §§ 2281 ff. BGB i. V. m. § 2079 BGB; sie habe sich zum Zeitpunkt der Errichtung nicht vorstellen können, nach dem Tod ihres Ehemannes durch Adoption einen weiteren pflichtteilsberechtigten Abkömmling zu bekommen. Sie beantragte ferner die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge, der sie als Miterbin zu 1/2, die Beteiligten zu 2 und 3 als Miterben zu je 1/4 ausweist. Zu notarieller Urkunde vom 17.10.2014 erklärte sie die Anfechtung der gemeinschaftlichen Testamente vom 1.11.1981 und vom 20.2.1993 entsprechend §§ 2281 ff. BGB i. V. m. § 2078 BGB.

4. Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 16.10.2014 den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen mit der Begründung, § 2281 BGB gelte nur bei Erbverträgen. Die Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinsamen Testament stehe nur dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten zu, nicht aber dem überlebenden Ehegatten. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1.

*Aus den Gründen:*

II.

(...)

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Nachlassgericht hat im Ergebnis zu Recht den Antrag der Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Erbscheins entsprechend der gesetzlichen Erbfolge zurückgewiesen. Die Anfechtung ihrer eigenen Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament vom 20.2.1993 durch die Beteiligte zu 1 führt nicht dazu, dass die Verfügungen ihres Ehemannes nichtig sind.

1. Nach allgemeiner Ansicht kann der überlebende Ehegatte seine eigenen, in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079 BGB) bzw. wegen Motivirrtums (§ 2078 BGB) entsprechend §§ 2281 ff. BGB nach dem Tod des Erstversterbenden anfechten (vgl. BGH, FamRZ 1970, 79; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2271 Rdnr. 28, 2. Abschnitt). Die gegenteilige Auffassung des Nachlassgerichts ist unzutreffend. Die von ihm zitierte Kommentarstelle betrifft die Anfechtung der Verfügungen des zuerst verstorbenen Ehegatten. Um diese geht es hier nicht. Die Beteiligte zu 1 hat ausdrücklich nur die von ihr selbst in den gemeinschaftlichen Testamenten vom 1.11.1981 und 20.2.1993 getroffenen Verfügungen angefochten, nicht aber diejenigen ihres bereits verstorbenen Ehemannes.

2. Es kann hier offen bleiben, ob die Anfechtung durchgreift. Insbesondere bedarf es keiner Entscheidung dazu, ob die 2014 als Kind angenommene Enkeltochter in der letztwilligen Verfügung vom 20.2.1993 im Sinne des § 2079 Satz 1 BGB übergangen worden ist, obgleich ihr darin – für den Fall des Vorversterbens der Beteiligten zu 1 – ein Vermächtnis zugewandt worden ist. Dasselbe gilt für die Frage, ob bewegender Grund für die Verfügungen der Beteiligten zu 1 in den gemeinschaftlichen Testamenten die Erwartung gewesen ist, nicht durch Adoption der Enkeltochter eine weitere pflichtteilsberechtigte Tochter hinzuzubekommen. Selbst wenn die Voraussetzungen der §§ 2078, 2079 BGB hier vorlägen, würde dies nicht dazu führen, dass die Verfügungen des Ehemannes in dem gemeinschaftlichen Testament vom 20.2.1993 nach § 2270 Abs. 1 BGB nichtig wären.

3. Die wirksame Anfechtung der eigenen Verfügungen des überlebenden Ehegatten zieht nach § 2270 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit derjenigen Verfügungen des vorverstorbenen Ehegatten nach sich, die mit den erfolgreich angefochtenen Verfügungen des überlebenden Ehegatten im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen. Das ist für jede in dem gemein-

schaftlichen Testament enthaltene Verfügung gesondert zu prüfen. Eine Verfügung, die der verstorbene Ehegatte in gleicher Weise getroffen hätte, wenn die angefochtene Verfügung des überlebenden Ehegatten nur den Inhalt gehabt hätte, den sie nach der Anfechtung hat, bleibt deshalb gültig.

4. Hier ergibt die Auslegung des Testaments vom 20.2.1993, dass der Erblasser seine Ehefrau, die Beteiligte zu 1, auch dann zur (nicht befreiten) Vorerbin und seine beiden Töchter zu Nacherben seines Vermögens eingesetzt hätte, wenn er gewusst hätte, dass die Einsetzung der beiden gemeinsamen Töchter zu (Nach- bzw. Ersatz-) Erben des Vermögens der Ehefrau wegfallen würde.

a) Zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung war die Vermögenssituation der Ehegatten geprägt durch das wertvolle Hausgrundstück, das beiden zu je  $\frac{1}{2}$  gehörte und 1993 nach der Berechnung des Nachlassgerichts einen Wert von insgesamt rund 1 Mio. DM hatte. Des Weiteren besaßen die Ehegatten in der Schweiz ein Ferienhaus nebst Grundstück. Der Erblasser war bei Errichtung des Testaments vom 20.2.1993 bereits schwer krank und rechnete damit, zuerst zu versterben. Mit seiner 15 Jahre jüngeren Ehefrau war er zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung bereits über 50 Jahre verheiratet.

b) Die Beteiligten haben übereinstimmend geschildert, dass die Ehegatten eine andere Regelung herbeiführen wollten als im gemeinschaftlichen Testament von 1981 vorgesehen und deshalb das Testament vom 20.2.1993 errichtet haben.

Nach Angaben der Beteiligten zu 2 haben ihre Eltern Ende 1992, als der Erblasser bereits schwer krank war, geäußert, dass sie ein „Berliner Testament“ erstellen wollten, wonach die Beteiligte zu 1 beschränkte Vorerbin, die Töchter Nacherben sein sollten. Es habe sichergestellt sein sollen, dass die Mutter nach dem Tod ihres Ehemannes ungeschmälert, unverändert und ohne jegliche finanzielle Belastungen ihr Leben weiter wie gewohnt führen könne. Insbesondere habe sie nicht Pflichtteilsansprüchen ihrer Töchter ausgesetzt sein sollen. Der Erblasser habe im Frühjahr 1993 mehrfach betont, dass er über das erstellte Testament erleichtert und beruhigt sei, das auch sicherstelle, dass die Mutter nicht im Alleingang über die Immobilien verfügen könne. Die Beteiligte zu 3 hat diese Ausführungen bestätigt. Die Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 22.1.2015 vortragen lassen, es habe einerseits das Familienvermögen als Gesamtheit für die Nachfolgenerationen erhalten bleiben und nicht gefährdet werden sollen, und andererseits die Ehefrau für den relativ wahrscheinlichen Fall, dass sie ihren damals schon kranken Ehemann überlebe, nach dessen Tod gut versorgt und insbesondere in ihrem Bleiberecht im Familienheim abgesichert und nicht durch Pflichtteilsansprüche ihrer Töchter belastet sein sollen.

c) Dem Erblasser war somit entscheidend daran gelegen, die ursprünglich vorgesehene gegenseitige Alleinerbeneinsetzung der Ehegatten dahin abzuändern, dass der überlebende Ehegatte – mit hoher Wahrscheinlichkeit die Ehefrau – nur zum (nicht befreiten) Vorerben eingesetzt würde. Auf diese Weise konnte er sicherstellen, dass die Überlebende nicht ohne Zustimmung der als Nacherben eingesetzten Töchter den vom Erblasser stammenden Grundbesitz veräußern konnte. Zugleich verhinderte die Einsetzung der Töchter zu Nacherben das Entstehen von Pflichtteilsansprüchen.

Es erscheint deshalb fernliegend, dass der Erblasser von der Einsetzung seiner Ehefrau als (nicht befreiter) Vorerbin und der beiden Töchter als Nacherbinnen Abstand genommen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass seine Ehefrau

nicht ihrerseits die beiden gemeinsamen Töchter zu Erbinnen ihres eigenen Vermögens einsetzen würde.

Soweit die Beteiligte zu 1 vortragen lässt, sie habe das Testament vom 20.2.1993 und die darin enthaltenen Verfügungen bei Errichtung so gewollt und in der Weise verstanden, dass die darin getroffenen Verfügungen beider Eheleute in der Weise voneinander abhängig sein sollten, dass die Verfügungen des einen mit den Verfügungen des anderen stehen und fallen, was dem identischen Verständnis und Testierwillen des verstorbenen Ehemannes entspreche, lässt das keinen hinreichend verlässlichen Schluss auf den tatsächlich im Zeitpunkt der Testamentserrichtung Anfang 1993 vorhandenen gemeinsamen Willen der Ehegatten zu. Die Beschwerdeführerin ist ersichtlich bestrebt, die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen so weit wie möglich zu Fall zu bringen.

Es kann dahinstehen, ob die Enkeltochter S. schon zu Lebzeiten beider Erblasser von diesen als „gefühltes 3. Kind“ empfunden worden ist und ob sie ihnen genauso nahe gestanden hat wie die beiden Töchter, wie die Beschwerdeführerin im Schriftsatz vom 6.2.2015 unter Verweis auf die Akten des 2014 eingeleitete Adoptionsverfahrens schildern lässt. Ebenso kann offen bleiben, ob der Erblasser „absolut überzeugt“ gewesen ist, dass der „von beiden über alles geliebten Enkeltochter“ ohnehin das gesamte Familienvermögen zufallen werde, weil die beiden Töchter erklärt hätten, sie zur Alleinerbin einzusetzen. Die nun von der Beteiligten zu 1 behauptete Zielvorstellung, die Immobilien „über die Zwischenstufen der beiden Töchter“ schließlich der „gefühlten 3. Tochter“ als Ganzes zukommen zu lassen, hat im Testament vom 20.2.1993 auch nicht andeutungsweise einen Niederschlag gefunden. Vielmehr haben die Ehegatten 1993 in ihrem gemeinschaftlichen Testament die Enkelin für den Fall des Vorversterbens des Ehemannes gar nicht bedacht und ihr für den – nicht eingetretenen – Fall des Vorversterbens der Ehefrau nur ein Vermächtnis in Höhe von 50.000 € zugewandt.

5. Die gesetzliche Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB greift nicht ein, da die individuelle Auslegung hier zu dem Ergebnis führt, dass der Erblasser seine Verfügung zugunsten seiner Ehefrau und seiner beiden Töchter nicht davon abhängig machen wollte, dass die Beteiligte zu 1 ihrerseits die beiden gemeinsamen Töchter zu Erbinnen ihres eigenen Vermögens einsetzen würde. Aus der von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheidung des Senats vom 13.9.2010 ergibt sich nichts anderes. Dieser Entscheidung lag eine völlig andere Sachverhaltsgestaltung zugrunde. Im Gegensatz zum dort entschiedenen Fall, in dem die Ehegatten (lange vor dem Tod des Erstversterbenden) sich gegenseitig zu Allein- und die drei Kinder zu Schlusserben eingesetzt haben, ist hier den gemeinsamen Kindern eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt worden, die insbesondere auch eine Veräußerung der Immobilien bzw. des Anteils des Erblassers daran ohne ihre Zustimmung verhindern würde. Die dem Erblasser 1993 wichtigen Ziele – die Absicherung der Ehefrau, die Sicherung seines Immobilienvermögens für die Abkömmlinge – werden auch dann erreicht, wenn von Seiten der Ehefrau für ihr eigenes Vermögen keine entsprechende Verfügung getroffen wird. Es erscheint fernliegend, dass der Erblasser angesichts der konkreten tatsächlichen Umstände, insbesondere seiner schweren Erkrankung und der Erwartung, von der Ehefrau überlebt zu werden, von der getroffenen Regelung Abstand genommen hätte, weil seine Ehefrau keine entsprechende Regelung für ihr eigenes Vermögen trifft.

Zudem kann nicht außer Acht gelassen werden, dass das Testament vom 20.2.1993 den überlebenden Ehegatten

schlechter stellt als das vorangegangene gemeinschaftliche Testament vom 1.11.1981. In dem Testament von 1981 war der überlebende Ehegatte zum Alleinerben eingesetzt und in seiner Verfügungsbefugnis insbesondere hinsichtlich der Immobilie nicht beschränkt. Das Testament vom 20.2.1993 bestimmt den überlebenden Ehegatten – mit hoher Wahrscheinlichkeit die Ehefrau, nachdem der Ehemann bereits schwer krank und hochbetagt war – nur noch zum Vorerben, der von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreit ist. Den beiden gemeinsamen Töchtern wird nicht nur eine gesicherte Rechtsposition durch die Einsetzung zu Nacherbinnen eingeräumt, sondern darüber hinaus als Vermächtnis der Anteil des Erblassers an der Erbengemeinschaft G. zugewandt, dessen Wert Pflichtteilsansprüche jedenfalls soweit abdeckt, als sie sich aus dem in Deutschland vorhandenen Vermögen ergeben.

6. Es geht hier nicht um die von der Beschwerdeführerin im Schriftsatz vom 22.1.2015 ausführlich behandelte Frage, ob der 1993 verstorbene Erblasser seine Ehefrau bei der 2014 erfolgten Adoption der Enkeltochter unterstützt hätte. Ebenso wenig kommt es um die hypothetische Überlegung an, wie der Erblasser testiert hätte, wenn er die Adoption der Enkeltochter durch seine Ehefrau vorhergesehen hätte. Maßgeblich ist allein, ob er 1993 seine Verfügungen zugunsten der Ehefrau und der beiden gemeinsamen Töchter auch dann so getroffen hätte, wenn seine Ehefrau nicht ihrerseits die beiden gemeinsamen Töchter zu Erbinnen ihres eigenen Vermögens eingesetzt hätte. Das ist zu bejahen, wie oben unter Ziffer 4. ausgeführt.

(...)

#### Anmerkung:

Und ewig grüßt das Murmeltier – oder: die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments, ihre Reichweite und ihre Durchbrechung.

Die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments spielt für den länger lebenden Ehegatten (und damit auch für seinen Berater) eine zentrale Rolle. Entscheidend ist sie meist für die Frage, ob (wenn ja, in welchem Umfang) für den Fall des eigenen Todes eine neue Verfügung wirksam errichtet werden kann. Die Bindungswirkung spielt, wie der hier zu besprechende Fall des OLG München zeigt, aber auch eine Rolle für die Frage, ob nach dem Tod des Erstversterbenden Einfluss auf dessen Verfügungen genommen werden kann.<sup>1</sup>

Der länger lebende Ehegatte kann, sofern keine Bedingungen oder Änderungsvorbehalte vereinbart sind, nach dem Tod des Ehegatten auf drei Wegen Einfluss auf die Verfügungen des Verstorbenen nehmen:

1. Denkbar ist zum einen der „direkte Angriff“, also das Anfechten der Verfügungen des Erstversterbenden. Nach dem Tod des Erstversterbenden kann der länger lebende Ehegatte dessen Verfügungen nach den allgemeinen Regeln der §§ 2078 ff. BGB anfechten; ob es sich um einseitige oder wechselbezügliche Verfügungen handelt, ist dabei ohne Bedeutung.<sup>2</sup> Dies ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt.

2. Weiter kann der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden das ihm Zugewendete ausschlagen und seine eigenen Verfügungen widerrufen, § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB.<sup>3</sup> Die zu den widerrufenen Verfügungen des Längerlebenden wechselbezüglichen Verfügungen des Erstversterbenden werden in diesem Fall ebenfalls unwirksam, § 2270 Abs. 1 BGB. Der Längerlebende kann somit mittelbar Einfluss auf die Verfügungen des Erstversterbenden nehmen. Auch dies ist hier nicht erfolgt.
3. Schließlich kann sich der länger lebende Ehegatte die Wirkung des § 2271 Abs. 1 BGB zunutze machen, indem er eine seiner Verfügungen anfecht und damit die zu der angefochtenen Verfügung wechselbezügliche(n) Verfügung(en) des Erstversterbenden zu Fall bringt. Diesen Weg hat hier die länger lebende Ehefrau gewählt. Die damit zusammenhängenden Fragen hat das OLG München mustergültig gelöst.

Wechselbezügliche Verfügungen des länger lebenden Ehegatten, die durch Annahme oder Ablauf der Ausschlagungsfrist bindend geworden sind, können nach allgemeiner Meinung analog §§ 2281 ff. BGB durch den Längerlebenden angefochten werden, wenn kein Aufhebungsrecht nach § 2271 Abs. 2 Satz 2 BGB mehr besteht.<sup>4</sup> Begründet wird dies damit, dass anderenfalls wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament eine stärkere Bindungswirkung entfalten würden als vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag.<sup>5</sup> Bei der Beurteilung der Anfechtung ist allein auf die Person des anfechtenden überlebenden Ehegatten abzustellen; Vorstellungen bzw. Wünsche des Erstversterbenden sind unbeachtlich.<sup>6</sup>

Die Anfechtung setzt voraus, dass dem überlebenden Ehegatten ein Anfechtungsgrund nach §§ 2078, 2079 BGB zusteht. Die Anfechtung nach §§ 2281, 2079 BGB setzt voraus, dass die Enkelin zur Zeit der Anfechtung (§ 2281 Abs. 1 Hs. 2 BGB) als Pflichtteilsberechtigte vorhanden ist, dass sie erst nach Errichtung der Verfügung Pflichtteilsberechtigte geworden ist<sup>7</sup> und sie nicht bewusst übergangen wurde. Für die Frage der Pflichtteilsberechtigung ist dabei nicht auf das abstrakte Pflichtteilsrecht, sondern auf die konkrete Pflichtteilsberechtigung abzustellen.<sup>8</sup> Dies ist, wie der hier geschilderte Fall zeigt, besonders dann von Bedeutung, wenn Enkel im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments bereits vorhanden waren, in diesem Zeitpunkt aber durch ihre Eltern vom Pflichtteil ausgeschlossen wurden, § 2309 BGB. Die besondere Frage hier, die vom OLG München offen gelassen werden konnte, ist diejenige, ob die Enkelin bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments bewusst übergangen wurde. Dies ist hier besonders heikel, da sie im Testament zwar bedacht, in diesem Moment aber noch nicht (konkret) pflichtteilsberechtigt war. Teilweise wird vertreten, dass auch bei solchen Konstellationen eine Anfechtung zulässig sein sollte, da die betreffende Person nicht „als

<sup>3</sup> Ausschlagung und Widerrufshandlung müssen zwingend kumulativ erfolgen, vgl. nur MünchKommBGB/Musielak, 6. Aufl. 2013, § 2271 Rdnr. 22.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 4.7.1962, V ZR 206/60, NJW 1962, 1913; MünchKommBGB/Musielak, § 2271 Rdnr. 36.

<sup>5</sup> NKBGB/Müßig, 4. Aufl. 2014, § 2271 Rdnr. 82.

<sup>6</sup> MünchKommBGB/Musielak, § 2271 Rdnr. 38.

<sup>7</sup> Dass der Anfechtende die Pflichtteilsberechtigung (z. B. durch Adoption oder Heirat) selbst herbeigeführt hat, ist grundsätzlich ohne Bedeutung; vgl. MünchKommBGB/Musielak, § 2281 Rdnr. 12, 15 zu den Ausnahmen.

<sup>8</sup> MünchKommBGB/Leipold, § 2079 Rdnr. 4.

<sup>1</sup> Dies kann natürlich wiederum Auswirkungen auf die eigene Verfügungsfähigkeit des länger lebenden Ehegatten haben.

<sup>2</sup> Burandt/Rojahn/Braun, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2271 BGB Rdnr. 67.

Pflichtteilsberechtigter übergangen“ wurde.<sup>9</sup> Die wohl herrschende Meinung lehnt dies jedoch zu Recht ab, da von einem Übergehen nur gesprochen werden kann, wenn der Pflichtteilsberechtigte weder enterbt noch als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist.<sup>10</sup>

Nach §§ 2281, 2078 Abs. 1 BGB könnte die länger lebende Ehefrau nur anfechten, wenn der Irrtum über die nach dem Tod des Erstversterbenden eintretende Bindung als Inhaltsirrtum anzusehen wäre. Da die Bindung beim gemeinschaftlichen Testament unabhängig von einer besonderen Erklärung der Ehegatten allein durch die Wahl der Testamentsform eintritt, handelt es sich hierbei jedoch um einen unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum; eine Anfechtung ist nicht möglich.<sup>11</sup>

Die Anfechtung der eigenen Verfügung führt jedoch nur dann zur Unwirksamkeit der Verfügung des Erstversterbenden, wenn sie zu dieser Verfügung auch wechselbezüglich ist. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Wechselbezüglich ist nach § 2270 Abs. 1 BGB eine Verfügung dann, wenn anzunehmen ist, dass diese Verfügung nicht ohne die korrespondierende Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre. Maßgeblich ist somit die Frage, ob die Verfügung des erstverstorbenen Ehemannes mit Rücksicht auf die Verfügungen der Ehefrau getroffen wurde, die Verfügungen also miteinander stehen und fallen sollten. Auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB kann dabei nur zurückgegriffen werden, wenn nach Auslegung noch Zweifel verbleiben. Hier spricht, wie vom OLG München ausgeführt, alles dafür, dass der Ehemann seine Verfügungen auch ohne Mitwirkung der Ehefrau getroffen hätte. Er wollte, abweichend von der bisherigen Gestaltung, die Position seiner Töchter (durch die Anordnung des Vermächtnisses und der Vor- und Nacherbfolge) stärken. Auch wollte er die Gefahr verringern, dass sich seine Ehefrau als Längerlebende Pflichtteilsansprüchen ausgesetzt sieht. Bei der gewählten Gestaltung können die Töchter den Pflichtteil nur verlangen, wenn sie das Vermächtnis (§ 2307 BGB) bzw. die Nacherbschaft (§ 2306 Abs. 2 BGB) ausschlagen. Beide Ziele erreicht er unabhängig davon, wie seine Ehefrau verfügt.

Die geschilderte Entscheidung des OLG München zeigt wieder einmal, dass das gemeinschaftliche Testament mit nicht unerheblichen Tücken versehen ist. Der Vertragsgestalter sollte sich dieser Tücken bewusst sein und bei der Abfassung eines gemeinschaftlichen Testaments die Frage der Bindungswirkungen und der gegenseitigen Abhängigkeiten für jede der betroffenen Verfügungen detailliert und explizit regeln, um später auftretende Fragen der Auslegung zu vermeiden.

Notar *Christian Braun*, Erlangen

<sup>9</sup> MünchKommBGB/Leipold, § 2079 Rdnr. 6 ff. m. w. N. und der zutreffenden Aussage, dass dies natürlich dann nicht gelten soll, wenn die Zuwendung im Hinblick auf die künftige Rechtsstellung als Pflichtteilsberechtigter gemacht wird.

<sup>10</sup> Vgl. nur BayObLG, Beschluss vom 21.12.1993, 1 Z BR 49/93, NJW-RR 1994, 590, 592 und *Burandt/Rojahn/Czubayko*, Erbrecht, § 2079 BGB Rdnr. 16 m. w. N. und ausführlicher Begründung.

<sup>11</sup> OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, NJW-RR 2011, 1020, 1022; MünchKommBGB/Leipold, § 2078 Rdnr. 21a; *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, § 2271 BGB Rdnr. 69, je m. w. N.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. RL 78/855/EWG Art. 15 (*Auf Nachranganleihen der übertragenen Gesellschaft anwendbares Recht bei grenzüberschreitender Verschmelzung*)

1. Das Unionsrecht ist dahin auszulegen, dass a) nach einer grenzüberschreitenden Verschmelzung durch Aufnahme auf die Auslegung, die Erfüllung der Verpflichtungen und die Arten des Erlöschens eines von der übertragenden Gesellschaft geschlossenen Anleihevertrags wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, dasselbe Recht anzuwenden ist wie das vor der Verschmelzung auf diesen Vertrag anzuwendende Recht; und b) für den Schutz der Gläubiger einer übertragenden Gesellschaft in einem Fall wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden weiterhin die Vorschriften des innerstaatlichen Rechts gelten, dem diese Gesellschaft unterlag.
2. Art. 15 der Dritten Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9.10.1978 gem. Art. 54 Abs. 3 Buchst. g des Vertrags betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften in der durch die Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass danach dem Inhaber von Wertpapieren, die mit Sonderrechten verbunden, jedoch keine Aktien sind, Rechte verliehen werden, nicht aber ihrer Emittentin.

EuGH, Urteil vom 7.4.2016, C-483/14

16. GmbHG § 5 Abs. 1; AktG § 26 (*Erforderlichkeit der Nennung derjenigen Gründungskosten in der Satzung, die auf die GmbH entsprechend § 26 AktG abgewälzt werden sollen*)

**Soll bei der Gründung einer GmbH in deren Satzung der Gründungsaufwand auf die Gesellschaft übertragen werden, so reicht dafür die Formulierung: „Die Kosten der Gründung der Gesellschaft bis zu einem Betrag von 3.000 € trägt die Gesellschaft“ nicht aus. Vielmehr ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Registergericht die namentliche Nennung derjenigen Gründungskosten verlangt, die die Gesellschaft tragen soll.**

OLG Celle, Beschluss vom 11.2.2016, 9 W 10/16

Die Beschwerdeführerin begehrt ihre Eintragung als GmbH ins Handelsregister. Das Registergericht hatte zunächst Bedenken gegen die ursprüngliche Fassung von § 6 der Satzung geäußert, der lautete:

„Die Kosten der Gründung der Gesellschaft trägt die Gesellschaft.“

Daraufhin änderte die Gesellschaft in § 6 der Satzung unter dem 11.1.2016 in:

„Die Kosten der Gründung der Gesellschaft bis zu einem Betrag von 3.000 € trägt die Gesellschaft.“

Unter dem 15.1.2016 erließ das Registergericht die angefochtene Zwischenverfügung, mit der es die gewählte Formulierung für unzureichend erachtete; das Registergericht meint, in der Satzung müsse eine namentliche Nennung der Gründungskosten, die die Gesellschaft tragen solle, erfolgen. Es nahm dabei auf seinen Hinweis vom 21.12.2015 Bezug, in welchem es unter Anführung zutreffender Fundstellen aus der Rechtsprechung des BGH ausführte, die erstattungsfähigen Kosten müssten namentlich und abschließend benannt

werden, wobei der dafür erforderliche Gesamtbetrag geschätzt werden dürfe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der betroffenen Gesellschaft, die meint, die Entscheidung BGHZ 107, 1, 5 f. sei unzutreffend; zudem verträten namhafte Persönlichkeiten aus der juristischen Diskussion und das Deutsche Notarinstitut, dass es einer Nennung der zu tragenden Kosten nicht (mehr) bedürfe. Dem Gläubigerschutz sei mit der Angabe der schlimmstenfalls zu tragenden Obergrenze hinreichend Rechnung getragen.

Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

(...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde ist statthaft und auch in zulässiger Weise eingelegt. Sie hat jedoch im Ergebnis keinen Erfolg.

Inwieweit bei der Gründung einer GmbH die Gründungskosten auf die Gesellschaft abgewälzt werden dürfen, wird unterschiedlich beurteilt.

Die Ausführungen des Rechtspflegers, mit denen er den vorliegenden Eintragungsantrag zurückgewiesen hat, sind frei von rechtlichen und tatsächlichen Fehlern und können, solange der BGH von den zitierten Entscheidungen, die Vorgaben enthalten, nicht abweicht, auch nicht widerlegt werden. Die Position des Rechtspflegers hat zudem noch Bestärkung gefunden durch die veröffentlichte Entscheidung des OLG Zweibrücken zu 3 W 28/13, auch wenn es sich bei den dortigen Ausführungen nicht um tragende Erwägungen handelt.

Dennoch ist hier bekannt, dass vielfach von anderen Registergerichten aufgrund von Anträgen – gestaltet wie im Streitfall – Eintragungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorgenommen werden; solche Eintragungsverfahren gelangen dann mangels einer Beschwer bei einem der Beteiligten nicht zum OLG. Derartige Handhabungen führen dann zu Irritationen bei den Beteiligten (insbesondere Notaren) wenn – wie im Streitfall – ein Registergericht, bei dem der Notar nicht ständig zu tun hat, überraschend streng verfährt. Für eine weniger strenge Handhabung, die eine Formulierung wie im Streitfall gewählt als eine Eintragung nicht hindernd ansehen würde, spricht nicht zuletzt, dass die Gründung einer Unternehmersgesellschaft mittels Musterprotokolls die Tragung namentlich nicht, nicht einmal der Art nach, genannter Gründungskosten gestattet.

Auch der Senat hat gelegentlich – ebenfalls in die konkrete Entscheidung nicht tragenden Erwägungen – diese Frage der genauen Anforderungen bereits offen gelassen (Senat, Beschluss vom 22.10.2014, 9 W 124/14, NZG 2014, 1383 f., juris-Rdnr. 20; in der vom Registergericht beigefügten Entscheidung 9 W 146/13 hat der Senat die Nennung der Gründungskosten zumindest der Art nach für erforderlich, aber auch ausreichend gehalten, ebenso 9 W 39/13; in seiner nicht veröffentlichten Entscheidung 9 W 4/14 hat der Senat es für ausreichend gehalten, dass die Gesellschaft laut Satzung „die Kosten dieses Vertrages und seiner Durchführung“ bis zur Höhe von 2.500 € tragen sollte). Weiter zeigt die im Streitfall gewählte Formulierung, dass die Eintragungspraxis auch dahin geht, die 10 %-Grenze, die sich in der Rechtspraxis als Obergrenze der Gründungskosten weitgehend durchgesetzt hat, nach Möglichkeit nach oben hin auszudehnen, denn im Streitfall sollen trotz eines nur 25.000 € betragenden Stammkapitals bis zu 3.000 € Gründungskosten abgewälzt werden.

Für die Bestätigung der strengen Sicht des Registergerichts im Streitfall gibt letztlich den Ausschlag, dass die Anforderungen an eine GmbH doch noch strenger sein sollten als an

eine Unternehmersgesellschaft, auf deren Bestands- und Wirtschaftskraft der Rechtsverkehr, insbesondere ihre Gläubiger, mangels nennenswerten Stammkapitals ohnehin kein Vertrauen setzen können. Hinzu kommt, dass sich für die konkrete Nennung der einzelnen auf die jeweilige Gesellschaft abgewälzten Gründungskosten als erlaubte Vorbelastung anführen lässt, dass der Verzicht auf ihre Nennung Missbräuchen Tür und Tor öffnet. Einen solchen Missbrauch sähe der Senat beispielsweise darin, dass sogar vertreten wird, aus dem Haftkapital, mit dessen Bereitstellung gerade die Möglichkeit der Teilnahme am Rechtsverkehr unter Beschränkung der Haftung erkaufte wird, könne ein „Gründerlohn für die Gesellschafter“ auf die Gesellschaft überwältigt werden; vgl. zum Meinungsstand auch mit Fundstelle zu dieser Extremposition *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 5 Rdnr. 19.

(...)

17. AktG § 33a Abs. 1 Nr. 2, §§ 183a, 184 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2, § 188; FamFG § 58 Abs.1, § 59 Abs. 2 (*Registergerichtliche Prüfung eines Bewertungsgutachtens bei Sachkapitalerhöhung*)

**Das im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung ohne externe Prüfung nach § 183a AktG vorgelegte Gutachten nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 AktG vorgelegte Bewertungsgutachten kann durch das Registergericht grundsätzlich nur darauf hin überprüft werden, ob der Gutachter die nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 AktG erforderlichen Voraussetzungen erfüllt und ob er von zutreffenden Anknüpfungstatsachen ausgegangen ist. Die Auswahl des Bewertungsverfahrens obliegt grundsätzlich dem Sachverständigen.**

KG, Beschluss vom 12.10.2015, 22 W 77/15

Die Beteiligte wurde am 22.5.2013 mit einem Grundkapital von 300.000 € errichtet und am 16.6.2013 in das Handelsregister eingetragen. Als Gründerin übernahm die U. GmbH (im Folgenden: Gründerin) die insgesamt vorgesehenen 300.000 Stückaktien vollständig. Die Aktien der Beteiligten können über die Handelsplattform der B. AG im Internet erworben werden. Insoweit befindet sich mittlerweile ein Teil der Aktien in Streubesitz. Am 16.1.2015 schlossen die Beteiligte und die Gründerin eine als Einbringungs- und Nachgründungsvertrag bezeichnete Vereinbarung, nach der die Gründerin die von ihr gehaltenen Geschäftsanteile an der U. GmbH im Nennwert von insgesamt 26.290 € im Rahmen einer Kapitalerhöhung in die Beteiligte einbringt und hierfür insgesamt 1.694.024 Stückaktien an der Beteiligten erhält. Den letzten Geschäftsanteil an der U. GmbH mit einem Nennwert von 4.560 € hält die Beteiligte, die daher aufgrund der Einbringung der anderen Anteile Alleingesellschafterin werden würde. Grundlage der Bewertung der Geschäftsanteile ist ein von der Gründerin in Auftrag gegebenes Gutachten der R. GmbH & Co. KG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft vom 15.1.2015. Auf einer Hauptversammlung am 3.3.2015 beschlossen die Aktionäre notariell beurkundet die Erhöhung des Grundkapitals um 1.694.024 € gegen Sacheinlagen unter Ausschluss des Bezugsrechts und eine entsprechende Änderung der Satzung.

Mit einer Anmeldung vom 2.3.2015 haben die beiden Vorstandsmitglieder der Beteiligten u. a. unter Vorlage des Einbringungs- und Nachgründungsvertrags vom 16.1.2015, eines von ihnen verfassten Nachgründungsberichts vom 15.1.2015 und des eingeholten Wertgutachtens die Eintragung der Nachgründung, der Sachkapitalerhöhung und der sich hieraus ergebenden Satzungsänderung angemeldet. Nachdem das Registergericht mit Verfügung vom 8.4.2015 darauf hingewiesen hat, dass verschiedene nach § 183a AktG erforderliche Maßnahmen und Erklärungen fehlten bzw. nicht nachgewiesen seien, haben die Vorstandsmitglieder die Anmeldung mit Erklärung vom 15.4.2015 nachgebessert. Mit Verfügung vom 24.4.2015 hat das Registergericht sodann weitere Beanstandungen geltend gemacht und rechtliche Überlegungen wegen des der Kapitalerhöhung zugrunde-

liegenden Wertgutachtens mitgeteilt. Mit einer Verfügung vom 29.4.2015 hat das Registergericht schließlich darauf hingewiesen, dass es den Zeichnungsschein wegen einer überlangen Zeichnungsfrist für nichtig hält und das eingereichte Wertgutachten als offenbar inhaltlich nicht ausreichend ergiebig ansehe, weil dort im Rahmen der Bewertung von zwei noch durchzuführenden Kapitalerhöhungen ausgegangen werde, ohne dass deren genauen Hintergründe geklärt seien. Die Gutachter hätten sich allein auf die Angaben der Gesellschaft verlassen. Im Übrigen sei das Gutachten auch bezüglich weiterer Prämissen nicht nachvollziehbar. Sodann hat das Registergericht die Anmeldung vom 2.3.2015 mit den Ergänzungen vom 15. und 24.4.2015 zurückgewiesen. Gegen diese ihr am 18.5.2015 zugestellte Entscheidung hat die Beteiligte mit einem Schreiben vom 19.5.2015 Beschwerde eingelegt, die sie mit Schreiben vom 1.7.2015 näher begründet hat. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 3.7.2015 zur Entscheidung vorgelegt hat.

Aus den Gründen:

## II.

1. Die Beschwerde der Beteiligten ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerdebefugnis folgt aus § 59 Abs. 2 FamFG, der Beschwerwert für erreicht. Die Beschwerde ist auch innerhalb der Beschwerdefrist eingereicht worden. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die Voraussetzungen für die angemeldete Eintragung der Sachkapitalerhöhung, der Nachgründung und der Satzungsänderung liegen vor.

a) Entgegen der Auffassung des AG ist es nicht zu beanstanden, dass der Eintragung das im Auftrag der Gründerin, die zugleich die Übernehmerin der aus der Sachkapitalerhöhung entstehenden Stückaktien ist, erstellte Wertgutachten zugrunde gelegt wird.

Es kann offen bleiben, ob das Registergericht dazu befugt ist, neben den Voraussetzungen des § 184 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 AktG auch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Sachkapitalerhöhung ohne Prüfung nach § 183a Abs. 1 Satz 1 AktG i. V. m. § 33a AktG gegeben sind, wie dies etwa in der Gesetzesbegründung angenommen wird (vgl. BT-Drucks. 16/11642, S. 24; dem folgend *Grigoleit/Rieder/Holzmann*, AktG, 2013, § 184 Rdnr. 18; *Schmidt/Lutter/Veil*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 184 Rdnr. 13). Denn auf der Grundlage der dem Registergericht vorgelegten Unterlagen, die die Grundlage der Prüfung bilden, die nur bei entsprechenden Anhaltspunkten erweitert werden darf (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 3.8.2010, 15 W 85/10, Rdnr. 11; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 151 b; *Schmidt-Kessel/Müther*, Handelsregisterrecht, 2010, § 8 HGB Rdnr. 93), liegen die Voraussetzungen des § 33a AktG vor.

Einer Gründungsprüfung bedarf es nicht, weil die Voraussetzungen des § 183a Abs. 1 Satz 1 AktG i. V. m. § 33a Abs. 1 Nr. 2 AktG vorliegen. Danach kann von einer Bewertung von Vermögensgegenständen im Rahmen einer Gründungsprüfung abgesehen werden, wenn der Bewertung eine Stellungnahme eines unabhängigen, ausreichend vorgebildeten und erfahrenen Sachverständigen zugrunde gelegt wird. Dies ist hier der Fall. Das Wertgutachten vom 15.1.2015 ist von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellt worden. Bei einer solchen Gesellschaft kann aufgrund der berufsrechtlichen Voraussetzungen für ihre Zulassung davon ausgegangen werden, dass sie unabhängig, ausreichend vorgebildet und erfahren ist. Die Bewertung von Unternehmen und damit auch von Anteilen an Unternehmen ist gerade auch Aufgabe eines Wirtschaftsprüfers. Denn diese sind nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 WPO befugt, auf den Gebieten der wirtschaftlichen Betriebsführung als Sachverständige aufzutreten. Zu den Gebieten der wirtschaftlichen Betriebsführung gehört aber auch die Unternehmensbewertung (vgl. *Hense/Wollburg*, WPO,

2. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 17). Dies schließt dann aber auch die Auswahl des Bewertungsverfahrens ein.

Dass im vorliegenden Einzelfall anderes gelten muss, ist nicht ersichtlich und hat sich auch im erstinstanzlichen Verfahren nicht gezeigt. Soweit das AG kritisiert, dass sich die Mitarbeiter der Gutachterin im Wesentlichen auf die Angaben des Vorstands und der Geschäftsführung der Gründerin verlassen haben und insoweit auch Prognoseszenarien zugrunde gelegt worden sein sollen, die nicht durch Tatsachen belegt sind, kann der Senat diese Bedenken durchaus nachvollziehen. Die Heranziehung der für die Beurteilung der Bewertung notwendigen Tatsachen ist aber Teil der Sachverständigenaufgabe. Diese ist einer Bewertung durch das Gericht grundsätzlich versperrt, weil ihm hierfür die erforderliche Sachkunde fehlt. Anderenfalls stünde dem Registergericht bei tatsächlicher oder vermeintlicher Unschlüssigkeit immer die Möglichkeit zur Seite, eine Prüfung der Bewertung durchzusetzen. Dies ist nach der gesetzlichen Regelung nicht gewollt. Dass dadurch auch unter Umständen ein fehlerhaftes Gutachten Grundlage der Eintragung einer Sachgründung bzw. – wie hier – einer Sachkapitalerhöhung werden kann, hat der Gesetzgeber hingenommen. Dagegen sprechen aus Sicht des Senats auch und gerade in Fällen wie dem Vorliegenden, in dem die Anteile an der Beteiligten auf dem grauen Markt zu erwerben sind, keine grundsätzlichen Bedenken. Denn insoweit steht den Aktionären immerhin die Möglichkeit zur Seite, eine Prüfung nach § 183a Abs. 3 AktG zu erreichen oder, falls das notwendige Quorum nicht zu erreichen ist, eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage gegen den Hauptversammlungsbeschluss zu erheben. Dann aber verbleibt dem Registergericht allein die Möglichkeit, die Auswahl des Sachverständigen zu prüfen, was hier aber aus den genannten Gründen nicht dazu führt, dass das Gutachten unverwertbar wäre.

b) Gegen die Eintragung bestehen auch keine Bedenken nach § 184 Abs. 3 Satz 2 AktG. Dass eine offenkundige und erhebliche Überbewertung gegeben ist, § 184 Abs. 3 Satz 2 AktG i. V. m. § 38 Abs. 3 Satz 2 AktG, ist nicht ersichtlich. Dies wäre nur der Fall, wenn diese ohne Weiteres ersichtlich oder die notwendigen Tatsachen dem Registergericht bereits bekannt wären (vgl. *Grigoleit/Rieder/Holzmann*, a. a. O., § 184 Rdnr. 17; *Hüffer/Kühn*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 38 Rdnr. 10b; *Schmidt/Lutter/Veil*, a. a. O., § 184 Rdnr. 13). Dies ist vom Registergericht nicht aufgezeigt worden und auch sonst nicht ersichtlich. Dies gilt auch, soweit der Senat nunmehr über die Sache zu entscheiden hat, § 65 Abs. 3 FamFG. Eine weitergehende Prüfung der Werthaltigkeit ist ausgeschlossen (vgl. *Grigoleit/Rieder/Holzmann*, a. a. O., § 184 Rdnr. 17; *Hüffer/Kühn*, a. a. O., § 184 Rdnr. 6; *Schmidt/Lutter/Veil*, a. a. O., § 184 Rdnr. 13).

c) Fehlt es danach an weiteren Eintragungshindernissen sind die angemeldeten Umstände in das Register einzutragen. Dies gilt auch, soweit eine Anmeldung entsprechend § 52 Abs. 6 Satz 1 AktG erfolgt ist. Die Regelungen über die Nachgründung gelten bei einer Sachkapitalerhöhung entsprechend (vgl. *Krafka/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 1569; *Grigoleit/Vedder*, a. a. O., § 52 Rdnr. 17; *Hüffer/Kühn*, a. a. O., § 52 Rdnr. 11). Dass die Sacheinlage nicht innerhalb der Frist nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 AktG von sechs Monaten eingebracht ist, schadet nicht. Dies ist wegen der Unterteilung der Kapitalerhöhung in die Anmeldung und Eintragung des Erhöhungsbeschlusses (§ 184 AktG) und die Anmeldung und Eintragung der Durchführung (§ 188 AktG) hinzunehmen. Ob dabei im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 33a Abs. 1 Nr. 2 AktG bei der Fristberechnung auf den Hauptversammlungsbeschluss oder – was wegen § 36a Abs. 2 Satz 1 AktG näher läge – auf den Zeitpunkt der Anmeldung abzustellen ist, kann dahinstehen, weil hier in beiden Fällen die Frist gewahrt wäre. (...)

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. BGB § 137 Satz 2, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 1197 Abs. 1; InsO §§ 38, 55 Abs. 1 Nr. 3 (*Verwertung einer Eigentümergrundschuld durch Insolvenzverwalter zum Zwecke der Befriedigung*)

1. **Gehört eine Eigentümergrundschuld zur Masse, kann der Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Grundstückseigentümers aus ihr die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung betreiben (Anschluss an BGHZ 103, 30).**
2. **Die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete schuldrechtliche Verpflichtung, eine Grundschuld nicht zu revalutieren und sie nicht zu übertragen, hindert den Insolvenzverwalter nicht, die Grundschuld zu verwerten.**
3. **Der vertragliche, ungesicherte Anspruch eines Gläubigers, Grundschulden nicht zu revalutieren und sie nicht zu übertragen, verwandelt sich in der Insolvenz des Grundstückseigentümers nicht in einen Bereicherungsanspruch gegen die Masse, wenn die Grundschulden als Eigentümergrundschulden in die Masse fallen und später infolge des Erwerbs des Grundstücks durch den Gläubiger zu Fremgrundschulden werden.**

BGH, Urteil vom 24.3.2016, IX ZR 259/13

## Beurkundungs- und Notarrecht

19. BNotO § 14 Abs. 3; Berufsrichtlinien der Notarkammer Frankfurt vom 14.7.1999 und 24.11.1999 Nr. II (*Dienstvergehen eines Notars – Systematische Aufspaltung von Verträgen*)

**Die Aufspaltung von Verträgen erfolgt „systematisch“ im Sinne von § 14 Abs. 3 BNotO in Verbindung mit Ziffer II Nr. 1 Buchst. d RL F, wenn sich der Notar über das Erfordernis eines sachlichen Grundes hinwegsetzt und das Fehlen des sachlichen Grundes bewusst hinnimmt.**

BGH, Urteil vom 14.3.2016, NotSt (Brfg) 6/15

Der 62-jährige Kläger ist Anwaltsnotar. Er wurde im Jahr 1982 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen und im Jahr 1997 zum Notar bestellt. Er lebt in wirtschaftlich geordneten Verhältnissen. Disziplinarrechtlich ist er bislang nicht in Erscheinung getreten.

Mit Disziplinarverfügung vom 1.11.2012 hat der Präsident des LG Darmstadt dem Kläger wegen eines einheitlichen Dienstvergehens (§ 95 BNotO) eine Geldbuße von 7.500 € auferlegt. Die Disziplinarverfügung ist gestützt auf mehrere (angebliche) Amtspflichtverletzungen. Unter anderem wird dem Kläger vorgeworfen, er habe in einer Vielzahl von Fällen Grundstückskaufverträge nicht in Anwesenheit von Verkäufer und Käufer beurkundet, sondern die Verträge systematisch in Angebot und Annahme aufgespalten und regelmäßig nur das – bindende – Angebot des Käufers beurkundet. Initiiert und vereinbart worden seien die jeweiligen Beurkundungstermine dabei regelmäßig nicht von den Käufern selbst, sondern von bestimmten Finanzdienstleistern als Vermittler. Ausschließlich mit ihnen habe der Kläger die Urkunden vorbereitet. Aufgrund der in den geprüften Fällen sehr kurzen Frist zwischen der Vereinbarung des Beurkundungstermins und der tatsäch-

lich durchgeführten Beurkundung selbst stehe fest, dass die Käufer regelmäßig keine Gelegenheit gehabt hätten, sich ausreichend auf die Beurkundung vorzubereiten. Mit den jeweiligen Verkäufern, für die die Finanzdienstleister nicht als Vertreter aufzutreten seien, habe der Kläger jedenfalls bis zur Beurkundung keinen Kontakt gehabt, weshalb die für die Aufspaltung regelmäßig gegebene Begründung, Verkäufer und Käufer hätten keinen gemeinsamen Termin finden können, ohne tatsächliche Grundlage sei.

Konkret dargelegt werden in der Disziplinarverfügung insoweit folgende Fälle:

Am Samstag, dem 13.10.2007, habe der Kläger unter UR-Nr. 401/2007 gegen 13.00 Uhr ein erst an diesem Tag gefertigtes, an die R. Gesellschaft für Denkmalpflege mbH gerichtetes, den Käufer für die Dauer von vier Wochen bindendes Kaufangebot des Herrn G. über eine noch zu bildende WEG-Einheit in Leipzig zu einem Kaufpreis von 123.300 € beurkundet. Dass ein solches Angebot abgegeben werden solle, sei zwischen Herrn G. und der V. Wirtschaftsberatungsgesellschaft mbH als Vermittlerin auf deren Drängen erst im Rahmen eines Gesprächs am Vormittag des 13.10.2007 vereinbart worden.

Am 29.4.2008 habe der Kläger unter UR-Nr. 187/08 ein isoliertes, an die G. GmbH & Co KG gerichtetes Angebot der Eheleute H. auf Abschluss eines Bauträgervertrags beurkundet. Als vermittelnder Finanzdienstleister sei die S. Immobilienvertrieb GmbH aufgetreten.

Am 15.5.2008 habe der Kläger unter UR-Nr. 215/08 ein isoliertes Angebot des Herrn H. an die F. Immobilien GmbH beurkundet. Vermittelt worden sei das Angebot wiederum von der V. Wirtschaftsberatungsgesellschaft mbH, deren Vertreter dem Kläger gegenüber den Beurkundungstermin erst rund eine Stunde vor der Beurkundung unter gleichzeitiger Übersendung der Stammdaten des Käufers und des Angebotsentwurfs per E-Mail bestätigt habe, ohne dass sich in der Nebenakte eine frühere Terminvereinbarung finden lasse.

Am 16.5.2008 habe der Kläger unter UR-Nr. 223/08 ein isoliertes Angebot der Eheleute S. auf Abschluss eines Bauträgervertrags hinsichtlich einer in Leipzig gelegenen Altbauwohnung mit Sanierungsverpflichtung beurkundet. Das Angebot habe sich an die Investitions- und Treuhandgesellschaft f. D. K. mbH P. gerichtet. Der Kaufpreis habe ausweislich des Angebots 120.582 € betragen. Der Beurkundungstermin sei von der Vermittlerin, der I. S. GmbH, am 14.5.2008 vereinbart worden.

Ebenfalls am 16.5.2008 habe der Kläger unter UR-Nr. 224/08 ein isoliertes Angebot der Frau H. auf Abschluss eines Wohnungseigentumskaufvertrags und Auflassung bezüglich eines Objekts in Leipzig-Stötteritz beurkundet. Das Angebot sei an die G. GmbH & Co KG gerichtet gewesen und von der S. Immobilienvertrieb GmbH vermittelt worden.

Am 10.11.2008 habe der Kläger unter UR-Nr. 533/08 ein Angebot der Eheleute W. an die H. 11. Objektgesellschaft mbH als Verkäuferin zum Abschluss eines Bauträgervertrags über WEG-Eigentum in Leipzig-Stötteritz beurkundet. Vermittler sei in diesem Fall die V. Wirtschaftsberatungsgesellschaft mbH gewesen.

Am 17.11.2008 habe der Kläger unter UR-Nr. 548/08 ein auf den Abschluss eines Bauträgervertrags über WEG-Eigentum in Leipzig-Crottendorf gerichtetes Angebot der Eheleute B. an die B. Bauträger- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien mbH als Verkäuferin beurkundet. Als Vermittlerin sei in diesem Fall die M. Wirtschaftsberatung aufgetreten.

Am Abend des 15.1.2009 habe der Kläger unter UR-Nr. 34/09 ein Angebot der Eheleute L. an die H. 17. Objektgesellschaft mbH als Verkäuferin zum Abschluss eines Bauträgervertrags über WEG-Eigentum in Leipzig-Anger beurkundet. Vermittelt worden sei die Beurkundung des Angebots auch hier von der V. Wirtschaftsberatungsgesellschaft mbH, deren Vertreter den für 18.15 Uhr angesetzten Termin dem Kläger gegenüber erst um 17.15 Uhr bestätigt habe. Eine frühere Terminvereinbarung ergebe sich aus der Nebenakte nicht.

Hinsichtlich der weiteren gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe von Amtspflichtverletzungen wird auf die Disziplinarverfügung des Präsidenten des LG Darmstadt vom 1.11.2012 und den Widerspruchsbescheid des Präsidenten des OLG Frankfurt a. M. vom 13.6.2013 verwiesen.

Der vom Kläger gegen die Disziplinarverfügung erhobene Widerspruch ist mit Bescheid des Präsidenten des OLG Frankfurt a. M. vom 13.6.2013 zurückgewiesen worden.

Die gegen die Disziplinarverfügung in Gestalt des Widerspruchsbescheids erhobene Klage ist vor dem Notarsenat des OLG erfolglos geblieben. Das OLG hat die Anfechtungsklage nicht für begründet erachtet. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es erachte die in der angefochtenen Disziplinarverfügung festgesetzte Geldbuße schon alleine wegen des Vorwurfs der systematischen Aufspaltung zu beurkundender Verträge in Angebot und Annahme als geboten. Durch diese Aufspaltung habe der Kläger gegen Ziffer II. Nr. 1. Buchst. d der Berufsrichtlinien der Notarkammer Frankfurt a. M. verstoßen. Dadurch und durch weitere Begleitumstände der Beurkundungen habe der Kläger den Anschein erweckt, der Kläger werde von den Grundstücksverkäufern bzw. den Vermittlern gezielt ausgewählt, weil er bereit sei, bindende Grundstückskaufvertragsangebote der Käufer kurzfristig auch ohne nähere Prüfung des Vorliegens eines sachlichen Grundes getrennt von der Vertragsannahme der Verkäufer zu beurkunden. Allein dieser Anschein wecke Zweifel an der gebotenen Unparteilichkeit des Klägers und begründe eine Verletzung seiner sich aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO in Verbindung mit Ziffer II. 1. Buchst. d der Berufsrichtlinien der Notarkammer Frankfurt a. M. ergebenden Amtspflichten.

Mit der vom OLG zugelassenen Berufung verfolgt der Kläger die Anfechtung der Disziplinarverfügung in der Gestalt des Widerspruchsbescheids weiter. Er hat beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Disziplinarverfügung des Präsidenten des LG Darmstadt vom 1.11.2012 und den Widerspruchsbescheid des Präsidenten des OLG Frankfurt a. M. vom 13.6.2013 aufzuheben und das Disziplinarverfahren einzustellen, hilfsweise ihm statt der verhängten Geldbuße einen Verweis zu erteilen oder jedenfalls die verhängte Geldbuße herabzusetzen.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist in der Sache unbegründet.

I. Der Kläger hat in acht Fällen schuldhaft gegen § 14 Abs. 3 BNotO verstoßen und dadurch ein Dienstvergehen (§ 95 BNotO) begangen.

1. Nach § 14 Abs. 3 BNotO hat sich der Notar durch sein Verhalten innerhalb und außerhalb seines Amtes der Achtung und des Vertrauens, die dem Notaramt entgegengebracht werden, würdig zu zeigen. Er hat jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den

Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit. Die hier maßgeblichen, zu § 14 Abs. 3 BNotO ergangenen Berufsrichtlinien der Notarkammer Frankfurt a. M. (im Folgenden: RL F) bestimmen dazu in Ziffer II Nr. 1 Buchst. d, dass es unzulässig ist, Verträge systematisch, also planmäßig und missbräuchlich, in Angebot und Annahme aufzuspalten. Hiergegen hat der Kläger in acht Fällen verstoßen.

Dem Kläger ist ein Verstoß gegen § 14 Abs. 3 BNotO in Bezug auf die folgenden in der Disziplinarverfügung konkret dargestellten Beurkundungsvorgänge, nämlich die Beurkundungen vom 13.10.2007 (UR-Nr. 401/2007), vom 29.4.2008 (UR-Nr. 187/2008), vom 15.5.2008 (UR-Nr. 215/2008), vom 16.5.2008 (UR-Nr. 223/2008 und UR-Nr. 224/2008), vom 10.11.2008 (UR-Nr. 533/2008), vom 17.11.2008 (UR-Nr. 548/2008) und vom 15.1.2009 (UR-Nr. 34/2009) vorzuwerfen. In diesen Fällen hat der Kläger jeweils planmäßig und missbräuchlich nur die Angebote der Käufer, nicht aber die Annahmeerklärungen der Verkäufer beurkundet. Die Kaufverträge wurden damit in Angebot und Annahme aufgespalten.

Dass die Aufspaltungen nicht auf Empfehlungen des Klägers beruhen, sondern dieser nur von einer der künftigen Vertragsparteien, und zwar nur von dem jeweiligen Käufer, aufgesucht wurde, ist entgegen der Auffassung des Klägers unerheblich. Zweck der sich aus § 14 Abs. 3 BNotO in Verbindung mit Ziffer II RL F ergebenden Verbote ist es, Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens zu verhindern, durch die der Schutzzweck der notariellen Beurkundung ausgehöhlt oder die Durchsetzung bestimmter Vertragsbedingungen unter Vermeidung der Verhandlung mit dem Vertragspartner verfolgt wird und die deshalb den Eindruck entstehen lassen, dass der Notar nicht mehr unparteiisch und unabhängig ist (vgl. *Weingärtner/Wöstmann*, Richtlinienempfehlungen BNotK/Richtlinien Notarkammern, 2004, Zweiter Teil, II. RL-E Rdnr. 3). Ob eine atypische Verfahrensgestaltung dem Schutzzweck der notariellen Beurkundung zuwiderläuft, hängt aber nicht davon ab, ob sie vom Notar empfohlen oder dem unabhängig von einer Empfehlung des Notars geäußerten Wunsch eines Urkundsbeteiligten oder eines Dritten entspringt. Insbesondere im Hinblick auf den gemäß § 14 Abs. 3 BNotO zu vermeidenden Eindruck der Parteilichkeit oder Abhängigkeit des Notars ist es unerheblich, ob der Notar die atypische, missbräuchliche Gestaltung des Urkundsverfahrens selbst anregt oder an ihr „nur“ mitwirkt.

Nach den Umständen des Streitfalls ist weiter davon auszugehen, dass die Aufspaltung der einzelnen Beurkundungsvorgänge „systematisch“, also planmäßig und missbräuchlich, erfolgte. Zwar wird, wenn ein Verbraucher eine Immobilie vom Bauträger ausschließlich zum Zwecke der Kapitalanlage und/oder Steueroptimierung erwirbt, die Vertragsaufspaltung in die vom sog. Zentralnotar zu beurkundende Erklärung des Verkäufers und die vom sog. Ortsnotar zu beurkundende Erklärung des Käufers häufig den berechtigten Interessen beider Parteien entsprechen und damit oftmals auch von einem sachlichen Grund getragen sein; gibt bei Vorliegen eines sachlichen Grundes der „belehrungsbedürftigere“ Käufer das Angebot ab, so ist hiergegen unter dem Gesichtspunkt des § 14 Abs. 3 BNotO in Verbindung mit Ziffer II Nr. 1 Buchst. d RL F grundsätzlich nichts einzuwenden. In den streitgegenständlichen Fällen handelte der Kläger aber schon deshalb planmäßig und missbräuchlich, weil er sich über das Erfordernis eines sachlichen Grundes völlig hinweggesetzt hat. Dazu hat der Präsident des LG Darmstadt ausweislich der Disziplinarverfügung festgestellt, dass der Kläger im Einzelfall gerade nicht überprüft hat, ob es einen sachlichen Grund für die getrennte Beurkundung gab; er habe in der Urkunde – ohne tatsächliche Grundlage – angebliche Gründe für die

Aufspaltung allenfalls pauschal angegeben. Der Kläger hat sich gegen diese Feststellung zu keiner Zeit substantiiert gewandt. Selbst im gerichtlichen Verfahren hat er nicht dazulegen versucht, worin im einzelnen Fall der sachliche Grund für die Aufspaltung gelegen haben soll. Daraus schließt der Senat, dass der Kläger in den fraglichen Fällen einen sachlichen Grund für die Aufspaltung nicht festgestellt und das Fehlen eines sachlichen Grundes für die Aufspaltung bewusst hingenommen hat.

2. Entgegen der Auffassung des Klägers steht der Annahme von Verstößen gegen § 14 Abs. 3 BNotO in Verbindung mit Ziffer II Nr. 1 RL F die Urkundsgewährungspflicht des Notars nicht entgegen. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO ist es dem Notar lediglich verwehrt, seine Amtstätigkeit ohne ausreichenden Grund zu verweigern. Ein ausreichender Grund zur Verweigerung einer Beurkundung liegt stets vor, wenn der Notar mit der Vornahme der gewünschten Beurkundung gegen Amtspflichten verstößt (vgl. nur *Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 2016, § 15 Rdnr. 55). Soweit sachliche Gründe für eine Vertragsaufspaltung nicht vorliegen, darf der Notar seine Mitwirkung an einer entsprechenden Beurkundung damit ohne Weiteres versagen.

II. Zur Ahndung des vom Kläger begangenen (einheitlichen) Dienstvergehens ist eine Geldbuße in der durch die Disziplinarverfügung verhängten Höhe von 7.500 € erforderlich und angemessen. Als Berufungsgericht übt der erkennende Senat gemäß § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Abs. 3, § 65 Abs. 1 Satz 1 BDG i. V. m. § 105 BNotO eigene Disziplinargewalt aus und hat – unter Wahrung des Verschlechterungsverbots (§ 3 BDG i. V. m. §§ 88, 128 VwGO) – die unter den konkreten Umständen des Einzelfalls erforderliche Disziplinarmaßnahme nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen (*Zimmer in Diehn*, BNotO, 2015, § 109 Rdnr. 5; zur Entscheidungskompetenz des OLG: Senatsbeschluss vom 25.7.2012, NotSt(Brfg) 5/11, ZNotP 2012, 359 Rdnr. 3). Nach Abwägung aller für und gegen den Kläger sprechenden Umstände teilt der erkennende Senat im Ergebnis die Auffassung des OLG, dass die in der Disziplinarverfügung verhängte Geldbuße i. H. v. 7.500 € schon im Hinblick auf die festgestellten Verstöße gegen § 14 Abs. 3 BNotO in Verbindung mit Ziffer II Nr. 1 RL F gerechtfertigt ist. Obwohl der Kläger disziplinarrechtlich noch nicht in Erscheinung getreten war, schied insbesondere in Anbetracht des ganz erheblichen Gewichts der festgestellten, den Kernbereich der notariellen Amtspflichten (§ 14 BNotO) betreffenden Verstöße die bloße Erteilung eines Verweises aus. Aus denselben Gründen kam bei dem in wirtschaftlich geordneten Verhältnissen lebenden Kläger auch die Verhängung einer niedrigeren Geldbuße nicht in Betracht.

III. Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Senat nicht deshalb an der Ahndung des dargestellten Dienstvergehens gehindert, weil das Disziplinarverfahren nicht wirksam eingeleitet worden wäre. Einer – vom Kläger offenbar vermissten – förmlichen Einleitungsverfügung bedurfte es nicht; ein förmliches Disziplinarverfahren, das gemäß § 29 Satz 2 Hessische Disziplinarordnung in der am 1.3.2001 geltenden Fassung (HessDO) i. V. m. § 96 Satz 1 BNotO in der Fassung vom 22.12.2005 i. V. m. § 121 Abs. 2 BNotO durch eine förmliche Einleitungsverfügung einzuleiten gewesen wäre, wurde gegen den Kläger nicht geführt. Dass gegen den Kläger ein – nicht förmliches im Sinne des § 29 Satz 2 HessDO – Disziplinarverfahren unter anderem wegen der nun abgeteilten Vorwürfe eingeleitet worden war, wurde spätestens am 7.10.2011 entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 3 BDG i. V. m. § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO aktenkundig gemacht und dem Kläger mit ihm am 17.10.2011 zugegangenem Schreiben entsprech-

end § 20 Abs. 1 BDG i. V. m. § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO mitgeteilt.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist das Dienstvergehen auch nicht verjährt. Die nach § 95a Abs. 1 Satz 1 BNotO fünfjährige Verjährungsfrist war bei Einleitung des Disziplinarverfahrens noch nicht abgelaufen. Sie wurde damit rechtzeitig gemäß § 95a Abs. 1 Satz 2 BNotO unterbrochen.

IV. Die übrigen dem Kläger vorgeworfenen Amtspflichtverletzungen werden gemäß § 56 Satz 1, § 65 Abs. 1 Satz 1 BDG i. V. m. § 109 BNotO ausgeschieden, da sie für die Art und Höhe der zu erwartenden Disziplinarmaßnahme nicht ins Gewicht fallen.

## Kostenrecht

20. BGB §§ 882, 1090; GNotKG § 52 Abs. 1; UStG § 15 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, Abs. 4 (*Bruttomiete als gebührenrechtlicher Wert für Mieterdienstbarkeit auch bei Vorsteuerabzugsberechtigung*)

**Der gebührenrechtliche Wert für die Eintragung einer Mieterdienstbarkeit im Grundbuch berechnet sich nach dem Bruttobetrag des als Gegenleistung für die abgesicherte schuldrechtliche Nutzungsgestattung vereinbarten Mietzinses auch dann, wenn der Mieter zum Vorsteuerabzug berechtigt ist.**

OLG München, Beschluss vom 25.2.2016, 34 Wx 385/15 Kost

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer eines auf dem Gebiet des vorhabenbezogenen Bebauungsplans „Sondergebiet Nahversorgung T. ... – Einkaufsmarkt“ einer niederbayerischen Gemeinde gelegenen Grundstücks. Zu Urkunden jeweils vom 28.11.2014 räumte er zu lasten bestimmter Teilflächen seines Grundbesitzes zwei Einzelhandelsgesellschaften, mit denen Mietverträge bestehen, je eine auflösend bedingte beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts ein, dass die jeweilige Gesellschaft das Recht hat, das jeweilige, den Gegenstand des Mietvertrags bildende Gebäude als Einzelhandelsgeschäft für den Verkauf des jeweiligen Sortiments allein und bestimmte Parkplätze einschließlich Zu- und Abfahrten gemeinsam mit anderen Berechtigten zu benutzen. Der Höchstbetrag des Wertersatzes für die Dienstbarkeit gemäß § 882 BGB wurde auf jeweils 25.000 € festgelegt. Die Dienstbarkeiten sollten nicht ohne diesen Höchstbetrag im Grundbuch eingetragen werden.

Dem Kostenansatz für den Grundbuchvollzug vom 22.12.2014 lagen Werte von 1.440.000 € und 3.200.000 € für die Dienstbarkeiten zugrunde. Hiergegen wandte sich der Beteiligte zu 1 und Kostenschuldner mit der Erinnerung. Er beanstandete die Kostenrechnung als unverhältnismäßig hoch und meinte, zugrunde zu legen sei nur der unter Kostengesichtspunkten festgelegte Höchstbetrag des Wertersatzes. Der hierzu angehörte Bezirksrevisor, Beteiligter zu 2, beantragte am 27.5.2015, den Geschäftswert für die Mieterdienstbarkeiten unter Zugrundelegung der aus den Mietverträgen ersichtlichen Höhe der Mietzinsen sowie der jeweils vereinbarten Mindestmietlaufzeit auf 856.800 € bzw. 3.420.882 € festzusetzen.

Dem Antrag entsprach das Grundbuchamt mit Beschluss vom 10.6.2015, zur Post gegeben am 15.6.2015. Die Höhe des Geschäftswerts ergebe sich aus einer Multiplikation der jeweiligen Bruttojahresmietbeträge mit dem Faktor 10 bzw. 15 entsprechend der jeweils vereinbarten Mindestlaufzeit der Mietverträge.

Gegen diesen Beschluss wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der Beschwerde vom 15.7.2015 mit der Begründung, die Geschäftswerte seien auf der Grundlage von Nettomieten zu berechnen.

Der hierzu angehörte Beteiligte zu 2 ist dieser Ansicht entgegen getreten.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde gegen die Geschäftswertfestsetzung gemäß § 79 Abs. 1 GNotKG ist in zulässiger Weise eingelegt (§ 83 Abs. 1 Satz 1 und 3 Hs. 2, Satz 4 und 5, § 81 Abs. 5 Satz 1 und 4 GNotKG). Über sie entscheidet die Einzelrichterin des Senats, § 83 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 81 Abs. 6 Satz 1 GNotKG.

In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

1. Die mit dem angefochtenen Beschluss festgesetzten Geschäftswerte für die Eintragung der Dienstbarkeiten erweisen sich als zutreffend.

a) Der Wert einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) bestimmt sich nach dem objektiven Wert, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten hat, § 52 Abs. 1 GNotKG.

Dieser Wert entspricht regelmäßig und auch hier dem Wert der schuldrechtlichen Nutzungsgestattung, deren Absicherung die Dienstbarkeit dient (zur Absicherungsfunktion der Mieterdienstbarkeit siehe *Krüger*, NZM 2012, 377). Zur betragsmäßigen Bestimmung dieses Werts ist es daher sachgerecht, auf die Höhe der ausgehandelten Gegenleistung abzustellen, die der Berechtigte für die vertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit zu zahlen bereit ist (Senat vom 11.1.2013, 34 Wx 244/12 Kost, MittBayNot 2014, 561; OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 644). Waren an der Vereinbarung Geschäftspartner mit gegenläufigen wirtschaftlichen Interessen beteiligt, so kann bei Fehlen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass die vereinbarte Vergütungshöhe dem objektiven Marktwert der Nutzungsberechtigung entspricht (OLG München – 32. Zivilsenat –, Beschluss vom 8.1.2008, 32 Wx 192/07, MittBayNot 2008, 320).

b) Maßgeblich ist dabei nicht der Nettobetrag der vereinbarten Gegenleistung, sondern der Bruttomietzins.

Das vom Mieter zu erbringende Leistungsentgelt für die Überlassung des Gewerberaums ist der Nettobetrag der Miete. Diesen Betrag muss der Mieter vereinbarungsgemäß gegenüber dem Vermieter aufwenden, um in den Genuss der Nutzungsüberlassung zu gelangen. Das für die Überlassung vereinbarte Gesamtentgelt gilt auch die Aufwendungen des leistenden Vermieters für die von ihm an die Finanzbehörde zu entrichtende Mehrwertsteuer ab. Der hierauf entfallende Teil des Mietzinses ist ein rechtlich unselbständiger Bestandteil des für die umsatzsteuerpflichtige Leistung des Vermieters zu zahlenden Entgelts und nur aus steuerrechtlichen Gründen gesondert auszuweisen, um dem Leistungsempfänger den Vorsteuerabzug zu ermöglichen (vgl. BGH, Beschluss vom 29.1.2015, IX ZR 138/14, juris; BGHZ 115, 47, 50; 103, 284, 287; 60, 199, 203; NJW-RR 2011, 591, 592 Tz. 19 – zum Geschäftswert bei Grundstücksveräußerung; NJW 2002, 2312; *Palandt/Ellenberger*, 75. Aufl. 2015, § 157 Rdnr. 13 m. w. N.).

Gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, Abs. 4 UStG erhält ein Unternehmer die gesetzlich geschuldete Steuer für Lieferungen und sonstige Leistungen, die von einem anderen Unternehmer für sein Unternehmen im Leistungsaustausch erbracht wurden, im Wege des Vorsteuerabzugs in dem Umfang vergütet, in dem er die Eingangsumsätze für Zwecke steuerbarer Umsätze verwendet, sofern er in Besitz einer nach den §§ 14, 14a UStG ausgestellten Rechnung ist. Auf diese Weise wird das Ziel erreicht, dass mit der Umsatzsteuer als allgemeiner Verbrauchsteuer letztlich nur der nicht zum Vorsteuerabzug berechnete Endverbraucher belastet wird.

Der wirtschaftliche Effekt für den vorsteuerabzugsberechtigten Mieter rechtfertigt es nicht, zur Bestimmung des für

die Wertfestsetzung maßgeblichen objektiven Werts auf den Nettobetrag des für die Gebrauchsüberlassung vereinbarten Entgelts abzustellen. Zwar wird der Vorsteuerabzugsberechtigte infolge der Gutschrift der Vorsteuer letztlich nur in Höhe des Nettoanteils belastet. Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an. Bei dem aus den Steuervorschriften resultierenden Effekt für den Mieter (aber auch den Vermieter) handelt es sich um einen von mehreren für die Kalkulation des vertraglichen Mietpreises maßgeblichen Gesichtspunkt. Dieser kann sich zwar ggf. preiserhöhend auswirken insofern, als der Leistungsempfänger ohne die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs möglicherweise nicht bereit wäre, einen Mietzins in Höhe des Bruttobetrages aufzubringen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass der lediglich aus steuerrechtlichen Gründen gesondert ausgewiesene, kalkulatorisch auf den Umsatzsteuerbetrag entfallende Teil des Mietzinses zusammen mit dem auf sonstigen, in die Preisfindung eingeflossenen kalkulatorischen Erwägungen beruhenden Nettoanteil des Mietzinses das vertraglich zu entrichtende und dem objektiven Marktwert der Nutzungsüberlassung widerspiegelnde Entgelt darstellt.

c) Entsprechend der jeweils vereinbarten Mindestmietzeit von 10 bzw. 15 Jahren war gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 GNotKG der 10-fache bzw. 15-fache Jahresbetrag der vereinbarten Bruttomiete als Wert anzusetzen.

Der festgesetzte Wert entspricht rechnerisch diesen rechtlichen Vorgaben. Für eine Reduzierung besteht – auch unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Grundsätze – keine Veranlassung und kein Raum.

(...)

## Öffentliches Recht

21. BayGO Art. 34 Abs. 1 Satz 2, Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Art. 38 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1; BGB § 121 Abs. 1 Satz 1, §§ 134, 894; GBO § 29 (*Wirksame Vertretung einer Gemeinde durch den ersten Bürgermeister trotz abweichender interner Kompetenzverteilung*)

**Bei dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts wird angefragt, ob dieser daran festhält, dass eine bayerische Gemeinde durch ihren ersten Bürgermeister nur dann wirksam vertreten wird, wenn die nach der gemeindeinternen Kompetenzverteilung für die Rechtshandlung erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats erfolgt ist.**

BGH, Beschluss vom 18.3.2016, V ZR 266/14

22. SGB XII § 93 (*Zur Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII*)

1. **Für die Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII genügt es bereits, dass ein überleitungsfähiger Anspruch überhaupt in Betracht kommt, er also nicht von vornherein objektiv ausgeschlossen ist.**

2. **Entscheidend ist nicht, ob ein Anspruch tatsächlich besteht, sondern dass die Überleitung für einen Zeitraum erfolgt, für den Leistungen der Sozialhilfe tatsächlich gewährt worden sind.**

3. Die bei der Ausschlagung einer Erbschaft (§ 1942 Abs. 1 BGB) anzulegenden Maßstäbe entsprechen nicht unbedingt denen eines Erbverzichts.
4. Bei einem rechtsgeschäftlichen Erbverzicht (§ 2346 Abs. 2 BGB) weiß der Verzichtende in der Regel weder, wie hoch das Erbe sein wird, noch, ob er zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers sozial bedürftig ist.
5. Verzicht und Ausschlagung als zivilrechtlich eröffnete Gestaltungsmittel eines Hilfebedürftigen zulasten der Allgemeinheit sind nicht in jedem Fall hinzunehmen.

LSG Bayern, Beschluss vom 30.7.2015, L 8 SO 146/15 B ER (...)

Aus den Gründen:

## II.

a) Für die Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII genügt es bereits, dass ein überleitungsfähiger Anspruch überhaupt in Betracht kommt, er also nicht von vornherein objektiv ausgeschlossen ist. In der Sozialhilfe dient die Überleitung eines Anspruchs – neben den Vorschriften über den Einsatz eigenen Einkommens und Vermögens – dazu, den Nachrang der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 SGB XII) zu realisieren. Wie beim Einsatz des Einkommens müssen die Vorschriften über die Überleitung von Ansprüchen bedarfsorientiert gesehen werden. Entscheidend ist also nicht, ob ein Anspruch tatsächlich besteht, sondern dass die Überleitung für einen Zeitraum erfolgt, für den Leistungen der Sozialhilfe tatsächlich gewährt worden sind (BVerwGE 34, 221; BVerwGE 49, 316). Nur wenn offensichtlich ist, dass dieses Ziel nicht verwirklicht werden kann, ist der Erlass einer Überleitungsverfügung sinnlos und diese trotz Vorliegens aller im Gesetz normierten Voraussetzungen als rechtswidrig aufzuheben (vgl. zuletzt BSG, Beschluss vom 25.4.2013, B 8 SO 104/12 B). Dieser Grundsatz entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. BSG, Beschluss vom 20.12.2012, B 8 SO 75/12 B; zum Recht der Arbeitsförderung BSG, SozR 4100, § 40 Nr. 26) und der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur sog. Negativevidenz (ständige Rspr. seit BVerwGE 34, 219 ff. zur Sozialhilfe; zum Recht der Ausbildungsförderung BVerwGE 49, 311 ff.; 56, 300 ff.; 87, 217 ff.; zur Hilfe zur Pflege in der Sozialhilfe BVerwGE 91, 375 ff.).

Zum Bestehen eines möglichen Anspruchs des D. L. ist anzuführen, dass die bei einer Ausschlagung einer Erbschaft anzulegenden Maßstäbe nicht unbesehen auf dem Erbverzicht übertragen werden können (vgl. *Staudinger*, § 2346 Rdnr. 70b). Eine Ausschlagung erfolgt bei klaren Verhältnissen hinsichtlich des Umfangs des Nachlasses und der Aktualität der Hilfebedürftigkeit. Von der Ausschlagung einer Erbschaft ist der Fall des rechtsgeschäftlichen Verzichts auf ein gesetzliches Erbrecht ist zu unterscheiden (§ 2346 BGB). Der Erbverzicht soll den Beteiligten ermöglichen, die Erbfolge vor dem Erbfall einvernehmlich durch Vertrag zu regeln. Dem Erblasser wird dadurch bereits zu Lebzeiten Klarheit und Sicherheit über das Ausscheiden des Verzichtenden verschafft. In dieser Fallgestaltung weiß der Verzichtende weder, wie hoch das Erbe sein wird, noch, ob er zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers sozial bedürftig ist. Ebenso wenig ist die im Zeitpunkt des Erbfalls geltende sozialhilferechtliche Rechtslage bekannt. Bei einer Ausschlagung des Erbes sind die Verhältnisse klar.

In der thematisierten Entscheidung des BGH (Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10) geht es um den Pflichtteilsverzicht

eines behinderten Sozialleistungsbeziehers, der nach Ansicht des BGH grundsätzlich nicht sittenwidrig sei, also weder um eine Ausschlagung noch eine gesetzliche Erbenstellung. Nach dem Sachverhalt dieser Entscheidung leitete damals der Träger der Sozialhilfe den Pflichtteilsanspruch der Leistungsbezieherin nach der vorverstorbenen Mutter über, nachdem alle drei Kinder (auch das sozialhilfebedürftige) in notarieller Form auf ihren jeweiligen Pflichtteil nach dem Erstversterbenden verzichtet hatten. Die Eheleute und ihre Kinder seien sich einig gewesen, dass die Kinder den elterlichen Nachlass erst nach dem Letztversterbenden erhalten sollten, weshalb nicht nur die Leistungsempfängerin, sondern alle drei Kinder auf ihren jeweiligen Pflichtteil verzichtet hätten.

Eine derartige Fallkonstellation, bei bestehender letztwilliger Verfügung beider Elternteile unter rechtsgeschäftlichem Verzicht auf einen Pflichtteil (§ 2346 Abs. 2 BGB) im Anschluss an die letztwillige Verfügung ist nicht identisch mit der hier im einstweiligen Rechtsschutz involvierten rechtlichen Situation einer Erbausschlagung (§ 1942 Abs. 1 BGB) und hier auch nicht nur des Pflichtteils. In dem vom BGH entschiedenen Fall setzten sich die Ehegatten gegenseitig als Alleinerben ein. Schlusserben sollten die drei gemeinsamen Kinder sein. In der vorliegenden Antragsache wäre der Leistungsempfänger unmittelbar Miterbe. Sein Verzicht als Leistungsempfänger ist weitreichender und umfasst auch den Pflichtteil (OLG Celle, Urteil vom 6.7.2006, 6 U 53/06). So führt dann auch der BGH in seinen Entscheidungsgründen an, dass (maßgeblich für seine neue Auffassung) die Verneinung der Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzicht behinderter Sozialleistungsbezieher bereits in der Senatsrechtsprechung zum „Behindertentestament“ angelegt sei.

Eine klare Rechtslage, die offensichtlich die Wirksamkeit einer Ausschlagung einer Erbschaft zulasten des Sozialhilfeträgers unbesehen bejaht, kann unter Berufung auf die angeführte Entscheidung des BGH nicht angenommen werden. Dabei wird nicht übersehen, dass der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2011 auch zur Ausschlagung Stellung nimmt. Über eine solche selbst war aber von diesem nicht zu entscheiden. Im Übrigen existieren auch Zweifel an der genannten Rechtsprechung, soweit keine Ausnahmen gemacht werden. Gänzlich hinzunehmen seien danach Verzicht und Ausschlagung als zivilrechtlich eröffnete Gestaltungsmittel eines Hilfebedürftigen zulasten der Allgemeinheit nicht in jedem Fall (vgl. *Armbruster in Schlegell/Voelzke*, jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 93 SGB XII Rdnr. 77).

Daher besteht keine Negativevidenz (vgl. dazu auch Urteil des Senats vom 25.11.2010, L 8 SO 136/10 m. w. N.). Es ist nicht völlig ausgeschlossen und nicht offensichtlich erkennbar sinnlos, dass die Zivilgerichte für die Fallgestaltung einer Ausschlagung zu einem anderen Ergebnis gelangen als in dem zum rechtsgeschäftlichen Verzicht auf einen Pflichtteil entschiedenen Fall. Damit liegt die typische Situation des „gespaltenen Rechtswegs“ vor. Die Durchsetzung möglicher, nicht völlig ausgeschlossener Ansprüche bleibt dem fachlich berufenen Zivilrechtsweg vorbehalten. Eine volle Überprüfung der Rechtslage ist mit dem bestehenden gegliederten Rechtsschutzsystem nicht zu vereinbaren.

b) Die übrigen Voraussetzungen für den Übergang des Anspruchs liegen vor. Die formalen Voraussetzungen sind erfüllt. Die Überleitung ist durch Verwaltungsakt schriftlich (§ 93 Abs. 2 SGB XII) gegenüber den Antragstellern ergangen. Der Leistungsberechtigte erhält seit 2012 Sozialhilfeleistungen vom Antragsgegner. Die Hilfeleistung ist zuletzt mit Bewilligungsbescheid vom 2.12.2014 erbracht worden. Es ist auch nicht abzusehen, ob die Hilfebedürftigkeit des

Leistungsempfängers beendet wird, obwohl er eine Ausbildung erfahren hat und gelegentlich (Sommer 2014) Einkommen erzielt hat. Für die Leistungserbringung besteht eine kausale Verknüpfung zu dem übergeleiteten Anspruch. Denn würde der Anspruch des Leistungsberechtigten erfüllt, wäre insoweit kein Eintreten der Sozialhilfe erforderlich. Der Leistungsberechtigte wäre seit dem Erbfall in der Lage gewesen, seinen notwendigen Lebensunterhalt in der Einrichtung aus seinem Vermögen zu bestreiten.

c) In die Ermessenserwägungen müssen erkennbare familiäre oder soziale Belange einfließen (vgl. BVerwGE 92, 287, Rechtsfigur des intendierten Ermessens, bei dem durch das Gesetz selbst schon eine bestimmte Richtung vorgezeichnet ist). Insoweit genügen die vom Antragsgegner angestellten Ermessenserwägungen in der Überleitung die in der Erwiderrungsschrift zum SG vom 10.4.2015 wiederholt werden. Der Erblasser selbst hat angesichts einer fehlenden letztwilligen Verfügung nicht zum Ausdruck gebracht, dass er den Leistungsberechtigten von der Erbfolge ausschließen wollte. Angesichts einer fehlenden Vorerbenstellung drohen auch keine Nachteile für spätere Nacherben, etwa der Geschwister. Eine Störung des Familienfriedens, die durch die Unwirksamkeit der Ausschlagung bedingt sein könnte, ist nicht ersichtlich. Allenfalls besteht eine solche Störung durch ein den übrigen Miterben missfallendes Verhalten des Leistungsberechtigten, nicht durch die Überleitung durch den Antragsgegner. Es ist nicht ersichtlich, wodurch eine Erwartung der Erben genährt worden sein sollte, dass der Leistungsempfänger nicht zur Erbengemeinschaft gehören sollte. Es wurde im Gegenteil bekundet, dass ihn die Familie bislang immer unterstützt habe. Es ist aber auch nicht ersichtlich, dass die Antragstellerinnen als übrige Miterben, deren Anteil durch die Unwirksamkeit des Verzichts geschmälert würde, überobligationsmäßig – etwa durch erhebliche Leistungen der Pflege – zur Entlastung des Trägers der Sozialhilfe beigetragen haben. Denn in der Vergangenheit sind die Leistungen der Jugendhilfe und der Eingliederungshilfe zulasten der öffentlichen Hand erfolgt (vgl. zum Beispiel § 92 Abs. 2 SGB XII).

2. Es bestehen keine besonders erkennbaren Interessen der Antragstellerinnen, außer denen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Überleitung an sich, die die Aussetzung des Vollzugs verlangen würden. Existenzielle Belange sind nicht betroffen. Der grundrechtliche Belang der negativen Testierfreiheit – der die Antragstellerinnen ohnehin nicht betrifft – ist durch einen Wechsel der Gläubigerstellung infolge der Überleitung nicht anders beeinträchtigt, als wenn ein Sofortvollzug besteht. Interessen der bestehenden Erbengemeinschaft, der Beteiligten des Rechtsschutzverfahrens, betreffen nicht unmittelbar das Rechtsverhältnis der Überleitung. Es ist nicht ersichtlich, dass die Forderung des Erbanspruchs durch einen Sofortvollzug schwerwiegende familiäre Konfliktsituationen bzw. eine Störung des Familienfriedens hervorrufen. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass schwerwiegende wirtschaftliche Auswirkungen durch ein Verbleiben des D. L. in der Erbengemeinschaft hervorgerufen werden. Denn der Nachlass ist werthaltig und einer Verwertung zugänglich.

(...)

#### Anmerkung:

Man reibt sich verwundert die Augen. Diese Diskussion wählte man doch bereits abgeschlossen?

Es geht um die „klassische Situation“ eines „unterlassenen“ Behindertentestaments: Eines von drei Kindern eines Ehepaares ist seit seinem 12. Lebensjahr psychisch behindert und erhält steuerfinanzierte Eingliederungshilfe in einer Jugend-

Wohngruppe („ambulantes betreutes Wohnen“) durch den Sozialhilfeträger. Als der Vater verstirbt (und einen, teils unternehmerischen, Reinnachlass von immerhin knapp unter einer Million Euro hinterlässt), ist jedoch kein Testament vorhanden. Die Familie versucht zu retten, was zu retten ist: Der offensichtlich selbst geschäftsfähige Leistungsempfänger schlägt die Erbschaft rechtzeitig aus; die Erbanteile seiner Geschwister erhöhen sich entsprechend.

Der Bezirk Oberbayern leitet durch Sozialverwaltungsakt gemäß § 93 SGB XII den „Anspruch auf Herausgabe des gesetzlichen Erbteils“ des Hilfeempfängers auf sich über: Die Erbausschlagung hält er für sittenwidrig und damit unwirksam, da sie zu Lasten der Allgemeinheit gehe. Gegen diesen Überleitungsbescheid legen die Miterben Widerspruch ein und beantragen einstweiligen Rechtsschutz. Das SG München lehnt diesen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs ab, da kein Fall sog. „Negativevidenz“ vorliege: Nur wenn offensichtlich ausgeschlossen sei, dass der übergeleitete Anspruch bestehen könne, sei bereits die Überleitungsanzeige als Verwaltungsakt rechtswidrig. Vorliegend komme aber durchaus in Betracht, dass die Ausschlagung tatsächlich wegen Sittenwidrigkeit unwirksam sei.

Das BayLSG weist im Besprechungsbeschluss die hiergegen gerichtete Beschwerde zurück, schließt sich also der Ansicht der Vorinstanz an, dass eine sittenwidrigkeitsbedingte Unwirksamkeit der Ausschlagung durchaus in Betracht komme. Die eigentliche Entscheidung darüber sei jedoch – wie stets in den Überleitungsfällen des § 93 SGB XII – den für den übergeleiteten (behaupteten) Anspruch zuständigen Fach-, hier also den Zivilgerichten, vorbehalten.

Der Beschluss gibt Anlass zu mehreren, hier nur skizzierten Überlegungen:

#### 1. Weicht das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Sozialrechtler von dem ihrer zivilrechtlichen Kollegen ab?

Der BGH hatte sich bekanntlich in seiner Grundsatzentscheidung vom 19.1.2011<sup>1</sup>, in welcher er den Pflichtteilsverzicht eines (geschäftsfähigen) Sozialleistungsempfängers vom Verdikt der Sittenwidrigkeit freisprach, auch – zwar lediglich obiter, aber in großer Deutlichkeit – zur Wirksamkeit der Ausschlagung, also einer vergleichbaren Form des Unterlassens erbrechtlichen Erwerbs, geäußert. Er hat hierzu zwei grundlegende Feststellungen getroffen:

(a) Das Ausschlagungsrecht ist nicht auf den Sozialleistungsträger überleitbar. „Andernfalls erhielte der Sozialhilfeträger die Möglichkeit, auf die Erbfolge Einfluss zu nehmen, was generell nicht dem Erblasserwillen entspricht und nach dem Gesetz dem Bedachten selbst vorbehalten ist.“<sup>2</sup> In denjenigen Fällen, in denen ein fachgerechtes Behindertentestament vorliegt und demzufolge eine (gem. § 2306 BGB zum unbelasteten, auf den Sozialhilfeträger gem. § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII trotz § 852 Abs. 1 ZPO überleitbaren Pflichtteilsanspruch in Geld führende) Ausschlagung gerade unterbleiben soll, könnte also nur der eigene Unverstand des betroffenen Erben (oder seines Betreuers, sofern nicht – hoffentlich – das Betreuungsgericht durch Verweigerung der Genehmigung noch Schlimmeres verhindert) zum Zugriff des Sozialleistungsträgers auf die dem bedürftigen Destinatär

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138 m. Anm. Spall.

<sup>2</sup> So bereits BGH, Urteil vom 19.10.2005, IV ZR 235/03, MittBayNot 2006, 340, Rn. 22.

zugedachten letztwilligen Vermögenswerte führen. Der Gesetzgeber hätte es zwar in der Hand, § 93 Abs. 1 SGB XII sprachlich zu erweitern, indem dort nicht nur – wie bisher – von überleitungsfähigen „Ansprüchen“, sondern von „Rechten“ (und damit auch dem Ausschlagungsrecht) gesprochen würde; es ist jedoch fraglich, ob eine solche Änderung noch verfassungskonform erfolgen könnte, nachdem der BGH – wenn auch vielleicht etwas überhöht – die höchstpersönliche Entscheidungsbefugnis in Gestalt der sog. „negativen Erbfreiheit“ nun mit Verfassungsrang in Art. 14 Abs. 1 GG (neben der Testierfreiheit selbst) verortet hat.

(b) Findet die Ausschlagung jedoch (in der vorliegend gegebenen Situation des „vergessenen“ Behindertentestaments, sozusagen als Notreparatur) statt, ist sie wirksam.<sup>3</sup> Der BGH führt hierzu aus, die grundsätzliche Ablehnungsmöglichkeit gegenüber Zuwendungen sei notwendiger Widerpart, der einen unmittelbar wirksamen Vermögensübergang ohne eigenes Zutun beim Erbfall rechtfertige, sodass die Entscheidung auch des Behinderten, ob er (wie hier) die Erbschaft oder (wie im BGH-Fall vom Januar 2011) den Pflichtteil erhalten wolle, durch die Privatautonomie gedeckt sei. Dies gelte auch, wenn Dritte, insbesondere Gläubiger, von einem (hier unterlassenen) erbrechtlichen Erwerb des Betroffenen profitieren würden, wie bspw. auch das Insolvenzrecht in § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO (wonach die Ausschlagung dem Gemeinschuldner selbst vorbehalten bleibe) bestätigt. Auch gegenüber der Freiheit potenzieller Erben oder Pflichtteilsberechtigter gelte daher, dass der im Sozialhilferecht nur höchst unvollkommen ausgestaltete Nachranggrundsatz (§§ 2, 9 SGB XII) keine hinreichende Prägekraft aufweise, um eine Einschränkung der negativen Erbfreiheit über das Vehikel des § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen zu können. Eine Pflicht zu erben gebe es nicht. *Wendt* spricht in seinem Grundsatzbeitrag plakativ von einem „Ausschlagungsboulevard“, der dem Behinderten für den Transport von Begünstigungen zur Verfügung stehe.<sup>4</sup>

Das BayLSG meint dagegen, eine Differenzierung zwischen dem durch den BGH im Urteilenstenor entschiedenen Fall des Pflichtteilsverzichts und dem hier vorliegenden Sachverhalt der Ausschlagung darauf stützen zu können, dass im Fall der Ausschlagung der Umfang der Erbschaft (zumindest dem Grunde nach) bekannt sei, während bei einem Pflichtteils- oder Erbverzicht nach § 2346 BGB angesichts der möglichen Änderungen der Rechtslage, der Pflichtteilsquote und der Vermögenszusammensetzung bis zum Erbfall Ungewissheit herrsche. Dieses Argument verkennt zum einen, dass die BGH-Entscheidung just zu einem Sachverhalt erging, in dem das „aleatorische Moment“ des Pflichtteilsverzichts auf Null reduziert war (die notarielle Beurkundung fand am Nachmittag des Tages statt, an dessen Abend die Erblasserin verschied), zum anderen aber bereits im Ansatz, dass eine Pflicht zur Annahme einer auch als werthaltig erkannten Erbschaft, von der das BayLSG offensichtlich unterschwellig ausgeht, vom BGH ja gerade (und zu Recht) abgelehnt wurde. Letzterer Grundgedanke entspricht übrigens auch der Wertung des § 517 BGB, wonach das bloße Unterlassen eines Erwerbs keine (mit den bekannten Erwerbsschwächen ausgestattete) Schenkung an den Begünstigten, hier also die nachrückenden Ersatzerben, deren Quoten durch Anwachsung erhöht werden, darstellt.

<sup>3</sup> So der BGH in ausdrücklicher Verwahrung gegen zuvor abweichende Judikate des OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.6.2001, 8 W 494/99, ZEV 2002, 367, m. abl. Anm. *Mayer*, und OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.2009, I-15 Wx 85/09, ZEV 2009, 471 m. zust. Anm. *Leipold*; wie nun der BGH zuvor schon zu Recht LG Aachen, 4.11.2004, 7 T 99/04, NJW-RR 2005, 307.

<sup>4</sup> *Wendt*, ZErB 2012, 313, 320.

Das BayLSG meint ferner, die Negativevidenz deshalb ablehnen zu können, weil in Bezug auf § 138 Abs. 1 BGB „unterschiedliche Fallgruppen bestehen könnten, in denen die Ausschlagung einmal wirksam, einmal sittenwidrig sei“ (Rn. 9 des Beschlusses, hier nicht mitveröffentlicht). Auch diese Sichtweise verkennt, dass die negative Erbfreiheit nicht nur in der Freiheit, einen wertlosen oder gar überschuldeten Nachlass ablehnen zu dürfen, besteht, sondern auch bei werthaltigen Nachlässen in gleicher Weise zu achten ist. Auch dies entspricht gefestigter zivilrechtlicher Rechtsprechung: So bedarf etwa die Ausschlagung durch Eltern auch namens ihrer minderjährigen Kinder selbst dann keiner familiengerichtlichen Genehmigung, wenn der ausgeschlagene Nachlass werthaltig war<sup>5</sup>.

Bei den Sozialgerichten scheint sich jedoch eine Korrelation zwischen dem verwertbaren Anteil des unterlassenen Erwerbs einerseits und der Wirksamkeit des Verzichts hierauf andererseits einzunisten, die aus den geschilderten zivilrechtlichen Erwägungen abzulehnen ist. So hat etwa das SG Karlsruhe jüngst eine Ausschlagung deshalb als wirksam anerkannt, weil „nach Aktenlage kein Anhalt dafür bestehe, dass der verstorbene Bruder tatsächlich über nennenswerte Vermögenswerte verfügte, die in seinen Nachlass gefallen sein könnten“.<sup>6</sup>

## 2. Sittenwidrigkeit der Annahme?

Vollends ad absurdum werden solche Überlegungen geführt, wenn man sich vergegenwärtigt, dass wiederum andere Sozialgerichte das der Ausschlagung entgegengesetzte Verhalten, nämlich die Annahme der (lege artis nach Maßgabe eines Behindertentestaments beschwerten) Erbschaft, als ebenfalls sittenwidrig gewertet haben. So hat etwa das SG Mannheim in einer (glücklicherweise nicht veröffentlichten) Entscheidung judiziert, die Annahme der beschwerten Erbschaft sei deshalb sittenwidrig, weil hierdurch dem Sozialhilfeträger der Zugriff auf den Pflichtteil entzogen würde.<sup>7</sup> *Wendt*, der als RiBGH die maßgeblichen Entscheidungen des Erbrechtsnats zum Behindertentestament geprägt hat, hat sich zu solchen Überlegungen (Sittenwidrigkeit durch Unterlassen in Gestalt des Verstreichenlassens der Ausschlagungsfrist) stüffisant in Anlehnung an Karl Kraus geäußert: „Wenn die Sonne in der Natur niedrig steht, werfen auch Zwerge lange Schatten.“<sup>8</sup>

Es muss also dabei bleiben: Sozialgerichte können den Bedachten nicht vorschreiben, wann sie erben dürfen und wann nicht. In gleicher Weise wie die Ausschlagung einer Erbschaft nicht sittenwidrig sein kann, kann es die Annahme einer Erbschaft nicht sein, auch nicht die Annahme einer nachteiligen oder gar überschuldeten Erbschaft, selbst wenn sich dadurch die Position anderer, bereits vorhandener Eigengläubiger des Erben durch das Hinzukommen von Nachlassgläubigern verschlechtern sollte.

Richtigerweise kann ein Erbschaftsanfall als solcher gar nicht sittenwidrig sein,<sup>9</sup> ebenso wenig wie mit der Erbschaftsaus-schlagung eine sittliche Pflicht verletzt werden könnte. Gegenüber dem Erblasser kann eine solche sittliche Pflicht nicht

<sup>5</sup> Vgl. etwa OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2012, 12 UF 10/12, MittBayNot 2013, 248 m. zust. Anm. *Sagmeister*.

<sup>6</sup> SG Karlsruhe, Urteil vom 30.10.2015, S 1 SO 1842/15, ZEV 2016, 55.

<sup>7</sup> SG Mannheim, Urteil vom 10.12.2006, S 12 AS 526/06, BeckRS 2011, 72243.

<sup>8</sup> *Wendt*, ZErB 2012, 262, 265.

<sup>9</sup> Grundlegend BeckOGK-BGB/*Heinemann*, Stand 10.12.2015, § 1943 Rdnr. 41 sowie § 1942 Rdnr. 36 ff.

mehr bestehen, ebenso wenig – wie der BGH deutlich herausgearbeitet hat – gegenüber Gläubigern des Erben, und für die Annahme einer Sittenwidrigkeit „zur Absicherung anerkannter Ordnungen“ fehlt es schließlich dem dadurch zu schützenden Subsidiaritätsprinzip, wie der BGH 2011 ebenfalls ausführlich dargelegt hat, an Strahlkraft.

Der Beschluss des BayLSG erinnert insoweit fatal an den ebenfalls im einstweiligen Rechtsschutz ergangenen Beschluss des VG Gießen, demzufolge Vermögensgegenstände, die unter Vormerkungsgesichertem schuldrechtlichem Veräußerungs- und Belastungsverbot zugunsten des Veräußerers erworben wurden, gleichwohl auf Erwerberseite für den Sozialleistungsträger verwertbar seien, da die Geltendmachung dieses Rückübertragungsverlangens bei einer Veräußerung oder Belastung, die der Sozialhilfeträger fordere, wegen Verstoßes gegen § 138 BGB unbeachtlich sei, sodass die Vormerkung einen erzwungenen Verkauf oder eine erzwungene Belastung nicht verhindern könne.<sup>10</sup> Diese verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur (damals verneinten) Sozialrechtsfestigkeit des Rückforderungsrechts war durch die Sozialgerichte bereits aufgegeben worden.<sup>11</sup>

### 3. Statt Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB: Sozialwidrigkeit i. S. d. § 26 SGB XII

Anstelle einer eher von diffusen Wertungsgesichtspunkten („Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“) denn von rechtlichen Argumenten bestimmten Messlatte der Sittenwidrigkeit sollte aus sozialrechtlicher Sicht das unmittelbar einschlägige einfachgesetzliche Kriterium des „sozialwidrigen Verhaltens“ in Gestalt des § 26 SGB XII herangezogen werden. Dort ist bestimmt, dass sanktionshalber eine Einschränkung des Leistungsbezugs auf das „Unerlässliche“ verhängt werden könne, wenn der Leistungsberechtigte eine Vermögensminderung „in der Absicht“ vornehme, die Voraussetzungen für die Gewährung oder Erhöhung der Leistung herbeizuführen, also – kurz gefasst – den Sozialleistungsträger zu schädigen, oder trotz Belehrung sein unwirtschaftliches Verhalten fortsetze. Bereits der Wortlaut erhellt, dass das SGB XII selbst nicht von der Unwirksamkeit (Sittenwidrigkeit) der Maßnahme ausgeht, die in der Absicht der Schädigung des Sozialleistungsträgers erfolgte (ein höheres Maß an subjektiver Verwerflichkeit als Absicht kennt die bürgerliche Rechtsordnung bekanntlich nicht), da sonst die Leistung insgesamt entfallen müsste angesichts vorhandenen verwertbaren Vermögens, so dass bereits insoweit der reflexartige Rekurs auf die „Steinzeitkeule“ des § 138 Abs. 1 BGB (bzw. vergleichbare Missbrauchserwägungen, basierend auf § 242 BGB) ausscheiden sollte. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip des § 138 BGB eignet sich ferner nicht für Statusfragen (Erbe oder Nichterbe), die möglicherweise erst nach Jahren entschieden werden, mit unübersehbaren Folgen der Rückabwicklung des bisher gelebten Erbschaftsbesitzes etc.

Der flexiblere Maßstab des sozialwidrigen Verhaltens erlaubt es besser, den einzelnen Sachverhalt zu erfassen, beispielsweise auch dabei zu berücksichtigen, ob eine Ausschlagung gegen (nicht überleitbare, z. B. in Gestalt eines Wohnungsrechts gewährte) Abfindungsleistungen erfolgte – also ein Versuch nachträglicher Abbildung des versehentlich unter-

<sup>10</sup> VG Gießen, Beschluss vom 29.11.1999, 6 G 2321/99, DNotZ 2001, 784 m. abl. Anm. Mayer.

<sup>11</sup> Etwa das LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30.8.2007, L 7 (12) AS 8/07, JurionRS 2007, 48390, und erneut durch das BayLSG, Urteil vom 2.2.2012, L 11 AS 675/10, BeckRS 2012, 67764; vgl. im Einzelnen Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl., Rdn. 466.

bliebenen Behindertentestaments, wo solche Versorgungsleistungen im Sinn einer Anweisung an Testamentsvollstrecker gemäß §§ 2216 ff. BGB ausgesetzt worden wären, vorliegt oder nicht. In diesem Rahmen mögen auch die Werthaltigkeit und die Zusammensetzung des Nachlasses eine Rolle spielen (so kann es z. B. wertmäßig einen Unterschied machen, ob durch die Ausschlagung die Zerschlagung eines im Nachlass befindlichen Betriebs – wie im Sachverhalt des BayLSG – bzw. der Verkauf eines selbstgenutzten, im Nachlass befindlichen Eigenheims verhindert wurde, oder ob der Nachlass lediglich aus unbelastetem, leicht teilbarem Geldvermögen bestanden hätte). Im vorliegenden Sachverhalt hätte dieser Rechtsgedanke freilich das BayLSG nicht weitergeführt, da für die Prüfung der Wirksamkeit der Ausschlagung allein die Zivilgerichte zuständig sind und bleiben.

Im Rahmen der Überprüfung einer durch den Bezirk Oberbayern zu verhängenden Kürzung des Sozialleistungsbezugs wären diese Gedanken jedoch bedeutsam geworden.

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL.M.  
(Univ. of Michigan), München

## Steuerrecht

23. EStG §§ 11, 20 Abs. 1 Nr. 7; BGB §§ 2174, 2176, 2177 (*Einkünfte aus Kapitalvermögen: Testamentarisch angeordnete Verzinsung eines Vermächtnisanspruchs*)

**1. Zinsen, die auf einer testamentarisch angeordneten Verzinsung eines erst fünf Jahre nach dem Tode des Erblassers fälligen betagten Vermächtnisanspruchs beruhen, sind beim Vermächtnisnehmer steuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.**

**2. Das bloße Nichtgeltendmachen der Zinsen gegenüber dem Erben bei Fälligkeit begründet beim Vermächtnisnehmer keinen Zufluss i. S. d. § 11 EStG.**

BFH, Urteil vom 20.10.2015, VIII R 40/13

Streitig ist, ob Zinsen, die für einen vermächtnisweise zugewendeten Geldbetrag mit hinausgeschobenem Fälligkeitszeitpunkt zu zahlen sind, beim Vermächtnisnehmer zu Einkünften aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG in der im Streitjahr (2006) geltenden Fassung führen.

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) wurden im Streitjahr zusammen zur Einkommensteuer veranlagt.

Die Eltern des Klägers hatten am 31.1.2000 ein handschriftliches Berliner Testament errichtet. In diesem setzten sie sich gegenseitig zu Alleinerben und den Kläger als Erben des Längstlebenden ein. Weiterhin enthielt das Testament folgende Anordnung:

„Unser Sohn (...) erhält beim Tode des Erstversterbenden von uns als Vermächtnis einen Geldbetrag in Höhe des beim Tode des Erstversterbenden geltenden Freibetrages bei der Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer. Dieser Betrag ist aber erst fünf Jahre nach dem Tode des zuerst Versterbenden fällig. Dieses Vermächtnis gilt nicht, wenn unser Sohn nach dem Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt. Der auszuzahlende Geldbetrag ist mit 5 % bis zur Auszahlung zu verzinsen.“

Der Vater des Klägers verstarb im Jahr 2001. Der Vermächtnisbetrag und die Zinsen wurden nach Ablauf von fünf Jahren im Streitjahr bei Fälligkeit von der Mutter des Klägers (Erbin) nicht an den Kläger ausgezahlt.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 27.6.2007 verzichtete die Erbin auf Nießbrauchsrechte an mehreren dem Kläger gehörenden

Immobilien. Im Gegenzug verzichtete der Kläger u. a. auf seine Ansprüche aus dem Vermächtnis. Diese wurden beziffert mit 205.000 € zuzüglich der jährlich seit dem Erbfall angefallenen Zinsen i. H. v. „rund 61.640 €“.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) erfasste die Zinsen i. H. v. 61.640 € zunächst als Einkünfte aus Kapitalvermögen im Einkommensteuerbescheid 2007. Im hierüber vor dem FG Düsseldorf geführten Klageverfahren erteilte der Richterstätter einen richterlichen Hinweis, dass der Kläger mit Eintritt der Fälligkeit des Zinsanspruchs im Streitjahr wirtschaftlich die Möglichkeit gehabt habe, den Betrag einzufordern. Indem er dies unterlassen habe, habe er sich im Zeitpunkt der Fälligkeit für eine weiterhin verzinsliche Kapitalüberlassung des bis dahin angesammelten Kapitals entschieden. Daraus folge die Frage, ob bezüglich der bis zum Fälligkeitszeitpunkt entstandenen Zinsen ein Zufluss bereits im Streitjahr erfolgt sei.

Das FA stimmte einer Berücksichtigung der Einkünfte im Streitjahr zu. Nach entsprechender Änderung des Einkommensteuerbescheides 2007 wurde das Verfahren durch übereinstimmende Erledigungserklärungen beendet.

Das FA berücksichtigte daraufhin im Einkommensteuerbescheid 2006 vom 25.7.2012 Zinsen für fünf Jahre i. H. v. 51.250 € als Einkünfte aus Kapitalvermögen.

Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg. Das FG hat die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision rügen die Kläger die Verletzung materiellen Bundesrechts.

§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG und § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG seien fehlerhaft angewendet worden. Hätte der Erblasser selbst eine Gesamtsumme aus Freibetrag und Zinsen errechnet und diesen Gesamtbetrag erst fünf Jahre nach dem Erbfall zugewendet, hätte unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dieser Gesamtbetrag nur der Erbschaftsteuer unterliegen. Nichts anderes könne gelten, wenn der Erblasser – wie vorliegend – nur die Ausgangsgröße „Freibetrag“ benenne und den Fälligkeitszeitpunkt und die Verzinsung bestimme, ohne den Gesamtbetrag zu berechnen. Im Testament sei dem Kläger ein befristetes Vermächtnis in Höhe des Gesamtbetrages aus Vermächtnisbetrag und Zinsanspruch unter Nennung eines Anfangstermins zugewendet worden.

Die Kläger beantragen, das angefochtene Urteil der Vorinstanz und die Einspruchsentscheidung vom 18.9.2012 aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid 2006 vom 25.7.2012 dahingehend zu ändern, dass die Einkommensteuer auf 0 € festgesetzt wird.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil wird aufgehoben. Der Senat entscheidet in der Sache selbst und gibt der Klage statt (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

Das FG hat zwar zu Recht entschieden, dass dem Kläger ein verzinsliches betagtes Vermächtnis zugewendet wurde und die ihm danach zustehenden Zinsen zu Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG führen; es hat jedoch rechtsfehlerhaft einen Zufluss der Zinsen im Streitjahr bejaht.

1. Die Auslegung des Testaments durch das FG mit dem Ergebnis, dem Kläger sei ein betagtes Vermächtnis zugewendet worden, welches bereits mit dem Tode des Erstversterbenden entstanden, aber erst fünf Jahre danach fällig geworden und dass für den hinausgeschobenen Fälligkeitszeitpunkt eine Verzinsung in Höhe von 5 % p. a. angeordnet gewesen sei, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Senat ist an sie nach § 118 Abs. 2 FGO gebunden.

a) Der Vermächtnisanspruch des Bedachten gegen den Erben (§ 2174 BGB) kommt grundsätzlich mit dem Erbfall zur Entstehung (§ 2176 BGB). Falls der Erblasser keine besonderen Anordnungen trifft, ist dieser Anspruch nach § 271

Abs. 1 BGB sofort fällig (*Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2015, § 2174 Rdnr. 3). Der Erblasser kann jedoch entweder das Vermächtnis unter der Bestimmung eines Anfangstermins zuwenden (befristetes Vermächtnis), was zur Folge hat, dass die Entstehung des Vermächtnisanspruches abweichend von § 2176 BGB erst mit Eintritt des Termins erfolgt (§ 2177 BGB); oder er kann lediglich die Fälligkeit des Vermächtnisanspruches, d. h. die Möglichkeit der Geltendmachung, zu einem späteren Termin bestimmen, die Entstehung jedoch im Erbfall anordnen (betagtes Vermächtnis – vgl. *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2174 Rdnr. 4).

Ob bei Bestimmung eines bestimmten Auszahlungszeitpunktes ein befristetes oder betagtes Vermächtnis vom Erblasser gewollt war, ist durch Auslegung zu ermitteln.

b) Die Auslegung eines Testaments als eine einseitige Willenserklärung obliegt dem FG als Tatsacheninstanz. Sie ist vom BFH nur daraufhin überprüfbar, ob sie möglich und weder unter Verstoß gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) noch unter Verstoß gegen Erfahrungs- oder Denkgesetze zustande gekommen ist (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urteil vom 22.5.2007, IX R 22/06, BFH/NV 2007, 1836 und BFH, Urteil vom 25.2.2009, IX R 76/07, BFH/NV 2009, 1268).

c) Die Gestaltung des sog. Berliner Testaments mit Freibetragsvermächtnis zielt darauf ab, dem Vermächtnisnehmer in Höhe des erbschaftsteuerlichen Freibetrages, d. h. ohne Anfall von Erbschaftsteuer für diesen, einen Geldbetrag zuzuwenden, der bereits mit dem Tode des Erstversterbenden entsteht und damit beim Erben als Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 ErbStG abzugsfähig ist; zugleich soll eine Behandlung als Nachvermächtnis nach § 6 Abs. 4 ErbStG erst mit dem Tode des Zweitversterbenden vermieden werden (zu der Gestaltung vgl. *Mayer*, Deutsches Steuerrecht 2004, 1371, 1374; *Kesseler/Thouet*, NJW 2008, 125, 127 mit Replik *Everts*, NJW 2008, 557 f.; *Ebeling*, NJW 1998, 358).

d) Vorliegend hat das FG ausgehend vom Wortlaut des Testaments, wonach das Vermächtnis in Höhe des erbschaftsteuerlichen Freibetrages erst in fünf Jahren „fällig“ werden sollte, die letztwillige Verfügung des Erblassers unter Berücksichtigung der weiteren Umstände dahingehend gewürdigt, dass dieser den unverzinsten Vermächtnisbetrag bereits mit Eintritt des Erbfalls dem Kläger zuwenden und nur die Fälligkeit der Auszahlung hinausschieben wollte.

Die Anordnung der jährlichen Verzinsung des Vermächtnisbetrages hat es als Übergang des Rechts auf Fruchtziehung im Zeitpunkt des Erbfalls auf den Vermächtnisnehmer gewürdigt. Dies ist möglich und verstößt nicht gegen Denk- und Erfahrungssätze.

Ob die vom Kläger vertretene Auslegung, es habe der Gesamtbetrag im Wege des befristeten Vermächtnisses zugewendet werden sollen, ebenfalls möglich wäre oder wahrscheinlicher ist und welche ertragsteuerlichen Folgen sich hieraus ergeben würden, bedarf daher keiner Entscheidung.

2. Die im Testament verfügte Verzinsung des betagten Vermächtnisanspruches führt beim Kläger zu Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.

a) Nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist, auch wenn die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt. Dies gilt unabhängig von der Bezeichnung und der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Kapitalanlage.

Der Rechtsgrund der Kapitalüberlassung ist dabei ebenso ohne Bedeutung wie der Umstand, ob die zugrundeliegende Kapitalforderung selbst steuerbar ist. Auch eine nicht freiwillige, sondern erzwungene Kapitalüberlassung kann zu Einnahmen aus Kapitalvermögen führen (BFH, Urteil vom 26.6.1996, VIII R 67/95, BFH/NV 1997, 175; BFH, Urteil vom 13.11.2007, VIII R 36/05, BFHE 220, 35, BStBl II 2008, 292; BFH, Urteil vom 9.6.2015, VIII R 18/12, BFH/NV 2015, 1616).

b) Der Vermächtnisanspruch des Klägers gehört zu den sonstigen Kapitalforderungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, denn er ist auf eine Geldleistung gerichtet. Eine erzwungene Kapitalüberlassung liegt auch in den Fällen vor, in denen der Erblasser durch testamentarische Anordnung eine auf Geld gerichtete Teilungsanordnung trifft oder eine Geldforderung vermacht und deren spätere Fälligkeit verbindlich vorgibt (vgl. BFH/NV 1997, 175; BFH, Urteil vom 26.11.1992, X R 187/87, BFHE 170, 98, BStBl II 1993, 298; BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06, BFHE 229, 104, BStBl II 2010, 818, zur zeitlich gestreckten Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs).

Legt der Erblasser – wie hier – bei der Zuwendung eines Vermächtnisbetrages zugleich eine Verzinsung für die Zeit bis zur Fälligkeit fest, sind diese Zinsen bei Zufluss als Einkünfte aus Kapitalvermögen steuerpflichtig (so auch *Ebeling*, NJW 1998, 358; *Dressler*, NJW 1997, 2848, 2851 zu verzinslich gestundeten Pflichtteilsansprüchen; *Kesseler/Thouet*, NJW 2008, 125, 127 zur unverzinslich hinausgeschobenen Fälligkeit).

c) Auch wenn der Erblasser dem Kläger – wie dieser vorträgt – nicht den Betrag von 205.000 € zuzüglich Zinsen, sondern den Gesamtbetrag i. H. v. 256.250 € durch Vermächtnis mit Fälligkeit im Jahr 2006 zugewendet hätte, würde sich ertragsteuerlich kein anderes Ergebnis einstellen.

aa) Zwar stellt der Erwerb von Todes wegen kein erzieltetes Einkommen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-7 EStG dar und unterliegt nicht der Einkommensteuer. Gleiches gilt für die Auszahlung eines durch Erbgang erworbenen Vermögensrechts (Erb- oder Pflichtteil, Vermächtnis). Auch die einer Erbauseinandersetzung nachfolgende Auszahlung des gesetzlichen Erbteils (oder Pflichtteils) hat keine einkommensteuerrechtlichen Folgen, sofern die Auszahlung des Anspruchs zeitnah erfolgt (vgl. BFH, Urteil vom 7.12.1990, X R 72/89, BFHE 163, 137, BStBl II 1991, 350; BFHE 170, 98, BStBl II 1993, 298; BFH/NV 1997, 175).

bb) Wird hingegen die Fälligkeit des von Todes wegen erworbenen Anspruchs einvernehmlich zwischen den Erben oder einseitig durch Anordnung des Erblassers mehr als ein Jahr ab seiner Entstehung hinausgeschoben, so stellt dies eine – wie im Streitfall ggf. unfreiwillige – Kreditgewährung an den Erben dar. Der ausbezahlte Betrag enthält neben dem ertragsteuerlich unbeachtlichen Kapitalwert auch dann ein Entgelt für die Überlassung von Kapital zur Nutzung, wenn das Entgelt nicht gesondert vereinbart wird (vgl. BFHE 170, 98, BStBl II 1993, 298, und BFH/NV 1997, 175).

cc) Im Falle eines betagten Vermächtnisses wäre – folgte man dem Kläger – die dann unverzinsliche Vermächtnisforderung in der gesamten Höhe zwar bereits mit dem Erbfall entstanden, jedoch erst fünf Jahre nach dem Erbfall fällig. Sie wäre nach der oben dargestellten Rechtsprechung in einen Zins- und einen Kapitalanteil aufzuteilen. Ist ein gesondertes Entgelt in Form einer angemessenen Verzinsung nicht vereinbart, ist der im Gesamtbetrag enthaltene Zinsanteil nach § 12 Abs. 3 des Bewertungsgesetzes zu ermitteln (vgl. BFHE 170,

98, BStBl II 1993, 298; BFH/NV 1997, 175; BFH, Beschluss vom 12.9.2011, VIII B 70/09, BFH/NV 2012, 229; BFH, Beschluss vom 8.10.2014, VIII B 115/13, BFH/NV 2015, 200).

d) Soweit der Kläger eine fehlerhafte Auslegung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG geltend macht, ist dies vorliegend nicht entscheidungserheblich.

3. Entgegen der Auffassung des FG sind die Zinsen dem Kläger nicht im Streitjahr gemäß § 11 Abs. 1 EStG zugeflossen.

a) Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG sind Einnahmen innerhalb des Kalenderjahres bezogen, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind.

aa) Zugeflossen ist eine Einnahme dann, wenn der Empfänger die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die in Geld oder Geldeswert bestehenden Güter erlangt hat; das ist in der Regel der Zeitpunkt des Eintritts des Leistungserfolges. Das Innehaben von (fälligen) Ansprüchen oder Rechten führt nach ständiger Rechtsprechung den Zufluss von Einnahmen regelmäßig noch nicht herbei, denn der Zufluss ist grundsätzlich erst mit der Erfüllung des Anspruchs gegeben (BFH, Urteil vom 2.12.2014, VIII R 40/11, BFHE 249, 60; BFH, Urteil vom 5.11.2013, VIII R 20/11, BFHE 243, 481, BStBl II 2014, 275; BFH, Urteil vom 21.11.1989, IX R 170/85, BFHE 159, 72, BStBl II 1990, 310).

bb) Geldbeträge fließen dem Steuerpflichtigen in der Regel dadurch zu, dass sie bar ausgezahlt oder einem Konto des Empfängers bei einem Kreditinstitut gutgeschrieben werden. Auch die Hingabe eines (gedeckten) Schecks führt zum Zufluss des entsprechenden Geldbetrags (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 22.7.1997, VIII R 13/96, BFHE 184, 46, BStBl II 1997, 767; BFH, Urteil vom 16.9.2014, VIII R 15/13, BFHE 247, 220, BStBl II 2015, 468).

cc) Ebenso kann der Zufluss durch eine gesonderte Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger bewirkt werden, dass der Betrag „fortan aus einem anderen Rechtsgrund geschuldet sein soll“. In einer solchen Schuldumwandlung (Novation) kann, wenn sie im Interesse des Gläubigers liegt, eine Verfügung des Gläubigers über seine bisherige Forderung liegen, die einkommensteuerlich so zu werten ist, als ob der Schuldner die Altschuld durch Zahlung begleicht und der Gläubiger den vereinnahmten Betrag in Erfüllung des neu geschaffenen Verpflichtungsgrundes dem Schuldner sofort wieder zur Verfügung stellt. Die Novation beinhaltet dann eine bloße Verkürzung des Leistungswegs (BFH, Urteil vom 11.2.2014, VIII R 25/12, BFHE 244, 406, BStBl II 2014, 461). Eine zum Zufluss führende Novation kann auch vorliegen, wenn der Steuerpflichtige die Wahl zwischen Auszahlung und Wiederanlage im Wege einer Vorausverfügung bereits vor der Entstehung und Fälligkeit der Kapitalerträge trifft (BFH, Urteil vom 16.9.2014, VIII R 15/13, BFHE 247, 220, BStBl II 2015, 468, m. w. N.).

dd) Davon zu unterscheiden ist das bloße einvernehmliche Hinausschieben der Fälligkeit des auszahlenden Zinsanspruchs. Dies stellt lediglich eine Stundung und keine den Zufluss begründende Verfügung des Gläubigers über die Kapitalerträge dar (vgl. BFHE 247, 220, BStBl II 2015, 468; BFH, Urteil vom 11.11.2009, IX R 1/09, BFHE 227, 93, BStBl II 2010, 746).

ee) Ob der Steuerpflichtige im Einzelfall tatsächlich die wirtschaftliche Verfügungsmacht erlangt hat, ist eine Frage der Tatsachenfeststellung und -würdigung, die dem FG obliegt. Hierbei hat das FG alle Umstände des Einzelfalles zu prüfen (vgl. BFH, Urteil vom 16.3.2010, VIII R 4/07, BFHE

229, 141, BStBl II 2014, 147, und BFHE 247, 220, BStBl II 2015, 468).

b) Nach diesen Grundsätzen ist die rechtliche Würdigung des FG, die Zinsen seien dem Kläger im Streitjahr zugeflossen, da er den Vermächtnisbetrag nebst Zinsen nicht eingefordert und sich damit für eine weitere verzinsliche Überlassung des Kapitals entschieden habe, rechtsfehlerhaft.

aa) Eine tatsächliche Auszahlung der streitigen Zinsen an den Kläger ist im Streitjahr unstreitig nicht erfolgt.

bb) Allein die Fälligkeit des Vermächtnisbetrages im Streitjahr mit gleichzeitig eintretender Fälligkeit der Zinsen vom Erbfall bis zur Fälligkeit i. H. v. 51.250 € vermag einen Zufluss beim Kläger nicht zu begründen. Hierdurch erlangt er nicht die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Zinsen.

Die vom FG zugrundegelegte Rechtsprechung zum Zufluss einer Gewinnausschüttung bei einem beherrschenden Gesellschafter bereits mit Fälligkeit der Forderung und nicht erst mit Gutschrift auf dem Konto (vgl. BFH, Urteil vom 2.12.2014, VIII R 2/12, BFHE 248, 45, BStBl II 2015, 333 m. w. N.) ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Denn ein beherrschender Gesellschafter hat es – anders als der Kläger im Streitfall – regelmäßig selbst in der Hand, sich die von seiner Gesellschaft geschuldeten Beträge auszahlen zu lassen.

cc) Das bloße Unterlassen, den fälligen Anspruch gegenüber der Erbin geltend zu machen, stellt keine den Zufluss begründende Disposition des Klägers über den Zinsanspruch dar. Diese einseitige Entscheidung des Klägers, das Kapital (zunächst) weiterhin der Erbin zu überlassen, führte auch nicht zu einer Novation oder Wiederanlage hinsichtlich der Zinsen im Sinne der oben genannten Rechtsprechung. Hierzu hätte es einer Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Erbin bedurft, dass dieser der Erbin sowohl den Vermächtnisbetrag als auch insbesondere die bis zur Fälligkeit schon angefallenen Zinsen als Gesamtbetrag weiterhin verzinslich überlässt. Für das Vorliegen einer solchen Vereinbarung im Streitjahr gibt es keine tatsächlichen Anhaltspunkte.

Der Verzicht des Klägers im notariellen Vertrag vom 27.6.2007 auf einen Geldbetrag in Höhe des Vermächtnisbetrages und der seit dem Erbfall angefallenen Zinsen in Höhe von rund 61.640 € umfasste die durchgehend mit 5 % auf den Vermächtnisbetrag bis zum Verzichtsdatum weiter berechneten Zinsen. Es wurden nach dem Eintritt der testamentarischen Fälligkeit lediglich der Vermächtnisbetrag und der aufgelaufene Zinsbetrag nicht eingefordert und damit weiter gestundet. Die Verzinsung des Vermächtnisbetrages sollte bis zur „Auszahlung“ erfolgen. Erst mit dem Verzicht auf die fälligen Beträge als Gegenleistung für den Verzicht der Erbin auf die Nießbrauchsrechte hat der Kläger im Jahr 2007 wirtschaftlich über die Zinsen verfügt.

(...)

24. EStG (2008) § 52 Abs. 23e, § 10 Abs. 1 Nr. 1a (*Gleitende Vermögensübergabe – Anwendung des neuen Rechts*)

**1. Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der gleitenden Übergabe von Privatvermögen können grundsätzlich auch weiterhin als Rente oder dauernde Last abgezogen werden, wenn die Vermögensübertragung vor dem 1.1.2008 vereinbart worden ist und wenn die Voraussetzungen von § 52 Abs. 23e Satz 2 EStG i. d. F. durch das JStG 2008 nicht vorliegen.**

**2. Es kommt insofern nicht darauf an, in welchem Zeitpunkt der Nießbrauch abgelöst und die Versorgungsleistung vereinbart worden sind. Unerheblich ist auch, ob die Ablösung des Nießbrauchs und der Zeitpunkt bereits im Übergabevertrag verbindlich vereinbart waren (entgegen BMF-Schreiben vom 11.3.2010, BStBl I 2010, S. 227, Rdnr. 85).**

BFH, Urteil vom 12.5.2015, IX R 32/14

Streitig ist, ob der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) Altenteilsleistungen als Sonderausgaben abziehen darf.

Der Vater des Klägers gab 1998 seinen landwirtschaftlichen Betrieb auf und überführte den Grundbesitz in sein Privatvermögen. Im März 2007 übertrug er den verpachteten Grundbesitz im Wege vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich auf den Kläger und behielt sich und der Mutter des Klägers den Nießbrauch daran vor. Im Vertrag ist für den Fall des Verzichts auf den Nießbrauch vorgesehen, dass der Kläger an den ehemaligen Nießbraucher einen monatlich wiederkehrenden Betrag zu zahlen hat, der der Höhe nach etwa den erzielbaren Netto-Pachteinnahmen des übertragenen Grundbesitzes entsprechen und als dauernde Last vereinbart werden sollte.

Im November 2010 verzichteten die Eltern des Klägers auf den Nießbrauch und vereinbarten mit ihm ein jährliches Baraltenteil von 15.000 €, beginnend ab dem 1.1.2011 mit wechselseitigen Anpassungsverpflichtungen. Im Streitjahr erzielte der Kläger aus der Verpachtung des übertragenen Grundbesitzes steuerbare Einkünfte von 24.603 €. Die Altenteilszahlungen leistete er vereinbarungsgemäß.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr (2011) machten der Kläger und seine mit ihm zusammen veranlagte Ehefrau (Klägerin) die Altenteilsleistungen als Sonderausgaben geltend. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) lehnte den Abzug ab und wies den dagegen gerichteten Einspruch zurück. Bei der Übertragung von Privatvermögen vereinbarte Altenteilsleistungen seien nach dem im Zeitpunkt der Vereinbarung geltenden Recht nicht mehr als Sonderausgaben abzugsfähig. Zwar sei die Rechtslage im Zeitpunkt der Vermögensübertragung noch anders gewesen. Darauf komme es jedoch nur an, wenn im Übertragungsvertrag ein konkreter Zeitpunkt für den Verzicht auf das Nießbrauchsrecht vereinbart gewesen sei (BMF-Schreiben vom 11.3.2010, Rdnr. 85, BStBl I 2010, S. 227), was hier nicht der Fall sei.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage stattgegeben (Entscheidungen der Finanzgerichte – EFG – 2014, 1088). Mit der Revision rügt das FA die Verletzung von § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG (2011).

Das FA beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

(...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Im Ergebnis zu Recht hat das FG erkannt, dass § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 2008 (JStG 2008; EStG n. F.) vom 20.12.2007 (BGBl 2007 I, S. 3150) auf die im Streitfall zu beurteilenden Versorgungsleistungen nicht anwendbar ist, sondern § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG in der davor geltenden Fassung (EStG a. F.).

1. Das neue Recht, wonach Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Privatvermögen grundsätzlich nicht mehr als Sonderausgaben abgezogen werden können, ist auf die im Streitfall zu beurteilende Versorgungsleistung nicht anwendbar, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für seine Anwendung nicht vorliegen.

a) Die Übergangsvorschrift in § 52 Abs. 23e EStG i. d. F. des JStG 2008 (EStG 2008; im Streitjahr: § 52 Abs. 23g EStG; heute: § 52 Abs. 18 Sätze 1 und 2 EStG) regelt die Anwendung des neuen Rechts.

aa) Nach § 52 Abs. 23e Satz 1 EStG 2008 ist § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG n. F. auf Versorgungsleistungen anzuwenden, die auf nach dem 31.12.2007 vereinbarten Vermögensübertragungen beruhen. Diese Voraussetzung ist im Streitfall schon deshalb nicht erfüllt, weil die hier allein in Betracht kommende Vermögensübertragung nicht nach dem 31.12.2007 vereinbart worden ist, sondern im März 2007.

bb) Auf vor dem 1.1.2008 geschlossene Übergabeverträge ist § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG n. F. nur dann anwendbar, wenn das übertragene Vermögen nur deshalb ausreichenden Ertrag bringt, weil ersparte Aufwendungen mit Ausnahme des Nutzungsvorteils eines zu eigenen Zwecken vom Vermögensübernehmer genutzten Grundstücks zu den Erträgen des Vermögens gerechnet werden (§ 52 Abs. 23e Satz 2 EStG 2008). Auch diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt.

b) Entgegen der Auffassung des FG ist die Anwendung des alten Rechts nach dem eindeutigen Wortlaut der Anwendungsvorschrift nicht davon abhängig, dass die Versorgungsleistung auf einer vor dem 1.1.2008 vereinbarten Vermögensübertragung beruht. Diese Annahme hat das Urteil jedoch nicht beeinflusst, da das FG im Ergebnis zu Recht die Anwendbarkeit des neuen Rechts verneint hat.

c) Für die Frage, ob altes oder neues Recht anwendbar ist, kommt es nicht darauf an, wann die Versorgungsleistung vereinbart worden ist. Das alte Recht ist vielmehr auf alle Versorgungsleistungen (Renten, dauernde Lasten) anzuwenden, für die das neue Recht nach Maßgabe der abschließend formulierten Übergangsvorschrift nicht zur Anwendung gelangt. Der Gesetzgeber hat sich insofern bewusst dafür entschieden, auf Altverträge ohne zeitliche Einschränkung das alte Recht weiter anzuwenden (vgl. BT-Drucks. 16/7036, S. 18). Das schließt die Fälle der gleitenden Vermögensübergabe ein. Aus der Formulierung der Übergangsvorschrift und der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass es hierfür allein auf den Zeitpunkt des Übergabevertrags ankommen soll.

d) Die hiervon abweichende Auffassung der Finanzverwaltung, wonach in derartigen Fällen das alte Recht nur gelten soll, wenn die Ablösung des Nießbrauchsrechts gegen Versorgungsleistungen und der Zeitpunkt bereits im Übertragungsvertrag verbindlich vereinbart waren (vgl. BMF-Schreiben, BStBl I 2010, S.227 Rdnr. 85.), findet im Gesetz keine Stütze. Es bedarf keiner Entscheidung, ob sie, wäre sie Gesetz geworden, mit der Verfassung in Einklang stünde (Rückwirkung, Gleichheit, Vertrauensschutz).

2. Rechtsfehlerfrei ist das FG davon ausgegangen, dass die im Streitfall zu beurteilenden Zahlungen des Klägers in dem für die Anwendung von § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG nach altem wie nach neuem Recht erforderlichen sachlichen Zusammenhang mit einer (unentgeltlichen) Vermögensübertragung stehen und dass es sich deshalb i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG a. F. um dauernde Lasten handelt.

a) Der für die Abziehbarkeit als dauernde Last erforderliche sachliche Zusammenhang mit der Vermögensübergabe wird nicht dadurch unterbrochen, dass sich der Übergeber zunächst den Nießbrauch an dem übertragenen Vermögen vorbehalten hat und der Nießbrauch aufgrund eines später gefassten Entschlusses durch wiederkehrende Leistungen ersetzt wird (BFH, Urteil vom 3.6.1992, X R 147/88, BFHE 169, 127, BStBl II 1993, 98). In diesem Fall ist es nicht erforderlich, dass die Ablösung bereits im Übergabevertrag vereinbart ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Versorgungsrente – wenn auch betragsmäßig eingeschränkt – den ursprünglich vereinbarten Vorbehaltsnießbrauch ersetzt (gleitende Vermögensübergabe; BFH, Urteil vom 16.6.2004, X R 50/01, BFHE

207, 114, BStBl II 2005, 130). An diesen Grundsätzen hat der Gesetzgeber bei der Neufassung von § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG durch das JStG 2008 nichts geändert.

b) Davon ausgehend, hat das FG im Streitfall zu Recht den sachlichen Zusammenhang der Versorgungsleistung mit der Vermögensübergabe bejaht und insbesondere keine Anhaltspunkte für eine entgeltliche Ablösung des Nießbrauchs erkannt.

3. Für die von den Beteiligten hilfsweise angestellten Überlegungen, ob die Zahlungen des Klägers an seinen Vater als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abgezogen oder als Anschaffungskosten behandelt werden müssten, verbleibt danach kein Raum. Die Beteiligten und das FG sind insofern übereinstimmend und zu Recht davon ausgegangen, dass es sich im Streitfall um (privat veranlasste) Versorgungsleistungen handelt, die unter § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG fallen. Hiervon wäre unter den vom FG festgestellten Umständen sogar im Zweifel auszugehen (vgl. BFH, BFHE 207, 114, BStBl II 2005, 130, unter II.2.). Dies schließt die Annahme einer entgeltlichen Vermögensübergabe (Anschaffungskosten) ebenso aus wie die Annahme, dass die Zahlungen durch die werbende Tätigkeit des Vermögensübernehmers veranlasst sind.

(...)

#### Anmerkung:

Bei der Übertragung von Vermögenswerten, gleich welcher Art diese sein mögen (Betriebsvermögen, Privatvermögen, Immobilien, Wertpapiere, Geld usw.), sind die Auswahl und inhaltliche Ausgestaltung der an den Veräußerer zu erbringenden Gegenleistungen wesentliche Elemente jeglicher Vertragsgestaltung. Typische Gestaltungsmittel hierzu sind einmalige Zahlungen, Übernahme von Verbindlichkeiten, Vorbehalt von Wohnungs- und Nießbrauchsrechten sowie die Erbringung von wiederkehrenden Zahlungen. Die Auswahl im konkreten Fall wurde und wird maßgeblich durch die steuerlichen Vorgaben beeinflusst. Insbesondere die steuerliche Behandlung von wiederkehrenden Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe hat eine wechselvolle Geschichte. Die wesentliche gesetzliche Änderung in jüngster Zeit erfolgte durch das Jahressteuergesetz 2008. Hierdurch wurde mit Wirkung zum 1.1.2008 der Kreis der Vermögensgegenstände, hinsichtlich derer ein Abzug von wiederkehrenden Leistungen als Sonderausgaben beim Empfänger in Betracht kommt, wesentlich eingeschränkt.<sup>1</sup> Bis zu diesem Stichtag war jede ertragsbringende Vermögenseinheit, welche hinreichende Erträge abwarf, um die zu leistenden Zahlungen zu erwirtschaften, begünstigt. Die Einzelheiten waren im BMF-Schreiben vom 16.9.2004 geregelt.<sup>2</sup> Nach diesen Grundsätzen war eine „gleitende Vermögensübergabe“, wonach zunächst ein Nießbrauch vereinbart wurde, welcher später gegen die Vereinbarung einer Leibrente oder dauernden Last abgelöst wurde, zulässig und die später vereinbarte Leibrente oder dauernde Last konnte als Sonderausgabe beim Empfänger abgezogen werden.

Die Neuregelung durch den Gesetzgeber nahm die Finanzverwaltung zum Anlass, im sog. vierten Rentenerlass<sup>3</sup> die Systematik und steuerliche Behandlung von wiederkehrenden

<sup>1</sup> Vgl. die Änderung in § 10 Abs. 1 Nr. 1a Satz 2a EStG, nunmehr § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG.

<sup>2</sup> BMF-Schreiben vom 16.9.2004, DSStR 2004, 1696 = MittBayNot 2005, 85; sog. dritter Rentenerlass.

<sup>3</sup> BMF-Schreiben vom 11.3.2010, DSStR 2010, 545.

Leistungen im Zusammenhang mit Vermögensübertragungen neu zu regeln. Dies führte in der Praxis dazu, dass Nießbrauchsgestaltungen wieder zum Regelfall wurden und Leibrenten oder dauernde Lasten nur noch in Ausnahmefällen vereinbart werden.

Der Fall der Ablösung eines Nießbrauchsrechts war nach Auffassung der Finanzverwaltung<sup>4</sup> wie folgt zu lösen: Wurde die Ablösung des Nießbrauchsrechts gegen Versorgungsleistungen und deren Zeitpunkt bereits *im Übertragungsvertrag* verbindlich vereinbart, war ein Abzug der Sonderausgaben nach den früheren Rechtsgrundsätzen möglich. In allen übrigen Fällen sollten dagegen die Grundsätze des BMF-Schreibens vom 11.3.2010 anwendbar sein, also ein Sonderausgabenabzug regelmäßig ausgeschlossen sein.

In der *Praxis* kommen solche Wünsche nach einer Ablösung immer wieder vor. Die Gründe hierfür sind vielfältig. In Betracht kommt etwa, dass die Veräußerer sich von der Stellung als Vermieter, welche ihnen beim Vorbehaltsnießbrauch zukommt, lösen wollen und die rechtliche Abwicklung mit den Mietern auf die Übernehmer übertragen wollen. Häufig stehen auch größere Investitionen an. Diese sind beim Vorbehaltsnießbrauch steuerlich dem Nießbraucher zuzurechnen (und müssten regelmäßig aufgrund der vertraglichen Vereinbarung auch von diesem getragen werden!). Dies ist Jahre nach der Übertragung oft steuerlich nicht mehr so gewünscht. Vielmehr soll der Übernehmer die Renovierungen tragen und diese auch steuerlich geltend machen können. Dies gelingt nur, wenn der Nießbrauch aufgegeben wird. Zur wirtschaftlichen Absicherung des Veräußerers erfolgt dies regelmäßig durch Vereinbarung einer wiederkehrenden Geldzahlung.

Genau diesen Fall betraf das hier zu besprechende Urteil des BFH vom 12.5.2015.<sup>5</sup> Im konkreten Fall war ein landwirtschaftlicher Betrieb, welcher bereits aufgegeben und damit als steuerliches Privatvermögen zu behandeln war, im Jahre 2007 unter Vorbehaltsnießbrauch übertragen worden. Im Vertrag war für den Fall des Verzichts auf den Nießbrauch vorgesehen, dass an den Übergeber ein monatlich wiederkehrender Betrag zu zahlen sei, der der Höhe nach den erzielten Netto-Pachteinnahmen des (verpachteten) Grundbesitzes entsprechen sollte. Im Jahre 2010 verzichteten die Übergeber auf den Nießbrauch und vereinbarten mit dem Übernehmer eine wiederkehrende Zahlungspflicht. Das Finanzamt verneinte einen Abzug als Sonderausgaben, da die Ablösungsvereinbarungen nach dem 1.1.2008 erfolgten und die von der Finanzverwaltung im Schreiben vom 11.3.2010 gestellten Voraussetzungen nicht vorlagen. Der BFH hat dieser Auffassung eine Absage erteilt. In konsequenter Anwendung der gesetzlichen Übergangsvorschrift hat der BFH entschieden, dass das neue Recht nur auf Verträge anwendbar ist, die ab dem 1.1.2008 geschlossen wurden. Für die vorher geschlossenen Verträge verbleibt es bei der Anwendung der früheren Rechtsgrundsätze. Die von der Finanzverwaltung vertretene Auffassung findet im Gesetz keine Stütze.

Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Sie eröffnet in zahlreichen Fällen den Weg, eine Ablösung des vor dem 1.1.2008 vereinbarten Nießbrauchs gegen die Vereinbarung einer Leibrente oder dauernden Last, welche beim zahlungspflichtigen Übernehmer als Sonderausgabe abgezogen werden kann (und freilich nach dem sog. Korrespondenzprinzip beim Empfänger der Leibrente oder dauernden Last zu versteuern ist), durchzuführen. Daneben ist die Entscheidung

auch für sonstige Fälle relevant, in denen die jetzige Auffassung der Verwaltung von der früheren Rechtslage abweicht (z. B. Fälle der Umschichtung des Vermögens usw.). Auch für diese Fälle gilt, dass die steuerverschärfenden Regelungen des Jahressteuergesetzes 2008 nur auf Verträge Anwendung finden, die ab dem 1.1.2008 beurkundet wurden. Auf alle früher beurkundeten Verträge ist nach Auffassung des Gesetzgebers, die der BFH ebenfalls zur Entscheidungsbegründung heranzieht, ohne zeitliche Einschränkung das alte Recht weiter anzuwenden.

Notar Dr. Norbert Mayer, Dipl.-Kfm., Regensburg

## 25. EStG § 6 (Grundstückseinbringung zum gemeinen Wert)

1. **Wird ein Grundstück gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten aus dem Privatvermögen eines Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft eingebracht und sieht der Vertrag vor, dass die Einbringung zum gemeinen Wert erfolgt, so stellt dieser objektiv zu bestimmende gemeine Wert die Anschaffungskosten des eingebrachten Grundstücks dar.**
2. **Ein anderer Wert ist auch dann nicht als Anschaffungskosten anzusetzen, wenn die Vertragsparteien diesen einvernehmlich als gemeinen Wert festgelegt und in der Buchführung der Personengesellschaft als Anschaffungskosten zugrunde gelegt haben.**

BFH, Urteil vom 26.3.2015, IV R 7/12

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine GmbH & Co. KG, deren alleinige Kommanditistin zunächst die Beigeladene zu 1 war. Komplementärin der Klägerin ohne kapitalmäßige Beteiligung ist die zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung berufene Beigeladene zu 3, eine GmbH, deren alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin wiederum die Beigeladene zu 1 ist.

Durch notariellen Vertrag vom ... Juli 2006 brachte die Beigeladene zu 1 ein seit über zehn Jahren zu ihrem Privatvermögen gehörendes und im Jahr 1963 mit einem mehrstöckigen Geschäftshaus bebaut Grundstück im Wege eines „tauschähnlichen Vorgangs“ gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten durch Gutschrift auf dem Kapitalkonto I der einbringenden Gesellschafterin in das Gesamthandsvermögen der Klägerin ein. Nach dem Vertrag sollte die Einbringung „in Höhe des gemeinen Wertes (Verkehrswert) des eingebrachten Wirtschaftsgutes“ erfolgen. Ausdrücklich hieß es im Vertrag, die Übertragung erfolge nicht in der Rechtsgestaltung einer Einlage oder verdeckten Einlage. Der Verkehrswert des eingebrachten Grundstücks war zuvor nach § 194 des Baugesetzbuchs (BauGB) unter Berücksichtigung der Wertermittlungsverordnung (WertV) gutachterlich auf ... € festgestellt worden. Entsprechend wurde das Festkapital um den genannten Betrag auf nunmehr ... € erhöht und der Beigeladenen zu 1 zugerechnet. Der Einbringungsvertrag enthält in Teil B. XII. eine Wirksamkeitsklausel.

Durch notariellen Vertrag vom ... Dezember 2006 übertrug die Beigeladene zu 1 u. a. ihre Kommanditbeteiligung zum 31.12.2006, 15:00 Uhr, im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich auf ihren Sohn, den Beigeladenen zu 2. Dabei behielt sie sich den lebenslänglichen und unentgeltlichen Nießbrauch an dem Kommanditanteil vor. Nach dem Willen der Vertragsparteien sollten sowohl der Erwerber als auch die Nießbraucherin des Kommanditanteils die Stellung eines Mitunternehmers an der Klägerin erhalten.

Mit notariellem Kaufvertrag vom ... April 2007 veräußerte die Klägerin zum 1.7.2007 das Grundstück zu einem Preis von ... € an eine GmbH.

Durch Gesellschafterbeschluss vom 5.6.2007 wurde der Einbringungswert/Verkehrswert des bebauten Grundstücks in Abänderung der betragsmäßigen Angaben zur Einbringungsurkunde vom ... Juli 2006 auf ... € festgestellt bzw. berichtigt, weil die Immobilie zwischenzeitlich für diesen Wert verkauft worden sei.

<sup>4</sup> Vgl. RdNr. 85 des genannten BMF-Schreibens vom 11.3.2010, DSStR 2010, 545.

<sup>5</sup> BFH, Urteil vom 12.5.2015, IX R 32/14, ZEV 2015, 545.

In der ihrer Feststellungserklärung für 2006 (Streitjahr) beigefügten Gewinnermittlung vom 18.4.2007 ordnete die Klägerin die angesprochenen ... € gemäß dem im Verkehrswertgutachten festgestellten Bodenwert in Höhe von ... € dem Wirtschaftsgut Grund und Boden sowie in Höhe des verbleibenden Restbetrags in Höhe von ... € dem Gebäude zu. Unter Berücksichtigung einer zeitanteiligen Abschreibung in Höhe von ... € (... € x 2 % x 5/12) erklärte die Klägerin einen laufenden Verlust aus Gewerbebetrieb in Höhe von ... €.

Im Feststellungsbescheid für das Streitjahr vom 3.1.2008 ging der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) demgegenüber entsprechend dem Gutachten zum Einbringungsstichtag von einem Einbringungswert in Höhe von insgesamt ... € aus, welcher in Höhe von ... € auf das Gebäude entfiel. Bei einer rechnerisch unstreitigen Abschreibung in Höhe von ... € (... € x 2 % x 5/12) stellte das FA laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von ... € fest, die es der Nießbraucherin zurechnete.

Nach erfolglosem Einspruchsverfahren wies das Finanzgericht (FG) die zuletzt gegen den aus hier nicht streitigen Gründen geänderten Feststellungsbescheid 2006 vom 23.11.2009 gerichtete Klage mit in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 822 veröffentlichtem Urteil ab.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Verletzung von Bundesrecht rügt.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Hessischen FG vom 12.12.2011, 8 K 574/08, aufzuheben und den Bescheid für 2006 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vom 23.11.2009 dahingehend zu ändern, dass die Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von ... € festgestellt werden.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Die bisher getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, um die Bemessungsgrundlage für die im hiesigen Rechtsstreit allein streitige Absetzung für Abnutzung (AfA) des auf die Klägerin übertragenen Gebäudes zu bestimmen.

1. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (EStG) sind abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten vermindert um die AfA und ggf. weitere Abzüge zu bewerten. Bemessungsgrundlage der AfA für ein Gebäude sind nach § 7 Abs. 4 Satz 1 EStG die Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Überträgt ein Gesellschafter ein Wirtschaftsgut seines Privatvermögens gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft, wird dieser Vorgang nach ständiger Rechtsprechung als Anschaffung des Wirtschaftsguts zu einem dem gemeinen Wert des Wirtschaftsguts entsprechenden Preis beurteilt (vgl. BFH, Urteil vom 24.1.2008, IV R 37/06, BFHE 220, 374, BStBl II 2011, 617, m. w. N.). Gehört das eingebrachte Wirtschaftsgut bei der Personengesellschaft zu deren abnutzbarem Anlagevermögen, ergibt sich die Bemessungsgrundlage für die AfA folglich aus dem gemeinen Wert des Wirtschaftsguts. Bemessungsgrundlage der AfA des von der Beigeladenen zu 1 eingebrachten Gebäudes ist danach dessen gemeiner Wert im Zeitpunkt der Einbringung.

Der gemeine Wert eines Grundstücks ist ein objektiver Wert (vgl. BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 55/09, NV 2011, 1702). Dies folgt unmittelbar aus § 9 Abs. 2 Satz 1 des Bewertungsgesetzes (BewG), wonach der gemeine Wert durch den Preis bestimmt wird, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung

zu erzielen wäre. Dabei sind nach Satz 2 der Vorschrift zwar alle Umstände zu berücksichtigen, die den Preis beeinflussen, ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse sind aber nach § 9 Abs. 2 Satz 3 BewG nicht zu berücksichtigen.

2. Der gemeine Wert des eingebrachten Grundstücks war im Streitfall vom FG festzustellen bzw. zu überprüfen. Dabei hatte das FG zwar den Inhalt des zwischen der Beigeladenen zu 1 und der Klägerin geschlossenen Einbringungsvertrags vom ... Juli 2006 zu berücksichtigen. Dieser war aber – anders als das FG ausgeführt hat – nicht dahingehend auszulegen, dass sich die Vertragsbeteiligten verbindlich auf einen gemeinen Wert in Höhe von ... € geeinigt hätten. Vielmehr bestand ihre Einigung lediglich darin, dass das Grundstück zum im Einbringungszeitpunkt objektiv zutreffenden gemeinen Wert eingebracht werden sollte.

a) Der Senat ist an die vom FG vorgenommene Auslegung des Einbringungsvertrags nicht gebunden, denn in der Revisionsinstanz ist die Auslegung von Verträgen durch das FG daraufhin zu prüfen, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet wurden. Weiterhin kann das Revisionsgericht nachprüfen, ob die Vorinstanz die für die Vertragsauslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat (BFH, Urteil vom 6.6.2013, IV R 28/10, NV 2013, 1810).

b) Nach den Auslegungsregeln für Willenserklärungen in §§ 133, 157 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) enthielt der Einbringungsvertrag vom ... Juli 2006 entgegen der Rechtsauffassung des FG keine Einigung dahingehend, dass das Grundstück verbindlich zu einem gemeinen Wert in Höhe von ... € auf die Klägerin übergehen sollte.

aa) Aus der von den Vertragsparteien zu Teil B des Einbringungsvertrags getroffenen Grundlagenvereinbarung ergibt sich zunächst nur, dass sie das Grundstück zum gemeinen Wert (= Verkehrswert) übertragen wollten.

bb) Es ist zwar richtig, dass die Vertragsparteien davon ausgegangen sind, dass der Verkehrswert des Grundstücks mit ... € festzustellen sei (Teil A. I. des Einbringungsvertrags). Dagegen, dass es sich insoweit um die vertragliche Fixierung eines verbindlichen Werts gehandelt hat, sprechen aber gewichtige Umstände.

(1) Zunächst ergibt sich bereits aus den Steuerakten, dass die Vertragsparteien ursprünglich einen über dem angesprochenen Wert liegenden Betrag als Einbringungswert festsetzen wollten. Allerdings hatte das FA gegenüber diesem höheren Wert Bedenken angemeldet, weshalb sich die Vertragsparteien eines von einer Wirtschaftsprüferin erstellten vereinfachten Gutachtens nach § 194 BauGB in Verbindung mit der WertV bedienten (Teil A. I. des Einbringungsvertrags). Bei der Gutachterin handelte es sich allerdings erkennbar um keine Expertin für Grundstücksbewertung, sondern das Gutachten sollte ausschließlich der Plausibilisierung eines Werts gegenüber dem FA dienen.

Zudem lässt sich dem Einbringungsvertrag entnehmen, dass die Vertragsparteien den angesetzten Verkehrswert nur diesem Gutachten entnommen haben. Dies lässt den Schluss darauf zu, dass es den Vertragsparteien tatsächlich auf den „richtigen“ Verkehrswert ankam und sie den Wertansatz nur mangels besserer Erkenntnisse einem vorliegenden Gutachten entnommen haben.

(2) Diese Annahme stützt auch der Umstand, dass in Teil B. XII. des Vertrags eine Wirksamkeitsklausel aufgenommen worden ist, wonach für den Fall, dass eine Bestimmung des Vertrags oder ein Teil davon gegen gesetzliche Bestim-

mungen verstoßen oder aus sonstigen Gründen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht unwirksam sein oder zu Zweifeln Anlass geben sollte, allenfalls die betroffene Bestimmung davon berührt sein sollte. Diese war danach durch eine solche zu ersetzen, die im Rahmen des rechtlich Zulässigen dem wirtschaftlich Gewollten am nächsten kam. Deshalb war nach dem Vertrag die Möglichkeit eröffnet, bei Vorliegen besserer tatsächlicher Erkenntnisse (auch) die angenommene Höhe des Verkehrswerts zu ändern.

(3) Dafür, dass die Parteien des Einbringungsvertrags den von ihnen angesetzten Wert nicht als verbindlichen gemeinen Wert ansehen wollten, spricht schließlich maßgeblich, dass kein Grund dafür erkennbar ist, warum die Beigeladene zu 1 in dem Grundstück ruhende stille Reserven nur anteilig hätte aufdecken sollen, obwohl diese im Zeitpunkt der Einbringung nicht steuerverstrickt waren und, wie der Streitfall zeigt, bei einer Veräußerung des Grundstücks nach Einbringung auch diese stillen Reserven zu versteuern waren.

c) Aus den vorstehenden Umständen ergibt sich, dass der Einbringungsvertrag dahingehend verstanden werden muss, dass die Einbringung zum im Einbringungszeitpunkt objektiv

zutreffenden gemeinen Wert und also ohne spätere Aufdeckung von stillen Reserven im Betriebsvermögen durchgeführt werden sollte. Da das FG unter Verletzung der §§ 133, 157 BGB zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangt ist, war sein Urteil aufzuheben.

3. Die Sache ist nicht spruchreif. Es fehlen – aus Sicht des FG konsequent – jegliche Feststellungen dazu, auf welche Höhe sich der gemeine Wert des Grundstücks und des davon auf das Gebäude entfallenden Teils im Einbringungszeitpunkt belaufen haben könnte. Eine weitere Sachaufklärung ist dabei auch nicht etwa deshalb überflüssig, weil die Einzelfallumstände für die Richtigkeit des von den Vertragsparteien im Einbringungsvertrag einvernehmlich festgelegten Werts in Höhe von ... € sprächen. Eine etwaige Vermutung für die Richtigkeit dieses Werts ist jedenfalls durch den zeitnah nach der Einbringung durchgeführten Verkauf des Grundstücks für ... € erschüttert worden. Entsprechend ist das FG gehalten, die für die Bestimmung des gemeinen Werts des Grundstücks im Einbringungszeitpunkt erforderlichen tatsächlichen Feststellungen im zweiten Rechtsgang nachzuholen.

(...)

**Anmerkung:****1. Einordnung in den gesetzlichen Zusammenhang**

Sofern Wirtschaftsgüter eines Gesellschafters einer GmbH & Co. KG in das Gesamthandsvermögen eingebracht werden sollen, so handelt es sich hierbei zivilrechtlich um einen Rechtsträgerwechsel, der ertragsteuerrechtlich einerseits

beim Veräußerer zu einem steuerpflichtigen entgeltlichen Veräußerungsgeschäft, andererseits zu einem Anschaffungsgeschäft bei der erwerbenden Gesellschaft führen kann und bei dieser damit zu neuem Abschreibungspotenzial im Sinne des § 7 EStG. Folgende Grundkonstellationen sind dabei genau auseinander zu halten:

	<b>Grundstück stammt aus Privatvermögen</b>	<b>Grundstück stammt aus Betriebsvermögen</b>
Grundstück wird in Personengesellschaft mit Privatvermögen eingebracht	Soweit keine Gegenleistungen erbracht werden, unentgeltlich, keine Gewinnrealisierung; die erwerbende Gesellschaft gilt als transparent nach § 39 Abs. 2 AO. <sup>1</sup> Soweit Gegenleistungen wie Zahlungen oder Schuldübernahme erbracht werden, entgeltliche Veräußerung beim abgebenden Rechtsträger, Anschaffungsvorgang bei der erwerbenden Gesellschaft, jeweils jedoch nur soweit der Grundbesitz anteilig auf eine dritte Person übergeht. <sup>2</sup>	Der Grundbesitz wird aus dem Betriebsvermögen in das Privatvermögen überführt und damit entnommen. Dies führt zu einer Entnahmebesteuerung in Höhe des Teilwertes gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG.
Grundstück wird in gewerbliche Mitunternehmerschaft eingebracht	Die Einbringung richtet sich nach dem BMF-Schreiben vom 11.7.2011, DStR 2011, 1319, abgeändert durch BMF-Schreiben vom 26.7.2016. <sup>3</sup> Die Einbringung kann entweder unentgeltlich gestaltet werden (dann Einlagegrundsätze nach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG) oder entgeltlich mit Gewinnrealisierung auf Seiten des Veräußerers. Bei unentgeltlicher Ausgestaltung droht Schenkungssteuer, bei entgeltlicher Gestaltung kann ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft nach § 23 EStG verwirklicht werden. <sup>4</sup> Nach Ablauf der Spekulationsfrist kann steuerfrei veräußert werden und bei der aufnehmenden Mitunternehmerschaft neues Abschreibungsvolumen generiert werden.	Dieser Vorgang wird nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG behandelt. Sofern die Einbringung in die Mitunternehmerschaft unentgeltlich oder gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, jedoch ohne sonstige Gegenleistungen erfolgt, ist eine Buchwertfortführung vorgeschrieben. <sup>5</sup> Es entsteht wegen der zwingenden Buchwertfortführung kein neues Abschreibungsvolumen.

Im vorliegenden Fall ging es um eine Sachverhaltsgestaltung, bei der ein bereits mehr als zehn Jahre im Privatvermögen gehaltenes Grundstück in eine gewerbliche Mitunternehmerschaft eingebracht wurde. Da die 10-Jahres-Frist des § 23 EStG bereits abgelaufen war, konnte ein steuerfreies Veräußerungsgeschäft vereinbart werden. Bei der aufnehmenden Mitunternehmerschaft wurde so spiegelbildlich zur Veräußerung eine entgeltliche Anschaffung erzeugt, die wiederum genutzt werden kann, um eine bereits vollständig abgeschriebene Immobilie nochmals hinsichtlich des gemeinen Werts des Gebäudes abzuschreiben. Dabei handelt es sich um eine inzwischen klassische Gestaltung, die nach dem BMF-Schreiben

vom 11.7.2011, DStR 2011, 1319 auch vom BMF anerkannt wird. Derartige Gestaltungen sind nur anstrebenswert, sofern es sich um Grundbesitz des Privatvermögens handelt. Bei Grundbesitz des Betriebsvermögens wäre eine entsprechende entgeltliche Einbringung in eine gewerbliche Mitunternehmerschaft ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft mit Gewinnrealisierung<sup>6</sup>. Attraktiv ist dies im Bereich des Privatvermögens überdies nur, soweit die Veräußerung beim Veräußerer steuerfrei ist, also nach Ablauf der Fristen des § 23 EStG. Da Kapitalgesellschaftsanteile inzwischen stets nach § 20 Abs. 2 EStG, § 17 EStG steuerverstrickt sind und außerdem nicht abschreibbare Wirtschaftsgüter darstellen, eignen sich ausschließlich bebaute Grundstücke und Erbbaurechte für derartige Gestaltungen. Werden Mandanten in diese Richtung beraten, ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass bei einem späteren Verkauf der Immobilie der Verkaufsgewinn aus dem Betriebsvermögen steuerpflichtig ist.

<sup>1</sup> BMF-Schreiben vom 5.10.2000, IV C 3, S 2256, 263/00, DStR 2000, 1867 = BStBl I 2000, S. 1383.

<sup>2</sup> BFH, Urteil vom 2.4.2008, IX R 18/06, BStBl II 2008, S. 679; BFH, Urteil vom 18.10.2011, IX R 15/11, BStBl II 2012, S. 205.

<sup>3</sup> BMF-Schreiben vom 27.6.2016, DStR 2016, 1749 zur Gutschrift ausschließlich auf Kapitalkonto II; siehe BFH, Urteil vom 29.7.2015, IV R 15/14, BStBl 2016, S. 593, und BFH, Urteil vom 4.2.2016, IV R 46/12, BStBl II 2016, S. 607.

<sup>4</sup> Weber-Grellet in Schmidt, EStG, 34. Aufl. 2015, § 23 EStG Rdnr. 51; Brunsbach/Mock, BB 2013, 1051.

<sup>5</sup> Siehe BMF-Schreiben vom 12.9.2013, IV C 6, S 2241/10/10002, DStR 2013, 2002.

<sup>6</sup> Siehe zum aktuellen Stand BMF-Schreiben vom 12.9.2013, IV C 6, S 2241/10/10002, DStR 2013, 2002.

## 2. Der Gestaltungsansatz

Regelmäßig werden Immobilien, die bereits vollständig abgeschrieben sind, zum Zwecke der nochmaligen, legalen Nutzung des Abschreibungsvolumens in gewerblich tätige oder gewerblich geprägte<sup>7</sup> GmbH & Co. KGs eingebracht. Kapitalgesellschaften sind bereits aus grunderwerbsteuerrechtlichen Gründen hierfür regelmäßig wenig geeignet, da andernfalls für die Einbringung Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG anfielen.

Dieser Gestaltungsansatz sei anhand folgenden Beispielsfalls verdeutlicht.

**Beispiel:** *Eine Mutter und ihr Sohn sind gemeinsam als einzige Gesellschafter zu gleichen Teilen an einer gewerblich tätigen GmbH & Co. KG beteiligt. Ferner haben Mutter und Sohn gemeinsam in Miteigentum je zur Hälfte eine private Immobilie seit 22 Jahren, die bereits aufgrund von Sonderabschreibungen weitestgehend abgeschrieben ist. Da die 10-Jahres-Frist abgelaufen ist, ist sie nicht mehr steuerverstrickt. Die Eigentümer bringen nunmehr die Immobilie zum vollen gemeinen Wert gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten oder gegen Gutschrift auf dem Forderungskonto in die gewerblich tätige GmbH & Co. KG ein.*

Die Grundstückseigentümer haben damit den Grund und Boden sowie das Gebäude auf einen steuerrechtlich teilverselbständigten Rechtsträger, nämlich die Mitunternehmerschaft, übertragen. Grunderwerbsteuer wird in den Grenzen des § 5 GrEStG nicht erhoben, wobei insbesondere die Haltefrist des § 5 Abs. 3 GrEStG zu beachten ist. Da die Gesellschafter die Einbringung nicht zugunsten der Kapitalrücklage vorgenommen haben, sondern sich Gegenleistungen haben gewähren lassen in der Form von Forderungen (Forderungskonto) oder in Form von einer Aufstockung von Gesellschaftsrechten,<sup>8</sup> handelt es sich dabei um einen voll entgeltlichen Veräußerungsvorgang, der außerhalb des § 23 EStG steuerfrei ist, gleichzeitig jedoch auf der Ebene der Mitunternehmerschaft (GmbH & Co. KG) zu einem entgeltlichen Anschaffungsgeschäft führt. Die GmbH & Co. KG hat damit den Grundbesitz entgeltlich erworben. Die volle Gegenleistung ist auf den Grund und Boden sowie das Gebäude nach dem Verhältnis der gemeinen Werte aufzuteilen.<sup>9</sup> Auf Grund der getätigten Anschaffungskosten können die auf das Gebäude entfallenden Anschaffungskosten nunmehr nach § 7 EStG abgeschrieben werden und mindern in Zukunft wieder die Mieteinnahmen, die zukünftig der GmbH & Co. KG zufließen. Für den Zivilrechtlicher ist dies „starker Tobak“: Die bloße Leistungsvereinbarung eines Gesellschafterbeitrags wird steuerrechtlich zu einem echten (Aus-)Tausch: Grundstück gegen Gesellschaftsrechte.

Der Umstand, dass die Mieteinkünfte bisher den Gesellschaftern Mutter und Sohn und in Zukunft über die Mitunternehmerschaft wieder Mutter und Sohn zuzurechnen sind, steht dem nicht entgegen und führt auch nicht zu § 42 AO (Gestaltungsmisbrauch), da die Gesellschafter von der Mitunternehmerschaft als Einkommensteuerermittlungssubjekt getrennt sind. Ferner findet dieser Umstand der Trennung von Gesellschafter und Mitunternehmerschaft auch in § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG seinen gesetzgeberischen Niederschlag.

Bei entsprechenden Gestaltungen ist es in der Praxis regelmäßig problematisch, mit welchem Wert der Grundbesitz in die GmbH & Co. KG eingebracht werden soll. Angestrebt wird dabei regelmäßig der höchste denkbare gemeine Wert (§ 9 BewG). Denn bei einem späteren Weiterverkauf des Grundbesitzes aus der GmbH & Co. KG ist die Differenz zwischen dem Buchwert und dem Verkaufspreis einkommen- und gewerbsteuerpflichtig. Ferner sind die Abschreibungen umso höher, je höher die am gemeinen Wert orientierten Anschaffungskosten sind. Gleichzeitig wird die Finanzverwaltung regelmäßig überhöhte gemeine Werte nicht akzeptieren und regelmäßig versuchen, die gemeinen Werte eher zu drücken, um Abschreibungsvolumen zu begrenzen und spätere Veräußerungsgewinne einer Besteuerung zu unterwerfen. Die Gestaltungspraxis hat hierbei zwei Möglichkeiten, die der BFH in seiner Besprechungsentscheidung vom 26.3.2015 dargelegt hat. Die Beteiligten können entweder wie folgt formulieren:

### Formulierungsvorschlag feste Gegenleistung:

*Die Einbringung erfolgt gegen Gutschrift auf dem Kapitalkonto/Forderungskonto in Höhe von € \*\*\* (in Worten Euro \*\*\*). Die Beteiligten gehen davon aus, dass der vorstehende Betrag dem gemeinen Wert des eingebrachten Wirtschaftsgutes entspricht. Sollte sich später herausstellen, dass der gemeine Wert des eingebrachten Wirtschaftsgutes tatsächlich höher oder niedriger sein sollte als der vorstehend vereinbarte Gegenleistungsbetrag, so ist in jedem Fall gleichwohl der vorstehend vereinbarte Gegenleistungsbetrag geschuldet.*

Durch die vorstehende Formulierung wird ein ggf. durch Gutachten oder sonst ermittelter fester Gegenleistungsbetrag festgelegt. Abweichungen hiervon können später weder von der Gesellschaft noch von dem leistenden Gesellschafter geltend gemacht werden. Stellt sich später heraus, dass der gemeine Wert tatsächlich höher als der veranschlagte Wert war, liegt ein teilunentgeltlicher Vorgang vor. Dies kann zum einen von schenkungssteuerrechtlicher Relevanz sein, zum anderen finden auf den unentgeltlichen Teil die Einlagegrundsätze nach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG Anwendung. Ergibt sich später, dass der gemeine Wert tatsächlich niedriger als der veranschlagte Wert war, hat die Gesellschaft objektiv zu viel an Gegenleistung erbracht. Dies kann dazu führen, dass die Höhe der Anschaffungskosten von der Finanzverwaltung nicht anerkannt und somit das Abschreibungsvolumen gedrückt wird. Die Mehrleistung wäre dann durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst. Zudem kann dies bei einer mehrgliedrigen Gesellschaft auf Seiten des begünstigten Gesellschafters zu einer Schenkungssteuerpflicht führen, soweit ihm über den tatsächlichen gemeinen Wert hinausgehende Gesellschafterrechte oder Forderungen gewährt wurden.

Gleichzeitig hat der BFH in seiner Entscheidung vom 26.3.2015 jedoch auch eine flexiblere Gestaltung eröffnet und anerkannt, die sich wie folgt formulieren ließe:

### Formulierungsvorschlag Gegenleistung in Höhe des gemeinen Wertes:

*Die Einbringung des bezeichneten Grundbesitzes erfolgt gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in Höhe des gemeinen Wertes. Die Beteiligten bewerten den gemeinen Wert des eingebrachten Grundbesitzes vorläufig mit einem Betrag in Höhe von € \*\*\* (in Worten Euro \*\*\*).*

*Dabei handelt es sich jedoch lediglich um einen vorläufigen Wert. Maßgeblich ist der tatsächliche gemeine Wert des Grundbesitzes. Sollte sich daher durch spätere bestandskräftige, hilfsweise rechtskräftige, Feststellungen der Finanzver-*

<sup>7</sup> Siehe § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

<sup>8</sup> Siehe BMF-Schreiben vom 11.7.2011, DStR 2011, 1319.

<sup>9</sup> Eine vertragliche Aufteilung kann vorteilhaft sein, siehe dazu BFH, Urteil vom 16.9.2015, IX R 12/14, DStR 2016, 33 = NJW 2016, 591.

waltung oder durch einen zeitnahen Verkauf oder auf andere Weise herausstellen, dass der tatsächliche gemeine Wert tatsächlich höher oder niedriger als der vorstehend ausgewiesene gemeine Wert ist, so ist der tatsächliche gemeine Wert den einbringenden Gesellschaftern in Form von Gesellschafterrechten geschuldet; dies gilt sowohl wenn dieser Wert höher sein sollte als angenommen, als auch wenn der gemeine Wert tatsächlich niedriger sein sollte als angenommen.

Der BFH hat in seiner Besprechungsentscheidung vom 26.3.2015 die dort getroffene Vereinbarung, die allerdings wesentlich unklarer war, dahingehend interpretiert, dass die Einbringung nicht zu dem ursprünglich ermittelten Gutachterwert erfolgen sollte, sondern zu dem tatsächlichen objektiven gemeinen Wert, wenn dieser vom Gutachterwert abweichen sollte. Da bereits kurze Zeit nach der Einbringung der Grundbesitz zu einem deutlich über dem Gutachterwert liegenden Preis weiterveräußert wurde, hat der BFH es akzeptiert, dass die Einbringung bereits zum tatsächlichen gemeinen Wert erfolgt ist. Dadurch konnte ein Veräußerungsgewinn aus der zeitnahen Weiterveräußerung aus dem Betriebsvermögen auf grundsätzlich 0 reduziert werden. Lediglich zwischenzeitlich vorgenommene Abschreibungen würden zu einem Veräußerungsgewinn führen.

Von den beiden Gestaltungsvarianten ist daher regelmäßig die zweite Gestaltungsvariante vorzugswürdig. Allerdings bietet die zweite Gestaltungsvariante (variable Anknüpfung an den tatsächlichen gemeinen Wert) auch für die Finanzverwaltung Angriffspunkte, die es regelmäßig versuchen kann, den niedrigeren gemeinen Wert nachzuweisen und festzustellen. Dann wären entsprechende Bilanzen entsprechend zu berichtigen. Bei der ersten Gestaltungsvariante wäre dies der Finanzverwaltung zwar grundsätzlich auch möglich, da die Parteien den objektiv zu ermittelnden gemeinen Wert nicht mit Drittwirkung verbindlich festlegen können, jedoch spricht bei einer vertraglichen Festlegung zunächst eine Vermutung dafür, dass dieser vereinbarte Wert dem objektiven gemeinen Wert entspricht. Da Werte jedoch stets relativ sind und bei Einbringungen durch einzelne von mehreren Gesellschaftern ferner sonst Schenkungssteuerbelastungen drohen, ist regelmäßig gleichwohl die Anknüpfung an den tatsächlichen objektiven gemeinen Wert vorzugswürdig.

### 3. Folgeprobleme in anderen Steuergebieten, Vermeidung von Kollateralschäden

Gelegentlich steht der steuerlich mitdenkende<sup>10</sup> Notar vor dem Problem, eine Steuerart optimiert zu haben, die gleichzeitig Nebenwirkungen auf anderen Gebieten des Steuerrechts haben kann.

Grunderwerbsteuerrechtlich sollte bei entsprechenden Gestaltungen stets beachtet werden, dass Quotenverschiebungen hinsichtlich des eingebrachten Grundbesitzes zugunsten von Personen, die mit dem Einbringenden nicht in gerader Linie verwandt oder mit diesem verheiratet oder verpartnert sind, zu Grunderwerbsteuer führen können. Ferner ist nach einer entsprechenden Einbringung die Haltefrist des § 5 Abs. 3

GrEStG zu beachten. Jeder Formwechsel der aufnehmenden GmbH & Co. KG in eine Kapitalgesellschaft würde daher zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Nachversteuerung nach § 5 Abs. 3 GrEStG führen.<sup>11</sup>

Umsatzsteuerrechtlich handelt es sich um eine Lieferung des bebauten Grundstücks an den separaten Rechtsträger GmbH & Co. KG. Dieser Vorgang ist zwar nach § 4 Nr. 9a UStG von der Umsatzsteuer befreit, sofern nicht von der Optionsmöglichkeit des § 9 UStG Gebrauch gemacht wird. Sofern der Einbringende jedoch innerhalb der letzten zehn Jahre vor der Einbringung gemäß § 15 UStG Vorsteuern gezogen hat, so müsste er zeitanteilig die gezogene Vorsteuer wieder erstatten nach § 15 a UStG. Sofern die GmbH & Co. KG die bisherige umsatzsteuerpflichtige Tätigkeit unverändert fortführt, handelt es sich um eine Geschäftsveräußerung im Ganzen gemäß § 1 Abs. 1a UStG. Eine Option zur Umsatzsteuer ist dann nicht erforderlich. In Zweifelsfällen sollte hingegen stets – zumindest vorsorglich, aber unbedingt – eine Option zur Umsatzsteuer gemäß § 9 Abs. 1 UStG erfolgen, um die Vorsteuerkorrektur zu vermeiden.<sup>12</sup> Dann würde der Einbringungsvorgang zu einer Umsatzsteuerpflicht führen, die auch dem Reverse-Charge-Verfahren nach § 13 b Abs. 1 UStG unterliegt. Umsatzsteuerschuldner wäre dann die erwerbende GmbH & Co. KG, die zeitgleich die Vorsteuer für die Umsatzsteuerzahllast ziehen könnte. Beide Forderungen verrechnen sich in derartigen Fällen, wenn das Wirtschaftsgut ausschließlich zu zum Vorsteuerabzug berechtigenden Umsätzen genutzt wird. Eine Vorsteuerkorrektur nach § 15 a UStG wird so vermieden.

Schenkungssteuerrechtlich kann durch entsprechende Einbringungen keine freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG verwirklicht werden, soweit die Einbringung zum vollen gemeinen Wert im Sinne des § 9 BewG erfolgt und Gegenleistungen in dieser Höhe erbracht werden. Problematisch ist insoweit regelmäßig, wenn die Finanzverwaltung einen tatsächlich abweichenden gemeinen Wert feststellt und nicht alle Gesellschafter der GmbH & Co. KG die Einbringung gleichmäßig vorgenommen haben, wie in dem vorstehend gewählten Beispielsfall unter Ziffer 2. Dann könnten Wertverschiebungen eintreten. Diese Wertverschiebungen lassen sich jedoch durch entsprechende Gestaltungen vermeiden, wenn die variable Formulierung der Gegenleistung zum objektiven gemeinen Wert gewählt wird, da dann eine abweichende Feststellung des gemeinen Wertes auch in schenkungssteuerrechtlicher Hinsicht auszugleichen wäre und damit Wertverschiebungen zwischen den Gesellschaftern vermieden würden.

Schließlich können entsprechende Gestaltungen auch Objektverkäufe im Sinne eines gewerblichen Grundstückshandels darstellen,<sup>13</sup> dabei werden allerdings nur Objekte gezählt, die seit weniger als 10 Jahren gehalten werden.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen  
und Notarassessor Dr. Luitpold Graf Wolffskeel  
v. Reichenberg, Füssen

<sup>10</sup> Dies wird inzwischen von der Rechtsprechung sogar unter Haftungsgesichtspunkten eingefordert, OLG Frankfurt/M., Urteil vom 29.5.2015, 4 U 202/14, ZEV 2016, 103 (zur Kettenschenkung) m. zu Recht abl. Anm. Wachter.

<sup>11</sup> BFH, Urteil vom 25.9.2013, II R 2/12, BStBl II 2014, S. 329.

<sup>12</sup> BMF-Schreiben vom 23.10.2013, IV D 3, S 7198/12/10002, BStBl I 2013, S. 1304 = DStR 2013, 2345.

<sup>13</sup> BFH, Urteil vom 28.10.2015, X R 22/13, BStBl II 2016, S. 95.

# STANDESNAHRICHTEN

## Personaländerungen

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Richard von Grafenstein, München,  
verstorben am 17.7.2016

Oberamtsrat i. N. Norbert Fendt, Passau,  
verstorben am 25.7.2016

Notar a. D. Dr. Karl Thalhofer, Krumbach,  
verstorben am 1.8.2016

Notar a. D. Peter Muthig, Freising,  
verstorben am 21.8.2016

### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.7.2016:

Herzogenaurach      der Notarin  
Veronika Grömer  
(bisher in Ochsenfurt)

Rosenheim            dem Notar  
Bernd Schmitt  
(bisher in München)

Mit Wirkung zum 1.8.2016:

Augsburg            dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Dr. Thomas Grund  
Dr. Straßer)            (bisher in Marktheidenfeld)

Mit Wirkung zum 1.9.2016:

Greeding            dem Notarassessor  
Markus Müller  
(bisher in München, Notarstellen  
Dr. Vossius/Dr. Engel)

### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.9.2016:

Benedikt Grimm, Bad Griesbach i. Rottal  
(Notarstelle Dr. Forthauer)

### 4. Versetzungen und sonstige Veränderungen

Notarassessor Thomas Raff, Kandel/Pfalz,  
wurde mit Wirkung vom 9.6.2016 promoviert

Notarassessorin Judith Junk, Augsburg  
(Notarstelle Hille), ab 4.7.2016 in München  
(Landesnotarkammer Bayern und Notarkasse A.d.ö.R.)

Notarassessor Dr. Peter Schwabenbauer, München  
(Landesnotarkammer Bayern und Notarkasse A.d.ö.R.)  
ist auf eigenen Wunsch zum 15.7.2016 ausgeschieden

Notarassessor Malte Giebel, Erlangen  
(Notarstellen Dr. Martini/Siegler), ab 1.9.2016  
in Augsburg (Notarstelle Hille)

Amtfrau i. N. Sigrid Eisl, München  
(Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer),  
ab 1.7.2016 in München  
(Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Amtmann i. N. Stefan Altenbeck, Arnstorf  
(Notarstelle Dr. Kappler) ab 1.8.2016 in Passau  
(Notarstellen Braun/Paulöhrl)

Oberinspektorin i. N. Anika Unterburger, Greeding  
(derzeit in Elternzeit), ab 14.9.2016 in Beilngries  
(Notarstelle Lindner)

### 5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrätin i. N. Jutta Meier, Hof  
(Notarstelle Haßelbeck), ab 1.9.2016 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Maria Therese Dichtl, München  
(Notarstellen Dr. Görk/Dr. Berringer),  
zum 30.9.2016 ausgeschieden

Amtsrat i. N. Peter Eichhammer, Abensberg  
(Notarstelle Bierhenke), ab 1.10.2016 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Michael Haslinger, Bad Tölz  
(Notarstellen Dolp/Leitenstorfer),  
ab 1.10.2016 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Elke Reisaus, Fürstenfeldbruck  
(Notarstellen Dr. Buchta/Dr. Jung),  
zum 6.10.2016 ausgeschieden

### 6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.7.2016:

*Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):*

Alois Betz, Aschaffenburg  
(Notarstellen Klotz/Dr. Morhard)

*Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):*

Bernd Klinger, München  
(Notarstellen Dr. Ott/Dr. Dr. Forst)

*Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Johann Brückl, Landshut  
(Notarstellen Trautner/Senftleben)

Burkhard Klein, Kitzingen  
(Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter)

Franz Ostermaier, München  
(Notarstelle Dr. Schuck)

Jürgen Reisaus, München  
(Notarstellen Huwendiek/Dr. Knapp)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N.  
Entgeltgruppe 10):*

Josef Baumgartner, Augsburg  
(Notarstelle Zöpfl)

Martin Bosch, Augsburg  
(Notarstelle Dr. Grafberger)

Martin Cornelius, Rockenhausen  
(Notarstellen Schneider/Danne)

Matthias Fruck, Nürnberg  
(Notarstellen Dr. El-Gayar/Dr. Schrenk)

Angela Kunkel, München  
(Notarstellen Dr. Heller/Dr. Grötsch)

Claudia Schnetzer, München  
(Notarstellen Dr. Regler/Dr. Sikora)

Werner Schwarz, Nabburg  
(Notarstelle Dr. Wiedemann)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.  
(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4 – 5):*

Karin Haberl, Simbach a. Inn  
(Notarstelle Neumair)

Dominic List, Vilshofen  
(Notarstellen Schuller/Schuller)

Maximilian Lochschmidt, Miltenberg  
(Notarstellen Dr. Gutheil/Schwarzmann)

Cornelia Nußbaumer, Nürnberg  
(Notarstelle Dr. Geßner)

Lisa Oberndörfer, Fürth  
(Notarstelle Stoll)

Sandra Tamm, Burgau  
(Notarstelle Kerler)

Mit Wirkung zum 1.8.2016:

*Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):*

Edgar Blaha, Augsburg  
(Notarstelle Hösle)

*Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):*

Raimund Neumann, Bad Dürkheim  
(Notarstellen Holland/Schumacher)

*Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Günter Gsödl, Landau a. d. Isar  
Notarstelle Dr. Lößl)

*Zum Amtmann i. N. Entgeltgruppe 10):*

Christian Albrecht, Kempten  
(Notarstellen Stemmer/Büringer)

#### **Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Simbach a. Inn, Notarstelle Neumair  
E-Mail: [info@simbach.notar.de](mailto:info@simbach.notar.de)  
Homepage: [www.simbach.notar.de](http://www.simbach.notar.de)

Sulzbach-Rosenberg, Notarstelle Dr. Rödiger  
Hofgartenstraße 6, 92237 Sulzbach-Rosenberg

## SONSTIGES

### Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

### Die EU-Erbrechtsverordnung in der Praxis

### Mit Informationen über die neuen EU-Verordnungen zum Ehegüterrecht und Güterrecht eingetragener Partnerschaften

### Europa für Notare, Notare für Europa

Donnerstag, 8. September 2016

Van der Valk Hotel Schiphol, Hoofddorp (in der Nähe des Flughafens Amsterdam Schiphol)

#### Programm:

09.30 Uhr – 12.45 Uhr Begrüßung und Seminarbeginn durch *Dirk-Jan Maasland* (Moderator) und *Jef Oomen* (Präsident der KNB)

Teil I: Anwendungsbereich der Verordnungen – *Sabine Heijning*

Teil II: Zuständigkeiten des Notars – Prof. *Jan-Ger Knot*

Gruppendiskussion anhand von Fallbeispielen zu Teil I und II  
13.45 Uhr – 17.00 Uhr Fortsetzung des Seminars

Teil III: Kollisionsrecht – Dr. *Rembert Süß*

Teil IV: Das Europäische Nachlasszeugnis – *Elise Goossens*  
Gruppendiskussion anhand von Fallbeispielen zu Teil III und IV

#### Referenten:

*Sabine Heijning* (Het Notarieel Bureau, IPR-Beraterin für Notare (NL))

Prof. *Jan Ger Knot* (Dozent für Internationales Privatrecht, Rijksuniversiteit Groningen und IPR-Berater der Kanzlei PlasBossinade Notarissen NV (NL))

Dr. *Rembert Süß* (Rechtsanwalt in Düsseldorf und Referatsleiter der Abteilung IPR des Deutschen Notarinstituts (D))

Dr. *Elise Goossens* (Assistentin von Rektor Roger Dillemans, Institut für Familienrecht der Universität Leuven (B))

*Dirk-Jan Maasland* als Moderator (Notarassessor der Kanzlei Bluelyn Rotterdam (NL))

**Simultanverdolmetschung:** Deutsch und Niederländisch

**Teilnehmer:** deutsche, belgische sowie holländische Notare und Notarassessoren

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

**Anmeldung bis 18. August 2016/Kontakt:**

m.groenhuijsen@knb.nl, Tel. 0031 70 3307136 (Frau Margot Groenhuijsen, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie)

## Universität Regensburg

### 13. Symposium für europäisches Familienrecht

#### Scheidung ohne Gericht? – Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht

6. bis 8. Oktober 2016

Vielberth-Gebäude der Universität Regensburg (H 24)

Das Scheidungsrecht hat in den europäischen Ländern seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts tiefgreifende Änderungen erfahren. Das betrifft zum einen das Recht der Scheidungsgründe: Die Tendenz geht seitdem dahin, die Scheidung zu erleichtern. Der zentrale Topos dieser Liberalisierungstendenzen ist – wie man es formuliert hat – der „Übergang vom Verschuldensprinzip zum Zerrüttungsprinzip“: Eheverfehlungen sind als Scheidungsgründe entweder abgeschafft oder spielen nur noch neben der Scheidung wegen unheilbarer Ehezerrüttungen eine Rolle. In vielen Rechtsordnungen hat sich das Prinzip durchgesetzt, dass ein Ehegatte auch gegen den Willen des anderen die Scheidung einer aus seiner Sicht zerrütteten Ehe durchsetzen kann; Härtekláuseln, wie sie das deutsche Recht kennt, haben sich als ineffektiv erwiesen.

Neben die Zerrüttungsscheidung tritt mehr und mehr auch der Gedanke der zwischen den Ehegatten vereinbarten Scheidung (Konventionalscheidung) als Ausfluss der Privatautonomie. Innerhalb des herkömmlichen Systems, das die Eheauflösung an eine Gerichtsentscheidung bindet, erfolgt die einverständliche Scheidung durch entsprechende Erklärungen der Ehegatten gegenüber dem Gericht, die dann die Grundlage der richterlich ausgesprochenen Scheidung bilden. In neueren Reformen einiger Länder wird demgegenüber auf die Mitwirkung einer richterlichen Erkenntnis verzichtet: Die Scheidung erfolgt privatautonom durch Erklärung gegenüber den für die Registrierung zuständigen Stellen. Ein solches Verfahren ist beispielsweise neuerdings in Italien möglich: Die Ehegatten können etwa unter bestimmten Voraussetzungen in Gegenwart ihrer Anwälte eine Scheidungsvereinbarung treffen, die vom Staatsanwalt überprüft und, wenn nicht beanstandet, an den Standesbeamten zur Eintragung weitergeleitet wird. Ähnliche Regelungen bestehen auch in anderen Ländern. Auch in Deutschland werden Forderungen nach Einführung einer privatautonomem Scheidung erhoben.

Der Kongress verfolgt das Ziel, aus Anlass der neuen Entwicklungen den derzeitigen Stand des europäischen Scheidungsrechts rechtsvergleichend in den Blick zu nehmen. Dabei stehen das Recht der Scheidungsgründe und das Scheidungsverfahren, insbesondere die Frage der obligatorischen richterlichen Mitwirkung im Mittelpunkt. Zu thematisieren ist aber auch das Recht der Scheidungsfolgen, das mit der Formulierung der Scheidungsgründe in engem Zusammenhang steht. Das staatliche Scheidungsrecht verfolgt üblicherweise auch das Ziel, eine gerechte Regelung der ökonomischen Scheidungsfolgen (Unterhalt, Vermögensausgleich, Familienheim) zu bieten und das Wohl der betreuungsbedürftigen Kinder zu wahren. Unter diesen Aspekten ist entscheidend, wie sich Scheidungsgründe und Scheidungsverfahren zu diesen Zielsetzungen jeweils verhalten. Insbesondere ist zu fragen, welche Verknüpfungen zwischen Scheidungsgründen und Scheidungsfolgen jeweils bestehen und inwieweit die Scheidungsfolgen Thema des Scheidungsprozederes – sei es mit oder ohne gerichtlicher Mitwirkung – sind oder werden können.

#### Tagungsprogramm

Donnerstag, 6. Oktober 2016

- 14.00 Begrüßung und Einführung
- 14.15 Einleitung: Wie kommt die Ehe zum Gericht? (*Dieter Schwab*)
- 14.45 Der Stand des deutschen Scheidungsrechts (*Anatol Dutta*)
- 15.15 Einvernehmliche Scheidung in Deutschland aus notarieller Sicht (*Markus Buschbaum*)
- 16.45 Länderbericht Österreich (*Susanne Ferrari*)
- 17.15 Länderbericht Schweiz (*Regina Aebi-Müller*)
- 20.00 Gemeinsames Abendessen (gesonderte Anmeldung erforderlich)

#### Freitag, 7. Oktober 2016

- 9.00 Länderbericht Italien (*Salvatore Patti*)
- 9.30 Länderbericht Spanien (*Josep Ferrer Riba*)
- 11.00 Länderbericht Frankreich (*Frédérique Ferrand*)
- 11.30 Länderbericht Belgien (*Walter Pintens*)
- 12.00 Länderbericht Niederlande (*Willem Broomhaar*)
- 14.00 Länderbericht Polen (*Błażej Bugajski*)
- 14.30 Länderbericht Tschechien (*Lenka Westphálova*)
- 16.00 Länderbericht Norwegen (*Anneken Sperr*)
- 16.30 Länderbericht Slowenien (*Barbara Novak*)

#### Samstag, 8. Oktober 2016

- 9.00 Länderbericht Vereinigtes Königreich (*Jens Scherpe*)
- 9.30 Das Scheidungsrecht in islamischen Ländern (*Nadjma Yassari*)
- 11.00 Neue Entwicklungen im Scheidungsrecht als Herausforderung für das Internationale Privatrecht (*Tobias Helms*)
- 12.00 Schlussbetrachtung (*Dieter Henrich*)

#### Tagungsleitung:

- Prof. Dr. *Anatol Dutta*
- Prof. Dr. Dr. h.c. *Dieter Schwab*
- Prof. Dr. Dr. h.c. *Peter Gottwald*
- Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Dieter Henrich*
- Prof. Dr. *Martin Löhnig*

**Tagungsbeitrag:** 120,00 €

#### Anmeldung/Kontakt:

lehrstuhl.dutta@ur.de, Tel. 0941 943 2281,  
Fax 0941 943 4980 (Frau Krämer-Eul)

**General Council of spanish Notaries in association with portuguese, french and german notaries**  
**Implementation of the European Regulation on Succession Mortis Causa**  
**Europe for Notaries and Notaries for Europe**

Friday, 7 October 2016

Colegio Mayor del Arzobispo Fonseca o de los Irlandeses (Sala de las Pinturas), Universidad de Salamanca

Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession applies to the succession of persons deceased after 17 August 2015, without prejudice to its transient effects as regards the choice of applicable law and mortis causa provisions under the terms established in the same regulation.

In the months that have passed since its implementation, along with the Implementing Regulation (EU) No 1329/2014, new issues have arisen, the study of which this seminar is dedicated to. An essential milestone is the future implementation through the enhanced cooperation of Regulations on the settlement of matrimonial property regimes and registered partnerships' property, as well as the appropriate analysis of the scope of the Regulation. The publication of the Aberdeen Report on the effectiveness of the notarial instrument in Europe is also under analysis, as is evidence in foreign Succession Law. At the level of jurisdiction, the status of Spanish notaries as a Court needs to be made compatible with the rules of Chapter II and, in general, requires solutions in various aspects of non-contentious successions, insufficiently provided for by the Regulation. The final part of the seminar is dedicated to practical problems and efficiency in the public registers of European Certificates of Succession.

In short, new problems arising from the implementation, beyond theory, of a particularly important regulation for European citizens, which European notaries must play an essential role in solving.

**Coordination:** *Ana Fernández-Tresguerres García*, Notary of Madrid, Delegate of the Ministry of Justice in the Council of the European Union.

**Provisional Programme:**

Module 1: Applicable Law – Some Issues regarding its Scope

1. Special successions and exclusions from the scope of the Regulation
2. Succession and settlement of matrimonial property upon death and registered partnerships

Module 2: Jurisdiction: Bridges in non-contentious Successions

1. Covenants on jurisdiction and *professio iuris*
2. Forums on the liability for the succession (Benefit of inventory. Waiver. The contesting of the succession)

Module 3: Acceptance and Execution of public Documents. Effectiveness in the State of Receipt

1. Types of public documents and their effectiveness under the Regulation
2. Pleading and evidence in foreign Law

Module 4: European Certificate of Succession (its Issuance and Validity)

1. Competence to issue
2. Validity of the certificate (in particular, land registers)

Module 5: Good Practices. Case Studies (will be distributed in advance)

**Participants:** Notaries

**Admission:** Free

**Languages:** Simultaneous interpretation in Spanish, Portuguese, French and English.

**Registration/Contact:**

internacional@notariado.org,

Tel. 0034 91 308 72 32 (Carla Rodríguez-Spiteri,

International Section of the General Council of Notaries)

## 11. Regensburger Immobilienrechtstag in Kooperation mit der ZfIR

### Aktuelle Probleme bei Immobiliengeschäften

Freitag, 14. Oktober 2016 (9.00 bis 16.00 Uhr)

Gebäude Recht und Wirtschaft (RW-S) der Universität Regensburg – 1. OG, Hörsaal H 13

#### Programm:

Bürgerenergie zwischen Energiewende und Kapitalmarktregulierung (Rechtsanwalt Dr. *Florian Wintermeier*, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Kanzlei Dr. Kalsbach & Dr. Buchfink Partnergesellschaft mbB, Schwandorf)

Mietervorkaufsrecht – Vorkaufsfall, Ausübung und Vereitelung (Rechtsanwalt Dr. *Rainer Burbulla*, Partner der Kanzlei Grooterhorst & Partner, Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf)

Erbbaurecht und Dienstbarkeiten – Sichere Vertragsgestaltung für Dienstbarkeitsberechtigte sowie Grundstückseigentümer (Rechtsanwalt und Notar a. D. Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech)

Schrottimmobilien – Mehrheitliche Umwandlung beim Wohnungseigentum? (Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Notar Regen/Zwiesel)

Aktuelle Rechtsprechung zur Verkäuferhaftung beim Immobilienverkauf (Prof. Dr. *Johanna Schmidt-Räntsch*, Richterin am BGH)

Tagungsbeitrag: 165,00 €

Kontakt/Anmeldung bis 30. September 2016:

Lehrstuhl.Servatius@jura.uni-regensburg.de,

Tel. 0941 943 2297, Fax 0941 943 1969

(Frau Rosemarie Kandlbinder, Lehrstuhl Prof. Dr. Wolfgang Servatius für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht der Universität Regensburg)

## Podiumsdiskussion der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

### Die Neuregelung des Erbschaftssteuerrechts

Mittwoch, 9. November 2016, 16.30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

#### Referenten:

Professor Dr. Dres. h.c. *Paul Kirchhof*, Universität Heidelberg

Professor Dr. *Oliver Lepsius*, LL.M. (Chicago), Universität Bayreuth

**Moderation:** Professor Dr. *Martin Burgi*, Ludwig-Maximilians-Universität München

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de, Tel. 089 2180 1420, Fax: 089 2180 13981

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).



---

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller  
Notarassessor David Sommer

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](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).

### Veranstaltungen des DAI

1. Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis  
(*Wegerhoff*)  
7.9.2016 in Heusenstamm
2. Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen  
(*Tondorf*)  
14.9.2016 in Kiel
3. Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis  
(*Crezelius/Heckschen/Kössinger/Weber*)  
16.9.2016 in Hamburg
4. Aktuelle Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr  
(*Büttner/Seebach*)  
21.9.2016 in Heusenstamm  
6.10.2016 in Bochum
5. Aktuelle Entwicklungen im notariellen Kostenrecht  
(*Neie/Tiedtke*)  
23.9.2016 in Ulm  
14.10.2016 in Karlsruhe
6. Intensivkurs WEG  
(*Rapp/Weber*)  
23.–24.9.2016 in Bochum
7. Intensivkurs Kostenrecht  
(*Fackelmann/Tiedtke*)  
26.–27.9.2016 in Bochum  
7.–8.10.2016 in Köln
8. 14. Jahresarbeitsstagung des Notariats  
(*u.a. Bastyl/Frenz/Heckschen/Keim/Kesseler/Piegsa/Wälzholz/Weber*)  
29.9.–1.10.2016 in Berlin
9. Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht in der notariellen Praxis  
(*Wälzholz*)  
1.10.2016 in Bochum
10. Update Grundstückskaufvertrag  
(*Krauß*)  
7.10.2016 in Kassel  
8.10.2016 in Berlin
11. Vorbereitung und Abwicklung nachlassgerichtlicher Erklärungen und Urkunden  
(*Tondorf*)  
11.10.2016 in Heusenstamm
12. Workshop: Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich  
(*Klein/Kühnelt*)  
12.10.2016 in Kiel
13. Bilanzkunde für Notare  
(*Graf von Kanitz/Spiegelberger*)  
15.10.2016 in Heusenstamm
14. Aktuelle Fragen zum GNotKG  
(*Schmidt/Tondorf*)  
26.10.2016 in Oldenburg
15. Die Entwicklung des Ehevertragsrechts  
(*Reetz*)  
29.10.2016 in Heusenstamm

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

**Neuerscheinungen**

1. Boruttau: Grunderwerbsteuergesetz. 18. Aufl., Beck, 2016. 896 S., 129 €
2. Eylmann/Vaasen (Hrsg.): Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz. 4. Aufl., Beck, 2016. 1741 S., 169 €
3. Groß: Der Mediatorvertrag. 2. Aufl., Fachmedien Recht und Wirtschaft in Deutscher Fachverlag GmbH, 2016. 32 S., 24,90 €
4. Guillod: Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten. Nomos, 2016. 26 S., 79 €
5. Haarmeyer/Hintzen: Zwangsverwaltung. 6. Aufl., Beck, 2016. 650 S., 99 €
6. Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht. 3. Aufl., Beck, 2016. 2895 S., 289 €
7. Hintzen/Engels/Rellermeyer: ZVG – Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 15. Aufl., Giesecking, 2016. 1746 S., 139,80 €
8. Horndasch: NotarFormulare Kindschaftsrecht. Deutscher Notarverlag, 2016. 720 S., 99 €
9. Klingebiel/Rasche/Krause: Umwandlungssteuerrecht. 4. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2016. 782 S., 59,95 €
10. Krüger/Hertel: Der Grundstückskauf. 11. Aufl., RWS, 2016. 450 S., 70 €
11. Löwe: Familienstiftung und Nachfolgegestaltung. 2. Aufl., Beck, 2016. 348 S., 99 €
12. Lutter/Hommelhoff (Hrsg.): GmbH-Gesetz. 19. Aufl., Schmidt, 2016. 2000 S., 129 €
13. Müller: Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht. 3. Aufl., Beck, 2016. 1396 S., 149 €
14. Renner/Otto/Heinze (Hrsg.): Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar. 2. Aufl., Heymanns, 2016. 1492 S., 149 €
15. Saenger/Inhester (Hrsg.): GmbHG. 3. Aufl., Nomos, 2016. 1844 S., 124 €
16. Schmidt (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band 2: §§ 105-160, 4. Aufl., Beck, 2016. 1076 S., 209 €
17. Schmitt/Hörtnagl/Stratz: UmwG, UmwStG. 7. Aufl., Beck, 2016. 2186 S., 189 €
18. Schulte-Bunert/Weinreich (Hrsg.): FamFG Kommentar. 5. Aufl., Luchterhand, 2016. 2388 S., 149 €
19. Schwedhelm (Hrsg.): Die Unternehmensumwandlung. 8. Aufl., Schmidt, 2016. 544 S., 99 €
20. Staudinger: Einleitung zur Rom I-VO; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1). 16. Aufl., Sellier-de Gruyter, 2016. 854 S., 319 €
21. Staudinger: EGBGB/IPR; Art 11-29 Rom I-VO; Art 46 b, c EGBGB (Internationales Vertragsrecht 2). 16. Aufl., Sellier-de Gruyter, 2016. 848 S., 279 €
22. Staudinger: Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse. §§ 613a-619a (Dienstvertragsrecht 2). 16. Aufl., Sellier-de Gruyter, 2016. 720 S., 249 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F