

# MittBayNot

Begründet 1864

## 4|2017

Juli/August 2017

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:

Claudius Eschwey,  
Notarassessor

David Sommer,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Attenberger:** § 378 Abs. 3 FamFG n. F. und § 15 Abs. 3 GBO n. F. – Notarielle Prüfung auf Eintragungsfähigkeit als Eintragungsvoraussetzung im Register- und Grundbuchverfahren und ausschließliche Einreichung über den Notar im Handelsregisterverfahren . . . . . 335
- **Weigl:** Update zu Patientenverfügungen – zugleich Anmerkung zu BGH . . . . . 346
- **Ziegler:** Steuerfreiheit von Familienheimen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht . . . . . 354

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Goslich** zu **BGH:** Sachmangel eines möglicherweise erheblich schadstoffbelasteten Grundstücks . . . . . 366
- **Volmer** zu **KG:** Generalvollmachten genügen zur Auflassung an GbR . . . . . 369
- **Blank** zu **LG München I:** AGB-Kontrolle eines Bauträgervertrages in Bezug auf die Übergabeverpflichtung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung . . . . . 373
- **Everts** zu **BGH, OLG München** und **KG:** Erlöschen von Vorkaufsrechten . . . . . 379
- **Reymann** zu **OLG München:** Eintragung der Abtretung eines im Grundbuch vormerkungsgesicherten Anspruchs auf Eintragung eines „Photovoltaikanlagenrechts“ . . . . . 384
- **S. Braun** zu **BVerfG:** Notarielles Nachlassverzeichnis muss vom Notar selbst aufgrund eigener Ermittlungen erstellt werden . . . . . 401
- **Sammet** zu **BGH:** Zur Anfechtung der Annahme einer Erbschaft berechtigender Irrtum . . . . . 405
- **M. Bernauer** zu **BGH** und **OLG München:** Beginn der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei Wohnrecht . . . . . 410
- **Ulrici** zu **BGH:** Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bei einer verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge und deren Nachweis . . . . 420
- **Tiedtke** zu **OLG Nürnberg:** Landwirtschaftliches Kostenprivileg bei familieninterner Verpachtung des überlassenen Betriebes . . . . . 427

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München  
Telefon: (089) 551660  
Telefax: (089) 55166234  
E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de)  
Internet: <http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

### 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:

Notarassessor Claudius Eschwey,  
Notarassessor David Sommer

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2017

## AUFSÄTZE 335

**Attenberger:** 378 Abs. 3 FamFG n. F. und § 15 Abs. 3 GBO n. F. – Notarielle Prüfung auf Eintragungsfähigkeit als Eintragungsvoraussetzung im Register- und Grundbuchverfahren und ausschließliche Einreichung über den Notar im Handelsregisterverfahren 335

**Weigl:** Update zu Patientenverfügungen – zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des BGH vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, und vom 8.2.2017, XII ZB 604/15 346

**Ziegler:** Steuerfreiheit von Familienheimen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht 354

## BUCHBESPRECHUNGEN 357

**Bergschneider:** Familienvermögensrecht (**Struck**) 357

**Dutta/Weber:** Internationales Erbrecht (**Odersky**) 358

**Fell:** Die GmbH-Gesellschafterliste – Von Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen (**Gutfried**) 359

**Hausmann/Odersky:** Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis (**Raff**) 362

## RECHTSPRECHUNG 363

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

- Mängelrechte nach § 634 BGB bestehen grundsätzlich erst nach der Abnahme (BGH, Urteil vom 19.1.2017, VII ZR 301/13 – Ls.) 363
- Sachmangel eines möglicherweise erheblich schadstoffbelasteten Grundstücks (BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15) 363  
mit Anmerkung **Goslich** 366
- Schadensersatz bei verzögerter Zustimmung des vormerkungswidrig Eingetragenen (BGH, Urteil vom 4.12.2015, V ZR 202/14 – Ls.) 368

- Generalvollmachten genügen zur Auflassung an GbR (KG, Beschluss vom 17.11.2016, 1 W 562/16) 368  
mit Anmerkung **Volmer** 369

- AGB-Kontrolle eines Bauträgervertrages in Bezug auf die Übergabeverpflichtung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung (LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16) 371  
mit Anmerkung **Blank** 373

#### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

- Kein Erlöschen eines Vorkaufsrechtes nach der Teilungsversteigerung (BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 43/15) 374  
vgl. Anmerkung **Everts** zu nachstehender Entscheidung Nr. 8

- Kein Erlöschen eines Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall, für den es nach den gesetzlichen Bestimmungen überhaupt ausgeübt werden kann“ in der Zwangsversteigerung (OLG München, Beschluss vom 11.5.2016, 34 Wx 61/16) 376  
vgl. Anmerkung **Everts** zu nachstehender Entscheidung Nr. 8

- Löschung eines Vorkaufsrechts an Miteigentumsanteil nach Veräußerung an einen Miteigentümer (KG, Beschluss vom 19.4.2016, 1 W 1006/15) 378  
mit Anmerkung **Everts** 379  
(zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 43/15, und OLG München, Beschluss vom 11.5.2016, 34 Wx 61/16, vorstehende Entscheidungen Nr. 6 und 7)

- Eintragung der Abtretung eines im Grundbuch vormerkungsgesicherten Anspruchs auf Eintragung eines „Photovoltaikanlagenrechts“ (OLG München, Beschluss vom 23.1.2017, 34 Wx 434/16) 382  
mit Anmerkung **Reymann** 384

#### FAMILIENRECHT

- Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (BGH, Beschluss vom 8.2.2017, XII ZB 604/15) 386

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2017

11. Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (BGH, Beschluss vom 6.7.2016, XII ZB 61/16)	391		
12. Erforderlichkeit einer Betreuung bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 19.10.2016, XII ZB 289/16 – Ls.)	398		
13. Wirksamkeit eines vereinbarten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs bei Sozialhilfebedürftigkeit (OLG Nürnberg, Beschluss vom 7.12.2015, 7 UF 1117/15)	398		
<b>ERBRECHT</b>			
14. Notarielles Nachlassverzeichnis muss vom Notar selbst aufgrund eigener Ermittlungen erstellt werden (BVerfG, Beschluss vom 25.4.2016, 1 BvR 2423/14)	400		
mit Anmerkung <b>S. Braun</b>	401		
15. Zur Anfechtung der Annahme einer Erbschaft berechtigender Irrtum (BGH, Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 387/15)	402		
mit Anmerkung <b>Sammet</b>	405		
16. Beginn der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei Wohnrecht (BGH, Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 474/15)	408		
mit Anmerkung <b>M. Bernauer</b>	410		
(zugleich Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 14.7.2016, 23 U 363/16, nachstehende Entscheidung Nr. 17)			
17. Kein Beginn der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei Wohnrecht an gesamter Wohnung (OLG München, Urteil vom 14.7.2016, 23 U 363/16)	411		
<b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>			
18. Fortsetzung einer GmbH & Co. KG mit gesellschaftsvertraglich beschränkter Nachfolgeklausel bei Verschmelzung zur Aufnahme der Komplementärin auf neue Gesellschaft (OLG Nürnberg, Beschluss vom 27.3.2017, 12 W 2197/16)	413		
19. Bewertung der Sachkapitaleinlage bei Verschmelzung mit Kapitalerhöhung nach § 55 Abs. 1 UmwG (OLG Rostock, Beschluss vom 19.5.2016, 1 W 4/15)	414		
<b>Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht</b>			
20. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bei einer verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge und deren Nachweis (BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 174/15)	417		
mit Anmerkung <b>Ulrici</b>	420		
<b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>			
21. Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit eines notariellen Vertrages (BGH, Urteil vom 10.6.2016, V ZR 295/14 – Ls.)	422		
<b>Kostenrecht</b>			
22. Landwirtschaftliches Kostenprivileg bei familieninterner Verpachtung des überlassenen Betriebes (OLG Nürnberg, Beschluss vom 1.2.2017, 8 W 2148/16)	422		
mit Anmerkung <b>Tiedtke</b>	427		
<b>Öffentliches Recht</b>			
23. Einrede nach § 529 Abs. 2 BGB bei selbst verschuldeter Notlage des Beschenkten (OLG Köln, Urteil vom 2.12.2016, 1 U 21/16)	429		
<b>Steuerrecht</b>			
24. Keine Ersatzerbschaftsteuer bei einer nichtrechtsfähigen Stiftung (BFH, Urteil vom 25.1.2017, II R 26/16)	433		
25. Gegenleistung für GmbH-Anteilsabtretung durch Abtretung einer Forderung (BFH, Urteil vom 6.12.2016, IX R 7/16)	435		
<b>SONSTIGES</b>			<b>437</b>
<b>Tagungsbericht</b>			437
<b>Fußeder:</b> Die Rechtsprobleme der künstlichen Befruchtung			
<b>Veranstaltungshinweise</b>			440
<b>Veranstaltungen des DAI</b>			441
<b>Neuerscheinungen</b>			442
<b>STANDESNACHRICHTEN</b>			<b>443</b>

## AUFSÄTZE

# § 378 Abs. 3 FamFG n. F. und § 15 Abs. 3 GBO n. F. – Notarielle Prüfung auf Eintragungsfähigkeit als Eintragungsvoraussetzung im Register- und Grund- buchverfahren und ausschließliche Einreichung über den Notar im Handelsregisterverfahren

Von Notarassessor Johannes **Attenberger**, München

Am 8.6.2017 ist das „Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer sowie zur Änderung weiterer Gesetze“ im Bundesgesetzblatt<sup>1</sup> verkündet worden. Während sich die notarielle Praxis mit den gestuft in Kraft tretenden Regelungen zum Elektronischen Urkundenarchiv erst mittelfristig wird auseinandersetzen müssen, enthält das Gesetz daneben Änderungen des FamFG sowie der GBO, die bereits am Tag nach der Verkündung in Kraft getreten sind.<sup>2</sup> Dabei handelt es sich insbesondere um die Einführung einer verpflichtenden Prüfung auf Eintragungsfähigkeit durch den Notar als justizielle Zuständigkeit und Eintragungsvoraussetzung im Handels-, Vereins- und Güterrechtsregisterverfahren sowie im Grundbuchverfahren. Weiterhin sind Anmeldungen in Handelsregistersachen künftig ausschließlich über den Notar einzureichen.

Das Regelungskonzept zur Prüfung der Eintragungsfähigkeit durch den Notar wurde auf Initiative der Bundesländer im Wege einer Stellungnahme des Bundesrates<sup>3</sup> in das Gesetzgebungsverfahren zum Elektronischen Urkundenarchiv<sup>4</sup> eingebracht, sodass insbesondere die Gesetzesbegründung des Bundesrates eine ausführliche Darstellung der Neuregelungen enthält. Der Bundesratsvorschlag wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren vom Rechtsausschuss des Bundestages

unter Verweisung auf die in der Stellungnahme des Bundesrates enthaltene Gesetzesbegründung dem Bundestag weitestgehend unverändert zur Annahme empfohlen<sup>5</sup> und vom Deutschen Bundestag am 23.3.2017 mit den Stimmen aller Fraktionen beschlossen.<sup>6</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint insbesondere eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Gesetzesbegründung – und hier insbesondere mit der Stellungnahme des Bundesrates – für das Verständnis der Neuregelungen lohnend. Im Übrigen wird nachfolgend an entsprechender Stelle auch auf die ausführlichen Hinweise im Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 5/2017 „Notarielle Prüf- und Einreichungspflichten im Grundbuch- und Registerverkehr“ vom 23.5.2017<sup>7</sup> eingegangen.

### I. Notarielle Eintragungsfähigkeitsprüfung als Eintragungsvoraussetzung im Register- und Grundbuchverfahren (§ 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG, § 15 Abs. 3 GBO)

§ 378 FamFG erhält mit „Vertretung; notarielle Zuständigkeit; Verordnungsermächtigung“ zunächst eine neue amtliche Überschrift und wird des Weiteren um einen Abs. 3 ergänzt, dessen Satz 1 künftig lautet:

„(3) Anmeldungen in Registersachen mit Ausnahme der Genossenschafts- und Partnerschaftsregistersachen sind vor ihrer Einreichung für das Registergericht von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen.“

1 BGBl. I 2017, S. 1396.

2 Siehe Art. 4 bzgl. der Änderungen zum FamFG, Art. 5 bzgl. der Änderungen zur GBO und Art. 6 bzgl. der Folgeänderungen im GNotKG sowie Art. 11 Abs. 2 Nr. 3 und 4 zum Inkrafttreten dieser Regelungen am Tag nach der Verkündung.

3 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 602/16 (Beschluss) vom 25.11.16 (nachfolgend „BR-Drucks. 602/16 (B)“); ebenfalls abgedruckt in BT-Drucks. 18/10607 als Anlage 3, S. 101 ff., wobei nachfolgend direkt aus der BR-Drucks. 602/16 (B) zitiert wird.

4 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/10607 vom 9.12.2016, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK.

5 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/10607, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK, BT-Drucks. 18/11636 vom 22.3.2017 (nachfolgend „Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11636“).

6 Plenarprotokoll 18/225 der 225. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 23.3.2017, Tagesordnungspunkt 35a.

7 Veröffentlicht auf der Internetseite der BNotK unter „Aufgaben und Tätigkeiten/Rundschreiben“ (nachfolgend „Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017“).

§ 15 GBO wird ebenfalls ein neuer Abs. 3 angefügt:

„(3) Die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen sind vor ihrer Einreichung für das Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen. Dies gilt nicht, wenn die Erklärung von einer öffentlichen Behörde abgegeben wird.“

Damit ordnet der Gesetzgeber zum einen eine Prüfungsregisterverfahrens des Notars im Handels-, Vereins- und Güterrechtsregisterverfahren (§ 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG) sowie im Grundbuchverfahren (§ 15 Abs. 3 GBO) an (nachfolgend 1.). Komplementär zur Prüfungspflicht des Notars bestimmt der Gesetzgeber zum anderen, dass diese Prüfung durch den Notar zugleich als Verfahrensvorschrift formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren ist (nachfolgend 2.). Die Änderungen betreffen damit die notarielle Praxis ebenso wie die Praxis der Registergerichte und Grundbuchämter.

## 1. Eintragungsfähigkeitsprüfung: Die Prüfungspflicht des Notars im Einzelnen

### a) Systematische Einordnung

Bevor in die Untersuchung der einzelnen Tatbestandsmerkmale eingestiegen wird, stellt sich zunächst die allgemeine Frage nach der systematischen Einordnung der Eintragungsfähigkeitsprüfung nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO in die bisherige Gesetzessystematik. Wie eingangs bereits erwähnt ist diesbezüglich insbesondere die ausführliche Gesetzesbegründung des Bundesrates, auf die auch der Rechtsausschuss des Bundestages in seiner Beschlussempfehlung mehrfach verweist<sup>8</sup>, aufschlussreich.

Zu § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG:

„Die Überprüfung von Anmeldungen in Registersachen auf Grundlage der dem Notar zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel wird mit dem vorgeschlagenen § 378 Abs. 3 FamFG nunmehr unabhängig von der Beurkundung oder Beglaubigung ausdrücklich als notarielle Amtspflicht und registerrechtliche Verfahrensvorschrift geregelt. Die Formulierung ‚für das Registergericht‘ stellt klar, dass der Notar lediglich gegenüber dem zuständigen Registergericht verpflichtet ist, dafür Sorge zu tragen, dass nur sachgerecht abgefasste Anmeldungen beim Registergericht eingereicht werden (...). Es handelt sich also ausschließlich um eine Prüfung im öffentlichen Interesse, nicht auch zugunsten der Beteiligten oder anderer Dritter. Deren Schutz ist von der Prüfungspflicht des Notars weder bezweckt noch mitbezweckt. (...) Als Verfahrensvorschrift ist der vorgeschlagene § 378 Abs. 3 FamFG zugleich formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren.“<sup>9</sup>

Und zu § 15 Abs. 3 GBO:

„Wie dort [Anm. d. Verf.: im Registerverfahren] wird die Überprüfung von zur Eintragung erforderlichen Erklärungen mit dem vorgeschlagenen § 15 Abs. 3 GBO unabhängig von der Beurkundung oder Beglaubigung aus-

drücklich als öffentliche beziehungsweise justizielle Amtspflicht und Zuständigkeit des Notars geregelt. (...) Als Verfahrensvorschrift ist der vorgeschlagene § 15 Abs. 3 GBO zugleich formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren.“<sup>10</sup>

Die Gesetzesbegründung zeigt damit die allgemeine systematische Einordnung der Eintragungsfähigkeitsprüfung auf:

1. Die Eintragungsfähigkeitsprüfung ist unabhängig von Beurkundung und Beglaubigung; Bislang ergab sich die Einbindung des Notars in das Register- und Grundbuchverfahren lediglich mittelbar über Formvorschriften.<sup>11</sup> Die durch § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO vorgesehene Prüfung der Eintragungsfähigkeit ist dagegen unabhängig von Formvorschriften, sodass damit die Einbindung des Notars in das Register- und Grundbuchverfahren parallel zur Einbindung über Formvorschriften nunmehr ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben ist.
2. Die Eintragungsfähigkeitsprüfung erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse. Die Prüfungspflicht ist eine justizielle Amtspflicht des Notars. Die Formulierung „für das Registergericht“ bzw. „für das Grundbuchamt“ im Wortlaut der Regelung stellt klar, dass die Prüfungspflicht des Notars nur gegenüber dem zuständigen Registergericht bzw. Grundbuchamt besteht. Die Prüfung erfolgt insofern nicht zugunsten der Beteiligten oder anderer Dritter. Deren Schutz ist von der Prüfungspflicht des Notars weder bezweckt noch mitbezweckt, sodass eine Haftung gegenüber Beteiligten nach § 19 BNotO von vorneherein nicht in Betracht kommt.
3. Die Eintragungsfähigkeitsprüfung ist eine register- bzw. grundbuchrechtliche Verfahrensvorschrift. Die Durchführung der Prüfung durch den Notar ist – wie der Antrag auf Eintragung selbst – formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren, bei deren Fehlen eine Eintragung nicht erfolgen kann. Insofern ist die Durchführung der Prüfung dem Registergericht bzw. Grundbuchamt als Verfahrensvorschrift und damit Eintragungsvoraussetzung entsprechend nachzuweisen.

<sup>10</sup> BR-Drucks. 602/16 (B), S. 16 f.

<sup>11</sup> Die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 602/16 (B), spricht hierzu auf S. 15 unter „Zielsetzung“ davon, dass „Öffentliche Register (...) ebenso wie das Grundbuch im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs die Verlautbarung der maßgeblichen Rechtsverhältnisse (Publizitätsfunktion) [bezwecken]. Zugleich kommt ihnen eine Schutz- und Vertrauensfunktion zu (Gutgläubensfunktion). Diese Funktionen setzen die Richtigkeit und Verlässlichkeit der Eintragungen voraus. Um dies zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber neben der Prüfung durch Registergericht und Grundbuchamt den Notar in das Eintragungsverfahren eingeschaltet (...): Anmeldungen zu den Registern im Sinne des § 374 FamFG (Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister) sind in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (§ 12 Abs. 1 HGB; § 157 GenG; § 5 Abs. 2 PartGG; § 77 BGB; § 1560 BGB). Dasselbe gilt für den Zugang zum Grundbuch, für den die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen sind (§ 29 GBO).“

<sup>8</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11636, S. 13 f.

<sup>9</sup> BR-Drucks. 602/16 (B), S. 14 f.

b) Anmeldungen in Registersachen mit Ausnahme der Genossenschafts- und Partnerschaftsregistersachen (§ 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG)

Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bezieht sich auf Anmeldungen zum Handels-, Vereins- und Güterrechtsregister. Nicht umfasst sind dagegen Anmeldungen zum Genossenschafts- und Partnerschaftsregister.<sup>12</sup> Da § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG von „Anmeldungen“ spricht, sind Dokumente, die lediglich zu einem Register „einzureichen“ bzw. einer Anmeldung „beizufügen“ sind, vom Anwendungsbereich nicht erfasst. Damit bezieht sich die Prüfung beispielsweise insbesondere nicht auf die GmbH-Gesellschafterliste (als Fall des § 12 Abs. 2 HGB) oder im Vereinsregisterrecht auf die Beifügung des satzungsändernden Beschlusses und des Wortlauts der Satzung des Vereins nach § 71 Abs. 1 Satz 3 BGB.<sup>13</sup>

c) Die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen (§ 15 Abs. 3 GBO)

Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach § 15 Abs. 3 GBO bezieht sich auf „die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen“. Damit nimmt die Vorschrift den Wortlaut des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO in Bezug, sodass der Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO mit demjenigen des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO übereinstimmen dürfte.<sup>14</sup> Erfasst sind damit insbesondere Bewilligungen und Eigentümerzustimmungen. Ebenso dürfte die Verwalterzustimmung nach § 12 WEG als sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärung eingeschlossen sein.

Die Prüfung bezieht sich dagegen (im Gegensatz zu § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG) nicht auf Anträge nach § 13 GBO, sodass die Eintragungsfähigkeitsprüfung als Eintragungsvoraussetzung für diese nicht gilt. Soweit ausschließlich Anträge gestellt werden und keine „zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen“ (wie Bewilligungen oder Eigentümerzustimmungen) enthalten sind, können Anträge somit nach wie vor direkt von den Beteiligten beim Grundbuchamt gestellt werden. Eine Eintragungsfähigkeitsprüfung durch den Notar als Eintragungsvoraussetzung ist in diesem Fall nicht erforderlich. Dies gilt beispielsweise für den reinen Antrag auf Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis durch Vorlage eines Erbscheins. Sog. gemischte Anträge (beispielsweise auf Vereinigung zweier Grundstücke nach § 5 GBO) dürften in ihrem Erklärungsteil hingegen unter die Prüfpflicht fallen.<sup>15</sup>

§ 15 Abs. 3 Satz 2 GBO nimmt weiterhin Erklärungen, die von einer öffentlichen Behörde abgegeben werden, von der Eintragungsfähigkeitsprüfung aus. Dies dürfte insbesondere die Fälle des § 29 Abs. 3 GBO umfassen. Als Beispiele werden

12 Die Herausnahme der Genossenschafts- und Partnerschaftsregister aus dem Anwendungsbereich des § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG vermag mangels echter Differenzierungsgründe nicht zu überzeugen. Im ursprünglichen Regelungsvorschlag des Bundesrates war eine solche Ausnahme nicht vorgesehen, sondern bezog sich die Eintragungsfähigkeitsprüfung einheitlich auf Anmeldungen in allen Registersachen.

13 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 3.

14 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 3.

15 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 3.

von der Gesetzesbegründung in einer nicht abschließenden Aufzählung Finanzämter, Gemeinden, Vermessungsbehörden und öffentliche Sparkassen genannt. Dies erscheint insofern konsequent, als der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung mit der Eintragungsfähigkeitsprüfung an die derzeit bereits bestehende Praxis der „kursorischen Mitprüfung“ anlässlich einer Unterschriftsbeglaubigung anknüpfen wollte.<sup>16</sup> Diesem Gedanken würde es widersprechen, wenn für Erklärungen in einer öffentlichen Urkunde, die dem Notar eben gerade nicht anlässlich seiner Amtstätigkeit ohnehin vorgelegt werden, eine Eintragungsfähigkeitsprüfung als Eintragungsvoraussetzung erforderlich wäre, zumal dies in einer Vielzahl von Fällen (man denke nur an Löschungsbewilligungen der siegelführenden Sparkassen) zu zusätzlichen Kosten für die Eintragungsfähigkeitsprüfung führen würde.<sup>17</sup>

d) Prüfung auf Eintragungsfähigkeit

§ 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO sprechen jeweils von einer Prüfung „auf Eintragungsfähigkeit“. Eine nähere Konkretisierung dieser Eintragungsfähigkeitsprüfung findet sich im Wortlaut der Regelung selbst zwar nicht. Jedoch enthält die Gesetzesbegründung diesbezüglich aufschlussreiche Ausführungen:

Zu § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG:

„Mit der Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach dem vorgeschlagenen § 378 Abs. 3 FamFG prüft der Notar künftig auch in allen anderen Fällen [Anm. d. Verf.: gemeint sind die Fälle der Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf], ob sich aus der ihm vorliegenden Anmeldung selbst Eintragungshindernisse ergeben. Außerhalb der Anmeldung liegende Umstände sind nicht von der Prüfungspflicht des Notars umfasst. Dies ist die Aufgabe des Registergerichts. Ohne weiteren Auftrag der Beteiligten verpflichtet die Vorschrift den Notar deshalb insbesondere nicht zu einer Einsichtnahme in das Handelsregister, da eine solche auch mit weiteren Kosten verbunden wäre.“<sup>18</sup>

Parallele Ausführungen enthält die Begründung zu § 15 Abs. 3 GBO für das Grundbuchverfahren:

16 Die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 602/16 (B), S. 9 f., führt dazu aus: „§ 40 Abs. 2 BeurkG ordnet zwar nur an, dass der Notar die Urkunde bei einer Unterschriftsbeglaubigung grundsätzlich lediglich darauf zu prüfen hat, ob Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen“. Tatsächlich ist es aber schon heute überwiegend gängige Praxis, dass der Notar register- oder grundbuchrechtliche Erklärungen auch dann, wenn er sie nicht selbst entworfen hat, zumindest kursorisch prüft. Erkennt der Notar dabei rechtliche Hindernisse, die einer Eintragungsfähigkeit der vorgelegten Erklärungen entgegenstehen, wird er den Entwurf ändern oder ergänzen. Entwirft der Notar die Erklärung selbst, findet ohnehin eine umfassende Prüfung statt. In der Praxis kommt daher heute der Filter- und Entlastungsfunktion der notariellen Tätigkeit eine besondere Bedeutung zu: Durch die notarielle Vorabprüfung wird gewährleistet, dass Grundbuchämter und Registergerichte weitgehend rechtlich einwandfreie, sachgerecht formulierte und vollzugsfähige Anträge und Erklärungen erhalten.“

17 Aufgrund der in diesem Fall „isolierten“ Prüfung würde eine Prüfungsgebühr nach Nummer 22124 Nr. 2 KV-GNotKG anfallen, siehe zu den Gebühren noch nachfolgend unter III.

18 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15.

„Entsprechend den obigen Ausführungen zu dem vorgeschlagenen § 378 Abs. 3 FamFG sind außerhalb der Erklärung liegende Umstände, Eintragungsvoraussetzungen oder etwaige weitere Erklärungen nicht von der Prüfungspflicht des Notars umfasst. Dies ist Aufgabe des Grundbuchamts. Ohne weiteren Auftrag der Beteiligten hat deshalb insbesondere keine Grundbucheinsicht zu erfolgen, da eine solche auch mit weiteren Kosten verbunden wäre.“<sup>19</sup>

#### aa) Gegenstand und Inhalt der Prüfung

Damit definiert der Gesetzgeber zunächst den Gegenstand der Eintragungsfähigkeitsprüfung. Prüfungsgegenstand ist ausschließlich die Anmeldung selbst bzw. im Grundbuchverfahren die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung. Zu prüfen ist allein, ob sich aus der dem Notar vorliegenden Anmeldung bzw. Erklärung selbst ein Eintragungshindernis ergibt.<sup>20</sup>

Dies verdeutlicht auch nochmals die negative Abgrenzung in der Gesetzesbegründung, wonach außerhalb der Anmeldung bzw. Erklärung liegende Umstände nicht von der Prüfungspflicht des Notars umfasst sind. Solche außerhalb der Anmeldung bzw. Erklärung liegende Umstände sind zunächst weitere Erkenntnisquellen wie Register- und Grundbuchauszüge. Hier formuliert die Begründung ausdrücklich, dass für die Erfüllung der Prüfungspflicht kein Abgleich mit Register- oder Grundbuchauszügen erforderlich ist. Daraus ergeben sich zwingend folgende Einschränkungen und Konkretisierungen der Prüfungspflicht:<sup>21</sup>

Da die Einsichtnahme laut der Gesetzesbegründung nicht Teil der Prüfung ist, bezieht sich die Prüfungspflicht erstens nicht auf die in der Anmeldung bzw. Erklärung enthaltenen Angaben zu Grundbuch- bzw. Registereintragungen. Denn ohne Abgleich mit Register- oder Grundbuchauszügen ist eine solche Prüfung nicht möglich. Insofern handelt es sich lediglich um eine abstrakte Prüfung, die losgelöst ist von einem konkreten Grundbuchstand bzw. einer bestimmten Registereintragung. Dies bedeutet beispielsweise für das Grundbuchverfahren, dass die Erklärung eben nur aus sich heraus abstrakt und losgelöst von einem konkreten Grundbuchstand für eine Eintragung tauglich sein muss – ob sie es für die konkrete Blattstelle und dort für das konkrete Recht ist, ist nicht Gegenstand der Prüfung.

Zweitens kann sich die Prüfungspflicht weder im Register- noch im Grundbuchverfahrensrecht auf die Berechtigung (Verfügungs- bzw. Vertretungsmacht) der anmeldenden bzw. erklärenden Person beziehen. Dies gilt insbesondere auch für sämtliche Fragen der Stellvertretung. Denn von wem die Anmeldung bzw. Erklärung abzugeben ist, um eine Eintragung zu bewirken, kann ohne Einsicht in das Register bzw. Grundbuch nicht festgestellt werden. Darüber hinaus besteht stets die Möglichkeit, dass zur Eintragung die Erklärungen weiterer Personen

erforderlich sind, wobei sich die Frage, ob diese Erklärungen bereits vorliegen, den Erkenntnismöglichkeiten des Notars entzieht. Die Prüfungspflicht kann sich damit nur auf die Anmeldung bzw. Erklärung selbst beziehen – ohne Ansehung der erklärenden Person. Bildlich gesprochen endet die Prüfungspflicht damit vor der Unterschriftenzeile.

Und schließlich ist drittens von der Prüfungspflicht nicht umfasst, ob zusätzlich noch weitere Erklärungen oder Dokumente für die begehrte Eintragung erforderlich sind, so beispielsweise im Grundbuchverfahrensrecht, ob zur Eintragung noch die Bewilligungen weiterer Personen als Berechtigte erforderlich sind.

Aus diesen Einschränkungen folgt weiter, dass die Prüfung des Notars zu einem positiven Ergebnis gelangen kann, obwohl die geprüfte Anmeldung oder Erklärung die Eintragung nicht bewirken kann und das Registergericht bzw. Grundbuchamt den Antrag deshalb (vorerst) zurückweist. Insofern ergibt sich aus der Prüfungspflicht nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO für den Notar keine umfassende Verantwortung dafür, dass eine von ihm geprüfte Anmeldung bzw. Erklärung die Eintragung dann auch tatsächlich bewirken kann.<sup>22</sup>

Positiv formuliert ist Gegenstand der Eintragungsfähigkeitsprüfung, ob die Anmeldung bzw. Erklärung aus sich heraus abstrakt eintragungsfähig ist, also ob die Anmeldung bzw. Erklärung isoliert für sich betrachtet inhaltlich ihre Funktion im Eintragungsverfahren erfüllen kann. Der Notar prüft insofern insbesondere, ob die Anmeldung bzw. Erklärung rechtlich zutreffend formuliert ist.<sup>23</sup> Damit ist Gegenstand der Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO beispielsweise unter anderem, ob überhaupt eine bestimmte Blattstelle bezeichnet ist (dagegen nicht, ob es die richtige ist).

Diese Begrenzung und Konkretisierung der Eintragungsfähigkeitsprüfung erscheint vor dem Hintergrund der in der Gesetzesbegründung erklärten Zielsetzung einer ausdrücklichen gesetzlichen Verankerung der „Filter- und Entlastungsfunktion der notariellen Tätigkeit“<sup>24</sup> konsequent: Der Gesetzgeber spricht von der „Funktion des Notars als ‚externer Rechtsantragstelle des Gerichts‘ oder eines ‚Kommunikationsmittlers‘ zwischen den Registergerichten und Grundbuchämtern auf der einen und den Beteiligten auf der anderen Seite“.<sup>25</sup> Dem entspricht es, die Prüfung ausschließlich auf den Wortlaut der Erklärungen der Antragsteller zu beziehen und so die heute bereits bestehende entlastende und ordnende Funktion der notariellen Tätigkeit an der Schnittstelle zu den Registern und Grundbuchämtern über eine verbindliche Eintragungsfähigkeitsprüfung als „Zugangsvoraussetzung“ zu regeln.

#### bb) Keine Prüfung bzgl. Vollmachten und Genehmigungen

Aus diesen Konkretisierungen des Prüfungsgegenstandes in der Gesetzesbegründung ergibt sich weiterhin ein für die Praxis wichtiger Schluss bezüglich der Vertragsgestaltung mit Stellvertretern: Vollmachten und Genehmigungen sind vom Anwendungsbereich des § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw.

19 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 17.

20 Davon zu unterscheiden ist die inhaltliche Verantwortung des Notars gegenüber den Beteiligten in den Fällen, in denen der Notar die Anmeldung bzw. Erklärung entworfen hat oder sie aufgrund eines entsprechenden Prüfauftrags der Beteiligten prüft.

21 Wie nachfolgend auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 5.

22 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 5.

23 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 5.

24 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 10.

25 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 10.

§ 15 Abs. 3 GBO nicht umfasst und damit nicht Gegenstand der Prüfung. Denn die Prüfung bezieht sich – wie soeben ausgeführt – ausschließlich auf die abstrakte Erklärung ohne Ansehung der erklärenden Person. Dieser zu prüfende Erklärungstext ist aber in der Urkunde des die Anmeldung bzw. Erklärung abgebenden Stellvertreters enthalten, sodass ausschließlich diese Erklärung zu prüfen ist, nicht dagegen die Vollmacht bzw. Genehmigung des Vertretenen.<sup>26</sup>

e) Für das Registergericht bzw. für das Grundbuchamt

Die Eintragungsfähigkeitsprüfung erfolgt nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut „für das Registergericht“ bzw. „für das Grundbuchamt“. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass diese Formulierung vom Gesetzgeber bewusst gewählt wurde:

Zu § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG:

„Die Formulierung ‚für das Registergericht‘ stellt klar, dass der Notar nur gegenüber dem zuständigen Registergericht verpflichtet ist, dafür Sorge zu tragen, dass nur sachgerecht abgefasste Anmeldungen beim Registergericht eingereicht werden und zwar unabhängig davon, ob er die Anmeldung entworfen hat oder nicht. Es handelt sich also ausschließlich um eine Prüfung im öffentlichen Interesse, nicht auch zugunsten der Beteiligten oder anderer Dritter. Deren Schutz ist von der Prüfungspflicht des Notars weder bezweckt noch mitbezweckt.“<sup>27</sup>

Zu § 15 Abs. 3 GBO:

„Die Formulierung ‚für das Grundbuchamt‘ stellt auch hier klar, dass der Notar nur gegenüber dem Grundbuchamt nicht jedoch gegenüber den Beteiligten oder anderen Dritten verpflichtet ist, dafür Sorge zu tragen, dass nach den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln die Erklärung eintragungsfähig ist. Eine Verletzung der Prüfungspflicht führt daher auch bei dem vorgeschlagenen § 15 Abs. 3 GBO nicht zu einer Haftung nach § 19 BNotO.“<sup>28</sup>

Die Pflicht zur Prüfung der Eintragungsfähigkeit besteht demnach nicht gegenüber den Beteiligten, sondern ausschließlich gegenüber dem Registergericht bzw. dem Grundbuchamt. Eine Amtshaftung nach § 19 BNotO im Falle einer Verletzung der Prüfungspflicht scheidet damit von vornherein aus:

„Vor diesem Hintergrund führt eine Verletzung nicht zu Schadenersatzansprüchen nach § 19 BNotO, sondern stellt ein Dienstvergehen dar, das bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen im Wege des Disziplinarverfahrens

26 So auch das Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 3: „Eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift dürfte sich aus dem Gegenstand der Prüfungspflicht ergeben. Dieser besteht mit der Prüfung ‚auf Eintragungsfähigkeit‘ gerade in einer inhaltsbezogenen Prüfung (...). Danach dürfte die Vorschrift von vornherein nur auf solche Erklärungen anwendbar sein, aus denen sich unmittelbar selbst der Inhalt einer intendierten Eintragung ergibt. Genehmigungserklärungen und Vollmachten dürften daher vom Anwendungsbereich der Vorschrift von vornherein nicht erfasst sein, da sie nicht unmittelbar selbst den Inhalt einer intendierten Eintragung festlegen.“

27 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 14.

28 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 17.

nach §§ 95 ff. BNotO geahndet werden kann. Dies ergibt sich insbesondere auch bereits klar aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach die Prüfung ‚für das Registergericht‘ erfolgt und damit gerade keine ‚einem anderen gegenüber obliegende‘ Amtspflicht im Sinne des § 19 BNotO ist. Die Einhaltung der Amtspflicht aus dem vorgeschlagenen § 378 Abs. 3 FamFG wird darüber hinaus im Rahmen der regelmäßigen Amtsprüfung nach § 93 Abs. 1 BNotO überwacht.“<sup>29</sup>

Für Verletzungen der Amtspflicht zur Prüfung der Eintragungsfähigkeit gelten damit ausschließlich die Vorschriften des dritten Teils der BNotO über Aufsicht und Disziplinarverfahren. Insofern stellt sich die Frage, wann eine solche Verletzung der Amtspflicht zur Prüfung der Eintragungsfähigkeit vorliegt und insbesondere ob es insofern auf das Ergebnis der Prüfung des Notars ankommt oder allein auf die Durchführung der Prüfung durch den Notar. Da die Eintragungsfähigkeitsprüfung für das Registergericht bzw. Grundbuchamt erfolgt, dürfte hierfür vor allem das Zusammenspiel zwischen Prüfungstätigkeit des Notars und Eintragung durch das Registergericht bzw. Grundbuchamt maßgeblich sein. Hierzu wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt:

„Eine Einschränkung der Prüfungskompetenzen oder Prüfungspflichten des Registergerichtes ist durch die Prüfung der Eintragungsfähigkeit durch den Notar nicht verbunden. Insbesondere bindet eine Vorprüfung durch den Notar das Registergericht nicht. Demnach kann eine Eintragung auch dann erfolgen, wenn der erforderliche Prüfvermerk des Notars die Eintragungsfähigkeit der Anmeldung verneint, das Registergericht die Eintragungsfähigkeit abweichend davon aber bejaht. Ebenso kann das Registergericht eine Anmeldung zurückweisen oder eine Zwischenverfügung erlassen, wenn es die Eintragungsfähigkeit verneint, obwohl der Notar einen positiven Prüfvermerk erstellt hat.“<sup>30</sup>

Das Ergebnis der Prüfung des Notars ist für das Registergericht bzw. Grundbuchamt also in keiner Weise bindend. Demnach kann es dann aber dem letztentscheidungsbefugten Registergericht bzw. Grundbuchamt gegenüber für die Frage, ob der Notar seine Pflicht zur Prüfung der Eintragungsfähigkeit verletzt hat, nicht darauf ankommen, ob das Ergebnis der Prüfung rechtlich zutreffend war oder nicht – sondern allein darauf, ob eine Prüfungstätigkeit erfolgt ist oder nicht.<sup>31</sup> Dies ergibt sich letztlich auch aus der erklärten Zielsetzung der Eintragungsfähigkeitsprüfung: Es soll die entlastende und ordnende Funktion der notariellen Tätigkeit an der Schnittstelle zu den Registern und Grundbuchämtern als Verfahrensvorschrift verankert werden – eine disziplinarrechtlich sanktionierte „Erfolgsgarantie“ passt dazu nicht, zumal das Registergericht bzw. Grundbuchamt in seiner Entscheidung über die Eintragung im Ergebnis vollständig ungebunden ist.

29 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 14.

30 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15 f.

31 So auch das Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 8 f.: „Zwar ‚schuldet‘ der Notar dem Grundbuchamt bzw. Registergericht kein bestimmtes bzw. richtiges Prüfergebnis. Das vollständige Unterlassen der Prüfung kann gegebenenfalls aber disziplinarrechtlich geahndet werden.“

f) Von einem Notar

Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit hat durch einen Notar zu erfolgen. Die Begründung zu § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG führt dazu aus:

„Die Prüfungspflicht ist eine öffentliche beziehungsweise justizielle Amtspflicht und Zuständigkeit des Notars, die dem Notar als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) ohne weiteres auferlegt werden kann.“<sup>32</sup>

Und parallel dazu bezüglich § 15 Abs. 3 GBO:

„Wie dort [Anm. d. Verf.: im Registerverfahren] wird die Überprüfung von zur Eintragung erforderlichen Erklärungen mit dem vorgeschlagenen § 15 Abs. 3 GBO unabhängig von der Beurkundung oder Beglaubigung ausdrücklich als öffentliche beziehungsweise justizielle Amtspflicht und Zuständigkeit des Notars geregelt.“<sup>33</sup>

Die Einbindung des Notars in das Register- und Grundbuchverfahren über die Eintragungsfähigkeitsprüfung unterscheidet sich insofern dogmatisch ganz erheblich von der bisherigen (und parallel dazu weiterbestehenden) Einbindung des Notars über Formvorschriften: Denn mit der Eintragungsfähigkeitsprüfung wird der Notar im öffentlichen Interesse in das Register- bzw. Grundbuchverfahren integriert, indem ihm eine justizielle Zuständigkeit in diesem Verfahren übertragen wird.<sup>34</sup> Der Gesetzgeber trifft damit eine justizielle Organisationsentscheidung dahingehend, dass der Notar aufseiten des Gerichts in das Eintragungsverfahren als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit integriert wird. Insofern handelt es sich bei der Prüfung nicht um eine „Dienstleistung“ gegenüber den Beteiligten, sondern um eine öffentliche Amtspflicht des Notars. Als „öffentliche beziehungsweise justizielle Amtspflicht und Zuständigkeit des Notars“<sup>35</sup> ist die Prüfungspflicht nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO eine Verfahrensvorschrift der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die ausschließlich durch die nach § 1 BNotO von den Landesjustizverwaltungen in Deutschland bestellten Notare als Träger eines öffentlichen Amtes erfüllt werden kann.<sup>36</sup>

g) Vor ihrer Einreichung/Prüfungszuständigkeit

Nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO erfolgt die Prüfung einer Anmeldung bzw. Erklärung „vor ihrer Einreichung“. Eine weitere Konkretisierung wann diese Prüfung zu erfolgen hat und welcher Notar hierfür zuständig ist, ist dem Wortlaut der Regelung nicht zu entnehmen.

Unproblematisch sind diesbezüglich zunächst die Fälle, in denen allein ein Notar an dem Vorgang der Anmeldung bzw. Erklärung beteiligt ist und dieser Notar auch gleichzeitig die Einreichung vornimmt – die Prüfung erfolgt schlicht zeitlich vor der Einreichung und ist entsprechend nachzuweisen.<sup>37</sup> Die Zuständigkeit zur Prüfung gilt gleichermaßen für die Fälle, in denen der Notar den Entwurf der Anmeldung bzw. Erklärung fertigt, als auch in den Fällen der reinen Unterschriftsbeglaubigung unter einem nichtnotariellen Entwurf, der eine Anmeldung bzw. eine Erklärung enthält. In letzterem Fall wird der Beglaubigungsnotar die Prüfung auch dann vornehmen, wenn die Anmeldung bzw. Erklärung nicht von ihm, sondern von den Beteiligten selbst<sup>38</sup> eingereicht wird.<sup>39</sup>

Dagegen enthält das Gesetz keine explizite Regelung dazu, wer die Prüfung vornimmt, wenn mehrere Notare an dem Vorgang beteiligt sind – aus dem Gesetz ergibt sich lediglich, dass die Prüfung bis spätestens zum Zeitpunkt der Einreichung erfolgt sein muss. Aus dieser Anknüpfung an die zeitlich nachgelagerte Einreichung dürfte sich ergeben, dass für die Prüfung der Eintragungsfähigkeit grundsätzlich der Notar zuständig ist, der die „Einreichung“ vornimmt, also eine Anmeldung an das Registergericht bzw. im Grundbuchverfahren eine zur Eintragung erforderliche Erklärung an das Grundbuchamt übermittelt.<sup>40</sup> In den Fällen, in denen ein Notar eine reine Unterschriftsbeglaubigung unter dem Entwurf eines anderen Notars vornimmt, wird aber im Regelfall der Entwurfsnotar die Einreichung und damit die Prüfung nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO vornehmen. Dies dürfte insbesondere die Fälle der Unterschriftsbeglaubigung im Rahmen des Vollzugs eines anderen „vollziehenden“ und damit einreichenden Notars betreffen.<sup>41</sup> Für den beglaubigenden Notar bedeutet dies, dass er in diesen Fällen der Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf mit Einreichung durch einen anderen Notar keine Prüfung vornehmen muss. Für den einreichenden Vollzugsnotar bedeutet es dagegen, dass er die Prüfung auf Eintragungsfähigkeit und deren Nachweis im Rahmen seines Vollzuges sicherstellen muss.<sup>42</sup>

Festzustellen ist schließlich noch, dass eine Prüfung durch den einreichenden Notar dann nicht erforderlich ist, wenn die Prüfung nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO bereits durch einen anderen Notar (insbesondere durch den Entwurfsnotar) erfolgt ist und dies für das Registergericht bzw. Grundbuchamt ersichtlich ist, entweder weil die Anmeldung bzw. Erklärung in einer Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG enthalten ist oder weil sie bereits den Prüfvermerk des anderen Notars enthält. Da sich die Prüfung auf Eintragungsfähigkeit

32 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 14.

33 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 16.

34 Gleichzeitig verbleibt es aber nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich bei der letztverbindlichen Prüfungskompetenz des Registergerichts bzw. Grundbuchamts, sodass die bewährte Zusammenarbeit in Form der Doppelprüfung bestehen bleibt.

35 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 14.

36 Enthalten Urkunden ausländischer Notare Anmeldungen oder Erklärungen (insbesondere beispielsweise in den Fällen der Unterschriftsbeglaubigung durch den ausländischen Notar am Wohn- bzw. Geschäftssitz des Beteiligten), ist daneben die Prüfung nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO durch einen Notar i. S. d. § 1 BNotO erforderlich. Dies erfolgt zweckmäßigerweise durch den einreichenden Notar.

37 Siehe zum Nachweis der Prüfung sogleich nachfolgend 2b.

38 Anmeldungen in Handelsregistersachen sind nach § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG jedoch ausschließlich über den Notar einzureichen.

39 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 6.

40 Die grundsätzliche Anknüpfung der Prüfung an die „Einreichung“ des Notars dürfte auch dem in der Gesetzesbegründung beschriebenen Gesamtkonzept entsprechen, wonach der Notar durch die Prüfung als „externe Rechtsantragstelle des Gerichts“ fungieren soll.

41 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 6.

42 Siehe dazu näher nachfolgend 2b cc.

(wie bereits dargestellt) ausschließlich auf den Erklärungstext bezieht, dagegen die Prüfung der Berechtigung bzw. Rechtsmacht des Anmeldenden bzw. Erklärenden nicht umfasst, kann die Prüfung und die Anbringung eines Prüfvermerks auch bereits vor der Unterzeichnung der Anmeldung oder Erklärung und damit vor und unabhängig von der Beglaubigung der Unterschrift vorgenommen werden.<sup>43</sup> Dies gilt insbesondere auch für den entwerfenden Notar, der nicht zugleich einreicht oder der erst nach Unterzeichnung mit Unterschriftsbeglaubigung durch einen anderen Notar und Rücksendung an ihn einreicht (Vollzugsnotar).

## 2. Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit als Eintragungsvoraussetzung im Register- und Grundbuchverfahren

Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit ist Eintragungsvoraussetzung im Register- und Grundbuchverfahren. Die Tatsache, dass sie stattgefunden hat, muss für das Registergericht bzw. Grundbuchamt ersichtlich sein.

### a) Eintragungsvoraussetzung

Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus: „Als Verfahrensvorschrift ist der vorgeschlagene § 378 Abs. 3 FamFG zugleich formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren.“<sup>44</sup> bzw. „Als Verfahrensvorschrift ist der vorgeschlagene § 15 Abs. 3 GBO zugleich formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren.“<sup>45</sup>

Neben die bisherigen formellen Eintragungsvoraussetzungen<sup>46</sup> tritt mit der Prüfung der Eintragungsfähigkeit durch den Notar im Handels-, Vereins- und Güterrechtsregisterverfahren sowie im Grundbuchverfahren damit eine weitere Voraussetzung für die Eintragung. Insofern gilt das Gleiche wie bei sonstigen Eintragungsvoraussetzungen: Ist die Prüfung nicht erfolgt, kann eine Eintragung mangels Vorliegens einer formellen Eintragungsvoraussetzung zunächst nicht vorgenommen werden und wird das Registergericht bzw. Grundbuchamt dem Anmeldenden bzw. Antragsteller Gelegenheit zur Behebung geben, insbesondere im Wege der Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 FamFG bzw. § 18 Abs. 1 GBO.

Die rechtstechnische Ausgestaltung als Eintragungsvoraussetzung ist damit eine spürbare Neuerung im Register- und Grundbuchverfahren. Der Gesetzgeber hat dem im Wege der Übergangsvorschriften der § 493 Abs. 3 FamFG bzw. § 151 GBO Rechnung getragen, wonach für Anmeldungen bzw. Erklärungen, die vor Inkrafttreten bereits beurkundet oder

beglaubigt wurden, § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO keine Anwendung finden.<sup>47</sup>

Des Weiteren wurden Sonderregelungen vorgesehen, um den aus § 68 BeurkG n. F.<sup>48</sup> resultierenden landesrechtlichen Besonderheiten in den Ländern Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz Rechnung zu tragen: Nach § 486 Abs. 3 FamFG und § 143 Abs. 4 GBO gelten § 378 Abs. 3 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO nicht, soweit Anmeldungen bzw. die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen von einer gemäß § 68 BeurkG nach Landesrecht zuständigen Person oder Stelle öffentlich beglaubigt worden sind. Die Ausnahme betrifft Urkunden von Ratschreibern in Baden-Württemberg, von Vorstehern der hessischen Ortsgerichte und von rheinland-pfälzischen Ortsbürgermeistern, Gemeinde- und Stadtverwaltungen.<sup>49</sup>

### b) Nachweis gegenüber Registergericht und Grundbuchamt

Als Eintragungsvoraussetzung muss die Tatsache, dass die Prüfung durch den Notar stattgefunden hat, für das Registergericht bzw. das Grundbuchamt für deren eigene Prüfung ersichtlich sein. § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO enthalten hierzu keine ausdrücklichen Regelungen im Gesetzeswortlaut.

#### aa) Kein Prüfvermerk bei Anmeldungen und Erklärungen in Niederschriften nach §§ 8 ff. BeurkG

Die Gesetzesbegründung stellt zunächst klar, dass sich in allen Fällen, in denen Anmeldungen bzw. Erklärungen nach §§ 8 ff. BeurkG beurkundet wurden, die Vornahme der Prüfung für das Registergericht bzw. Grundbuchamt bereits aus der notariellen Niederschrift ergibt und mit dieser nachgewiesen sowie dokumentiert ist:

„Sind Anmeldungen in einer Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG enthalten, so ist bereits aufgrund der Prüfpflicht des Notars nach § 17 BeurkG für das Registergericht ersichtlich, dass auch die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach dem vorgeschlagenen § 378 Abs. 3 FamFG erfolgt ist.“<sup>50</sup>

Ein weiterer gesonderter Nachweis, insbesondere in Form eines Prüfvermerks, ist nicht erforderlich. Dies ist konsequent, da mit § 17 BeurkG eine Prüfung erfolgt ist, die im Vergleich zur Eintragungsfähigkeitsprüfung in sachlicher Hinsicht weitergehend ist und die Beurkundung nach §§ 8 ff. BeurkG insofern zugleich den Nachweis enthält, dass auch die erforderliche Eintragungsfähigkeitsprüfung nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO erfolgt ist.

43 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 7.

44 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 14 f.

45 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 17.

46 Also insbesondere das Vorliegen eines Eintragungsantrags, die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts, die Berechtigung des/der Antragsteller und ggf. die Rechtsfähigkeit und Vertretungsbefugnis bei juristischen Personen, das Vorliegen aller erforderlichen Angaben, die erforderliche Form (§ 12 Abs. 1 HGB bzw. § 29 GBO), die Eintragungsfähigkeit der angemeldeten Tatsache bzw. der beantragten Eintragung und das Vorliegen sämtlicher Anlagen; vgl. näher hierzu *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Auflage 2017, Rdnr. 154 ff. bzw. für das Grundbuchverfahren *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 85 ff.

47 Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus: „Dies dient der Vermeidung von Zwischenverfügungen im Zuge der Einführung der notariellen Prüfung.“, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11636, S. 14.

48 § 63 BeurkG a. F. wurde neu nummeriert und ist jetzt § 68 BeurkG, siehe Art. 2 Nr. 31 des Änderungsgesetzes.

49 Die Ausnahme gilt dabei unabhängig davon, in welchem Bundesland die Urkunde verwendet werden soll.

50 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15 für § 378 Abs. 3 FamFG, wobei auf S. 17 für § 15 Abs. 3 GBO ebenfalls auf die diesbezügliche Begründung zu § 378 Abs. 3 FamFG verwiesen wird.

bb) Nachweis außerhalb von Niederschriften nach §§ 8 ff. BeurkG

Bei Anmeldungen und Erklärungen außerhalb von Niederschriften nach §§ 8 ff. BeurkG dürfte dagegen aus Sicht des Registergerichts bzw. Grundbuchamts ein anderweitiger Nachweis der Vornahme der Prüfung erforderlich sein. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

„Dass eine Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgt ist, muss für das Registergericht aus der Anmeldung selbst ohne weitere Nachforschungen ersichtlich sein. Hierfür hat der Notar Sorge zu tragen. Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit und damit die Erfüllung der formellen Eintragungsvoraussetzung des vorgeschlagenen § 378 Abs. 3 FamFG kann dem Registergericht insbesondere durch Beifügung eines Prüfvermerks nachgewiesen werden.“<sup>51</sup>

Sowie zu § 15 Abs. 3 GBO:

„Über das Ergebnis seiner Prüfung fertigt der Notar entsprechend den obigen Ausführungen zu dem vorgeschlagenen § 378 Abs. 3 FamFG gegebenenfalls einen Prüfvermerk.“<sup>52</sup>

Der Gesetzgeber hat insofern nur geregelt, dass ein Nachweis erforderlich ist – hinsichtlich der näheren Ausgestaltung dieses Nachweises jedoch keine abschließenden Vorgaben gemacht. Mit der Aussage „insbesondere durch Beifügung eines Prüfvermerks“ zeigt der Gesetzgeber mit dem Prüfvermerk eine Möglichkeit auf, wie der Nachweis in der Praxis insbesondere erbracht werden kann.<sup>53</sup> Nähere Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung eines solchen Prüfvermerks als Nachweismöglichkeit enthält die Gesetzesbegründung nicht. Insbesondere enthält sie auch keine ausdrücklichen Aussagen über mögliche Formanforderungen an den Prüfvermerk.<sup>54</sup> Insofern dürfte es naheliegen, dass die Errichtung des Prüfvermerks in Form einer Vermerkkunde nach § 39 BeurkG jedenfalls nicht per se zwingend erforderlich ist, um den erforderlichen Nachweis über die Vornahme der Prüfung zu erbringen. So ist ausweislich der Gesetzesbegründung in erster Linie maßgeblich, ob die Vornahme der Prüfung für das Registergericht bzw. Grundbuchamt „ohne weitere Nachforschungen ersichtlich“ ist. Wann dies in ausreichendem Maße der Fall ist, dürfte von den konkreten Umständen des Einzelfalls und in gewissem Um-

51 BR-Drucks. 602/16 (B), Seite 15.

52 BR-Drucks. 602/16 (B), Seite 17.

53 Ob und welche Nachweismöglichkeiten neben dem Prüfvermerk bestehen, dürfte insbesondere davon abhängen, wann nach der Einschätzung des Registergerichts bzw. Grundbuchamts die Vornahme der Prüfung „ohne weitere Nachforschungen ersichtlich“ ist; insofern bleibt hier die Handhabung der Gerichte abzuwarten. Nachfolgend wird deshalb in erster Linie die vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgezeigte Nachweismöglichkeit durch Prüfvermerk näher betrachtet.

54 Im Grundbuchrecht gilt, dass außerhalb der Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO das Grundbuchamt selbst prüft, welche Beweise für die begehrte Eintragung erforderlich sind, vgl. hierzu *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 85 ff. Aufgrund der zurückhaltenden Formulierung der Gesetzesbegründung („insbesondere durch Beifügung eines Prüfvermerks“) scheint es naheliegend, dass die Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO für den Nachweis der Prüfung als Eintragungsvoraussetzung nicht gelten dürfte.

fang auch von der Einschätzung des Registergerichts bzw. Grundbuchamts abhängen.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Erstellung eines Prüfvermerks, der zusätzlich in der Form einer Vermerkkunde nach § 39 BeurkG<sup>55</sup> errichtet wird, für den Nachweis der Prüfung jedenfalls insofern zweckmäßig, als dadurch der Nachweis über die Prüfung sicher erbracht wird. Dieser „sicherste Weg“ wird auch im Rundschreiben der Bundesnotarkammer aufgezeigt:

„[Der Prüfvermerk] dürfte in der Regel zweckmäßigerweise als ‚sonstiges einfaches Zeugnis‘ in Form einer Vermerkkunde errichtet werden, die nach § 39 BeurkG die Unterschrift und das Siegel des Notars enthalten muss sowie Ort und Tag der Ausstellung und die Amtsbezeichnung (vgl. hierzu § 1 Abs. 1 Satz 3 DONot) angeben soll.“<sup>56</sup>

Dementsprechend lautet der Formulierungsvorschlag der Bundesnotarkammer für einen positiven Prüfvermerk:<sup>57</sup>

Die vorstehend unterschriebene<sup>58</sup> Anmeldung/Erklärung habe ich [nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG / § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO]<sup>59</sup> auf Eintragungsfähigkeit geprüft. [Ort, Datum, Unterschrift, Siegel (Name und Amtssitz), Amtsbezeichnung].

Für den Fall, dass die Prüfung zu einem negativen Ergebnis führt, wird im Rundschreiben der Bundesnotarkammer eine dementsprechende Ergänzung dieses Prüfvermerks vorgeschlagen:

Ich habe Zweifel hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit der Anmeldung/Erklärung.

oder stärker:

Ich halte die Anmeldung/Erklärung nicht für eintragungsfähig. [Ort, Datum, Unterschrift, Siegel (Name und Amtssitz), Amtsbezeichnung].

55 Ebenso dürfte auch eine elektronische Errichtung nach § 39a BeurkG möglich sein, so auch ausdrücklich Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 8; dies ergibt sich im Übrigen auch klar aus dem Wortlaut des § 39a BeurkG, der von „sonstigen Zeugnissen im Sinne des § 39 BeurkG“ spricht.

56 Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 7.

57 Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 8 unter Hinweis darauf, dass mit dieser Formulierung gleichzeitig in ausreichender Weise auch dokumentiert sei, dass keine Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit bestehen.

58 Anm. d. Verf.: Da sich die Prüfung (wie bereits ausgeführt) ausschließlich auf den Erklärungstext, nicht aber auf die Person des Erklärenden bezieht, ist die Vornahme der Prüfung zeitlich vor der Unterzeichnung möglich. Auf die Unterzeichnung kommt es nicht an. Insofern dürfte alternativ insbesondere auch möglich sein, ohne den Zusatz „unterschriebene“ zu formulieren „Die vorstehende Anmeldung/Erklärung (...)“.

59 Anm. d. Verf.: Es dürfte sich anbieten, die jeweilige Norm ausdrücklich in den Prüfvermerk aufzunehmen, um nochmals klarzustellen, dass es sich bei der Prüfung auf Eintragungsfähigkeit um eine solche nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO handelt. Andersherum erscheint der Zusatz „auf Eintragungsfähigkeit“ grundsätzlich verzichtbar, da dies mit der Bezugnahme auf § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO bereits ausgesagt ist.

Unabhängig davon, ob in Form eines Zeugnisses nach § 39 BeurkG oder formlos, ist mit dem Prüfvermerk ausschließlich die Tatsache der Prüfung und ihr Ergebnis zu dokumentieren – eine Begründungspflicht besteht dagegen nicht.<sup>60</sup> Sollte der Notar der Rechtsansicht sein, dass die Anmeldung bzw. Erklärung nicht eintragungsfähig ist und beabsichtigen die Beteiligten – trotz des entsprechenden Hinweises des Notars – dennoch die unveränderte Einreichung, wird der Notar in seinen Prüfvermerk insofern zusätzlich noch aufnehmen, dass er Zweifel an der Eintragungsfähigkeit hat. Nach der ausdrücklichen Gesetzesbegründung ist der Prüfvermerk dabei ausschließlich für das Registergericht bzw. Grundbuchamt bestimmt, nicht jedoch für die Beteiligten:

„Der Prüfvermerk richtet sich dabei ausschließlich an das Registergericht und nicht an die Beteiligten. Die Beteiligten haben Anspruch auf Mitteilung konkreter Beanstandungen oder auf Berichtigung der Anmeldung nach Erteilung eines entsprechenden Auftrags.“<sup>61</sup>

### cc) Bezug zwischen Prüfvermerk und Anmeldung bzw. Erklärung

Die Bundesnotarkammer weist in ihrem Rundschreiben schließlich noch darauf hin, dass ein hinreichender Bezug des Prüfvermerks zu der geprüften Anmeldung bzw. Erklärung herzustellen sei. Für den Fall, dass Prüfung und Einreichung durch den beglaubigenden Notar erfolgen, wird vorgeschlagen, den Prüfvermerk textlich mit dem Beglaubigungsvermerk zu verbinden. Andernfalls sei der Dokumentationspflicht jedenfalls Genüge getan, wenn der Bezug zu der geprüften Anmeldung bzw. Erklärung hergestellt ist, zum Beispiel durch Verbindung mit Schnur und Siegel.<sup>62</sup>

Sofern man den Prüfvermerk unmittelbar mit der Anmeldung bzw. Erklärung verbinden möchte, bietet es sich an, bei sämtlichen<sup>63</sup> Unterschriftsbeglaubigungen unter Anmeldungen bzw. Erklärungen den Prüfvermerk direkt im Anschluss an den Beglaubigungsvermerk zu platzieren. Als Vollzugsnotar (der den Entwurf an die Beteiligten versendet zur Unterzeichnung mit Unterschriftsbeglaubigung durch einen anderen Notar und anschließender Rücksendung an den Vollzugsnotar zum Zwecke der Einreichung<sup>64</sup>) bestehen verschiedene Möglich-

keiten für die Anbringung des Prüfvermerks in der zweckmäßigen<sup>65</sup> Form des § 39 BeurkG:

- Grundsätzlich möglich erscheint zunächst, dass der einreichende Vollzugsnotar die Prüfung bereits vor Versendung an die Beteiligten zur Unterzeichnung vornimmt und den Prüfvermerk bereits vollständig in der Form des § 39 BeurkG auf dem Entwurf anbringt.<sup>66</sup> Nach unterschiftsbeglaubigter Unterzeichnung kann die Anmeldung bzw. Erklärung ohne Weiteres sofort eingereicht werden. Der Nachteil dieser Lösung ist jedoch insbesondere, dass bei vorgehender Anbringung in der Form des § 39 BeurkG eine Versendung an die Beteiligten per Mail nicht möglich ist.<sup>67</sup>
- Will man sich die Möglichkeit der formlosen Versendung an die Beteiligten erhalten, ist der Prüfvermerk (bei Wahl der Form des § 39 BeurkG) durch den Vollzugsnotar erst nach Rücksendung zu erstellen. Dabei erscheint es sowohl möglich, den Prüfvermerk bereits auf dem Entwurf der Anmeldung bzw. Erklärung vorzusehen (vorerst ohne Unterschrift und Siegel)<sup>68</sup> oder den Prüfvermerk vollständig nachträglich zu erstellen, insbesondere durch Aufbringung des Prüfvermerks auf der die Anmeldung bzw. Erklärung enthaltenden Urkunde<sup>69</sup> oder durch Verbindung der Urkunde mit dem auf einem gesonderten Blatt enthaltenen Prüfvermerk mittels Schnur und Siegel.<sup>70</sup> Unabhängig davon kann der Prüfvermerk im

65 Siehe hierzu und den Fragen der Form des Nachweises vorstehend 2b bb.

66 Da die Prüfung auf Eintragungsfähigkeit nicht die Prüfung der Berechtigung des Anmeldenden bzw. Erklärenden erfasst, kann die Prüfung bereits vor und unabhängig von der Unterzeichnung und Unterschriftsbeglaubigung vorgenommen werden, siehe dazu auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 7.

67 Ein weiteres praktisches Problem könnte daneben sein, dass die Beteiligten die Urkunde mit dem Vermerk nach § 39 BeurkG unterschreiben müssen (und insbesondere nicht eine von ihnen gefertigte Kopie).

68 Wobei in diesem Fall möglicherweise für einen Beteiligten Unklarheit darüber entstehen könnte, an welcher Stelle er selbst unterschreiben muss.

69 Hierfür dürfte insbesondere der Gebrauch eines Stempels zweckmäßig sein, der nach § 29 Abs. 3 DONot für Unterschriftsbeglaubigungen, Abschlussvermerke in Niederschriften, Vermerke über die Beglaubigung von Abschriften sowie für Ausfertigungsvermerke zulässig ist. Eine entsprechende Anwendung des § 29 Abs. 3 DONot auf den Prüfvermerk dürfte aufgrund der Zulässigkeit des Gebrauchs von Stempeln für Unterschriftsbeglaubigungen im Wege des Erst-recht-Schlusses mehr als nahe liegen – die Planwidrigkeit der Regelungslücke in der Verwaltungsverordnung ist dabei angesichts der bislang fehlenden Erfahrung mit dem Prüfvermerk offensichtlich. Sofern sich der Gebrauch von Stempeln in der Praxis etablieren sollte, könnte sich eine entsprechende Klarstellung der DONot anbieten. Für den elektronischen Rechtsverkehr stellt sich diese Problematik freilich nicht.

70 Insbesondere letztere Lösung (Prüfvermerk auf gesondertem Blatt) könnte im Vollzug bei der Erstellung des Anschreibens mit Entwurf der entsprechenden Erklärung vor Versendung bereits dergestalt angelegt werden, dass auch der zugehörige Prüfvermerk auf gesondertem Blatt bereits ausgedruckt wird und in der Akte bei den zum Register bzw. Grundbuch einzureichenden Unterlagen verwahrt wird, sodass die Beifügung des Prüfvermerks – als nächster erforderlicher Schritt nach Erhalt der zurückgesandten Erklärung – in der Akte bereits angelegt ist.

60 So auch Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 8.

61 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15; um dies nochmals ausdrücklich zu verdeutlichen, könnte auch eine entsprechende klarstellende Ergänzung im Prüfvermerk erwogen werden, beispielsweise durch Voranstellung des Zusatzes „An das Registergericht: (...)“ bzw. „An das Grundbuchamt: (...)“. Erforderlich ist dies freilich nicht. Denn dass sich die Prüfung ausschließlich an das Registergericht bzw. Grundbuchamt richtet und gerade nicht an die Beteiligten, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der jeweiligen Norm („für das Registergericht“ bzw. „für das Grundbuchamt“) sowie aus der ausdrücklichen Gesetzesbegründung (siehe hierzu ausführlich vorstehend 1e).

62 Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 7.

63 Ausgenommen werden können Anmeldungen bzw. Erklärungen, die an einen anderen Notar zurückgeschickt werden (der die Einreichung und damit die Prüfung vornimmt) oder solche, die (im wohl eher seltenen Ausnahmefall) bereits von einem anderen Notar entsprechend dokumentiert geprüft sind.

64 Dies dürfte insbesondere die Fälle der Einholung von Löschungsbewilligungen, Pfandfreigaben und Rangrücktritten von dinglich Berechtigten betreffen (insbesondere Banken als Grundpfandrechtsgläubiger).

elektronischen Rechtsverkehr selbstverständlich auch elektronisch nach § 39a BeurkG errichtet werden.

Alternativ zu einer solchen unmittelbaren Verbindung des Prüfvermerks mit der Anmeldung bzw. Erklärung, dürfte es auch möglich sein, den Prüfvermerk – unter entsprechender Bezugnahme auf die beigefügten Erklärungen – in das Vorlageschreiben an das Registergericht bzw. Grundbuchamt aufzunehmen. Der für das Registergericht bzw. Grundbuchamt erforderliche Nachweis der Prüfung ergibt sich in diesem Fall aus dem Vorlageschreiben selbst durch entsprechende Bezugnahme auf die Anlagen. So könnte im Vorlageschreiben beispielsweise formuliert werden:

Die beigefügte(n) Anmeldung(en)/Erklärung(en) habe ich nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG / § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auf Eintragungsfähigkeit geprüft.

Entsprechend den obigen Ausführungen (unter (2)) dürfte es zwar nicht zwingend erforderlich, aber jedenfalls zweckmäßig sein, das Vorlageschreiben neben der Unterschrift dann auch zu siegeln. Soweit die Kommunikation im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs erfolgt, erscheint eine praktikable Lösung auch, den Prüfvermerk einfach in den Text des elektronischen Zeugnisses nach § 39a BeurkG aufzunehmen.<sup>71</sup> Bei einer solchen Lösung über das Vorlageschreiben bzw. den Text des elektronischen Zeugnisses wäre im Übrigen noch sicherzustellen, dass Anmeldungen bzw. Erklärungen, die ausnahmsweise von den Beteiligten zur selbstständigen Einreichung nach Unterschriftsbeglaubigung wieder mitgenommen werden, mit einem Prüfvermerk versehen werden.<sup>72</sup>

#### c) Keine Einschränkung der Prüfungskompetenz von Registergericht und Grundbuchamt

Zwar darf mangels Vorliegens einer formellen Eintragungsvoraussetzung eine Eintragung nicht erfolgen, wenn die notarielle Prüfung nicht absolviert ist. Das Ergebnis der notariellen Prüfung bindet das Registergericht bzw. Grundbuchamt dagegen nicht. Entscheidend ist damit allein das „Ob“ der Prüfung, nicht das „Wie“.

Dementsprechend stellt die Gesetzesbegründung des Bundesrats zunächst klar, dass der Notar auch bei Zweifeln über die Eintragungsfähigkeit einen Prüfvermerk zu erstellen hat:

„Auch bei Nichtvorliegen der Eintragungsfähigkeit darf der Notar die Erstellung eines Prüfvermerks und die Einreichung beim Registergericht demnach nicht ablehnen. Gegen eine solche schlichte Verweigerung wäre wie auch sonst in Fällen der Amtsverweigerung das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO statthaft.“<sup>73</sup>

Dies ist sachgerecht, da Registergericht bzw. Grundbuchamt an das Ergebnis der Prüfung nicht gebunden sind, sodass den

Beteiligten trotz negativen Prüfergebnisses des Notars der Weg zu einer (möglichen) Eintragung zu eröffnen ist:

„Eine Einschränkung der Prüfungskompetenzen oder Prüfungspflichten des Registergerichtes ist durch die Prüfung der Eintragungsfähigkeit durch den Notar nicht verbunden. Insbesondere bindet eine Vorprüfung durch den Notar das Registergericht nicht. Demnach kann eine Eintragung auch dann erfolgen, wenn der erforderliche Prüfvermerk des Notars die Eintragungsfähigkeit der Anmeldung verneint, das Registergericht die Eintragungsfähigkeit abweichend davon aber bejaht. Ebenso kann das Registergericht eine Anmeldung zurückweisen oder eine Zwischenverfügung erlassen, wenn es die Eintragungsfähigkeit verneint, obwohl der Notar einen positiven Prüfvermerk erstellt hat.“<sup>74</sup>

## II. Ausschließliche Einreichung über den Notar in Handelsregistersachen (§ 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG)

Neben der Prüfung auf Eintragungsfähigkeit ergibt sich mit § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG für Anmeldungen in Handelsregistersachen eine weitere Änderung:

„In Handelsregistersachen sind sie [Anm. d. Verf.: Anmeldungen] zudem bei einem Notar zur Weiterleitung an die für die Eintragung zuständige Stelle einzureichen.“

Damit wird die aus dem rein elektronischen Anmeldeverfahren resultierende Rechtswirklichkeit der ausschließlichen Einreichung über den Notar im Handelsregisterverfahren gesetzlich festgeschrieben:

„Die Möglichkeit, Anmeldungen selbst beim Registergericht einzureichen, von der allerdings nur in ganz seltenen Fällen Gebrauch gemacht wird, entfällt in Handelsregistersachen.“<sup>75</sup>

Im Übrigen, also für die weiteren Registerverfahren ebenso wie für das Grundbuchverfahren, bleibt die Einreichung durch die Beteiligten selbst direkt zum Registergericht bzw. Grundbuchamt möglich.

## III. Gebührenrechtliche Behandlung nach dem GNotKG

Die gebührenrechtliche Behandlung der Prüfungs- und Einreichungstätigkeit des Notars wird in den Nr. 22122 und 22124 (und damit als Vollzugsgebühr) sowie Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 3 Satz 2 KV-GNotKG geregelt:

Nach Nr. 22124 KV-GNotKG fällt eine Gebühr in Höhe von 20,00 € an für

71 Unabhängig von der Frage einer bestimmten Form des Prüfvermerks, vgl. hierzu bereits vorstehend 2b bb.

72 Anmeldungen bzw. Erklärungen, die an einen anderen Notar zurückgeschickt werden, dürften nicht geprüft werden müssen, da dieser Entwurfs- und Einreichenotar die Prüfung selbst vornimmt.

73 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15.

74 BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15 f.; ebenso hinsichtlich § 15 Abs. 3 GBO, siehe BR-Drucks. 602/16 (B), S. 17: „Entsprechend den obigen Ausführungen zu dem neuen § 378 Abs. 3 FamFG ist eine Einschränkung der Prüfungskompetenzen oder Prüfungspflichten des Grundbuchamtes damit nicht verbunden. Insbesondere bindet eine Vorprüfung durch den Notar das Grundbuchamt nicht.“

75 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11636, S. 14.

1. „die Übermittlung von Anträgen, Erklärungen oder Unterlagen an ein Gericht, eine Behörde oder einen Dritten oder die Stellung von Anträgen im Namen der Beteiligten“ – worunter auch die Weiterleitung der Handelsregisteranmeldung nach § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG fällt – sowie
2. „die Prüfung der Eintragungsfähigkeit in den Fällen des § 378 Abs. 3 FamFG und des § 15 Abs. 3 der Grundbuchordnung“.

Erfolgt sowohl eine Weiterleitung als auch eine Prüfung, wird die Gebühr gemäß Nr. 22124 Abs. 3 KV-GNotKG nur einmal erhoben.

Die Gebühr nach Nr. 22124 KV-GNotKG entsteht letztlich aber nur in den Fällen einer „isolierten“ Weiterleitung bzw. Prüfung – außerhalb eines Beurkundungsverfahrens, ohne Entwurfserfertigung und ohne Unterschriftsbeglaubigung. Denn die Gebühr nach Nr. 22124 KV-GNotKG entsteht

1. nur wenn der Notar keine Gebühr für ein Beurkundungsverfahren oder für die Fertigung eines Entwurfs erhalten hat, die das zu vollziehende Geschäft betrifft (Vorbemerkung 2.2.1.2 Nr. 1 KV-GNotKG) und
2. nicht wenn eine Gebühr für die Beglaubigung einer Unterschrift nach Nr. 25100 oder 25101 anfällt (Nr. 22124 Abs. 2 KV-GNotKG).

Nach Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 3 Satz 2 KV-GNotKG fällt für die Prüfung nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO insbesondere auch keine Gebühr nach Hauptabschnitt 4 Abschnitt 1 KV-GNotKG (Entwurfsgebühr) an. Eine Gebühr wird insofern (nach wie vor und unabhängig von der Prüfung auf Eintragungsfähigkeit) nur fällig für die Fertigung, Änderung oder Ergänzung eines Entwurfs, sowie für die isolierte Prüfung im Auftrag des Beteiligten. Letzteres (Prüfung „im Auftrag des Beteiligten“) trifft auf die Prüfung der Eintragungsfähigkeit als justizielle Zuständigkeit und Amtspflicht des Notars ohnehin nicht zu.<sup>76</sup>

#### IV. Verordnungsermächtigung zur Übermittlung von Strukturdaten (§ 378 Abs. 4 FamFG)

§ 378 Abs. 4 FamFG sieht schließlich noch eine Ermächtigung zugunsten der Landesregierungen bzw. der Landesjustizverwaltungen vor, wonach diese im Wege der Rechtsverordnung bestimmen können, dass „Notare neben den elektronischen Anmeldungen bestimmte darin enthaltene Angaben in strukturierter maschinenlesbarer Form zu übermitteln haben“.

Die Gesetzesbegründung nimmt Bezug auf den bestehenden elektronischen Rechtsverkehr zwischen Registergerichten und Notaren und führt dazu aus:

„Die Erfassung der Eintragsdaten durch den Notar und die Übermittlung in strukturierter, maschinenlesbarer Form stellen einen deutlichen Effizienzgewinn für die Justiz dar. Die Gerichte können die übermittelten Strukturdaten unmittelbar weiterverarbeiten und diese nach erfolgter Prüfung direkt ins Register oder Grundbuch übernehmen. Dadurch werden Fehler bei der manuellen Übertragung vermieden und das Eintragsverfahren beschleunigt.“<sup>77</sup>

Während für den Grundbuchverkehr mit § 135 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 lit. b, Abs. 3 GBO eine entsprechende Verordnungsermächtigung bereits existiert, fehlte im Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregister bislang eine klare bundesgesetzliche Rechtsgrundlage für die Pflicht zur Aufbereitung und Übermittlung von Strukturdaten. Eine solche wurde nunmehr mit § 378 Abs. 4 FamFG geschaffen.<sup>78</sup>

#### V. Zusammenfassung

Nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG bzw. § 15 Abs. 3 GBO sind Anmeldungen im Handels-, Vereins- und Güterrechtsregisterverfahren bzw. die im Grundbuchverfahren zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen vor ihrer Einreichung für das Registergericht bzw. für das Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen. Die Eintragungsfähigkeitsprüfung ist eine justizielle Amtspflicht und Zuständigkeit, die die Einbindung des Notars in das Register- und Grundbuchverfahren unabhängig von der Einbindung über Formvorschriften gesetzlich festschreibt. Die Prüfung erfolgt dabei nicht zugunsten der Beteiligten, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse. Als Verfahrensvorschrift ist die Durchführung der Eintragungsfähigkeitsprüfung zugleich formelle Voraussetzung im Eintragsverfahren, bei deren Fehlen eine Eintragung nicht erfolgen kann. Soweit Anmeldungen bzw. Erklärungen nicht bereits nach §§ 8 ff. BeurkG beurkundet wurden, kann die Durchführung dem Registergericht bzw. Grundbuchamt insbesondere durch Beifügung eines Prüfvermerks nachgewiesen werden. Weiter sind Anmeldungen in Handelsregistersachen nach § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG künftig ausschließlich bei einem Notar zur Weiterleitung an das Registergericht einzureichen. Eine Gebühr nach Nr. 22124 KV-GNotKG fällt nur in den Fällen einer „isolierten“ Prüfung bzw. Weiterleitung, außerhalb eines Beurkundungsverfahrens, ohne Entwurfserfertigung und ohne Unterschriftsbeglaubigung, an.

<sup>76</sup> Vgl. dazu BR-Drucks. 602/16 (B), S. 18: „Bei der Eintragungsfähigkeitsprüfung handelt es sich schon deshalb um keine Überprüfungstätigkeit im Sinne der Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 3 KV-GNotKG, weil die Beteiligten dem Notar dafür einen besonderen Auftrag erteilen müssten. Ein solcher Auftrag ist in den Fällen der vorgeschlagenen Regelung in § 378 Abs. 3 FamFG und § 15 Abs. 3 GBO jedoch insofern nicht erforderlich, als die Prüfung aufgrund einer Amtspflicht des Notars und als Voraussetzung für die Eintragung ausschließlich im öffentlichen Interesse und nicht zugunsten der Beteiligten erfolgt.“

<sup>77</sup> BR-Drucks. 602/16 (B), S. 11.

<sup>78</sup> Diesbezüglich weist die BNotK in ihrem Rundschreiben jedoch insbesondere darauf hin, dass damit Änderungen für die notarielle Praxis nicht verbunden sind und die bestehenden Rechtsverordnungen der Landesregierungen zu den Einzelheiten der elektronischen Übermittlung von Strukturdaten in Registersachen sowie die technischen Abläufe bei den Notaren und die technischen Übermittlungswege unverändert bleiben, vgl. Rundschreiben der BNotK Nr. 5/2017, S. 10.

# Update zu Patientenverfügungen

Zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des BGH vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, und vom 8.2.2017, XII ZB 604/15

Von Notar Dr. Gerald **Weigl**, Schwabmünchen und Königsbrunn

Die meisten Notare haben in den letzten Jahren in erheblichem Umfang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen zu tun. Deren konkrete Ausgestaltung erweist sich jedenfalls bei näherer Hinsicht als keine leichte Aufgabe. Die neueren Beschlüsse des BGH vom 6.7.2016 und vom 8.2.2017 machen die Gestaltung insbesondere der Patientenverfügungen nicht einfacher. Neuere Angebote zur Erstellung individuellerer Patientenverfügungen führen auch zur Frage der weiteren Positionierung der Notare in diesem Bereich.

## I. Die Entscheidung des BGH vom 6.7.2016<sup>1</sup>

Eine Frau erlitt 2011 einen Hirnschlag, aufgrund dessen sie einer künstlichen Ernährung mittels einer Magensonde (PEG) bedurfte. Ihre zunächst noch vorhandene Kommunikationsfähigkeit verlor sie infolge mehrerer epileptischer Anfälle im Frühjahr 2013.<sup>2</sup> Nach dem von der Vorinstanz eingeholten Sachverständigengutachten vom 31.12.2015 lag jedenfalls zu diesem Zeitpunkt ein unwiederbringlicher Dauerschaden des Gehirns der Frau vor. Nach der eingeholten Stellungnahme der Betreuungsbehörde vom 23.6.2015 reagierte sie zwar noch auf Berührungen mit dem Öffnen der Augen und des Mundes, konnte aber seit den epileptischen Anfällen keine sonstigen körperlichen Reaktionen mehr zeigen.<sup>3</sup> Sie hatte bereits im

Jahr 2003 eine Patientenverfügung errichtet, die sie nochmals im Jahr 2011 erneuert hatte, in der sie u. a. verfügt hatte<sup>4</sup>:

„Dagegen wünsche ich, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist, dass (...) aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, (...)“

Eigentlich alles klar?! „Nein“, entschied der BGH. Obwohl das Sachverständigengutachten nicht in Frage gestellt wurde (Ziffer II. 3. c cc 2 a. E. = Tz. 58), erfolgte bisher kein Abbruch der lebensverlängernden Maßnahmen.

Wie kam es dazu? Die primär bevollmächtigte Tochter entschied sich gegen einen Behandlungsabbruch. Sie wurde dabei von der behandelnden Ärztin unterstützt, u. a. mit der Begründung, dass sich bei Entfernen der Magensonde „ein qualvoller Prozess des Verhungerns einstelle“ und sich die Vollmachtgeberin „in einer guten Konstitution“ und nicht im Sterbeprozess befinde und „in einem ruhigen Zustand, was darauf schließen lasse, dass sie derzeit keine Schmerzen erleide“. Die beiden Schwestern dieser Tochter, von denen die eine als Ersatzbevollmächtigte eingesetzt war, sahen den Willen ihrer Mutter nicht umgesetzt und beantragten die Einsetzung eines Betreuers zu dem Zwecke, der primär bevollmächtigten Tochter die Vollmacht jedenfalls für den Bereich der Gesundheitsfürsorge zu entziehen. Die Vorinstanz gab dem Antrag statt, der BGH hob diese Entscheidung wieder auf und begründete dies im Wesentlichen wie folgt (Ziffer II. 3. = Tz. 33 ff.):

Einem Kontrollbetreuer „kann der Aufgabenkreis Vollmachtwiderruf übertragen werden“, wenn „das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls

1 Beschluss, XII ZB 61/16, MittBayNot 2017, 391 (in diesem Heft). Vorinstanz LG Mosbach, Beschluss vom 26.1.2016, 3 T 7/15, BeckRS 2016, 14011. Hierzu Müller, ZEV 2016, 605; Bamberger/Roth/Müller, BGB, 3. Aufl. 2012, § 1901a Rdnr. 9a; Reetz, RNotZ 2016, 571; Seibl, NJW 2016, 3277; Szalai, NotBZ 2016, 417; Schiffer, ZErB 2016, 337; Renner, DNotZ 2017, 210; Schlums, ZNotP 2016, 402; Mesch, LMK 2016, 381606; Sternberg-Lieben, MedR 2017, 42; Merkel, MedR 2017, 1. Ausführlich zur Patientenverfügung, insbesondere zum Umgang mit dieser in der notariellen Praxis, ferner zu medizinischen Hintergründen siehe Weigl, NotBZ 2016, 89. Zur bisherigen Rspr. siehe BGH, Urteil vom 13.9.1994, 1 StR 357/94, NJW 1995, 204 („Kemptener Entscheidung“); BGH, Beschluss vom 17.3.2003, XII ZB 2/03, MittBayNot 2003, 387 („Kieler Fall“); BGH, Urteil vom 8.6.2005, XII ZR 177/03, MittBayNot 2006, 49 m. Anm. Albrecht; BGH, Urteil vom 25.6.2010, 2 StR 454/09, MittBayNot 2011, 125 („Fall Putz“) = DNotZ 2011, 34 m. Anm. Albrecht; BGH, Urteil vom 10.11.2010, 2 StR 320/10, DNotZ 2011, 622, hierzu Ihrig, DNotZ 2011, 583; BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 138, hierzu Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2015, 110.

2 Entscheidung der Vorinstanz, LG Mosbach (Fn. 1), unter I.

3 Entscheidung des LG Mosbach (Fn. 1) unter I.

4 Der genaue Wortlaut lautet: „Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten. Dagegen wünsche ich, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist,  
– dass ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, oder  
– dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, oder  
– dass aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder  
– dass es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt.  
Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Ich möchte in Würde und Frieden sterben können, (...). Aktive Sterbehilfe lehne ich ab.“

des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt“. Geht es um einen Behandlungsabbruch, „müsste sich der Bevollmächtigte jedoch offenkundig über den – insbesondere in einer Patientenverfügung niedergelegten – Willen hinweggesetzt haben“. Das Erfordernis der Offenkundigkeit wird aus den Regelungen der §§ 1901a, 1901 b, 1904 BGB abgeleitet, da hiernach „eine betreuungsgerichtliche Befassung auf die Fälle des Konflikts zwischen Bevollmächtigtem und behandelndem Arzt beschränkt“ sein und „ansonsten lediglich eine Missbrauchskontrolle vorzunehmen sein“ soll. Ein offenkundiger Missbrauch könne nach derzeitigem Sachstand nicht angenommen werden, weil sich ein hinreichend eindeutiger Wille der Vollmachtgeberin für einen Behandlungsabbruch im vorliegenden Fall nicht feststellen ließe. Die erfolgte Festlegung eines Abbruchs lebensverlängernder Maßnahmen für den Fall eines aufgrund von Krankheit oder Unfall zurückbleibenden Dauerschadens des Gehirns wäre zu unpräzise, um eine verbindliche Patientenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 BGB oder auch nur einen ausreichend bestimmten Behandlungswunsch gemäß § 1901a Abs. 2 und 3 BGB darzustellen. Mangels relevanter Patientenverfügung und feststellbarem Behandlungswunsch käme ein Behandlungsabbruch daher nur auf der Grundlage eines noch festzustellenden mutmaßlichen Willens der Vollmachtgeberin in Betracht.

Ferner lässt der BGH in Ziffer II. 3. a aa = Tz. 35 ff. erkennen, dass er der Auffassung zuneigt, auch ein entscheidungsunfähiger Patient könne durch sein Verhalten seine früheren Bestimmungen in einer Patientenverfügung außer Kraft setzen.<sup>5</sup>

Der BGH wies in seiner Entscheidung in Ziffer II. 1. b aa = Tz. 17 ff. weiter darauf hin, dass eine Vollmacht zur Entscheidung über einen Behandlungsabbruch bzw. zu dessen Umsetzung den Anforderungen des § 1904 BGB genügen müsse. Dazu muss nicht der Wortlaut des § 1904 BGB in die Vollmacht aufgenommen werden, der Vollmachtstext muss aber ausdrücklich die im Gesetz genannten ärztlichen Maßnahmen und deren Unterlassung erfassen, wobei auch aus dem Vollmachtstext „deutlich werden muss, dass die jeweilige Entscheidung mit der begründeten Gefahr des Todes oder eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens verbunden sein kann“. Lediglich ein Verweis auf die gesetzliche Bestimmung sei nicht ausreichend.

## II. Die Entscheidung des BGH vom 8.2.2017<sup>6</sup>

Die hier betroffene Patientin erlitt im Mai 2008 einen Schlaganfall und im Juni 2008 einen hypoxisch bedingten Herz-Kreislauf-Stillstand und liegt seitdem im Wachkoma, wobei sie über eine Magensonde künstlich ernährt wird. Sie hatte 1998 eine identische Patientenverfügung unterzeichnet, wie sie auch der oben behandelten Entscheidung vom 6.7.2016 zugrundelag.

5 Hierzu *Lindner/Huber*, NJW 2017, 6 (auch zum bisherigen Meinungsstand).

6 Beschluss, XII ZB 604/15, MittBayNot 2017, 386 (in diesem Heft). Vorinstanz LG Landshut, Beschluss vom 17.11.2015, 64 T 1826/15, BeckRS 2015, 118265. Hierzu *Möller*, EE 2017, 74; *van Lijnden* unter [www.lto.de/recht/nachrichten/n/bgh-beschluss-xiizb60415-patientenverfuegung-anforderungen-bestimmtheit-lebenserhaltende-massnahmen](http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bgh-beschluss-xiizb60415-patientenverfuegung-anforderungen-bestimmtheit-lebenserhaltende-massnahmen).

Außerdem hatte sie den dort niedergelegten Willen zum Behandlungsabbruch insbesondere für den Fall, „dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht“, auch angesichts zweier Wachkomapatienten in ihrem Bekanntenkreis, danach mehrfach gegenüber Familienangehörigen und Bekannten bestätigt. Bevor sie nach dem Schlaganfall ins Wachkoma fiel, hatte sie gegenüber einer Therapeutin geäußert, dass sie sterben wolle.

Der Sohn der Patientin war in diesem Schriftstück bevollmächtigt, die Patientenverfügung umzusetzen.<sup>7</sup> Jedenfalls seit 2014 bestand zwischen dem Sohn und behandelnden Arzt Einvernehmen darüber, dass die Weiterbehandlung und künstliche Ernährung abgebrochen werden sollten.

Trotz dieses eigentlich klaren Sachverhalts erfolgte auch hier bisher kein Behandlungsabbruch. Dies beruhte im Ausgangspunkt darauf, dass der Sohn im Jahre 2012 beim Betreuungsgericht beantragt hatte, sich zum Betreuer bestellen zu lassen, ersatzweise den Ehemann der Patientin. Das AG hatte daraufhin – durchaus etwas ungewöhnlich – auf der Grundlage des § 1899 BGB beide gleichzeitig zu jeweils alleinvertretungsberechtigten Betreuern bestellt. Nachdem der Ehemann dem Behandlungsabbruch widersprach, beantragte der Sohn die gerichtliche Genehmigung des Behandlungsabbruchs. Sowohl das AG Freising als auch das LG Landshut lehnten den Antrag ab. Nach der landgerichtlichen Entscheidung sei die Patientenverfügung naheliegenderweise so zu verstehen, dass durch die Ablehnung einer aktiven Sterbehilfe auch ein Abbruch der künstlichen Ernährung nicht gewünscht wäre, wobei auch zu berücksichtigen wäre, dass letztere unerwünschte Missempfindungen zur Folge haben könnte.

Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben und zur Neuentscheidung an das LG zurückverwiesen. Der Schluss von der Ablehnung einer aktiven Sterbehilfe auf eine Ablehnung des Abbruchs der künstlichen Ernährung überschreite „die Grenzen der zulässigen Auslegung“. Etwaige Schmerzen oder Missempfindungen infolge der Einstellung der künstlichen Ernährung könnten durch palliativmedizinische Maßnahmen weitgehend ausgeschlossen werden.

Die Bestimmung in der Patientenverfügung, wonach lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben sollen, wenn „keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht“, sei eine ausreichend bestimmte Behandlungsentscheidung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB, sodass das LG prüfen müsse, ob die Behandlungssituation hier tatsächlich vorläge. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre der mutmaßliche Willen festzustellen, wobei dabei auch die mündlichen Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und Verwandten sowie der kurz vor Eintritt des Wachkomas geäußerte Sterbewunsch zu berücksichtigen wären. Die Entbehrlichkeit der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 4 BGB (vgl. hierzu nachfolgend III.1. b) gilt im Übrigen nicht, wenn bei Vorhan-

7 Die Patientenverfügung enthielt hierzu folgende Vollmacht, „(...) an meiner Stelle mit der behandelnden Ärztin (...) alle erforderlichen Entscheidungen abzusprechen. Die Vertrauensperson soll meinen Willen im Sinne dieser Patientenverfügung einbringen (...) und in meinem Namen Einwendungen vortragen, die die Ärztin (...) berücksichtigen soll.“ Zu dieser Vollmacht vgl. noch unten III.1. c.

densein mehrerer Betreuer bzw. Bevollmächtigter Uneinigkeit über den Behandlungsabbruch besteht.

### III. Stellungnahme

#### 1. Zur Entscheidung vom 6.7.2016

Die Entscheidung vom 6.7.2016 ist in weiten Teilen nachvollziehbar begründet, die Ablehnung einer wirksamen Patientenverfügung und sogar eines relevanten Behandlungswunsches überrascht jedoch und überzeugt so nicht.<sup>8</sup>

a) Es ist zwar zutreffend, dass die Formulierung „dass aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt“ durchaus auslegungsbedürftig ist und im Einzelfall schwierige Abgrenzungsprobleme aufwerfen kann. Im konkreten Fall hat jedoch immerhin der gerichtlich eingesetzte medizinische Sachverständige das Vorliegen eines solchen Dauerschadens bejaht, sodass nicht recht einleuchtet, warum diese Bestimmung jedenfalls für den konkreten Fall zu unpräzise sein soll.

Errichtet eine gesunde Person eine Patientenverfügung, können die Situationen, für die ein Behandlungsabbruch gewünscht wird, naturgemäß nur mit einer gewissen Allgemeinheit beschrieben werden. Dementsprechend stellt der BGH zunächst auch völlig zutreffend fest: „Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen aber auch nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht“. Er zitiert damit die Entscheidungsgründe seiner Vorgängerentscheidung vom 17.9.2014,<sup>9</sup> jedoch ohne den damaligen Zusatz: „Andernfalls wären nahezu sämtliche Patientenverfügungen unverbindlich, weil sie den Anforderungen an die Bestimmtheit nicht genügen (...).“<sup>10</sup> Zutreffend ist auch die Beurteilung des BGH, dass alleine die Formulierung, „keine lebensverlängernden Maßnahmen“ zu wünschen, keine ausreichend bestimmte Behandlungsentscheidung enthält.

Doch waren in der betreffenden Patientenverfügung zusätzlich vier (durchaus übliche) Behandlungssituationen aufgezählt, in denen keine lebensverlängernden Maßnahmen gewünscht waren. Die am besten auf den Krankheitszustand passende Behandlungssituation, nämlich der „schwere Dauerschaden am Gehirn“, war dem BGH jedoch „zu wenig präzise“, als dass sie einen „Rückschluss auf einen gegen konkrete Behandlungsmaßnahmen – hier die künstliche Ernährung mittels PEG-Sonde – gerichteten Willen der Betroffenen erlaubt“. Der BGH nimmt jedoch weiter an, dass eine „erforderliche Konkretisierung (...) durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen erfol-

gen“ kann; im vorliegenden Fall fehlt ihm für die in der Patientenverfügung erwähnten Behandlungssituationen ein ausreichender Bezug auf „konkrete Behandlungsmaßnahmen“. Überzeugt dies?

Zutreffend müssen in einer Patientenverfügung sowohl Behandlungssituation als auch Behandlungsfolge (vergleichbar Tatbestand und Rechtsfolge) ausreichend bestimmt festgelegt sein. Bestimmte angeordnete Behandlungsfolgen vermögen allerdings ersichtlicherweise nur in Ausnahmefällen eine zu unbestimmte Behandlungssituation ausreichend zu konkretisieren. Im vorliegenden Fall waren vier Behandlungssituationen aufgezählt und eine Behandlungsfolge genannt, nämlich „keine lebensverlängernden Maßnahmen“, wenn eine der Behandlungssituationen festgestellt ist. Es erscheint nun kaum bestreitbar, dass die eingesetzte künstliche Ernährung durch eine PEG-Sonde eine lebensverlängernde Maßnahme darstellt. Inwiefern Behandlungssituation und -folge nicht ausreichend bestimmt sein sollen, ist deshalb nicht recht nachvollziehbar. Aus der BGH-Entscheidung wird auch nicht ganz klar, ob der BGH die Behandlungssituation für zu wenig präzise beschrieben hält oder die Behandlungsfolgen. Letztere hätten zum Beispiel konkretisiert werden können durch Ergänzungen wie etwa „keine künstliche Ernährung, keine Wiederbelebung, keine künstliche Beatmung, keine Dialyse“ – doch wäre daraus wirklich ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn abzuleiten? Wer in bestimmten Situationen „keine lebensverlängernden Maßnahmen“ wünscht, möchte in diesen Fällen keine medizinischen Maßnahmen, die den natürlichen Sterbevorgang künstlich verlängern. Eine genaue Aufzählung, was man alles nicht will, erscheint hier überflüssig und wird auch – anders als zum Beispiel in § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB für Vollmachten – gesetzlich nicht vorausgesetzt.<sup>11</sup> Zutreffend hat *Putz* die BGH-Entscheidung kritisiert, der BGH habe „Zweifel konstruiert, wo man keine haben konnte“.<sup>12</sup>

Soweit der BGH in seiner Entscheidung unter Ziffer 3. c. cc 2 der Entscheidung = Tz. 55 ff. auch darauf abgestellt hat, dass die Patientin nach dem Hirnschlag zunächst noch ansprechbar war und offenbar keine Einwände gegen die bereits zu diesem Zeitpunkt gesetzte PEG-Sonde vorgebracht hat, lässt der BGH dabei freilich außer Acht, dass in diesem Moment gerade noch kein schwerer Dauerschaden des Gehirns vorlag, sodass insoweit kein abweichender Wille zu der von ihr verfassten Patientenverfügung gefolgert werden kann.

b) Der entscheidende Gesichtspunkt dürfte für den BGH letztlich in dem Umstand gelegen haben, dass sich sowohl die primär Bevollmächtigte als auch betreuende Ärztin übereinstimmend gegen einen Behandlungsabbruch aussprachen.<sup>13</sup> Dies wollte der BGH insbesondere vor der Wertung des

8 So auch *Müller*, ZEV 2016, 605, 608 f.; *Sternberg-Lieben*, MedR 2017, 42; *Schiffer*, ZErB 2016, 337. Anders jedoch *Seibl*, NJW 2016, 3277, 3279 f.

9 BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 138, 142.

10 Daraus sollte jedoch nicht schon gefolgert werden können, dass der BGH seine generelle Sichtweise geändert hat und die üblichen Patientenverfügungen nicht mehr als solche anerkennt (siehe hierzu noch nachfolgend III.1.).

11 So zutr. *Sternberg-Lieben*, MedR 2017, 42, 44; vgl. hierzu auch bereits *Weigl*, NotBZ 2016, 89, 96.

12 So der Medizinrechtler *Putz* in einem Interview mit der Legal Tribune Online am 16.8.2016, vgl. [www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-xii-zb-6116-patientenverfuegung-anforderungen-lebensverlaengernde-massnahmen-bestimmtheit](http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-xii-zb-6116-patientenverfuegung-anforderungen-lebensverlaengernde-massnahmen-bestimmtheit).

13 Vgl. *Müller*, ZEV 2016, 605, 607. Teils wird freilich auch befürchtet, dass der BGH in seit der letzten Entscheidung vom 17.9.2014 geänderter Besetzung nun eine neue, restriktivere Richtung bei der Anerkennung von Patientenverfügungen einschlägt, vgl. *Sternberg-Lieben*, MedR 2017, 42, 43.

§ 1904 Abs. 4 BGB (kein Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung für einen Behandlungsabbruch bei Übereinstimmung zwischen Betreuer und Arzt) nicht gerichtlich korrigieren, was im Ausgangspunkt durchaus nachvollziehbar ist. Der BGH hat im konkreten Fall jedoch ausgeblendet, dass die behandelnde Ärztin für Fälle wie den vorliegenden offenbar nicht besonders kompetent war, wie sich insbesondere aus ihrer irrigen Meinung, die Einstellung der künstlichen Ernährung führe zu einem qualvollen Verhungern, ergibt.<sup>14</sup> Leider lässt sich den Entscheidungsgründen nicht entnehmen, warum die bevollmächtigte Tochter auch nach den Richtigstellungen durch den gerichtlichen Sachverständigen bei ihrer Meinung blieb. Aus den Entscheidungsgründen der Vorinstanz ergibt sich hierzu noch, dass die Patientin sich nicht im Sterbeprozess befand, insbesondere gute Laborwerte bezüglich Leber-, Nieren- und Herzfunktion aufwies, und die Ärztin aus dem Einleitungssatz der Patientenverfügung: „Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten“, folgerte, dass wegen des aus Sicht der Ärztin erträglichen Lebens eine Weiterbehandlung gewünscht war. Dem steht freilich der ausdrückliche Wortlaut der Patientenverfügung entgegen, wonach der Folgesatz lautet: „Dagegen wünsche ich, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist, dass (...) ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt“, weil hierdurch der Wunsch zur Behandlung aus dem Einleitungssatz eindeutig wieder aufgehoben wird.<sup>15</sup>

Letztlich liegt das Problem in dem vorliegenden Fall darin, dass die behandelnde Ärztin für solche Fälle wenig Kompetenz zeigte und die Bevollmächtigte ärztlich unrichtig beraten wurde. Ein Vollmachtsmissbrauch durch den Bevollmächtigten kann hier nicht ohne Weiteres bejaht werden. Eine gewisse Zurückhaltung der Rechtsprechung, hier einzugreifen, ist nachvollziehbar. Auf der anderen Seite muss trotzdem, insbesondere von der Rechtsprechung, dafür gesorgt werden, dass Patientenverfügungen auch bei einem solchen Vollmachtsmissbrauch nicht faktisch außer Kraft gesetzt werden.<sup>16</sup>

Die Ablehnung einer wirksamen Patientenverfügung durch den BGH wegen mangelnder Bestimmtheit überzeugt daher nicht. Erst recht gilt dies für die Nichtberücksichtigung der „Patientenverfügung“ als Behandlungswunsch.<sup>17</sup>

14 Vgl. *Merkel*, MedR 2017, 1, 5; ebenso der von der Vorinstanz bestellte Gutachter, LG Mosbach (Fn. 1) unter II. a. E.

15 So zutr. LG Mosbach (siehe Fn. 1) unter Ziffer II. Der BGH setzt sich dagegen in Ziffer II. 3. c. = Tz. 55 ff. ebenfalls über den klaren Wortlaut der Patientenverfügung hinweg und behauptet einen „weiten Interpretationsspielraum“.

16 So zutr. *Müller*, ZEV 2016, 605, 607.

17 Vgl. Ziffer II. 3. c. = Tz. 52 ff.: „Für die Annahme eines Behandlungswunsches ist ein mit einer Patientenverfügung vergleichbares Maß an Bestimmtheit zu verlangen. (...) Hier fehlt es der in den beiden handschriftlichen Patientenverfügungen (...) enthaltenen Bezeichnung „lebensverlängernde Maßnahmen“ (...) an der für einen (...) Behandlungswunsch erforderlichen Bestimmtheit.“ *Reetz* scheint dies in seiner Besprechung in der RNotZ 2016, 571, 573 zu übersehen. Allerdings überzeugt die BGH-Entscheidung auch an dieser Stelle nicht und deshalb ist *Reetz* in der Sache durchaus recht zu geben, vgl. noch nachfolgend Ziffer 2.

c) Eine Aufhebung der Vorinstanz wäre dem BGH ggf. mit anderer, stichhaltigerer Begründung möglich gewesen. Wenn der BGH die Wirksamkeit der Patientenverfügung im Grundsatz richtigerweise bejaht hätte, wäre immer noch zu prüfen gewesen, ob die Weisungen in der Patientenverfügung auf die aktuell eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Der BGH führt unter Ziffern II. 3. a. = Tz. 35 ff. und II. 3. b = Tz. 41 ff. a. E. aus: „In diesem Zusammenhang hat der Bevollmächtigte auch zu hinterfragen, ob die Entscheidung noch dem Willen des Betroffenen entspricht, was die Prüfung einschließt, ob das aktuelle Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Betroffenen konkrete Anhaltspunkte dafür liefert, dass er unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen will, und ob er bei seinen Festlegungen diese Lebenssituation mitbedacht hat. (...) Zum anderen ist auch in den Blick zu nehmen, ob der Betroffene die Bindungswirkung seiner etwaigen Willensäußerung für den Bevollmächtigten eingeschränkt hat.“

Etwas überraschend erscheint dann der weitere Hinweis des BGH, es solle die „persönliche Anhörung der Betroffenen“ nachgeholt werden (Ziffer III. = Tz. 60 f.). Nach den Feststellungen der Vorinstanz dürfte sich daraus in Anbetracht des Krankheitszustands der Betroffenen (siehe oben I.) kaum etwas Relevantes ergeben, auch wenn man keine Geschäftsfähigkeit für die Änderung einer behandlungseinschränkenden Patientenverfügung verlangt.<sup>18</sup>

Nicht recht nachvollziehbar erscheint schließlich das vom BGH weiter vorgebrachte Argument, in einer ergänzenden Vollmacht hätte die Vollmachtgeberin mit der in der Fn. 7 zitierten Formulierung: „Die Vertrauensperson soll meinen Willen im Sinne dieser Patientenverfügung einbringen (...) und in meinem Namen Einwendungen vortragen, die die Ärztin (...) berücksichtigen soll.“, zum Ausdruck gebracht, dass die Bevollmächtigte nur eingeschränkt an die Bestimmungen in der Patientenverfügung gebunden sein und einen weiten Ermessensspielraum haben sollte. Ich würde dagegen der Formulierung entnehmen, dass die Bevollmächtigte zur Durchsetzung der Patientenverfügung beauftragt war. Soweit die Bevollmächtigte konkrete Umstände vortragen konnte bzw. kann, warum die Patientin trotz der Patientenverfügung keinen Behandlungsabbruch in dieser Situation mehr haben wollte, könnte dies dann durchaus berücksichtigt und nach Zurückverweisung an die Vorinstanz näher geprüft werden. Es würde sich damit im Ergebnis eine Beweislastumkehr ergeben. Die einzige eindeutig nachweisliche Willenskundgebung

18 Unter Ziffer II. 3. c. = Tz. 55 ff. der Entscheidung ist zwar auch die Rede von „gezeigten Reaktionen“ der Betroffenen in der erstinstanzlichen Anhörung; nach den Feststellungen der Vorinstanz dürfte es sich aber kaum um willensgesteuerte Reaktionen handeln. Ob und inwieweit tatsächlich noch eine gewisse Kommunikations- bzw. Einwilligungsfähigkeit gegeben ist, lässt sich den Entscheidungsgründen nicht eindeutig entnehmen. Vgl. hierzu auch *Merkel*, MedR 2017, 1, 4.

der Patientin (in Form der Patientenverfügung) praktisch völlig zu negieren, war und ist nicht der richtige Weg.<sup>19</sup>

## 2. Zur Entscheidung vom 8.2.2017

Die Entscheidung des BGH vom 8.2.2017 führt seinen Beschluss vom 6.7.2016 fort, enthält hierzu aber auch eine Klarstellung bzw. Konkretisierung.

Zum einen wird nunmehr klargestellt, dass die in einer Patientenverfügung angeordnete (Nicht-)Behandlungsfolge „keine lebensverlängernde Maßnahme“ bei einer ausreichend bestimmt angeordneten Behandlungssituation jedenfalls dann eine ausreichende Behandlungsentscheidung darstellen kann, wenn zusätzlich bestimmt ist, „dass die Behandlung und Pflege in diesem Fall auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein soll“ (Ziffer II. 2. c. = Tz. 23 ff.). Damit ist zur Entscheidung vom 6.7.2016 geklärt, dass dort lediglich die maßgebliche Behandlungssituation („schwerer Dauerschaden des Gehirns“) als zu unbestimmt angesehen wurde. Außerdem kann als geklärt angesehen werden, dass die Behandlungssituation „keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins“ ausreichend bestimmt für eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB ist (Ziffer II. 2. c. = Tz. 23 ff.).

Ohne dem Gutachter und dem LG Landshut vorgreifen zu wollen, kann nach derzeitigem medizinischen Stand bei einem Wachkoma von rund acht Jahren wohl ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht. Vielfach wird als relevanter Beurteilungszeitraum bei einem traumatisch bedingten Wachkoma zwölf Monate bzw. bei einem nicht traumatisch bedingten Wachkoma drei Monate genannt.<sup>20</sup> Gerade beim traumatisch bedingten Wachkoma kommt es aber offenbar auch nach zwölf Monaten bei einer nicht unerheblichen Anzahl von Wachkomapatienten noch zu einer Wiedererlangung des Bewusstseins, wenn auch meist unter dauerhaftem Fortbestand sonstiger schwerer Gesundheitsbeeinträchtigungen.<sup>21</sup> Nach meh-

ren Jahren Wachkoma hat allerdings auch dieser Gesichtspunkt keine praktische Bedeutung mehr.<sup>22</sup>

Für Ärzte macht es die vorgenannte Rechtsprechung nicht gerade einfacher. Ein schwerer Dauerschaden des Gehirns dürfte eher leichter zu diagnostizieren sein als „keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins“, zumal schon die Diagnose eines Wachkomas schwierig ist<sup>23</sup> und nicht weniger die Einschätzung eines möglichen medizinischen Fortschritts im Laufe der kommenden Jahre.

Weiter unklar erscheint die Sichtweise des BGH zu Behandlungswünschen im Sinne des § 1901a Abs. 2 BGB. Hierunter fallen nach der BGH-Entscheidung Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation, die „aber den Anforderungen an eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB nicht genügen, etwa weil sie nicht schriftlich abgefasst wurden, keine antizipierenden Entscheidungen treffen oder von einem minderjährigen Betroffenen verfasst wurden.“ Dazu soll auch eine Patientenverfügung gehören, „die nicht sicher auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen passt und deshalb keine unmittelbare Wirkung entfaltet“ (Ziffer II. 3. b. = Tz. 32 f.).<sup>24</sup> In einem gewissen Widerspruch steht meines Erachtens dazu, wenn der BGH dann im Weiteren ausführt: „Sollte das Beschwerdegericht daher zu dem Ergebnis gelangen, dass die Patientenverfügung auch für die derzeitige Behandlungssituation der Betroffenen keine hinreichend bestimmten Angaben zu den medizinischen

Gleichzeitig gilt allerdings auch für 90 % derjenigen, die wach geworden sind, dass sie in einem körperlich schwer beeinträchtigten Zustand verbleiben. Aber die Patienten sind eben wach und kontaktfähig.“, vgl. unter: [www.schoen-kliniken.de/ptp/medizin/nerven/art/01940/](http://www.schoen-kliniken.de/ptp/medizin/nerven/art/01940/). Nicht ganz klar ist, auf welchen Zeitraum sich der erwähnte „Langzeitverlauf“ bezieht. Der BGH hat in seiner Entscheidung (Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 138) in Ziffer II. 3. a. festgestellt: „Weiter haben die Sachverständigen ausgeführt, dass – auch wenn es immer wieder vereinzelte Fallberichte zu klinischen Besserungen nach langer Zeit gebe – die Wahrscheinlichkeit für ein bewusstes, unabhängiges Leben bei 0 % liege, wenn der fortdauernde vegetative Status eines Patienten, wie bei der Betroffenen, länger als sechs Monate andauere.“ Dies ist in dieser Allgemeinheit allerdings wohl nicht zutreffend, vgl. Weigl, NotBZ 2016, 89, 92 ff.

22 In den seltenen Fällen, in denen eine recht gute Erholung nach sehr langer Komadauer beschrieben wurde, lag bei genauer Hinsicht wohl überwiegend kein Wachkoma, sondern ein MCS oder Locked-in-Syndrom vor, vgl. z. B. [www.aerzteblatt.de/nachrichten/24788/Hirnforscher-Neues-Nervenwachstum-erklart-Erwachen-nach-19-Jahren-Koma](http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/24788/Hirnforscher-Neues-Nervenwachstum-erklart-Erwachen-nach-19-Jahren-Koma) oder [www.spiegel.de/panorama/polnischer-wunderpatient-der-mann-der-doch-nicht-19-jahre-schlieft-a-486584.html](http://www.spiegel.de/panorama/polnischer-wunderpatient-der-mann-der-doch-nicht-19-jahre-schlieft-a-486584.html) (wobei im letzteren Fall der Patient zwar offenkundig nicht 19 Jahre im Koma verbracht hatte, womöglich aber zumindest vier Jahre). Vgl. ferner z. B. den Bericht [www.stern.de/panorama/wissen/mensch/fuenf-jahre-im-wachkoma-das-wunder-von-preetz-6319068.html](http://www.stern.de/panorama/wissen/mensch/fuenf-jahre-im-wachkoma-das-wunder-von-preetz-6319068.html).

23 Das Risiko einer Fehldiagnose soll bis zu 40 % betragen, vgl. Weigl, NotBZ 2016, 89, 93.

24 Ebenso bereits BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 138 (unter II. 2. c.): „Auch eine Patientenverfügung i. S. d. § 1901a Abs. 1 BGB, die jedoch nicht sicher auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen passt und deshalb keine unmittelbare Wirkung entfaltet, kann als Behandlungswunsch Berücksichtigung finden.“

19 Müller, ZEV 2016, 605, 608 f., mit dem zutr. Hinweis, dass nach allen praktischen Erfahrungen Personen, die eine übliche Patientenverfügung unterzeichnen, jedenfalls nicht jahrelang „künstlich“ am Leben erhalten werden wollen, wenn ein „bewusstseinsgetragenes und umweltbezogenes Leben dauerhaft nicht möglich ist“. Nicht nachvollziehbar ist für mich dagegen die Aussage des BGH, dass die Bevollmächtigte den Willen der Patientin für den vorliegenden Krankheitszustand nur auf den Abbruch der künstlichen Ernährung gerichtet verstehen durfte, sei „nicht ansatzweise ersichtlich“ (Tz. 57 a. E.).

20 Weigl, NotBZ 2016, 89, 94 m. w. N.; Thöns, Patient ohne Verfügung, 2016, S. 90 f.

21 Weigl, NotBZ 2016, 89, 93 ff., 97 f. (mit Hinweis auf eine Studie, wonach auch bei einer Komadauer von über einem Jahr noch eine Wiederaufwachquote von über 10 % bestehen soll); Bender/Jox/Grill/Straube/Lulé, Deutsches Ärzteblatt 2015, 235, 239, abrufbar unter: [www.aerzteblatt.de/pdf/112/14/m235.pdf](http://www.aerzteblatt.de/pdf/112/14/m235.pdf); Lenzen-Schulte, FAZ vom 13.5.2015, S. N1, abrufbar unter [www.faz.net/aktuell/wissen/medizin-ernaehrung/patienten-im-wachkoma-das-bewusstsein-ist-ein-duenner-faden-13587715.html](http://www.faz.net/aktuell/wissen/medizin-ernaehrung/patienten-im-wachkoma-das-bewusstsein-ist-ein-duenner-faden-13587715.html). Zitat Chefarzt Dr. Schön an der Schön Klinik München Schwabing: „Etwa ein Viertel der Wachkomapatienten erlangt im Langzeitverlauf tatsächlich ein echtes Bewusstsein zurück (...).“

Maßnahmen enthält, in die die Betroffene einwilligt oder die sie ablehnt, dürften sich aus der Patientenverfügung ebenfalls keine ausreichend konkreten Behandlungswünsche der Betroffenen entnehmen lassen.“ Meines Erachtens müssten die Bestimmungen in der Patientenverfügung in einem solchen Fall, wenn die fehlende Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins nicht eindeutig diagnostiziert werden kann, aber ein ähnlicher oder vergleichbarer Fall vorliegt, zumindest als Behandlungswunsch mitberücksichtigt werden.<sup>25</sup>

Etwas erstaunlich wirkt schließlich, dass der BGH in seiner „Segelanweisung“ für das LG bei einer etwa notwendigen Feststellung des mutmaßlichen Willens die Einbeziehung der Patientenverfügung nur eher am Rande erwähnt, obwohl gerade dieser schriftlichen Äußerung des Patienten die größte Aussagekraft zukommen dürfte, unabhängig davon, ob die darin enthaltenen Festlegungen als Patientenverfügung oder Behandlungswunsch qualifiziert werden können.

Letztlich bleibt das Resümee: Wenn im vorliegenden Fall die Fakten für einen Behandlungsabbruch nicht ausreichen sollten – wann dann?

#### IV. Zur künftigen Gestaltung von Patientenverfügungen

##### 1. Änderungsbedarf bei den bisher üblichen Mustern, insb. der „Bayer. Patientenverfügung“?

Das Muster aus der vom Bayerische Justizministerium herausgegebenen Broschüre „Vorsorge für Unfall Krankheit Alter“<sup>26</sup> enthält für die Situationen, in denen keine lebensverlängernden Maßnahmen mehr gewünscht werden, folgende Bestimmungen (wobei vorgesehen ist, dass der Verwender die von ihm gewünschten Situationen auf einem vorgegebenen Zusatzfeld entsprechend ankreuzt):

Situationen, für die diese Verfügung gilt:

Wenn ich mich aller Wahrscheinlichkeit nach unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde.

Wenn ich mich im Endstadium einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit befinde, selbst wenn der Todeszeitpunkt noch nicht absehbar ist.

Wenn infolge einer Gehirnschädigung meine Fähigkeit, Einsichten zu gewinnen, Entscheidungen zu treffen und mit anderen Menschen in Kontakt zu treten, nach Einschätzung zweier erfahrener Ärzte oder Ärztinnen aller Wahrscheinlichkeit nach unwiederbringlich erloschen ist, selbst wenn gelegentlich Reaktionen auf äußere Reize beobachtet werden und der Todeszeitpunkt noch nicht absehbar ist. Dies gilt für direkte Gehirnschädigung, zum Beispiel durch Unfall, Schlaganfall, Entzündung, ebenso wie für indirekte Gehirnschädigung, zum Beispiel nach Wiederbelebung, Schock oder Lungenversagen. Es ist mir bewusst, dass in solchen

Situationen die Fähigkeit zu Empfindungen erhalten sein kann, dass eine Besserung dieses Zustands aber äußerst unwahrscheinlich ist.

Wenn ich infolge eines sehr weit fortgeschrittenen Hirnabbauprozesses (zum Beispiel Demenzerkrankung) auch mit ausdauernder Hilfestellung nicht mehr in der Lage bin, Nahrung und Flüssigkeit auf natürliche Weise zu mir zu nehmen.

[vom Verfügenden auszufüllendes Leerfeld]

Vergleichbare, hier nicht ausdrücklich erwähnte Krankheitszustände sollen entsprechend beurteilt werden.

Wohl die Mehrzahl der anderweitig erhältlichen Mustertexte geht, zumindest was die Beschreibung der Situationen für einen gewünschten Behandlungsabbruch betrifft, auf das in der vorgenannten Broschüre enthaltene Muster zur Patientenverfügung zurück, so zum Beispiel auch die Muster des BMJV oder der Ärztekammern.<sup>27</sup>

Es wird nun bezweifelt, ob diese Formulierungen ausreichend bestimmt sind, um als Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB anerkannt werden zu können.<sup>28</sup> Das BMJV geht – ebenso wie das BayStMJ – davon aus, dass die von ihnen vorgeschlagenen Musterformulierungen jedenfalls in der aktuellen Fassung den Anforderungen des BGH genügen.<sup>29</sup> Dafür spricht insbesondere die ausführliche Regelung zu den Behandlungsfolgen für die erwähnten Behandlungssituationen. Dagegen spricht, dass die Behandlungssituationen meines Erachtens teilweise nicht erheblich präziser erscheinen als die Regelung in der vom BGH zu beurteilenden Patientenverfügung und sich die Regelungen zu den Behandlungsfolgen – entgegen der etwas missverständlichen Formulierung des BGH in seiner Entscheidung vom 6.7.2016 – nicht zu einer Konkretisierung der Behandlungssituationen eignen (vgl. oben II. 1.).

Als unkritisch und ausreichend bestimmt kann die erste beschriebene Situation angesehen werden, in der bereits nach den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung<sup>30</sup> keine lebensverlängernden Maßnahmen mehr

<sup>27</sup> Zur Broschüre des BMJV siehe [www.bmjbv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Patientenverfuegung.html](http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Patientenverfuegung.html). Zu den Broschüren der Ärztekammern siehe [www.bundesaerzte.kammer.de/page.asp?his=2.60.1769](http://www.bundesaerzte.kammer.de/page.asp?his=2.60.1769), ferner [www.patientenverfuegung.de/vergleichstabelle](http://www.patientenverfuegung.de/vergleichstabelle) (mit Hinweis auf weitere Muster). Ein eher eigenständiger Formulierungsvorschlag findet sich in *Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte*, 4. Aufl. 2015, Teil 5, F. VII. Rdnr. 2199. Ausführliche Übersicht zu Formularen betreffend Patientenverfügungen in der „Verfügungsliste“ von Dr. May unter [www.ethikzentrum.de/patientenverfuegung/verfuegungsliste/verfuegungen.htm](http://www.ethikzentrum.de/patientenverfuegung/verfuegungsliste/verfuegungen.htm).

<sup>28</sup> *Bamberger/Roth/Müller*, BGB, § 1901a Rdnr. 9a; Müller, ZEV 2016, 605, 608; Weber, NZFam 2016, 959. Zu plakativ der Mediziner Dr. Brandenburg auf seiner Homepage [www.dipat.de/bgh](http://www.dipat.de/bgh) „BGH-Urteil: Millionen Patientenverfügungen wirkungslos“.

<sup>29</sup> [www.freistaat.bayern/dokumente/leistung/299431265284](http://www.freistaat.bayern/dokumente/leistung/299431265284) sowie die nach der BGH-Entscheidung herausgegebenen Neuauflagen der Broschüren, die freilich gegenüber den bisherigen Auflagen keine grundlegenden Änderungen enthalten.

<sup>30</sup> Deutsches Ärzteblatt 2011, A 346 ff., Download: [www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.6.5048](http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.6.5048). Vgl. hierzu auch Empfehlungen der Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt, 2013, A 1580 ff. (Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis) unter Ziffer 2 und 10, Download wie vor. Hierzu erläuternd *Lipp*, notar 2014, 111 (auch mit Abdruck der Empfehlungen).

<sup>25</sup> Vgl. auch MünchKomm-BGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 1901a Rdnr. 22 a. E.; Müller, ZEV 2016, 605, 608 f.; ferner oben 1b a. E., insbesondere Fn. 17.

<sup>26</sup> Mittlerweile in 17. Aufl. erschienen und kostenlos als Download erhältlich: [www.verwaltungsservice.bayern.de/dokumente/leistung/299431265284](http://www.verwaltungsservice.bayern.de/dokumente/leistung/299431265284).

durchgeführt werden sollen (vgl. dort Ziffer I.), es also regelmäßig bereits an einer medizinischen Indikation zu lebensverlängernden Maßnahmen fehlt. Auch die zweite beschriebene Situation<sup>31</sup> wird im Grundsatz offenbar für ausreichend bestimmbar gehalten (vgl. hierzu die Grundsätze der Bundesärztekammer unter Ziffer II.), wobei allerdings der genaue Zeitpunkt des Beginns des „Endstadiums“ im konkreten Fall vielfach schwierig zu bestimmen sein wird. Kritisch sehe ich die dritte (Nicht-)Behandlungssituation, wie näher bereits anderenorts dargelegt, die vor allem das Wachkoma betrifft.<sup>32</sup> Auch wenn man diese Bestimmung nicht als zu unpräzise im Sinne der jüngeren BGH-Rechtsprechung ansieht, wird die praktische Anwendbarkeit meines Erachtens in nicht wenigen Fällen daran scheitern, dass Ärzte die insoweit für einen Behandlungsabbruch erforderliche Prognose nicht oder erst nach langer Wachkomadauer abgeben werden können, insbesondere weil nach neueren medizinischen Erkenntnissen ein Wiederaufwachen mit den beschriebenen Fähigkeiten auch nach längerer Komadauer oftmals nicht „aller Wahrscheinlichkeit nach“ ausgeschlossen werden kann.<sup>33</sup> Vorschläge für eine mögliche Verbesserung der Formulierung habe ich an anderer Stelle gemacht.<sup>34</sup> Die vierte Behandlungssituation dürfte dadurch ausreichend konkretisiert sein, dass auf die Unfähigkeit einer natürlichen Nahrungsaufnahme abgestellt wird.<sup>35</sup>

Fast etwas verwunderlich erscheint, dass die jeweils nicht gewünschten Behandlungen in den genannten Formularen jeweils im Einzelnen angekreuzt werden müssen. Nach meinen bisherigen praktischen Erfahrungen kann zumindest ich mir eigentlich kaum vorstellen, dass der Ersteller einer Patientenverfügung bestimmte der erwähnten Behandlungssituationen ankreuzt, um dann bei den Behandlungsfolgen doch eine künstliche Beatmung, Dialyse, künstliche Ernährung oder Wiederbelebensmaßnahmen zu wünschen. Die Vorschläge des BMJV sehen allerdings alternativ das Ankreuzen einer Maximaltherapie vor, sodass man sogar auch in den ersten beiden Behandlungssituationen eine möglichst lange künstliche Lebensverlängerung bestimmen kann – aber wer will das wirklich?<sup>36</sup> Auch wenn es nicht überzeugt, dass die gewünschten Behandlungsfolgen in einer Patientenverfügung im Einzelnen näher aufgezählt werden müssen, sollte dies unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung und zur Verdeutlichung

für Patient, Ärzte und Betreuer bzw. Bevollmächtigte so gehandhabt werden.<sup>37</sup>

Da der BGH in seiner Entscheidung erkennen lässt, dass auch eine nicht mehr entscheidungsfähige<sup>38</sup> Person seine früheren Bestimmungen in einer Patientenverfügung durch sein späteres Verhalten außer Kraft setzen kann,<sup>39</sup> sollte eine diesbezügliche Festlegung in der Patientenverfügung erfolgen, wenn – wie wohl meist gewünscht – eine solche Willensänderung nicht unterstellt werden bzw. unbeachtlich bleiben soll.<sup>40</sup> Noch nicht ganz geklärt erscheint freilich, ob der BGH eine solche Bestimmung überhaupt anerkennt.<sup>41</sup>

Liegen seitens eines Patienten eine Patientenverfügung und eine *Organspendeerklärung* (mit der Bereitschaft zu einer Organspende) vor, wird in der Regel ein in der Patientenverfügung bestimmter Behandlungsabbruch zeitlich etwas hinausgeschoben werden dürfen, um die Organspende zu ermöglichen.<sup>42</sup> Es wird empfohlen, dies in der Patientenverfügung entsprechend klarzustellen.<sup>43</sup>

## 2. Weitere Angebote/Anbieter zur Erstellung einer Patientenverfügung

Mittlerweile gibt es für Patientenverfügungen (und Vorsorgevollmachten) eine Vielzahl von Anbietern, teils kostenlos, teils kostenpflichtig. Die kostenlosen Angebote im Internet bieten für die konkrete Ausgestaltung einer Patientenverfügung meist nicht bzw. nicht nennenswert mehr als die genannten Vorschläge der Justizministerien bzw. der Ärztekammern.<sup>44</sup> Ähnliches gilt für verschiedene kostenpflichtige Angebote im

31 Grundsätze der BÄK (Fn. 30) unter Ziffer II.

32 Weigl, NotBZ 2016, 89, 97 f.

33 Nachweise in Fn. 21.

34 Weigl, NotBZ 2016, 89, 98 f.

35 Zu einer möglichen Alternativ- bzw. Ergänzungsformulierung Weigl, NotBZ 2016, 89, 97.

36 Nach einer neulich veröffentlichten Studie soll sich die überwiegende Anzahl der Befragten skeptisch gegenüber einer Patientenverfügung geäußert haben, vgl. <https://community.beck.de/2016/10/13/ihr-verfluchten-racker-wollt-ihr-denn-ewig-leben-zurueckhaltende-resonanz-bei-patientenverfuegungen>. Diese bezieht sich aber, soweit mir ersichtlich, nicht primär auf die in den genannten Patientenverfügungen beschriebenen Situationen, sodass die dortige Folgerung, eine Mehrheit lehne Patientenverfügungen mit dem Ziel eines Behandlungsabbruchs in den üblicherweise genannten Situationen ab, wohl irreführend ist und der zunehmenden Anzahl errichteter Patientenverfügungen ([www.ifd-allensbach.de/uploads/tx\\_reportsdocs/PD\\_2014\\_20.pdf](http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reportsdocs/PD_2014_20.pdf)) widerspricht.

37 So auch Müller, ZEV 2016, 605, 609.

38 Gemeint sein dürfte damit die natürliche Einwilligungsfähigkeit, vgl. hierzu MünchKomm-BGB/Schwab, § 1901a Rdnr. 9; Palandt/Ellenberger, 76. Aufl. 2017, Vor § 104 Rdnr. 8.

39 Vgl. oben I. 3. u. II. 3.; auf abweichende Meinungen, z. B. MünchKomm-BGB/Schwab, § 1901a Rdnr. 37, geht der BGH überhaupt nicht ein; immerhin kann er sich auf die Gesetzesbegründung zu § 1901a BGB berufen, wie auch in den Entscheidungsgründen erfolgt.

40 Z. B. in der „Bayerischen“ Patientenverfügung (Fn. 26) a. E.: „Darum wünsche ich nicht, dass mir in der konkreten Situation der Nichtentscheidungsfähigkeit eine Änderung meines Willens unterstellt wird, solange ich diesen nicht ausdrücklich (schriftlich oder nachweislich mündlich) widerrufen habe.“ Vgl. auch Lindner/Huber, NJW 2017, 6.

41 Selbstverständlich ist dies wohl nicht, vgl. die entsprechende Fragestellung bei Lindner/Huber, NJW 2017, 6.

42 Hierzu näher die Empfehlungen der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, a. a. O. (Fn. 30), unter Ziffer 2. d samt dort beigefügter Anlage: Arbeitspapier zum Verhältnis von Patientenverfügung und Organspendeerklärung; Lipp, notar 2014, 111.

43 DNotI-Report 2013, 14; Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 588 ff. Für zwingend notwendig halte ich eine Erörterung dieser Frage jedoch nicht (abweichend Schlums, ZNotP 2016, 402, 409 ff.), zumal nach meinen Erfahrungen aus der Praxis die Ersteller einer Patientenverfügung einer Organspende überwiegend skeptisch gegenüberstehen (teilweise wieder etwas relativiert bei einer Organspende zugunsten naher Angehöriger).

44 Z. B. das Online-Angebot der DEVK (in Zusammenarbeit mit der Deutschen Anwaltshotline) unter <https://dokumentenassistentpbv.dahag-web.de/>.

Internet.<sup>45</sup> Möglichkeiten zur Gestaltung einer erheblich stärker individualisierten Patientenverfügung mit weiteren zusätzlichen Behandlungssituationen und -folgen bieten zum Beispiel der Humanistische Verband Deutschlands, Landesverband Berlin-Brandenburg e. V.<sup>46</sup> sowie DIPAT<sup>47</sup>. Auch vor Ort gibt es zunehmend persönliche Beratungsangebote, insbesondere von gemeinnützigen Trägern/Organisationen.<sup>48</sup>

Vor diesem Hintergrund kann, darf und muss nun jeder Notar/jede Notarin selbst entscheiden, ob man sich künftig darauf beschränkt, die Mandanten für die Patientenverfügung auf „übliche“ Formulare oder andere Beratungsstellen zu verweisen, ob man selber ein allgemeines Muster<sup>49</sup> zur Verfügung stellt (mit dem Hinweis, dass dieses nur eine Anregung für relevante Regelungsbereiche darstellt und individuelle Überprüfung und ggfs. Anpassung erfordert) oder ob man auch, wenn gewünscht, eine genaue individuelle Ausarbeitung selbst übernimmt.<sup>50</sup>

### 3. Relevanz von Patientenverfügungen – Alternativen

Die Bedeutung von Patientenverfügungen wird teilweise etwas in Frage gestellt.<sup>51</sup> So mehren sich die Stimmen, die in den typisch ausweglosen Situationen, wie in den Patientenverfügungen üblicherweise genannt, bereits die medizinische Indikation für eine Weiterbehandlung ablehnen, sodass es dann für einen Behandlungsabbruch auf eine diesbezügliche Patientenverfügung gar nicht mehr ankäme.<sup>52</sup> In der bisher über-

wiegenden Praxis hat sich dies bisher jedoch noch nicht durchgesetzt.<sup>53</sup> Ob sich durch die Entscheidung des LG München vom 18.1.2017 eine Änderung anbahnt, lässt sich meines Erachtens noch nicht absehen.<sup>54</sup>

Außerdem soll einem Bevollmächtigten die Befugnis eingeräumt werden können, auch ohne Patientenverfügung über einen Behandlungsabbruch beim Vollmachtgeber entscheiden zu können.<sup>55</sup> Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 6.7.2016 allerdings formuliert: „kann der Betroffene eine Vertrauensperson (...) auch mit einer eigenständigen Entscheidung auf der Grundlage des mutmaßlichen Willens des Betroffenen bevollmächtigen“ und an anderer Stelle: „Kann ein auf (...) die Beendigung einer ärztlichen Maßnahme gerichteter Wille des Betroffenen auch nach Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen nicht festgestellt werden, gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betroffenen zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen.“ Ein Behandlungsabbruch darf also (entgegen medizinischer Indikation) nach Ansicht des BGH nur aufgrund eines entsprechenden feststellbaren Willens des Patienten erfolgen. Um den Schwierigkeiten der Feststellung eines mutmaßlichen Willens aus dem Weg zu gehen und auch um dem Bevollmächtigten die Entscheidung zu erleichtern, sollte auf eine Patientenverfügung nicht verzichtet werden, wenn in bestimmten Situationen ein Behandlungsabbruch entgegen medizinischer Indikation gewünscht wird.

Soweit das sog. „Advance Care Planning“ (im Sinne einer gesundheitlichen Versorgungsplanung für die letzte Lebensphase) „klassischen“ Patientenverfügungen gegenüber als fortschrittlicher angesehen wird,<sup>56</sup> kann dies kaum für Fälle gelten, in denen von einer gesunden Person rein vorbeugende Verfügungen für nicht absehbare spätere Krankheitssituationen getroffen werden.<sup>57</sup>

45 Z. B. das – von Finanztip unter [www.finanztip.de/patientenverfuegung](http://www.finanztip.de/patientenverfuegung) empfohlene – Online-Angebot der Deutschen Gesellschaft für Vorsorge mbH in Aschau unter [www.meinepatientenverfuegung.de](http://www.meinepatientenverfuegung.de), das zwar jedenfalls auf den ersten Blick viele individuelle Gestaltungsmöglichkeiten bietet, die jedoch bei näherer Hinsicht wiederum auf die üblichen Formulierungen der Justizministerien, insbesondere des BMJV, hinauslaufen; die zusätzliche Behandlungssituation „Unfall“ geht nach meinem Dafürhalten viel zu wenig differenziert auf die völlig unterschiedlichen möglichen Unfallfolgen ein.

46 [www.patientenverfuegung.de](http://www.patientenverfuegung.de).

47 [www.dipat.de](http://www.dipat.de). Dieses Angebot wird teilweise kritisiert (vgl. Schäfer, ZEIT ONLINE vom 2.6.2016, abrufbar unter: [www.zeit.de/2016/22/patientenverfuegung-computerprogramm-start-up-dipat](http://www.zeit.de/2016/22/patientenverfuegung-computerprogramm-start-up-dipat)), weil die ausformulierte Patientenverfügung viele medizinische Fachbegriffe enthält, die von medizinischen Laien nicht ohne Weiteres zu verstehen sind. Relativiert wird dies freilich dadurch, dass die Begriffe im Online-Angebot näher erläutert werden.

48 Z. B. Örtliche Hospizvereine und Caritasvereine. Zum Projekt „beizeiten begleiten“ im Kreis Neuss die informative Homepage [www.beizeitenbegleiten.de](http://www.beizeitenbegleiten.de).

49 Ein solches Muster findet sich z. B. auf unserer Homepage unter [www.notare.bayern.de/hp/weigl-grob/neuigkeiten.html](http://www.notare.bayern.de/hp/weigl-grob/neuigkeiten.html) (bei: Informationsmaterial).

50 Und die Patientenverfügung dann beurkundet, beglaubigt oder nur privatschriftlich unterschreiben lässt. Teilweise wird die Hinzuziehung eines ärztlichen Beraters für unabdingbar gehalten, vgl. Mesch, LMK 2016, 381606.

51 Siehe oben Fn. 36 sowie unten Fn. 56.

52 Vgl. Thöns, Patient ohne Verfügung, 2016, S. 82 ff.; Coeppicus, NJW 2011, 2085, 2088; skeptisch auch Borasio, Über das Sterben, 10. Aufl. 2012, S. 117 ff.; vgl. ferner Bender/Jox/Grill/Straube/Lulé, a. a. O., S. 235, 240 f.; Holtappels unter [www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/s-0034-1384297](http://www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/s-0034-1384297) und [www.palliativnetz-witten.de/websitebaker/media/holtappels061110.pdf](http://www.palliativnetz-witten.de/websitebaker/media/holtappels061110.pdf).

53 So lag der BGH-Entscheidung vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 138, ein Fall zugrunde, in dem der betreffende Patient künstlich am Leben erhalten wurde, obwohl „die Wahrscheinlichkeit für ein bewusstes, unabhängiges Leben bei 0 % liege“. Vgl. auch Weigl, NotBZ 2016, 89, 94. Es wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass Patientenverfügungen von Pflegediensten gezielt missachtet werden, wohl nicht zuletzt aus finanziellen Gründen (Patienten in sog. „Beatmungs-WGs“ sollen durchschnittlich 20.000 € monatlich kosten, die ambulante Betreuung in diesem Bereich mache ein jährliches Volumen von 3-5 Mrd. Euro aus), vgl. [www.aerzteblatt.de/nachrichten/70404/Pflegedienste-missachten-Patientenverfuegungen](http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/70404/Pflegedienste-missachten-Patientenverfuegungen).

54 Urteil, 9 O 5246/14, GesR 2017, 242, siehe hierzu z. B. [www.lto.de/recht/nachrichten/nlg-muenchen-i-9-o-5246-14-arzt-schmerzengeld-posthum-sterbenskranker/](http://www.lto.de/recht/nachrichten/nlg-muenchen-i-9-o-5246-14-arzt-schmerzengeld-posthum-sterbenskranker/).

55 MünchKomm-BGB/Schwab, § 1901a Rdnr. 61.

56 Z. B. Rixen/Marckmann/in der Schmitt, NJW 2016, 125. Dabei wird darauf hingewiesen, dass Patientenverfügungen in Akutsituationen nur eine begrenzte Aussagekraft beigemessen werden, so das Ergebnis einer Umfrage, vgl. auch [www.aerzte-blatt.de/archiv/172637](http://www.aerzte-blatt.de/archiv/172637). Die Umfrage bezog sich jedoch nur auf 39 Ärzte und 19 Angehörige und erscheint daher nicht allzu belastbar.

57 Die von Mandanten im Notariat mitgeteilten Erfahrungen belegen eher, dass Patientenverfügungen sich in der Praxis überwiegend als sehr hilfreich erweisen. Außerdem geht es den Erstellern von Patientenverfügungen vor allem darum, nicht ohne Aussicht auf nennenswerte Verbesserung für lange Zeit „künstlich“ am Leben erhalten zu werden; dies hat mit ärztlichen Entscheidungen in Akutsituationen nur bedingt zu tun.

## V. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BGH vom 6.7.2016 kann nicht überzeugen, soweit sie die Unwirksamkeit der Patientenverfügung wegen mangelnder Bestimmtheit betrifft, und war im Ergebnis wohl insoweit mehr den besonderen Umständen des Einzelfalls geschuldet („bad cases make bad law“). Der Beschluss des BGH vom 8.2.2017 stellt – mit gewissen Klarstellungen bzw. Konkretisierungen – eine Fortführung der Entscheidung vom 6.7.2016 dar, hebt diesmal allerdings eine Entscheidung der Vorinstanz auf, die einen Behandlungsabbruch – mit freilich mehr als fragwürdigen Gründen – abgelehnt hat.

Die üblichen, in der Praxis gebräuchlichen Patientenverfügungen sollten von diesen Entscheidungen nicht unmittelbar betroffen sein, wobei mir die üblichen Regelungen zum Behandlungsabbruch bei einem Dauerkoma als durchaus verbesserungswürdig erscheinen. Unabhängig davon sollte der Ersteller einer Patientenverfügung jeweils sorgfältig prüfen, ob die vorgeschlagenen Musterregelungen tatsächlich seinen persönlichen Vorstellungen entsprechen, und ggf. individuelle Abweichungen bzw. Formulierungen in Betracht ziehen.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Zu entsprechenden Angeboten siehe oben III. 2.

# Steuerfreiheit von Familienheimen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

Von Notar Dr. **Christoph Ziegler**, Weißenhorn und Senden

Im Schenkungsteuerrecht gibt es hohe Freibeträge bei Übertragungen zwischen Ehegatten und Kindern. Trotzdem existieren aufgrund der gestiegenen Immobilienpreise gerade in Ballungsräumen bei vielen Familien Probleme, das Vermögen erbschaft- und schenkungsteuerfrei auf den Partner oder die nächste Generation zu übertragen. Helfen kann hier die bewusste Gestaltung unter Einbeziehung der Regelungen für sog. Familienheime, die unter bestimmten Voraussetzungen seit mehreren Jahren von der Steuer befreit sind.

## 1. Steuerliche Privilegierung des Familienheims

Zwischen Ehegatten (wobei hier auch immer Lebenspartner die gleiche Stellung einnehmen) ist sowohl eine Übertragung zu Lebzeiten wie eine Vererbung eines Familienheims steuerlich privilegiert. Abweichend hierzu ist eine Übertragung an Kinder zu Lebzeiten nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Freibeträge möglich, während eine Vererbung an Kinder ebenfalls einen besonderen Befreiungsbestand hinsichtlich des Familienheims kennt. Geregelt ist dies in § 13 Abs. 1 Nr. 4a, 4b und 4c ErbStG.<sup>1</sup>

Der Begriff des Familienheims wird zwar in allen Tatbeständen hinsichtlich des Übergangs des Heims etwas anders gesehen,<sup>2</sup>

gemeinsam ist jedoch allen Befreiungen, dass es sich nach Meinung der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung um den Mittelpunkt des familiären Lebens handeln muss.<sup>3</sup> Diese einschränkende Auslegung wird vom BFH sowohl mit der Gesetzesgeschichte als auch mit den Bedenken des BFH an der Verfassungsmäßigkeit der Ausnahmeregelung begründet. Er sieht hier das Gleichheitsgebot verletzt und verlangt somit zumindest eine enge Auslegung der Ausnahmenvorschriften.

Zweitwohnungen sind somit nicht begünstigt, jedoch Wohnungen, die nacheinander als Familienheime genutzt werden.

*Wachter* hat bereits 2014 aufgrund der verfassungsmäßigen Bedenken des BFH prognostiziert, dass auch die weiteren Tatbestände vom BFH eher eng ausgelegt werden.<sup>4</sup>

## 2. Übertragung des Familienheims unter Ehegatten zu Lebzeiten gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG

§ 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG stellt drei Zuwendungen zwischen Ehegatten hinsichtlich eines Familienheims frei:

- a) die Zuwendung des Eigentums oder Miteigentumsanteils an einem Familienheim;

<sup>1</sup> Zur Entstehungsgeschichte *Wachter*, ZEV 2014, 191 ff.; *Meßbacher-Hönsch*, ZEV 2015, 382 ff.

<sup>2</sup> *Meßbacher-Hönsch*, ZEV 2015, 382, 383.

<sup>3</sup> BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11, DNotZ 2014, 271 ff.; R E 13.3 Abs. 2 Satz 4 ErbStR 2011; bestätigt durch FG Köln, Urteil vom 27.1.2016, 7 K 247/14, RNotZ 2016, 344.

<sup>4</sup> *Wachter*, ZEV 2014, 191, 192.

- b) die Befreiung von Verbindlichkeiten, die anlässlich des Erwerbs des Familienheims eingegangen wurden;
- c) die Tragung nachträglicher Herstellungs- oder Erhaltungsaufwendungen des Familienheims.

Hinsichtlich der Verschaffung des Eigentums ist nicht klar, ob dies auch für die Übertragung eines Bauplatzes gilt, auf dem das neue Familienheim noch errichtet wird. Sicherer dürfte es sein, erst nach dem Einzug das Objekt zu übertragen.<sup>5</sup>

Bei der Befreiung von Verbindlichkeiten kann es sich sowohl um Verbindlichkeiten gegenüber Dritten handeln als auch um Verbindlichkeiten, die gegenüber dem Partner bestehen und die dieser erlässt. Dies ist insbesondere wichtig bei nicht-ehelichen Partnern, die nach Bau des Hauses heiraten. Um die Frage einer Schenkung zwischen nichtehelichen Partnern zu vermeiden, ist es empfehlenswert, mittels Darlehensvertrag klarzustellen, dass der Partner, der mehr Geld als der andere in das Objekt im gemeinsamen Eigentum investiert, dieses nicht verschenkt.<sup>6</sup> Im Falle einer Heirat kann, soweit gewünscht, der Darlehensbetrag nach der Eheschließung erlassen werden.

Die Übertragung eines Familienheims kann mehrmals zwischen den Ehegatten erfolgen. Wird also ein neues Familienheim begründet und hat ein Ehegatte auf den anderen bereits das alte übertragen, so kann er auch nochmals das neue Familienheim übertragen und dies bleibt steuerfrei. Es gibt auch keine Behaltenspflicht. Auch soweit die Familie nach kurzer Zeit wieder auszieht, bleibt die Übertragung des Familienheims steuerbegünstigt.<sup>7</sup>

### 3. Übergang des Familienheims an den Ehegatten von Todes wegen § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG

Bei der Übertragung von Todes wegen gibt es eine Erweiterung gegenüber der Schenkung zu Lebzeiten. Der Erblasser muss zwar grundsätzlich bis zu seinem Tode in dem Familienheim gewohnt haben; dies gilt jedoch nicht, wenn er aus zwingenden Gründen daran gehindert war, was in der Regel bei einer Pflegebedürftigkeit der Fall ist. Hat der Erblasser die Wohnung nie selbst bezogen, egal aus welchem Grund, also auch bei einer Hinderung wegen Krankheit, kommt die Steuerbefreiung nicht in Betracht.<sup>8</sup>

Auf welchem erbrechtlichen Weg der Ehegatte das Familienheim erwirbt, ist gleichgültig. Er kann es als Erbe, Vermächtnisnehmer oder über eine freiwillige Erbauseinandersetzung<sup>9</sup> übernehmen.

Der Ehegatte muss Eigentum oder Miteigentum erhalten. Die Einräumung eines Nutzungsrechts, sei es Nießbrauch oder Wohnungsrecht, genügt nicht – selbst wenn dieses grundbuchrechtlich abgesichert wird.<sup>10</sup>

Wichtigste Einschränkung gegenüber dem Erwerb unter Lebenden ist die Selbstnutzungszeit durch den Ehegatten auf den Zeitraum von zehn Jahren. Wird diese nicht eingehalten, so entfällt die Befreiung mit Wirkung für die Vergangenheit. Gemäß § 153 Abs. 2 AO muss der Steuerpflichtige dies selbst anzeigen. Auch hier gilt wieder, dass der Wegfall der Selbstnutzung aus zwingenden Gründen nicht zu einer Nachversteuerung führt. Zwingender Grund ist jedenfalls der Tod des Ehegatten oder auch seine Pflegebedürftigkeit. Ist der Erwerber von vornherein an der Eigennutzung des Objekts gehindert, scheidet die Steuerbefreiung aus.<sup>11</sup>

Entsprechend dem Grundsatz, dass der Ehegatte Eigentümer der Wohnung werden muss, um die Befreiung zu erhalten, verliert der Ehegatte rückwirkend den Befreiungstatbestand, falls er innerhalb der Zehn-Jahres-Frist das Eigentum verliert, auch wenn er sich ein Nutzungsrecht wie Wohnungsrecht oder Nießbrauch vorbehält.<sup>12</sup> Diese Frage ist jedoch vom BFH noch nicht entschieden; von den FG wurde die Revision zugelassen.

### 4. Der Erwerb des Familienheims von Todes wegen durch Kinder

Kinder, die von Todes wegen ein Familienheim erwerben bzw. Enkelkinder, falls die Kinder vorverstorben sind, erhalten dieses Familienheim ebenfalls steuerbefreit. Grundsätzlich gelten die Ausführungen zum Ehegatten entsprechend mit einer wichtigen Einschränkung: Während beim Ehegatten die Größe des Hauses unbeachtlich ist, erhalten die Kinder nur 200 m<sup>2</sup> Wohnfläche steuerfrei. Ist das Haus größer, muss es in einen steuerlich unbeachtlichen Teil, der den 200 m<sup>2</sup> Wohnfläche entspricht, und einen steuerlich beachtlichen Teil aufgeteilt werden. Dieser kann ggf., falls kein weiteres Vermögen vorhanden ist, durch den allgemeinen Freibetrag von 400.000 Euro abgedeckt sein.

Das Kind muss die Immobilie selbst nutzen. Die Nutzung durch nahe Angehörige führt nicht zum Befreiungstatbestand.<sup>13</sup>

Im entschiedenen Fall hatte die Tochter vom Vater geerbt, lebte aber nur gelegentlich in der Wohnung. Die Wohnung wurde von ihrer Mutter genutzt. Obwohl die Mutter bei einem eigenen Erwerb ebenfalls steuerbefreit wäre, hat der BFH die

5 Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher, ErbStG, 52. Aufl. 2017, § 13 Rdnr. 63.

6 FG München, Urteil vom 3.2.2006, 4 V 2881/05, EFG 2006, 686, 687.

7 R E 13.3 Abs. 5 ErbStR 2011.

8 FG München, Urteil vom 24.2.2016, 4 K 2885/14, EFG 2016, 731.

9 Siehe BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13, MittBayNot 2016, 86; dazu auch gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 3.3.2016, BStBl. I 2016, S. 280 = DStR 2016, 814 = DB 2016, 925.

10 FG Köln, Urteil vom 8.8.2012, 9 K 3615/11, EFG 2012, 2220; BFH, Urteil vom 3.6.2014, II R 45/12, DNotZ 2014, 691 (die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde abgelehnt, BVerfG, Beschluss vom 11.11.2015, 1 BvR 2510/14, ERLVERF 2014, 2079).

11 BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 13/13, ZEV 2015, 656.

12 FG Münster, Urteil vom 28.9.2016, 3 K 3757/15 Erb, EFG 2016, 2079; FG Hessen, Urteil vom 15.2.2016, I K 2275/15, DStRE 2016, 1447.

13 BFH, Urteil vom 5.10.2016, II R 32/15, DNotI-Report 2017, 14 f.

Steuerbefreiung versagt: Das Eigentum sei auf die Tochter übergegangen und diese nutze die Wohnung nicht selbst.

Die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken durch den Erben muss unverzüglich nach dem Erbfall erfolgen. Das FG Münster hat dies vor Kurzem auf einen Zeitraum von sechs Monaten nach Eigentumsumschreibung im Grundbuch festgelegt.<sup>14</sup> Eine längere Zeit ist für den eigenen Bezug nur dann zulässig, wenn größere Renovierungsmaßnahmen anstehen. In diesem Fall muss aber auch dokumentiert werden, dass bereits Angebote eingeholt wurden bzw. versucht wurde, Handwerker zu beauftragen, und diese noch nicht beginnen konnten, falls die Arbeiten noch nicht aufgenommen wurden.

Wie ausgeführt, muss der Erbe aber auch Eigentümer der Wohnung sein. Bei einer Erbengemeinschaft muss somit eine Erbauseinandersetzung erfolgen. Gibt derjenige, der die Wohnung selbst nutzen will, hierfür anderes Vermögen aus der Erbschaft als Ausgleich hinzu, kann er die gesamte Wohnung als steuerfrei für sich in Anspruch nehmen. Grundsätzlich verlangt hierfür die Finanzverwaltung ebenfalls eine Erbauseinandersetzung innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall.<sup>15</sup>

Der BFH sah dies allerdings großzügiger und ließ auch eine Erbauseinandersetzung nach 15 Monaten noch als ausreichend genügen, da die Selbstnutzung bereits vorher gegeben war.<sup>16</sup>

Zu beachten ist, dass gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG diese Befreiung jedoch nur eingreift, falls das Kind, das die Befreiung für sich in Anspruch nimmt, nicht begünstigtes Vermögen aus der Erbmasse überträgt, für das es keine Steuerbefreiung hat.

Wie beim Erwerb unter Ehegatten muss das Haus zehn Jahre von dem Kind selbst genutzt werden. Dies gilt nicht, falls zwingende Gründe dem entgegenstehen. Berufliche Ursachen werden hierbei nicht anerkannt, sondern wie beim Ehegatten

nur Umstände, die in der Person als solches liegen, also zum Beispiel Krankheit.<sup>17</sup> Für ein minderjähriges Kind liegt ein zwin- gender Grund auch darin, dass es aufgrund seiner Minder- jährigkeit nicht selbst einen Haushalt führen und deshalb die Immobilie nicht bewohnen kann.<sup>18</sup>

## 5. Wertermittlung

Bei allen Tatbeständen gilt – wie bei anderen Befreiungstat- beständen – § 10 Abs. 6 ErbStG, wonach die Schulden, die mit dem befreiten Gegenstand im Zusammenhang stehen, nicht vom steuerlichen Erwerb abgezogen werden dürfen.

Die Wohnung kann auch in einem Mehrfamilienhaus oder in einem gemischt gewerblichen und zu Wohnungszwecken genutzten Haus liegen. Der Wert der Wohnung ist dann als solches herauszurechnen und steuerbefreit.

## 6. Gestaltungshinweise

Steuerlich kann grundsätzlich festgehalten werden, dass bei Ehegatten die Übertragung zu Lebzeiten besser geeignet ist, da die Voraussetzungen dort weiter sind als bei der Über- tragung von Todes wegen und insbesondere kein Nach- besteuerungstatbestand anfällt.

Kinder hingegen können nur von Todes wegen das Familien- heim steuerbegünstigt erwerben, sodass bei Überschreiten der Freibeträge zu erwägen ist, dass die Kinder das Familien- heim erst von Todes wegen erhalten und anderes Vermögen zu Lebzeiten übertragen wird.

Da das Gesetz von Eigentum oder Miteigentum spricht, sollte der Übergang von Gesamthandseigentum, insbesondere eines GbR-Anteils, vermieden werden. Hier ist nicht sicher, ob die Steuerbefreiung greift.<sup>19</sup>

14 FG Münster, Urteil vom 28.9.2016, 3 K 3793/15 Erb, EFG 2016, 2079.

15 R E 13.4 Abs. 5 Satz 11 ErbStR 2011.

16 BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13, DNotI-Report 2015, 149.

17 Vorinstanz BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 13/13, ZEV 2015, 656; FG Münster, Urteil vom 31.1.2013, 3 K 1321/11, ZEV 2013, 635 ff.; kritisch hierzu *Wachter*, ZEV 2014, 193; zustimmend *Meßbacher-Hönsch*, ZEV 2015, 382, 385.

18 Oberste Finanzbehörden der Länder, gleichlautender Erlass vom 3.3.2016, ZEV 2016, 229.

19 *Wachter*, ZEV 2014, 192 f.

## BUCHBESPRECHUNGEN

Ludwig Bergschneider (Hrsg.):

### Familienvermögensrecht

3. Aufl., Giesecking, 2016. 1470 S., 119,80 €

Von Notarin **Nicola Struck**, Pfaffenhofen a. d. Ilm

Die 3. Auflage des Handbuchs Familienvermögensrecht kommt nahezu zehn Jahre nach der Voraufgabe auf den Markt. Das Werk berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur, die bis Ende 2015 veröffentlicht wurde, in Einzelfällen auch darüber hinaus. Der durchaus lange Zeitablauf zwischen Voraufgabe und Neuauflage hat dazu geführt, dass das Buch in weiten Teilen neu geschrieben werden musste. Zudem wurde es um einen weiteren Abschnitt mit dem Thema Familienstiftungen ergänzt.

Nach einer kurzen Einführung von *Bergschneider* und *Wolf*, in welcher auch das im Familienrecht immer wichtiger werdende Thema Mediation enthalten ist, geben *Wolf* und *Cirullies* zunächst einen umfassenden Überblick über allgemeine vermögensrechtliche Wirkungen in der Ehe und die Thematik Haushaltsgegenstände und Ehwohnung. Wenngleich die hier enthaltenen Ausführungen zu Verfahren und Vollstreckung weniger Relevanz für Notare haben, sind in allen Bereichen aufgrund der umfassenden Aufarbeitung der Themen immer für die Notarpraxis hilfreiche Ausführungen zu finden, zum Beispiel die genaue Beschreibung, was unter den im Gesetz häufig zu findenden Begriff „Haushaltsgegenstände“ einzuordnen ist. Der umfangreichste 4. Abschnitt, bearbeitet von *Wolf*, *Bergschneider* und *Klüber*, widmet sich erschöpfend dem Thema Güterstände. Hier sind neben der Beschreibung der verschiedenen Möglichkeiten in allen Einzelheiten auch die unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Scheidung zu finden. Notare erhalten durch die Erläuterungen insbesondere Hilfestellung, wenn es um die bei Ehevertragsbesprechungen häufig relevante Frage der Bewertung von Vermögensgegenständen im Rahmen des Zugewinnausgleichs geht. Sehr umfassend und für die notarielle Praxis nützlich sind die umfangreichen Ausführungen zur Gütergemeinschaft und insbesondere zu deren Auseinandersetzung. Unter der Bezeichnung „Sonstige Vermögensverflechtungen“ findet sich ein Überblick über Themen und Rechtsbeziehungen, die unter Ehegatten insbesondere bei Trennung und Scheidung große Bedeutung haben und somit sowohl in Eheverträgen als auch vor allem bei Scheidungsvereinbarungen zu beachten sind, so zum Beispiel die Auseinandersetzung von Miteigentum, Ehegatten(innen)gesellschaften, Gesamtschuldnerausgleich und Schicksal von Zuwendungen, auch von Schwiegereltern. Auch im Abschnitt zum Versorgungsausgleich sind – neben

der genauen Beschreibung der Rechtsgrundlagen – sehr hilfreiche Ausführungen zu möglichen Vereinbarungen und deren Grenzen enthalten. Dem Anspruch, das Thema „Familienvermögen“ umfassend abzuhandeln, wird das Buch insbesondere auch dadurch gerecht, dass es die Bereiche „nicht-eheleiche Lebensgemeinschaften“ und „Vermögensverwaltung und -übertragung bei Kindern“ enthält. Insbesondere im letztgenannten Abschnitt behandelt *Weißbrodt* nahezu alle denkbaren Bereiche, von der elterlichen Sorge und Vermögenssorge über die Schnittstelle zum Gesellschaftsrecht bei Übertragung von Gesellschaftsvermögen zu Lebzeiten und von Todes wegen bis hin zu den Besonderheiten bei Kindern mit Behinderungen und zuletzt den – weniger notarrelevanten – Bereich der Haftung bei der Vermögenssorge. Auch der 9. Abschnitt „Steuern“ sowie der 10. Abschnitt „Teilungsversteigerung“ enthalten alle in einem Familienverbund denkbaren Aspekte und können so im Notariat Hilfestellung bieten, wenn hier bei der Beratung und ggf. auch bei der Vertragsgestaltung Fragen aufgeworfen werden. Der als 11. Abschnitt neu aufgenommene, von *Theuffel-Werhahn* erstellte Bereich zu Familienstiftungen behandelt diesen Bereich unter allen relevanten Aspekten. Nachdem er Motive, Rechtsgrundlagen und die steuerlichen Auswirkungen dargestellt hat, werden insbesondere Hinweise zum Ablauf aber auch Alternativgestaltungen aus dem Gesellschaftsrecht und Auslandsstiftungen behandelt. Den Abschluss bildet der umfassend aktualisierte Abschnitt mit dem Titel „Fälle mit Auslandsberührung“. Hier behandelt *Mörsdorf* zunächst die Grundlagen des „Internationalen Privatrechts“, bevor er auf die familienrechtlich relevanten Bereiche (zum Beispiel Verwandtschaft, Verlöbnis, Eheschließung, Scheidungsfolgen) näher eingeht.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Buch auch in seiner 3. Auflage der Bezeichnung „Handbuch“ mehr als gerecht wird. Gerade weil es alle Themen, die auch nur entfernt unter den Begriff „Familienvermögensrecht“ fallen, vor allem auch die Randbereiche und Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten, ausführlich behandelt, bietet es große Hilfestellung auch in der notariellen Praxis. Es kann somit jedem Notar, der seine Bibliothek um ein Nachschlagewerk ergänzen möchte, in welchem man schnell Antworten auf Fragen findet, für die man ansonsten eine Vielzahl von anderen Werken benötigt, uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Anatol Dutta/Johannes Weber:

## Internationales Erbrecht

Beck'sche Kurz-Kommentare, C. H. Beck, 2016. 718 S., € 169

Von Notar Dr. **Felix Odersky**, Dachau

Die EU ErbVO ist nun seit knapp zwei Jahren in Kraft und in der notariellen Praxis beinahe schon „Alltag“. Auch wenn der Großteil der Fälle mit internationalen Bezügen auf Grundlage der Verordnung relativ einfach und zumindest für den kontinentaleuropäischen Bereich rechtssicher behandelt werden kann, stellen sich im Einzelfall immer wieder schwierige Detailfragen. Gerade bei der Suche nach Lösungen für solche Fälle bewährt sich der von Professor Dr. *Dutta* und Kollege Dr. *Weber* herausgegebene Kommentar, der seit einigen Monaten auf dem Markt ist.

Aufgebaut ist das Buch im Wesentlichen als Kommentar zur EU ErbVO. Seinem Titel entsprechend, das (ganze) „Internationale Erbrecht“ abzudecken, führt es aber weit darüber hinaus. Dies beginnt schon mit der lesenswerten Einleitung von *Weber*, in der nicht nur die Entstehungsgeschichte und die Anwendung der Verordnung erläutert werden, sondern auch überblicksmäßig allgemein wichtige Frage des IPR und deren Bezüge zum Erbrecht – wie zum Beispiel die im Rahmen der EU ErbVO ungeklärte Thematik der Vorfragenanknüpfung – dargestellt sind. Als Anhänge zu den korrespondierenden Paragraphen des Kommentars werden ferner das Haager Testamentsformübereinkommen und die vorrangigen bilateralen Abkommen bei Erblassern aus der Türkei, dem Iran und den sowjetischen Nachfolgestaaten umfassend erläutert. Letztere erhalten künftig im Vergleich zum früheren EGBGB-IPR eine besondere Bedeutung, da in ihnen das Staatsangehörigkeitsprinzip bzw. das Belegenheitsrecht für Immobilien überdauert. Abgerundet wird das Buch schließlich mit der umfassenden Kommentierung des IntErbRVG durch *Dutta* sowie einem für die Beratungspraxis lohnenden Überblick von *Haase* zum Internationalen Erbschaftsteuerrecht und einer Darstellung des Internationalen Schenkungsrechts von *Magnus*. Die Notwendigkeit, diese Themen ausführlich zu behandeln, wird deutlich, wenn man die zahlreichen Bezüge zur EU ErbVO sieht: Nach herrschender Meinung wird nicht nur die Schenkung auf den Todesfall dem Anwendungsbereich der EU ErbVO unterstellt, sondern auch Fragen der Anrechnung und Ausgleichung und der Pflichtteilergänzung sind erbrechtlich zu lösen.

Der wesentliche Umfang des Kommentars ist aber natürlich der Erläuterung der EU ErbVO gewidmet. In dem von *J. P. Schmidt* kommentierten Kapitel I interessieren dabei vor allem die umfassenden Erörterungen zur Qualifikation einzelner güter-, unterhalts-, gesellschafts- und sachenrechtlicher Fragen, die sich aus deutschen und typischen ausländischen Rechtsinstituten ergeben. Bei der Diskussion, wie § 1371 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist, folgt er dabei der herrschenden Meinung in der deutschen Literatur, dass die bisherige Qualifikation als güterrechtliche Regelung, wie dies 2015 nach jahrzehntelanger Unsicherheit vom BGH entschieden wurde, auch im Rahmen der autonomen Auslegung der EU ErbVO

den Vorzug verdient – wobei sich die daran anknüpfenden Folgefragen, ob und wie ein durch das deutsche Güterrecht erhöhter Erbteil bei einer unterschiedlichen Anknüpfung von Güter- und Erbstatut in einem Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen werden kann, in der Kommentierung der Art. 62 ff. EU ErbVO von *Fornasier* leider nicht vertieft wird. Bei der Abgrenzung des Erb- zum Sachenrechtsstatut folgen *J. P. Schmidt* und *Fornasier* der Ansicht, dass der Eigentumserwerb aufgrund eines ausländischen Vindikationslegats auch im Grundbuch auf Grundlage eines Europäischen Nachlasszeugnisses eingetragen werden müsse. Ob dies angesichts der Entstehung der EU ErbVO, die Kollege *Lechner* mehrmals ausführlich dargestellt hat, und der praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung einer Vielzahl von Vermächtnisausgestaltungen in den unterschiedlichen ausländischen Rechtsordnungen tatsächlich Intention der Verordnung ist, wird letztlich nur der EuGH entscheiden können. Bis zu einer solchen Entscheidung werden Grundbuchämter aber zweifellos der in der Praktikerliteratur ganz überwiegend vertretenen Auffassung, dass der Vorbehalt des Art. 1 Abs. 1 lit. k und l EU ErbVO für die Eintragungen im Grundbuch eine Auffassung verlangt, folgen.

Im Kapitel II (Internationale Zuständigkeit) sind die Erläuterungen von *Lein* zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers, der ja nicht nur das anwendbare Recht gemäß Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO, sondern auch die internationale Zuständigkeit der Nachlassgerichte gemäß Art. 4 EU ErbVO begründet, besonders lesenswert. Praxisrelevant dürfte auch die Frage werden, wer als „betroffene Parteien“ gemäß Art. 5 EU ErbVO anzusehen ist, wenn in nichtstreitigen Verfahren, insbesondere bei der Beantragung eines Europäischen Nachlasszeugnisses eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden soll.

Auch in den die Notare besonders interessierenden Ausführungen zum anwendbaren Erbrecht (Kapitel III) behandelt *Bauer* nahezu alle relevanten Fragestellungen. Dazu zählen beispielsweise die Einordnung von gemeinschaftlichen Testamenten als „Erbvertrag“ im Sinne der Verordnung – wobei man als Notar wohl zumindest bei internationalen Bezügen sicherer zum eindeutigen Instrument des deutschen Erbvertrags „greifen“ wird – und die zutreffende Auffassung, dass für die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Verboten gemeinschaftlicher Testamente im Rahmen der Verordnung kein Raum mehr ist. Nicht näher behandelt wird leider die umstrittene Frage, ob ein nach Art. 25 EU ErbVO wirksam beurkundeter Erb- oder Pflichtteilsverzicht unwirksam werden kann, wenn nach dem Tod des Erblassers unvorhergesehen ein ausländisches Erbstatut zur Anwendung kommt.

Nicht allen Kommentierungen wird man aus praktischer Sicht zustimmen. So vertritt zum Beispiel *Fornasier* die Meinung,

dass deutsche Gerichte keinen Erbschein erteilen dürfen, wenn sie nicht zugleich gemäß 4 ff. EU ErbVO international zuständig für die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses sind. Auf die eindeutig davon abweichende Begründung des Regierungsentwurfs zum IntErbRVG, nach der sich die internationale Zuständigkeit zur Erteilung des Erbscheins unverändert aus der örtlichen Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt (§ 105 FamFG), wird dabei leider nicht näher eingegangen. Bis auf wenige Einzelprobleme wird man aber in dem Buch zu jeder Streitfrage, deren Lösung durch den

EuGH sicherlich noch viele Jahre dauern wird, zumindest einen umfassenden Überblick über den Stand der divergierenden Literaturmeinungen finden.

Es bleibt damit nur der „Verbesserungswunsch“ für spätere Auflagen, das Sachverzeichnis noch etwas auszubauen, da manche gesuchte Stichworte, wie zum Beispiel „Zugewinnngemeinschaft“ und „Güterstand“ darin nicht auftauchen. Dies soll aber nicht die Freude an dem Buch, das sich in der häufigen Anwendung bereits sehr bewährt, trüben.

**Nadine Fell:**

## **Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld von Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen: Ein Beitrag zur neuen Dogmatik der §§ 16, 40 GmbHG**

Duncker & Humblot, 2017. 844 S., 149 €

Von Notar **Michael Gutfried**, M. Jur. (Oxford), Dingolfing

Seit der Aufwertung der GmbH-Gesellschafterliste durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) haben sich zahlreiche Dissertationen und Fachaufsätze mit den Problemen des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG auseinandergesetzt. Weit weniger Beachtung hat hingegen die Gesellschafterliste als Legitimationsträger im Rahmen des § 16 Abs. 1 GmbHG erfahren. Dabei sind die von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG angeordneten Rechtsfolgen für das Gesellschafterleben von enormer Wichtigkeit; wird damit doch festgelegt, wer zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und -abstimmungen sowie zur Entgegennahme von Dividenden berechtigt ist. Zudem geht § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in seinen Rechtswirkungen teilweise über § 16 Abs. 3 GmbHG hinaus, da die Norm ihrem Wortlaut nach weder die Möglichkeit der Widerlegung des angeordneten Rechtscheins durch Berufung auf die tatsächliche Rechtslage kennt, noch eine Zerstörung dieses Rechtsscheins durch Eintragung eines Widerspruchs, noch eine Mindestdauer für die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste, bevor sich der gesetzlich angeordnete Rechtsschein entfalten kann.

*Nadine Fell* hat die Rechtswirkungen der Gesellschafterliste im Rahmen des § 16 Abs. 1 GmbHG nunmehr einer umfassenden Analyse unterzogen. Ihre Dissertation ist – ebenso wie die u. a. mit dem Helmut-Schippel-Preis der Notarrechtlichen Vereinigung bedachte Dissertation *Sebastian Omlors* zur Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG – unter Betreuung von Professor *Michael Martinek* entstanden und im renommierten Duncker & Humblot Verlag erschienen.

*Fell* beginnt ihre Dissertation mit einer Klärung des Begriffs der „Publizität“, den sie als eine „gezielte Bereitstellung und Zugänglichmachung von Informationen an ein personell unbe-

stimmtes Publikum“ definiert (S. 95). Sodann folgt im zweiten Kapitel eine Analyse der Interessenlage an einer Publizität der GmbH-Gesellschafterstellung sowie der durch §§ 16 und 40 GmbHG vermittelten Schutzzwecke. Schützenswerte Interessen an einer Publizität der Anteilsstruktur identifiziert *Fell* dabei einige, sei es von gesellschaftsexterner Seite (Gesellschaftsgläubiger, Anteilserwerber, Strafverfolgungsbehörden, Beurkundungsnotare etc.) wie auch von gesellschaftsinterner Seite. *Fell* arbeitet dabei zwei unterschiedliche Schutzebenen der Publizität der Gesellschafterliste heraus, die sie im Laufe der Dissertation noch fruchtbar machen wird – den Schutz durch reine Information und den Schutz durch angeordnete Rechtsfolgen. Während gesellschaftsexterne Publizitätsadressaten – von der Sonderregelung für Anteilserwerber gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG abgesehen – lediglich auf der ersten Ebene durch Bereitstellung von Informationen geschützt würden, gingen die Publizitätswirkungen der Gesellschafterliste für gesellschaftsinterne Adressaten über diese reine Informationsebene hinaus. Letzteren gegenüber, insbesondere gegenüber der GmbH selbst, entfalte § 16 Abs. 1 GmbHG auch eine rechtliche Schutzebene, indem an die Eintragung in die Gesellschafterliste unmittelbar Rechtsfolgen angeknüpft würden. So sei die Eintragung in die Gesellschafterliste notwendige Bedingung für die Ausübung von Gesellschafterrechten.

Das dritte Kapitel widmet sich nunmehr ausführlich dem Verfahren der Listenerstellung und -einreichung. Einen Schwerpunkt nimmt dabei die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Registergericht, Geschäftsführer und Notar ein. *Fell* lehnt im Einklang mit der herrschenden Meinung sowohl eine inhaltliche Prüfungspflicht als auch ein inhaltliches Prüfungsrecht des Registergerichts ab, gesteht diesem also nur eine formelle Listenkontrolle zu (S. 154 ff.). Die Abgrenzung der Zu-

ständigkeiten zwischen Geschäftsführer und Notar löst *Fell* gemäß einem Regel-Ausnahmeverhältnis zugunsten der vorrangigen Notarzuständigkeit. Habe ein Notar an der Veränderung mitgewirkt, so sei eine Parallelzuständigkeit des Geschäftsführers zur>Listenerstellung nicht gegeben. Erst wenn der Notar eine bescheinigte Liste zum Handelsregister eingereicht habe, bestünde ggf. eine sekundäre Korrekturzuständigkeit des Geschäftsführers. Keinesfalls könne der Geschäftsführer aber bei unterbliebener>Listeneinreichung durch den Notar die Kompetenz zur>Listenerstellung einfach an sich ziehen. Den Begriff der „Mitwirkung“ des Notars zieht *Fell* dabei eng. Eine bloße mittelbare Mitwirkung, insbesondere bei Umwandlungsvorgängen, begründet nach *Fell's* Auffassung keine Zuständigkeit des Notars zur>Listenerstellung und -einreichung, weil er in diesen Fällen keine sichere Kenntnis über die Änderung in der Person oder im Umfang der Beteiligung erlangen könne (S. 217). Die teilweise vertretene Auffassung, für die Definition der Mitwirkung sei auf die subjektive oder zumindest objektivierbare Kenntnis des Notars von der mittelbaren Änderung abzustellen, verwirft *Fell* als im Einzelfall zu unsicheres Abgrenzungskriterium. Im umstrittenen Fall der Auslandsbeurkundung von Geschäftsanteilsabtretungen geht *Fell* mit überzeugender Argumentation von einer absoluten Unzuständigkeit des im Ausland ansässigen Beurkundungsnotars zur Erstellung und Einreichung einer aktualisierten Liste aus. Verpflichtet wie berechtigt im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG sei lediglich der deutsche Notar. Erfolge die Beurkundung im Ausland, habe daher kein Notar im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG an der Veränderung mitgewirkt, sodass es bei der Zuständigkeit des Geschäftsführers verbleibe (S. 240 f.).

Im vierten Kapitel der Dissertation befasst sich *Fell* nunmehr näher mit den durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG angeordneten Rechtswirkungen. *Fell* ordnet § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG rechtsdogmatisch als unwiderlegliche Vermutung der Gesellschafterstellung ein. Nur in der Liste eingetragene Gesellschafter könnten Gesellschafterrechte ausüben. Dieses Legitimationserfordernis durch>Listeneintragung besteht laut *Fell* jedoch nur bei Änderungen in der Person oder im Umfang der Beteiligung. Eine reine Adress- oder Namensänderung des Gesellschafters begründe zwar eine Pflicht zur>Listenaktualisierung, um den durch die>Listenpublizität gewährten Schutz durch Information zu wahren, beseitige jedoch nicht die Legitimation des mit falschen Daten eingetragenen Gesellschafters im Hinblick auf die Ausübung seiner Gesellschafterrechte (S. 302 ff). Für das Sonderproblem einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin bejaht *Fell* eine Eintragungspflicht auch für die Gesellschafter einer GbR und sieht dementsprechend eine Pflicht zur Aktualisierung der Liste bei Veränderungen im Gesellschafterbestand vor – jedoch auch hier wieder nur, um dem Informationszweck der Gesellschafterliste Genüge zu tun. Auf die Legitimation der GbR als Gesellschafterin wirke sich eine unterbliebene Berichtigung des Gesellschafterbestands hingegen nicht aus, da sich der Umfang der Beteiligung oder die Person des Gesellschafters angesichts der Teilrechtsfähigkeit der GbR nicht geändert hätten.

Dingliche Belastungen eines Geschäftsanteils, zum Beispiel durch einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht, sind nach *Fell* eintragungsfähig, um dem dinglich Berechtigten die Legitima-

tionsmöglichkeit gegenüber der Gesellschaft nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu eröffnen. Dies korrespondiere jedoch nicht mit der Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG. Ein lastenfreier Erwerb gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG ist auch nach *Fell's* Meinung nicht möglich und zwar unabhängig davon, ob eine dingliche Belastung in der Gesellschafterliste eingetragen sei oder nicht. Außer dinglich Berechtigten möchte *Fell* auch dem Testamentsvollstrecker die Legitimation gegenüber der Gesellschaft durch Eintragung in die Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eröffnen – auch hier ohne Auswirkungen auf den gutgläubigen Erwerb. Dagegen sieht *Fell* folgerichtig kein Bedürfnis an einer Eintragung eines Anwartschaftsberechtigten, der einen Geschäftsanteil aufschiebend bedingt erworben hat, oder eines Unterbeteiligten in der Gesellschafterliste. Letzteren stünden keine Gesellschafterrechte zu, weswegen sie auch nicht auf die Legitimation gegenüber der Gesellschaft nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG angewiesen seien.

Im fünften Kapitel untersucht *Fell* etwaige Grenzen der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Insbesondere fragt sie, ob der durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG angeordnete Eingriff in die Rechte des materiellen Rechtsinhabers vor dem Hintergrund der Eigentumsgarantie in Art. 14 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei. Dies erscheint ihr insbesondere deshalb zweifelhaft, weil der Gesetzgeber bei § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG im Gegensatz zu anderen absolut verkehrsschützenden Normen wie beispielsweise § 892 BGB oder § 2366 BGB auf verfahrensrechtliche Absicherungen verzichtet hat, um zumindest eine typisierte Richtigkeit des Listeninhalts zu gewährleisten. Fehle es aber an einer unabhängigen präventiven Richtigkeitskontrolle bei Erstellung der Gesellschafterliste – insbesondere wenn diese vom Geschäftsführer erstellt werde –, so müsse dies dadurch kompensiert werden, dass der Listeninhalt den materiell betroffenen Personen zumindest normativ zurechenbar sei; andernfalls verstoße der Privatrechtsgesetzgeber gegen seine verfassungsrechtlichen Bindungen bei der Ausgestaltung von Inhalt und Schranken des Eigentums. *Fell* postuliert vor diesem Hintergrund einen „tripolaren Zurechnungszusammenhang“ (S. 767 ff.): Der Inhalt der Gesellschafterliste müsse sowohl dem materiell Berechtigten als auch dem>Listengesellschafter und der Gesellschaft selbst normativ zurechenbar sein. Als Bedingung für die Zurechenbarkeit zum Alt- bzw. Neugesellschafter verlangt *Fell* entweder eine Mitteilung des jeweiligen Gesellschafters gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG an die Gesellschaft oder eine Mitwirkung an dem notariellen Anteilsübertragungsakt. Für die Zurechenbarkeit zur Gesellschaft sei die Mitwirkung einer gesetzlich kompetenten Person bei der>Listenerstellung – also Notar oder Geschäftsführer – notwendig, aber auch hinreichend; ob die Kompetenzabgrenzung zwischen Notar und Geschäftsführer im Einzelfall gewahrt sei, soll unbeachtlich bleiben. Fehle es am erforderlichen „tripolaren Zurechnungszusammenhang“ zu Alt- und Neugesellschafter sowie zur Gesellschaft, so sei die Berufung auf den Listeninhalt gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht möglich. Stattdessen sei die letzte ins Handelsregister eingestellte Gesellschafterliste maßgeblich, allerdings nur soweit die Fehlerhaftigkeit der neuen Liste reiche. Lediglich für den Fall der Änderung der Gesellschafter durch Erbfolge bedarf es

nach *Fell* keiner auf einer Mitteilung beruhenden Zurechnung der Listenunrichtigkeit zum materiellen Rechteinhaber; hier soll es genügen, dass sich der Geschäftsführer sorgfältig von der Richtigkeit der ihm vorgelegten Erbnachweise überzeugt (S. 761 ff.).

*Fells* Dissertation ist für jeden auch wissenschaftlich am Gesellschaftsrecht Interessierten mit hohem Gewinn zu lesen. Besonders gelungen scheinen dem Rezensenten die Kapitel drei und vier der Dissertation. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Registergericht, Notar und Geschäftsführer im>Listenerstellungsverfahren ist nicht nur argumentativ überzeugend hergeleitet, sondern bildet gleichzeitig ein taugliches Handbuch für die Praxis. Auch die Begründung der Eintragungsfähigkeit dinglich beschränkter Rechte oder eines Testamentsvollstreckervermerks in die Gesellschafterliste vor dem Hintergrund des Legitimationserfordernisses des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG überzeugt. Insbesondere weist *Fell* nach, dass eine zweiseitige Legitimation von Gesellschafter und dinglich Berechtigtem, nämlich durch Listeneintragung einerseits und durch Anzeige gemäß §§ 407, 409 BGB andererseits, nicht dieselben Schutzwirkungen zeitigt wie eine Aufwertung der Gesellschafterliste zur alleinigen Legitimationsgrundlage. Daneben legt sie auch die schützenswerten Informationsinteressen gesellschaftsexterner Personen an der Eintragung dinglich Berechtigter oder Amtsverwalter dar. Die Argumentation des BGH, an einer Eintragung zusätzlicher Informationen über den gesetzlichen Mindestinhalt der Liste hinaus bestünde kein erhebliches Interesse (BGH, Beschluss vom 24.2.2015, II ZR 17/14, DNotZ 2015, 456), wird als zu kurz greifend entlarvt. Es bleibt zu hoffen, dass *Fells* Argumente auch von der Rechtsprechung gehört werden und sich nicht allzu viele potenzielle Leser von dem doch erheblichen Umfang der Dissertation abschrecken lassen.

Das fünfte Kapitel zur Einschränkung der Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist zweifellos das wissenschaftlich spannendste, auch wenn einzelne Ergebnisse und Begründungsstränge den Rezensenten nicht restlos überzeugt haben. Das liegt nicht an der auch hier dogmatisch tiefgehenden und stets folgerichtigen Argumentation *Fells*, sondern eher an einem generellen Misstrauen gegenüber einer zunehmenden Materialisierung des Zivilrechts, bei der aus vermeintlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben Auslegungsmaßstäbe für gesellschaftsrechtliche Vorgänge gewonnen werden. Der von *Fell* geforderte tripolare Zurechnungszusammenhang hätte sich meines Erachtens auch allein aus den Grundsätzen der Privatautonomie heraus begründen lassen, ohne die Arbeit zusätzlich verfassungsrechtlich aufzuladen. Dabei ist *Fell* jedoch uneingeschränkt darin zuzustimmen, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des>Listenerstellungsverfahrens in grob fahrlässiger Weise auf verfahrensrechtliche Absicherungen verzichtet hat, um wenigstens regelmäßig die Übereinstimmung von formeller und materieller Rechtslage zu gewährleisten und Missbrauch durch Unbefugte zu verhindern. Folgen mag ich *Fell* auch gerne in der Einschränkung, dass eine Liste, die weder vom Geschäftsführer noch vom Notar erstellt wurde, keine Legitimationsgrundlage für § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sein kann. Der von *Fell* zusätzlich geforderte Zurechnungszusammenhang zum materiellen Rechteinhaber und zum Neugesellschafter ist für den Fall der gescheiterten Anteilsüber-

tragung, beispielsweise wegen unerkannter Geschäftsunfähigkeit des Altgesellschafter oder wegen Nichteintritts einer aufschiebenden Bedingung der Anteilsabtretung, ebenfalls überzeugend begründet. Richtig scheint mir dabei auch, dass es aus Gründen der Privatautonomie der normativen Zurechnung der Listenunrichtigkeit zum materiell Berechtigten und nicht lediglich zum letzten formellen Listengesellschafter bedarf. Nicht verständlich war mir hingegen, dass *Fell* das soeben von ihr überzeugend begründete – und verfassungsrechtlich hergeleitete (!) – Zurechnungskonzept für den Fall der Gesellschafteränderung durch Erbfolge durchbricht, indem sie in diesen Fällen auf einen vom wahren Rechteinhaber gesetzten Zurechnungsgrund für die temporär wirksame Listenkorrektur verzichtet. Hier hätte man meines Erachtens nach der Art des Erbnachweises differenzieren können: Bei Erbnachweisen, die wie der Erbschein mit öffentlichem Glauben versehen sind, genügt deren Vorlage zu einer auch gegenüber dem wahren Erben zumindest temporär wirksamen Listenaktualisierung zugunsten des Scheinerben. Bei sonstigen „Erbnachweisen“ – etwa einem handgeschriebenen Testament oder bei Berufung des Scheinerben auf eine angebliche gesetzliche Erbfolge – fehlt es an einer überzeugenden Begründung, warum auf deren Grundlage eine Listenaktualisierung zulasten des wahren Rechteinhabers möglich sein sollte. Auch das allgemeine Zivilrecht kennt außerhalb des § 2367 BGB oder den Vorschriften über das Europäische Nachlasszeugnis keine schuldbefreiende Leistung an den Scheinerben. Kautelarjuristisch ließe sich das Problem dadurch lösen, dass die formellen Erfordernisse an den Nachweis der Erbfolge gegenüber der Geschäftsführung in der Satzung festgelegt werden. Dabei könnten auch andere Nachweise als der Erbschein oder das öffentliche Testament zugelassen werden. War der Erblasser an einer Gesellschaft mit solchem Satzungsinhalt beteiligt, so wäre der erforderliche Zurechnungszusammenhang zum materiellen Rechteinhaber gewahrt, wenn die Listenkorrektur aufgrund satzungsgemäßer Erbnachweise erfolgte.

Vorstehende vereinzelte Kritikpunkte und Widersprüche, die jede gute wissenschaftliche Arbeit notwendig hervorruft, sollen nicht den Blick darauf verstellen, dass *Nadine Fell* eine wirklich tiefgreifende Durchdringung der Thematik gelungen ist, die viel zum besseren Verständnis von Grund und Grenzen der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger und zur Stellung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG im System der Rechtsscheinhaltung beitragen wird. Zu ihrer Leistung kann man nur herzlich gratulieren und ihr die Hochachtung für die geleistete Auseinandersetzung sowohl mit der bereits vorhandenen Literatur und Rechtsprechung als auch mit den dogmatischen Grundlagen der Rechtsscheinhaltung aussprechen. Rechtsprechung und Literatur der nächsten Jahre werden nicht umhinkommen, sich mit den scharfsinnigen Argumenten *Fells* auseinanderzusetzen, die den wissenschaftlichen Diskurs zu diesem Thema nachhaltig mitprägen werden. Rechtspolitisch bleibt zu hoffen, dass die auch von *Nadine Fell* kritisierten verfahrensrechtlichen Schwächen bei der>Listenerstellung zugunsten einer besseren präventiven Richtigkeitskontrolle der Gesellschafterliste beseitigt werden (dazu zuletzt mit eigenem Gesetzgebungsvorschlag: *Thomale/Gutfried*, ZGR 2017, 61).

Rainer Hausmann/Felix Odersky:

**Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis –  
Personenrecht und Rechtsgeschäfte, Familienrecht, Erbrecht, Schuldvertrags-  
und Sachenrecht, Gesellschaftsrecht**

3. Aufl., C. H. Beck, 2017. 945 S., 159 €

Von Notarassessor Dr. **Thomas Raff**, Kandel/Pfalz

Zuletzt vor zehn Jahren erschien der „*Schotten/Schmellenkamp*“ (Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl., C. H. Beck, 2007). Nichts konnte bisher die Lücke füllen, die allein durch Zeitablauf und einige europäische Rechtsentwicklung entstanden war. Das von *Hausmann* und *Odersky* herausgegebene Werk versteht sich selbst zwar als die 3. Auflage des *Schotten/Schmellenkamp*; tatsächlich ist es aber ein völlig neues Werk. Es wird *der* neue Klassiker im Internationalen Privatrecht für den Notar werden.

Das Buch beginnt mit einem 1. Teil „Einführung“ (§§ 1 bis 3), der tatsächlich einen von *Hausmann* meisterlich geschriebenen „Allgemeinen Teil“ des Internationalen Privatrechts darstellt und für den Praktiker ebenso geeignet ist wie für den Wissenschaftler. Gerade der Anfänger wird hier das nötige begriffliche Instrumentarium finden, das er für das Verständnis der Probleme im Internationalen Privatrecht braucht. Im 2. Teil (§§ 4 bis 7) beschäftigen sich wiederum *Hausmann* sowie *Schäuble* (§ 7) ausführlich mit dem Thema „Personenrecht und Rechtsgeschäfte“; es geht um Geschäftsfähigkeit, gesetzliche Vertretung natürlicher Personen, rechtsgeschäftliche Vertretung und Form von Rechtsgeschäften. Der 3. Teil (man würde nun eigentlich Schuldvertragsrecht erwarten, aber dieser kommt später) behandelt auf fast 400 Druckseiten das so wichtige Gebiet des Familienrechts (nochmals: *Hausmann*): Allgemeine Ehwirkungen, Ehegüterrecht, Unterhaltsrecht, Ehescheidung, Versorgungsausgleich, Lebenspartnerschaftsrecht und Adoptionsrecht. Im 4. Teil legt *Odersky* auf gut 100 Seiten alles Wesentliche zum Erbrecht dar. Sodann folgt ein 5. Teil von *Schäuble* über „Schuldvertrags- und Sachenrecht“, wobei das internationale Sachenrecht angesichts der bisher relativ geringen Bedeutung für den Notar auf nur 14 Seiten behandelt werden kann. Ein letzter äußerst wichtiger 6. Teil ist dem Gesellschaftsrecht gewidmet; diesen verantwortet *Wall*, dem es gelungen ist, einen eindrucklichen Beitrag zu schreiben, ohne dass er auf Vorarbeit zurückgreifen konnte, denn der *Schotten/Schmellenkamp* hatte kein Kapitel zum Gesellschaftsrecht.

Das Buch enthält zahlreiche wertvolle Beispiele mit Lösungen, obwohl diese – schon um den Rahmen des Buches nicht zu sprengen – nicht immer ausführlich dargestellt werden kön-

nen. Zudem findet der Praktiker viele Formulierungsvorschläge (teils sogar zweisprachig, so in § 16 Rdnr. 210 ff.). Alle Beispiele können mit einem im Buch enthaltenen Freischaltcode heruntergeladen werden. Ein ausführliches Sach- sowie ein gesondertes Länderregister helfen bei der Suche nach besonderen Problemkreisen. Dabei fallen auch einzelne Lücken auf. So findet man Ausführungen zu Gerichtsstandsvereinbarungen nur für Unterhalts- (§ 10 Rdnr. 201 ff.) und Schuldvertragsrecht (§ 16 Rdnr. 175 ff.). Hier wären für die Folgeauflage Hinweise auch zu anderen Teilgebieten wünschenswert (für die wichtigen Fragen zur Ehe und ihren güter- wie personenrechtlichen Folgen wird man bis auf Weiteres fündig bei *Meise*, RNotZ 2016, 485 ff. und 553 ff.). Auch enthält der *Hausmann/Odersky* anders als der *Schotten/Schmellenkamp* keine Länderberichte mehr. Die Herausgeber liefern im Vorwort dazu die Begründung (tatsächlich war es wohl schlicht nicht zu schaffen), solche Berichte würden vereinfachen und schnell veralten. Das mag sein; hilfreich sind sie gleichwohl. Vielleicht finden die Autoren Zeit, sie in die 4. Auflage wieder aufzunehmen. Ein wenig Abhilfe schafft bis dahin das Länderregister.

Die Hinweise auf Lücken sind im Verhältnis zur eindrucksvollen Gesamtleistung aber kaum der Rede wert. Greift man nur das Gesellschaftsrecht heraus, so findet der beeindruckte Leser die komplexe Dogmatik zu Gründungs- und Sitztheorie sorgfältig aufbereitet, erklärt und mit Tabellen zusammengefasst (etwa § 18 Rdnr. 129). Kenntnisreich und zugleich bündig eingeordnet wird die Entscheidungspraxis des EuGH (*Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Daily Mail*, *Cartesio*, *National Grid Indus* u. a.), die der Notar ab und an durchaus braucht. Ferner enthält das Buch bereits eine ausführliche Behandlung der europäischen Güterrechtsverordnungen (u. a. § 9 Rdnr. 2 ff. und § 13 Rdnr. 5 ff.).

Das Buch sollte in keinem Notariatsregal fehlen; der Liebhaber digitaler Kopien findet das Werk übrigens im Modul von „Notarrecht PLUS“ auf beck-online. Hoffentlich erscheint die nächste Auflage nicht wieder erst in zehn Jahren.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Mängelrechte nach § 634 BGB bestehen grundsätzlich erst nach der Abnahme

BGH, Urteil vom 19.1.2017, VII ZR 301/13 (Vorinstanz: OLG München, Urteil vom 1.10.2013, 13 U 1607/13)

BGB § 634 Nr. 1 und 2, § 635 Abs. 3, § 637 Abs. 3

##### LEITSÄTZE:

1. Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.
2. Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.
3. Ob ein Werk mangelfrei ist, beurteilt sich grundsätzlich im Zeitpunkt der Abnahme. Bis zur Abnahme kann der Unternehmer grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung aus § 631 Abs. 1 BGB erfüllt. Könnte der Besteller bereits während der Herstellungsphase Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen, kann das mit einem Eingriff in dieses Recht des Unternehmers verbunden sein. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Dafür, dass die Abnahme die Zäsur zwischen Erfüllungsstadium und Geltendmachung von Mängelrechten nach § 634 BGB anstelle des Herstellungsanspruchs darstellt, sprechen die Regelungen in § 634a Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB zum Verjährungsbeginn von Mängelrechten, in § 641 Abs. 1 BGB zur Fälligkeit des Werklohns, in § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Übergang der Leistungsgefahr auf den Besteller und in § 640 BGB zur Umkehrung der Beweislast für das Vorliegen von Mängeln, soweit kein Vorbehalt nach § 640 Abs. 2 BGB erklärt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)
5. Dies ist interessengerecht: Vor der Abnahme steht dem Besteller der Anspruch auf mangelfreie Her-

stellung des Werks nach § 631 Abs. 1 BGB zu, der eingeklagt und, falls notwendig, im Regelfall nach § 887 ZPO vollstreckt werden kann. Seine Interessen sind durch die ihm aufgrund des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zustehenden Rechte angemessen gewahrt: etwa Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281, 280 BGB, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, § 280 Abs. 2, § 286 BGB, Rücktritt nach § 323 BGB oder Kündigung aus wichtigem Grund entsprechend § 314 BGB. Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 BGB ist zwar anders als die Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB verschuldensabhängig (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung liegt aber auch vor, wenn der Unternehmer die Frist aus § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verstreichen lässt (vgl. zum Kaufrecht: BGH, Urteil vom 29.4.2015, VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rdnr. 12; Urteil vom 17.10.2012, VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rdnr. 11 ff.). (Leitsatz der Schriftleitung)

##### HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2017, 281.

#### 2. Sachmangel eines möglicherweise erheblich schadstoffbelasteten Grundstücks

BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Urteil vom 16.1.2015, 14 U 8/14)

BGB § 434 Abs. 1, § 442 Abs. 1, § 444

##### LEITSATZ:

Die frühere Nutzung eines Grundstücks als solche kann einen offenbarungspflichtigen Sachmangel darstellen. Zwar ist nicht jedes Grundstück, dessen Nutzung als Industriegelände schon Jahrzehnte zurückliegt, von vornherein als altlastenverdächtig einzustufen. Anders liegt es aber, wenn die frühere Nutzung die Gefahr von erheblichen Schadstoffbelastungen begründet (zum Beispiel frühere Nutzung als wilde Müllkippe, als Deponie, als Werksdeponie in den 1860er und 1870er Jahren oder als Tankstelle. (Leitsatz der Schriftleitung)

##### SACHVERHALT:

1 Die beklagte Bundesrepublik Deutschland war Eigentümerin eines 15.000 m<sup>2</sup> großen Grundstücks, das Teil des Bundeseisenbahnvermögens (im Folgenden: BEV) war; hierbei handelt es sich um

ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes. Seit Zeiten der Reichsbahn waren auf dem Grundstück sechs Gleise verlegt, die bis zum Jahr 1966 für den Bahnbetrieb genutzt wurden. Von 1943 bis 1991 war es an einen Schrotthandel vermietet. Mit notariellem Vertrag 2007 kaufte die Klägerin das Grundstück für rund 130.000 €. Die Sachmängelhaftung wurde gemäß § 8 Abs. 2 des Kaufvertrags ausgeschlossen. In § 8 Abs. 3 des Vertrags wurde ausdrücklich geregelt, dass das BEV keine Garantie für die Freiheit des Kaufgegenstandes von (näher definierten) Altlasten oder eines hierauf gerichteten Verdachts abgibt. Ferner erklärte das BEV in § 8 Abs. 4, dass „ihm nichts darüber bekannt ist und dass ihm auch keine Anhaltspunkte vorliegen, die darauf hinweisen könnten, dass auf der Kauffläche umweltschädigende Stoffe abgelagert oder eingesickert wären. Garantien werden nicht abgegeben“.

**2** Die Klägerin nutzte das Grundstück zunächst als Abstellfläche für Lastkraftwagen. 2012 wollte sie es bebauen und stellte dabei eine erhebliche Bodenbelastung fest. Der [Klage gerichtet] auf Rückabwicklung des Vertrags, Zahlung von Schadensersatz, Feststellung des Annahmeverzugs und Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten (...) hat das LG stattgegeben. (...)

**3** I. Das Berufungsgericht meint, den geltend gemachten Ansprüchen stehe der vertraglich vereinbarte Ausschluss der Sachmängelhaftung entgegen. Die Beklagte sei nicht gemäß § 444 BGB gehindert, sich auf diesen zu berufen. Die frühere Nutzung als Bahnbetriebsgelände und für Zwecke des Schrotthandels stelle schon keinen Sachmangel dar. Zwar sei die künftige Bebaubarkeit des Grundstücks stillschweigend zum Vertragsgegenstand gemacht worden. Aber von einer Nutzung, bei der Anhaltspunkte für die Entstehung von Altlasten bestünden, sei vorliegend nicht auszugehen. Aus dem Bahnbetrieb auf sechs Gleisen bis zum Jahr 1966 lasse sich eine Gefährdung des Bodens durch Altlasten nicht ableiten. Die Behandlung von Gleiswellen in früheren Zeiten mit heute nicht mehr zugelassenen Bio-, Herbi- und Insektiziden erlaube nicht den Schluss, dass eine Verunreinigung des Bodens nahezu fünfzig Jahre nach Einstellung des Bahnbetriebs heute noch vorhanden sei. Unabhängig davon scheine es sich um ein kleineres Rangiergelände gehandelt zu haben. Dass über die Verpachtung an den Schrotthandel habe aufgeklärt werden müssen, habe die Klägerin nicht dargelegt, weil es an näheren Angaben zu der Art des gelagerten Schrotts fehle.

**4** Ohnehin sei die Klage mangels Kausalität eines etwaigen Verschweigens für den Willensentschluss der Klägerin unbegründet. Der Klägerin sei die Nutzung als Bahnbetriebsgelände hinreichend bekannt gewesen. Zwar sei ihr Geschäftsführer bei Einstellung des Bahnbetriebs erst fünf Jahre alt gewesen. Aber sein verstorbener Vater sei ebenfalls Geschäftsführer und jedenfalls nach Urkundslage bei Vertragsschluss noch aktiv gewesen. Da sich die Geschäftsniederlassung der Familie in dem maßgeblichen Zeitraum durchgehend in der Nähe des Grundstücks befunden habe, müsse ihm die Nutzung zu Bahnbetriebszwecken bekannt gewesen sein. Die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach die Kausalität eines arglistig verschwiegenen Sachmangels für den Kaufentschluss nicht erforderlich sei, gelte nur für objektiv zu verzeichnende Mängel, nicht aber für einen Altlastenverdacht. Schließlich habe die Beklagte einen Verdacht als solchen auch nicht arglistig verschwiegen. Weder sei dem maßgeblichen Mitarbeiter die Altlast als solche bekannt gewesen noch könne aus den Weisungen der internen Verwaltung des BEV gefolgert werden, dass der Beklagten ein Altlastenverdacht zurechenbar bekannt gewesen sei.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**5** II. Die Revision ist begründet. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen können weder der geltend gemachte Rückabwicklungsanspruch (§ 437 Nr. 2, §§ 323, 346 BGB) noch der Schadensersatzanspruch (§ 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB) verneint werden.

**6** 1. Rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht allerdings Ansprüche, die sich aus der Kontamination des Bodens als solcher ergeben. Mangels gegenteiliger Feststellungen ist für das Revisionsverfahren zwar davon auszugehen, dass das Grundstück bereits bei Gefahrübergang kontaminiert und damit mangelhaft war. Insoweit kann sich die Beklagte aber auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen. § 444 BGB steht dem nicht entgegen. Ein arglistiges Verschweigen der konkreten Kontamination setzt nämlich in subjektiver Hinsicht voraus, dass die Beklagte von dieser Kenntnis hatte oder sie zumindest für möglich hielt (vgl. Senat, Urteil vom 7.3.2003, V ZR 437/01, NJW-RR 2003, 989, 990; Urteil vom 12.4.2013, V ZR 266/11, NJW 2013, 2182 Rdnr. 12), was das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint.

**7** 2. Als verfahrensfehlerhaft erweist sich dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, die frühere Nutzung des Grundstücks als Bahnbetriebsgelände stelle keinen Sachmangel dar.

**8** a) Im Ausgangspunkt kann – was auch das Berufungsgericht nicht verkennt – die frühere Nutzung eines Grundstücks als solche einen offenbarungspflichtigen Sachmangel darstellen. Zwar ist nicht jedes Grundstück, dessen Nutzung als Industriegelände schon Jahrzehnte zurückliegt, von vornherein als altlastenverdächtig einzustufen (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.1993, III ZR 156/92, DNotZ 1994, 452, 453, insoweit in BGHZ 123, 363 nicht abgedruckt; OLG Celle, NJW-RR 1997, 848, 850). Anders liegt es aber, wenn die frühere Nutzung die Gefahr von erheblichen Schadstoffbelastungen begründet. Ein darauf beruhender Sachmangel ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt worden für die frühere Nutzung als wilde Müllkippe (Senat, Urteil vom 12.7.1991, V ZR 121/90, NJW 1991, 2900, 2901), als Deponie (BGH, Urteil vom 19.3.1992, III ZR 16/90, BGHZ 117, 363, 369), als Werksdeponie in den [1860er und 1870er Jahren] (Senat, Urteil vom 3.3.1995, V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, 1550) oder als Tankstelle (Senat, Urteil vom 1.10.1999, V ZR 218/98, NJW 1999, 3777, 3778 unter II. 1.).

**9** b) Ob hier das Grundstück in der Vergangenheit auf eine solche Weise genutzt worden ist oder nicht, lässt sich auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht beurteilen. Hinsichtlich der Nutzung als Schrottplatz nimmt das Berufungsgericht zwar vertretbar an, dass diese für sich genommen keinen Altlastenverdacht begründe, da die Klägerin besondere, gefahrenträchtige Formen der Schrottlagerung, wie etwa eine Altautoverwertung, nicht behauptet habe. Anders liegt es aber im Hinblick auf den früheren Bahnbetrieb. Hierzu hat die Klägerin vorgetragen, dass aufgrund eines über Jahrzehnte hinweg erfolgten intensiven Fahr-, Abstell- und Verladebetriebs auf den Bahngleisen die Gefahr einer erheblichen Schadstoffbelastung des Grundstücks – insbesondere durch Schmiermittelverluste, Unkrautbekämpfung und Bahnschwellenimprägnierung – entstanden sei, was der Beklagten, namentlich dem fachkundigen BEV, bekannt gewesen sei.

**10** aa) Dieser Vortrag ist erheblich. Seine Richtigkeit unterstellt, wäre das Grundstück mangelhaft. Dabei kann dahinstehen, ob die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten die zukünftige Bebauung stillschweigend zum Vertragsgegen-

stand gemacht, der von der Beklagten erhobenen Gegenrüge standhielte; auch ist unerheblich, ob das Berufungsgericht – wie es die Beklagte annimmt – hiermit eine Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB meint oder, was näher liegen dürfte, die künftige Bebauung als eine bei Vertragsschluss vorausgesetzte Verwendung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB ansieht (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, NZM 2012, 469 Rdnr. 16). Denn jedenfalls wies das Grundstück einen Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf.

**11** Nach dieser Vorschrift muss sich der Kaufgegenstand für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Begründet die frühere Nutzung des verkauften Grundstücks die Gefahr von erheblichen Schadstoffbelastungen, weist es unabhängig von dem mit dem Kauf verfolgten Zweck in aller Regel nicht die übliche Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf (vgl. MünchKomm-BGB/Westermann, 6. Aufl., § 434 Rdnr. 56; Gaier, NZM 2005, 161, 162). Denn ein Grundstückskäufer muss üblicherweise jedenfalls nicht damit rechnen, als Zustandsstörer für die Beseitigung einer möglichen Altlast herangezogen zu werden (vgl. § 4 Abs. 3 BBSchG; Gaier, NZM 2005, 161). Aber auch unabhängig von den öffentlichrechtlichen Folgen stellt die Gefahr von Schadstoffbelastungen bei nahezu jeder denkbaren Grundstücksnutzung einen wertmindernden Faktor dar, der nicht üblich ist und den ein Grundstückskäufer nicht erwartet. Zudem erwies sich nach dem Vortrag der Klägerin die in § 8 Abs. 4 des Kaufvertrags enthaltene Erklärung als unrichtig, wonach dem BEV „keine Anhaltspunkte vorliegen, die darauf hinweisen könnten, dass auf der Kauffläche umweltschädigende Stoffe abgelagert oder eingesickert wären“.

**12 bb)** Infolgedessen hätte das Berufungsgericht dem angebotenen Sachverständigenbeweis nachgehen müssen. Seine Einschätzung, es liege nicht nahe, dass der Eisenbahnbetrieb auf den vorhandenen sechs Gleisen noch heute vorhandene Kontaminationen verursacht habe, erschöpft sich in einer Vermutung und stellt eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung dar. Es ist nicht ersichtlich, auf welcher tatsächlichen Grundlage das Berufungsgericht zu dieser Annahme gelangt ist und warum es über die zur Beurteilung dieser Frage erforderliche Sachkunde verfügt. Gleiches gilt, soweit das Berufungsgericht aus dem Betrieb der Züge herrührende Verunreinigungen mit der Begründung verneint, es scheine sich um ein kleineres Rangiergelände gehandelt zu haben. Abgesehen davon, dass der Kläger unter Beweisannahme vorgetragen hat, solche Verunreinigungen könnten gerade durch Rangier- und Abstellgleise verursacht werden, ist für das Revisionsgericht nicht erkennbar, aus welchen konkreten Unterlagen das Berufungsgericht seine Erkenntnisse gewonnen hat und woraus es insoweit seine Sachkunde herleitet.

**13 2.** Das Urteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

**14 a)** Dass das Berufungsgericht die Klage mangels Kausalität eines etwaigen Verschweigens für den Willensentschluss der Klägerin für unbegründet hält, weil der Vater des jetzigen Geschäftsführers der Verwaltungsgesellschaft der Klägerin

Kenntnis von dem Bahnbetrieb gehabt haben müsse, ist aus mehreren Gründen rechtsfehlerhaft.

**15 aa)** Zunächst schließt die Kenntnis des Käufers von einem Sachmangel die Sachmängelhaftung nur unter den Voraussetzungen von § 442 Abs. 1 BGB aus. Die hiervon zu unterscheidende Frage, ob dem Verkäufer die Berufung auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung gemäß § 444 BGB verwehrt ist, obwohl die Arglist für den Kaufabschluss nicht kausal war, stellt sich nur dann, wenn der Käufer gerade keine Kenntnis von dem Sachmangel hat, den Kaufvertrag aber auch bei der gebotenen Aufklärung über diesen unverändert geschlossen hätte. Dass es sich so verhielt, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

**16 bb)** Dahingehende Feststellungen sind ohnehin entbehrlich. Denn nach der Rechtsprechung des Senats ist die Ursächlichkeit der Arglist für den Kaufabschluss im Rahmen von § 444 BGB unerheblich; diese Bestimmung soll den Käufer allein vor einer unredlichen Freizeichnung des Verkäufers schützen (Senat, Urteil vom 15.7.2011, V ZR 171/10, BGHZ 190, 272 Rdnr. 13). Sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter denen über eine frühere Nutzung aufgeklärt werden muss, besteht objektiv ein offenbarungspflichtiger Sachmangel. Anders als das Berufungsgericht meint, setzt § 444 BGB auch bei einem Altlastenverdacht nur voraus, dass dieser Sachmangel arglistig verschwiegen wurde; die Norm differenziert nicht zwischen verschiedenen Arten von Sachmängeln.

**17 b)** Schließlich sind die Rechte der Klägerin auch nicht nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen. Voraussetzung hierfür wäre, dass sie bei Vertragsschluss nicht nur die frühere Nutzung als Bahnbetriebsgelände, sondern auch die damit verbundene Gefahr einer Bodenkontamination kannte. Dass der Geschäftsführer der Verwaltungsgesellschaft der Klägerin über diese Kenntnisse verfügte, verneint das Berufungsgericht. Allerdings meint es im Zusammenhang mit § 444 BGB, der Vater des jetzigen Geschäftsführers als früherer Geschäftsführer müsse Kenntnis von der Nutzung gehabt haben. Insofern ist aber schon zweifelhaft, ob das Berufungsgericht eine positive Feststellung trifft oder lediglich eine Vermutung anstellt. Sollte es sich um eine Feststellung handeln, stünde diese substanzlos im Raum. Wie die Klägerin zutreffend hervorhebt, bedürfte es aufgrund des erheblichen Zeitablaufs von mehr als vierzig Jahren zwischen dem Ende der Bahnnutzung und dem Vertragsschluss für die Annahme einer fortwährenden positiven Kenntnis besonderer Anhaltspunkte. Zudem ist nicht erkennbar, warum dem früheren Geschäftsführer die von der Nutzung als Bahnbetriebsgelände ausgehende Gefahr einer Bodenbelastung bekannt gewesen sein sollte. Verbleibende Unsicherheiten wirkten sich zulasten der Beklagten aus. Sie trägt als Verkäuferin die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis der Klägerin von dem Sachmangel im Sinne von § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 18.11.2010, V ZR 181/09, BGHZ 188, 43 Rdnr. 17); dies gilt auch für die Behauptung der Klägerin, der frühere Geschäftsführer habe sich lange vor dem Vertragsschluss aus dem Geschäftsleben zurückgezogen, was einer Wissenszurechnung gemäß § 166 BGB analog ebenfalls entgegenstünde.

**18 III.** Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**19** Bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels handelt arglistig im Sinne von § 444 BGB, wer einen Sachmangel mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Sachmangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (vgl. nur Senat, Urteil vom 3.3.1995, V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, 1550). Sollte das Gericht nach Beweisaufnahme zu der Auffassung gelangen, dass die Nutzung als Bahnbetriebsgelände einen Sachmangel darstellt, müsste es unter Berücksichtigung der sachverständigen Erkenntnisse beurteilen, ob die genannten Voraussetzungen der Arglist bei dem fachkundigen BEV vorliegen, und zwar unter Beachtung der Rechtsprechung zu der Wissenszurechnung bei juristischen Personen (vgl. Senat, Urteil vom 8.12.1989, V ZR 246/87, BGHZ 109, 327, 330 ff.). Maßgeblich ist insoweit der Kenntnisstand des Verkäufers bei Vertragsabschluss; liegen Umstände vor, aufgrund deren er davon ausgehen darf, eine Schadstoffbelastung bestehe trotz einer gefahrenträchtigen Nutzung nicht, kann die subjektive Seite der Arglist zu verneinen sein (näher BGH, Urteil vom 14.10.1993, III ZR 156/92, DNotZ 1994, 452, 453, insoweit in BGHZ 123, 363 nicht abgedruckt). Soweit sich die Beklagte in der Revisionserwidernis darauf stützt, sie habe – unter anderem aufgrund der unmittelbaren Nachbarschaft zu dem Betrieb der Klägerin – davon ausgehen dürfen, dass dieser der frühere Bahnbetrieb bekannt war, trägt sie die sekundäre Darlegungslast. Es ist Sache des Verkäufers, diejenigen Umstände in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Weise zu konkretisieren, aufgrund deren er trotz unterbliebener eigener Aufklärung davon ausgegangen sein will, der Käufer habe Kenntnis von dem Mangel – hier also von der Gefahr einer Bodenbelastung aufgrund der Nutzung – gehabt (eingehend Senat, Urteil vom 18.11.2010, V ZR 181/09, BGHZ 188, 43 Rdnr. 15).

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Benedikt Goslich, LL.M.**  
(Harvard), München

Handelt ein Verkäufer arglistig im Sinne von § 444 BGB, wenn er zwar nicht von der tatsächlichen Beeinträchtigung der Kaufsache (hier Bodenbelastung) Kenntnis hatte, wohl aber von einer gefahrenträchtigen Vornutzung (hier frühere Nutzung für den Bahnbetrieb)? Im Ergebnis bejaht der BGH diese Frage, wobei es nach der Urteilsbegründung auf die konkrete Bodenkontamination erstaunlicherweise überhaupt nicht ankommt.

#### 1. Der Altlastenverdacht als Haftungsgrundlage

Eine besonders gefahrenträchtige Vornutzung eines Grundstücks kann selbstständiger Sachmangel (jedenfalls im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) sein. Der BGH bestätigt insoweit seine Rechtsprechung, wonach einerseits bereits der Mangel- bzw. Altlastenverdacht selbstständiger

Sachmangel sein<sup>1</sup> und andererseits ein solcher Verdacht allein aus der Vornutzung eines Grundstücks herrühren kann.<sup>2</sup>

Bei der Erhebung des bloßen Mangelverdachts zum echten Mangel ist indes Zurückhaltung geboten. Häufig wird es zum Rechtsstreit zwar wohl nur dann kommen, wenn sich der Verdacht auch tatsächlich in Gestalt einer konkreten physischen Beeinträchtigung der Kaufsache realisiert hat. Doch käme man nicht umhin, die Mängelrechte des Käufers auch dann anzuerkennen, wenn eine solche Beeinträchtigung noch gar nicht aufgetreten ist und auch völlig unabhängig davon, ob sie überhaupt auftreten wird. Die an sich beim Käufer liegende Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Kaufsache wird so zum Teil auf den Verkäufer verschoben.<sup>3</sup> Auch droht ein unverdientes Reuerecht für den Käufer, wenn ihm ein Rücktrittsrecht für eine unter Umständen fehlerfreie Kaufsache eingeräumt wird. Die Anerkennung des Mangelverdachts als Mangel bedarf daher eines besonderen Grundes. Einen solchen hat der BGH bereits bisher und auch im vorliegenden Fall zu Recht darin erblickt, dass sich schon der bloße Verdacht wertmindernd auf die Kaufsache auswirken bzw. deren Weiterveräußerbarkeit gänzlich ausschließen kann.<sup>4</sup> Voraussetzung wird jedoch immer eine gewisse Erheblichkeit des Verdachts, also insbesondere eine ausreichende Realisierungswahrscheinlichkeit aus der ex-ante-Perspektive sein.<sup>5</sup> So hat der BGH etwa eine nur „geringe Wahrscheinlichkeit“ der Entstehung von Beeinträchtigungen nicht genügen lassen, selbst wenn diese vom Markt mit Preisabschlägen sanktioniert wird.<sup>6</sup> Auch im vorliegenden Fall sah der BGH die Erheblichkeitsschwelle für einen relevanten Altlastenverdacht durch die Schrottplatznutzung nicht als erreicht an, da diese nicht ausreichend gefahrenträchtig war. Hinsichtlich der Vornutzung als Bahngelände hat der Senat unter anderem zur Klärung dieser Frage zurückverwiesen.

#### 2. Die tatsächliche Beeinträchtigung als Haftungsgrundlage

Nach der Begründung des BGH kommt es für die Lösung des Falles demnach alleine auf den Grad der Gefahrenträchtigkeit der Vornutzung an. Dem Umstand, dass sich die der Vornutzung anhaftende Gefahr auch tatsächlich in einer Bodenbelastung realisiert hat, misst das Gericht dagegen offenbar keine Bedeutung bei. Hielte also das Berufungsge-

- 1 Vgl. BGH, Urteil vom 16.4.1969, VIII ZR 176/66, NJW 1969, 1171; BGH, Urteil vom 14.6.1972, VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462; BGH, Urteil vom 7.2.2003, V ZR 25/02, DNotZ 2003, 689; BGH, Urteil vom 20.10.2000, V ZR 285/99, NJW 2001, 64; MünchKomm-BGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 443 Rdnr. 13; a. A. Grunewald in FS Konzen, 2006, S. 132 ff.
- 2 Vgl. insoweit Nachweise bei Rdnr. 8.
- 3 Vgl. Grunewald in FS Konzen, 2006, S. 132, 136 ff.
- 4 Vgl. BGH, Urteil vom 16.4.1969, VIII ZR 176/66, NJW 1969, 1171; BGH, Urteil vom 14.6.1972, VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462 (bei Lebensmitteln mit Salmonellenverdacht).
- 5 Vgl. BGH, Urteil vom 7.2.2003, V ZR 25/02, DNotZ 2003, 689, 690.
- 6 Vgl. BGH, Urteil vom 7.2.2007, VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 (Krankheitsdisposition bei Tieren).

richt nach Beweisaufnahme die Vornutzung als Bahnbetrieb für abstrakt gesehen nicht ausreichend gefahrenträchtig, wäre die Haftung des Verkäufers nach den Vorgaben des BGH vollständig abzulehnen, da die Vornutzung selbst kein Mangel ist und die konkrete Kontamination zwar einen Mangel darstellt, aber mangels Kenntnis nicht arglistig verschwiegen wird. Dies erscheint fragwürdig. Denn wenn auch die Vornutzung für sich genommen keinen Sachmangel darstellt, so war das ihr anhaftende Gefahrpotenzial doch nicht gänzlich unerheblich, wie der Umstand der aus ihr resultierenden Bodenbelastung belegt. Der Verkäufer ist jedenfalls näher dran, die Risiken dieses nur ihm bekannten Mangelpotenzials zu tragen, als der Käufer. Den Verkäufer daher auch bei geringen, ihm bekannten Verdachtsmomenten jedenfalls dann in die Arglisthaftung zu nehmen, wenn sich diese Verdachtsmomente realisieren, dürfte weder eine unangemessene Risikoverteilung bewirken noch geriete man hierdurch in Widerspruch zur Ablehnung der Haftung für den aus der Vornutzung folgenden Verdacht als solchen. Denn während dort letztlich ja gerade für die reine Wahrscheinlichkeit gehaftet wird, ist Grund der Haftung hier die tatsächlich eingetretene Belastung, sodass die oben genannten Einwände (Verschiebung der Beweislast, Ausuferung der Haftung) von vorneherein nicht greifen.

Konstruktiv bereitet die Arglisthaftung für die *tatsächliche* Belastung allein aufgrund der Kenntnis von entsprechenden Verdachtsmomenten indes Schwierigkeiten. Naheliegender wäre zunächst, dem Verkäufer auf der Basis der ihm bekannten Verdachtsumstände bedingten Vorsatz in Ansehung des Bestehens der tatsächlichen Belastung zu unterstellen, doch steht diese Lösung der Revisionsinstanz freilich nicht zur Verfügung. Einer Herabsetzung des Arglistmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit oder ein bewusstes Sich-Verschließen hat der BGH mehrfach eine klare Absage erteilt.<sup>7</sup>

Auch bei fehlender Kenntnis der konkreten mangelbegründenden Belastung kommt aber nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Arglisthaftung für *diese* Belastung in Betracht, wenn der Verkäufer ohne hinreichende Erkenntnisgrundlage Angaben zur entsprechenden Sollbeschaffenheit „ins Blaue hinein“ tätigt, ohne die fehlende Grundlage offenzulegen.<sup>8</sup> Diese im Wesentlichen zum Gebrauchtwagenkauf entwickelten Grundsätze wurden unlängst auf Grundstückskäufe übertragen.<sup>9</sup> Allein die Erklärung, von Altlasten sei nichts bekannt, kann den Arglistvorwurf in diesem Sinne jedoch sicherlich nicht begründen; andernfalls müsste sich diesen – angesichts der weiten Verbreitung entsprechender Formulierungen in notariellen Kaufverträgen (ohne Zusatz, dass eine tragfähige Erkenntnisgrundlage, etwa ein

Bodengutachten, fehlt) – ein Großteil der Verkäufer gefallen lassen. Der BGH hat dies damit begründet, dass die bloße Negativerklärung, Mängel seien nicht bekannt, auch bei fehlender Erkenntnisgrundlage richtig und damit nicht als Aussage „ins Blaue hinein“ zu werten sei.<sup>10</sup> Eine andere Bewertung dürfte jedoch eben dann angezeigt sein, wenn bei Kaufvertragsschluss ausreichende (wenn auch geringe) Verdachtsmomente für den letztlich aufgetretenen Mangel bestehen. Dann nämlich gibt der Verkäufer mit der Negativerklärung, ebenso wie ein Verkäufer, der „ins Blaue hinein“ eine positive Aussage zum Kaufgegenstand trifft, eine unzutreffende Erklärung über seinen eigenen Wissensstand ab. Immerhin ist es ja gerade Zweck einer solchen Arglistprobe, dem Verkäufer bei Meidung der Arglisthaftung eine letzte Gelegenheit zur Offenlegung ihm bekannter Umstände zu geben.<sup>11</sup> Jedenfalls im vorliegenden Fall wird die Arglist des Verkäufers aber noch deutlicher: Der Verkäufer hatte erklärt, es lägen „keine Anhaltspunkte“ für Bodenbelastungen vor. Zumindest diese Erklärung ist vorsätzlich falsch und sollte daher zur Begründung der Haftung unabhängig vom Grad des abstrakten Gefahrenpotenzials der Vornutzung ausreichen.

### 3. Fazit

Im Ergebnis ist dem Urteil des BGH insoweit zuzustimmen, als es die Bedeutung des Altlastenverdachts aufgrund der Vornutzung als selbstständigen mangelbegründenden Umstand bestätigt. Kritik sei insoweit erlaubt, als die tatsächliche Bodenkontamination für die Urteilsbegründung bedeutungslos bleibt, was zu einer nicht sachgerechten Entlastung des Verkäufers führen kann. Sofern es sich um eine bewusste Haftungslücke handeln soll, wäre zumindest eine dahingehende Klarstellung wünschenswert gewesen. Der umsichtige Vertragsgestalter wird mit der üblichen Erkenntnis zurückgelassen, dass die Offenlegung aller möglicherweise mangelbegründenden Umstände im Kaufvertrag nicht nur ein Gebot der Verhandlungsfairness, sondern zur Vermeidung von Haftungsrisiken unerlässlich ist.

<sup>10</sup> BGH, a. a. O.

<sup>11</sup> Vgl. *Amann*, DNotZ 2003, 643, 646.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 12.4.2013, V ZR 266/11, NJW 2013, 2182; vgl. bereits früher BGH, Urteil vom 7.3.2003, V ZR 437/01, DNotZ 2003, 691.

<sup>8</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29.1.1975, VIII ZR 101/73, NJW 1975, 642; BGH, Urteil vom 18.1.1995, VIII ZR 23/94, NJW 1995, 955; BGH, Urteil vom 7.6.2006, VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839; BGH, Urteil vom 19.6.2013, VIII ZR 183/12, NJW 2014, 211; MünchKomm-BGB/Westermann, § 438 Rdnr. 29.

<sup>9</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11.5.2001, V ZR 14/00, NJW 2001, 2326.

### 3. Schadensersatz bei verzögerter Zustimmung des vormerkungswidrig Eingetragenen

BGH, Urteil vom 4.12.2015, V ZR 202/14  
(Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 21.8.2014, 24 U 23/14)

BGB § 280 Abs. 1 und 2, §§ 286, 288

#### LEITSÄTZE:

1. Ist der vormerkungswidrig Eingetragene mit der Erfüllung des Zustimmungsanspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB in Verzug, haftet er gemäß § 280 Abs. 1 und 2, §§ 286, 288 BGB auf Ersatz des Verzögerungsschadens (teilweise Aufgabe von Senat, Urteil vom 19.1.1968, BGHZ 49, 263 = NJW 1968, 788).
2. Seiner Funktion und seinem Zweck nach ist der Zustimmungsanspruch ein Leistungsanspruch, der sich als solcher nicht von anderen dinglichen Leistungsansprüchen unterscheidet. Aus dem akzessorischen Charakter des Anspruchs lässt sich deshalb kein Argument gegen die Anwendung der Vorschriften über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden nach § 280 Abs. 1 und 2, §§ 286, 288 BGB ableiten. Ob das auch für den ebenfalls aus der Verzögerung der Leistung entstehenden Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB gilt, ist demgegenüber nicht eindeutig, muss hier aber nicht entschieden werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### HINWEIS DER SCHRIFTLEITUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2016, 285.

•

### 4. Generalvollmachten genügen zur Auflassung an GbR

KG, Beschluss vom 17.11.2016, 1 W 562/16  
(mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG)

GBO §§ 20, 29  
BGB § 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1, § 709 Abs. 1, §§ 714, 925

#### LEITSATZ:

Haben sich Familienmitglieder untereinander notarielle Generalvollmachten zur Vertretung „in vermögensrechtlicher Hinsicht“ erteilt, kann zum Nachweis der Auflassung an eine aus ihnen bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts die für die Gesellschaft abgegebene Erklärung eines von ihnen im eigenen und unter Bezugnahme auf die Vollmachten im Namen der übrigen Gesellschafter ausreichend sein.

#### SACHVERHALT:

1 I. A und B erteilten unter anderem D notariell beurkundete „Generalvollmacht“, sie „in vermögensrechtlicher Hinsicht zu vertreten“. Eine

entsprechende Vollmacht erteilte C dem D. Die Vollmachten sollten „insbesondere verhindern, dass ein Betreuer für den Vollmachtgeber bestellt wird und daher auch weiter gelten, wenn der Vollmachtgeber geschäftsunfähig werden sollte“.

2 2015 einigten sich E und die F-GbR im Rahmen einer notariellen „Übertragungs- und Ausscheidungsvereinbarung“, dass das Eigentum an dem im Beschlusseingang näher bezeichneten Wohnungseigentum auf die aus A, B, C und D bestehende F-GbR übergehe. Für die F-GbR trat allein D auf, der angab, zugleich auch für A, B und C aufgrund der vorgenannten Generalvollmachten, deren Vorlage in Ausfertigung der Notar bestätigte, zu handeln.

3 Mit Schriftsatz aus dem Jahr 2016 hat der mit dem Vollzug beauftragte Notar die Umschreibung des Eigentums auf die F-GbR beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung unter Fristsetzung die Genehmigung der Gesellschafter der F-GbR erfordert. (...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die ausdrücklich im Namen der E und der F-GbR erhobene Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Sie ist auch begründet. Das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht (...).

5 Allerdings ist es im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass das Grundbuchamt den Nachweis der Vertretungsbefugnis des D für erforderlich erachtet hat. Das folgt aus § 20 GBO, wonach im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Hingegen ist die Auflassung des Eigentums von E auf die F-GbR, vgl. § 925 BGB, durch Vorlage der Urkunde in genügender Form nachgewiesen. Insbesondere wirken die Erklärungen des D für und wider F, § 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1, §§ 714, 709 Abs. 1 BGB.

6 Zur Vertretung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind regelmäßig sämtliche Gesellschafter gemeinschaftlich berufen, §§ 714, 709 Abs. 1 BGB. Die Gesellschafter können sich ihrerseits dabei durch von ihnen Bevollmächtigte vertreten lassen (BGH, MittBayNot 2011, 494, 495). Ob eine hierzu von dem Bevollmächtigten vorgelegte Vollmacht ausreicht, ist im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGH, a. a. O.; *Lautner*, MittBayNot 2011, 495, 496).

7 Bei der Auslegung von Vollmachten im Grundbuchverkehr ist wie bei der Auslegung von Grundbucheintragungen auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (Senat, Beschluss vom 26.11.2013, 1 W 291/13, MittBayNot 2015, 134, 135). Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH, NJW-RR 2015, 645, 646; NJW 1995, 1081, 1082; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 172; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 19 Rdnr. 28).

8 Gemessen hieran ist die Zwischenverfügung des Grundbuchamts nicht gerechtfertigt. Zwar enthalten die D erteilten Vollmachten ihrem Wortlaut nach keinen ausdrücklichen Bezug zur Stellung der A, B und C als Gesellschafter der F-GbR. Vielmehr wird die Möglichkeit einer Beteiligung an einer solchen GbR und einem Willen der Vollmachtgeber, sich insoweit von D vertreten zu lassen, in den Vollmachten nicht erwähnt. Andererseits sind die Vollmachten als „Generalvollmacht“ bezeichnet

worden, was bereits für eine umfassend erteilte Vertretungsmacht – bezogen auf die Vermögenssorge – spricht (L. Böttcher, DNotZ 2011, 363, 365; Lautner, a. a. O.; Meikel/R. Böttcher, GBO, 11. Aufl., Einl. E Rdnr. 26). Die von den Bevollmächtigten in „vermögensrechtlicher Hinsicht“ zu besorgenden Geschäfte enthalten keinerlei Einschränkungen. Die Vollmachten erfassen damit grundsätzlich auch den beruflichen und unternehmerischen Bereich der Vertretenen (vgl. G. Müller in Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung in der Praxis, 4. Aufl., Rdnr. 999 und 1022). Die Vollmachten sollen die Bestellung eines Betreuers für die Vollmachtgeber verhindern. Nicht zuletzt hierdurch wird deutlich, dass auch die Vertretung der Vollmachtgeber als Gesellschafter der F-GbR von den Vollmachten umfasst ist. Nur dann sind die Vollmachten geeignet, im Bedarfsfall eine Betreuung überflüssig zu machen (vgl. Würzburger Notarhandbuch/G. Müller, 4. Aufl., Teil 3 Kap. 3 Rdnr. 8). Üblicherweise werden solch umfassende Vorsorgevollmachten im engsten Familienkreis erteilt (G. Müller, a. a. O.). Auch das ist hier der Fall: B und C sind die Kinder der miteinander verheirateten A und D.

## ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Auch 15 Jahre nach der bahnbrechenden Anerkennung der GbR als teilrechtsfähig<sup>1</sup> und 8 Jahre nach ihrer – unter gesetzgeberischer Hilfe – Anerkennung als grundbuchfähig<sup>2</sup> sind noch Aufräumarbeiten zur dogmatischen Durchdringung der GbR zu leisten, im Besprechungsfall bei der Anerkennung von Generalvollmachten des einzelnen Gesellschafters zur Verwendung in Angelegenheiten „der GbR“. Der Beschluss fügt dem ein Mosaiksteinchen hinzu.<sup>3</sup> Das Gesamtbild bedarf aber noch einiger Bearbeitung.

### 1. Auslegung der Generalvollmacht

In seiner Auslegung der Generalvollmacht dahin gehend, dass sie auch zu Handlungen in der GbR berechtigt, ist dem vorstehenden Beschluss des KG uneingeschränkt zuzustimmen. Vor der Neuausrichtung der GbR hätte niemand daran gezweifelt, dass eine Generalvollmacht des GbR-Gesellschafters auch seinen Anteil am gesamthänderisch gebundenen Vermögen erfasst und zu (Mit-)Verfügungen (§ 719 BGB) über Vermögensgegenstände der GbR berechtigt. Man betrachtete ja die einzelnen Vermögensgegenstände als Eigentum der Gesellschafter, wenngleich diese in einem dritt wirkenden Gemeinschaftsverhältnis miteinander verbunden waren.

Deswegen überrascht es zunächst, dass die Neuausrichtung der GbR an dieser Auslegung der Vollmacht irgendetwas geändert haben sollte. Dem typischen Vollmachtgeber dürften die zugrundeliegenden dogmatischen Überle-

gungen ganz unverständlich sein und die Differenzierung in der Grundbucheintragung zwischen alt „A und B als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ und neu „GbR bestehend aus A und B“ ein Mysterium. Den „wirklichen Willen“ (§ 133 BGB) des Vollmachtgebers kann das wohl kaum beeinflussen.

Für eine umfassende Auslegung der Vollmacht spricht zudem, dass die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Alternativen zumindest im Vorsorgefall völlig fern liegen oder jedenfalls beide ganz unerwünscht sind: Entweder die Geschäftsführung und/oder Vertretung in der GbR wird höchstpersönlich, sodass – wie bei Eheschließungen oder Testamenten – jede Vertretung ausgeschlossen ist. Oder es muss ein Betreuer bestellt werden, was aber mit der erteilten Vollmacht (und mit jeder Vorsorgevollmacht) ausgeschlossen werden sollte. Ob der GbR-Anteil ausdrücklich oder andeutungsweise in der Vollmacht genannt wird, spielt für diese auf Folgenabschätzung beruhende Auslegung keine Rolle. Deswegen ist es auch egal, ob es sich um Altvollmachten handelt, die vor dem 29.1.2001<sup>4</sup> erteilt wurden, oder um Neuvollmachten.<sup>5</sup>

### 2. Dogmatische Zulässigkeit einer Generalvollmacht im Personengesellschaftsrecht

Das Problem der Generalvollmacht in der GbR ist richtigerweise keines der Willensbildung des Vollmachtgebers, sondern eines der dogmatischen Zulässigkeit in der Personengesellschaft. Der persönliche Vertreter eines GbR-Gesellschafters<sup>6</sup> handelt bei Ausnutzen der Vollmacht doppelt, einerseits und primär als Bevollmächtigter des Gesellschafters, dann aber zugleich für die GbR und insoweit als deren organschaftlicher Vertreter.<sup>7</sup> Aus dem Kapitalgesellschaftsrecht ist bekannt, dass das Organ seine Organstellung nicht delegieren kann.<sup>8</sup> Allerdings kann das Organ ausgetauscht werden. Bei Personengesellschaften ist die Organstellung an den Anteil gebunden, weswegen ein isolierter Austausch des Organs ausscheidet. Deswegen könnte eine höchstpersönliche, nicht delegierbare Organstellung einer Verwendung der Vollmacht entgegenstehen.<sup>9</sup>

Die Diskussion wird – zu Unrecht und deswegen mühsam – vorrangig unter dem Begriff der Selbstorganschaft ge-

1 BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

2 BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225; und – nach § 47 GBO n. F. – sodann BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393.

3 Vgl. auch OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.2.2016, 3 W 122/15, notar 2017, 21.

4 BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

5 Für diese Differenzierung aber OLG München, Beschluss vom 26.8.2009, 34 Wx 54/09, MittBayNot 2010, 126.

6 Zu unterscheiden von jemandem, dem bereits seitens und namens der GbR-Vollmacht erteilt wurde, ähnlich dem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten einer OHG oder KG – ein derart Bevollmächtigter handelt aber sowieso „namens der GbR“. Zu diesem Komplex Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 4265; Jousen, WM 1994, 273.

7 Bei Personengesellschaften fällt der Begriff durchaus, etwa MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, 6. Aufl. 2013, § 705 Rdnr. 257; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl. 2016, § 114 Rdnr. 11.

8 Scholz/Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rdnr. 14, 15.

9 So hält etwa Baumbach/Hopt/Roth, HGB, § 114 Rdnr. 11 die organschaftliche Geschäftsführung für höchstpersönlich und nicht übertragbar; wesentlich offener demgegenüber MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 705 Rdnr. 124b.

führt.<sup>10</sup> Dieser Ansatz ist falsch. Die erteilte Vollmacht verdrängt die eigenen Handlungsmöglichkeiten des Gesellschafters nicht, sie beschränkt die Gesellschafter nicht. Wenn die Gesellschafter infolge geistiger Gebrechen nicht handlungsfähig sind, liegt das nicht an der erteilten Vollmacht, sondern an tatsächlichen Gegebenheiten. Auch die Ergebnisse der bisherigen Diskussion sind nicht vollends überzeugend, weil die originär organschaftlichen Pflichten für nicht delegierbar gehalten werden.<sup>11</sup> Muss für diese Pflichten<sup>12</sup> dann doch ein Betreuer bestellt werden mit allen Folgen einer Verkrustung der Gesellschaft?<sup>13</sup> Oder bleiben diese Pflichten temporär unerfüllt?

Problematisch ist das Anerkennen der Vollmacht nicht wegen des Eingriffs in die Selbstorganschaft, sondern wegen des Eingriffs in das Abspaltungsverbot.<sup>14</sup>

Abspaltungsverbot heißt: Als personalistisch besteht die Gesellschaft gerade zwischen diesen Gesellschaftern, allein schon wegen der drohenden persönlichen Haftung. Deswegen können einzelne vermögens- wie verwaltungstechnische Aspekte der Gesellschafterstellung nicht isoliert an Dritte abgetreten oder übertragen werden. Andererseits zeigt sich sogleich, dass eine vollständige Durchsetzung des Abspaltungsverbots zu einem inneren Widerspruch führt bzw. das Verbot nur dann durchsetzbar wäre, wenn der Anteil selbst für ex lege zwangsübertragbar gehalten wird. Es geht letztlich um eine stimmige dogmatische Begrenzung des Abspaltungsverbots.

Eine vollständige Durchsetzung des Abspaltungsverbots hieße: Ersatzpersonen für Vertretung und Geschäftsführung durch diesen Gesellschafter gibt es nicht. Sofern sein Ausfall nicht von anderen handlungsfähigen Gesellschaftern aufgefangen werden kann, findet die Handlung nicht statt.<sup>15</sup> Das wäre Höchstpersönlichkeit wie bei einer Eheschließung. Undenkbar bei Gesellschaften. Also müsste ein Betreuer bestellt werden. Aber schon das wäre ja eine (wenngleich gesetzlich veranlasste) Beschränkung des Abspaltungsverbots, die noch dazu zu wirtschaftlicher Verkrustung der Gesellschaft führen dürfte. Nun kennt unsere Rechtsordnung

zwar Fälle, in denen sehr wohl ein Betreuer, nicht aber ein privatautonom Bevollmächtigter handeln kann (etwa § 1411 Abs. 2, § 1600a Abs. 3 BGB), und man könnte an eine Analogie hierzu denken. Die dogmatische Aufarbeitung dieser Normen lässt zu wünschen übrig. Einerseits wird zwar aufgrund der besonderen persönlichen Bedeutung die Höchstpersönlichkeit hervorgehoben, dann aber der Widerspruch, warum doch ein gesetzlicher Vertreter handeln können soll (und welche Vorteile dies gegenüber einer privatautonomen Vollmacht haben könnte), nicht thematisiert. Teils schimmert durch, dass der Betreuer eingeschaltet wird, um den Vertrag einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung unterwerfen zu können.<sup>16</sup> Das aber löst der moderne Gesetzgeber ohnehin schon anders, indem er exemplarisch in § 1906 Abs. 5 BGB auch den Bevollmächtigten einer Genehmigungspflicht unterwirft.

Jedenfalls aber zeigt das Normtelos so viel: Der gesetzliche Vertreter wird eingeschaltet zum Wohle des Geschäftsunfähigen, nicht zum Wohle der Vertragspartner. Deswegen verbietet sich eine Übertragung auf das Gesellschaftsrecht, denn bei der Geltung des Abspaltungsverbots und dessen Reichweite geht es gerade um den Schutz der anderen Gesellschafter. In dieser Folgenabschätzung erweist sich die Anerkennung der (Vorsorge-)Vollmacht gegenüber einer Betreuung noch als geringstmöglicher Eingriff in die Struktur der Personengesellschaft.

Die Schutzmechanismen für die anderen Gesellschafter wären noch zu erörtern. Ebenso muss sich die Gesellschaft durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages für solche Vollmachten öffnen.<sup>17</sup> Jedenfalls aber spielt das Abspaltungsverbot in einem häufigen und auch hier vorliegenden Fall keine Rolle, nämlich bei der Erteilung der Vollmacht gerade an andere Gesellschafter. Hier droht keine rechtliche oder wirtschaftliche „Auslieferung“ der Gesellschafter an Dritte. Damit steht der hier erteilten und ausgenutzten Vollmacht die Dogmatik der GbR nicht entgegen. Die Entscheidung des KG erweist sich auch unter Berücksichtigung des Binnenrechts der GbR als zutreffend.

10 *Baumann/Selzener*, RNotZ 2012, 605, 609; *Reymann*, ZEV 2005, 457, 460; auch *Jocher*, notar 2014, 3, 6.

11 *Baumann/Selzener*, RNotZ 2015, 605, 609; *Reymann*, ZEV 2005, 457, 461; MünchKomm-HGB/*Rawert*, 4. Aufl. 2016, § 114 Rdnr. 25.

12 Im Kapitalgesellschaftsrecht werden als organschaftliche (laufende!) Pflichten etwa diskutiert: Sorgepflicht für Buchführung (§ 41 GmbHG; dazu *Scholz/Crezelius*, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 41 Rdnr. 7), Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 42a GmbHG; *Scholz/Crezelius*, a. a. O., § 42a Rdnr. 5).

13 Hervorragende Darstellung bei *Baumann/Selzener*, RNotZ 2005, 605 ff.

14 Wobei natürlich Selbstorganschaft wie Abspaltungsverbot beide aus der personalistischen Struktur der Gesellschaft folgen, aber mit unterschiedlicher Akzentsetzung. In diese Richtung auch *Jocher*, notar 2014, 3, 6.

15 Ggf. können auch gesellschaftsvertraglich ausgeschlossene Gesellschafter, aktiviert werden; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*von Dittfurth*, Bd. I, 3. Aufl. 2009, § 7 Rdnr. 46.

16 So in § 1411 Abs. 2 BGB; dazu MünchKomm-BGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl. 2017, § 1411 Rdnr. 5. Aber selbst das ist kein durchgehendes gesetzgeberisches Motiv. Im Adoptionsrecht (§ 1747 Abs. 4, § 1749 Abs. 3 BGB) führt die Geschäftsunfähigkeit zum vollständigen Verzicht auf die Erklärung!

17 Eingehend *Baumann/Selzener*, RNotZ 2015, 605.

## 5. AGB-Kontrolle eines Bauträgervertrages zur Übergabeverpflichtung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung

LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16

BGB § 305c Abs. 2, § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2, § 315 Abs. 1 und 3, §§ 320, 632a

MaBV § 3 Abs. 1 und 2

### LEITSÄTZE:

1. **Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam ist folgende Klausel eines Bauträgervertrages: „Der Verkäufer ist zur Übergabe verpflichtet, wenn das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt und die Abnahme durchgeführt ist.“ (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Als AGB unwirksam ist ferner (schon für sich genommen, aber erst recht in Verbindung mit dem vorzitierten Satz) folgende Klausel: „Die Übergabe kann jedenfalls verweigert werden, wenn der Käufer nicht alle zu diesem Zeitpunkt fälligen Zahlungen geleistet hat oder Zug um Zug gegen Übergabe leistet“. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

#### 1 I. Anordnungsanspruch

Die Antragsteller haben einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin ihnen (und daher auch wie beantragt für beide dem Antragsteller zu 1) den Besitz an der streitgegenständlichen Wohnung übergibt.

2 1. Die Antragsteller haben zu den Vertragsgrundlagen Folgendes glaubhaft gemacht: Die Antragsgegnerin hat in dem streitgegenständlichen Bauträgervertrag die Herstellung des Kaufobjekts bis zum 31.8.2015 versprochen. Die Antragsteller haben die ersten fünf Raten bezahlt. Offen stehen rund 93.000 €, nämlich: Rate 6 (Bezugsfertigkeit) und Rate 7 (vollständige Fertigstellung) sowie ein Einbehalt nach § 632a BGB aus Rate 1, der die vollständige Fertigstellung absichern sollte. Die Antragsgegnerin ist entschlossen, den Antragstellern den Besitz erst einzuräumen, wenn die Antragsteller das Objekt abgenommen haben und die gesamte vereinbarte Bauträgervergütung bezahlt ist (mit Ausnahme eines Selbstabzugs der Antragsgegnerin in der Größenordnung von rund 10.000 €).

3 2. Die Antragsteller meinen, die offenen Beträge vorerst nicht zahlen zu müssen, da ihnen wegen Mängeln ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Die Mängel sind zwischen den Parteien streitig. Die Antragsteller beziffern Mangelbeseitigungskosten in Höhe von rund 63.000 € (...).

4 3. Die Antragsteller haben glaubhaft gemacht, dass der Bauträgervertrag zur hier umstrittenen Besitzübergabe folgende textliche Aussagen trifft:

„Der Verkäufer ist zur Übergabe verpflichtet, wenn das Vertragsobjekt vollständig fertig gestellt und die Abnahme durchgeführt ist. Er kann den Vertragsbesitz nach seinem

Erkennen auch nach dessen bezugsfertiger Herstellung und Abnahme übergeben“.

Es folgt der Nachsatz:

„Die Übergabe kann jedenfalls verweigert werden, wenn der Käufer nicht alle zu diesem Zeitpunkt fälligen Zahlungen geleistet hat oder Zug um Zug gegen Übergabe leistet.“

5 4. Mit der Besitzübergabe in Zusammenhang stehen folgende Regelungen betreffend Fälligkeit der Bauträgervergütung: Die sechste Rate soll fällig sein „nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe“. Die siebte Rate ist fällig „nach vollständiger Fertigstellung“. An die vollständige Fertigstellung knüpft auch die Fälligkeit eines Einbehalts aus der Rate 1 an. Im Anschluss an die Ratenstaffel bestimmt der Vertrag:

„Klargestellt wird, dass ein Anspruch des Käufers auf Besitzübergabe erst nach vollständiger Fertigstellung besteht.“ [Es folgt eine Verweisung auf u. a. die Regelungen, die das Gericht oben unter 3. zitiert hat.]

6 5. Glaubhaft sind für das Gericht auch die tatsächlichen Voraussetzungen dafür, dass das streitgegenständliche Wohneigentum als „bezugsfertig“ anzusehen ist. (...)

7 6. Glaubhaft ist auch, dass laut Vertrag das gesamte Objekt vollständig fertigzustellen gewesen wäre bis zum 31.8.2015. Diesen Termin einzuhalten, gelang der Antragsgegnerin nicht. Beide Parteien scheinen in der Bewertung übereinzustimmen, dass die Antragsgegnerin hierdurch in Verzug geriet; sie sind uneins, ob und was sich an der rechtlichen Bewertung ändert, wenn die Antragsteller nach dem 31.8.2015 ihrerseits in Zahlungsverzug geraten sind.

(...)

9 8. Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam ist bereits folgender Satz aus dem Vertrag: „Der Verkäufer ist zur Übergabe verpflichtet, wenn das Vertragsobjekt vollständig fertig gestellt und die Abnahme durchgeführt ist.“ Dieser Satz benachteiligt den Erwerber (bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung) unangemessen und gefährdet den Zweck des Vertrages: Dem Erwerber wird angesonnen, etwas abzunehmen, was er rechtlich und faktisch nicht abnehmen kann. „Abnahme“ ist bekanntlich die körperliche Entgegennahme des Werks verbunden mit der Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß. Die körperliche Entgegennahme hängt bei Bauleistungen (wie hier) davon ab, dass dem Erwerber der Besitz übergeben wird. (...)

10 9. Als AGB unwirksam nach vorgenannter Norm ist ferner (schon für sich genommen, aber erst recht in Verbindung mit dem vorzitierten Satz) folgende Klausel: „Die Übergabe kann jedenfalls verweigert werden, wenn der Käufer nicht alle zu diesem Zeitpunkt fälligen Zahlungen geleistet hat oder Zug um Zug gegen Übergabe leistet“. Unterstrichen wird diese Wertung durch die Verbindung, in der beide Sätze damit stehen, dass die Besitzübergabe in einem Zug-um-Zug-Verhältnis mit der Zahlung der Rate 6 steht (siehe oben).

11 Eine AGB-Kontrolle ist hier (wie schon zuvor) nach § 307 BGB gangbar und geboten, weil die Gestaltung nicht bereits

nach § 139 BGB nichtig ist. Denn § 139 BGB greift vorliegend nicht, weil die Gestaltung als solche nicht gegen die MaBV verstößt, die dem Bauträger unter anderem verbietet, Raten entgegenzunehmen, bevor die allgemeinen und besonderen Fälligkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 bzw. 2 MaBV geschaffen sind. Die hier getroffene Gestaltung respektiert dies (zumindest formaljuristisch) und zwingt (zumindest rechtlich) den Erwerber nicht, Raten zu bezahlen, bevor der Baufortschritt erzielt ist.

**12** Nach der folglich anwendbaren Vorschrift des § 307 Abs. 1 BGB ist die Gestaltung eine unangemessene Benachteiligung des Durchschnitts-Wohneigentumserwerbers, weil dieser regelmäßig ein schutzwürdiges Interesse hat, das Wohneigentum bei Bezugsfertigkeit tatsächlich auch beziehen zu können und zwar typischerweise zu einem Zeitpunkt, in dem die vollständige Fertigstellung noch nicht erreicht ist. Der Durchschnittserwerber hat regelmäßig seine Investition in das Wohneigentum derart kalkuliert und finanziert, dass eine möglichst frühe Wohnnutzung darin eine erhebliche Rolle spielt, damit der Erwerber möglichst zügig die laufende finanzielle Belastung hinter sich lassen kann, die mit der vorherigen Wohnung verbunden ist. Mit einem Wort: Der Durchschnittserwerber ist auf einen Bezug vor (vollständiger) Fertigstellung angewiesen. Angewiesen ist er folglich auch darauf, dass die noch fehlende vollständige Fertigstellung effizient abgesichert wird. Die hier untersuchte Gestaltung führt dazu, dass der Erwerber entweder am frühzeitigen Bezug gehindert sein wird, oder er muss auf die Besicherung hinsichtlich der vollständigen Fertigstellung verzichten, indem er die Schlussrate bereits bei Bezug zahlt. (...)

**13** 10. Auch als AGB wirksam einzustufen ist der Satz, der besagt, es könne der Verkäufer „den Vertragsbesitz nach seinem Ermessen auch nach dessen bezugsfertiger Herstellung und Abnahme übergeben“ – also vor der vollständigen Fertigstellung. Dieser Satz ergibt eine sinnvolle Aussage auch dann, wenn man die vorstehend behandelten Sätze gedanklich aus dem Text streicht, also den sog. „blue pencil test“ macht. Denn das hier gemeinte Ermessen ist nicht etwa eine freie Willkür des Bauträgers, sondern in Übereinstimmung mit den Grundsätzen von Treu und Glauben auszuüben (§ 242 BGB), wozu die Grundgedanken des Leistungsbestimmungsrechts (§ 315 Abs. 1 und 3 BGB) ebenso gehören wie die des Schadensrechts (§ 249 BGB). Der Satz benachteiligt die Antragsteller daher nicht unangemessen. Wollte man an der AGB-rechtlichen Wirksamkeit materiell zweifeln, so wäre der Satz gleichwohl hier als wirksam zu behandeln: Die Antragsteller berufen sich auf ihn. Die Antragsgegnerin könnte sich daher auf eine etwaige Unwirksamkeit dieses Satzes nicht zum Nachteil der Antragsteller berufen. Den Antragstellern würde § 305c Abs. 2 BGB helfen, nämlich dahin, dass eine gesetzeskonforme Auslegung gilt.

**14** 11. Das der Antragsgegnerin eingeräumte Ermessen hat die Antragsgegnerin nach alledem nicht willkürlich, sondern so auszuüben, dass erstens der Billigkeit genügt wird (§ 315 Abs. 1 BGB), was notfalls durch gerichtliche Entscheidung durchzusetzen ist (§ 315 Abs. 3 BGB), und zweitens Schäden gering gehalten werden, denn aus § 249 BGB folgt erst recht, dass der jeweilige Schädiger gehalten ist zu verhüten, dass ein

bereits eingetretener Schaden sich in vermeidbarer Weise vertieft.

**15** Es entspricht erstens der Billigkeit, den Antragstellern nunmehr den Besitz der Wohnung einzuräumen, da die Gesamtleistung bereits am 31.8.2015 hätte fertiggestellt sein müssen. Dadurch wird zweitens der Schaden minimiert, der den Parteien droht, wenn die Antragsteller weiterhin nicht einziehen.

**16** Das gilt unabhängig von der streitigen Frage, ob und ggf. wann zum Fertigstellungsverzug der Antragsgegnerin ein Zahlungsverzug der Antragsteller hinzugetreten sein mag. Die Pflichtverletzung der Antragsgegnerin liegt bereits darin, dass das Objekt am 31.8.2015, d. h. bei Ablauf der Fertigstellungsfrist, nicht fertig war. Nicht schlüssig ist der Einwand der Antragsgegnerin, die Fertigstellungsfrist habe sich „verlängert“, weil die Antragsteller nach dem 31.8.2015 (nämlich im Oktober 2015) ihrerseits in Zahlungsverzug geraten seien: Eine bereits am 31.8.2015 abgelaufene Fertigstellungsfrist kann sich schon begrifflich nicht mehr „verlängern“ durch Ereignisse, die nach ihrem Ablauf stattfinden. Den Fertigstellungsverzug beseitigt die Verlängerungsklausel nicht mehr. Konnte die Antragsgegnerin also Ende August 2015 den Besitz nicht einräumen, so blieb sie gehalten, das so schnell wie möglich nachzuholen.

#### **17** II. Anordnungsgrund

Glaubhaft gemacht ist, dass der Antragsteller zu 1 (auf den hier abzustellen ist) in einem unzumutbaren Provisorium haust und dort definitiv nur noch bis zum 30.6.2016 bleiben kann. Glaubhaft gemacht ist auch, dass der Antragsteller zu 1 nicht die Mittel hat, um Beherbergungskosten für ein neues Provisorium zu tragen. (...)

**18** Das Gericht ist sich klar darüber, dass der Anordnungsgrund bei einer Leistungsverfügung besonders kritisch zu prüfen ist. Die Wesentlichkeit der Nachteile kann dabei nur das Ergebnis einer Abwägung sein, die die Interessen der Parteien möglichst umfassend einbezieht, insbesondere auch die der Antragsgegnerin. Dabei waren für die Kammer folgende Erwägungen leitend:

**19** 1. Die Antragsgegnerin will erkennbar verhindern, dass der Erwerber einerseits einzieht, andererseits Zahlungen zurückhält (wie es oftmals geschieht, typischerweise unter Berufung auf Mängel). Denn dergleichen ist für die Antragsgegnerin aus zweierlei Gründen misslich: Erstens muss sie sich mit dem Erwerber streiten, zweitens trägt sie als Bauträgerin derweil das Insolvenzrisiko des Erwerbers. Dem zweiten Nachteil (Insolvenzrisiko) begegnet diese Verfügung, indem die Kammer anordnet, dass die Antragsgegnerin zu besichern ist in Höhe des noch offenen Restkaufpreises.

**20** 2. Den erstgenannten Nachteil („Streiten-Müssen“) kann die Kammer nicht beseitigen: Sie kann niemandem ersparen, sich mit seinem Vertragspartner auseinandersetzen zu müssen.

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Rechtsanwalt und Notar **Manfred Blank**,  
Lüneburg

Der der Entscheidung des LG München zugrundeliegende Vertrag hatte sich in wesentlichen Teilen von dem Ratenzahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV gelöst. Anders als es die MaBV vorgibt, hatte der Vertrag die Zahlung der vorletzten und letzten Rate von der vollständigen Fertigstellung und Abnahme abhängig gemacht. Eine solche Regelung ist durchaus zulässig. Allerdings sah die Fälligkeit der vorletzten und letzten Rate vor, dass der Erwerber zunächst zahlen und erst danach der Einzug – Besitzübergabe – erfolgen sollte. Insoweit entsprach die Regelung im Vertrag nicht den Vorgaben der MaBV, die die Zahlung der vorletzten Rate „bei Bezugsfertigkeit und Zug-um-Zug gegen Besitzübergabe“ regelt.

**1. Zum Hintergrund der MaBV**

Die MaBV ist eine Regelung des Gewerberechts und enthält in den §§ 3 und 7 Sonderregelungen für den Bauträgervertrag, die zwingenden Charakter haben. Der Bauträger darf nur entsprechend diesen Vorgaben Gelder entgegennehmen, sodass sich die zivilrechtliche Gestaltung anzupassen hat.

Die MaBV schreibt eine Zug-um-Zug-Leistung vor. Die Zug-um-Zug-Zahlung ist Ausdruck des Äquivalenzprinzips. Die gegenseitige Verknüpfung der beiderseitigen Leistungen, herkömmlicherweise als Synallagma bezeichnet, ist Ausdruck des Äquivalenzprinzips. Es entspricht der beiderseitigen Interessenlage, dass die Verpflichtung eines jeden regelmäßig nicht auf Leistung schlechthin, sondern auf Leistung „Zug-um-Zug“ gegen Empfang der Gegenleistung gerichtet ist. Insoweit verstieß die konkrete vertragliche Regelung zur Zahlung des letzten Teilbetrages gegen das Äquivalenzprinzip und damit auch gegen die Vorgaben der MaBV.

Ein Verstoß gegen den Zahlungsplan der MaBV führt dazu, dass die vertragliche Vereinbarung unwirksam ist und der Bauträger auf das dispositive Recht, also auf § 641 BGB, zurückgeworfen wird mit der Folge, dass die Vergütung erst bei Abnahme des Werks zu entrichten ist.<sup>1</sup> Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht, wenn dispositives Recht zur Verfügung steht. Nur dann, wenn der konkrete Vertrag von dem Regeltypus, auf den die dispositive Norm zugeschnitten ist, nicht unerheblich abweicht, kann sich aus dem Grundsatz der Unangemessenheit der gesetzlichen Regelung die Notwendigkeit einer „ergänzenden“ Vertragsauslegung ergeben. Davon ist angesichts des Gerechtigkeitsgehalts der werkvertraglichen Regelungen, insbesondere des § 641 BGB, nicht auszugehen.

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 22.3.2007, VII ZR 268/05, BGHZ 171, 364 = IBR 2007, 427 m. Anm. *Schulze-Hagen*; BGH, Urteil vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250 = ZIP 2001, 245 m. Anm. *Grziwotz* = EWIR 2001, 181 m. Anm. *Vogel*.

**2. (Kein) Recht auf Besitzübergabe bei unklarer vertraglicher Regelung**

Für den vorliegenden Fall muss man, weil die vertraglichen Voraussetzungen für die Zahlung der letzten Rate – Zahlung vor Besitzübergabe – einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MaBV darstellen, als Zwischenschritt feststellen, dass der Erwerbspreis erst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 641 BGB, also bei Erklärung der Abnahme, und dann Zug-um-Zug gegen Besitzübergabe fällig gewesen wäre.

Für die zu entscheidende Streitfrage, ob der Erwerber einen Anspruch auf Besitzübergabe zu einem bestimmten Zeitpunkt aus der vertraglichen Regelung hatte, lässt sich aus der obigen Schlussfolgerung nichts ableiten. Die getroffene Regelung steht im Widerspruch zu den Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV, dass ein gewisser Teil des Erwerbspreises – die 11. Rate – bei Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe zu zahlen ist. Das LG leitet aus diesem Widerspruch der vertraglichen Gestaltung zu der Regelung in der MaBV die Unwirksamkeit der Klausel gemäß § 307 BGB und damit positiv das Recht auf Besitzübergabe ab. Ob dieser Schluss konsistent ist, darf bezweifelt werden.

Zum einen ist die MaBV eine Vorschrift des Gewerberechts und kann sich mithin nicht zur vertraglichen Frage, wann eine Besitzübergabe zu erfolgen hat, äußern. Die MaBV als Vorschrift des Gewerberechts gibt dem Bauträger lediglich vor, wann er Zahlungen des Erwerbers entgegennehmen darf. Das gesetzliche Leitbild ergibt sich aus § 641 BGB; danach hat eine Zahlung bei Abnahme des gesamten Werks zu erfolgen.

Im Vertrag ist ein Anspruch des Erwerbers auf Besitzübergabe nicht geregelt, sondern nur der Zeitpunkt der Fertigstellung; als Folge der Fertigstellung sollte der Einzug erfolgen. Sodann wäre zu untersuchen, ob sich ein Anspruch des Erwerbers auf Besitzübergabe zu einem festen Zeitpunkt aus den Umständen ergibt. Den Fall einer nicht mit Frist versehenen Herstellungspflicht hat der BGH so entschieden, dass Fälligkeit im Sinne des § 271 Abs. 1 BGB dann eintritt, wenn eine angemessene Fertigstellungsfrist, die nach dem Wortlaut des Vertrages und den Umständen des Einzelfalles zu berechnen ist, abgelaufen ist.<sup>2</sup> Die Grundsätze der Entscheidung des BGH vom 8.3.2001 dürften aber auch für die nicht mit einem festen Termin versehene Besitzübergabe heranzuziehen sein. Bei dieser Auslegung käme man hier zu dem Ergebnis, dass die Besitzübergabe spätestens ab dem 1.9.2015 zu erfolgen hatte. Da der Bauträger die Voraussetzungen für die Abnahme schaffen muss, hat er, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, kein Zurückbehaltungsrecht.

Man wird die Regelungen des Vertrages wegen eines möglichen Anspruchs des Erwerbers auf Besitzübergabe auch unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot untersuchen müssen.

Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die gemäß

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 8.3.2001, VII ZR 470/99, ZfIR 2001, 450 m. Anm. *Schwenker* = EWIR 2001, 365 m. Anm. *Siegburg*.

§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit der betreffenden Bestimmungen zur Folge hat, auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich sind. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechte und Pflichten seinem Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen.<sup>3</sup> Dazu gehört nicht nur, dass die einzelne Regelung für sich genommen klar formuliert ist; vielmehr muss die Regelung auch im Kontext mit den übrigen Regelungen des Klauselwerkes verständlich sein. Vorschriften müssen im Zusammenhang aufgeführt werden oder die Relation muss in anderer Weise, etwa durch Bezugnahme auf konkrete Klauseln, deutlich gemacht werden.<sup>4</sup> Diesen Anforderungen wird die vorliegende vertragliche Formulierung im Hinblick auf einen möglichen Anspruch auf Besitzübergabe nicht gerecht. Für den durchschnittlichen Vertragspartner ist sie intransparent, weil sie dem Verbraucher suggeriert, Fertigstellung sei gleich Bezugsfertigkeit. Der Verbraucher kennt die Definition der Fertigstellung als einen Zeitpunkt, in dem sich das Werk in Abnahmereife befindet, nicht. Er kann auch die Abnahmereife nicht definieren. Die rechtlichen Konsequenzen sind ihm nicht klar. Er geht davon aus, dass Fertigstellung eine Begrifflichkeit ist, die den Zustand umschreibt, zu dem er einziehen kann, unabhängig davon, ob alle Mängel am Gesamtobjekt bereits beseitigt sind. Die Folgen des Zug-um-Zug-Prinzips kann er nicht übersehen, zumal der Bauträger sich daraus gelöst hatte. Der Verbraucher darf eine entsprechende Klausel so verstehen, dass er zu dem im Vertrag genannten Zeitpunkt erwarten kann, einzuziehen, unabhängig davon, ob die tatsächliche Abnahmereife vorliegt. Damit bestand für den Erwerber ein Übergabeanspruch ab dem 1.9.2015.

### 3. Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes

Die weiteren Ausführungen des Gerichts zur Sicherheitsleistung dürften dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich um ein einstweiliges Verfügungsverfahren handelt, in dem grundsätzlich keine Vorwegnahme der Hauptsache erfolgen darf. Das Ergebnis ist also dem einstweiligen Verfügungsverfahren geschuldet und hätte in einem Hauptsacheverfahren anders ausfallen müssen. Der Bauträger, der Verwender der Klauseln im Sinne der AGB-rechtlichen Vorschriften war, hätte im Hauptsacheverfahren den Nachteil der von ihm veranlassten Vertragsgestaltung tragen müssen. Dem Bauträger hätte es zumindest hinsichtlich der letzten Rate obliegen, den entsprechenden Nachweis bzgl. der Abnahme des Baukörpers im Gemeinschaftseigentum und der Außenanlage, und zwar ggf. auch durch die Abnahmeerklärung des Erwerbers, zu führen.<sup>5</sup> Dies könnte nicht im einstweiligen Verfügungsverfahren geklärt werden. Es handelte sich um eine Wohnung, so viel ist dem Sachverhalt zu entnehmen. Der Einzug sollte nach vollständiger Fertigstellung des Er-

werbsgegenstandes sein. Fertigstellung gibt den Abnahmestatus und die Beseitigung aller bis zum Zeitpunkt der Zahlung bekannten Mängel und Restarbeiten wieder.<sup>6</sup> Dazu gehören auch die mangelfreie Erfüllung sämtlicher Arbeiten am Gemeinschaftseigentum und an den Außenanlagen. Diesen Nachweis hätte der Bauträger führen müssen. Hätte er diesen Nachweis nicht erbracht, hätte er kein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Besitzübergabe.

### 4. Konsequenzen für die Praxis

Der Fall, den das LG München entschieden hat, zeigt auf, dass gerade im Rahmen des Bauträgervertrages und seiner komplizierten Systematik die Terminologie und die Regelungen, die die Makler- und Bauträgerverordnung vorgeben, genau umgesetzt werden sollten. Andere Begrifflichkeiten führen zur Unklarheit, die unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, schnell zu Problemen führen kann, deren Folgen der Unternehmer als Verwender zu tragen hat.

<sup>6</sup> Siehe auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.9.2002, 21 U 16/02, BauR 2003, 93.

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 6. Kein Erlöschen eines Vorkaufsrechts nach der Teilungsversteigerung

BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 43/15 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 6.3.2015, 2 Wx 387/14)

BGB §§ 463, 471, 1095, 1097 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. **Das Erlöschen eines für den ersten Verkaufsfall bestellten und nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleibenden dinglichen Vorkaufsrechts für einen Miteigentümer an dem Miteigentumsanteil des anderen Miteigentümers kann dem Grundbuchamt nicht durch den Zuschlagsbeschluss nachgewiesen werden, durch den der verpflichtete Miteigentümer das Grundstück in dem Zwangsversteigerungsverfahren zur Auseinandersetzung der Gemeinschaft erwirbt.**
2. **Ein Erwerb in der Teilungsversteigerung steht einem freihändigen Kauf gleich. Der Erwerber ist somit in Bezug auf das Vorkaufsrecht so zu behandeln, als ob er den belasteten Miteigentumsanteil gekauft hätte. Ein freihändiger Kauf durch den Erwerber hätte den Vorkaufsfall nur ausgelöst, wenn er als Dritter im Sinne des § 463 BGB zu behandeln wäre. Ist er hingegen nicht Dritter, ist der Kauf nicht als Vorkaufsfall zu bewerten mit der Folge, dass das ge-**

<sup>3</sup> St. Rspr.: zuletzt BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, MittBayNot 2016, 499, 500.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, MittBayNot 2016, 499, 500.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15, MittBayNot 2017, 35 m. Anm. Cramer zum Nachzügler.

**mäß § 1097 BGB nur für den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht nicht erlischt. Der Begriff des Dritten ist aus den materiellrechtlichen Umständen zu ermitteln. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

**1** I. Eingetragene Eigentümerinnen der [betroffenen] Grundstücke waren S zu 5/8 und T zu 3/8, die Schwestern sind. Auf den Miteigentumsanteilen war jeweils zugunsten der anderen Miteigentümerin ein vererbliches und nicht übertragbares Vorkaufsrecht auf den ersten Verkaufsfall im Grundbuch eingetragen. In dem auf Auseinandersetzung der Miteigentümergeinschaft gerichteten Teilungsversteigerungsverfahren blieb S Meistbietende. Ihr wurde das Grundstück zugeschlagen. Das zugunsten der T eingetragene Vorkaufsrecht blieb nach den Versteigerungsbedingungen bestehen. S wurde als Eigentümerin der Grundstücke in das Grundbuch eingetragen.

**2** Mit Schreiben (...) übersandte der Notar einen von ihm beglaubigten Antrag der S auf Löschung des Vorkaufsrechts der T. Das Grundbuchamt machte die Löschung von der Vorlage der Löschungsbewilligung der T abhängig.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**7** 2. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Beschwerdegerichts, dass S in einer den Anforderungen der § 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO genügenden Weise das Erlöschen des zugunsten der T eingetragenen Vorkaufsrechts und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen hat.

**8** a) Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung – auch die Eintragung einer Löschung (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 3) –, wenn der von der Eintragung Betroffene sie bewilligt. Betroffen von einer Eintragung und damit bewilligungsberechtigt ist derjenige, dessen grundbuchmäßiges Recht durch die vorzunehmende Eintragung rechtlich beeinträchtigt wird oder zumindest rechtlich nachteilig berührt werden kann (siehe nur Senat, Beschluss vom 15.7.2010, V ZB 107/10, NJW-RR 2011, 19 Rdnr. 10 m. w. N.). Danach muss T als im Grundbuch eingetragene Vorkaufsberechtigte die Löschung des Rechts bewilligen. Sie hat jedoch keine Löschungsbewilligung erteilt.

**9** b) Liegt eine Bewilligung nicht vor, ist eine berichtigende Eintragung im Grundbuch möglich, wenn die Grundbuchunrichtigkeit nachgewiesen ist (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen, weil er eine Grundbucheintragung ohne Bewilligung des Betroffenen ermöglicht und das Grundbuchverfahren zur Klärung von streitigen Tatsachen weder geeignet noch bestimmt ist (BayObLG, Rpfleger 1982, 468; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 369; *Bauer/von Oefele/Kohler*, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 171; *Hügel/Holzer*, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 59). Es sind alle Möglichkeiten, bis auf ganz entfernte, auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten berichtigenden Eintragung entgegenstehen können. Der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit ist nach § 29 Abs. 1 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führen (Senat, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593 Rdnr. 13).

**10** c) Nach diesen Maßstäben ist der Unrichtigkeitsnachweis nach §§ 22, 29 Abs. 1 GBO hier nicht geführt. Das Erlöschen eines für den ersten Verkaufsfall bestellten und nach den Versteigerungsbedingungen bestehenden bleibenden dinglichen Vorkaufsrechts für einen Miteigentümer an dem Miteigentumsanteil des anderen Miteigentümers kann dem Grundbuchamt nicht durch den Zuschlagsbeschluss nachgewiesen werden, durch den der verpflichtete Miteigentümer das Grundstück in einem Zwangsversteigerungsverfahren zur Auseinandersetzung der Gemeinschaft erwirbt.

**11** aa) Allerdings beschränkt sich das nur für den ersten Verkaufsfall bestellte dingliche Vorkaufsrecht (§ 1097 BGB) auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, dem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört. Es erlischt daher, wenn das belastete Grundstück auf andere Weise als durch Verkauf in das Eigentum eines Sonderrechtsnachfolgers des Verpflichteten übergeht, da dann ein Verkauf durch den Eigentümer im Sinne des § 1097 BGB nicht mehr gegeben sein kann (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1432a; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 18; *Haegele*, Rpfleger 1957, 330; *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl., § 1097 Rdnr. 5; *Staudinger/Schermaier*, Neub. 2009, § 1097 Rdnr. 14). Nach diesen Grundsätzen erlischt das Vorkaufsrecht zum Beispiel bei einer Veräußerung des Grundstücks mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht (§§ 470, 1098 Abs. 1 BGB; OLG Stuttgart, DNotZ 1998, 305, 307; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2000, 94; OLG Düsseldorf, FGPrax 2013, 57, 58) oder bei einem Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 471, 1098 Abs. 1 BGB; vgl. OLG Zweibrücken, FGPrax 2011, 177).

**12** bb) Ein Eigentumsübergang, der notwendigerweise zum Erlöschen des Vorkaufsrechts führt, ist hier aber nicht gegeben.

**13** (1) Verpflichtet aus dem Vorkaufsrecht, das gelöscht werden soll, ist S. Sie ist infolge des Zuschlags Eigentümerin des Grundstücks und damit auch des belasteten Miteigentumsanteils, sodass ein Verkauf durch den Eigentümer, dem der Miteigentumsanteil zur Zeit der Bestellung des Vorkaufsrechts gehörte (hier S), noch möglich ist.

**14** (2) Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der Erwerber in der Teilungsversteigerung das Eigentum mit dem Zuschlag als rechtsgestaltenden Hoheitsakt originär erwirbt (§ 90 Abs. 1, § 180 Abs. 1 ZVG). Ein Erlöschen des Vorkaufsrechts folgt hieraus nicht. Denn ein Erwerb in der Teilungsversteigerung steht einem freihändigen Kauf gleich (zu §§ 504, 512 BGB a. F.: Senat, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 136; Urteil vom 28.4.1967, V ZR 163/65, BGHZ 48, 1, 4; vgl. *Hintzen* in *Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellemeyer*, ZVG, 14. Aufl., § 180 Rdnr. 139; *MünchKommBGB/Westermann*, 7. Aufl., § 471 Rdnr. 4; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1411; *Staudinger/Schermaier*, Neub. 2013, § 471 Rdnr. 6). S ist somit in Bezug auf das Vorkaufsrecht so zu behandeln, als ob sie den belasteten Miteigentumsanteil gekauft hätte. Ein freihändiger Kauf durch S hätte den Verkaufsfall aber nur dann ausgelöst, wenn sie als Dritte im Sinne des § 463 BGB zu behandeln wäre. Ist S hingegen nicht Dritte, ist der Kauf nicht als Verkaufsfall zu bewerten mit der Folge, dass das gemäß § 1097 BGB nur für den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht nicht erlischt. Der Begriff des

Dritten ist aus den materiellrechtlichen Umständen zu ermitteln (vgl. Senat, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 141). Das ist nicht Aufgabe des Grundbuchamts, sondern dem Prozessgericht vorbehalten.

**15** (3) Nichts anderes folgt aus den Urteilen des Senats vom 23.4.1954 (V ZR 145/52, BGHZ 13, 133) und vom 28.4.1967 (V ZR 163/65, BGHZ 48, 1).

**16 a)** In der ersten Entscheidung hat der Senat zunächst ausgeführt, dass kein Kaufvertrag mit einem Dritten vorliegt, wenn ein ideeller Bruchteil eines gemeinschaftlichen Gegenstands an einen der übrigen Gemeinschaftler verkauft wird (Senat, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 139). Demgemäß löst die Teilungsversteigerung eines im Bruchteilseigentum stehenden, mit einem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks den Vorkaufsfall nicht aus, wenn der Zuschlag einem Miteigentümer erteilt wird. Auch das nur für einen Verkaufsfall bestellte dingliche Vorkaufsrecht erlischt in diesem Fall nicht (vgl. *Staudinger/Schermaier*, § 1095 Rdnr. 7).

**17** Soweit nur ein einzelner Bruchteil dem Vorkaufsrecht unterliegt (§ 1095 BGB), hat der Senat zwar angenommen, dass die Eigentümer der anderen, nicht belasteten Bruchteile im Verhältnis zum Eigentümer des belasteten Bruchteils als „Dritte“ anzusehen sind (Senat, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, a. a. O., S. 140 zu 5.). Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass die Teilungsversteigerung eines im Miteigentum stehenden Grundstücks den Vorkaufsfall stets auslöst, wenn ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 1095 BGB besteht und ein Miteigentümer den Zuschlag erhält. Denn bei der dargestellten Abgrenzung zwischen Mitberechtigten der Gemeinschaft und Dritten im Sinne des § 463 BGB handelt es sich nur um eine Faustregel (so zutreffend *Staudinger/Schermaier*, § 1095 Rdnr. 7; siehe auch Senat, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 141 zu 5. a. E.). Gerade bei wechselseitig eingeräumten Vorkaufsrechten, wie sie hier gegeben sind, kann sich aus dem Schutzzweck des Vorkaufsrechts etwas anderes ergeben (vgl. *Staudinger/Schermaier*, a. a. O.; jurisPK-BGB/*Alpmann*, 7. Aufl., § 1095 Rdnr. 9; vgl. auch Gutachten, DNotl-Report 2000, 21, 22). Das ist durch Auslegung zu ermitteln. Diese kann nicht von dem Grundbuchamt und damit auch nicht von dem (Rechts-)Beschwerdegericht vorgenommen werden.

**18 b)** Auch aus der Entscheidung vom 28.4.1967 lässt sich nicht entnehmen, dass das Vorkaufsrecht der T erloschen ist. Darin hat der Senat für ein auf einen Miteigentumsanteil beschränktes dingliches Vorkaufsrecht angenommen, dass das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden kann, wenn bei der Teilungsversteigerung ein Miteigentümer, dessen eigener bisheriger Anteil nicht dem Vorkaufsrecht unterliegt, das gesamte Grundstück ersteigert. Dies hat er damit begründet, dass andernfalls die Aufhebung der Gemeinschaft unmöglich wäre und praktisch für alle Zeiten ausgeschlossen bliebe (BGHZ 48, 1, 5; zust. *Bauer/von Oefele/Kohler*, GBO, AT III Rdnr. 145; RGRK-BGB/*Rothe*, 12. Aufl., § 1095 Rdnr. 4; *Hintzen* in *Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer*, ZVG, § 180 Rdnr. 140; MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 463 Rdnr. 26; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1411; *Staudinger/Schermaier*, § 1095 Rdnr. 8; a. A. *Schurig*, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, 162 ff.).

**19** Folge dessen ist jedoch nicht das Erlöschen des Vorkaufsrechts; vielmehr bleibt es in solchen Fällen bei dem Grundsatz des § 471 BGB, wonach das Vorkaufsrecht bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung nicht ausgeübt werden kann (Senat, Urteil vom 28.4.1967, V ZR 163/65, BGHZ 48, 1, 5 für § 512 BGB a. F.). Nach diesen Grundsätzen hätte die Teilungsversteigerung den Vorkaufsfall nicht ausgelöst; folglich kann auch das Vorkaufsrecht der T bestehen geblieben sein.

(...)

#### HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch die Anmerkung von **Everts**, MittBayNot 2017, 379 (in diesem Heft).

## 7. Kein Erlöschen eines Vorkaufsrechts „für den ersten Verkaufsfall, für den es nach den gesetzlichen Bestimmungen überhaupt ausgeübt werden kann“ in der Zwangsversteigerung

OLG München, Beschluss vom 11.5.2016, 34 Wx 61/16

GBO § 18 Abs. 1, §§ 22, 29

BGB §§ 133, 471, 1094 Abs. 1, §§ 1097, 1098 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSATZ:

**Ein Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall, für den es nach den gesetzlichen Bestimmungen überhaupt ausgeübt werden kann“ erlischt nicht bei Eigentumserwerb durch Zuschlag im Wege der Zwangsversteigerung, sofern es in deren Rahmen nicht ausgeübt werden kann. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die Beteiligte ist Eigentümerin von Grundbesitz, den sie im Wege des Zuschlags am 2005 erworben hatte. Im Zuschlagbeschluss ist als nach dem geringsten Gebot bestehen bleibendes Recht auch das in Abteilung II des Grundbuchs unter lfd. Nr. 5 unter Bezugnahme auf eine Bewilligung von 1969 für H eingetragene Vorkaufsrecht genannt.

**2** Ziffer V. der in der Eintragung in Bezug genommenen notariellen Urkunde, die zur Erfüllung von Vermächtnissen Vereinbarungen über einen Nachlass enthält, lautet:

„... räumen sie hiermit H persönlich an den vorgenannten Grundstücken (...), auf deren Übereignung H verzichtet hat, diesem für den ersten Verkaufsfall das dingliche Vorkaufsrecht ein.

Das Vorkaufsrecht gilt jeweils für den ersten Verkaufsfall, für den es nach den gesetzlichen Bestimmungen überhaupt ausgeübt werden kann, erlischt also nicht bereits bei einem Veräußerungsfall, bei dem es nach dem Gesetz nicht ausübbar wäre, zum Beispiel bei Erbauseinandersetzung, Tausch oder Schenkung.

Dieses Vorkaufsrecht ist nicht vererblich und nicht übertragbar.

Im Übrigen gelten für das Vorkaufsrecht die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1094 ff. BGB.“

**3** 2015 beantragte die Beteiligte die Löschung des Vorkaufsrechts. Dem ersten Verkauf stehe die Zwangsversteigerung 2005 gleich. Das

Vorkaufsrecht sei im Rahmen der Zwangsversteigerung nicht ausgeübt worden, daher erloschen und aus dem Grundbuch zu löschen.

**4** Mit (...) Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt beanstandet, dass zur Löschung des Vorkaufsrechts die Bewilligung des Berechtigten erforderlich sei. In der Zwangsversteigerung könne das Vorkaufsrecht nach den gesetzlichen Bestimmungen nämlich nicht ausgeübt werden.

**5** Dagegen hat die Beteiligte Beschwerde eingelegt. Sie ist der Meinung, da das Vorkaufsrecht nur für den ersten Verkaufsfall bestellt gewesen sei, sei es mit Erteilung des Zuschlags hinfällig geworden und untergegangen.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**7** II. Die (...) Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPfLG; § 71 Abs. 1, § 73 GBO; § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG) hat – jedenfalls vorläufig – Erfolg.

**8** 1. Die Zwischenverfügung ist aufzuheben, da die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht vorlagen. Das Grundbuchamt nimmt nämlich einen Mangel an, der nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann.

**9** Ist der Nachweis der Unrichtigkeit nicht geführt, ist die beantragte Löschung nur aufgrund einer Berichtigungsbewilligung oder einer Löschungsbewilligung möglich. Fehlt eine solche Bewilligung, muss das Grundbuchamt den Antrag sofort zurückweisen (BayObLG, FGPrax 1998, 6; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 18 Rdnr. 32; *Bauer/von Oefele/Wilke*, GBO, 3. Aufl., § 18 Rdnr. 19). Eine Zwischenverfügung ist nicht zulässig, wenn der Mangel des Antrags nicht rückwirkend beseitigt werden kann, da andernfalls die Eintragung einen Rang erhalte, der ihr nicht gebührt (BGH, NJW 2014, 1002 Rdnr. 6; BGHZ 27, 310, 313; BayObLGZ 1984, 105, 106 f.; *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 8 m. w. N.).

**10** 2. Für das weitere Verfahren ist – insofern nicht bindend – festzuhalten, dass die Löschung des Rechts ohne Bewilligung des Betroffenen nicht infrage kommt.

**11** a) Mit dem Antrag begehrt die Beteiligte die Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO.

**12** Eine Grundbuchberichtigung ist ohne vorgelegte Berichtigungsbewilligung nur möglich, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen ist (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO). An den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit sind strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Der Antragsteller muss – in der Form des § 29 GBO – lückenlos ausräumen, was der begehrten berichtigenden Eintragung, hier also der Löschung des eingetragenen Vorkaufsrechts, entgegenstehen könnte. Freilich brauchen ganz entfernt liegende, nur theoretische Möglichkeiten nicht ausgeräumt zu werden (BayObLGZ 1988, 102, 107; 1995, 413, 416). Keiner Nachweisführung bedarf es dann, wenn sich die materielle Unrichtigkeit aus der Eintragung im Grundbuch selbst – einschließlich zulässiger Bezugnahmen (vgl. § 874 BGB) – ergibt. Auch was offenkundig ist, braucht nicht bewiesen zu werden (vgl. *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37; *Hügel/Holzer*, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 59, 61).

**13** Nach diesen Maßstäben ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht nachgewiesen. Denn aus dem Inhalt des Grund-

buchs und der in Bezug genommenen Bewilligungsurkunde ergibt sich nicht, dass die Zwangsversteigerung des Grundbesitzes das materiellrechtliche Erlöschen des Vorkaufsrechts (vgl. § 1094 Abs. 1 BGB) und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkt hätte.

**14** b) Der Eintragungsvermerk enthält allein die Bestellung eines Vorkaufsrechts zugunsten einer begünstigten Person, allerdings ohne nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechts. Zur näheren Darlegung des Inhalts ist jedoch in zulässiger Weise Bezug genommen auf die in der notariellen Urkunde enthaltene Eintragungsbewilligung vom 12.9.1969 (vgl. § 874 BGB).

**15** aa) Die Bewilligung ist auslegungsbedürftig, da sie einerseits von einem dinglichen Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall“ spricht, andererseits aber eine Regelung zur Frage enthält, was mit dem ersten Verkaufsfall gemeint ist. So soll das Vorkaufsrecht nicht bereits bei einem Veräußerungsfall erlöschen, bei dem es nach dem Gesetz nicht ausübbar wäre. Als Beispielfälle sind Erbauseinandersetzung, Tausch oder Schenkung genannt.

**16** Soweit die Bewilligungserklärung von der Bestellung des Rechts für den ersten Verkaufsfall spricht, scheint sie sich an dem gesetzlichen Regelfall zu orientieren. Nach § 1097 1. Halbsatz BGB beschränkt sich das Vorkaufsrecht auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben. Allerdings kann es auch für mehrere Verkaufsfälle bestellt werden (§ 1097 2. Halbsatz BGB). Trotz des sachenrechtlichen Typenzwangs für zulässig gehalten wird daher eine Vereinbarung, die das Vorkaufsrecht nur für einen Verkauf gelten lässt; dies jedoch unabhängig davon, ob noch der Besteller der Verkäufer ist oder ein Sonderrechtsnachfolger, der das Grundstück anders als durch rechtsgeschäftliche Veräußerung erworben hat (KG, OLGE 41, 21, 23; MünchKomm-BGB/*Westermann*, 6. Aufl., § 1097 Rdnr. 2). Eine andere Ansicht hält eine derartige Vereinbarung ebenfalls für zulässig, legt sie jedoch nicht als Vorkaufsrecht nur für einen Verkaufsfall aus, sondern als ein solches, das für mehrere Verkaufsfälle bestellt ist (*Staudinger/Schermaier*, Neub. 2009, § 1097 Rdnr. 13). Letztlich kommen jedoch beide Auffassungen zu demselben Ergebnis, dass das so verstandene und abweichend von dem gesetzlichen Regelfall des § 1097 BGB bestellte Vorkaufsrecht bei einer ersten Veräußerung, die keinen Vorkaufsfall darstellt, nicht erlischt.

**17** bb) Für die Auslegung (§ 133 BGB) ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk einschließlich der Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; Umstände, die außerhalb der Bewilligung liegen, dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. BGHZ 92, 351, 355; 113, 374, 378; BGH, ZWE 2013, 402, 403; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28).

**18** Die Auslegung der Bewilligungserklärung ergibt hier nach ihrem klaren Wortlaut eine vom gesetzlichen Inhalt des Vorkaufsrechts gemäß § 1097 BGB abweichende Regelung

dahin, dass das Recht nicht erlöschen sollte und damit auch gegenüber einem späteren Eigentümer ausgeübt werden kann, wenn dieser das Grundstück auf eine Art erworben hat, die sich nicht als Verkaufsfall darstellt. Die in der Bewilligung genannten Fälle („Erbauseinandersetzung, Tausch oder Schenkung“) sind als bloße Beispiele angeführt. Ein unbefangener Betrachter entnimmt der Bestimmung als nächstliegende Bedeutung daher, dass das Vorkaufsrecht auch in einer Zwangsversteigerung, sofern es in deren Rahmen nicht ausgeübt werden kann, nicht zum Erlöschen kommt.

**19 c)** Durch Nichtausübung erloschen wäre das Vorkaufsrecht nur, wenn die Zwangsversteigerung zur Aufhebung einer Gemeinschaft oder auf Erbantrag erfolgt wäre. In diesen Fällen hätte der Berechtigte nämlich sein Vorkaufsrecht ausüben können (Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 81 Rdnr. 10 bei Anm. 10.2 b). Für andere Fälle der Zwangsversteigerung – wie hier durch einen Grundpfandrechtsgläubiger – ist die Ausübung des Vorkaufsrechts jedoch nach § 1098 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 471 BGB ausgeschlossen.

**20** Ein Fall des Erlöschens durch den Zuschlag nach § 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG ist ebenfalls nicht ersichtlich. Das Vorkaufsrecht war im geringsten Gebot (§ 44 ZVG) benannt.

(...)

#### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch die Anmerkung von Everts, MittBayNot 2017, 379 (in diesem Heft).

## 8. Löschung eines Vorkaufsrechts an Miteigentumsanteil nach Veräußerung an einen Miteigentümer

KG, Beschluss vom 19.4.2016, 1 W 1006/15

GBO § 16 Abs. 2, §§ 19, 22 Abs. 1  
BGB §§ 874, 1098 Abs. 2

#### LEITSATZ:

**Haben sich die Miteigentümer eines Grundstücks gegenseitig Vorkaufsrechte an den Miteigentumsanteilen der jeweils anderen Miteigentümer eingeräumt und hat einer von ihnen seinen Anteil an einen anderen Miteigentümer veräußert, kann die Löschung des Vorkaufsrechts des ausgeschiedenen Miteigentümers wegen Unrichtigkeit in Betracht kommen, wenn die Vorkaufsrechte ausschließlich deshalb eingeräumt worden waren, um das Eindringen nicht erwünschter Dritter zu verhindern.**

#### SACHVERHALT:

**1 I.** Der ursprüngliche Alleineigentümer des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks ließ 1947 einen hälftigen Miteigentumsanteil an P und G zu je gleichen Rechten auf. Die Erwerber wurden 1948 zu je ¼ Anteil im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

**2** Alle Miteigentümer räumten sich 1948 gegenseitig Vorkaufsrechte „für alle Verkaufsfälle ein, welche während unserer Besitzzeit und der aller unserer Rechtsnachfolger im Eigentum des Grundstücks eintreten“. In Abt. II lfd. Nr. 5 bis 7 wurden 1948 entsprechende Vorkaufsrechte eingetragen, unter lfd. Nr. 7 ein solches für den ursprünglichen Alleineigentümer lastend auf den ideellen Miteigentumsanteilen der übrigen beiden Miteigentümer.

**3** G verstarb 1950 und wurde von P als Alleinerbe beerbt. Dieser erwarb 1951 von dem ursprünglichen Alleineigentümer den diesem verbliebenen hälftigen Miteigentumsanteil. P wurde 1952 als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen.

**4** Durch nachfolgende Erbgänge erfolgte schließlich 2014 die Eintragung des Beteiligten als Eigentümer.

**5** 2015 hat der Beteiligte die Löschung der drei in Abt. II lfd. Nr. 5 bis 7 eingetragenen Vorkaufsrechte sowie von zwei zugunsten von P eingetragenen Aufbaugrundschulden bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung unter anderem darauf hingewiesen, dass zur Löschung der Belastung Abt. II lfd. Nr. 7 die Bewilligung des Berechtigten bzw. seiner Rechtsnachfolger/Erben erforderlich sei. Mit Beschluss hat es die Anträge zurückgewiesen.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**6 II. 1.** Die Beschwerde (...) hat in der Sache Erfolg. Zur Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 7 eingetragenen Vorkaufsrechts bedarf es keiner Bewilligung des Berechtigten bzw. seiner Erben, § 19 GBO, weil die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 GBO.

**7 a)** Allerdings sind nach allgemeiner und vom Senat in ständiger Rechtsprechung geteilter Ansicht an die Führung des Unrichtigkeitsnachweises strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit reicht nicht. Der Antragsteller muss sämtliche Umstände nachweisen, welche die Grundbuchunrichtigkeit begründen, und zudem lückenlos alle nicht ganz entfernt liegenden Möglichkeiten ausräumen, die der Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung entgegenstehen können (Senat, Beschluss vom 26.2.2004, 1 W 557/03, KG-Report 2004, 544).

**8** Das ist vorliegend geschehen. Die Unrichtigkeit der Eintragung in Abt. II lfd. Nr. 7 folgt aus dem Grundbuch selbst sowie den bei den Grundakten befindlichen öffentlichen Urkunden.

**9 b)** Die von dem Grundbuchamt vorgenommene Auslegung der Eintragungsbewilligung, es sei lediglich ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle bestellt, dessen Berechtigter der ursprüngliche Alleineigentümer und dessen Erben seien, greift zu kurz. Dabei ist es im Ausgang nicht zu beanstanden, dass das Grundbuchamt zur näheren Bestimmung des Inhalts des Vorkaufsrechts auf die Eintragungsbewilligung abgestellt hat, § 874 BGB.

**10** Durch eine zulässige Bezugnahme im Eintragungsvermerk wird die Bewilligung selbst zum Inhalt des Grundbuchs (BGH, NJW-RR 2015, 208, 209). Ist aber eine Bezugnahme unzulässig und geht der Eintragungsvermerk über die Einigung hinaus, entsteht das Recht nur insoweit, wie sich Einigung und Eintragung decken (BGH, NJW-RR 2011, 882, 883).

**11 aa)** In Abt. II lfd. Nr. 7 ist ausdrücklich ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für den ursprünglichen Alleineigentümer, mithin ein vom Regelfall eines Vorkaufsrechts für nur einen Ver-

kaufsfälle, vgl. § 1097 Hs. 1 BGB, abweichendes subjektiv-persönliches Recht (hierzu *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1401) eingetragen. Auch in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung wird ein solches Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle ausdrücklich angesprochen, allerdings mit bestimmten Einschränkungen: Nur solche Verkaufsfälle sollten dem Vorkaufsrecht unterfallen, „welche während unserer Besitzzeit und der aller unserer Rechtsnachfolger im Eigentum des Grundstücks eintreten“. Das Grundbuchamt hat hieraus die Vererblichkeit des Vorkaufsrechts hergeleitet, was für sich nicht zu beanstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 23.5.1962, V ZR 123/60, juris).

**12 bb)** Verkannt hat das Grundbuchamt aber den unmittelbaren Bezug dieses Nebensatzes auf die im voranstehenden Hauptsatz geregelten Verkaufsfälle („alle Verkaufsfälle ... , welche ...“) und das mit dem Begriff „Besitzzeit“ verbundene zeitliche Element. Diese Regelungen können nur so verstanden werden, dass die gegenseitig eingeräumten Vorkaufsrechte nicht für alle Zeiten bestehen sollten, sondern nur so lange, wie der jeweils Berechtigte – oder seine Rechtsnachfolger – selbst noch Miteigentum besaßen. Durch eine solche Regelung schützen sich Miteigentümer typischerweise vor einem nicht von allen gewünschten Eindringen Dritter in die Gemeinschaft (vgl. *Staudinger/Schermaier*, BGB, Neub. 2009, § 1095 Rdnr. 7; *MünchKomm-BGB/Westermann*, 6. Aufl., § 1095 Rdnr. 3; *jurisPK-BGB/Alpmann*, 7. Aufl. 2014, § 1095 Rdnr. 6).

**13** Ob die Vorkaufsrechte damit unter einer (auflösenden) Bedingung standen oder nicht vielmehr nur die Verkaufsfälle näher konkretisiert wurden, kann dahinstehen. Allerdings wäre im ersten Fall nach weit verbreiteter Meinung allein eine Bezugnahme im Eintragungsvermerk nicht ausreichend gewesen. Vielmehr muss die Tatsache, dass ein Recht befristet oder bedingt ist, als solche aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein, weil die Befristung oder Bedingung nicht zum Inhalt des Rechts gehört (OLG München, Beschluss vom 11.6.2012, 34 Wx 115/12, juris; OLG Hamm, FGPrax 2011, 10, 11; Beschluss vom 10.8.2011, 15 W 557/10, juris; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 266, 1409a; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 20; *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl., § 874 Rdnr. 5). Die damaligen Miteigentümer hatten aber keine für alle Zeiten bestehenden Vorkaufsrechte bewilligt, sodass sich Eintragung und Einigung nur insoweit decken und die Rechte nur insoweit zur Entstehung gelangen konnten (vgl. BGH, NJW-RR 2011, 882, 883).

**14 cc)** Vor diesem Hintergrund ist das für den ursprünglichen Alleineigentümer bestellte Vorkaufsrecht erloschen. Seine „Besitzzeit“ endete spätestens mit der Umschreibung seines Miteigentumsanteils auf den Erwerber P 1952. Tatsächlich hatten beide 1951 die Übergabe zum 1.9.1951 vereinbart. Die Annahme, dass zu diesem Zeitpunkt das Vorkaufsrecht bereits wirksam ausgeübt – und später vererbt – worden wäre, sodass dessen Vormerkungswirkungen, § 1098 Abs. 2 BGB, fortbestehen könnten, ist schon angesichts des Umstands, dass der ursprüngliche Alleineigentümer und Berechtigte des Rechts Abt. II lfd. Nr. 7 seinen Miteigentumsanteil an den erwerbenden Miteigentümer veräußert und übertragen hat, fernliegend. Nicht außer Betracht können insoweit auch der Zeit-

ablauf seither sowie der Umstand bleiben, dass sich nach Erwerb des hälftigen Miteigentumsanteils sämtliche Anteile in der Person des P vereinigt hatten und das Eigentum an dem Grundstück seither nur aufgrund von Erbgängen jeweils insgesamt übertragen worden ist. Das ursprüngliche Interesse an den Vorkaufsrechten besteht nicht mehr. Es ist keine Gemeinschaft mehr vorhanden, deren Mitglieder vor dem Eindringen Dritter zu schützen wären.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

### 1. Vorkaufsrechte – wenig Sinn und noch weniger Nutzen

Das Vorkaufsrecht – ein Valium der Kautelarjurisprudenz! Ohne großen Formulierungsaufwand, oft spontan während der Beurkundung<sup>1</sup> aufgenommen, beruhigt es die Beteiligten sofort ungemein. Die Risiken und Nebenwirkungen sind auch hier indes immens, selbst wenn zu diesen noch keine notarielle Belehrungspflicht bestehen dürfte. Angefangen von den immer schon bekannten Beleihungsproblemen, die vorrangig eingetragene Vorkaufsrechte im Grundbuch verursachen,<sup>2</sup> über die komplizierte Gestaltung und Abwicklung beim Verkauf vorkaufsrechtsbelasteter Objekte<sup>3</sup> und die damit verbundene Abschreckung von Kaufinteressenten<sup>4</sup> bis hin zur erschwerten, bisweilen nahezu unmöglichen Lösbarkeit<sup>5</sup> bereiten Vorkaufsrechte im Grundstücksverkehr regelmäßig nichts als Beschwerden.

Der eigentlich erstrebte Zweck tritt dahinter in der Praxis zurück. Er wird ohnehin meist nicht erreicht: Ist das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und Vorkaufsrechtsverpflichteten einerseits und dem Vorkaufsberechtigten andererseits auch zukünftig ungetrübt, bedarf es eines solchen Rechts regelmäßig nicht, wenn und weil das Kaufobjekt dem Berechtigten ohnehin als Erstem angeboten wird und dessen Interesse meist schon vor der Beurkundung geklärt werden kann. Bei einer Trübung der Verhältnisse werden sich hingegen immer Mittel und Wege finden lassen, das Vorkaufsrecht notfalls zu umgehen.

Alle Risiken und Nebenwirkungen von Vorkaufsrechten waren schon bei Entstehung des BGB bekannt. Der historische Gesetzgeber hat sie im Immobiliarsachenrecht dadurch abzumildern versucht, dass er als Grundmodell das Vorkaufsrecht nur für den ersten Verkaufsfälle vorgesehen hat

1 Wobei das Beurkundungserfordernis leicht umgangen werden kann, zumal es für die Bestellung laut BGH, Urteil vom 8.4.2016, V ZR 73/15, NJW 2016, 2035 m. Anm. *Wais* = *MittBayNot* 2017, 143 m. krit. Anm. *Schreindorfer* der notariellen Beurkundung nicht einmal bedarf, was die Gefahr einer unbedachten Verwendung dieses Instituts noch einmal erhöht.

2 Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, 6. Aufl. 2015, A. VIII. Rdnr. 11.

3 Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, A. VIII. Rdnr. 31 ff.

4 Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, A. VIII. Rdnr. 13.

5 Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, A. VIII. Rdnr. 14 f.

(§ 1097 Hs. 1 BGB). Dieses beschränkt sich auf den Verkauf durch denjenigen Eigentümer, der es bestellt hat, oder durch dessen Erben. Wechselt das Eigentum an der Immobilie, ohne dass das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann (z. B. durch Schenkung, Tausch, Vollstreckungsversteigerung nach § 1098 Abs. 1, § 471 BGB, Übertragung an einen gesetzlichen Erben nach § 1098 Abs. 1, § 470 BGB), erlischt es endgültig.<sup>6</sup> Diese legislative Entscheidung wurde bewusst gefällt und nicht in versehentlicher Unkenntnis einer Hintertür für Umgehungen.<sup>7</sup> Leider ist, wie auch bei der vorstehenden BGH-Entscheidung, eine zunehmende Tendenz der Gerichte<sup>8</sup> zu beobachten, diesen Umstand nicht zu würdigen, sondern „ihr ganzes juristisches Arsenal auszuschöpfen, um alte, meist unbedacht bestellte Vorkaufsrechte für den ersten Verkaufsfall entgegen den Intentionen der Väter des BGB (...) am Leben zu erhalten, ohne Rücksicht auf rechtliche Komplikationen und wirtschaftliche Folgen“.<sup>9</sup> Eine rühmliche Ausnahme bildet dabei der vorstehend mit abgedruckte Beschluss des KG mit der dort enthaltenen interessengerechten Auslegung.

Freilich gilt es, dabei genau auf die Formulierung zu achten und sich im Zweifel an den Wortlaut des Gesetzes zu halten. Bereits geringfügige Modifizierungen, eventuell aus Unachtsamkeit oder ohne genaue Kenntnis der unterschiedlichen Vorkaufsinstitute, führen zum Fortbestand des Rechts über den ersten sonstigen Eigentumswechsel hinaus, wie die ebenfalls vorstehend mit abgedruckte, insofern zutreffende Entscheidung des OLG München zeigt.<sup>10</sup>

## 2. Vorkaufsrechte und Teilungsversteigerungen im Immobiliarsachenrecht

Die Vorinstanz zu der besprochenen BGH-Entscheidung hatte noch entschieden, im Zuge einer Teilungsversteigerung mit Zuschlag an einen Miteigentümer liege ein Fall des Vorkaufsrechtsausschlusses i. S. v. § 471 BGB vor mit der Folge, dass das auf den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht am (vormaligen) Miteigentumsanteil des Erstehers erloschen sei.<sup>11</sup> Ganz so einfach liegen die Dinge jedoch nicht: § 471 BGB wird (i. V. m. § 1098 Abs. 1 BGB) von der herrschenden Meinung nur auf den Fall der

Zwangsversteigerung im Sinne einer „Vollstreckungsversteigerung“ angewandt, nicht auf Teilungsversteigerungen gemäß §§ 180 ff. ZVG.<sup>12</sup> Vielmehr wird ein Erwerb in der Teilungsversteigerung einem freihändigen Kauf gleichgesetzt, d. h. der „Verkauf“ im Wege der Teilungsversteigerung unterliegt dem Vorkaufsrecht des Vorkaufsberechtigten, so dass es grundsätzlich auch ausgeübt werden kann – aber nur außerhalb der Teilungsversteigerung.<sup>13</sup> Auch der BGH hatte dies bereits zuvor in den von ihm auch zitierten Entscheidungen aus dem Jahr 1954<sup>14</sup> und 1967<sup>15</sup> grundsätzlich so gesehen, dabei aber unter anderem auch die Frage aufgeworfen, ob der Ersteher tatsächlich als „Dritter“ i. S. v. § 1098 Abs. 1, § 463 BGB zu behandeln sei.

Im Urteil aus dem Jahr 1954<sup>16</sup> hatte der BGH zunächst entschieden, dass kein solcher Drittfall vorliege, wenn ein im Miteigentum stehendes Grundstück *insgesamt* mit einem Vorkaufsrecht belastet sei und ein Miteigentümer das Grundstück oder Miteigentumsanteile daran käuflich oder im Wege der Teilungsversteigerung erwerbe. In diesem Fall würde also das für nur den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht nicht erlöschen und der Ersteher weiter bis zum ersten Verkaufsfall verpflichtet bleiben.<sup>17</sup>

1967 urteilte der BGH<sup>18</sup> dann über den Fall, dass nur ein ideeller Bruchteil an einem Grundstück vorkaufsrechtsbelastet war (was gemäß § 1095 BGB zulässig ist). Bei einem Verkauf dieses Anteils seien die anderen Miteigentümer auch dann vorkaufsberechtigt, wenn der Erstkäufer einer dieser Miteigentümer sei, dieser sei also als „Dritter“ i. S. v. § 463 BGB anzusehen. Ginge es aber in dieser Konstellation statt um einen Miteigentumsanteilsverkauf um eine Teilungsversteigerung – die zwingend das ganze Grundstück erfasst! – und ersteigere ein anderer Miteigentümer das Grundstück, so liege kein Verkaufsfall i. S. v. § 463 BGB vor. Dies wurde jedoch nicht damit begründet, dass der Ersteher in diesem Fall nicht „Dritter“ sei, sondern weil sonst das mit der Teilungsversteigerung verfolgte Ziel eines „endgültigen Auseinanderkommens“ nicht erreicht würde. Die nächste Teilungsversteigerung wäre in der Tat vorprogrammiert.<sup>19</sup> Das Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall am vormaligen Miteigentumsanteil wäre in dieser Konstellation mit Zuschlag an den weiteren Miteigentümer somit erloschen.

## 3. Insbesondere: Wechselseitig vorkaufsrechtsbelastete Miteigentumsanteile

Man ist geneigt zu fragen, wie man zu einem anderen Ergebnis kommen können soll, wenn nicht nur ein Miteigentumsanteil vorkaufsrechtsbelastet ist, sondern an allen Mit-

6 Außer den vorstehenden Entscheidungen des BGH (dort Tz. 11) und des OLG München (dort Tz. 19) z. B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2012, 3 Wx 144/12, NotBZ 2013, 41; OLG München, Beschluss vom 18.12.2009, 34 Wx 81/09, NotBZ 2010, 232; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999, 3 W 171/99, ZNotP 1999, 439; OLG Stuttgart, Beschluss vom 8.4.1997, 8 W 681/96, DNotZ 1998, 305.

7 Ausführlich *Amann*, NotBZ 2016, 161, 164 ff.

8 Exemplarisch die Windungen, zumal unter offener Unkenntnis von § 470 BGB, in OLG München, Beschluss vom 25.9.2015, 34 Wx 121/15, DNotZ 2016, 385 (m. krit. Anm. *Serr*) = MittBayNot 2016, 319 (m. krit. Anm. *C. Braun*).

9 So *Amann*, NotBZ 2016, 342, 344.

10 Wobei die dort behandelte Formulierung eines Vorkaufsrechts für den (verkürzt) „ersten echten“ Verkaufsfall natürlich auch bewusst gewählt werden kann, um das Vorkaufsrecht umgehungsfest zu machen, vgl. Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, A VIII. Rdnr. 17 f.

11 OLG Köln, Beschluss vom 6.3.2015, 2 Wx 387/14, RNotZ 2015, 292.

12 Neben der vorstehenden Entscheidung des OLG München (dort Tz. 19) etwa *Stöber*, ZVG, 21. Aufl., § 81 Rdnr. 10 bei Anm. 10.2 b; *Staudinger/Schermaier*, 2013, § 471 Rdnr. 6.

13 *Böttcher*, ZfIR 2016, 498.

14 Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, NJW 1954, 1035.

15 Urteil vom 28.4.1967, V ZR 163/65, NJW 1967, 1607.

16 Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, NJW 1954, 1035.

17 *Böttcher*, ZfIR 2016, 498, 499.

18 Urteil vom 28.4.1967, V ZR 163/65, NJW 1967, 1607.

19 Anschaulich durchgespielt von *Amann*, NotBZ 2016, 342, 344.

eigentumsanteilen wechselseitige Vorkaufsrechte bestehen, so wie im Sachverhalt der aktuellen Entscheidung des BGH. Es liegt auf der Hand, dass auch solche Vorkaufsrechte (nur) bestellt sein dürften, um das unerwünschte Eindringen außenstehender Personen in die Gemeinschaft zu verhindern. Verwirklicht sich dieser Zweck und befindet sich abschließend das Grundstück nur noch in einer Hand, so ist auch das Vorkaufsrecht erledigt. So hat es zum Beispiel das KG in seinem vorstehenden Beschluss vorbildlich herausgearbeitet (Ziffer II. 1. b. bb = Tz. 12 f.), wengleich unter abweichenden urkundlichen Parametern.

Ob ein Miteigentümer als Ersteher „Dritter“ i. S. v. § 463 BGB wäre<sup>20</sup> und wie der Sachverhalt somit bei einem freihändigen Verkauf eines der vorkaufsbelasteten Anteile an einen anderen Miteigentümer zu lösen gewesen wäre, hätte somit auch im aktuellen Besprechungsfall des BGH außer Betracht bleiben können. Erstaunlich ist, dass der BGH dies nicht genau so, mit dem Argument „erst recht“, herausarbeitet wie in der Entscheidung aus dem Jahr 1967.<sup>21</sup> Dies wäre ohne Weiteres möglich gewesen. Stattdessen drückt sich der Senat regelrecht um eine Entscheidung, wenn er meint, die Klärung hänge von weiteren „materiellrechtlichen Umständen“ ab. Welche dies sein sollen, bleibt sein Geheimnis, ebenso warum hierfür (nochmals) ein zivilprozessuales Erkenntnisverfahren nötig sein soll. Denn sowohl mit dem Begriff des „Dritten“ als auch mit der Frage nach der Interessenlage hatte man sich doch Jahrzehnte zuvor (1954<sup>22</sup> und 1967<sup>23</sup>) noch explizit befasst und die Rechtsfragen jeweils einer Klärung zugeführt. Auch die Vorinstanz hatte hierauf aufgebaut.<sup>24</sup>

Dass es auch anders geht, zeigt – wie erwähnt – die vorstehende Entscheidung des KG (Ziffern II. 1. b. bb und cc = Tz. 12-14): Dort wurden gegenseitige Vorkaufsrechte an Miteigentumsanteilen eingeräumt „für alle Verkaufsfälle (...), welche während unserer Besitzzeit und der aller unserer Rechtsnachfolger im Eigentum des Grundstücks eintreten.“ Nach zutreffender Auslegung durch das KG besteht daher das Vorkaufsrecht der jeweils berechtigten Miteigentümer und ihrer Rechtsnachfolger nicht dauerhaft, sondern nur solange, wie bei diesen Miteigentum noch tatsächlich vorhanden war.

Nach alledem irritiert, wie selbstverständlich der BGH dann aber doch auf die von ihm zitierten früheren Entscheidungen verweist. Dabei ging es bei diesen jeweils gar nicht, wie in der Besprechungsentscheidung jedoch suggeriert, um den Fortbestand des Vorkaufsrechts nach Eigentumsumschrei-

bung,<sup>25</sup> sondern um dessen wirksame Ausübung zuvor. Unverständlich, wenn nicht gar falsch, ist dabei die sich anschließende Aussage in Tz. 19 des BGH-Beschlusses: Wenn – wie der BGH meint – eine Teilungsversteigerung „nur zwischen Miteigentümern“ den Vorkaufsfall nicht auslösen kann und es somit beim Grundsatz des § 471 BGB bliebe, so kann nach zuschlagsbedingtem Eigentumswechsel das Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall gerade nicht, wie in Tz. 19 aufgeführt, bestehen geblieben sein; vielmehr wäre es erloschen, wie es in Tz. 11 der BGH-Entscheidung selbst heißt.<sup>26</sup>

#### 4. Ergebnis und Praxishinweise

Ein guter Arzt sollte Risiken und Nebenwirkungen womöglich unbedacht verwendeter oder von anderer Seite empfohlener Mittel eindämmen können. Dieser Rolle wird der BGH im aktuellen Fall bei dinglichen Vorkaufsrechten leider nicht gerecht. Nicht nur die immobilienrechtliche Gestaltungspraxis, sondern auch die Grundbuchämter und die Beschwerdegerichte bleiben einigermaßen ratlos zurück.

Wenn sich Miteigentümer schon mit wechselseitigen Vorkaufsrechten an ihren Anteilen (§ 1095 BGB) absichern wollen – die Sinnhaftigkeit eines solchen Vorhabens angesichts mangelnder Verkehrsfähigkeit isolierter Miteigentumsanteile einmal beiseitegelassen – kann diesen nur dringend geraten werden, statt subjektiv-persönlicher Vorkaufsrechte gemäß § 1094 Abs. 1 BGB für die Person der anderen Miteigentümer und deren Rechtsnachfolger subjektiv-dingliche Vorkaufsrechte nach § 1094 Abs. 2 BGB zu vereinbaren, mag dies auch teurer sein.<sup>27</sup> Diese stehen dann immer dem jeweiligen Inhaber des/der anderen Miteigentumsanteils/-e zu. Vereinigen sich Miteigentumsanteile in einer Person, etwa weil in einer zweigliedrigen Gemeinschaft Miteigentümer A den Anteil von B und somit das Alleineigentum am Grundstück erwirbt, so erlöschen sämtliche Vorkaufsrechte, weil es keine Miteigentumsanteile mehr gibt, an denen sie bestehen können. Jedenfalls könnte der nunmehrige Alleineigentümer als „Inhaber aller Anteile“ insgesamt die Löschung bewilligen und beantragen.<sup>28</sup> Ziel sollte es jedoch sein, wie eingangs ausgeführt, die Bestellung von Vorkaufsrechten im Grundstücksverkehr möglichst gleich ganz zu vermeiden.

25 Zumal im Sachverhalt der Entscheidung von 1954 das Vorkaufsrecht ohnehin für *alle* Verkaufsfälle gemäß § 1097 Hs. 2 BGB bestellt war!

26 Siehe auch die Nachweise in Fn. 6.

27 Anders als subjektiv-persönliche Rechte sind subjektiv-dingliche Rechte stets zusätzlich zu bewerten, § 110 Nr. 2 lit. b GNotKG.

28 Ebenso *Amann*, NotBZ 2016, 342, 344.

20 Die Vorinstanz, OLG Köln, Beschluss vom 6.3.2015, 2 Wx 387/14, RNotZ 2015, 292, hatte ein solches Drittgeschäft verneint und war hierüber zum Grundsatz des § 471 BGB und somit nach zuschlagsbedingter Eigentumsumschreibung zum Erlöschen des für den ersten Vorkaufrechtsfall bestellten Vorkaufrechts gekommen.

21 Urteil vom 28.4.1967, V ZR 163/65, NJW 1967, 1607.

22 Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, NJW 1954, 1035.

23 Urteil vom 28.4.1967, V ZR 163/65, NJW 1967, 1607.

24 Vgl. Fn. 20.

## 9. Eintragung der Abtretung eines im Grundbuch vormerkungsgesicherten Anspruchs auf Eintragung eines „Photovoltaikanlagenrechts“

OLG München, Beschluss vom 23.1.2017, 34 Wx 434/16

BGB §§ 335, 883, 885

GBO § 19

### LEITSÄTZE:

- 1. Zu den Voraussetzungen für die Eintragung der Abtretung eines im Grundbuch so bezeichneten vormerkungsgesicherten Anspruchs auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Photovoltaikanlagenrecht).**
- 2. Der – nicht übertragbare – Anspruch des Vertragspartners auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu seinen Gunsten und zugunsten seiner Rechtsnachfolger kann durch eine einzige Vormerkung gesichert werden. Davon zu unterscheiden ist der weitere Anspruch des Vertragspartners als Versprechensempfänger auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten eines von ihm zu benennenden Dritten und dessen Rechtsnachfolger, dessen Übertragbarkeit vereinbart und der seinerseits durch eine gesonderte (einheitliche) Vormerkung gesichert werden kann. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs kann bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 885 Abs. 2 BGB). Das gilt auch, sofern der Inhalt des Anspruchs darauf gerichtet ist, gemäß § 335 BGB die Dienstbarkeitsbestellung zugunsten eines Dritten zu fordern. Eines ausdrücklichen Vermerks über die vereinbarte Übertragbarkeit bedarf es nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 4. Aus der schlagwortartigen Bezeichnung des Rechtsinhalts, der den Gegenstand des zu sichernden Anspruchs auf Eintragung des dinglichen Rechts als „Photovoltaikanlagenrecht“ umschreibt, lässt sich ohne sonstige Anhaltspunkte nicht schließen, dass der Anspruch der Versprechensempfängerin auf Eintragung des von ihr benannten Dritten eingetragen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 I. Im Grundbuch ist für die Beteiligte zu 1 (Bank) eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Photovoltaikanlagenrecht) eingetragen. Nach der in Bezug genommenen Vertragsurkunde 2011 hatte der Eigentümer der Bank für den Fall, dass die Bank in den zwischen dem Eigentümer und dem Betreiber geschlossenen Mietvertrag mit Ergänzungsvereinbarung eintritt oder einen Dritten eintreten lässt, das Recht eingeräumt, seine Grundstücke zum Betrieb von Anlagen der Solarstromerzeugung (Photovoltaikanlage) zu nutzen, und sich zugleich gegenüber der Bank verpflichtet, mit dieser oder – im Wege eines echten Vertrags zugunsten Dritter – mit einem von ihr

zu benennenden Dritten einen entsprechenden Gestattungsvertrag abzuschließen. Zur Sicherung dieses künftigen – übertragbaren – Anspruchs bewilligte und beantragte der Eigentümer die Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Bank auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für a) die Bank bzw. b) einen von dieser benannten Dritten an nächstfolgender Rangstelle in Abteilung II des Grundbuchs.

2 2016 trat die Bank ihre Ansprüche auf Eintragung eines Photovoltaikanlagenrechts an die Zessionarin ab. Sie bewilligte und die Zessionarin beantragte, die Eintragung der Abtretung im Grundbuch zu vermerken. Den notariellen Vollzugsantrag hat das Grundbuchamt (...) zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

3 Der schuldrechtliche Anspruch auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit könne nicht an einen Dritten abgetreten werden. Eingebracht sei nur die Vormerkung für diesen Anspruch zugunsten der Bank, nicht der davon zu unterscheidende Anspruch der Bank auf Bestellung einer Dienstbarkeit für einen von ihr zu benennenden Dritten. Mit einer einzigen Dienstbarkeit könnten die verschiedenen Ansprüche nicht abgesichert werden. Hier sei lediglich eine Vormerkung für die Bank eingetragen und nenne auch nur diese; soweit zukünftiger Berechtigter der Dienstbarkeit und Versprechensempfänger nicht identisch seien, müsse dies aus dem Eintragungstext selbst hervorgehen. Da hier verschiedene Rechte und Vormerkungen sich dieselbe Bewilligung als Eintragungsgrundlage teilten und auch der Antrag nicht entsprechend eingeschränkt gewesen sei, komme insoweit auch keine Auslegung anhand der Bewilligung in Betracht. Hier sei betreffend der Bank als Versprechensempfänger nur der nicht abtretbare Anspruch durch Vormerkung gesichert.

4 Die notariell eingelegte Beschwerde bringt vor, dass der schuldrechtliche Anspruch auf Bestellung der Dienstbarkeit nicht an die Person des Gläubigers gebunden, vielmehr übertragbar gestaltet und daher abtretbar sei. Der Abtretung stehe nicht entgegen, dass nur eine Vormerkung eingetragen sei. Im Falle eines Anspruchs zugunsten eines noch nicht bestimmten Dritten sei eine Vormerkung für den Dritten wegen des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes noch gar nicht eintragungsfähig. Für den Versprechensempfänger sei eine Vormerkung hingegen eintragungsfähig, was auch geschehen sei. Zwei Vormerkungen seien hingegen nicht einzutragen, da ein einheitlicher Dauerbestellungsanspruch mit Selbstbenennungsrecht vorliege, der nicht zu einem unterschiedlichen Leistungsinhalt führe. Wenn aber zwei Vormerkungen einzutragen wären, liege es in der Entscheidungsbefugnis des Grundbuchamts, festzustellen, welcher Anspruch nun für die Bank abgesichert werde.

5 Jedenfalls sei im Weg der Auslegung davon auszugehen, dass die Bewilligung auch zugunsten des Dritten (der Zessionarin) abgegeben worden sei, mit der Abtretung eine Benennung stattgefunden habe und damit ein eigener Anspruch der Zessionarin begründet wurde, der nun einzutragen sei.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die (...) zulässig eingelegte Beschwerde, die sich gegen den zurückgewiesenen Antrag auf Berichtigung durch Eintragung der Abtretung bei der Vormerkung richtet (BayObLG, FGPrax 1998, 210, 211; Demharter, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 44 Rdnr. 90), bleibt ohne Erfolg.

8 1. Nach der Rechtsprechung des Senats (Beschlüsse vom 6.4.2016, 34 Wx 399/16, RNotZ 2016, 388; vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12, FGPrax 2012, 193) kann (1) der – nicht übertragbare – Anspruch des Vertragspartners auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu seinen Gunsten und zugunsten seiner Rechtsnachfolger durch eine einzige Vormerkung gesichert werden. Davon zu unterscheiden ist (2) der weitere Anspruch des Vertragspartners als Ver-

sprechensempfänger auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten eines von ihm zu benennenden Dritten und dessen Rechtsnachfolger, dessen Übertragbarkeit vereinbart und der seinerseits durch eine gesonderte (einheitliche) Vormerkung gesichert werden kann (vgl. *Staudinger/Gursky*, Neub. Juli 2013, § 883 Rdnr. 23; *Hügel/Kral*, GBO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 15; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1204; *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285, 286; wohl auch *Reymann*, ZIP 2013, 605, 615; a. A. *Demharter*, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 26; *Kappler*, ZfIR 2012, 602; *Keller*, MittBayNot 2012, 446; *ders.*, anders noch ZfIR 2011, 705, 707 unter II. 2. 2.; MittBayNot 2011, 300, 301).

**9** Der Senat folgt nicht der von *Keller* (MittBayNot 2012, 446) vertretenen Ansicht, es handele sich um einen einheitlichen Dauerbestellungsanspruch mit Selbstbenennungsrecht des Versprechensempfängers, der durch eine einzige Vormerkung abgesichert werden könne. Der Anspruch zu (2) ermöglicht es zwar, dass der ursprüngliche Versprechensempfänger in einer Kette von Abtretungen als Dritter Inhaber des Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs wird. Ein Selbstbenennungsrecht des Versprechensempfängers würde jedoch den Anspruchsinhalt nicht zutreffend bezeichnen (vgl. Senat vom 7.12.2016, 34 Wx 423/16, juris). Soweit *Kappler* (ZfIR 2012, 602 f.) die Einheitlichkeit des Anspruchs auf Eigen- und Fremdbestellung betont, überzeugt dies schon deshalb nicht, weil es in dem einen Fall an der Abtretbarkeit fehlt (vgl. *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285, 286). Im Übrigen geht die angeführte Entscheidung des BayObLG vom 17.10.2001 (ZfIR 2002, 209) ebenfalls davon aus, dass die in einem Vertragswerk zugunsten eines Beteiligten vereinbarte Bestellung mehrerer Erbbaurechte einerseits, mehrerer Dienstbarkeiten andererseits zwei Vormerkungen erfordert, obwohl dem ein einheitliches Vertragswerk zugrundeliegt. Ob die weitere Entscheidung des BayObLG vom 14.11.2002 (BayObLGZ 2002, 350, DNotZ 2003, 434) verallgemeinerungsfähig ist, kann auf sich beruhen (*Westermeier*, Rpfleger 2003, 347).

**10** Antragsgemäß im Grundbuch vermerkt werden kann die Abtretung demnach nur, falls die eingetragene Vormerkung (§ 883 BGB) – auch – einen der Bank zustehenden Anspruch umfasst, wie er unter (2) beschrieben ist.

**11** 2. Zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs kann bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 885 Abs. 2 BGB). Das gilt auch, sofern der Inhalt des Anspruchs darauf gerichtet ist, gemäß § 335 BGB die Dienstbarkeitsbestellung zugunsten eines Dritten zu fordern (Senat vom 7.12.2016, 34 Wx 423/16, juris). Eines ausdrücklichen Vermerks über die vereinbarte Übertragbarkeit bedarf es nicht. Erweist sich der der Bank zugunsten Dritter eingeräumte schuldrechtliche Anspruch nach seinem Inhalt gemäß § 399 Alt. 1 BGB als übertragbar (vgl. BGHZ 28, 99, 102 f.; Senat vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12, FGPrax 2012, 193; OLG Nürnberg, Rpfleger 2016, 472; *Palandt/Herrler*, 76. Aufl., § 1092 Rdnr. 5 mit *Palandt/Grüneberg*, § 399 Rdnr. 4; *Staudinger/Jagmann*, Neub. 2015, § 355 Rdnr. 7), so kommt dies im Eintragungsvermerk regelmäßig über eine Bezugnahme auf die Bewilligung zum Ausdruck. Da die aufschiebende Bedingung („für den Fall, dass die Bank

in den zwischen den Eigentümer und dem Betreiber am ... geschlossenen Mietvertrag ... eintritt, oder einen Dritten eintreten lässt“) das Forderungsrecht der Bank und damit deren schuldrechtlichen Anspruch, nicht aber die Vormerkung betrifft, reicht auch insoweit eine Anspruchsbezeichnung gemäß § 885 Abs. 2 BGB aus (*Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 21).

**12** 3. Aus der schlagwortartigen Bezeichnung des Rechtsinhalts, der den Gegenstand des zu sichernden Anspruchs auf Eintragung des dinglichen Rechts als „Photovoltaikanlagenrecht“ umschreibt, lässt sich nicht schließen, dass der Anspruch der Versprechensempfängerin auf Eintragung des von ihr benannten Dritten eingetragen ist.

**13** a) Berechtigte beider Ansprüche, auch des Anspruchs, selbst als Berechtigte der Dienstbarkeit eingetragen zu werden, ist jeweils die Bank. Das folgt für den Anspruch zu (2) aus dem Umstand, dass Person und Zahl der begünstigten Dritten nicht bekannt sind (Senat vom 7.12.2016, 34 Wx 423/16, juris; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 71), somit nur die Bank als Versprechensempfängerin eingetragen werden kann. Die Bezeichnung der Berechtigten bildet mithin kein Unterscheidungsmerkmal.

**14** b) Die Auslegung (§ 133 BGB) nach den allgemeinen Grundsätzen des Grundbuchrechts (z. B. BGH, FGPrax 2015, 5; Senat vom 7.12.2016), also nach Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt, führt nicht zu dem Ergebnis, dass die eingetragene Vormerkung den Anspruch auf Eintragung des von der Bank benannten Dritten sichert, nicht aber den Anspruch der Bank auf die eigene Eintragung als Inhaberin des Rechts. Die im Eintragungsvermerk zur näheren Kennzeichnung des Anspruchs verwendete schlagwortartige Bezeichnung des Rechts („Photovoltaikanlagenrecht“) lässt ohne sonstige Anhaltspunkte den Schluss auf eine Drittbegünstigung (vgl. Senat vom 7.12.2016) nicht zu. Dasselbe gilt für die (einheitliche) Bewilligung (§ 19 GBO), die durch Bezugnahme zum Inhalt des Grundbuchs geworden ist (vgl. § 885 Abs. 2 BGB; BGH, FGPrax 2015, 5). Einem eindeutigen Auslegungsergebnis im Sinne einer Sicherung (nur) des drittbegünstigenden Anspruchs steht im Übrigen auch die in der Bewilligung gewählte Reihenfolge (bezeichnet mit a und b) entgegen.

**15** 4. Dieses Ergebnis wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Grundbuchamt im Rahmen desselben Eintragungsantrags die zugleich bewilligte Vormerkung für den Anspruch des Anlagenbetreibers, dem von ihm zu benennenden Dritten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu bestellen, in derselben Form wie den Anspruch der Bank eingetragen hat. Denn die Bezugnahme (...) auf die Bewilligung ist eindeutig, weil es dort nur um einen Anspruch aus dem Vertrag zugunsten Dritter geht.

(...)

**18** Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, weil die Voraussetzungen hierfür vorliegen (§ 78 Abs. 2 GBO). Vertragsgestaltungen der gegenständlichen Art treten in der Rechtspraxis wiederholt – in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen – auf. Dazu wird auf die vorstehend unter II. zitierten Entscheidungen des Senats verwiesen. Die gegenständliche Sache gibt Veran-

lassung, eine der strittigen Fragen zur Besicherungsform langlebiger Energiegewinnungsanlagen höchststrichterlich zu klären.

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. **Christoph Reymann**, LL.M. Eur., Neustadt bei Coburg

Der Entscheidung des OLG München lag eine für den Betrieb von fremdfinanzierten Photovoltaikanlagen auf fremden Grundstücken übliche Sachverhaltskonstellation zugrunde. Ein Grundstückseigentümer hatte mit einem Anlagenbetreiber, der auf fremdem Grund und Boden eine Photovoltaikanlage errichtet hatte, einen Mietvertrag abgeschlossen und ihm zur dinglichen Sicherung – wie üblich – wohl eine beschränkte persönliche Nutzungsdienstbarkeit bestellt. Da beschränkte persönliche Dienstbarkeiten – abgesehen von den Ausnahmen nach § 1092 Abs. 2 und 3 BGB – grundsätzlich nicht übertragbar und nicht vererblich sind (§ 1092 Abs. 1 BGB), hatte der Eigentümer der finanzierenden Bank zusätzlich eine Vormerkung eingeräumt. Diese war ebenfalls auf Eintragung späterer Dienstbarkeiten gerichtet, und zwar zum einen zugunsten der Bank, falls diese einmal in den schuldrechtlichen Nutzungsvertrag eintreten sollte, und zum anderen zugunsten eines von der Bank zu benennenden Dritten, dem ein Anspruch aus echtem Vertrag zugunsten Dritter auf Abschluss eines Nutzungsvertrages für den Fall der Ernennung bereits eingeräumt wurde. Nach Eintragung der Vormerkung zugunsten der Bank trat diese den vormerkungsgesicherten Anspruch an einen Dritten ab und begehrte vom Grundbuchamt die Eintragung dieser Abtretung in das Grundbuch. Das Grundbuchamt verweigerte die Eintragung, weil nur für die Bank ein Anspruch auf Dienstbarkeitsbestellung durch die eingetragene Vormerkung gesichert sei und dieser Anspruch nicht abtretbar sei. Hiergegen richtete sich die Beschwerde zum OLG München.

#### 1. Meinungsstand zum Erfordernis einer oder mehrerer Vormerkungen

Das OLG München legt in den Beschlussgründen unter anderem die Eintragungsbewilligung aus und gelangt zu dem Ergebnis, dass ihr mehrere – wohl zwei Ansprüche (das OLG spricht von „beiden“ Ansprüchen, vgl. Tz. 13 der Beschlussgründe) – auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugrundeliegen: ein Anspruch der Bank, für sich selbst die Bestellung einer Dienstbarkeit zu fordern, und ein weiterer Anspruch der Bank, alternativ zugunsten eines noch zu benennenden Dritten die Eintragung einer Dienstbarkeit zu verlangen. Ob in einem solchen Fall trotz mehrerer Dienstbarkeitsbestellungsansprüche eine Vormerkung ausreichend ist, wird kontrovers diskutiert.

a) Nach wohl herrschender Meinung kann ein revolvierender Anspruch, zugunsten beliebig vieler Rechtsnachfolger des zunächst Nutzungsberechtigten jeweils die Bestellung einer Dienstbarkeit zu fordern, durch nur eine Vormerkung gesichert werden.<sup>1</sup> Nur vereinzelt wird dies kritisiert und z. B. die Möglichkeit einer Wiederverwendung der bestellten

Vormerkung verneint.<sup>2</sup> Während das Ausreichen einer Vormerkung teilweise damit begründet wird, dass man es mit einem einheitlichen Lebenssachverhalt bzw. mit einem einheitlichen Daueranspruch mit Selbstbenennungsrecht zu tun habe,<sup>3</sup> verweisen andere darauf, dass ein Fall der zulässigen Sukzessivberechtigung vorliege, bei dem ein Recht mehreren Berechtigten zeitlich nacheinander eingeräumt werde.<sup>4</sup> Aus Sicht der Praxis sollte dabei berücksichtigt werden, dass selbst innerhalb der Befürworter für das Ausreichen einer Vormerkung unterschiedliche Anforderungen an die Gestaltung des vormerkungsgesicherten Anspruchs gestellt werden. Meines Erachtens erscheint es in diesem Zusammenhang überzeugend, dass eine Vormerkung grundsätzlich nur dann genügt, wenn nach dem vormerkungsgesicherten Anspruch jede in Ausübung der Vormerkung zu bestellende Dienstbarkeit auflösend bedingt durch die Dienstbarkeit des jeweiligen Rechtsnachfolgers bestellt werden muss, sodass gewährleistet ist, dass niemals mehrere Dienstbarkeiten gleichzeitig bestehen und im Grundbuch eingetragen bleiben können.<sup>5</sup>

b) Darüber hinaus ist allerdings auch umstritten, ob eine Vormerkung – selbst wenn man grundsätzlich eine Vormerkung für ausreichend erachtet – auch dann genügt, wenn die Bank die Bestellung der Dienstbarkeit alternativ auch zu ihren eigenen Gunsten fordern kann (sog. Selbsteintrittsrecht). Das OLG München hatte hierzu bereits mit Beschluss vom 18.4.2012 entschieden, dass jedenfalls dann eine Vormerkung nicht ausreichend sei, sondern zwei Vormerkungen bestellt werden müssten, wenn der Bank nicht nur als Versprechensempfänger das Recht, zugunsten Dritter die Eintragung einer Dienstbarkeit zu verlangen, sondern zusätzlich auch der Anspruch zustehen soll, wahlweise die Eintragung einer Dienstbarkeit zu ihren eigenen Gunsten zu fordern.<sup>6</sup> Das OLG München begründete diese Einschränkung damit, dass der Anspruch der Bank, die Bestellung einer Dienstbarkeit für Dritte zu verlangen, inhaltsverschieden von dem Anspruch sei, selbst Berechtigter einer Dienstbarkeit zu werden. Insbesondere hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit seien beide Ansprüche unterschiedlich: Während nämlich der eigene Bestellungsanspruch der Bank nicht abtretbar sei – wobei teilweise mit den Ausnahmenvorschriften der § 1092 Abs. 2 und 3, § 1059e BGB, teilweise mit der Grundnorm des § 399 Alt. 1 BGB argumentiert wird<sup>7</sup> –, sei der Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten eines (noch zu benennenden) Dritten aus unechtem Vertrag zugunsten Dritter grundsätzlich übertragbar; denn übertragbar sei ein Dienstbarkeitsbestellungsanspruch grundsätzlich

2 So *Kesseler*, DAI – 14. Jahresarbeitstagung des Notariats, 2016, S. 190 ff.

3 So *Keller*, DNotZ 2011, 99, 109 f.; *ders.*, ZfIR 2011, 705, 707 f.; *Kappler*, ZfIR 2012, 264, 271 f.

4 *Klühs*, RNotZ 2012, 28, 32 ff.; BeckOK-GBO/*Kral*, Stand 1.11.2016, § 44 Rdnr. 15; *Preuß*, MittBayNot 2011, 231, 232.

5 So im Einzelnen mit Begründung *Reymann*, ZIP 2013, 605, 611 ff.

6 34 Wx 35/12, MittBayNot 2012, 466, 467.

7 Im Überblick hierzu: *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 102 f.; für eine Heranziehung des § 399 Alt. 1 BGB: BGH, Urteil vom 30.10.2009, V ZR 42/09, NJW 2010, 1074, 1076.

1 Zu dieser Problematik und zum Meinungsstand näher: *Reymann*, ZIP 2013, 605, 610 ff.

dann, wenn Anspruchsberechtigter und späterer Dienstbarkeitsberechtigter nicht personenidentisch seien.<sup>8</sup>

c) An dieser Ansicht hält das OLG München in seinem jetzigen Beschluss fest und verneint dabei die Gegenansicht von *Keller* und *Kappler*, die wegen Vorliegens eines Daueranspruchs bzw. eines einheitlichen Lebenssachverhaltes auch im Falle eines Selbsteintrittsrechts der Bank von einer Anspruchseinheit und dem Ausreichen nur einer Vormerkung ausgehen wollen.<sup>9</sup> Für den vorliegenden Fall leitet das OLG München aus seiner Differenzierung zwischen nicht abtretbarem „eigenen“ Anspruch der Bank und abtretbarem Anspruch der Bank auf Dienstbarkeitsbestellung zugunsten eines Dritten folgerichtig ab, dass der hier im Grundbuch mit der Vormerkung vermerkte Anspruch der Bank nur dann abgetreten werden konnte, wenn die eingetragene Vormerkung ausschließlich den Anspruch der Bank auf Eintragung der Dienstbarkeit zugunsten des von der Bank zu benennenden Dritten sicherte. Um dies herauszufinden, legt das OLG München zunächst den Eintragungsvermerk zur Vormerkung und dann auch die zugrundeliegenden Eintragungunterlagen aus. Hierbei gelangt es zu dem Ergebnis, dass sich weder aus der schlagwortartigen Bezeichnung des Rechtsinhalts der Vormerkung im Grundbuch noch aus der zugrundeliegenden Bewilligungsurkunde entnehmen lasse, dass die Vormerkung ausschließlich einen Anspruch der Bank auf Eintragung einer Dienstbarkeit zugunsten eines noch zu benennenden Dritten sichern sollte. Folgerichtig war der vormerkungsgesicherte Anspruch nicht abtretbar.

## 2. Auslegung der Bewilligung durch das OLG München

Bei der Lektüre der Entscheidung fällt auf, dass das OLG München bei der Auslegung der Eintragungsbewilligung anscheinend unterstellt, dass sämtliche potenziell vorgemerkten Ansprüche allein der Bank zustanden. Diese Auslegung war nicht zwingend, im Ergebnis aber überzeugend. Abweichend hierzu hätte man die Eintragungsbewilligung zwar vor dem Hintergrund, dass sich der Eigentümer im Rahmen des zweiten Anspruchs sogar „im Wege eines echten Vertrags zugunsten Dritter“ verpflichtet hatte, auch dahin gehend auslegen können, dass nach der Eintragungsbewilligung Vormerkungsberechtigter dieses zweiten Anspruchs der noch zu benennende Dritte und nicht die Bank als Versprechensempfängerin sein sollte. In diesem Fall hätte die zugunsten der Bank eingetragene Vormerkung aber von vornherein nur den ersten Anspruch der Bank auf Bestellung einer eigenen Dienstbarkeit absichern können. Da die Person des noch zu benennenden Dritten noch gar nicht feststand, hätte zu dessen Gunsten eine Vormerkung vorerst weder bewilligt noch eingetragen werden können.

Nachdem das OLG München die Bewilligung inzident also so verstand, dass allein die Bank als Vormerkungsberech-

tigte in Betracht kam, war als Folgefrage zu klären, welchen der beiden Ansprüche die laut Eintragungsvermerk im Grundbuch „neutral“ zugunsten der Bank formulierte Vormerkung denn nun tatsächlich sicherte. Hier geht das OLG München im Ergebnis davon aus, dass sich die Eintragung jedenfalls nicht ausschließlich auf den abtretbaren drittbezogenen Anspruch, sondern zumindest auch auf den nicht abtretbaren „eigenen“ Anspruch der Bank bezog. Dieses Auslegungsergebnis ist im Ergebnis vertretbar, weil der „eigene“ Bestellsanspruch der Bank in der Eintragungsbewilligung als erster genannt war; es steht aber in einem gewissen Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung des OLG München, wonach ein Selbsteintrittsrecht der Bank die Bestellung einer weiteren „zweiten“ Vormerkung erforderlich macht und gerade nicht durch eine einzige Vormerkung mitabgesichert werden kann. Zustimmung verdient die Entscheidung jedoch im Ergebnis. Denn der vormerkungsgesicherte „eigene“ Anspruch der Bank war nach den Grundsätzen des BGH gerade nicht abtretbar, weil er der Bank als späterer Dienstbarkeitsberechtigter persönlich eingeräumt worden war. Somit war die Weigerung des Grundbuchamts, die Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs nachrichtlich im Grundbuch zu vermerken, zutreffend.

## 3. Keine höchstrichterliche Rechtsprechung – Praxishinweis und Ausblick

Zu der Frage, wie viele Vormerkungen zur Sicherung der Rechtsnachfolgefähigkeit einer Photovoltaikdienstbarkeit nun letztlich richtigerweise bestellt werden müssen, existiert bislang – abgesehen von einer nur am Rande einschlägigen Entscheidung des V. Zivilsenats aus dem Jahre 1958<sup>10</sup> – keine höchstrichterliche Rechtsprechung, sodass eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht. Vor diesem Hintergrund war es einerseits begrüßenswert, dass das OLG München im vorliegenden Fall die Rechtsbeschwerde zugelassen hatte; andererseits ist es aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit aus Sicht der Praxis aber in gleicher Weise bedauerlich, dass von diesem Rechtsmittel von den Beteiligten im vorliegenden Fall kein Gebrauch gemacht wurde. Eine höchstrichterliche Klärung durch den BGH wird daher noch auf sich warten lassen. Bis dahin bleibt es empfehlenswert, den im Zweifel sichersten Weg zu wählen und etwa in Fällen des vereinbarten Selbsteintrittsrechts der Bank bzw. des Versprechensempfängers vorsichtshalber eine zusätzliche Vormerkung für die damit einhergehende Selbsteintrittsmöglichkeit des Vormerkungsberechtigten zu bestellen und eintragen zu lassen.

Die Thematik, wie die Rechtsnachfolge in Dienstbarkeiten über vormerkungsgesicherte Ansprüche gesichert werden kann, wird die Obergerichte weiter beschäftigen. Dies zeigt ganz augenscheinlich ein weiterer Beschluss des OLG München, der im Nachgang zu der hier besprochenen Entscheidung am 30.3.2017 erging und in dem das Gericht ebenfalls die Abtretbarkeit eines vormerkungsgesicherten Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs zu untersuchen hatte.<sup>11</sup> Anders

<sup>8</sup> Diesen Fall behandelnd: BGH, Urteil vom 30.10.2009, V ZR 42/09, NJW 2010, 1074, 1076, Tz. 27; so auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.1.2016, 15 W 1608/15, RNotZ 2016, 300 = REE 2016, 26 m. Anm. *Reymann*.

<sup>9</sup> *Keller*, MittBayNot 2012, 446; *Kappler*, ZfIR 2012, 602 f.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 9.7.1958, V ZR 116/57, BGHZ 28, 99.

<sup>11</sup> OLG München, Beschluss vom 30.3.2017, 34 Wx 332/16, BeckRS 2017, 101354.

als in dem hier besprochenen Fall gelangte das OLG München in diesem nachgelagerten Fall, vor allem aufgrund eines abweichenden Sachverhalts, zu dem Auslegungsergebnis, dass der in Frage stehende Versprechensempfänger und Vormerkungsberechtigte kein Selbsteintrittsrecht hatte, sondern die in Ausübung des vormerkungsgesicherten Anspruchs zu bestellende Dienstbarkeit (ausschließlich) zugunsten eines noch zu benennenden Dritten begründet werden konnte. Infolgedessen konnte der vormerkungsgesicherte Anspruch in diesem anderen Fall – wie dem Beschluss vom 30.3.2017 entsprechend zu entnehmen ist – an den in Frage stehenden Zessionar abgetreten und der Gläubigerwechsel bei der mitübergangenen Vormerkung (§ 401 BGB analog) im Grundbuch berichtigend eingetragen werden (§§ 19, 22 Abs. 2 GBO).<sup>12</sup> Die grundlegenden rechtlichen Ausführungen des Beschlusses ähneln aber denjenigen der hier besprochenen Entscheidung, sodass das OLG München auch in dieser jüngsten Entscheidung, bei der die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen wurde, seiner hier skizzierten Linie treu geblieben ist.

<sup>12</sup> Siehe im Einzelnen: OLG München, Beschluss vom 30.3.2017, 34 Wx 332/16, BeckRS 2017, 101354.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 10. Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen

BGH, Beschluss vom 8.2.2017, XII ZB 604/15 (Vorinstanz: LG Landshut, Beschluss vom 17.11.2015, 64 T 1826/15)

BGB § 1901a Abs. 1, § 1904 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2-4

#### LEITSÄTZE:

1. Eine Patientenverfügung entfaltet nur dann unmittelbare Bindungswirkung, wenn sie neben den Erklärungen zu den ärztlichen Maßnahmen, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, auch erkennen lässt, dass sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen soll.
2. Die schriftliche Äußerung, dass „lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben“ sollen, enthält für sich genommen nicht die für eine bindende Patientenverfügung notwendige konkrete Behandlungsscheidung des Betroffenen.
3. Die erforderliche Konkretisierung kann sich im Einzelfall auch bei nicht hinreichend konkret benannten ärztlichen Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Der Wille des Errichters der Patientenverfügung ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu er-

**mitteln (im Anschluss an den Senatsbeschluss vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, MittBayNot 2017, 391 [in diesem Heft]).**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die 1940 geborene Betroffene erlitt im Mai 2008 einen Schlaganfall und befindet sich seit einem hypoxisch bedingten Herz-Kreislaufstillstand im Juni 2008 in einem wachkomatösen Zustand (...). Sie wird seitdem über eine Magensonde (PEG) künstlich ernährt und mit Flüssigkeit versorgt.

2 Bereits 1998 hatte die Betroffene eine schriftliche „Patientenverfügung“ folgenden Inhalts unterzeichnet:

„Für den Fall, dass ich (...) aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Bewusstseinsstrübung (...) nicht mehr in der Lage bin, meinen Willen zu äußern, verfüge ich: Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten. Dagegen wünsche ich, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist,

– dass ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, oder

– dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, oder

– dass aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder

– dass es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt.

Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Ich möchte in Würde und Frieden sterben können, nach Möglichkeit in meiner vertrauten Umgebung. Aktive Sterbehilfe lehne ich ab. Ich bitte um menschliche und seelsorgerische Begleitung.“

3 In derselben Urkunde erteilte sie für den Fall, dass sie außerstande sein sollte, ihren Willen zu bilden oder zu äußern, ihrem Sohn als ihrer Vertrauensperson die Vollmacht, „an meiner Stelle mit der behandelnden Ärztin (...) alle erforderlichen Entscheidungen abzusprechen. Die Vertrauensperson soll meinen Willen im Sinne dieser Patientenverfügung einbringen und in meinem Namen Einwendungen vortragen, die die Ärztin (...) berücksichtigen soll.“

4 Zu nicht genauer festgestellten Zeitpunkten von 1998 bis zu ihrem Schlaganfall äußerte die Betroffene mehrfach gegenüber verschiedenen Familienangehörigen und Bekannten angesichts zweier Wachkoma-Patienten aus ihrem persönlichen Umfeld, sie wolle nicht künstlich ernährt werden, sie wolle nicht so am Leben erhalten werden, sie wolle nicht so daliegen, lieber sterbe sie. Sie habe durch eine Patientenverfügung vorgesorgt, das könne ihr nicht passieren.

5 Im Juni 2008 erhielt die Betroffene einmalig nach dem Schlaganfall die Möglichkeit, trotz Trachealkanüle zu sprechen. Bei dieser Gelegenheit sagte sie ihrer Therapeutin: „Ich möchte sterben.“

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

10 1. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, es habe sich keine ausreichende Überzeugung davon

bilden können, dass es dem Willen der Betroffenen entspräche, die künstliche Ernährung in der gegenwärtigen Lage einzustellen. Aus der Patientenverfügung ergebe sich ein entsprechender Wille der Betroffenen nicht eindeutig. Es sei naheliegend, dass die Betroffene den hier in Frage stehenden Abbruch der künstlichen Ernährung als aktive Sterbehilfe verstanden habe, die sie in der Patientenverfügung ausdrücklich abgelehnt habe. Auch ein mutmaßlicher Wille der Betroffenen für einen Abbruch der künstlichen Ernährung sei nicht feststellbar. Da die Betroffene in der Patientenverfügung aktive Sterbehilfe abgelehnt habe und die Einstellung der Ernährung und Flüssigkeitsgabe nach dem Wertesystem der Betroffenen eine solche darstelle, komme ein Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen schon nicht in Betracht. Darüber hinaus sei auch ein auf Ernährungsabbruch gerichteter mutmaßlicher Wille nicht feststellbar, obwohl die Betroffene gegenüber mehreren Zeugen geäußert hatte, nicht in eine Situation der künstlichen Ernährung geraten zu wollen. Denn sie habe sich gegenüber den Zeugen nicht dazu geäußert, was passieren solle, wenn eine solche Situation schon bestehe und über den Abbruch zu entscheiden sei. Die Äußerungen gegenüber den Zeugen seien auch deswegen zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens ungeeignet, weil sie sich auf die Schicksale Dritter bezogen, die im Pflegeheim versorgt wurden, während die Betroffene zu Hause von ihrem Ehemann gepflegt werde. Auch ihr in der Patientenverfügung festgehaltener Wunsch, möglichst in vertrauter Umgebung zu bleiben, stehe dem Behandlungsabbruch entgegen, da in einem solchen Fall die Verlegung auf eine Palliativstation erforderlich wäre, denn der Ehemann der Betroffenen könne die häusliche Pflege bei Abbruch der Ernährung nicht gewährleisten. Schließlich müsse berücksichtigt werden, dass die Festlegungen der Betroffenen in der Patientenverfügung so verstanden werden könnten, dass sie kein weiteres zusätzliches Leid erleben oder empfinden wolle. Missempfindungen seien jedoch bei Einstellung von Ernährung und Flüssigkeitsgabe nicht auszuschließen. Die letzte sprachliche Äußerung, die die Betroffene vor Verfall in den jetzigen Zustand habe tätigen können, sei unbeachtlich, weil sie sich nicht auf den nun eingetretenen Zustand bezogen habe. Es sei auch nicht klar, ob die Betroffene ihre vorher geäußerten Wünsche angesichts der jetzigen Haltung ihres Ehemanns, der sehr an ihr hänge und die Einstellung der Ernährung und Flüssigkeitsgabe vehement ablehne, noch aufrechterhalten würde. Insgesamt sei daher ein auf die aktuelle Situation bezogener mutmaßlicher Wille der Betroffenen nicht feststellbar.

**11 2.** Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

**12** Die angegriffene Entscheidung kann bereits deshalb keinen Bestand haben, weil das Beschwerdegericht sich nicht ausreichend mit der Frage befasst hat, ob es im vorliegenden Fall deshalb einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1904 Abs. 2 und 3 BGB nicht bedarf, weil in der von der Betroffenen errichteten Patientenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 BGB eine wirksame Einwilligung in den vom Sohn der Betroffenen erstrebten Abbruch der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitsversorgung enthalten ist.

**13 a)** Gemäß § 1904 Abs. 2 BGB bedarf die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Betreuungsgerichts,

wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund des Abbruchs der Maßnahme stirbt. Der hier vom Sohn der Betroffenen beabsichtigte Widerruf der Einwilligung in die mit Hilfe einer PEG-Magensonde ermöglichte künstliche Ernährung wird vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst und bedarf grundsätzlich der betreuungsgerichtlichen Genehmigung, wenn – wie hier – durch den Abbruch der Maßnahme die Gefahr des Todes droht (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 12 m. w. N.).

**14 b)** Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf jedoch dann nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Enthält die schriftliche Patientenverfügung eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen, die auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, ist eine Einwilligung des Betreuers, die dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernis unterfällt, in die Maßnahme nicht erforderlich, da der Betroffene diese Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen hat. Dem Betreuer obliegt es in diesem Fall nach § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB nur noch, dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 13 f.).

**15** Das Genehmigungserfordernis gemäß § 1904 Abs. 2 BGB greift indes ein, wenn nicht sämtliche Voraussetzungen einer wirksamen Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 BGB vorliegen oder die Patientenverfügung nicht auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Da in diesem Fall der Willensbekundung des Betreuten keine unmittelbare Bindungswirkung zukommt, hat der Betreuer nach § 1901a Abs. 2 BGB die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden. Entschließt sich der Betreuer danach, in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen einzuwilligen, bedarf diese Entscheidung – vorbehaltlich der Regelung in § 1904 Abs. 4 BGB – der Genehmigung durch das Betreuungsgericht (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 15).

**16 c)** Im vorliegenden Fall ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass die Betroffene eine den Anforderungen des § 1901a Abs. 1 BGB genügende Patientenverfügung, der sich eine in der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation bindende Entscheidung für den Abbruch der künstlichen Ernährung entnehmen lässt, nicht erstellt hat. Diese Annahme ist nicht frei von Rechtsfehlern.

**17 aa)** Unmittelbare Bindungswirkung entfaltet eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB nur dann, wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29). Neben Erklärungen des Erstellers der

Patientenverfügung zu den ärztlichen Maßnahmen, in die er einwilligt oder die er untersagt, verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz aber auch, dass die Patientenverfügung erkennen lässt, ob sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen soll (vgl. MünchKomm-BGB/Schwab, 7. Aufl., § 1901a Rdnr. 19, 22). Eine Patientenverfügung ist nur dann ausreichend bestimmt, wenn sich feststellen lässt, in welcher Behandlungssituation welche ärztliche Maßnahmen durchgeführt werden bzw. unterbleiben sollen (vgl. BeckOK-BGB/G. Müller, Stand 1.11.2016, § 1901a Rdnr. 9). Zudem ermöglichen Angaben zu den Behandlungssituationen, in die die Patientenverfügung eingreifen soll, dem Betreuer, der in § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltenen Prüfungspflicht nachzukommen, ob die in der Patientenverfügung enthaltenen Festlegungen zu den Behandlungsmaßnahmen auf die aktuelle Lebens- und Handlungssituation des Erstellers der Patientenverfügung zutreffen.

**18** Danach genügt eine Patientenverfügung, die einerseits konkret die Behandlungssituationen beschreibt, in die die Verfügung gelten soll, und andererseits die ärztlichen Maßnahmen genau bezeichnet, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, etwa durch Angaben zur Schmerz- und Symptombehandlung, künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstlichen Beatmung, Antibiotikagabe oder Dialyse, dem Bestimmtheitsgrundsatz. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen dabei nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29). Maßgeblich ist nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt. Insbesondere kann nicht ein gleiches Maß an Präzision verlangt werden, wie es bei der Willenserklärung eines einwilligungsfähigen Kranken in die Vornahme einer ihm angebotenen Behandlungsmaßnahme erreicht werden kann (Senatsbeschlüsse, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29; und vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, MittBayNot 2017, 391 [in diesem Heft]).

**19** Nicht ausreichend sind allerdings allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29 m. w. N.). Auch die Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthält jedenfalls für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentcheidung (Senatsbeschluss vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, MittBayNot 2017, 391 [in diesem Heft]); BT-Drucks. 16/8442, S. 15). Die erforderliche Konkretisierung kann sich im Einzelfall aber auch bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln (vgl. BeckOK-BGB/G. Müller, § 1901a Rdnr. 9).

**20** bb) Danach geht das Beschwerdegericht schon zu Unrecht davon aus, dass die Betroffene in ihrer „Patientenverfügung“ eine konkrete Entscheidung dahin gehend ge-

troffen hat, in der nun eingetretenen Situation eine Fortsetzung der künstlichen Ernährung zu wollen. Das Beschwerdegericht möchte dies ableiten aus der Formulierung „aktive Sterbehilfe lehne ich ab“, der es „nach dem Wertesystem der Betroffenen“ jeglichen Behandlungsabbruch unterfallen lässt.

**21** Dies überschreitet die Grenzen der zulässigen Auslegung. Als eine der Schriftform unterfallende Erklärung muss die Patientenverfügung primär nach ihrem schriftlich niedergelegten Inhalt ausgelegt werden. Dabei ist der Gesamtzusammenhang der Urkunde zu berücksichtigen und festzustellen, ob sich daraus insgesamt ein hinreichend eindeutig zu bestimmender Patientenwille ergibt.

**22** Die von der Betroffenen verfasste Urkunde beinhaltet in ihrem Gesamtzusammenhang keine eindeutige Aussage dahin gehend, dass die Betroffene die Fortsetzung der künstlichen Ernährung in ihrem derzeitigen Zustand wünscht. Die voranstehende Erklärung, „keine lebensverlängernden Maßnahmen“ zu wünschen, wenn eine der in der Patientenverfügung benannten Behandlungssituationen eintritt, spricht in mindestens gleichem Umfang für den Abbruch der künstlichen Ernährung wie die vom Beschwerdegericht herangezogene Formulierung der Ablehnung aktiver Sterbehilfe deren Fortsetzung begründen könnte. Die von der Betroffenen verfasste Urkunde ist damit allenfalls widersprüchlich. Soweit das Beschwerdegericht in diesem Zusammenhang von einer eindeutigen, konkreten Festlegung für die aktuell bestehende Situation gegen den Abbruch und für die Fortsetzung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitsversorgung ausgeht, hat es weitere für die Auslegung wesentliche Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt.

**23** cc) Im Übrigen hat das Beschwerdegericht in seine Auslegungserwägungen nicht eingestellt, dass die Betroffene in ihrer Patientenverfügung nicht nur pauschal bestimmt hat, lebensverlängernde Maßnahmen sollen in den von ihr beschriebenen Behandlungssituationen unterbleiben. Im weiteren Text der Verfügung findet sich vielmehr auch eine Konkretisierung der ärztlichen Maßnahmen, die sie in diesen Fällen wünscht. Danach sollen Behandlung und Pflege auf Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist.

**24** Zudem hat das Beschwerdegericht bei der Auslegung die in der Patientenverfügung bezeichneten Behandlungssituationen nicht ausreichend berücksichtigt. Zwar ist die hier in Frage kommende Alternative eines schweren Dauerschadens des Gehirns so wenig präzise, dass sie keinen Rückschluss auf einen gegen konkrete Behandlungsmaßnahmen – hier die künstliche Ernährung mittels PEG-Sonde – gerichteten Willen der Betroffenen erlaubt (vgl. zu einer gleichlautenden „Patientenverfügung“ Senatsbeschluss vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, MittBayNot 2017, 391 [in diesem Heft]). Etwas anderes könnte sich jedoch aus der weiteren Alternative ergeben, wonach die Betroffene ihre Regelungen zu ärztlichen Maßnahmen an die medizinisch eindeutige Feststellung knüpft, dass bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht. Damit bezeichnet die Betroffene in ihrer Patientenverfügung konkret eine Behandlungssituation, in der sie keine weiteren lebensverlängernden Maßnahmen wünscht. Im Zusammen-

hang mit der Bestimmung der Betroffenen, dass die Behandlung und Pflege in diesem Fall auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein soll, könnte die Patientenverfügung dahin gehend auszulegen sein, dass die Betroffene in dieser besonderen gesundheitlichen Situation, die aus medizinischer Sicht irreversibel ist, in den Abbruch der künstlichen Ernährung eingewilligt hat.

**25** Ob der derzeitige Gesundheitszustand der Betroffenen im Wachkoma auf diese konkret bezeichnete Behandlungssituation zutrifft, hat das Beschwerdegericht bislang allerdings nicht festgestellt. Dies wird es – ggf. sachverständig beraten – nachholen müssen.

**26** 3. Die angegriffene Entscheidung ist daher aufzuheben. Da noch Feststellungen dazu zu treffen sind, ob der konkrete Zustand der Betroffenen im Wachkoma ihr Bewusstsein entfallen lässt und ob in diesem Fall eine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, ist das Verfahren zur weiteren Behandlung und Entscheidung an das LG zurückzuverweisen. Wenn das LG auf dieser Grundlage eine wirksame Patientenverfügung im Sinne von § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB feststellen kann, die auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, hat es ein sog. Negativattest zu erteilen (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 20).

**27** Sollte das Beschwerdegericht hingegen zu dem Ergebnis gelangen, dass der derzeitige Gesundheitszustand der Betroffenen nicht den Festlegungen der Patientenverfügung entspricht, weist der Senat für das weitere Verfahren auf Folgendes hin:

**28** a) Die Genehmigungsbedürftigkeit der Einwilligung des Sohns der Betroffenen in die beabsichtigte Therapiezieländerung entfielen nicht aufgrund von § 1904 Abs. 4 BGB.

**29** Nach dieser Vorschrift werden die Entscheidungen des Betreuers nach § 1904 Abs. 1 und 2 BGB von der Genehmigungspflicht des Betreuungsgerichts ausgenommen, soweit der Betreuer und der behandelnde Arzt Einvernehmen darüber erzielen können, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a Abs. 2 BGB festgestellten Willen des Betroffenen entsprechen. Stellt das Gericht dieses Einvernehmen im Sinne von § 1904 Abs. 4 BGB fest, hat es den Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung ohne weitere Ermittlungen abzulehnen und ebenfalls ein sog. Negativattest zu erteilen, aus dem sich ergibt, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 19 f.).

**30** Im vorliegenden Fall bestand zwar zwischen dem alleinvertretungsberechtigten Sohn der Betroffenen und dem zunächst behandelnden Arzt Einvernehmen darüber, dass die künstliche Ernährung der Betroffenen nach ihrem Willen eingestellt werden soll. Dem steht jedoch die Haltung des zweiten alleinvertretungsberechtigten Betreuers, des Ehemanns der Betroffenen, entgegen. Diese unterschiedlichen Auffassungen der beiden alleinvertretungsberechtigten Betreuer darüber, ob die Einstellung der künstlichen Ernährung in der derzeitigen Situation dem Willen der Betroffenen entspricht, lassen ein Einvernehmen zwischen Betreuer und behandelndem Arzt entfallen und stehen somit einem Wegfall des Genehmigungserfordernisses nach § 1904 Abs. 4 BGB entgegen.

**31** b) Die betreuungsgerichtliche Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB ist allerdings zu erteilen, wenn die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht, § 1904 Abs. 3 BGB. Das Betreuungsgericht hat die Entscheidung des Betreuers zum Schutz des Betreuten dahin gehend zu überprüfen, ob diese Entscheidung tatsächlich dem ermittelten Patientenwillen entspricht. Gerichtlicher Überprüfungsmaßstab ist nach § 1901a Abs. 2 BGB der individuelle Patientenwille (BT-Drucks. 16/8442, S. 18). Dabei differenziert § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB zwischen den Behandlungswünschen einerseits und dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen andererseits (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 24).

**32** aa) Behandlungswünsche im Sinne des § 1901a Abs. 2 BGB können etwa alle Äußerungen eines Betroffenen sein, die Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation enthalten, aber den Anforderungen an eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB nicht genügen, etwa weil sie nicht schriftlich abgefasst wurden, keine antizipierenden Entscheidungen treffen oder von einem minderjährigen Betroffenen verfasst wurden. Auch eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB, die jedoch nicht sicher auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen passt und deshalb keine unmittelbare Wirkung entfaltet, kann als Behandlungswunsch Berücksichtigung finden. Behandlungswünsche sind insbesondere dann aussagekräftig, wenn sie in Ansehung der Erkrankung zeitnah geäußert worden sind, konkrete Bezüge zur aktuellen Behandlungssituation aufweisen und die Zielvorstellungen des Patienten erkennen lassen. An die Behandlungswünsche des Betroffenen ist der Betreuer nicht nur nach § 1901a Abs. 2 BGB, sondern bereits nach § 1901 Abs. 2 und 3 BGB gebunden (Senatsbeschlüsse, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 25 m. w. N.; und vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, MittBayNot 2017, 391 [in diesem Heft]).

**33** Ebenso wie bei Vorliegen einer schriftlichen Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB genügt allein der ermittelte Behandlungswunsch nicht, wenn sich dieser auf allgemein gehaltene Inhalte beschränkt (Senatsbeschlüsse, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 28 f. m. w. N.; und vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, MittBayNot 2017, 391 [in diesem Heft]). Sollte das Beschwerdegericht daher zu dem Ergebnis gelangen, dass die Patientenverfügung auch für die derzeitige Behandlungssituation der Betroffenen keine hinreichend bestimmten Angaben zu den medizinischen Maßnahmen enthält, in die die Betroffene einwilligt oder die sie ablehnt, dürften sich aus der Patientenverfügung ebenfalls keine ausreichend konkreten Behandlungswünsche der Betroffenen entnehmen lassen.

**34** bb) Das Beschwerdegericht wird dann zu prüfen haben, ob ein Abbruch der künstlichen Ernährung dem mutmaßlichen Willen der Betroffenen entspricht. Der mutmaßliche Wille ist anhand konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln, insbesondere anhand früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen (die jedoch keinen Bezug zur aktuellen Lebens- und Behandlungssituation aufweisen), ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen (§ 1901a Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB). Der Betreuer stellt letztlich

eine These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte (Senatsbeschlüsse, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 26 m. w. N.; und vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, MittBayNot 2017, 391 [in diesem Heft]).

**35** (1) Die Betroffene hatte sich nach Angaben der genannten Zeugen ausweislich des gerichtlichen Anhörungsvermerks immer wieder dahin gehend geäußert, dass sie nicht künstlich ernährt werden wolle. Diese Äußerungen habe sie insbesondere angesichts zweier künstlich ernährter Patienten aus ihrem persönlichen Umfeld getätigt. Zumindest einer dieser Patienten habe über sieben Jahre hinweg im Wachkoma gelegen; die Betroffene habe gegenüber den Zeugen angegeben, sie wolle nicht so daliegen, sie wolle nicht künstlich ernährt werden, sie wolle in einer solchen Situation lieber sterben. Weiterhin habe sie sich auf ihre Patientenverfügung berufen und gemeint, ihr könne so etwas nicht passieren.

**36** (2) Soweit das Beschwerdegericht bei der Würdigung der Zeugenaussagen davon ausgeht, dass die von den Zeugen wiedergegebene Aussage der Betroffenen, dass sie nicht künstlich ernährt werden wolle, auf die aktuelle Situation nicht zutrifft, weil der Abbruch der laufenden künstlichen Ernährung mit der Nichtaufnahme einer künstlichen Ernährung nicht gleichgesetzt werden könne, ist dies weder aus dem „Wertesystem der Betroffenen“ noch aus der heute bzw. 1998 geltenden Rechtslage heraus begründbar.

**37** (a) Zum zugrundegelegten Wertesystem der Betroffenen hat das Beschwerdegericht lediglich feststellen können, dass diese nach Aussage einer Zeugin „gläubig und praktizierende Katholikin“ gewesen sei, die auch Wallfahrten unternommen habe. Keiner der Zeugen konnte jedoch angeben, mit der Betroffenen über Glaubensinhalte gesprochen zu haben. Damit sind keine Feststellungen verbunden, die einem Abbruch der Behandlung entgegenstehen würden. Im Gegenteil: Festgestellt ist, dass die Betroffene gegenüber vielen Zeugen mehrfach betonte, sie wolle nicht künstlich ernährt werden. Das Wertesystem der Betroffenen trägt daher nicht die Annahme, die Einstellung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr sei vom ausdrücklich geäußerten Willen der Betroffenen, sie wolle nicht künstlich ernährt werden, nicht erfasst.

**38** (b) Die weitere Annahme des Beschwerdegerichts, zur Zeit der Abfassung der Patientenverfügung im Jahr 1998 habe man allgemein den Behandlungsabbruch als „aktive Sterbehilfe“ verstanden, beruht nicht auf einer tragfähigen Begründung. Vielmehr wurde zu dieser Zeit, anders als heute, ein Eingreifen in der Situation der Betroffenen überhaupt nicht als „Sterbehilfe“ verstanden, da sie sich nicht im unmittelbaren Sterbeprozess befindet. Auch zu dieser Zeit wurde jedoch ein derartiger „Abbruch einer einzelnen lebenserhaltenden Maßnahme“ als passiver und nicht als aktiver Eingriff verortet, demzufolge die Frage gestellt, ob es sich um „passive Sterbehilfe“ handeln könnte, und nicht die Frage, ob „aktive Sterbehilfe“ geleistet worden sei (vgl. BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204 m. w. N.). Die Rechtslage in der Zeit ab 1998 unterscheidet sich von der heutigen Rechtslage insofern, als heute – seit der Entscheidung BGHSt 55, 191 = FamRZ 2010, 1551 Rdnr. 28 ff. – ein Behandlungsabbruch (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen) als straffrei angesehen wird, unabhän-

gig davon, ob er durch Unterlassen der weiteren Behandlung oder durch aktives Tun, etwa durch Durchschneiden der versorgenden Schläuche, verwirklicht wird. Sie unterscheidet sich jedoch nicht in dem Punkt, dass auch schon vor 2010 der Abbruch einer Behandlung in Form der Unterlassung der Fortführung (also konkret: Abbruch der künstlichen Ernährung dadurch, dass an die Magensonde keine neue Flasche mit Nahrung angehängt wird) genauso behandelt wurde wie das Unterlassen des Beginns der künstlichen Ernährung. Beides wurde in den 90er Jahren strafrechtlich als Unterlassen angesehen (dazu explizit etwa BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204; die frühere Rechtslage darstellend auch BGHSt 55, 191 = FamRZ 2010, 1551 Rdnr. 27).

**39** (3) Soweit das Beschwerdegericht darauf abstellt, dass sich die Situation der Betroffenen, die sich in der häuslichen Pflege durch ihren Ehemann befindet, von der ihrer Tante und ihres Nachbarn, die im Pflegeheim versorgt wurden, unterscheidet, so ist dies bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens ohne Belang. In diesem Zusammenhang ist es nicht erforderlich, dass die frühere Willensäußerung der Betroffenen situativ genau die nun eingetretene Lage beschreibt. Vielmehr besteht die Ermittlung des mutmaßlichen Willens – im Gegensatz zum Behandlungswunsch – gerade notwendig darin, allgemein gehaltene oder der konkreten Situation nicht vollständig entsprechende frühere Willensäußerungen auf die eingetretene Situation zu übertragen.

**40** Die Betroffene hat sich zwar in ihrer „Patientenverfügung“ für häusliche Pflege, wo möglich, ausgesprochen. Sie hat jedoch nicht ihre weiteren Wünsche, nämlich den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen, von der Pflegesituation abhängig gemacht. Es besteht daher kein Anhaltspunkt dafür, dass die von der Betroffenen mündlich geäußerten Wünsche unter dem Vorbehalt gestanden hätten, nur im Fall der Versorgung im Pflegeheim zu gelten. Aus den Äußerungen der Betroffenen, soweit sie von den Zeugen wiedergegeben wurden oder sich in der unterzeichneten „Patientenverfügung“ finden, ergibt sich kein Anhalt dafür, dass die Betroffene ihr derzeitiges Leben anders beurteilen würde als das der Patienten, die sie selbst kennengelernt hatte. Soweit das Beschwerdegericht darauf abstellt, dass die Betroffene auch aus dem Bett kommt, ins Freie gefahren wird und nicht ununterbrochen von Sauerstoffzufuhr abhängig ist, ergeben sich daraus wiederum keine Rückschlüsse auf den mutmaßlichen Willen der Betroffenen.

**41** (4) Die Annahme des Beschwerdegerichts, ein Sterben ohne Begleitung durch den Ehemann dürfte dem mutmaßlichen Willen der Betroffenen zuwiderlaufen, ist nicht auf hinreichende Tatsachen gegründet. Der Ehemann der Betroffenen beruft sich auf ein besonders enges Verhältnis, das zwischen ihm und der Betroffenen gerade in den Jahren der Pflege gewachsen sei. Aus der Zeit vor dem Wachkomazustand der Betroffenen hat jedoch weder der Ehemann der Betroffenen noch einer der Zeugen Angaben dazu gemacht, dass die Betroffene in besonderer Weise ihre Wünsche von der Anwesenheit ihres Ehemanns abhängig gemacht hätte.

**42** (5) Gleiches gilt für die Überlegung, dass die Betroffene heute mit Rücksicht auf die Wünsche des Ehemanns möglicherweise auf ihren Sterbewunsch verzichten würde. Auch diesbezüglich sind bisher keine Feststellungen getroffen, etwa

dass die Betroffene auch in der Vergangenheit regelmäßig ihre eigenen Vorstellungen zurückgestellt hätte, um denen ihres Ehemanns gerecht zu werden. Derartige Feststellungen wären jedoch für einen dahin gehenden mutmaßlichen Willen Voraussetzung. Auch insoweit kann nicht allein auf die vom Ehemann geschilderte Bindung in den Jahren der Pflege abgestellt werden.

**43** Eine Berücksichtigung des Willens des Ehemanns kommt nur dann in Betracht, wenn dieser mutmaßlich den Willen der Betroffenen beeinflusst hätte. Dagegen scheidet ein unmittelbares Abstellen auf den Willen des Ehemanns, auch mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG, aus. Durch die Ehe ist die Betroffene aber nicht in ihren Möglichkeiten eingeschränkt, in den rechtlichen Grenzen über ihr eigenes Leben oder dessen Beendigung genauso wie eine nicht verheiratete Person zu entscheiden. Demzufolge kann auch bei der hier zu entscheidenden Frage ausschließlich der mutmaßliche Wille der Betroffenen, daneben aber nicht auch der Wille des Ehemanns als entscheidend berücksichtigt werden (zu einer vergleichbaren Abwägung zwischen Grundrechten des Betroffenen und Grundrechten Dritter – dort Art. 4 GG – Senatsbeschluss, BGHZ 163, 195 = FamRZ 2005, 1474, 1475 f.).

**44** (6) Dagegen hat das Beschwerdegericht bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, dass die Betroffene in ihrer „Patientenverfügung“ gerade ausschließlich ihren Sohn und nicht ihren Ehemann als Vertrauensperson benannt hat. Auch dieser Umstand ist als Hinweis dahin zu sehen, dass aus Sicht der Betroffenen im Zweifel eher der Sohn als der Ehemann in der Lage sein wird, ihren eigenen – mutmaßlichen – Willen zu artikulieren.

**45** (7) Ebenfalls fehlerhaft sind die Überlegungen des Beschwerdegerichts zu möglichen Schmerzen oder Missempfindungen bei der Einstellung der Ernährung und Flüssigkeitszufuhr. Zutreffend geht das Beschwerdegericht zwar davon aus, dass die Betroffene möglichst keine Schmerzen und Missempfindungen erleiden möchte. Dies ergibt sich auch aus ihrer „Patientenverfügung“. Insofern ist es als Aspekt zu berücksichtigen, der gegen die Durchführung einer bestimmten Maßnahme spricht, wenn diese Maßnahme mit Schmerzen oder Missempfindungen verbunden wäre. Unzulässig ist es allerdings, hier auf den reinen Abbruch der Ernährung und Flüssigkeitszufuhr abzustellen, ohne die beabsichtigten begleitenden medizinischen Maßnahmen zu berücksichtigen. Aus den eingeholten Gutachten ergibt sich, dass etwaige Schmerzen und Missempfindungen, die (noch nicht einmal sicher oder wahrscheinlich, aber möglicherweise) auftreten können, palliativmedizinisch behandelt werden müssen, aber auch können. Unter entsprechender medikamentöser und pflegerischer Versorgung ist jedoch davon auszugehen, dass die Betroffene im Wesentlichen schmerzfrei wird versterben können. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, hinsichtlich der konkret in Rede stehenden Maßnahme den mutmaßlichen Willen der Betroffenen als von Angst vor Schmerzen beeinflusst anzusehen.

**46** (8) Schließlich hat das Beschwerdegericht zu Unrecht den kurz vor Beginn des Wachkomas ausdrücklich geäußerten Sterbewunsch der Betroffenen unberücksichtigt gelassen. Zwar lag darin kein auf die aktuelle Situation bezogener Behandlungswunsch, da, wie das Beschwerdegericht richtig

festgestellt hat, die Betroffene zu diesem Zeitpunkt noch eine gute Prognose hatte und ihre Situation mit der heutigen nicht vergleichbar war. Dennoch spielt bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens auch eine Rolle, wie ein Betroffener sich grundsätzlich oder in anderen Situationen zum Sterben verhält. Hier durfte nicht unberücksichtigt bleiben, dass die letzte willentliche Äußerung der Betroffenen – nach dem Schlaganfall, aber vor dem hypoxischen Hirnschaden – den spontanen Wunsch zu sterben beinhaltete.

#### HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Siehe hierzu den Besprechungsaufsatz von **Weigl**, MittBayNot 2017, 346 (in diesem Heft).

## 11. Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen

BGH, Beschluss vom 6.7.2016, XII ZB 61/16 (Vorinstanz: LG Mosbach, Beschluss vom 26.1.2016, 3 T 7/15)

*BGB § 1896 Abs. 3, §§ 1901a, 1904*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Der Bevollmächtigte kann in eine der in § 1904 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn der Vollmachttext hinreichend klar umschreibt, dass sich die Entscheidungskompetenz des Bevollmächtigten auf die im Gesetz genannten ärztlichen Maßnahmen sowie darauf bezieht, sie zu unterlassen oder am Betroffenen vornehmen zu lassen. Hierzu muss aus der Vollmacht auch deutlich werden, dass die jeweilige Entscheidung mit der begründeten Gefahr des Todes oder eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens verbunden sein kann.**
- 2. Einem für einen Betroffenen bestehenden Betreuungsbedarf wird im Zusammenhang mit der Entscheidung zur Durchführung von lebensverlängernden Maßnahmen im Sinne des § 1904 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB durch eine Bevollmächtigung erst dann nicht ausreichend Genüge getan, wenn offenkundig ist, dass der Bevollmächtigte sich mit seiner Entscheidung über den Willen des Betroffenen hinwegsetzen würde.**
- 3. Die schriftliche Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthält für sich genommen nicht die für eine bindende Patientenverfügung notwendige konkrete Behandlungsentscheidung des Betroffenen. Die insoweit erforderliche Konkretisierung kann aber ggf. durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen erfolgen.**

## SACHVERHALT:

**1** A. Die 1941 geborene Betroffene erlitt Ende November 2011 einen Hirnschlag. Noch im Krankenhaus wurde ihr eine PEG-Sonde gelegt, über die sie seitdem ernährt wird und Medikamente verabreicht bekommt. Im Januar 2012 wurde sie in ein Pflegeheim aufgenommen. Die zu diesem Zeitpunkt noch vorhandene Fähigkeit zur verbalen Kommunikation verlor die Betroffene infolge einer Phase epileptischer Anfälle im Frühjahr 2013.

**2** Aus der Ehe der Betroffenen mit ihrem im Februar 2013 verstorbenen Ehemann sind drei volljährige Töchter hervorgegangen. Bereits 2003 hatte die Betroffene eine schriftliche „Patientenverfügung“ folgenden Inhalts unterzeichnet:

„Für den Fall, dass ich (...) aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Bewusstseinsstrübung (...) nicht mehr in der Lage bin, meinen Willen zu äußern, verfüge ich:

Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten. Dagegen wünsche ich, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist,

– dass ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, oder

– dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, oder

– dass aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder

– dass es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt.

Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Ich möchte in Würde und Frieden sterben können, nach Möglichkeit in meiner vertrauten Umgebung. Aktive Sterbehilfe lehne ich ab. Ich bitte um menschliche und seelsorgerische Begleitung.“

**3** In derselben Urkunde erteilte sie für den Fall, dass sie außerstande sein sollte, ihren Willen zu bilden oder zu äußern, einer Tochter (im Folgenden: Bevollmächtigte) als ihrer Vertrauensperson die Vollmacht,

„an meiner Stelle mit der behandelnden Ärztin (...) alle erforderlichen Entscheidungen abzusprechen. Die Vertrauensperson soll meinen Willen im Sinne dieser Patientenverfügung einbringen und in meinem Namen Einwendungen vortragen, die die Ärztin (...) berücksichtigen soll.“

**4** Patientenverfügung und Vollmacht erneuerte die Betroffene 2011 wortlautidentisch. Darüber hinaus erteilten die Betroffene und ihr Ehemann sich mit notarieller Urkunde 2003 gegenseitige Generalvollmacht und setzten als Ersatzbevollmächtigte an erster Stelle die Bevollmächtigte und an zweiter Stelle eine weitere Tochter ein. In der Vollmachtsurkunde heißt es unter anderem:

„Die Vollmacht berechtigt auch zur Vertretung in Fragen der medizinischen Versorgung und Behandlung, insbesondere im Sinne von § 1904 BGB. Der Bevollmächtigte kann auch in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, in eine Heilbehandlung oder in die Durchführung eines ärztlichen Eingriffs einwilligen, die Einwilligung hierzu verweigern oder zurücknehmen, Krankenunterlagen einsehen und in deren Herausgabe an Dritte einwilligen. (...) Die Vollmacht enthält die Befugnis, über den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen zu entscheiden. Wir wurden darüber belehrt, dass solche Entscheidungen unter bestimmten engen Voraussetzungen in Betracht kommen. Im Falle einer zum Tode führenden Erkrankung legen wir keinen

Wert auf lebensverlängernde Maßnahmen, wenn feststeht, dass eine Besserung des Zustandes nicht erwartet werden kann. Die Vollmachtgeber wünschen eine angemessene und insbesondere schmerzlindernde Behandlung, nicht jedoch die künstliche Lebensverlängerung durch Gerätschaften. Die Schmerzlinderung hat nach Vorstellung der Vollmachtgeber Vorrang vor denkbarer Lebensverkürzung, welche bei der Gabe wirksamer Medikamente nicht ausgeschlossen werden kann.“

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**9** Die Rechtsbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

**10** I. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Betreuung lägen vor. Die Betroffene befinde sich seit zweieinhalb Jahren in einem Zustand massiver Beeinträchtigung der Hirnfunktion, unfähig zur Kommunikation mit der Umwelt. Die Vollmacht stehe der Bestellung eines Kontrollbetreuers nicht entgegen. Wie sich aus dem im Beschwerdeverfahren eingeholten Sachverständigengutachten ergebe, sei unwiederbringlich ein Dauerschaden am Gehirn der Betroffenen eingetreten. Mithin wäre es die Pflicht der Bevollmächtigten gewesen, den Willen der Betroffenen umzusetzen (...). (...)

**11** Davon, dass das Unterlassen der Nahrungszufuhr zu einem qualvollen Verhungern führen werde, sei nach dem Sachverständigengutachten nicht auszugehen. Die fehlende Flüssigkeitszufuhr habe den Ausfall der Nierenfunktion zur Folge, wodurch es zum urämischen Koma mit Bewusstlosigkeit und nachfolgender Beeinträchtigung der Herz-, Kreislauf- und Atemfunktion komme. Durch angemessene palliativmedizinische Versorgung könne unnötigem Leid im Rahmen des Sterbeprozesses wirksam begegnet werden.

**12** II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das LG hat zwar entgegen der Annahme der Rechtsbeschwerde eine sog. Kontrollbetreuung im Sinne des § 1896 Abs. 3 BGB angeordnet, wie sich aus den Gründen des angefochtenen Beschlusses eindeutig ergibt. Es hat aber zu Unrecht das Vorliegen derer Voraussetzungen bejaht.

**13** 1. Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das LG die Tochter als Bevollmächtigte der Betroffenen im Sinne des § 1896 Abs. 3 BGB für den Bereich der gesamten Gesundheitsfürsorge und insbesondere auch für Fragen im Zusammenhang mit Fortführung oder Abbruch der künstlichen Ernährung angesehen hat.

**14** a) Mit der notariellen Urkunde 2003 hat die Betroffene der Bevollmächtigten eine Vorsorgevollmacht für den Bereich der Gesundheitsfürsorge erteilt, indem sie ihr die Vertretung in Fragen der medizinischen Versorgung und Behandlung übertragen hat.

**15** Damit ist die Bevollmächtigte auch ohne Weiteres ermächtigt, zu entscheiden, dass lebensverlängernde ärztliche Maßnahmen nicht beendet werden. Insoweit muss die Vollmacht nicht den Anforderungen des § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB genügen. Nach dieser Vorschrift ist einem Bevollmächtigten das Recht, in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, in eine Heilbehandlung oder in einen ärztlichen Eingriff bei Vor-

liegen der in § 1904 Abs. 1 und 2 BGB genannten besonderen Gefahrensituation einzuwilligen, nicht einzuwilligen oder die Einwilligung zu widerrufen, nur unter der Voraussetzung eingeräumt, dass die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist. § 1904 Abs. 1 BGB erfasst die Einwilligung in Maßnahmen, mit deren Durchführung die begründete Gefahr des Todes oder eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens verbunden ist. Dies ist bei der bloßen Fortführung einer lebenserhaltenden künstlichen Ernährung – anders als bei deren Abbruch (vgl. dazu Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 11 ff. m. w. N.) – gerade nicht der Fall. § 1904 Abs. 2 BGB wiederum betrifft die Unterlassung oder Beendigung von lebenserhaltenden Maßnahmen, nicht jedoch deren Fortführung (zur strafrechtlichen Bewertung vgl. *Haas*, JZ 2016, 714 ff.).

**16 b)** Die der Bevollmächtigten erteilte notarielle Vollmacht würde aber auch zur Abgabe des für die Beendigung der künstlichen Ernährung der Betroffenen erforderlichen Widerrufs der Einwilligung ermächtigen, weil sie die von § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB für die rechtliche Gleichstellung des Bevollmächtigten mit dem Betreuer (§ 1904 Abs. 5 Satz 1 BGB) geforderten Voraussetzungen erfüllt.

**17 aa)** Voraussetzung dafür, dass der Bevollmächtigte nach § 1904 BGB die Einwilligung, Nichteinwilligung und den Widerruf der Einwilligung des einwilligungsunfähigen Betroffenen rechtswirksam ersetzen kann, ist neben der Schriftform (§ 126 BGB) der Vollmacht, dass diese inhaltlich § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB genügt. Aus dem Sinn des Gesetzes, dem Vollmachtgeber die Tragweite der Bevollmächtigung deutlich vor Augen zu führen (vgl. MünchKomm-BGB/Schwab, 6. Aufl., § 1904 Rdnr. 75), folgt zwar nicht, dass der Wortlaut von § 1904 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB wiedergegeben werden muss. Nicht ausreichend ist jedoch allein der Verweis auf die gesetzliche Bestimmung, weil ein solcher keine ausdrückliche Nennung der Maßnahmen beinhaltet und damit den mit § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB bezweckten Schutz des Vollmachtgebers (vgl. BT-Drucks. 13/7158, S. 34; Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht/Bauer, Stand Oktober 2015, § 1904 BGB Rdnr. 127) nicht gewährleisten kann (Staudinger/Bienwald, Neub. 2013, § 1904 Rdnr. 116). Der Vollmachttext muss vielmehr hinreichend klar umschreiben, dass sich die Entscheidungskompetenz des Bevollmächtigten auf die im Gesetz genannten ärztlichen Maßnahmen sowie darauf bezieht, diese zu unterlassen oder am Betroffenen vornehmen zu lassen (vgl. MünchKomm-BGB/Schwab, § 1904 Rdnr. 75).

**18** Hierzu muss aus der Vollmacht auch deutlich werden, dass die jeweilige Entscheidung mit der begründeten Gefahr des Todes oder eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens verbunden sein kann (LG Hamburg, FamRZ 1999, 1613, 1614; Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht/Bauer, § 1904 Rdnr. 127; Dodegge/Fritsche, NJ 2001, 176, 181; Müller, DNotZ 2010, 169, 186; tendenziell ebenso: jurisPK-BGB/Jaschinski, Stand 7.9.2015, § 1904 Rdnr. 121; Knittel, Betreuungsrecht, Stand 1.3.2010, § 1904 Rdnr. 145; a. A. OLG Zweibrücken, FamRZ 2003, 113, 114 zu § 1904 Abs. 2 BGB a. F.; MünchKomm-

BGB/Schwab, § 1904 Rdnr. 74; Diehn, FamRZ 2009, 1958; Diehn/Rebhan, NJW 2010, 326, 329; Müller, DNotZ 1999, 107, 112 zu § 1904 Abs. 2 BGB a. F.).

**19 (1)** Dies legt bereits der Wortlaut der Vorschrift nahe. In § 1904 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB werden als Maßnahmen beschreibende Elemente der Untersuchung des Gesundheitszustands, der Heilbehandlung und des ärztlichen Eingriffs genannt, sondern nur solche, bei denen die dort näher beschriebene begründete Gefahr besteht. Nur auf Maßnahmen mit dieser qualifizierten Gefahrensituation bezieht sich § 1904 BGB, und nur für solche schreibt § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB die besonderen Anforderungen an eine Bevollmächtigung vor.

**20 (2)** Das Erfordernis, dass diese Gefahrenlage in der Vollmacht zum Ausdruck kommt, ergibt sich jedenfalls eindeutig aus dem Gesetzeszweck. Zum einen soll dem Vollmachtgeber durch den Vollmachttext unmissverständlich vor Augen geführt werden, dass er dem Bevollmächtigten (auch) für Situationen, in denen die Gefahr des Todes oder schwerer und länger dauernder Gesundheitsschäden besteht, die Entscheidungsbefugnis überträgt, die dann ggf. auch Fragen der passiven Sterbehilfe umfasst. Zum anderen soll der Vollmachttext es auch Dritten ermöglichen, zweifelsfrei nachzuvollziehen, dass es dem Willen des Betroffenen entspricht, dem Bevollmächtigten die Entscheidung in Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge gerade auch in den von § 1904 BGB erfassten Situationen zu überantworten, in denen es buchstäblich um Leben oder Tod geht.

**21 (3)** Dies steht mit dem Willen des Gesetzgebers im Einklang.

**22** Eine dem § 1904 Abs. 5 BGB vergleichbare Regelung wurde erstmals mit dem Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts und weiterer Vorschriften vom 25.6.1998 (BGBl. I, S. 1580; Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG) eingeführt, mit dem der bis zum 31.8.2009 geltende Abs. 2 an § 1904 BGB angefügt wurde. Danach galt § 1904 Abs. 1 BGB auch für Bevollmächtigte, wobei die Einwilligung des Bevollmächtigten nur wirksam war, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt war und die in Abs. 1 Satz 1 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasste. Nach den Gesetzesmaterialien sollte sich die Vollmacht „ausdrücklich – zumindest auch – auf Untersuchungen des Gesundheitszustandes, auf Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe“ beziehen (BT-Drucks. 13/7158, S. 34). Die Bezeichnung der Gefahrensituation war in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht genannt.

**23** Selbst wenn sich daraus entnehmen ließe, dass der Gesetzgeber ursprünglich die Rechtsmacht zur Einwilligung in eine Maßnahme nach § 1904 Abs. 1 BGB nicht an die Bezeichnung der Gefahrenlage in der Vollmacht knüpfen wollte, wäre dies durch die weitere Gesetzgebung überholt. Mit der zum 1.9.2009 in Kraft getretenen Neuregelung durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2286; sog. Patientenverfügungsgesetz) hat der Gesetzgeber nicht nur in § 1904 Abs. 2 BGB Regelungen mit Blick auf die sog. passive Sterbehilfe erlassen. Er hat darüber hinaus in § 1904 Abs. 4 BGB auch vorgesehen, dass bei Einvernehmen zwischen Betreuer oder Bevollmächtigtem

und behandelndem Arzt das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung entfällt, und zwar sowohl bei passiver Sterbehilfe als auch in den Fällen des weiter geltenden § 1904 Abs. 1 BGB. Mit der Änderung des § 1904 Abs. 5 BGB wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass von der Vollmacht „Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 ausdrücklich umfasst sind“ (BT-Drucks. 16/8442, S. 19). Solche Entscheidungen sind aber nur diejenigen, bei denen die qualifizierte Gefahrensituation besteht. Damit korrespondiert der Umstand, dass durch die Gesetzesänderung die einem Bevollmächtigten übertragbaren Befugnisse bei gleichzeitiger Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle deutlich erweitert worden sind. Dies verstärkt die mit § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB verbundene Notwendigkeit erheblich, dem Vollmachtgeber die möglichen schwerwiegenden Konsequenzen der Vollmachterteilung und damit auch die besondere Gefahrenlage eindeutig vor Augen zu führen.

**24** Diese inhaltlichen Anforderungen des § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB an die Vollmacht führen nicht zu einer ungerechtfertigten „Benachteiligung“ des Bevollmächtigten gegenüber einem Betreuer (so aber wohl allgemein *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl., § 1904 BGB Rdnr. 18). Denn die Vollmacht erteilt der Vollmachtgeber, ohne dass zuvor zwingend eine rechtliche Beratung oder gar eine gerichtliche Überprüfung hinsichtlich der Eignung des Bevollmächtigten erfolgt. Dann entspricht es aber dem wohlverstandenen Schutz des Vollmachtgebers, ihm durch die Vollmacht selbst zu verdeutlichen, dass er dem Bevollmächtigten die Entscheidung über sein Schicksal in ganz einschneidenden Gefahrenlagen anvertraut. Demgegenüber hat der Betreuerbestellung eine umfassende gerichtliche Prüfung voranzugehen, wegen der es keines weiteren Schutzes vor einer unüberlegten Übertragung der entsprechenden Rechtsmacht auf den Betreuer als den Dritten bedarf.

**25** bb) Ob die von der Betroffenen erteilten privatschriftlichen Vollmachten diesen inhaltlichen Erfordernissen gerecht werden, unterliegt Bedenken, kann aber letztlich dahinstehen. Denn jedenfalls die notarielle Vollmacht genügt den gesetzlichen Anforderungen.

**26** (1) Indem die mit „Vollmacht“ überschriebenen Texte 2003 und 2011 auf die jeweils in derselben Urkunde enthaltenen und von der Unterschriftsleistung mit erfassten „Patientenverfügungen“ Bezug nehmen, in denen lebensverlängernde ärztliche Maßnahmen ebenso wie ihre Vornahme und ihr Unterbleiben ausdrücklich genannt sind, werden die Maßnahmen zwar in einer § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB genügenden Weise umschrieben. Der jeweilige Text der Vollmacht enthält jedoch lediglich die Ermächtigung, an Stelle der Betroffenen die erforderlichen Entscheidungen mit den Ärzten „abzusprechen“. Dabei soll die Bevollmächtigte den in der Patientenverfügung geäußerten Willen „einbringen“ sowie „Einwendungen vortragen“, die die Ärzte dann „berücksichtigen“ sollen.

**27** Dies könnte dahin zu verstehen sein, dass der Bevollmächtigte in diesen Urkunden nicht das Recht zur Letztentscheidung übertragen ist, das allein der Befugnis der (noch) einwilligungsfähigen Betroffenen entsprechen würde, im Außenverhältnis ggf. auch gegen ärztlichen Rat über die Frage von Erfolgen oder Unterbleiben der in § 1904 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB genannten Maßnahmen zu entscheiden.

Denn nach ihrem Wortlaut beinhaltet die Vollmacht jeweils lediglich die Ermächtigung der Bevollmächtigten zur Mitsprache in den in der Patientenverfügung genannten Fallgestaltungen, nicht aber zur Bestimmung der Vorgehensweise. Dies entspräche nicht der § 1904 Abs. 1 bis 4 BGB zugrundeliegenden Rechtsmacht des Betreuers, die (Nicht-)Einwilligung oder den Widerruf der Einwilligung abzugeben. Vielmehr würde es allenfalls die den Bevollmächtigten bei Vorliegen einer Patientenverfügung allgemein nach § 1901a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 BGB treffende Pflicht abdecken, dem Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen.

**28** (2) Jedenfalls die notarielle Vollmacht 2003 überträgt der Bevollmächtigte aber zweifelsfrei die Entscheidungsbefugnis im Bereich der Gesundheitsfürsorge und bedient sich dabei teilweise des Wortlauts von § 1904 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB, indem Untersuchung des Gesundheitszustands, Heilbehandlung und ärztlicher Eingriff sowie die Einwilligung – nebst Verweigerung und Zurücknahme – benannt sind. Darüber hinaus ist in der Vollmacht ausdrücklich die Befugnis aufgeführt, über den Abbruch von lebensverlängernden Maßnahmen zu entscheiden, womit zugleich auch die mit dem Widerruf der Einwilligung verbundene begründete Gefahr des Todes und damit die von § 1904 Abs. 2 BGB insoweit erfasste besondere Gefahrensituation ausreichend deutlich im Text bezeichnet ist.

**29** 2. Im Grundsatz zutreffend geht das LG weiter davon aus, dass gemäß § 1896 Abs. 3 BGB ein Betreuer zur Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestellt und unter bestimmten Voraussetzungen auch zum Widerruf der Vollmacht ermächtigt werden kann.

**30** a) Mit einer Kontrollbetreuung kann im Falle einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht für eine Kontrolle des Bevollmächtigten gesorgt werden, wenn der Vollmachtgeber aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen und ggf. die Vollmacht zu widerrufen. Eine Kontrollbetreuung darf jedoch wie jede andere Betreuung (vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB) nur dann eingerichtet werden, wenn sie erforderlich ist. Da der Vollmachtgeber die Vorsorgevollmacht gerade für den Fall bestellt hat, dass er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst regeln kann, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen. Denn der Wille des Vollmachtgebers ist auch bei der Frage der Errichtung einer Kontrollbetreuung zu beachten (vgl. § 1896 Abs. 1a BGB). Daher müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Errichtung einer Kontrollbetreuung erforderlich machen. Notwendig ist der konkrete, d. h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird (Senatsbeschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 14 f. m. w. N.).

**31** Dies kann der Fall sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist,

weil Anzeichen dafür sprechen, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist, oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht sind nicht erforderlich. Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt (Senatsbeschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 16 m. w. N.).

**32 b)** Dem Kontrollbetreuer kann auch der Aufgabenkreis Vollmachtwiderruf übertragen werden. Dies setzt tragfähige Feststellungen voraus, dass das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt. Sind behebbare Mängel bei der Vollmachtausübung festzustellen, erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz regelmäßig zunächst den Versuch, durch einen zu bestellenden (Kontroll-)Betreuer auf den Bevollmächtigten positiv einzuwirken. Nur wenn diese Maßnahmen fehlschlagen oder es aufgrund feststehender Tatsachen mit hinreichender Sicherheit als ungeeignet erscheint, drohende Schäden auf diese Weise abzuwenden, ist die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf, der die ultima ratio darstellt, verhältnismäßig (Senatsbeschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 17 m. w. N.).

**33 3.** Entgegen der Annahme des LG sind bei Anlegung dieses rechtlichen Maßstabs die Voraussetzungen für eine Kontrollbetreuung mit Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf hier aber nicht erfüllt. Ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass dem für einen Betroffenen bestehenden Betreuungsbedarf nicht ausreichend genügt wird, und Umstände, die die Ermächtigung zum Widerruf einer Vollmacht rechtfertigen, können sich zwar grundsätzlich auch im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bevollmächtigten zur Durchführung von lebensverlängernden Maßnahmen im Sinne des § 1904 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB ergeben (vgl. *Staudinger/Bienwald*, § 1904 Rdnr. 121). Hierfür müsste sich der Bevollmächtigte offenkundig über den – insbesondere in einer Patientenverfügung niedergelegten – Willen des Betroffenen hinwegsetzen. Das ist vorliegend jedoch nicht der Fall.

**34 a)** Die den Bevollmächtigten treffenden Pflichten bei der Entscheidung darüber, ob lebensverlängernde Maßnahmen erfolgen sollen, folgen aus der Systematik der §§ 1901a, 1901b, 1904 BGB.

**35 aa)** Der Bevollmächtigte muss nach § 1901a Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 BGB prüfen, ob eine eigene, in einer Patientenverfügung im Sinne der Legaldefinition des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB niedergelegte Entscheidung des Betroffenen vorliegt und ob diese auf die aktuell eingetretene Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen zutrifft. In diesem Zusammenhang hat der Bevollmächtigte auch zu hinterfragen, ob die Entscheidung noch dem Willen des Betroffenen entspricht, was die Prüfung einschließt, ob das aktuelle Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Betroffenen konkrete Anhaltspunkte dafür liefert, dass er unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen will, und ob er bei seinen Festlegungen diese

Lebenssituation mitbedacht hat (vgl. BT-Drucks. 16/8442, S. 14, 15). Dabei hat er gemäß § 1901b Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB die Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens mit dem behandelnden Arzt zu erörtern; nach § 1901b Abs. 2 und 3 BGB soll nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist (vgl. auch BT-Drucks. 16/8442, S. 15).

**36** Liegt eine wirksame und auf die aktuelle Situation zutreffende Patientenverfügung vor, hat der Betroffene die Entscheidung selbst getroffen. Dem Bevollmächtigten obliegt es dann gemäß § 1901a Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 BGB nur noch, dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 14 m. w. N.). Anderenfalls hat der Bevollmächtigte gemäß § 1901a Abs. 2 und 5 BGB die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen festzustellen (vgl. dazu Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 25 ff. m. w. N.), hierbei wiederum §§ 1901a, 1901b BGB zu beachten und auf dieser Grundlage zu entscheiden.

**37** Dabei kann es im Einzelfall schwierig oder auch unmöglich sein, den Behandlungswillen eines entscheidungsunfähigen Betroffenen festzustellen (BT-Drucks. 16/8442, S. 12). Kann ein auf die Durchführung, die Nichteinleitung oder die Beendigung einer ärztlichen Maßnahme gerichteter Wille des Betroffenen auch nach Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen nicht festgestellt werden, gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betroffenen zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen (BT-Drucks. 16/8442, S. 16).

**38 bb)** Besteht zwischen dem Bevollmächtigten und dem behandelnden Arzt Einvernehmen darüber, welche Vorgehensweise dem Willen des Betroffenen nach § 1901a Abs. 1 und 2 BGB entspricht, bedarf selbst eine Maßnahme im Sinne des § 1904 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB keiner gerichtlichen Genehmigung (§ 1904 Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 BGB). Einen Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung der Einwilligung in den Abbruch etwa einer künstlichen Ernährung als lebensverlängernder Maßnahme müsste das Betreuungsgericht dann ohne weitere gerichtliche Ermittlungen ablehnen und ein sog. Negativattest erteilen, aus dem sich ergibt, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 20). Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers sichergestellt sein, dass eine gerichtliche Genehmigung nur in Konfliktfällen erforderlich ist.

**39** Dem Schutz des Patienten vor einem etwaigen Missbrauch der Befugnisse des Bevollmächtigten wird zum einen dadurch Rechnung getragen, dass eine wechselseitige Kontrolle zwischen Arzt und Betreuer bei der Entscheidungsfindung stattfindet. Zum anderen kann jeder Dritte, insbesondere Ehegatte, Lebenspartner, Verwandter oder Vertrauensperson des Betreuten, aufgrund des Amtsermittlungsprinzips im Betreuungsverfahren jederzeit eine betreuungsgerichtliche Kontrolle der Entscheidung des Bevollmächtigten in Gang setzen (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 18; BT-Drucks. 16/8442, S. 19).

**40 cc)** Darüber hinaus kann zum einen die Patientenverfügung Näheres zu den Pflichten des Bevollmächtigten bei der Entscheidung über lebensverlängernde Maßnahmen regeln, etwa dass sie trotz konkreter Entscheidungen nicht unmittelbar gelten soll, sondern der Bevollmächtigte immer die Entscheidung über die Behandlung zu treffen und welchen Entscheidungsspielraum er hierbei hat (BT-Drucks. 16/8442, S. 15). Zum anderen kann auch die Vollmacht weitere Pflichten des Bevollmächtigten festlegen oder Pflichten und Befugnisse in ihrem Umfang näher konkretisieren.

**41 b)** Bei der Beurteilung, ob mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf Genüge getan wird und ob bei Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht sogar – wie für die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf erforderlich – eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere zu befürchten ist, muss die gesetzgeberische Wertung zum Pflichtenprogramm des Bevollmächtigten und zur gerichtlichen Kontrolldichte von Entscheidungen bei lebensverlängernden Maßnahmen Berücksichtigung finden.

**42** Der Gesetzgeber hat mit den Regelungen in §§ 1901a und 1901b, 1904 BGB das Ziel verfolgt, dem Betroffenen eine vorsorgende privatautonome Entscheidung der Fragen zu ermöglichen, die sich im Zusammenhang mit ärztlichen Maßnahmen zu einem Zeitpunkt stellen können, in dem der Betroffene zu einer eigenen rechtlich maßgeblichen Entscheidung mangels Einwilligungsfähigkeit nicht mehr in der Lage ist. Hierfür hat er einerseits die Möglichkeit der Patientenverfügung vorgesehen; andererseits kann der Betroffene eine Vertrauensperson mit der Umsetzung des Willens, aber auch mit einer eigenständigen Entscheidung auf der Grundlage des mutmaßlichen Willens des Betroffenen bevollmächtigen. Dem Grundsatz nach soll bei Vorliegen einer wirksamen Vollmacht eine betreuungsgerichtliche Befassung auf die Fälle des Konflikts zwischen Bevollmächtigtem und behandelndem Arzt beschränkt und ansonsten lediglich eine Missbrauchskontrolle vorzunehmen sein. Dieser gesetzgeberischen Wertung ist auch bei der Beurteilung der Frage, ob es einer Kontrollbetreuung – ggf. mit der Ermächtigung zum Widerruf der Vollmacht – bedarf, Rechnung zu tragen. Anderenfalls würde die durch die Instrumente der Vorsorgevollmacht und der Patientenverfügung erfolgte Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen über den Umweg der Kontrollbetreuung wieder entwertet.

**43** Daraus folgt, dass ein Kontrollbetreuer erst dann bestellt werden darf, wenn offenkundig ist, dass der Bevollmächtigte sich mit seiner Entscheidung über den Willen des Betroffenen hinwegsetzen würde. Dies wird gerade bei Einvernehmen zwischen Bevollmächtigtem und behandelndem Arzt nur selten der Fall sein. Bedeutung erlangt insoweit zum einen, wie verlässlich der Wille des Betroffenen ermittelt werden kann und inwieweit seine Äußerungen einer Wertung zugänglich sind. Zum anderen ist auch in den Blick zu nehmen, ob der Betroffene die Bindungswirkung seiner etwaigen Willensäußerung für den Bevollmächtigten eingeschränkt hat.

**44 c)** Dass die Bevollmächtigte sich in dieser Weise über den Willen der Betroffenen hinwegsetzt, wenn sie in den Abbruch

der künstlichen Ernährung mittels PEG-Sonde nicht einwilligt, wird von den Feststellungen des LG nicht getragen.

**45 aa)** Die Betroffene hat entgegen der der Beschwerdeentscheidung offensichtlich zugrundeliegenden Annahme keine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB erstellt, der sich eine in der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation bindende Entscheidung für die Fortführung oder den Abbruch der künstlichen Ernährung entnehmen lässt.

**46 (1)** Unmittelbare Bindungswirkung entfaltet eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB nur dann, wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können. Von vornherein nicht ausreichend sind allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen aber auch nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht. Maßgeblich ist nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 29).

**47** Die Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthält jedenfalls für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung (vgl. BT-Drucks. 16/8442, S. 15; *Palandt/Götz*, 75. Aufl., § 1901a Rdnr. 5). Die insoweit erforderliche Konkretisierung kann aber ggf. durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen erfolgen.

**48 (2)** Danach kommen sowohl die beiden privatschriftlichen Schriftstücke als auch die in der notariellen Vollmacht enthaltenen Äußerungen nicht als bindende, auf den Abbruch der künstlichen Ernährung gerichtete Patientenverfügungen in Betracht. Sie beziehen sich nicht auf konkrete Behandlungsmaßnahmen, sondern benennen ganz allgemein „lebensverlängernde Maßnahmen“. Auch im Zusammenspiel mit den weiteren Angaben ergibt sich nicht die für eine Patientenverfügung zu verlangende bestimmte Behandlungsentscheidung. Die notarielle Vollmacht bezeichnet mit einer „zum Tode führenden Krankheit“ eine bei der Betroffenen nicht vorliegende Behandlungssituation. Die „Patientenverfügungen“ stellen alternativ auf vier verschiedene Behandlungssituationen ab. Gerade die vom LG angenommene eines schweren Dauerschadens des Gehirns ist so wenig präzise, dass sie keinen Rückschluss auf einen gegen konkrete Behandlungsmaßnahmen – hier die künstliche Ernährung mittels PEG-Sonde – gerichteten Willen der Betroffenen erlaubt.

**49 bb)** Die Bevollmächtigte hat bei der Ermittlung von auf den Abbruch oder die Fortsetzung der künstlichen Ernährung bezogenen Behandlungswünschen bzw. des mutmaßlichen Willens der Betroffenen (§ 1901a Abs. 2 BGB) keine eine Kontrollbetreuung rechtfertigenden Pflichtverstöße begangen. Ins-

besondere ist sie ihrer aus § 1901b Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB folgenden Pflicht nachgekommen, die medizinische Maßnahme mit der behandelnden Ärztin zu erörtern. Nach den Feststellungen des AG steht sie mit dieser im engen Kontakt und hat die Entscheidung mit ihr abgesprochen, also Einvernehmen darüber erzielt, dass ein auf Abbruch der künstlichen Ernährung gerichteter Behandlungswunsch oder mutmaßlicher Wille der Betroffenen nicht feststellbar ist. Wie sich aus der erstinstanzlichen Entscheidung ergibt, besucht sie die Betroffene regelmäßig, sodass sie sich ein Bild von der aktuellen Situation machen kann.

**50** Tatrichterliche Feststellungen dazu, ob die Bevollmächtigte auch nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen der Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung gegeben und so § 1901b Abs. 2 und 3 BGB genügt hat, liegen zwar nicht vor. Bei dieser Regelung handelt es sich nach dem eindeutigen Wortlaut jedoch lediglich um eine Soll-Vorschrift, deren Nichtbeachtung nicht zur Rechtswidrigkeit der (Nicht-) Einwilligung des Bevollmächtigten führt (MünchKomm-BGB/Schwab, § 1901b Rdnr. 9). Zudem erlegt die „Patientenverfügung“ der Bevollmächtigten vorliegend nur eine Absprache mit der behandelnden Ärztin, nicht aber mit sonstigen Dritten auf (vgl. auch MünchKomm-BGB/Schwab, § 1901a Rdnr. 57).

**51** cc) Die bislang getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahme, dass das von der Bevollmächtigten gefundene Ergebnis offenkundig dem – als Behandlungswunsch geäußerten oder mutmaßlichen – Willen der Betroffenen widerspricht.

**52** (1) Ein auf den Abbruch der künstlichen Ernährung gerichteter Behandlungswunsch der Betroffenen im Sinne des § 1901a Abs. 2 BGB ist vom LG nicht festgestellt und insbesondere den von der Betroffenen unterzeichneten Schriftstücken nicht zu entnehmen.

**53** Einen solchen Behandlungswunsch können alle Äußerungen eines Betroffenen darstellen, die Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation enthalten, aber den Anforderungen an eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB nicht genügen, etwa weil sie nicht schriftlich abgefasst wurden, keine antizipierenden Entscheidungen treffen oder von einem minderjährigen Betroffenen verfasst wurden. Auch eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB, die jedoch nicht sicher auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen passt und deshalb keine unmittelbare Wirkung entfaltet, kann als Behandlungswunsch Berücksichtigung finden. Behandlungswünsche sind insbesondere dann aussagekräftig, wenn sie in Ansehung der Erkrankung zeitnah geäußert worden sind, konkrete Bezüge zur aktuellen Behandlungssituation aufweisen und die Zielvorstellungen des Patienten erkennen lassen. An die Behandlungswünsche des Betroffenen ist der Bevollmächtigte nach § 1901a Abs. 2 und 3 BGB gebunden (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 25). Für die Annahme eines Behandlungswunsches ist ein mit einer Patientenverfügung vergleichbares Maß an Bestimmtheit zu verlangen. Wann eine Maßnahme hinreichend bestimmt benannt ist, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Ebenso wie eine schriftliche Patientenverfügung sind auch mündliche Äußerungen des Betroffenen der Auslegung zugänglich (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 30).

**54** Hier fehlt es der in den beiden handschriftlichen Patientenverfügungen sowie in der notariellen Vollmacht enthaltenen Bezeichnung „lebensverlängernde Maßnahmen“ auch unter Berücksichtigung der weiteren in den Schriftstücken enthaltenen Angaben an der für einen auf Abbruch der künstlichen Ernährung gerichteten Behandlungswunsch erforderlichen Bestimmtheit. Das Vorliegen eines mündlich geäußerten Behandlungswunschs hat das LG nicht geprüft.

**55** (2) Dass der mutmaßliche Wille der Betroffenen eindeutig auf den Abbruch der künstlichen Ernährung gerichtet wäre, ist derzeit nicht feststellbar.

**56** Auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen ist abzustellen, wenn sich sein auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation bezogener Wille nicht feststellen lässt. Der mutmaßliche Wille ist anhand konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln, insbesondere anhand früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen (die jedoch keinen Bezug zur aktuellen Lebens- und Behandlungssituation aufweisen), ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen (§ 1901a Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB). Der Bevollmächtigte stellt letztlich eine These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte (Senatsbeschluss, BGHZ 202, 226 = FamRZ 2014, 1909 Rdnr. 26).

**57** Die Rechtsbeschwerde verweist hierzu mit Recht zum einen darauf, dass die Betroffene der künstlichen Ernährung mittels PEG-Sonde zu der Zeit, als sie selbst noch kommunikationsfähig war, nicht widersprochen hat, und zum anderen auf die von der Betroffenen bei der erstinstanzlichen Anhörung gezeigten Reaktionen, die im Übrigen auch der Schilderung der Betreuungsbehörde entsprechen. Hinzu kommt, dass die Betroffene nach dem Text der zuletzt im November 2011 und damit kurz vor dem Hirnschlag erteilten privatschriftlichen Vollmacht ihren in der „Patientenverfügung“ geäußerten Willen lediglich in den Entscheidungsprozess eingebracht und berücksichtigt wissen wollte, woraus eine nur eingeschränkte Bindung und ein weiter Ermessensspielraum der Bevollmächtigten bei der im Dialog mit der behandelnden Ärztin zu findenden Entscheidung folgen. Zudem lässt die „Patientenverfügung“ mit der Anknüpfung an die „Erhaltung eines erträglichen Lebens“ und an die „angemessenen Möglichkeiten“ sowie mit dem unscharfen Begriff des „schweren“ Dauerschadens einen weiten Interpretationsspielraum. Dass die Bevollmächtigte diesen nur in dem vom LG vertretenen Sinne, also auf den Abbruch der künstlichen Ernährung gerichtet, hätte ausfüllen dürfen, ist nicht ansatzweise ersichtlich.

**58** Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem im Beschwerdeverfahren eingeholten Sachverständigengutachten. Dass nach Einschätzung des Sachverständigen ein „Dauerschaden des Gehirns“ der Betroffenen eingetreten und bei Einstellung der künstlichen Ernährung nicht mit einem „qualvollen Verhungern“ zu rechnen ist, erlaubt keinen Rückschluss auf einen gegen die Fortführung der künstlichen Ernährung gerichteten mutmaßlichen Willen der Betroffenen.

**59** d) Soweit das LG die Kontrollbetreuung über die mit der Entscheidung über Abbruch oder Fortführung der künstlichen Ernährung zusammenhängenden Fragen hinaus auf die gesamte Gesundheitsfürsorge erstreckt hat, hat das aus Rechts-

gründen ebenfalls keinen Bestand. Es wird weder im angefochtenen Beschluss aufgezeigt noch ist anderweitig ersichtlich, dass insoweit die Voraussetzungen für die Anordnung einer Kontrollbetreuung vorliegen. Der Begründung der Beschwerdeentscheidung sind Erwägungen allein im Zusammenhang mit der Entscheidung über lebensverlängernde Maßnahmen, nicht aber bezogen auf die übrige Gesundheitsfürsorge zu entnehmen. Dass die Bevollmächtigte ihre Vollmacht in den Angelegenheiten der sonstigen Gesundheitsfürsorge nicht zum Wohl der Betroffenen ausgeübt hätte, haben nicht einmal die anderen Töchter behauptet.

**60** III. Danach ist der angefochtene Beschluss gemäß § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif und daher gemäß § 74 Abs. 6 Satz 1 und 2 FamFG an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

**61** Dieses wird der Frage nachzugehen haben, ob die in den schriftlichen Stellungnahmen der anderen Töchter sowie der Schwester und der Cousine der Betroffenen behaupteten Äußerungen der Betroffenen gefallen sind und ob sich ihnen Behandlungswünsche oder – falls das nicht der Fall ist – jedenfalls Hinweise auf den mutmaßlichen Willen der Betroffenen entnehmen lassen. Außerdem gibt die Zurückverweisung dem LG die Gelegenheit, die – wie die Rechtsbeschwerde zutreffend rügt – bislang rechtsfehlerhaft im Beschwerdeverfahren unterbliebene persönliche Anhörung der Betroffenen nachzuholen. Nur wenn nach den weiteren Ermittlungen trotz des weiten Ermessensspielraums der Bevollmächtigten und der für die Auffassung der Bevollmächtigten sprechenden Umstände offenkundig sein sollte, dass die Bevollmächtigte sich über den auf den Abbruch der künstlichen Ernährung gerichteten Willen der Betroffenen hinwegsetzen würde, lägen die Voraussetzungen einer Kontrollbetreuung vor. Das LG wird sich dann auch mit den Einwänden der Rechtsbeschwerde zur Betreuerauswahl und dazu, ob die Voraussetzungen für die Ermächtigung zum Widerruf der Vollmacht vorliegen, auseinanderzusetzen haben (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 206, 321 = FamRZ 2015, 1702 Rdnr. 33 ff.).

#### HINWEIS DER SCHRIFTLÉITUNG:

Siehe hierzu den Besprechungsaufsatz von **Weigl**, MittBayNot 2017, 346 (in diesem Heft).

## 12. Erforderlichkeit einer Betreuung bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 19.10.2016, XII ZB 289/16 (Vorinstanz: LG Traunstein, Beschluss vom 19.5.2016, 4 T 2962/15)

*BGB § 1896 Abs. 2 Satz 1 und 2*

#### LEITSÄTZE:

- Zur Erforderlichkeit einer Betreuung bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 17.2.2016, XII ZB 498/15, MittBayNot 2017, 258 [m. Anm. Bergmann] und vom 3.2.2016, XII ZB 425/14, MittBayNot 2017, 63).**

- Kann die Unwirksamkeit einer Vorsorgevollmacht nicht positiv festgestellt werden, bleibt es bei der wirksamen Bevollmächtigung (Senatsbeschluss vom 3.2.2016, XII ZB 425/14, MittBayNot 2017, 63 Rdnr. 11). Eine Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### HINWEIS DER SCHRIFTLÉITUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2017, 128.

## 13. Wirksamkeit eines vereinbarten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs bei Sozialhilfebedürftigkeit

OLG Nürnberg, Beschluss vom 7.12.2015, 7 UF 1117/15

*VersAusglG §§ 6, 7, 8*

#### LEITSATZ:

**Die Vereinbarung über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nicht deshalb mit dem Makel der Sittenwidrigkeit belegt, weil ein Beteiligter nur über verhältnismäßig geringe eigene Versorgungsrechte verfügt und deshalb nicht ausgeschlossen werden kann, dass er in Zukunft auf staatliche Transferleistungen angewiesen sein wird, wenn der unterschiedliche Erwerb von Versorgungsrechten in der Ehezeit nicht auf einem ehebedingten Nachteil beruht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die Antragstellerin, geboren 1954, und der Antragsgegner, geboren 1949, schlossen 2006 die Ehe.

**2** Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten hat die Antragstellerin bei dem AG Scheidungsantrag einreichen lassen, welcher der Gegenseite zugestellt worden ist.

**3** In der Zeit von 2006 bis 2014 haben die Beteiligten folgende Anrechte erworben:

Die Antragstellerin:

Gesetzliche Rentenversicherung

Bei der Deutschen Rentenversicherung Bund hat die Antragstellerin ein Anrecht mit einem Ehezeitanteil von 14,5347 Entgeltpunkten erlangt. (...) Der korrespondierende Kapitalwert nach § 47 VersAusglG beträgt 47.877,43 €.

(...)

Der Antragsgegner:

Gesetzliche Rentenversicherung

Bei der Deutschen Rentenversicherung Bund hat der Antragsgegner ein Anrecht mit einem Ehezeitanteil von 3,7216 Entgeltpunkten erlangt. (...) Der korrespondierende Kapitalwert nach § 47 VersAusglG beträgt 12.258,90 €.

**4** Der Antragsgegner hat in der gesetzlichen Rentenversicherung bis einschließlich Juni 2014 aus allen Zeiten ein eigenes Versorgungsanrecht in Höhe von 23,2243 Entgeltpunkten, Monatsrente

653,53 €, erworben. In der Ehezeit war er überwiegend bei der Firma Q, deren Inhaberin die Antragstellerin war, als Geschäftsführer angestellt. Q hat 2013 wegen erheblicher Verluste den Betrieb eingestellt.

**5** Seit 2014 ist der Antragsgegner bei der von ihm gegründeten Firma B beschäftigt.

**6** Im Jahr 2000 hat der Antragsgegner ein notarielles Schuldanerkenntnis über einen Betrag von 120.000 DM abgegeben und sich in Höhe dieses Betrages der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dem Anerkenntnis unterworfen.

**7** Unter § 1, Vorbemerkung, enthält das Schuldanerkenntnis unter anderem folgenden Text:

„Wegen finanzieller Engpässe hat mich [meine spätere Ehefrau] seit Mitte 1998 laufend in der Form unterstützt, dass sie unseren gemeinsamen Lebensunterhalt allein finanziert, den Unterhalt für L allein bezahlt und mich bei meiner beruflichen Tätigkeit (Bezahlung von Reisekosten, Versicherungsbeiträgen usw.) unterstützt hat. [Meine spätere Ehefrau] hat für mich auch Verbindlichkeiten gegenüber Gläubigern bezahlt.

Der Gesamtbetrag dieser Leistung von [meiner späteren Ehefrau] an mich beläuft sich von Mitte 1998 bis heute auf mindestens 120.000 DM und ist durch Belege und die von mir getätigten Aufzeichnungen jederzeit nachweisbar.

Der Betrag wurde zinslos zur Verfügung gestellt.“

**8** Das AG hat mit Endbeschluss die Ehe geschieden und den Versorgungsausgleich wie folgt geregelt:

(...)

**17** Gegen den Endbeschluss hat die Antragstellerin, beschränkt auf die Entscheidung zum Versorgungsausgleich, Beschwerde eingelegt und beantragt, diesen gemäß § 27 VersAusglG wegen grober Unbilligkeit auszuschließen. Zur Begründung hat sie vorgetragen, der Antragsgegner schulde ihr nach wie vor den mit notarieller Urkunde anerkannten Betrag. Ihr seien, letztlich verursacht durch den Antragsgegner als Geschäftsführer, aus dem Betrieb der Firma Q Schulden in Höhe von ca. 61.000 € geblieben. Außerdem habe sich der Antragsgegner nur in untergeordnetem Umfang am Familienunterhalt und der Haushaltsführung beteiligt und zahle auch Kindesunterhalt nicht regelmäßig.

**18** In dem Anhörungstermin haben die Beteiligten zum Versorgungsausgleich folgende Vereinbarung geschlossen:

„I. Die Antragstellerin und der Antragsgegner verzichten wechselseitig auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs und nehmen den jeweiligen Verzicht des Anderen gegengleich an.

II. Die Antragstellerin und der Antragsgegner verzichten wechselseitig auf jedwede nacheheliche Unterhaltsansprüche, auch für die Fälle der Not, und nehmen den Verzicht des jeweils anderen gegengleich an.

III. Die Antragstellerin und der Antragsgegner verzichten wechselseitig auf jedwede sonstige aus der Ehe resultierende, aber auch darüber hinaus zwischen ihnen etwaig bestehende vermögensrechtliche Ansprüche. Die Beteiligten nehmen den Verzicht des jeweils anderen an. Hiervon erfasst sind insbesondere die Ansprüche der Antragstellerin gegen den Antragsgegner aus dem notariellen Schuldanerkenntnis über einen Betrag i. H. v. 120.000 DM; ferner Ansprüche der Antragstellerin auf Konsolidierung der Konten im Rahmen des Unternehmensübernahmevertrages bezüglich der Firma Q.

IV. Die Antragstellerin und der Antragsgegner sind sich einig, dass die Kosten des Beschwerdeverfahrens gegeneinander aufgehoben werden.“

## AUS DEN GRÜNDEN:

**19** II. Die Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß §§ 58 ff. FamFG statthaft und zulässig. Sie führt auf der Grundlage der von den Ehegatten geschlossenen Vereinbarung zu der Feststellung, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet.

**20** Die Ehegatten haben durch die im Termin zu Protokoll des Senats geschlossene Vereinbarung den Versorgungsausgleich wirksam gemäß §§ 6 ff. VersAusglG ausgeschlossen.

**21** Gemäß § 6 Abs. 1 VersAusglG können die Ehegatten Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich schließen. Sie können diesen insbesondere ganz oder teilweise ausschließen. Von dieser Möglichkeit haben die Eheleute im vorliegenden Verfahren in zulässigem Umfang Gebrauch gemacht.

**22** Die gerichtliche Protokollierung der Vereinbarung ersetzt die gemäß § 7 Abs. 1 VersAusglG erforderliche notarielle Beurkundung, § 7 Abs. 2 VersAusglG i. V. m. § 127a BGB.

**23** Die Vereinbarung hält auch der Inhaltskontrolle gemäß § 8 Abs. 1 VersAusglG stand.

**24** Die gemäß § 8 Abs. 1 VersAusglG vorzunehmende Kontrolle einer Vereinbarung zum Versorgungsausgleich beschränkt sich, da diese nach dem Scheidungsausspruch geschlossen wurde, auf die Inhaltskontrolle. Bei der Überprüfung einer Vereinbarung zum Versorgungsausgleich ist auf die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen abzustellen.

**25** Ausgangspunkt der Bewertung ist die grundsätzlich für die Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft und die Scheidungsfolgen geltende Vertragsfreiheit der Ehegatten. Grundsätzlich ist bei der gerichtlichen Kontrolle Zurückhaltung geboten, um diese Vertragsfreiheit zur Geltung kommen zu lassen (OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.7.2014, 13 UF 245/13). Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf jedoch nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarung beliebig unterlaufen werden kann. Dies wäre der Fall, wenn durch die vertragliche Regelung eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede, bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe – unzumutbar wäre (vgl. BGH, FamRZ 2004, 601). Das Verdikt der Sittenwidrigkeit kommt dabei regelmäßig nur in Betracht, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts, zu welchem auch der Versorgungsausgleich gehört, ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teil abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert wird oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt ist (BGH, FamRZ 2007, 1310; FamRZ 2009, 1041).

**26** Auch ein vollständiger Ausschluss des Versorgungsausgleichs kann bei der im Zusammenhang mit einer Scheidung geschlossenen Vereinbarung nicht als sittenwidrig angesehen werden, wenn ein nach der gesetzlichen Regelung stattfindender Versorgungsausgleich von beiden Ehegatten nicht ge-

wünscht wird, soweit dies mit dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs vereinbar ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn beide Ehegatten während der Ehezeit vollschichtig und von der Ehe unbeeinflusst berufstätig waren und jeder seine eigene Altersversorgung aufgebaut oder aufgestockt hat, wobei der eine Ehegatten aus nicht ehebedingten Gründen mehr Versorgungsanrechte erworben hat als der andere (BGH, FamRZ 2014, 629). Auch ein ohne adäquate Kompensation vereinbarter Verzicht auf den Versorgungsausgleich ist nur dann gemäß § 138 BGB sittenwidrig, wenn nach den Gesamtumständen der kompensationslose Verzicht für einen Ehegatten eine unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Hiervon kann nicht ausgegangen werden, wenn der unterschiedliche Erwerb von Versorgungsanrechten in der Ehezeit nicht auf einem ehebedingten Nachteil beruht (vgl. OLG Koblenz, FamRZ 2012, 130).

**27** Nach diesen Grundsätzen hält die Vereinbarung der Beteiligten der Wirksamkeitskontrolle stand.

**28** Zunächst liegt kein kompensationsloser Verzicht des Antragsgegners auf Versorgungsanrechte vor, weil die Antragstellerin auf vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Antragsgegner verzichtet, die dem wirtschaftlichen Vorteil, welchen der Antragsgegner bei Durchführung des Versorgungsausgleichs erlangt hätte – dieser ist mit einem saldierten korrespondierenden Kapitalwert von 51.180 € zu bestimmen – in der Höhe zumindest entsprechen.

**29** Insbesondere aber kann nicht festgestellt werden, dass der Antragsgegner ehebedingte Nachteile im Erwerb von Versorgungsanrechten erlitten hat. Nach dem von dem Antragsgegner nicht bestrittenen Vorbringen der Antragstellerin war er während der Ehezeit im Wesentlichen als Geschäftsführer einer von der Antragstellerin gegründeten Firma im Angestelltenverhältnis tätig. Die Firma wurde unstreitig im Wesentlichen gegründet, um dem Antragsgegner überhaupt eine Gelegenheit zur Erwerbstätigkeit und damit zum Erwerb von Versorgungsanrechten zu verschaffen.

**30** Der Senat verkennt nicht, dass der Antragsgegner nur über verhältnismäßig geringe eigene Versorgungsanrechte verfügt, weshalb nicht ausgeschlossen werden kann, dass er in Zukunft auf staatliche Transferleistungen angewiesen sein wird. Auch dies führt, weil durch die Vereinbarung der Ehegatten nicht Leistungen ausgeschlossen werden, welche zum Ausgleich ehebedingter Nachteile an sich geboten wären, nicht dazu, dass die Vereinbarung mit dem Makel der Sittenwidrigkeit belegt werden könnte (vgl. BGH, FamRZ 2007, 19 – für den vergleichbaren Fall eines Unterhaltsverzichts). Im konkreten Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragsgegner ohne die Ehe heute höhere Versorgungsanrechte hätte, als dies tatsächlich der Fall ist.

**31** Bei dieser Konstellation gestattet es die Vertragsfreiheit dem ausgleichsberechtigten Ehegatten, auf den Ausgleich von Anrechten zu verzichten, selbst wenn dies die Gefahr späterer Sozialhilfebedürftigkeit in sich trägt.

**32** Bei einem vollständigen Ausschluss des Versorgungsausgleichs kommt ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 VersAusglG nicht in Betracht.

(...)

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 14. Notarielles Nachlassverzeichnis muss vom Notar selbst aufgrund eigener Ermittlungen erstellt werden

BVerfG, Beschluss vom 25.4.2016, 1 BvR 2423/14 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Beschluss vom 21.7.2014, 2 W 63/14)

BGB § 2314

#### LEITSATZ:

**Es stellt eine Verkürzung der Erbrechtsgarantie dar, wenn das notarielle Nachlassverzeichnis keine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft bietet als ein privates Verzeichnis des auskunftsverpflichteten Erben. Deswegen ist erforderlich, dass das notarielle Nachlassverzeichnis vom Notar selbst erstellt wird und er nicht lediglich die Erläuterungen des Erben protokolliert und beurkundet. Der Notar ist dabei regelmäßig auch zur selbstständigen Ermittlung der aufzunehmenden Gegenstände und Forderungen berechtigt und verpflichtet. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Ihr kommt keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Die für die Entscheidung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Vorgaben sind geklärt. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt (§ 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG). Sie hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22, 25 f.; 96, 245, 250; 108, 129, 136; st. Rspr).

**2 1.** Dies wäre nur der Fall, wenn die geltend gemachte Verletzung des Verfassungsrechts besonderes Gewicht hätte oder den Beschwerdeführer in existentieller Weise beträfe. Besonders gewichtig ist eine Grundrechtsverletzung, die auf eine generelle Vernachlässigung von Grundrechten hindeutet oder wegen ihrer Wirkung geeignet ist, den Betroffenen von der Ausübung von Grundrechten abzuhalten. Eine geltend gemachte Verletzung hat außerdem dann besonderes Gewicht, wenn sie auf einer groben Verkenntnis des durch ein Grundrecht gewährleisteten Schutzes oder einem geradezu leichtfertigen Umgang mit grundrechtlich geschützten Positionen beruht oder rechtsstaatliche Grundsätze krass verletzt. Eine existentielle Betroffenheit kann sich vor allem aus dem Gegenstand der angegriffenen Entscheidung oder seiner aus ihr folgenden Belastung ergeben (vgl. BVerfGE 90, 22, 25).

**3 2.** Zwar begegnet die hier vorgenommene Auslegung der Ausgangsgerichte hinsichtlich der Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis insbesondere in Ansehung der hierzu ergangenen Rechtsprechung einfachrechtlichen Bedenken. In der fachgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Auskunftspflicht des § 2314 BGB auf die Weitergabe von Wissen gerichtet ist, das der Verpflichtete hat

oder sich verschaffen muss (BGH, Urteil vom 9.11.1983, IVa ZR 151/82, BGHZ 89, 24, 28). Das notarielle Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB soll eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft bieten als ein privates Verzeichnis, welches der auskunftsverpflichtete Erbe erstellt hat. Dazu ist es erforderlich, dass es von der Amtsperson selbst erstellt wird und diese nicht lediglich die Erläuterungen des Erben protokolliert und beurkundet. Der Notar ist dabei regelmäßig auch zur selbstständigen Ermittlung der aufzunehmenden Gegenstände und Forderungen berechtigt und verpflichtet; er muss zudem durch eine Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, für den Inhalt verantwortlich zu sein (st. Rspr.; vgl. nur OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 25.1.2011, 3 U 36/10, juris, Rdnr. 15 m. w. N.). Ein Verzeichnis, das sich inhaltlich lediglich auf die dem Notar seitens des Erben vorgelegte Auflistung beschränkt und nicht eine eigenständige Feststellung des Notars dazu enthält, dass weitere Nachlassgegenstände nicht vorhanden und weitere Verbindlichkeiten nicht festzustellen seien, erfüllt daher die Anforderungen nicht (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.4.2010, 5 W 81/10, juris, Rdnr. 13 f.). Hier hätte es hinsichtlich der etwaigen Schenkungen insbesondere nahe gelegen, Einsicht in die vollständigen Kontoauszüge und sonstigen Bankunterlagen für den Zehn-Jahres-Zeitraum zu nehmen oder eine Vollmacht des Auskunftsverpflichteten zur entsprechenden Anfrage bei der Bank einzuholen (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, juris, Rdnr. 21-28).

4 3. Der Verfassungsbeschwerde fehlt es jedoch am Vorliegen eines Annahmegrundes (vgl. BVerfGE 90, 22, 25 f.). Ihr kommt keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung (§ 93a Abs. 2 lit. a BVerfGG) zu, denn sie betrifft im Kern Auslegungsfragen des einfachen Rechts. Die angegriffenen Entscheidungen verkürzen zwar im Fall des Beschwerdeführers den Gehalt der Erbrechtsgarantie, weil es ihm als Pflichtteilsberechtigten anhand des erteilten Verzeichnisses nicht möglich ist, etwaige weitere ausgleichspflichtige Ansprüche zu erkennen. Der Rechtsfehler lässt jedoch nicht auf eine generelle Vernachlässigung oder grobe Verkennung des Grundrechts schließen. Auch eine existentielle Betroffenheit des Beschwerdeführers ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. (...)

#### ANMERKUNG:

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

Während das notarielle Nachlassverzeichnis lange Zeit eine eher marginale Bedeutung für die notarielle Praxis hatte und auch obergerichtliche Entscheidungen hierzu nur in überschaubarer Zahl ergingen,<sup>1</sup> war diese Materie in letzter Zeit Gegenstand einer ganzen Reihe von gerichtlichen Entschei-

dungen.<sup>2</sup> Nun musste sich sogar das BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde mit dem notariellen Nachlassverzeichnis beschäftigen.

Im Kern ging es einmal mehr um die Frage, welche Ermittlungen der mit der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses betraute Notar hinsichtlich des sog. fiktiven Nachlasses,<sup>3</sup> insbesondere bezüglich nachlassmindernder Schenkungen, vorzunehmen hat. Dabei geht das BVerfG davon aus, dass die Ausgangsgerichte und damit auch der das Nachlassverzeichnis beurkundende Notar zu geringe Anforderungen an die erforderlichen notariellen Ermittlungstätigkeiten gestellt haben. Dies soll zwar eine Verletzung des einfachen Rechts darstellen, erlaubt es aus Sicht des Verfassungsgerichts jedoch – tröstlicherweise – nicht auf eine generelle Vernachlässigung oder grobe Verkennung der verfassungsrechtlichen Erbrechtsgarantie zu schließen. Auch eine existenzielle Betroffenheit war nach Auffassung des BVerfG nicht ersichtlich, sodass die betreffende Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen wurde.

Obwohl dies letztlich nicht entscheidungserheblich war und dem Beschwerdeführer im Ergebnis auch nichts nützte, geht das Gericht dennoch kurz auf die im Raum stehenden einfachgesetzlichen Fragestellungen ein. Es fasst dabei die nach der herrschenden Rechtsprechung bestehenden Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis zusammen und ist der Meinung, im vorliegenden Fall hätte es nahegelegen, „Einsicht in die vollständigen Kontoauszüge und sonstigen Bankunterlagen für den Zehn-Jahres-Zeitraum zu nehmen oder ... eine Vollmacht zur Anfrage bei der Bank einzuholen“.

Folgt hieraus nun, dass ein Notar stets – verdachtsunabhängig – sämtliche Kontoauszüge im Hinblick auf etwaige unentgeltliche Vorgänge „durchforsten“ muss? Ich meine: Nein. Vielmehr kann ein solcher Ermittlungsaufwand nur gerechtfertigt sein, wenn er auch einen gewissen Erfolg verspricht. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn der Notar aufgrund eines Mindestmaßes an substantiiertem Sachvortrag überhaupt einen Anhaltspunkt dafür hat, nach welcher Art von „verdächtigen“ Kontobewegungen er zu suchen hat und welche Konten hiervon betroffen sein könnten. In der Praxis wird zudem häufig die Schwierigkeit bestehen, dass schon keine Klarheit darüber besteht, über welche Konten der Erblasser zu Lebzeiten verfügte. Eine Auskunft des zuständigen Erbschaftsteuerfinanzamts könnte zumindest Aufschluss über die beim Tod bestehenden inländischen Konten geben, wird allerdings auf Anfrage eines Notars regelmäßig nicht erteilt. Die Unsicherheit ist umso größer, wenn die Möglichkeit besteht, dass es Konten im Ausland gegeben hat.

2 Vgl. zuletzt etwa OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16, MittBayNot 2017, 169 m. Anm. S. Braun; OLG München, Beschluss vom 23.2.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331; OLG Schleswig, Urteil vom 5.5.2015, 3 U 998/14, MittBayNot, 2016, 533; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972 f.; LG Kleve, Urteil vom 9.1.2015, 3 O 280/14, NJW-Spezial 2015, 104.

3 Vgl. dazu BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602 ff.; Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, § 2314 Rdnr. 9 m. w. N.; BeckOK-BGB/Müller, Stand 1.8.2016, § 2314 Rdnr. 12 ff. m. w. N.

1 Aus der früheren Rechtsprechung ist hier insbesondere BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 604, zu nennen.

Die pauschale Behauptung eines Auskunftsberechtigten, es könnte Bankvermögen im Ausland und Verfügungen von diesen Konten gegeben haben, kann jedenfalls nicht als Ansatzpunkt für eigene notarielle Ermittlungen dienen.

Vorstehende Überlegungen verdeutlichen, dass es in der Praxis für den mit Aufnahme des Nachlassverzeichnisses betrauten Notar kaum möglich ist, zu wissen, ob ihm „die vollständigen Kontoauszüge und sonstigen Bankunterlagen für den Zehn-Jahres-Zeitraum“ überhaupt vorliegen. Effektive Instrumente zur Ermittlung des Nachlasses (auch ohne Mitwirkung des Auskunftspflichtigen) bestehen derzeit nicht. Die herrschende Rechtsprechung hat zwar – was angesichts des eher übersichtlichen Wortlauts des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB keineswegs selbstverständlich erscheint – die Anforderungen an die Ermittlungen des Notars immer weiter ausgedehnt, hiermit korrespondierende Auskunftsrechte oder Eingriffsbefugnisse jedoch nicht geschaffen. Gesetzliche Vorgaben und besondere Befugnisse des Notars im Rahmen des Verfahrens zur Nachlassermittlung sind weder in § 2314 BGB noch in § 20 Abs. 1 BNotO oder den Vorschriften des BeurkG enthalten.<sup>4</sup> Somit fallen nach der derzeit herrschenden Auffassung der Rechtsprechung die inhaltlichen Anforderungen an das Verzeichnis und die Ermittlungsmöglichkeiten des Notars deutlich auseinander.<sup>5</sup> Dem Notar bleibt derzeit daher nichts weiter übrig, als zu versuchen, mit Auskunftsberechtigten und -verpflichteten den Ermittlungsaufwand im Vorfeld abzustimmen und – unabhängig davon, ob dies gelingt – das von ihm gewählte Verfahren, die von ihm vorgenommenen Ermittlungstätigkeiten sowie die Grenzen seiner Ermittlungsmöglichkeiten im Nachlassverzeichnis zu dokumentieren.<sup>6</sup> Ob das Verzeichnis wirklich vollständig ist, kann er dagegen kaum je wissen.<sup>7</sup>

Der angesichts dieser für den Notar unbefriedigenden Situation grundsätzlich begrüßenswerte Versuch der Ausgangsgerichte, die inhaltlichen Anforderungen an das Verzeichnis wieder den beschränkten Ermittlungsmöglichkeiten des Notars anzunähern, begegnete allerdings aus Sicht des BVerfG „insbesondere in Ansehung der hierzu ergangenen Rechtsprechung“ einfachrechtlichen Bedenken. Ob sich allein gemessen an den Normen des BGB ein solcher Verstoß gegen einfaches Recht ergeben hätte, ist zumindest fraglich.<sup>8</sup> Aus der verfassungsrechtlichen Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG lassen sich die (häufig zu)<sup>9</sup> hohen Anforderungen der herrschenden Rechtsprechung an den Ermittlungsumfang beim notariellen Nachlassverzeichnis jedenfalls nicht ableiten. Auch das BVerfG scheint dies ähnlich zu sehen, da es eine generelle Vernachlässigung oder grobe Verkennung

der verfassungsrechtlichen Erbrechtsgarantie durch die Ausgangsgerichte gerade nicht erkennen konnte. Somit bleibt zu hoffen, dass der Widerspruch zwischen den notariellen Befugnissen und den inhaltlichen Anforderungen beim notariellen Nachlassverzeichnis doch noch irgendwann aufgelöst wird: Sei es, weil der BGH und die Instanzgerichte (oder der Gesetzgeber) die inhaltlichen Anforderungen auf ein sinnvolles Maß begrenzen; sei es, weil Befugnisse geschaffen werden, die dem Notar eine effektive Erfüllung der bestehenden inhaltlichen Anforderungen erlauben.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Näher hierzu *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2016, 379240.

## 15. Zur Anfechtung der Annahme einer Erbschaft berechtigender Irrtum

BGH, Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 387/15  
(Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 16.7.2015, 19 U 18/15)

*BGB § 119 Abs. 1, § 2306*

### LEITSATZ:

**Auch nach der Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB mit Wirkung zum 1.1.2010 kann ein zur Anfechtung der Annahme einer Erbschaft berechtigender Irrtum vorliegen, wenn der mit Beschwerden als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte irrig davon ausgeht, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Anspruch auf den Pflichtteil nicht zu verlieren.**

### SACHVERHALT:

**1** Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte Miterbin geworden oder ob sie pflichtteilsberechtigt ist, weil sie nach Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat.

**2** Die Erblasserin, deren Ehemann 1998 verstorben war, hatte vier Kinder, darunter die Beklagte. Zwei Kinder waren verstorben. Der Kläger ist ein Enkel der Erblasserin. Sie hinterließ drei Testamente von 1994, 2007 und 2008 (...). Im Testament 2007 setzte die Erblasserin die Beklagte zur Miterbin zu  $\frac{1}{4}$  ein und zugunsten des Klägers sowie seiner zwei Geschwister ein Vorausvermächtnis hinsichtlich des Hausgrundstücks X aus, welches sie in ihrem Testament von 2008 wiederum mit einem Untervermächtnis unter anderem zugunsten der Beklagten i. H. v. 15.000 € belastete. Der Kläger wurde von der Erblasserin zum Testamentsvollstrecker bestimmt. Die Beklagte erhielt im März 2012 Kenntnis von den letztwilligen Verfügungen.

**3** Mit Schreiben vom 12.6.2012 erklärte die Beklagte die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist und gleichzeitig die Erbausschlagung. In dem Schreiben heißt es unter anderem:

„Ich wollte die Erbschaft in Wirklichkeit nicht annehmen, sondern habe die Frist zur Ausschlagung versäumt, weil ich in dem Glauben war, dass ich im Falle einer Ausschlagung vollumfänglich vom Nachlass ausgeschlossen wäre und zwar auch bzgl. von Pflichtteilsansprüchen und des zu meinen Gunsten eingeräumten Untervermächtnisses. Ich habe mich also über den rechtlichen Regelungsgehalt des § 2306 BGB geirrt, der zu einem Irrtum über die Rechtsfolgen der Nichtausschlagung führte.“

**4** In der Folgezeit forderte die Beklagte den Kläger unter Berufung auf ihren Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruch zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses auf. Dies lehnte der Kläger ab.

<sup>4</sup> *Zimmer*, NotBZ 2005, 208; DNotI-Report 2003, 137, 138; *Braun*, MittBayNot 2008, 352.

<sup>5</sup> Näher hierzu *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2016, 379240.

<sup>6</sup> Vgl. *Damm*, notar 2016, 437, 438.

<sup>7</sup> Vgl. *Bracker*, notar 2016, 435, 437.

<sup>8</sup> Vgl. *Bracker*, notar 2016, 435, 437 („rechtsdogmatisch nicht haltbar“).

<sup>9</sup> Sehr kritisch zu den immer weitergehenden Anforderungen an das notarielle Nachlassverzeichnis zuletzt *Bracker*, notar 2016, 435 ff. Siehe auch *Damm*, notar 2016, 437, 438 („Anforderungen an den Notar, die dieser nur schwer erfüllen kann“).

**5** Der Kläger hat – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – beantragt festzustellen, dass er in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker die Beklagte als Miterbin zu einem Anteil von  $\frac{1}{4}$  anzusehen und für den aufzustellenden Teilungsplan entsprechend zu berücksichtigen hat. Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat ihrerseits Widerklage mit dem Antrag erhoben, den Kläger zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung wegen der Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche gemäß der zugleich erhobenen Drittwiderstufenklage gegen die Drittwiderbeklagten (...) in den Nachlass zu dulden. Mit der Drittwiderstufenklage begehrt die Beklagte von den Erben sowie Beschenkten der Erblasserin in der ersten Stufe Auskunft und Wertermittlung.

(...)

**8 I.** Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei Erbin zu  $\frac{1}{4}$  geworden. Sie habe die unstreitig erfolgte Versäumung der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB nicht wirksam angefochten. Der BGH habe zu § 2306 Abs. 1 BGB a. F. entschieden, dass ein Erbe die Annahme der belasteten Erbschaft anfechten könne, wenn sie auf seiner irrigen Vorstellung beruht habe, er dürfe sie nicht ausschlagen, um seinen Pflichtteilsanspruch nicht zu verlieren. Zwar werde die Frage, ob diese Rechtsprechung gemäß § 2306 BGB in der seit dem 1.1.2010 gültigen Fassung weiterhin Geltung beanspruche, im Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Diese Frage brauche aber nicht entschieden zu werden, da die grundlegende Vorschrift des § 119 BGB, nach der sich die Frage des Vorliegens eines rechtlich erheblichen Irrtums im konkreten Einzelfall beurteile, im Zuge der Gesetzesnovelle nicht geändert worden sei. Nach den zutreffenden tatsächlichen Feststellungen des LG habe der Irrtum der Beklagten darin gelegen, dass sie irrtümlich davon ausgegangen sei, im Falle einer Ausschlagung keine Teilhabe am Nachlass, insbesondere keinen Pflichtteilsanspruch zu haben. Sie habe gedacht, durch die Nichtausschlagung wenigstens das Untervermächtnis von 15.000 € zu erhalten. Auf die Frage, was sie sich gedacht habe, wenn sie die Erbschaft ausschlage, habe sie erklärt: „Dass ich nichts bekomme.“ Dem stehe jedoch bereits der Wortlaut des § 2306 Abs. 1 BGB n. F. entgegen. Außerdem sei die Beklagte vor Ablauf der Ausschlagungsfrist in dem ihr übermittelten Merkblatt des Nachlassgerichts ausdrücklich auf die Ausschlagungsmöglichkeit und darauf hingewiesen worden, dass Pflichtteilsrechte unter Umständen auch von der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses abhängig sein könnten. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte durch zwei verschiedene Rechtsanwälte beraten worden sei, wobei sie im Termin vor dem LG am 14.11.2012 eingeräumt habe, dass auch bei der ersten Beratung im April 2012 bereits „von Pflichtteil“ die „Rede“ gewesen sei. Nach alledem habe lediglich ein nicht schützenswerter Rechtsfolgenirrtum vorgelegen. (...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**9 II.** Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**10 1.** Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht das Vorliegen eines rechtlich erheblichen Irrtums der Beklagten.

**11 a)** Der Anfechtungsgrund ergibt sich hier aus § 119 Abs. 1 BGB. Die Sonderregeln der §§ 1954, 1955, 1957 BGB für Frist, Form und Wirkung der Anfechtung ändern oder erweitern die Anfechtungsgründe nicht (Senatsbeschluss vom 5.7.2006, IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210 Rdnr. 19). Ein Inhaltsirrtum im Sinne von § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB kann auch darin gesehen werden, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erzeugt, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger Rechtsirrtum berechtigt nach ständiger Rechtsprechung nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere

als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt. Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum (Senatsbeschluss, a. a. O.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 29.11.1996, BLW 16/96, BGHZ 134, 152, 156).

**12** Nach den revisionsrechtlich bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts lag der Irrtum der Beklagten darin, dass sie fälschlich davon ausging, im Falle einer Ausschlagung keine Teilhabe am Nachlass, insbesondere keinen Pflichtteilsanspruch zu haben. Vielmehr habe sie gedacht, durch die Nichtausschlagung wenigstens das Untervermächtnis von 15.000 € zu erhalten.

**13 b)** Auf dieser Grundlage liegt ein beachtlicher Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB i. V. m. § 2306 Abs. 1 BGB vor. § 2306 Abs. 1 BGB in der – hier anwendbaren (...) – Fassung ab dem 1.1.2010 lautet wie folgt: „Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerde Kenntnis erlangt.“

**14** § 2306 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung hatte demgegenüber folgenden Wortlaut: „Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder die Beschwerde als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerde Kenntnis erlangt.“

**15** Der Senat hat zu § 2306 Abs. 1 BGB a. F. entschieden, die irrige Vorstellung des unter Beschwerden als Erbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Anspruch auf den Pflichtteil nicht zu verlieren, rechtfertige die Anfechtung einer auf dieser Vorstellung beruhenden Annahme einer Erbschaft (Senatsbeschluss vom 5.7.2006, a. a. O., Rdnr. 22). Man könne die unmittelbaren und wesentlichen Rechtsfolgen schon einer ausdrücklich erklärten Annahme der Erbschaft nicht generell darauf beschränken, dass der Erklärende die sich aus der letztwilligen Verfügung ergebende Rechtsstellung des Erben einnehmen wolle. Wenn der zugedachte Erbteil zwar größer als der Pflichtteil sei, dem Erben aber Beschränkungen oder Beschwerden auferlegt seien, gehöre zu den unmittelbaren und wesentlichen Wirkungen der Erklärung einer Annahme der Erbschaft keineswegs nur, dass der Erbe die ihm zugedachte Rechtsstellung einnehme, sondern ebenso, dass er das von § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. eröffnete Wahlrecht verliere, sich für den möglicherweise dem Werte nach günsti-

geren Pflichtteilsanspruch zu entscheiden. Für die Annahme durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist könne nichts anderes gelten, gleich ob die Ausschlagungsfrist bewusst oder unbewusst nicht genutzt worden sei. Der Verlust des Pflichtteilsrechts als Rechtsfolge solchen Verhaltens präge dessen Charakter nicht weniger als das Einrücken in die Rechtsstellung des Erben; beide Folgen seien zwei Seiten derselben Medaille (Senatsbeschluss, a. a. O.).

**16 c)** Mit der Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber die Differenzierung, ob der mit Beschränkungen oder Beschwerden belastete Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt oder nicht, aufgegeben. Nunmehr muss der Erbe, wenn er den Pflichtteil verlangen will, in jedem Fall den Erbteil ausschlagen (vgl. BT-Drucks. 16/8954, S. 20). Unterschiedlich wird die Frage beurteilt, ob die bisherige Rechtsprechung des Senats zur Irrtumsanfechtung zu § 2306 Abs. 1 BGB a. F. auch auf die Neuregelung übertragen werden kann.

**17 aa)** Im Schrifttum wird vielfach angenommen, dass sich durch die Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB inhaltlich keine Änderungen zur bisherigen Rechtslage ergeben haben und der Erbe weiterhin dem beachtlichen Irrtum unterliegen könne, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Anspruch auf den Pflichtteil nicht zu verlieren (so etwa MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl., § 1954 Rdnr. 10; Staudinger/Otte, Neub. 2015, § 2306 Rdnr. 7; Palandt/Weidlich, 75. Aufl., § 1954 Rdnr. 4; FA-Komm-ErbR/Lindner, § 2306 Rdnr. 15; Keim, ZEV 2008, 161, 163; ders., MittBayNot 2010, 85, 87; Herzog/Lindner, ZFE 2010, 219, 222).

**18 bb)** Demgegenüber vertritt ein anderer Teil des Schrifttums die Auffassung, an der bisherigen Rechtsprechung könne nicht festgehalten werden und ein Irrtum über die Annahme und/oder die unterlassene Ausschlagung rechtfertige keine Anfechtung mehr (Damrau/Riedel, Erbrecht, 3. Aufl., § 2306 Rdnr. 46; Lange, DNotZ 2009, 732, 736; zweifelnd an der Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung ferner MünchKomm-BGB/Lange, 6. Aufl., § 2306 Rdnr. 28; Bamberger/Mayer, BGB, 3. Aufl., § 2306 Rdnr. 8; Kroiß/Ann/Meyer/Bock, Erbrecht, 4. Aufl., § 2306 Rdnr. 24; Münchener Anwaltshandbuch/Horn, Erbrecht, § 29 Rdnr. 110; juris PK-BGB/Birkenheier, Bd. 5, § 2306 Rdnr. 104). Der Erbe könne nunmehr dem Gesetzestext hinreichend klar entnehmen, dass er, um den Pflichtteil verlangen zu können, zwingend ausschlagen müsse. Auf die Differenzierung nach der Größe des hinterlassenen Erbteils komme es nicht mehr an. Unterliege der Erbe hierzu einem Irrtum, so handele es sich um einen unbeachtlichen Motiv- oder Rechtsfolgenirrtum.

**19 cc)** Die erstgenannte Auffassung trifft zu. Auch nach der Neuregelung des § 2306 Abs. 1 BGB können sich zur Anfechtung wegen Inhaltsirrtums berechtigende Sachverhaltskonstellationen ergeben, auf die die Grundsätze des Senatsbeschlusses vom 5.7.2006 (IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210) entsprechende Anwendung finden. Der mit Beschränkungen und Beschwerden belastete Erbe – wie hier die Beklagte – wird im Regelfall nicht wissen, dass er die Erbschaft ausschlagen muss, um seinen Pflichtteilsanspruch nicht zu verlieren (Senatsbeschluss, a. a. O., Rdnr. 21 f.; Keim, MittBayNot 2010, 85, 87). Der Regelungsgehalt des § 2306

Abs. 1 BGB steht gerade im Gegensatz zu dem sonstigen Grundsatz, dass die Erbausschlagung zum Verlust jeder Nachlassbeteiligung führt (vgl. § 1953 Abs. 1 und 2 BGB). Vielmehr kommt es in derartigen Fällen – wie auch hier bei der Beklagten – in Betracht, dass ein mit Belastungen und Beschwerden eingesetzter Erbe die Erbschaft nur deshalb nicht ausschlägt, weil er davon ausgeht, ansonsten keinen Pflichtteilsanspruch zu haben.

**20** In diesem Fall spielt es auch keine Rolle, ob der Erbe die Erbschaft ausdrücklich annimmt oder lediglich durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist. Zu einem Irrtum über die Folgen der bewussten oder unbewussten Annahme der Erbschaft kann es nach neuem Recht umso mehr kommen, als der Erbe nunmehr unabhängig von der Größe des hinterlassenen Erbteils die Erbschaft immer ausschlagen muss, um den Pflichtteil verlangen zu können. Nach früherem Recht war eine derartige Ausschlagung nicht erforderlich, wenn die Höhe des hinterlassenen Erbteils die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt.

**21** Jedenfalls ist die Gefahr eines derartigen Irrtums durch die Neuregelung nicht verringert worden. So liegt es auch im Streitfall. Hier ist der Beklagten ein Erbteil von 1/4 hinterlassen, sodass auf diese Konstellation nach bisherigem Recht § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. Anwendung fände, die Beklagte mithin die Erbschaft ausschlagen müsste, um den Pflichtteil zu verlangen. Eine derartige Fallkonstellation lag auch der Senatsentscheidung vom 5.7.2006 zugrunde (IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210 Rdnr. 1, 22). Nach neuem Recht muss die Beklagte nunmehr ohnehin die Erbschaft ausschlagen, um den Pflichtteil verlangen zu können. Inhaltliche Unterschiede haben sich für die Beklagte durch die Gesetzesänderung jedenfalls nicht ergeben. Maßgebend ist wie bisher, dass die Beklagte durch die bewusste oder unbewusste Annahme der Erbschaft das ihr eröffnete Wahlrecht verliert und den möglicherweise günstigeren Pflichtteilsanspruch nicht mehr geltend machen kann. Dieser Verlust des Pflichtteilsrechts als Rechtsfolge solchen Verhaltens ist zwingende Folge des Einrückens in die Erbenstellung durch Annahme der Erbschaft.

**22** Der Gesetzgeber hat zwar durch die Änderung des § 2306 Abs. 1 BGB mit der Aufgabe der Differenzierung nach der Größe des hinterlassenen Erbteils für mehr Rechtsklarheit gesorgt (vgl. BT-Drucks. 16/8954, S. 20). Dies ändert aber – anders als die Revisionserwiderung meint – nichts daran, dass der mit Beschränkungen und Belastungen beschwerte Erbe auch weiterhin eine wirtschaftliche Abwägung dahin treffen muss, ob er den mit Beschränkungen oder Beschwerden belasteten Erbteil annimmt oder diesen ausschlägt und den Pflichtteil verlangt. Um einen bloßen Kalkulationsirrtum handelt es sich hierbei entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht. Da es bei dieser Entscheidung – wie der Senat in seinem Beschluss vom 5.7.2006 ausgeführt hat – um zwei Seiten derselben Medaille geht, ist eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums vielmehr weiterhin möglich, wenn der Erbe – wie hier die Beklagte – irrig davon ausgeht, im Falle einer Ausschlagung keinerlei Teilhabe am Nachlass, insbesondere keinen Pflichtteilsanspruch, mehr zu haben.

**23** 2. Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht demgegenüber an, die unter 1. dargestellte Fragestellung müsse hier

nicht entschieden werden, da die grundlegende Vorschrift des § 119 BGB im Zuge der Gesetzesnovelle nicht geändert worden sei. Letzteres ist zwar richtig, beantwortet aber die Frage nicht, ob der Erbe auch nach der Änderung des § 2306 Abs. 1 BGB einem Inhaltsirrtum im Sinne von § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB unterliegen kann, weil er irrig annimmt, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Anspruch auf den Pflichtteil nicht zu verlieren. Ein derartiger Irrtum kommt – wie oben im Einzelnen gezeigt – auch unter Geltung des neuen Rechts weiterhin in Betracht. Der Wortlaut des § 2306 Abs. 1 BGB n. F. steht der Möglichkeit eines derartigen Irrtums jedenfalls nicht entgegen.

**24 III.** Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

**25 1.** Weder das Nichtvorliegen eines Irrtums noch eine Versäumung der Anfechtungsfrist des § 1954 Abs. 1 BGB können hier ohne weitere Sachverhaltsaufklärung festgestellt werden. Soweit das Berufungsgericht darauf hinweist, die Beklagte sei bereits vor Ablauf der Ausschlagungsfrist in dem ihr übermittelten Merkblatt des Nachlassgerichts ausdrücklich auf die Ausschlagungsmöglichkeit und außerdem darauf hingewiesen worden, dass Pflichtteilsrechte unter Umständen auch von der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses abhängig sein könnten, ist bereits nicht ersichtlich, auf welche tatsächlichen Feststellungen das Berufungsgericht seine Entscheidung stützt (Verstoß gegen § 286 ZPO). Zum genauen Inhalt des Merkblatts hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Darüber hinaus hat die Beklagte vorgetragen, die Formblattbelehrungshinweise im Rahmen der Eröffnung der Erbschaft nicht durchgelesen zu haben. In ihrer Anhörung vom 8.10.2014 hat sie erklärt, sie wisse nicht genau, ob sie die Hinweise des Nachlassgerichts bekommen habe. Auf dieser Grundlage durfte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, dass die Beklagte das Merkblatt des Nachlassgerichts tatsächlich erhalten und zur Kenntnis genommen hat.

**26** Sollte nach den noch zu treffenden Feststellungen eine Anfechtung in Betracht kommen, so beginnt die Anfechtungsfrist gemäß § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB erst mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. Diese Kenntnis setzt ein zuverlässiges Erfahren der in Betracht kommenden Umstände voraus, aufgrund dessen ein Handeln von ihm erwartet werden kann. Ebenso wie ein Irrtum im Tatsachenbereich kann auch eine irrtümliche Beurteilung verhindern, dass der pflichtteilsberechtigten Erbe diejenige Kenntnis erlangt, die ihm eine richtige Abwägung des Für und Wider der zu treffenden Entscheidung, ihrer Tragweite und Auswirkung ermöglicht (BGH, Urteil vom 19.2.1968, III ZR 196/65, WM 1968, 542 unter II. 2). Ob eine Kenntnis früher hätte erlangt werden können und ob diese fehlende Kenntniserlangung verschuldet ist, spielt demgegenüber keine Rolle (BGH, a. a. O.; ferner OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, 447, 448; RGZ 62, 201, 205).

**27 2.** Ebenso wenig kann aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen beurteilt werden, ob die Beklagte auf andere Weise Kenntnis von ihrem durch das Berufungsgericht festgestellten Irrtum, sei es vor Ablauf der Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB, sei es vor Ablauf der sechswöchigen

Anfechtungsfrist des § 1954 Abs. 1 BGB, erlangt hatte. Das Berufungsgericht stellt darauf ab, die Beklagte sei durch zwei verschiedene Rechtsanwälte beraten worden, wobei sie in ihrer Anhörung vor dem LG eingeräumt habe, dass auch bei der ersten Beratung im April 2012 bereits „von Pflichtteil“ die „Rede“ gewesen sei. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts vermögen eine Kenntnis der Beklagten nicht zu vermitteln. Vielmehr hat das Berufungsgericht entscheidungserheblichen Sachvortrag der Beklagten übergangen. Die Beklagte hat in ihrer Anhörung vor dem LG am 14.11.2012 angegeben, bei der ersten Beratung bei einer Anwältin im April 2012 sei von Ausschlagung nicht die Rede gewesen, dagegen „von Pflichtteil“. Die Rechtsanwältin habe ihr gesagt, dass sie die Erbschaft annehmen oder nicht annehmen könne. Auf ihre Frage, was sie machen könne, habe diese erwidert, wenn sie etwas wolle, müsse sie rechtliche Schritte einleiten. Sie müsse dann das Geld einklagen, solle sich einen Rechtsanwalt nehmen und sich beraten lassen. Angesichts dieses unter Beweisantritt gehaltenen Vortrags der Beklagten kann bisher nicht festgestellt werden, dass sie bereits im April 2012 sichere Kenntnis von ihrem Irrtum hatte. Ebenso wenig ist nach den bisher getroffenen Feststellungen ersichtlich, dass die Beklagte die Rechtsanwältin zu diesem Zeitpunkt mit der Erklärung der Irrtumsanfechtung bevollmächtigt hätte und sich daher deren Wissen zurechnen lassen müsste (vgl. Senatsurteil vom 17.2.1965, IV ZR 74/64, MDR 1965, 646; BPatG vom 24.3.2016, 7 W (pat) 31/15, juris Rdnr. 28).

**28** Auch bezüglich der Einschaltung des zweiten Rechtsanwalts hat die Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen, sie habe erst anlässlich eines Telefonats vom 1.6.2012 erfahren, dass ihr im Falle einer Ausschlagung ein Pflichtteilsanspruch zustünde, wodurch erst ihr Irrtum beseitigt worden sei. Es steht daher aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht fest, dass die Beklagte Kenntnis von ihrem Irrtum bereits vor dem 1.6.2012 erlangt hätte. Ob sich ihr der Irrtum zu einem früheren Zeitpunkt aufdrängen musste oder sie an der fehlenden Kenntnis Verschulden traf, ist demgegenüber unerheblich.

**29 IV.** Nach Zurückverweisung wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, ggf. nach ergänzendem Vortrag der Parteien, die erforderlichen Feststellungen dazu zu treffen, ob die Beklagte vor Ablauf der Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB einem Irrtum unterlegen ist, sowie ob sie bereits Kenntnis von ihrem Irrtum vor Ablauf der Anfechtungsfrist des § 1954 Abs. 1 BGB hatte. Darlegungs- und beweispflichtig für den Irrtum ist die Beklagte, für den Verlust des Anfechtungsrechts infolge Fristablaufs derjenige, der sich darauf beruft, hier also der Kläger (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, § 1954 Rdnr. 24). (...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Sebastian Sammet**, Bamberg

Die Beklagte hatte die Frist des § 1944 BGB verstreichen lassen und dadurch die Erbschaft angenommen (§ 1943 BGB). Sie schlug die mit einem Vermächtnis beschwerte und durch Testamentsvollstreckung beschränkte Erbschaft nicht aus, weil sie glaubte, dass ihr nach der Ausschlagung

keinerlei Beteiligung am Nachlass zustünde, also auch nicht der Pflichtteil. Die Versäumung der Ausschlagungsfrist focht sie sodann aber wegen Irrtums über das Wahlrecht des § 2306 BGB an, erklärte die Erbausschlagung und machte den Pflichtteil geltend.<sup>1</sup>

Die vorstehende Entscheidung stellt erstmals zu § 2306 BGB in der seit 1.1.2010 geltenden Fassung klar, dass die vom BGH im Jahr 2006 entwickelten Grundsätze zur Anfechtung wegen eines Irrtums über die Rechtsfolgen des § 2306 BGB weiterhin anwendbar sind (dazu 1.) Der geänderte und nun verhältnismäßig einfach zu verstehende Wortlaut des § 2306 BGB schließt nicht aus, dass der Anfechtungsberechtigten einem Irrtum über die Rechtsfolgen seiner Erklärung erliegt. Der in der Literatur vertretenen Gegenauffassung folgt der BGH zu Recht nicht (dazu 2.). Von Interesse sind zuletzt die Ausführungen des *Senats* zu den erforderlichen Tatsachenfeststellungen, die das OLG im Rahmen der weiteren Sachverhaltsaufklärung anzustellen hat (3.).

### 1. Bestätigung des Beschlusses vom 5.7.2006

Der *Senat* entschied im Jahr 2006,<sup>2</sup> dass ein Inhaltsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB auch darin liegen könne, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Erklärung irre, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die erstrebten, sondern (auch) wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeuge. Treten jedoch nur nicht erkannte oder mittelbare Wirkungen hinzu, handele es sich nicht um einen Irrtum über den Inhalt der Erklärung, sondern um einen unbeachtlichen Motivirrtum.<sup>3</sup>

Bis zu der Entscheidung im Jahr 2006 war fraglich, ob derjenige, der davon ausgeht, bei Ausschlagung der mit Vermächtnissen beschwerten Erbschaft keinen Pflichtteil zu erhalten und der deshalb die Erbschaft annimmt, einem beachtlichen Rechtsirrtum oder einem unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum erliegt. Insbesondere das BayObLG ging davon aus, dass unmittelbare Rechtswirkung der Annahmeerklärung<sup>4</sup> nur sei, dass der Erklärende Erbe werde. Der Verlust des Wahlrechts bzw. der Möglichkeit der Ausschlagung nach § 2306 BGB sei nur eine mittelbare Rechtsfolge, wo-

mit es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum handele.<sup>5</sup> Zum gleichen Ergebnis wird man gelangen, wenn man der von *Armbrüster* vertretenen Auffassung folgt, wonach ein beachtlicher Rechtsfolgenirrtum nur anzunehmen ist, wenn die Rechtsfolge Bestandteil der Erklärung selbst ist, also mit erklärt wird.<sup>6</sup>

Der BGH entschied 2006 anders und begründete die Entscheidung damit, dass der Verlust des Pflichtteilsrechts die Annahme der Erbschaft genauso präge wie das Einrücken in die Erbenstellung.<sup>7</sup> Beide Rechtsfolgen „sind zwei Seiten derselben Medaille“. Der pflichtteilsberechtigten Erbe hat eine Entscheidung zu treffen, ob er die beschwerte oder beschränkte Erbschaft annimmt oder den Pflichtteil geltend macht. Wertungsmäßig spricht für dieses Ergebnis, dass § 2306 BGB dem Schutz des pflichtteilsberechtigten dient und dieser das Wahlrecht nur sinnvoll ausüben kann, wenn er sich der Folgen von dessen Ausübung bewusst ist.<sup>8</sup>

### 2. Anfechtung auch nicht aufgrund des Wortlauts von § 2306 BGB n. F. ausgeschlossen

Nach der Reform des § 2306 BGB behaupteten Stimmen in der Literatur, dass aufgrund des nun einfach zu verstehenden Wortlauts ein Irrtum darüber, dass der mit Beschränkungen oder Beschwerden belastete Erbe die Erbschaft ausschlagen müsse, um den Pflichtteil erhalten zu können, ausgeschlossen sei.<sup>9</sup> Dieser Ansicht folgt der BGH nicht.<sup>10</sup> Der *Senat* verweist zunächst darauf, dass die Möglichkeit der Ausschlagung nach § 2306 BGB gerade die Ausnahme zu dem Grundsatz darstelle, dass die Ausschlagung zum Verlust jeder Nachlassbeteiligung führt.<sup>11</sup> Die Situation des pflichtteilsberechtigten habe sich durch die Gesetzesänderung nicht geändert, weil er nach wie vor eine Entscheidung treffen müsse, welche Art der Beteiligung am Nachlass (Erbenstellung oder Pflichtteil) erwünscht.

1 Zu der Kontroverse, wie Ausschlagungserklärung bzw. die Anfechtung der Annahme im Rahmen des § 2306 BGB zu formulieren sind, musste der *Senat* nicht Stellung beziehen, siehe dazu einerseits *de Leve*, ZEV 2010, 184, 185, und ZEV 2010, 557; andererseits etwa *Röhl*, MittBayNot 2016, 52, 57; *Sachs*, ZEV 2010, 557; die Praxis kann sich an der im Sachverhalt dargestellten Formulierung orientieren, da der BGH diese nicht beanstandete.

2 BGH, Beschluss vom 5.7.2006, IV ZB 39/05, ZEV 2006, 498 m. Anm. *Leipold* = DNotZ 2006, 926.

3 Wohl allgemeine Auffassung, vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.9.2000, 3 Wx 229/00, RNotZ 2001, 283 f.; BayObLG, Beschluss vom 24.6.1983, BReg. 1 Z 124/82, BayObLGZ 1983, 153, 162; im Ergebnis auch BAG, Urteil vom 24.4.2014, 8 AZR 429/12, NJW 2014, 3741; *Muscheler*, Erbrecht, 2010, Rdnr. 3042; *Staudinger/Singer*, Neub. 2017, § 119 BGB Rdnr. 67 mit zahlreichen Nachweisen; kritisch MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl. 2015, § 119 Rdnr. 80 ff.

4 Als gesichert kann mittlerweile gelten, dass es nicht darauf ankommt, ob die Annahme ausdrücklich erklärt oder nach § 1943 Hs. 2 BGB fingiert wird.

5 BayObLG, Beschluss vom 16.3.1995, 1 Z BR 82/94, BayObLGZ 1995, 120, 127; BayObLG, Beschluss vom 28.4.1998, 1 Z BR 26/98, MittBayNot 1999, 193; vgl. auch die Nachweise bei BGH, Beschluss vom 5.7.2006, IV ZB 39/06, ZEV 2006, 498, etwa *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 8 VII. 2. d); *Musielak*, ZEV 2016, 353, 356.

6 MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, § 119 Rdnr. 81.

7 Ebenso die Vorinstanz OLG Hamm, Beschluss vom 20.9.2005, 15 W 188/05, ZEV 2006, 168 m. zust. Anm. *Haas/Jeske*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.9.2000, 3 Wx 229/00, RNotZ 2001, 283; *Keim*, ZEV 2003, 358, 360; *Muscheler*, Erbrecht, Rdnr. 3042 und 3045 f.; *Staudinger/Singer*, § 119 BGB Rdnr. 72; wohl ebenso *Palandt/Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 1954 Rdnr. 4.

8 *Leipold*, ZEV 2006, 501; BeckOK-BGB/*J. Mayer*, Stand 1.2.2009, § 2306 Rdnr. 20.

9 *Bonefeld/Lange/Tanck*, ZErB 2007, 292; *Lange*, DNotZ 2009, 732, 736; MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2306 Rdnr. 28; so auch die Vorinstanz OLG Stuttgart, Urteil vom 16.7.2015, 19 U 18/15, BeckRS 2016, 12948.

10 Ebenso *Keim*, MittBayNot 2010, 85, 87; *Leipold*, Erbrecht, 21. Aufl. 2016, Rdnr. 614; *Staudinger/Otte*, Neub. 2017, § 1954 BGB Rdnr. 9.

11 Vgl. auch *J. Mayer* in *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2007, D Rdnr. 10; *Muscheler*, Erbrecht, Rdnr. 3023; *Palandt/Weidlich*, § 2306 Rdnr. 5.

Vor allem aber spricht für das Ergebnis des BGH, dass es bei der Anfechtung auf Tatbestandsseite nicht darauf ankommt, ob der Irrtum vom Anfechtenden verschuldet ist.<sup>12</sup> Der gegebenenfalls Anfechtungsberechtigte ist weder gezwungen, das Formblatt mit Hinweisen des Nachlassgerichts zu lesen, noch rechtlichen Rat einzuholen, um sich vor einem Irrtum zu schützen, noch muss er eingeholtem Rechtsrat Glauben schenken.<sup>13</sup> Der Schutz des Geschäftsgegners wird auf Rechtsfolgenseite grundsätzlich über § 122 BGB erreicht. Dieser spielt bei § 2306 BGB aber keine Rolle, weil es an einem Geschäftsgegner fehlt, der auf die Gültigkeit der Erklärung hätte vertrauen dürfen. Materiellrechtlich konnte die Vereinfachung der Formulierung von § 2306 BGB daher nicht zu einer Änderung der Rechtsprechung führen.

*Lange* kritisiert die Entscheidung, weil eine Abgrenzung zwischen beachtlichem Rechtsfolgenirrtum und einem unbeachtlichen Kalkulationsirrtum kaum noch zu treffen sei.<sup>14</sup> In der Tat führt der BGH aus, dass der beschränkte oder beschwerte Erbe eine „wirtschaftliche Abwägung“ treffen müsse, ob er die Erbschaft annimmt oder ausschlägt. Zuzugeben ist auch, dass der Grund für die Anfechtung stets darin liegen wird, dass der Anfechtende sich wirtschaftlich durch die Anfechtung der Annahme und Geltendmachung des Pflichtteils besser stellen will, als er bei Einnahme der Erbenstellung stünde.<sup>15</sup> Die Kritik verfängt aber nicht. Der Irrtum über die Existenz des Wahlrechts ist der Frage, warum dieses wie ausgeübt wird, vorgelagert und hat zunächst nichts mit einer wirtschaftlichen Abwägung zu tun. Irrt der Anfechtende hingegen darüber, wie er in wirtschaftlich günstigster Weise das Wahlrecht ausüben soll, kommt nur eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB in Betracht, wenn er sich etwa über die Beschränkungen oder Beschwerden im Irrtum befindet. Dies ist jedoch ein anders gelagerter Fall.<sup>16</sup>

Die Ausführungen des Senats könnten allenfalls Anlass zu der Überlegung bieten, ob nicht auch die Anfechtung wegen eines Irrtums über den Wert des belasteten Erbteils bzw. des Pflichtteils möglich sein müsste. Dies wird bisher allgemein verneint.<sup>17</sup> Möglicherweise ließe sich diese Anfechtungsmöglichkeit aber dadurch begründen, dass § 2306 BGB dem Pflichtteilsberechtigten gerade eine verfassungsrechtlich gebotene Mindestbeteiligung am Nachlass sichern soll und die Anerkennung eines solchen Anfechtungsrechts

daher wertungsmäßig geboten sein könnte. Methodisch einzuordnen wäre ein solches Anfechtungsrecht dann als beachtlicher Kalkulationsirrtum. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass dadurch eine Anfechtung nahezu beliebig möglich wäre, was der vom Gesetzgeber angestrebten Rechtsklarheit und Rechtssicherheit entgegenstünde.<sup>18</sup>

### 3. Beweis des Irrtums und des Verstreichens der Anfechtungsfrist

a) Der Anfechtende hat das Vorliegen eines Irrtums zu beweisen. Der *Senat* weist zunächst darauf hin, dass das OLG Feststellungen zu treffen haben wird, welchen Inhalt das Formblatt mit Hinweisen des AG enthielt. Er deutet allerdings sogleich an, dass der Einwand der Anfechtenden beachtlich ist, dass sie nicht genau wisse, ob sie dieses Merkblatt überhaupt bekommen und/oder gelesen habe.

b) Zum Beginn der Anfechtungsfrist führt der Senat aus, dass die Frist des § 1954 Abs. 1 Satz 1 BGB erst zu laufen beginne, wenn der Anfechtende Kenntnis vom Anfechtungsgrund erlangt. Bei dem hier in Frage stehenden Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung sei das der Fall, wenn dem Anfechtenden „eine richtige Abwägung des Für und Wider der zu treffenden Entscheidung, ihrer Tragweite und Auswirkung“ möglich ist. Das ist der Fall, wenn der Anfechtende über das Wahlrecht des § 2306 BGB im Bilde ist. Der BGH darf an dieser Stelle nicht missverstanden werden: Beachtlich ist nur das Wissen um die Rechtsfolgen des Wahlrechts (zwei Seiten der Medaille), nicht die wirtschaftliche Kalkulation. Ob die Kenntnis früher erlangt hätte werden können und ob dies verschuldet oder unverschuldet nicht der Fall war, spielt keine Rolle. Beweispflichtig ist derjenige, der sich auf den Verlust des Anfechtungsrechts in Folge des Fristablaufs beruft.

c) Diese Ausführungen des Senats setzen die unter 1. und 2. geschilderten Gedanken konsequent fort. Materiellrechtlich wird die Anfechtung im Rahmen des § 2306 BGB in den meisten Fällen weder am Anfechtungsgrund noch am Ablauf der Anfechtungsfrist scheitern. Berücksichtigt man die Rechtsprechung des BVerfG<sup>19</sup> zum Stellenwert des Pflichtteilsrechts, ist diese Linie auch zu begrüßen. Allerdings müssen die Tatsacheninstanzen bei der Feststellung, ob ein beachtlicher Irrtum vorliegt, sorgfältig prüfen. So sehr der tatsächlich sich irrende Pflichtteilsberechtigte den Schutz des § 119 Abs. 1 BGB verdient, so sehr muss im Hinblick auf die notwendige Rechtssicherheit verhindert werden, dass die Ausübung des Wahlrechts des § 2306 BGB beliebig „korrigiert“ werden kann.

<sup>12</sup> So auch *Löhnig*, JA 2016, 703.

<sup>13</sup> Freilich ist der Anfechtende beweispflichtig für das Vorliegen eines Irrtums; ein Beweis, der mit zunehmender Aufklärung schwieriger zu führen sein wird; a. A. offenbar *Lange*, ZEV 2016, 574, 578.

<sup>14</sup> ZEV 2015, 574, 578; ähnlich *de Leve*, ZEV 2010, 184, 186.

<sup>15</sup> Nimmt der Pflichtteilsberechtigte die beschränkte oder belastete Erbschaft aus emotionalen Gründen an, scheidet eine Anfechtung aufgrund eines Rechtsfolgenirrtums stets aus, weil das Wahlrecht dann keine Rolle spielen konnte.

<sup>16</sup> Zum Irrtum nach § 119 Abs. 2 BGB siehe etwa *Staudinger/Otte*, § 1954 BGB Rdnr. 13; die Anfechtung nach § 2308 BGB kommt nur bei Kenntnis des Wahlrechts des § 2306 BGB in Betracht, auch dies ist ein anderer Fall.

<sup>17</sup> Etwa *Leipold*, Erbrecht, Rdnr. 616; *Palandt/Weidlich*, § 1954 Rdnr. 6.

<sup>18</sup> Vgl. RegE eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, BT-Drucks. 16/8954, S. 20.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00, und 1 BvR 188/03, MittBayNot 2006, 512.

## 16. Beginn der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei Wohnrecht

BGH, Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 474/15 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 30.9.2015, 17 U 1338/15)

BGB § 2325 Abs. 3

### LEITSÄTZE:

1. **Behält sich der Erblasser bei der Schenkung eines Grundstücks ein Wohnrecht an diesem oder Teilen daran vor, so kann hierdurch in Ausnahmefällen (hier verneint) der Beginn des Fristlaufs gemäß § 2325 Abs. 3 BGB gehindert sein (Fortführung des Senatsurteils vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395).**
2. **Für den Fristbeginn gemäß § 2325 Abs. 3 BGB ist auf den Eintritt des Leistungserfolges abzustellen, bei Grundstücken also auf die Umschreibung im Grundbuch (Senatsurteil vom 2.12.1987, IVa ZR 149/86, BGHZ 102, 289, 292). (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 Der Kläger macht gegen die Beklagte Pflichtteilergänzungsansprüche nach seinem 2012 verstorbenen Vater (im Folgenden: Erblasser) geltend. Die Beklagte ist seine Mutter sowie die Ehefrau des Erblassers und dessen testamentarische Alleinerbin. Mit Vertrag 1993 übertrugen der Erblasser und die Beklagte ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück auf ihren zweiten Sohn, den Bruder des Klägers. Hierbei behielten sie sich als Gesamtberechtigte ein Wohnrecht an den Räumlichkeiten im Erdgeschoss vor, das auch die Mitbenutzung des Gartens, der Nebenräume sowie aller Leitungen und Anlagen zur Versorgung des Anwesens mit Wasser, Wärme, Energie und Entsorgung umfasste. Ferner wurde vereinbart, dass die Eltern die Garage weiterhin unentgeltlich nutzen konnten und der übernehmende Sohn das Grundstück zu ihren Lebzeiten weder veräußern noch darauf ohne ihre Zustimmung Um- oder Ausbaumaßnahmen vornehmen durfte. Auf die Absicherung der Veräußerungsbeschränkung in Form einer Rückkaufassungsvermerkung wurde ausdrücklich verzichtet. Schließlich gestatteten die Eltern dem Übernehmer, Grundpfandrechte bis zur Höhe von 200.000 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen für beliebige Gläubiger zur Eintragung im Rang vor dem Wohnrecht zu bewilligen. Die Grundbucheintragung erfolgte 1994.

2 Der Kläger hält die Grundstücksübertragung für eine bei der Berechnung seines Pflichtteilsanspruchs zu berücksichtigende Schenkung. Er begehrt (...) die Verurteilung der Beklagten, den Wert des Hausgrundstücks zu den Stichtagen 1994 (Grundbucheintragung) und 2012 (Tod des Erblassers) durch Vorlage eines Sachverständigengutachtens ermitteln zu lassen, sowie festzustellen, dass der Miteigentumsanteil des Erblassers an diesem Hausgrundstück der Pflichtteilergänzung nach ihm unterliegt.

(...)

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe kein Pflichtteilergänzungsanspruch wegen der Grundstücksschenkung aus dem Jahr 1993 zu, da die 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB im Zeitpunkt des Erbfalls abgelaufen gewesen sei. Die Auffassung des Klägers, die Eltern hätten das Grundeigentum nur als „leere Hülle“ übertragen und weiterhin die „volle Herrschaft“ über das Anwesen behalten, sei überzogen und rechtlich nicht ausschlaggebend. Die Eltern hätten sich bei der Eigentumsübertragung zwar Rechte vorbehalten, dies aber nicht in einem Ausmaß, dass für sie mit der Übertragung keine spürbare

Veränderung verbunden gewesen sei. Sie hätten nur ein räumlich eingeschränktes Wohnrecht an dem Grundstück behalten. Unbeachtlich sei, dass sie das Grundstück nach der Übergabe im Wesentlichen in dem Umfang wie zuvor genutzt hätten. Dies ändere nichts daran, dass sie über das Hausgrundstück nicht nur rechtlich nicht mehr hätten verfügen, sondern es auch nicht so hätten nutzen können, wie sie es für richtig hielten.

6 Der Gesetzgeber habe sich bei den Beratungen zur Ausschlussfrist des § 2325 Abs. 3 BGB ausdrücklich dagegen entschieden, den Fristbeginn bei Nutzungsvorbehalten zu verlegen. Diese Lösung vermeide Abgrenzungsschwierigkeiten und Sorge für Rechtsklarheit sowie Rechtssicherheit. Zwar habe sich die Rechtsprechung – auch des BGH – von diesen Vorgaben distanziert und eine gegenläufige Linie eingeschlagen. Auch wenn man dem folge, ändere das im Ergebnis aber nichts. Die Verschiebung des Fristbeginns müsse jedenfalls auf Sachlagen beschränkt bleiben, die der Schenkung an den Ehegatten vergleichbar seien. So liege der Fall hier nicht. Im Hinblick auf den beschränkten Umfang des den Eltern eingeräumten Wohnrechts, den im Übergabevertrag vorgesehenen Ausschluss seiner Überlassung an Dritte und der dem Übernehmer eingeräumten Möglichkeit, die Immobilie (...) im Rang vor dem Wohnrecht zu belasten, hätten sich der Erblasser und die Beklagte des „Genusses“ des Hausanwesens in nicht unwesentlichem Umfang entäußert.

### AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

8 1. Gemäß § 2325 Abs. 1 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte, wenn der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Nach § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB (...) wird die Schenkung innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger, berücksichtigt. Für den Fristbeginn ist auf den Eintritt des Leistungserfolges abzustellen, bei Grundstücken also auf die Umschreibung im Grundbuch (Senatsurteil vom 2.12.1987, IVa ZR 149/86, BGHZ 102, 289, 292). Dies war hier 1994.

9 Allerdings hat der Senat in seinem Grundsatzurteil vom 27.4.1994 entschieden, dass eine Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung erst dann vorliegt, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltener dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen (IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395, 398 f.). Der Gesetzgeber habe von dem fiktiven Nachlass, aus dem der Pflichtteilergänzungsanspruch berechnet werde, nur solche Schenkungen ausnehmen wollen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich einzugewöhnen hatte. Darin habe der Gesetzgeber eine gewisse Sicherheit vor „böslischen“ Schenkungen gesehen (Senat, a. a. O., 397 f.). Deshalb gelte eine Schenkung nicht als geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren müsse (vgl. auch Senatsurteil vom 17.9.1986, IVa ZR 13/85, BGHZ 98, 226, 232). Wird bei einer Schenkung daher – wie im seinerzeit vom Senat zu beurteilenden Fall – der Nießbrauch uneingeschränkt vorbehalten, ist der „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes nicht aufgegeben worden.

**10** An dieser Rechtsprechung ist – entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung und unter Berücksichtigung der Kritik des Berufungsgerichts – auch nach der Neufassung des § 2325 Abs. 3 BGB zum 1.1.2010 festzuhalten. Aus der Gesetzgebungsgeschichte lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Pro-rata-Regelung zugleich inhaltliche Änderungen an der seit langem bekannten und gefestigten Rechtsprechung des Senats vornehmen wollte. So heißt es in BT-Drucks. 16/8954, S. 21:

„Die Pflichtteilergänzung dient dem Schutz des Berechtigten vor benachteiligenden Schenkungen des Erblassers. Um Streit über die Benachteiligungsabsicht zu vermeiden, hat der historische Gesetzgeber generalisiert: Nach zehn Jahren ist keine Benachteiligungsabsicht mehr gegeben. Dieser treffende Grundgedanke bleibt erhalten: Je länger die Schenkung zurückliegt, desto weniger ist von einer (möglicherweise unlauteren) Benachteiligungsabsicht des Erblassers auszugehen. Der Zeitablauf seit der Schenkung soll daher künftig zur Abmilderung der ‚Alles-oder-nichts‘-Lösung in Ansatz gebracht werden. Die Frist zur Berücksichtigung der Schenkung wird flexibler gestaltet und eine sog. Pro-rata-Lösung eingeführt (...).“

**11** Eine derartige Benachteiligungsabsicht des Erblassers kann sowohl nach bisherigem als auch nach neuem Recht dann eintreten, wenn der Eigentümer zwar seine Rechtsstellung formal aufgibt, wirtschaftlich aber weiterhin im „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes bleibt.

**12** 2. Diese Rechtsprechung legt im Ergebnis auch das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde. Soweit es annimmt, die 10-Jahres-Frist habe trotz des dem Erblasser eingeräumten Wohnrechts mit der Grundstücksübertragung zu laufen begonnen, ist das revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

**13** a) Die Frage, ob und inwieweit auch vorbehaltene Wohnrechte an dem übertragenen Grundstück einem Fristbeginn im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB entgegenstehen können, ist im Anschluss an die Rechtsprechung des Senats in der Instanzrechtsprechung unterschiedlich beurteilt worden. Diese geht überwiegend davon aus, dass eine Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB und damit ein Fristbeginn mit der Eigentumsumschreibung im Grundbuch vorliegt, wenn sich der Erblasser ein Wohnrecht lediglich an einem Teil des Hausgrundstücks vorbehält (OLG Karlsruhe, ZEV 2008, 244, 245; OLG Oldenburg, ZEV 2006, 80; OLG Bremen, OLGR 2005, 233 f.; OLG Celle, OLGR 2003, 370, 371; OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1114; LG Rottweil, ZErB 2012, 310, 311). Das soll jedenfalls dann gelten, wenn sich der Erblasser im Übergabevertrag nicht noch zusätzlich das Recht vorbehalten hat, das Grundstück bei Pflichtverstößen des Begünstigten zurückfordern zu können (OLG Celle, a. a. O.; *Herrler*, ZEV 2008, 461, 462 f.). Nur vereinzelt hat die Rechtsprechung bei vorbehaltenen Wohnrechten bisher die Frist nicht mit der Eigentumsumschreibung beginnen lassen. Dies hat das OLG München etwa für den Fall angenommen, dass sich das Wohnrecht auf das gesamte Haus bezieht (ZEV 2008, 480 f.; hierzu kritisch *Herrler*, ZEV 2008, 461, 464; vgl. ferner OLG Zwei-

brücken, ErbR 2016, 379, 380 m. Anm. *Görtz*). Das OLG Düsseldorf ist ferner davon ausgegangen, es liege keine Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB vor, wenn dem Erblasser weiterhin wesentlicher Einfluss auf die Verwendung des Hausgrundstücks eingeräumt werde (FamRZ 1999, 1546 Rdnr. 10).

**14** b) Ob auch ein vorbehaltenes Wohnungsrecht wie ein Nießbrauch den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB hindern kann, lässt sich nicht abstrakt beantworten. Zwar unterscheiden sich Nießbrauch und Wohnungsrecht voneinander. So ist der Nießbraucher insbesondere berechtigt, die Nutzungen der Sache zu ziehen (§ 1030 Abs. 1 BGB). Bei einem Wohnhausgrundstück kommt namentlich dessen Vermietung in Betracht. Ferner kann der Nießbrauch zwar nicht übertragen, wohl aber seine Ausübung einem anderen überlassen werden (§ 1059 BGB). Demgegenüber stellt das Wohnungsrecht lediglich eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1093 Abs. 1 BGB dar, durch die der Berechtigte das Recht erhält, ein Gebäude oder einen Teil desselben unter Ausschluss des Eigentümers als Wohnung zu nutzen. Die Ausübung dieser Dienstbarkeit kann einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB).

**15** Dies bedeutet aber nicht, dass nicht auch – in Ausnahmefällen – bei der Einräumung eines Wohnungsrechts der Beginn des Fristablaufs gemäß § 2325 Abs. 3 BGB gehindert sein könnte. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles, anhand derer beurteilt werden muss, ob der Erblasser den verschenkten Gegenstand auch nach Vertragsschluss noch im Wesentlichen weiterhin nutzen konnte. Die entscheidenden Grundsätze hat der Senat in seinem Urteil vom 27.4.1994 (IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395) aufgestellt. Hiernach gilt eine Schenkung nicht als im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss (Senat, BGHZ 125, 395, 398). Eine Leistung liegt vielmehr nur vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen (Senat, BGHZ 125, 395, 398 f.).

**16** c) Auf dieser Grundlage ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht hier von einem Fristbeginn bereits mit der Eintragung im Grundbuch 1994 ausgegangen ist, sodass die 10-Jahres-Frist im Zeitpunkt des Erbfalls 2012 abgelaufen war. Rechtsfehlerfrei stellt das Berufungsgericht zunächst darauf ab, dass der Erblasser und seine Ehefrau sich ein Wohnungsrecht nicht an dem aus drei Etagen (Erd-, Ober- und Dachgeschoss) bestehenden gesamten Haus vorbehalten, sondern dieses ausweislich des notariellen Vertrages lediglich die Räumlichkeiten im Erdgeschoss, die Mitbenutzung des Gartens, der Nebenräume sowie alle Leitungen und Anlagen zur Versorgung des Anwesens einschließlich der Nutzung der Garage umfasste. Besteht das im Wohnungsrecht verankerte Ausschließungsrecht nur an Teilen der übergebenen Immobilie, so ist der Erblasser – anders als beim Vorbehalt des Nießbrauchs – mit Vollzug des Übergabevertrages nicht mehr als „Herr im Haus“ anzusehen (vgl. OLG Karlsruhe, ZEV 2008, 244, 245; *Herrler*, ZEV 2008, 461, 463).

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Eltern zusammen mit dem Übernehmer noch das Bad im Obergeschoss sowie nach dem Vortrag des Klägers zwei Zimmer im Obergeschoss nutzten. Es ist bereits nicht ersichtlich und vom Kläger nicht hinreichend vorgetragen, dass es sich hier um eine ausdrücklich vereinbarte und schuldrechtlich verbindliche Gestattung im Sinne der Rechtsprechung des Senats handelte (vgl. Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395, 398 f.) und nicht nur um eine – rechtlich unerhebliche – rein faktische Nutzung der Räumlichkeiten, auf die es wegen der damit verbundenen Missbrauchsgefahren nicht ankommen kann. Entscheidend ist zudem, dass den Eltern jedenfalls kein weitgehend alleiniges Nutzungsrecht unter Ausschluss des übernehmenden Sohnes an dem Grundstück mehr zustand.

**17** Ihr Hausgrundstück konnten die Eltern nicht mehr in der bisherigen Art und Weise nutzen. Die ihnen vertraglich eingeräumte Dienstbarkeit hätten sie nur dann einem anderen überlassen können, wenn die Überlassung gestattet worden wäre (vgl. § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ein derartiges Überlassungsrecht war den Eltern hier nicht vorbehalten worden (vgl. zu diesem Gesichtspunkt der Nutzungsmöglichkeit des Wohnungsrechts durch Übertragung an Dritte etwa OLG Karlsruhe, ZEV 2008, 244, 245; OLG Celle, OLGR 2003, 370, 371; Herrler, ZEV 2008, 461, 463). Ob sie – wie die Revision ausführt – zu keinem Zeitpunkt an einen Auszug aus dem Haus dachten und für sie daher eine anderweitige wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit keine Rolle spielte, ist demgegenüber unerheblich. Durch den Verlust der Eigentümerstellung, das nur an Teilen des Grundstücks bestehende Wohnungsrecht sowie die fehlende Übertragbarkeit auf Dritte ist die rechtliche Stellung des Erblassers einschließlich der wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Grundstücks jedenfalls deutlich eingeschränkt worden (vgl. OLG Celle, a. a. O.).

**18** Ohne Erfolg macht die Revision ferner geltend, der Übernehmer habe keine Möglichkeit gehabt, die nicht dem Wohnrecht der Eltern unterliegenden Räumlichkeiten oder Teile davon separat zu nutzen bzw. zu vermieten. Hierbei kann offen bleiben, ob – wie das LG angenommen hat – eine separate Nutzungsmöglichkeit aller drei Etagen des Hauses bestand. Jedenfalls beschränkte sich die Nutzungsmöglichkeit von vornherein nicht auf die Vermietung an fremde Personen. Der Übernehmer hatte nunmehr die – von ihm auch tatsächlich wahrgenommene – Möglichkeit, die Räumlichkeiten in den beiden Obergeschossen für sich als Wohnung zu nutzen, ohne dass der Erblasser und die Beklagte ihn daran hätten hindern können.

**19** In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise stellt das Berufungsgericht, ohne dass es hierauf entscheidend ankommt, schließlich auf den Umstand ab, dass dem Erwerber im Rang vor dem Wohnungsrecht der Eltern die vertragliche Möglichkeit eingeräumt wurde, Grundpfandrechte bis zur Höhe von 200.000 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen für beliebige Gläubiger zu bewilligen. Es bestand daher die Gefahr eines Ausfalls mit dem Wohnungsrecht bei einer Vollstreckung aus dem im Rang vorgehenden Grundpfandrecht (vgl. zu diesem Gesichtspunkt OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1114). Der Umstand, dass der Übernehmer ohne Zustimmung der Eltern

keine Um- oder Ausbaumaßnahmen vornehmen durfte, ändert an der rechtlich und wirtschaftlich schwächeren Stellung der Eltern nach Übertragung des Eigentums an dem Grundstück und Vorbehalt eines nur einen Teil des Grundstücks umfassenden Wohnungsrechts nichts.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Dipl.-Psych. **Michael Bernauer**, LL.M., Hof

Mit seiner Entscheidung vom 29.6.2016 hat der BGH eine Schneise in das Dickicht der Pflichtteilergänzungsdogmatik geschlagen und damit ein gutes Stück Sicherheit für die Kautelarpraxis geschaffen. Erfreulicherweise steht die Entscheidung im Einklang mit der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre. Demnach ist nun höchstrichterlich bestätigt, dass der Lauf der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB beim Vorbehalt eines räumlich beschränkten Wohnungsrechts im Rahmen einer Grundstücksschenkung im Regelfall nicht gehemmt ist. Freilich sind stets die Umstände des Einzelfalls in den Blick zu nehmen.

Gegenstand der Entscheidung war ein für die notarielle Praxis nicht ungewöhnlicher Fall: Die Eltern hatten im Jahr 1993 einem der beiden Söhne das Wohnhausgrundstück übertragen und sich dabei das Wohnungsrecht an der Erdgeschosswohnung sowie das Mitbenutzungsrecht am Garten sowie an den Nebenräumen vorbehalten. Des Weiteren war vereinbart, dass der Erwerber das Anwesen ohne Zustimmung der Eltern weder veräußern noch baulich verändern dürfe, wobei insoweit keine Absicherung im Grundbuch erfolgte. Schließlich war dem Erwerber gestattet worden, Grundpfandrechte bis zum Betrag von 200.000 DM samt Nebenleistungen im Rang vor dem Wohnungsrecht zur Eintragung zu bringen. Der Bruder des Erwerbers machte nach dem Ableben des Vaters im Jahr 2012 Auskunftsansprüche mit dem Ziel geltend, Pflichtteilergänzungsansprüche im Hinblick auf die Grundstücksübertragung aus dem Jahr 1993 durchzusetzen. Mit diesem Klagebegehren unterlag er in allen drei Instanzen.

Der IV. Senat bekräftigt zunächst, dass sein Grundsatzurteil vom 27.4.1994<sup>1</sup>, demzufolge die 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB nicht anläuft, wenn der Genuss des verschenkten Gegenstands nicht aufgegeben wird, auch nach der Neufassung dieser Vorschrift Geltung beansprucht. Danach ist eine Schenkung nicht „geleistet“, wenn der Schenker sich den Nießbrauch am gesamten Gegenstand vorbehält. Der BGH stellt nun klar, dass der Fristlauf – in Ausnahmefällen – auch beim Vorbehalt eines Wohnungsrechts gehindert sein kann, obwohl das Wohnungsrecht lediglich eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist, bei der die Überlassung der Ausübung nur bei ausdrücklicher Gestattung zulässig ist (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB). In casu wird eine solche Hinderung des Fristlaufs jedoch verneint. Entscheidend wird zur Begründung darauf abgestellt, dass sich das unter Ausschluss des Eigentümers vorbehaltene Wohnungsrecht nur auf die Erdgeschosswohnung und

<sup>1</sup> IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395.

damit auf eine von drei Etagen bezieht. Der Schenker habe damit seine Position als „Herr im Haus“ aufgegeben.

Der BGH stellt damit wesentlich darauf ab, dass und in welchem Umfang der Schenker Einbußen seiner Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Immobilie hinnimmt. Allenfalls untergeordnete Bedeutung hat demgegenüber, in welchem Umfang der Beschenkte Handlungsmöglichkeiten durch die Schenkung gewinnt. Sowohl den dem Erwerber auferlegten Beschränkungen (Verbot der Veräußerung und baulichen Veränderung ohne Zustimmung des Schenkers) als auch der ihm eingeräumten Befugnis zur Bestellung von Grundpfandrechten im Rang vor dem Wohnungsrecht misst der Senat kein entscheidendes Gewicht bei.

Mit seiner Entscheidung bestätigt der BGH die bereits bislang von Literatur und Obergerichten für maßgeblich erachteten Leitlinien für den Lauf der 10-Jahres-Frist nach § 2325 Abs. 3 BGB. Danach ist ein an einem Teil einer verschenkten Immobilie vorbehaltenes Wohnungsrecht für den Fristlauf, auch in Kombination mit einer Veräußerungsbeschränkung, in der Regel unschädlich. Der Fristlauf dürfte demgegenüber bei umfassenden Wohnungsrechten an der gesamten Immobilie regelmäßig gehindert sein, auch wenn die Überlassung der Ausübung des Wohnungsrechts an Dritte nicht gestattet ist.<sup>2</sup> Freilich lassen sich stets Sonderfälle konstruieren, die eine andere Beurteilung rechtfertigen, etwa dass der aus der Immobilie ausgezogene Schenker sich das Wohnungsrecht an der gesamten Immobilie nur für den (ex ante objektiv) unwahrscheinlichen Fall vorbehält, dass er die Immobilie wieder beziehen möchte, in der Zwischenzeit aber trotz des vorbehaltenen Wohnungsrechts mit einer anderweitigen Nutzung durch den Beschenkten einverstanden ist.

Bemerkenswert ist, dass der amtliche Leitsatz gerade den Ausnahmefall betont, wonach der Fristlauf beim Vorbehalt eines Wohnungsrechts gehindert werden kann, und nicht etwa den konkret entschiedenen Regelfall, dass der Fristlauf nicht gehindert wird. Die Entscheidung kann daher auch als Warnung an den rechtlichen Berater verstanden werden, den Bogen beim Vorbehalt von Wohnungsrechten nicht zu überspannen. Diesbezüglich sei insbesondere davor gewarnt, das Wohnungsrecht nur auf einen Teil der Immobilie zu beschränken, um den Fristlauf in Gang zu setzen, im Übrigen aber auf eine schuldrechtliche Nutzungsabrede zu vertrauen. Soll eine solche Nutzungsabrede rechtsverbindlich sein, muss sie im Hinblick auf § 311b BGB selbstredend in der Urkunde niedergelegt sein und hindert damit den Fristlauf in gleicher Weise wie ein dinglich gesichertes Wohnungsrecht. Treffen die Beteiligten eine solche Abrede, legen sie diese aber – möglicherweise gerade im Hinblick auf mögliche Pflichtteilsergänzungsansprüche – nicht offen, werden sie sich wohl kaum dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber auf deren Formunwirksamkeit berufen können. Aus der Figur der „rein faktischen Nutzung“ bestimmter Räumlichkeiten, die für den Fristlauf unbeachtlich sein soll, sollten

<sup>2</sup> So auch jüngst OLG München, Urteil vom 14.7.2016, 23 U 363/16, MittBayNot 2017, 411 (in diesem Heft); zweifelnd *Freiherr von Proff*, ZEV 2016, 681, 684; BeckOK-BGB/G. Müller, Stand 1.2.2017, § 2325 Rdnr. 50.

keine Gestaltungsmodelle für die notarielle Beratung abgeleitet werden. Für den Vertragsgestalter ist auch insoweit zu beachten, dass sich der BGH stets eine Prüfung der Umstände des Einzelfalls vorbehält.

Eine konkrete Nutzungsänderung aus Anlass der Grundstücksübertragung ist im Übrigen nicht erforderlich.<sup>3</sup> Auch wenn sich die faktischen Nutzungsverhältnisse nicht ändern, etwa weil bereits vor der Übertragung vom Schenker nur ein Teil der Immobilie und vom Beschenkten ein anderer genutzt wurde, bedeutet eine Überlassung unter Vorbehalt eines auf die von ihm genutzten Räume beschränkten Wohnungsrechts einen Genussverzicht bzw. eine wirtschaftliche Ausgliederung: Der Schenker begibt sich des Rechts, vom Beschenkten die Unterlassung der Mitbenutzung (§ 1004 BGB) oder die Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu verlangen. Überdies gibt er seine wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten hinsichtlich der Immobilie, insbesondere die Möglichkeit der Veräußerung oder Belastung, auf. Schließlich ist er hinsichtlich der von ihm weiterhin genutzten Räume nicht mehr „Herr im Haus“.

Obwohl die Entscheidung unter dem Vorbehalt der Würdigung des Einzelfalls steht, führt sie zu einem spürbaren Gewinn an Rechtssicherheit. Der deutlich umständlichere und kostenintensivere Umweg über die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum samt vorbehaltloser Überlassung von einzelnen Einheiten ist damit nicht nur weitgehend obsolet, sondern bezogen auf das Ziel der Pflichtteilsminimierung sogar ungünstiger: Hinsichtlich derjenigen Sondereigentumseinheit, an der im Hinblick auf die Eigennutzung durch den Schenker ein vollumfängliches (!) Wohnungsrecht vorbehalten wird, läuft die 10-Jahres-Frist wohl nicht an. Freilich kann man auch diese Schlussfolgerung in Zweifel ziehen. Auch weitere Fragen der Pflichtteilsergänzungsdogmatik warten weiterhin auf höchstrichterliche Antworten, etwa wie die Überlassung einer Immobilie an den nichtehelichen Lebenspartner unter Vorbehalt eines lebenslangen Mitbenutzungsrechts oder die Überlassung unter Vorbehalt eines Quotennießbrauchs zu behandeln sind.

<sup>3</sup> A. A. noch OLG München, Urteil vom 25.6.2008, 20 U 2205/08, MittBayNot 2009, 158; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.1998, 7 U 78/98, MittBayNot 2000, 120.

## 17. Kein Beginn der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei Wohnrecht an gesamter Wohnung

OLG München, Urteil vom 14.7.2016, 23 U 363/16

*BGB § 2325 Abs. 3, §§ 2328, 2329*

### LEITSATZ:

**Eine Schenkung gilt nicht als im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB geleistet, wenn der Schenker den „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss. Bei einem Woh-**

**nungsrecht ist dem Schenker zwar anders als beim Nießbrauch eine anderweitige Nutzung als das Bewohnen (etwa eine Vermietung) nicht gestattet. Dennoch verbleibt eine so wesentliche Gebrauchsmöglichkeit in seinem Vermögen, dass von einer endgültigen Aufgabe der Nutzung nicht ausgegangen werden kann. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** Der Kläger macht gegen den Beklagten einen Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend.

**2** Die Parteien sind die einzigen Söhne der 2013 verstorbenen A. Die Erblasserin war zum Zeitpunkt des Todes mittellos. Sie wurde aufgrund letztwilliger Verfügung zu gleichen Teilen beerbt von ihren Enkelinnen E1 und E2.

**3** Der Beklagte und die Erblasserin waren ursprünglich gemeinsame Eigentümer einer Eigentumswohnung (...) in München zu je 0,5. Mit notariellem Überlassungsvertrag 1986 übertrug die Erblasserin ihren Miteigentumsanteil an den Beklagten. Der Beklagte verpflichtete sich zur Übernahme der eingetragenen Buchgrundschuld zu 15.000 DM, die noch mit 7.696,85 DM valutiert war. Ferner blieb der Erblasserin ein lebenslanges kostenfreies Wohnrecht an der gesamten Wohnung vorbehalten.

**4** Der Kläger ist der Ansicht, die Erblasserin habe das wirtschaftliche Eigentum nicht schon mit der Übereignung verloren, sondern erst mit Ende der tatsächlichen Nutzung der Wohnung 2013.

**5** Der Pflichtteilsergänzungsanspruch belaufe sich auf 37.500 €. Zudem stünden dem Kläger weitere Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen einer Wohnungsvermietung durch den Beklagten und der Überweisung von Sparguthaben der Erblasserin durch den Beklagten an sich selbst zu.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**16** II. (...)

**28** 3.2.2. Ob der Anspruch aus § 2329 BGB vorliegend dem Grunde nach besteht – und ggf. in welcher Höhe – ist umstritten und völlig offen.

**29** 3.2.2.1. Der Kläger ist Pflichtteilsberechtigter i. S. d. § 2329 BGB, der Beklagte Empfänger der Zuwendung der Erblasserin. Die Erben sind nicht zur Ergänzung des Pflichtteils verpflichtet i. S. d. § 2329 BGB. Die Pflicht zur Ergänzung durch die Erben entfällt, wenn kein Nachlass vorhanden ist (MünchKomm-BGB/Lange, 6. Aufl., § 2329 Rdnr. 7; *Staudinger/Olzhäuser*, Neub. 2015, § 2329 BGB Rdnr. 7 m. w. N). Vorliegend war unstreitig die Erblasserin im Todeszeitpunkt mittellos.

**30** 3.2.2.2. Die 10-Jahres-Frist nach § 2325 Abs. 3 BGB, die auch dem Beschenkten nach § 2329 BGB zugutekommt (BGH, NJW 1987, 122, 123), schließt den Anspruch nicht aus. Die Frist begann erst mit Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an die Erblasserin im Jahr 2013 zu laufen.

**31** Für den Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB reicht es nicht schon aus, wenn der Erblasser alles getan hat, was von seiner Seite für den Erwerb durch den Beschenkten erforderlich ist. Eine Schenkung gilt nicht als im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss (BGH, NJW 1994, 1791; BGH,

NJW 1987, 122, 124). Wird bei der Schenkung ein Nießbrauch uneingeschränkt vorbehalten, ist der „Genuss“ des verschenkten Gegenstands nicht aufgegeben worden. Eine Leistung liegt vielmehr erst vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen (BGH, NJW 1994, 1791).

**32** Nach diesen Grundsätzen fehlt es im Jahr 1986 noch an einer Leistung der Mutter der Parteien, da eine wirtschaftliche Ausgliederung ihres hälftigen Miteigentumsanteils aus ihrem Vermögen noch nicht vollzogen wurde. Unstreitig erhielt die Erblasserin ein dingliches Wohnrecht. Daher verblieb ihr die Nutzungsmöglichkeit an der gesamten Wohnung. Der Senat verkennt nicht, dass anders als beim Nießbrauch der Erblasserin eine anderweitige Nutzung als das Bewohnen (etwa eine Vermietung) nicht gestattet war. Dennoch verbleibt eine so wesentliche Gebrauchsmöglichkeit im Vermögen der Erblasserin, dass von einer endgültigen Aufgabe der Nutzung im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung nicht ausgegangen werden kann (vgl. auch OLG München, ZEV 2008, 480 f.).

**33** Entgegen der Ansicht des Beklagten führt die Tatsache, dass die Erblasserin nur den halben Miteigentumsanteil an den Beklagten übertrug, zu keinem anderen Ergebnis. Denn Frau M behielt sich durch das Wohnrecht die Nutzung des gesamten übertragenen Miteigentums vor. Darin unterscheidet sich der Fall von anderen obergerichtlich entschiedenen Verfahren, in denen das Wohnrecht nur einen Teil eines insgesamt übertragenen Gebäudes umfasste (so z. B. im Fall OLG Karlsruhe, FamRZ 2008, S. 1377 f.).

**34** 3.2.2.3. Völlig offen ist jedoch, ob und in welchem Umfang die Übertragung des Miteigentumsanteils unentgeltlich, mithin als Schenkung, erfolgte.

**35** Die Vereinbarung von 1986 ist nicht als „Schenkungsvertrag“, sondern als „Überlassungsvertrag“ bezeichnet. Unter Ziffer V der Vereinbarung sind verschiedene Gegenleistungen des Übernehmers aufgeführt, unter anderem die Einräumung eines unentgeltlichen Wohnungsrechts. Ziffer V 3 regelt: „Soweit der Wert der Zuwendung den Wert der Gegenleistung übersteigen sollte, hat sich diesen der Übernehmer erbrechtlich nicht anrechnen zu lassen“. Mithin waren sich die Parteien über die Wertverhältnisse von Leistung und Gegenleistung gerade nicht sicher, gingen bei objektiven Vorliegen eines Differenzbetrags aber von einer unentgeltlichen Zuwendung aus.

**36** Der Kläger behauptet, der Wert der gesamten Wohnung 1986 sei zwar im Überlassungsvertrag mit 180.000 DM angegeben, habe tatsächlich aber sogar 163.600 € betragen. Der Beklagte hat letzteres bestritten. Ggf. wäre dies durch Sachverständigengutachten zu klären. Insoweit wäre vom Kläger noch klarzustellen, ob sich das zum Beweis angebotene Sachverständigengutachten auch hierauf beziehen soll. Für den Wert des Wohnrechts verweist der Kläger auf die Angaben im Überlassungsvertrag. Ausgehend von einem monatlichen Betrag von 600 DM und einer Lebenserwartung der Erblasserin von noch ca. 15 Jahren habe das Wohnungsrecht 1986 einen Wert von 108.000 DM gehabt. Allerdings sei das Wohnrecht nicht als Gegenleistung abzuziehen, da der Erblasserin bereits vor 1986 durch schuldrechtliche Vereinbarung ein

lebenslanges Wohnrecht eingeräumt worden sei. Letzteres hat der Beklagte bestritten. Insoweit bedarf es noch des – vom Kläger angekündigten – weiteren Sachvortrags und insbesondere konkreter Beweisangebote. Ggf. wäre die Behauptung dann durch Beweisaufnahme zu klären.

**37** Soweit der Beklagte nunmehr behauptet, die Übertragung 1986 sei erfolgt, da eine Erneuerung von Fenstern und Türen angestanden sei, die der Beklagte anstelle der Erblasserin insgesamt bezahlt habe, wäre auch dies – bei Bestreiten durch den Kläger und Beweisangeboten durch den Beklagten – durch Beweisaufnahme zu klären.

(...)

#### HINWEIS DER SCHRIFTLICHER LEITUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch die Anmerkung von **M. Bernauer**, MittBayNot 2017, 410 (in diesem Heft).

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 18. Fortsetzung einer GmbH & Co. KG mit gesellschaftsvertraglich beschränkter Nachfolgeklausel bei Verschmelzung zur Aufnahme der Komplementärin auf neue Gesellschaft

OLG Nürnberg, Beschluss vom 27.3.2017, 12 W 2197/16

*UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2*

*HGB § 131*

#### LEITSÄTZE:

- Bereits aus § 131 Abs. 3 HGB ergibt sich, dass die Frage, unter welchen Umständen im Falle des Wegfalls eines Komplementärs die Gesellschaft mit dessen Rechtsnachfolger fortgesetzt werden soll, durch den Gesellschaftsvertrag geregelt werden kann. Typischerweise erfolgt dies durch Nachfolgeklauseln.**
- Sieht die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel einer GmbH & Co. KG eine Beschränkung der Nachfolge auf Angehörige vor, kann ein Wechsel in der Komplementär-GmbH jedenfalls stattfinden, wenn die neue Komplementär-GmbH nicht gesellschaftsfremd ist und alle Gesellschafter zustimmen.**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die M-GmbH & Co. KG wendet sich gegen eine Zwischenverfügung des Registergerichts, nach welcher der beantragten Eintragung eines Wechsels in der Person der einzigen Komplementärin ein Eintragungshindernis entgegenstehe.

**2** Die mit Gesellschaftsvertrag vom 19.4.2007 (nachfolgend: GV) gegründete M-GmbH & Co. KG bestand jedenfalls bis zum 14.12.2015 aus der M1-GmbH als Komplementärin sowie A, B und C als Kommanditisten.

**3** Mit Urkunde vom 8.8.2016 hat der Notar einen Wechsel in der Person der Komplementärin zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. In der Urkunde wird mitgeteilt, dass mit Verschmelzungsvertrag vom 14.12.2015 die M1-GmbH im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme mit der M2-GmbH (als aufnehmendem Rechtsträger) verschmolzen worden sei. Letztere sei daher als neue alleinige Komplementärin in das Handelsregister einzutragen. Unterzeichnet worden ist die Urkunde durch den Vater der Kommanditistin B für diese und als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der M1-GmbH und der M2-GmbH, von der Mutter der B sowie durch die weiteren Kommanditisten A und C.

**4** Das Registergericht hat in der angegriffenen Zwischenverfügung ausgeführt, dass der beantragten Eintragung ein Vollzugshindernis entgegenstehe. Die M1-GmbH sei durch die Verschmelzung vollbeendet worden. Die M2-GmbH sei zwar deren Rechtsnachfolgerin, mangels ausreichender Nachfolgeklausel im GV jedoch nicht Gesellschafterin der M-GmbH & Co. KG geworden. § 177 HGB gelte nur für den Tod eines Kommanditisten und sei auf das Ausscheiden eines Komplementärs gerade nicht anzuwenden. Durch das ersatzlose Ausscheiden der einzigen Komplementärin sei die M-GmbH & Co. KG aufgelöst worden. Ein Beschluss der verbleibenden Gesellschafter, die Gesellschaft mit der M2-GmbH als neuer Komplementärin fortzusetzen, sei zwar möglich, jedoch als Neugründung der Gesellschaft anzusehen. Ein solcher bedürfe im Fall der minderjährigen Kommanditistin B daher der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Auch müsse für diese ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**7** II. Die (...) Beschwerde ist auch in der Sache begründet.

**8** 1. Das vom Registergericht angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Insbesondere ist für den Eintritt der M2-GmbH als neuer Komplementärin in die M-GmbH & Co. KG kein Fortsetzungsbeschluss erforderlich, der hinsichtlich der Kommanditistin B einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfte. Vielmehr ist die M2-GmbH anstelle der M1-GmbH Komplementärin der M-GmbH & Co. KG geworden, ohne dass diese aufgelöst oder vollbeendet worden wäre.

**9** a) Nach dem Inhalt der Anmeldung vom 8.8.2016 ist die M1-GmbH auf die M2-GmbH im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme (§§ 4 ff. UmwG) verschmolzen worden. Die Eintragung einer solchen Verschmelzung hat zur Folge, dass die Identität des übertragenden Rechtsträgers, also hier der M1-GmbH, untergeht (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) und dessen Vermögen auf den übernehmenden Rechtsträger, also hier die M2-GmbH, übergeht (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

**10** b) Wie der Notar im Schriftsatz ausführlich aufgezeigt hat, ist umstritten und bislang nicht höchstrichterlich entschieden, unter welchen Umständen im Falle der Verschmelzung einer Komplementärin die Gesellschaft mit dem Rechtsnachfolger fortgesetzt wird. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB, der für den Fall des Todes eines Komplementärs vorbehaltlich abweichender vertraglicher Bestimmungen das Ausscheiden dieses Gesellschafters vorsieht, ist auf den Fall, dass eine juristische Person auf einen anderen Rechtsträger verschmolzen wird, jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar.

**11** c) Auch im Streitfall muss dies nicht generell entschieden werden. Denn jedenfalls für den hier vorliegenden Verschmelzungsvorgang ordnen die Regelungen in §§ 10, 11 GV in der

gebotenen ergänzenden Auslegung an, dass die M-GmbH & Co. KG nicht aufgelöst werden, sondern mit der M2-GmbH als Komplementärin fortgesetzt werden soll.

**12** 1) Bereits aus § 131 Abs. 3 HGB ergibt sich, dass die Frage, unter welchen Umständen im Falle des Wegfalls eines Komplementärs die Gesellschaft mit dessen Rechtsnachfolger fortgesetzt werden soll, durch den Gesellschaftsvertrag geregelt werden kann. Typischerweise erfolgt dies durch Nachfolgeklauseln.

**13** 2) Der hier zu beurteilende GV enthält in § 11 Nr. 1 die Bestimmung, dass die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern mit den verbleibenden Gesellschaftern und den nachfolgeberechtigten Erben fortgesetzt wird. § 11 Nr. 2 GV bestimmt dabei, dass ausschließlich Mitgesellschafter, Eltern, der Ehegatte oder Abkömmlinge des verstorbenen Gesellschafters nachfolgeberechtigt sein sollen. Dessen ungeachtet sieht § 10 GV vor, dass ein Gesellschafter über seinen Geschäftsanteil rechtsgeschäftlich verfügen (und damit diesen insbesondere übertragen) kann, wenn dies zugunsten eines anderen Gesellschafters erfolgt oder die übrigen Gesellschafter zustimmen.

**14** 3) Dem lässt sich bei zutreffender Auslegung entnehmen, dass der hier zu beurteilende Verschmelzungsvorgang von der Nachfolgeklausel erfasst sein soll.

**15** (1) Die Verschmelzung durch Übernahme ist von den zentralen Rechtsfolgen her (Gesamtrechtsnachfolge bei gleichzeitigem Wegfall der Identität des Rechtsvorgängers; siehe oben unter a) durchaus mit einem Erbfall nach § 1922 BGB vergleichbar.

**16** (2) Die Beschränkung der Nachfolgeberechtigung in § 11 Nr. 2 GV dient ersichtlich dem Zweck, das Eindringen von Personen in die Gesellschaft zu verhindern, die nicht bereits Gesellschafter sind oder wenigstens zur engeren Familie des ausscheidenden Gesellschafters gehören. Nur so lässt sich die Beschränkung auf bestehende Gesellschafter, den Ehegatten, die Eltern und die Abkömmlinge erklären.

**17** Diesem Zweck steht die Auswechslung einer juristischen Person als Komplementärin jedenfalls dann nicht entgegen, wenn hierdurch keine gesellschafts- oder familienfremden Personen mittelbar in die Gesellschaft eintreten.

**18** Ein Eindringen Fremder ist im Streitfall nicht zu befürchten. Alleingesellschafter der M2-GmbH ist nach dem Vortrag der M-GmbH & Co. KG der Vater der Kommanditistin B. Zudem sei die M1-GmbH eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der M2-GmbH. Gegenteilige Feststellungen hat das Registergericht nicht getroffen. Somit lässt sich eine Analogie zwischen der hier vorliegenden Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft und dem in § 11 Nr. 2 GV ausdrücklich geregelten Fall der Beerbung eines verstorbenen Gesellschafters durch dessen Eltern herstellen.

**19** (3) Im Übrigen wird durch die Regelungen im GV das Interesse der Gesellschafter deutlich, die Gesellschaft auch im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters fortzusetzen. Für den Fall, dass ein Erbe nicht nachfolgeberechtigt sein sollte, sieht der GV nicht etwa Regelungen zur Auflösung der Gesellschaft, sondern zu dessen Abfindung und zur Fortset-

zung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern vor. Dies spricht dafür, die Nachfolgeregelung im Zweifel zugunsten eines Fortbestands der Gesellschaft auszulegen. Die generelle Vermutung eines auf die Fortsetzung der Gesellschaft gerichteten Willens der Gesellschafter lag auch der Änderung des § 131 HGB zum 1.7.1998 zugrunde (vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 41 ff.).

**20** (4) Zudem lässt sich § 10 GV entnehmen, dass mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter eine Übertragung des Geschäftsanteils (und damit die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erwerber) auch dann möglich sein soll, wenn der Erwerber nicht zu den nach § 11 Nr. 2 GV nachfolgeberechtigten Personen gehört. Aus einer Zusammenschau von § 10 und § 11 GV lässt sich dabei ableiten, dass auch eine Fortsetzung der Gesellschaft mit einem nicht nach § 11 Nr. 2 GV nachfolgeberechtigten Erben dann möglich sein soll, wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen. Eine solche Zustimmung wäre ebenso wenig als Neugründung der Gesellschaft – die nach § 1822 Nr. 3 BGB einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfte – anzusehen, wie die Zustimmung zu einer rechtsgeschäftlichen Übertragung nach § 10 GV. Insbesondere wäre darin keine Änderung des GV zu sehen.

**21** Bereits durch die Unterzeichnung der Urkunde vom 8.8.2016 haben sämtliche Gesellschafter der M-GmbH & Co. KG (die Kommanditistin B wirksam vertreten durch ihre Eltern) ihre Zustimmung zu einem Eintritt der M2-GmbH anstelle der gemäß § 20 Abs. 1 UmwG erloschenen M1-GmbH erklärt.

**22** 2. Da sich der Gesellschafterwechsel, dessen Eintragung mit der hier zu beurteilenden Anmeldung begehrt wird, somit bereits ohne das Erfordernis eines Fortsetzungsbeschlusses vollzogen hat, liegt das vom Registergericht angenommene Eintragungshindernis nicht vor. Auf die weiteren Streitpunkte, insbesondere darauf, ob das Registergericht die Wirksamkeit eines eventuellen Fortsetzungsbeschlusses im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung hinterfragen darf, kommt es nicht mehr an.

(...)

## 19. Bewertung der Sachkapitaleinlage bei Verschmelzung mit Kapitalerhöhung nach § 55 Abs. 1 UmwG

OLG Rostock, Beschluss vom 19.5.2016, 1 W 4/15

*UmwG § 17 Abs. 2, § 55 Abs. 1 und 2*

*GmbHG § 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3*

*BewG § 200 Abs. 2 und 4, § 202 Abs. 1, § 203 Abs. 1*

### LEITSÄTZE:

- Zur Bewertung der Sachkapitaleinlage bei der Eintragung der Verschmelzung nach § 55 Abs. 1 UmwG in das Handelsregister.**
- Für die Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung gilt das Gebot der realen Kapitalauf-**

**bringung. Der Unternehmenswert des übertragenden Rechtsträgers muss mindestens die Höhe des Nennbetrages erreichen. Zur Prüfung der Kapitaldeckung ist der wahre Wert des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers entscheidend. Betreibt dieser ein Unternehmen, ist der nach allgemeinen Grundsätzen ermittelte Unternehmenswert maßgeblich. Der wahre Wert ist danach grundsätzlich der Ertragswert zuzüglich des Verkehrswertes des nicht betriebsnotwendigen Vermögens. Im Rahmen des Kapitalaufbringungsrechts bedeutet dies, dass Unternehmen bei Sachanlagen regelmäßig nicht nach dem Substanz- oder (Bilanz-)Buchwert, sondern nach der sog. modifizierten Ertragsmethode zu bestimmen sind. Die Erträge müssen zunächst geschätzt und dann auf den Bewertungsstichtag abgezinst und dadurch zum Ertragswert kapitalisiert werden. Der so bestimmte Ertragswert ist, wenn vorhanden, um den Wert des nicht betriebsnotwendigen Vermögens zu erhöhen.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Unter dem 11.8.2014 hat der Notar S für die Antragstellerin als übernehmende Rechtsträgerin beim Registergericht beantragt, die erforderlichen Eintragungen für den Vollzug des Verschmelzungsvertrages vom 7.8.2014 vorzunehmen. Hierin vereinbarte die Antragstellerin als übernehmende Rechtsträgerin mit der E-GmbH als übertragende Rechtsträgerin die Verschmelzung durch Aufnahme mit Kapitalerhöhung. In § 2 wurde geregelt, dass die Antragstellerin dem Alleingesellschafter der übertragenden Rechtsträgerin L als Gegenleistung für die Übertragung der Geschäftsanteile der übertragenden Rechtsträgerin einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 25.600 € an der Antragstellerin gewährt. Zur Durchführung der Verschmelzung wurde bestimmt, dass die Antragstellerin ihr Stammkapital von bislang 25.600 € um 25.600 € auf 51.200 € durch Bildung eines neuen Geschäftsanteils im Nennbetrag von 25.600 € erhöht. Dem Verschmelzungsvertrag stimmten beide Gesellschaften mit entsprechenden Gesellschafterbeschlüssen vom gleichen Tage zu. Mit dem Eintragungsantrag überreichte der Notar unter anderem den Jahresabschluss der übertragenden Rechtsträgerin zum 31.12.2013.

**2** Mit Zwischenverfügung hat das AG darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der Kapitalerhöhung die Werthaltigkeit des eingebrachten Rechtsträgers nicht nachvollziehbar sei. Nach der eingereichten Bilanz bliebe die Eigenkapitalquote unter 1 %. Das Eigenkapital sei nahezu verbraucht. Es werde gebeten, ein Wertgutachten einzureichen. Daraufhin hat die Antragstellerin eine Unternehmensbewertung auf den 1.1.2014, erstellt von der Steuerberatungsgesellschaft Z, vorgelegt, die unter Anwendung des sog. vereinfachten Ertragswertverfahrens einen Anteilswert i. H. v. 179.564 € ermittelten.

**3** Mit Beschluss hat das AG die Anmeldung auf Erhöhung des Stammkapitals und auf Eintragung der Verschmelzung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach Prüfung der eingereichten Unterlagen sei festzustellen, dass die Werthaltigkeit des übertragenden Rechtsträgers nicht gegeben sei. Die aufgrund der Zwischenverfügung eingereichte Unternehmensbewertung sei nicht geeignet, die aus dem eingereichten Jahresabschluss ersichtliche Zusammenschmelzung des Eigenkapitals auf einen Restbetrag von 1.153,59 € zu entkräften. Die nach dem vereinfachten Ertragsverfahren vorgenommene Ermittlung des Vermögenswertes sei unschlüssig. Die zugrundegelegten Ertragswerte deckten sich zum Teil nicht mit den Angaben in der vorgelegten Jahresbilanz. Des Weiteren weise die Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 2013 einen Bilanzverlust i. H. v. 24.381 € aus. Im Ertragswertverfahren werde hingegen ein Betriebsergebnis i. H. v. 61.463 € zugrunde gelegt. Dies sei nicht

nachvollziehbar. Sofern das Ertragswertverfahren – unter Außerachtlassung der Gesamtsituation des übertragenden Rechtsträgers – die lediglich positiven Betriebsergebnisse zugrundelege, spiegele dies nicht die Werthaltigkeit des übertragenden Unternehmens wider. Die angemeldete Verschmelzung unterliege ebenfalls der Abweisung, da die Kapitalerhöhung zum Zwecke der Umwandlung beschlossen worden und damit untrennbar mit der Umwandlung verbunden sei.

**4** Gegen den Beschluss hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Buchwert des Unternehmens sei kein geeignetes Bewertungskriterium, da dieser wegen der eventuellen stillen Reserven keine realistische Aussagekraft für den Wert des einzubringenden Unternehmens habe. Schulden wirkten sich auf den Unternehmenswert nur mittelbar über den Zinsaufwand aus. Das vereinfachte Ertragswertverfahren sei eine anerkannte Methode zur Bewertung von Geschäftsanteilen. In dem eingereichten Gutachten der Steuerberatungsgesellschaft habe der Sachverständige zutreffend die jeweiligen Betriebsergebnisse der Jahre 2011 (hier sogar einen negativen Wert), 2012 und 2013 zugrundegelegt. Sofern ein Kalkulationszinsfuß von über 7 % anzusetzen sei, ergebe sich bei diesen drei Ausgangswerten nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren ein Unternehmenswert, der über dem Kapitalerhöhungsbetrag von 25.600 € liege. Es gebe angesichts stabiler Umsätze über die Jahre hinweg keinen sachlichen Grund, an der Angemessenheit des Ertragswertverfahrens zu zweifeln. Soweit das Registergericht bemängelte, dass das im Bewertungsgutachten zugrundegelegte Betriebsergebnis nicht dem Jahresüberschuss nach der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung 2013 entspreche, liege dies daran, dass im Rahmen des Ertragswertverfahrens nur die steuerlichen Werte als Ausgangswerte im Sinne des § 201 Abs. 1 BewG heranzuziehen seien. Zum anderen liege der vom Gutachter gewählte steuerliche Ausgangswert sogar unterhalb der handelsrechtlichen Werte in der Gewinn- und Verlustrechnung, gelange also zu einem niedrigeren Wert des Unternehmens. Im Rahmen des vereinfachten Ertragswertverfahrens spiele ein Bilanzverlust keine Rolle.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**7** II. Die (...) Beschwerde der Antragstellerin ist begründet.

**8** 1. Der Senat ist überzeugt, dass die Antragstellerin anhand der eingereichten Unterlagen, insbesondere der Unternehmensbewertung der Steuerberatungsgesellschaft, ausreichend nachgewiesen hat, dass der Wert des Vermögens der übertragenden Rechtsträgerin die Kapitalerhöhung um 25.600 € abdeckt. Angesichts des nach der Methode des vereinfachten Ertragswertverfahrens durch das Bewertungsgutachten der Steuerberatungsgesellschaft ermittelten Wertes des 100%igen Geschäftsanteils mit 179.564 € kann festgestellt werden, dass die Sacheinlage mit 25.600 € nicht wesentlich überbewertet ist.

**9** a) Die Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung im Sinne des § 55 Abs. 1 UmwG ist notwendig eine Sachkapitalerhöhung. Gegenstand der Einlage sind sämtliche Aktiva und Passiva des übertragenden Rechtsträgers. Für die Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung gilt das Gebot der realen Kapitalaufbringung. Der Gesamtnennbetrag der Kapitalerhöhung darf den Wert des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers nicht übersteigen (*Lutter/M. Winter/J. Fetter*, UmwG, 5. Aufl., § 55 Rdnr. 24, 26). D. h., der Unternehmenswert des übertragenden Rechtsträgers muss mindestens die Höhe des Nennbetrags erreichen.

**10** § 57a GmbHG i. V. m. § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG bestimmt, dass die Eintragung dann abzulehnen ist, wenn Sach-

einlagen nicht unwesentlich überbewertet worden sind. Die Neufassung dieser Vorschrift durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat der Gesetzgeber damit begründet, dass zuvor das Registergericht die Bewertung der Sacheinlagen umfassend geprüft und bei jeder auch nur geringfügigen Überbewertung die Eintragung abgelehnt habe, wodurch lange Eintragungszeiten hätten auftreten können. In der Praxis seien die Gerichte jedoch kaum in der Lage gewesen, mehr als eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen, da etwa im Fall der Unternehmensbewertung die zeitlichen Kapazitäten für eine wirkliche Prüfung nicht zur Verfügung stünden. Die Verzögerung der Eintragung der Gesellschaft stünde daher in keinem Verhältnis zu dem Nutzen der Prüfung. Künftig seien nur für den Fall, dass sich auf Grundlage der mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen begründete Zweifel ergäben, die auf eine wesentliche Überbewertung der Sacheinlage hindeuteten, weitere Unterlagen anzufordern (Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.7.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 36).

**11** b) Vorliegend hat die Antragstellerin mit ihrer Anmeldung die nach § 55 Abs. 2 UmwG und § 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GmbHG erforderlichen Unterlagen beigefügt. Des Weiteren hat sie gemäß § 17 Abs. 2 UmwG die Schlussbilanz der übertragenden Rechtsträgerin zum 31.12.2013 eingereicht. Da sich aus dieser Bilanz ergab, dass der ausgewiesene Bilanzverlust über 24.381 € das i. H. v. 25.564,59 € gezeichnete Kapital bis auf 1.153,59 € buchmäßiges Eigenkapital aufgezehrt hat, hat das Registergericht zu Recht mit Zwischenverfügung um Einreichung eines Wertgutachtens gebeten. Dem ist die Antragstellerin mit der Vorlage der Unternehmensbewertung zum 1.1.2014 durch die Steuerberatungsgesellschaft nachgekommen, wonach unter Zugrundelegung des vereinfachten Ertragswertverfahrens und Berücksichtigung der Regelungen in §§ 199 ff. BewG der Geschäftsanteil der übertragenden Rechtsträgerin mit einem Wert von 179.564 € ermittelt wurde.

**12** Die hieran durch das Registergericht geäußerten Zweifel teilt der Senat nicht.

**13** Für die Frage der Kapitaldeckung ist der wahre Wert des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers entscheidend. Betreibt dieser ein Unternehmen, ist der nach allgemeinen Grundsätzen ermittelte Unternehmenswert, wie er beispielsweise in den §§ 199 ff. BewG und in dem durch das Institut der Wirtschaftsprüfer Deutschland e. V. verlautbarten Prüfungsstandard der Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S 1 i. d. F. 2008) zum Ausdruck kommt, maßgeblich. Der wahre Wert ist danach grundsätzlich der Ertragswert zuzüglich des Verkehrswertes des nicht betriebsnotwendigen Vermögens (vgl. hierzu auch *Lutter/M. Winter/J. Fetter*, a. a. O., § 55 Rdnr. 31 f.). Im Rahmen des Kapitalaufbringungsrechts bedeutet dies, dass Unternehmen bei Sachanlagen regelmäßig nicht nach ihrem Substanz- oder (Bilanz-)Buchwert, sondern nach der sog. modifizierten Ertragswertmethode zu bewerten sind. Denn der Wert eines Unternehmens bestimmt sich in erster Linie nach dessen Erträgen, die es zukünftig erzielen wird. Diese müssen zunächst geschätzt und dann auf den Bewertungsstichtag abgezinst und dadurch zum Ertragswert kapitalisiert werden. Der so be-

stimmte Ertragswert ist, wenn vorhanden, um den Wert des nicht betriebsnotwendigen Vermögens zu erhöhen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.3.2015, 20 W 160/13, ZIP 2015, 1229 ff. = NZG 2015, 1318 Rdnr. 35; zur Anwendung des Ertragswertes im Rahmen der Prüfung einer Unterbilanzhaftung unter Berücksichtigung einer Sachgründung zur Ermittlung des Unternehmenswertes: BGH, Urteil vom 9.11.1998, II ZR 190/97, ZIP 1998, 2151 f. = DStR 1999, 206 m. Anm. *Goette*).

**14** Die durch die Steuerberatungsgesellschaft in dem Gutachten für die Ermittlung des Unternehmenswertes der übertragenden Rechtsträgerin angewandte Methode des vereinfachten Ertragswertverfahrens ist danach nicht zu beanstanden. Zur Feststellung des wahren Unternehmenswertes ist sie unter Berücksichtigung der oben dargelegten Ausführungen aussagekräftiger als die Zugrundelegung der Buchwerte aus der Bilanz zum 31.12.2013.

**15** Soweit sich das Registergericht in seinem Nichtabhilfebeschluss für seine Rechtsansicht, die Bilanz- und Buchwerte seien ausschlaggebend, auf eine Zitatstelle im Kommentar zum UmwG von *Semler/Stengel* bezieht, wird diese nur verkürzend dargestellt. Danach kann allein eine Bilanz ausreichen, wenn das Reinvermögen des übertragenden Rechtsträgers zu Netto-Buchwerten den Gesamtnennbetrag der den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers zu gewährenden Geschäftsanteile deckt. Ist dies jedoch nicht der Fall, wie hier bezüglich der Schlussbilanz zum 31.12.2013 durch die dort bilanzierte fast vollständige Aufzehrung des Eigenkapitalanteils, ist das Registergericht nunmehr befugt, eine nähere Prüfung zur Werthaltigkeit des Geschäftsanteils zu verlangen. In diesen Fällen ist nach dem oben genannten Kommentar regelmäßig die Einholung eines Gutachtens zur Feststellung vonnöten, ob der Wert des Unternehmens, insbesondere sein Vertragswert (gemeint sein dürfte der Ertragswert [Anmerkung des Senats]) den Nennbetrag der Kapitalerhöhung erreicht (vgl. *Semler/Stengel/Reichert*, UmwG, 3. Aufl., § 55 Rdnr. 25.). Dies zeigt, dass auch der Verfasser im Kommentar *Semler/Stengel* der Auffassung ist, dass bei einer näheren Prüfung des wahren Unternehmenswertes der Ertragswert bessere Erkenntnismöglichkeiten bietet als allein die Bilanzwerte. Genau dieser Aufforderung in der Zwischenverfügung des Registergerichts ist die Antragstellerin jedoch mit der Einreichung der Unternehmensbewertung durch die Steuerberatungsgesellschaft und der Ermittlung des Unternehmenswertes nach der vereinfachten Ertragswertmethode nachgekommen.

**16** Es ist nicht zu beanstanden, dass nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren der in der Bilanz enthaltene Verlustvortrag nicht wertmindernd berücksichtigt wurde.

**17** In der Bilanz zum 31.12.2013 ist die Aufzehrung des Eigenkapitals deshalb zustande gekommen, da ein Verlustvortrag aus dem Vorjahr über 96.129,88 € eingestellt wurde. Diesen Verlustvortrag hat die Steuerberatungsgesellschaft nach den in §§ 199 ff. BewG und in der IDW S 1 niedergelegten Bewertungsgrundsätzen des (vereinfachten) Ertragswertverfahrens zu Recht bei der Ermittlung des Unternehmenswertes nicht mindernd berücksichtigt. Grundlage des Ertragswertverfahrens ist es, die langfristige Ertragskraft eines Unternehmens in

der Zukunft zu bewerten. Insofern schließt der Ertragswert auch den Geschäfts- bzw. Firmenwert im Gegensatz zur Bilanz ein. Dabei errechnet sich der Ertragswert aus dem Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (Betriebsergebnis) der letzten drei Jahre, das um verschiedene Positionen bereinigt wird. Der in der Bilanz ausgewiesene Verlustvortrag erweist sich dabei nicht als ein in § 202 Abs. 1, § 200 Abs. 2, 4 BewG aufgeführter Posten, der das Betriebsergebnis der letzten drei Jahre schmälert. Durch die Berechnung des durchschnittlichen Gewinns in der Vergangenheit und dessen Abzinsung auf den Bewertungsstichtag soll auf die langfristige Ertragskraft des Unternehmens in der Zukunft geschlossen werden. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass bei der Bewertung des Geschäftsanteils an einer GmbH länger als drei Jahre in der Vergangenheit zurückliegende Verluste in der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit nicht berücksichtigt werden, es sei denn, sie betreffen Positionen, die in § 200 Abs. 2, 4, § 202 Abs. 1 BewG aufgeführt sind.

**18** Soweit das Registergericht bemängelt, die in dem Gutachten zugrundegelegten Ertragswerte der Jahre 2011, 2012 und 2013 deckten sich zum Teil nicht mit den Angaben in der vorgelegten Jahresbilanz, ist dies zwar zutreffend, lässt aber die höhere Aussagekraft der Bewertung nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren nicht entfallen.

**19** Nach der GuV 2013 in der Bilanz ergibt sich ein Jahresüberschuss i. H. v. 71.748,88 €, also ein höherer als nach der Ertragswertmethode als Betriebsergebnis mit 61.463 € zugrundegelegt. Diese Abweichung hat die Antragstellerin nachvollziehbar damit begründet, dass bei den Gewinn- und Verlustrechnungen handelsrechtliche Wertansätze zugrundegelegt werden, während im Rahmen der Unternehmensbewertung die steuerlichen Werte verwendet werden. Zudem würde der Unternehmenswert bei Berücksichtigung des in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Jahresüberschusses sogar noch höher liegen als durch die Steuerberatungsgesellschaft ermittelt.

**20** In der Unternehmensbewertung der Steuerberatungsgesellschaft wird der geschätzte Kalkulationszinsfuß nachvollziehbar begründet. Der Basiszins zum 1.1.2014 i. H. v. 2,59 % ergibt sich aus der beigelegten Mitteilung des Bundesministeriums für Finanzen vom 2.1.2014 für das vereinfachte Ertragswertverfahren gemäß §§ 200 ff. BewG. Der weitere Zuschlag i. H. v. 4,5 % hat seine Grundlage in § 203 Abs. 1 BewG, wonach sich der im vereinfachten Ertragswertverfahren anzuwendende Kapitalisierungszinssatz aus einem Basiszins und einem Zuschlag von 4,5 % zusammensetzt. Weiter hat die Steuerberatungsgesellschaft in ihrem Gutachten plausibel begründet, warum sie den allgemeinen Marktrisikozuschlag mit 5,5 % und den individuellen Risikozuschlag mit 2,5 % angesetzt hat. Zwar bleibt fraglich, ob für die Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes sowohl ein Risikozuschlag für externe Risiken (5,5 %) als auch ein Risikozuschlag für interne Risiken (2,5 %) zusätzlich zum allgemeinen Zuschlag des § 203 Abs. 1 BewG (4,5 %) genommen werden kann, oder ob nicht bereits nach dem rein formalistischen Verfahren des BewG der dort genannte Zuschlag von 4,5 % den Risikozuschlag für externe und interne Risiken pauschal erfasst. Selbst wenn jedoch der Zuschlag nach § 203 Abs. 1 BewG i. H. v. 4,5 % daneben

nicht berücksichtigt würde, verbliebe ein Kalkulationszinsfuß von 10,59 % (gerundet 11 %). Wird mit diesem gerechnet, ergäbe sich sogar ein noch höherer Unternehmenswert (244.863,64 €). Letztlich wird diese Einschätzung bestätigt durch den zwischenzeitlich eingereichten Jahresabschluss der übertragenden Rechtsträgerin zum 31.12.2014, worin ein gezeichnetes Kapital i. H. v. 25.600 € zusätzlich zu einem Bilanzgewinn von 294,60 € ausgewiesen ist.

(...)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 20. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bei einer verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge und deren Nachweis

BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 174/15 (Vorinstanz: LG Detmold, Beschluss vom 24.11.2015, 3 T 199/15)

ZPO §§ 189, 291, 727, 732, 750 Abs. 1 und 2, § 768

ZVG § 37 Nr. 4 und 5, § 43 Abs. 1, § 83 Nr. 6 und 7

BNotO § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

#### LEITSÄTZE:

1. Das Zustellerfordernis gemäß § 750 Abs. 2 ZPO im Falle einer Rechtsnachfolge gilt nur für die Nachweisurkunden, auf welche sich das Klauselorgan ausweislich der Klausel gestützt hat und die ihm als Beweis der Rechtsnachfolge ausgereicht haben.
2. Bei einer verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge hängt die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht von der zusätzlichen Zustellung eines Auszugs aus dem Register ab, welcher den aktuellen Registerinhalt im Zeitpunkt der Klauselerteilung wiedergibt (Aufgabe von Senat, Beschluss vom 8.11.2012, V ZB 124/12, BGHZ 195, 292; Senat, Beschluss vom 21.11.2013, V ZB 109/13, NJW-RR 2014, 400 Rdnr. 5).
3. Ob die Rechtsnachfolge durch die dem Klauselorgan vorgelegten bzw. vorliegenden Urkunden nur unzureichend nachgewiesen ist und deshalb die Nachfolgeklausel nicht hätte erteilt werden dürfen, ist im Klauselerteilungsverfahren und im Rahmen der dort zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe zu prüfen.
4. Wird statt einer beglaubigten Abschrift die einfache Abschrift einer Nachweisurkunde im Sinne des § 750 Abs. 2 ZPO zugestellt, ist der darin liegende Zustellungsmangel nach § 189 ZPO geheilt, wenn diese Abschrift nach Inhalt und Fassung mit der Nachweisurkunde übereinstimmt.

**SACHVERHALT:**

**1 I.** Die Beteiligte zu 3, Gläubigerin, betreibt die Zwangsversteigerung des [gegenständlichen] Grundbesitzes des Schuldners aus der im Grundbuch in Abteilung III Nr. 1 eingetragenen Grundschuld. Sie ist durch Verschmelzung zweier Bausparkassen entstanden.

**2** Die zunächst im Jahre 1977 der Volksbank E erteilte notarielle Vollstreckungsklausel wurde am 18.12.2000 auf die Bausparkasse L umgeschrieben. Am 3.2.2014 erfolgte die erneute Umschreibung auf die Gläubigerin. In der Vollstreckungsklausel wird festgestellt, dass die Bausparkasse L als übertragende Rechtsträgerin mit der Gläubigerin als übernehmende Rechtsträgerin verschmolzen worden sei. Die Verschmelzung sei am 12.9.2001 im Handelsregister eingetragen worden. Zum Nachweis wird auf eine beglaubigte Abschrift vom 15.11.2011 einer notariellen Bescheinigung gemäß § 21 BNotO vom 13.9.2001 verwiesen, in der eine entsprechende Eintragung aufgrund eines vorgelegten beglaubigten Handelsregisterauszuges vom 12.9.2001 bestätigt wird.

**3** Der Titel und die Vollstreckungsklausel wurden dem Schuldner am 18.2.2014 zusammen mit der Notarbescheinigung zugestellt. Die Zustellung eines beglaubigten Auszugs aus dem Handelsregister, welcher die Verschmelzung sowie den aktuellen Registerinhalt im Zeitpunkt der Erteilung der Vollstreckungsklausel am 3.2.2014 ausweist, erfolgte nicht.

**4** In dem Versteigerungstermin 2015 sind die Beteiligten zu 2 Meistbietende geblieben. Den Zuschlag auf dieses Gebot hat das AG mit Beschluss vom gleichen Tage erteilt. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Schuldners ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt er seinen Antrag auf Versagung des Zuschlags weiter. Die Gläubigerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

**5 II.** Nach Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in Rpfleger 2016, 113 veröffentlicht ist, liegt kein Vollstreckungsmangel wegen unterbliebener Zustellung von notwendigen Vollstreckungsunterlagen an den Schuldner und damit auch kein Grund für die Versagung des Zuschlags gemäß § 83 Nr. 6 ZVG vor. Die Zustellung des Titels, aus dem die Gläubigerin vollstreckte, zusammen mit der umgeschriebenen Vollstreckungsklausel sowie der Notarbescheinigung vom 13.9.2001 sei ausreichend gewesen. Es sei entgegen der Rechtsprechung des BGH nicht notwendig gewesen, zusätzlich die Zustellung des dem Inhalt der notariellen Erklärung entsprechenden Handelsregisterauszugs zu bewirken. Dies würde bedeuten, dass der Schuldner zweimal Auskunft über die gleiche Tatsache erhalte.

(...)

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**7 III.** Das hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand. Die (...) Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

**8 1.** Zu Recht nimmt das Beschwerdegericht an, der Zuschlag auf das in dem Versteigerungstermin am 22.10.2015 abgegebene Meistgebot sei nicht wegen Fehlens einer Vollstreckungsvoraussetzung (§ 83 Nr. 6 ZVG) zu versagen.

**9 a)** Nach § 750 Abs. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 ZPO) nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in der Urkunde oder in der ihr beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Daran fehlt es in dem – hier gegebenen – Fall der Rechtsnachfolge. Der Rechtsnachfolger des in der Urkunde genannten Gläubigers benötigt deshalb eine vollstreckbare Ausfertigung, deren Vollstreckungsklausel ihn als neuen Gläubiger ausweist. Erteilt werden darf diese Ausfertigung von dem Notar nur, wenn die

Rechtsnachfolge bei ihm offenkundig (§ 291 ZPO) ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (§ 727 Abs. 1 ZPO). Die Offenkundigkeit ist in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen (§ 727 Abs. 2 ZPO). Nach § 750 Abs. 2 ZPO müssen diese Klausel und – bei fehlender Offenkundigkeit – die ihrer Erteilung zugrundeliegenden Urkunden dem Schuldner zusammen mit der notariellen Urkunde zugestellt werden.

**10 b)** Da die hier maßgebliche Vollstreckungsklausel keinen Hinweis auf die Offenkundigkeit der Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite enthält, kommt es zunächst darauf an, ob es sich bei der in der Klausel erwähnten Notarbescheinigung vom 13.9.2001 um die Urkunde handelt, die im Sinne des § 750 Abs. 2 ZPO der Erteilung der Klausel zugrundeliegt. Dies ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde der Fall. Der Zustellung weiterer Urkunden bedurfte es nicht.

**11 aa)** Allerdings gehört nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 8.11.2012, V ZB 124/12, BGHZ 195, 292 Rdnr. 10; Beschluss vom 21.11.2013, V ZB 109/13, NJW-RR 2014, 400 Rdnr. 5) im Fall der durch Verschmelzung zweier Genossenschaften – für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften kann nichts anderes gelten – eingetretenen Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite zu den gemäß § 750 Abs. 2 ZPO zuzustellenden Urkunden grundsätzlich auch ein Auszug aus dem Genossenschaftsregister, welcher den aktuellen Registerinhalt im Zeitpunkt der Erteilung der Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger wiedergibt. Ohne einen solchen aktuellen Registerauszug – gemeint ist ein chronologischer Auszug (vgl. für das Handelsregister § 30a Abs. 4 Satz 2 HRV) – sei nicht auszuschließen, dass zwischen der Einsichtnahme in das Register und der Klauselerteilung Eintragungen erfolgten, welche der bescheinigten Rechtsnachfolge entgegenstünden (Beschluss vom 8.11.2012, V ZB 124/12, BGHZ 195, 292 Rdnr. 10). Hier fehlt es an der Zustellung eines Registerauszugs, der den Registerinhalt am 3.2.2014 wiedergibt bzw. einen den Registerinhalt zu diesem Zeitpunkt bestätigenden notariellen Bescheinigung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO.

**12 bb)** An dieser Rechtsprechung, die nicht ohne Kritik geblieben ist (vgl. *Wolfsteiner*, DNotZ 2013, 193 ff.; *Alff*, Rpfleger 2013, 183 ff.; *ders.*, Rpfleger 2014, 173 ff.; *ders.*, Rpfleger 2016, 115 f.; *Dieckmann*, notar 2013, 179 f.; *Hornung*, KKZ 2013, 174, 175 f.; *Hertel*, ZfIR 2013, 105 f.; *Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, 13. Aufl., § 750 Rdnr. 22; *Saenger/Kindl*, ZPO, 6. Aufl., § 750 Rdnr. 11; *BeckOK-ZPO/Ulrici*, Stand 1.3.2016, § 750 Rdnr. 26.1; *Wieczorek/Schütze/Bittmann*, ZPO, 4. Aufl., § 750 Rdnr. 36 Fn. 163; *Böttcher*, ZVG, 6. Aufl., § 16 Rdnr. 56b), hält der Senat aber nicht mehr fest.

**13 (1)** Nach dem Wortlaut des § 750 Abs. 2 ZPO ist in den Fällen, in denen die Vollstreckungsklausel aufgrund öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden erteilt ist, auch eine Abschrift „dieser“ Urkunden zuzustellen. Damit gilt das Zustellerefordernis nur für die Nachweiskunden, auf welche das Klauselorgan die Klausel ausweislich der Klausel gestützt hat und die ihm als Beweis der Rechtsnachfolge ausgereicht haben (vgl. *Wolfsteiner*, DNotZ 2013, 193 f.; *Alff*, Rpfleger 2013, 183, 186; *ders.*, Rpfleger 2016, 115). Hiermit ist das Erfordernis, bei einer verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge die

Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung stets an die Zustellung eines aktuellen Registerauszugs oder einer dem Auszug gleichstehenden Bescheinigung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO zu knüpfen, nicht zu vereinbaren.

**14** (2) Sinn und Zweck des § 750 Abs. 2 ZPO gebieten keine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung. Allgemein dient das Zustellungserfordernis der Sicherung des Anspruchs des Schuldners auf Gewährung rechtlichen Gehörs; durch die Zustellung wird er vollständig über die Grundlagen der Zwangsvollstreckung unterrichtet und in die Lage versetzt, deren Voraussetzungen zu prüfen (Senat, Beschluss vom 25.1.2007, V ZB 47/06, NJW 2007, 3357 Rdnr. 11; Senat, Beschluss vom 8.11.2012, V ZB 124/12, BGHZ 195, 292 Rdnr. 6). Vor diesem Hintergrund soll § 750 Abs. 2 ZPO sicherstellen, dass der Schuldner vollständig und in derselben Weise wie das Organ, das die vollstreckbare Ausfertigung des Titels erteilt hat, über die Grundlagen und Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung informiert ist (vgl. Senat, Beschluss vom 21.9.2006, V ZB 76/06, WM 2006, 2266 Rdnr. 10). Er soll von der Rechtsnachfolge erfahren und die Möglichkeit erhalten, die Rechtmäßigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel zu überprüfen und seine Einwendungen in den dafür vorgesehenen Verfahren nach § 732 ZPO oder § 768 ZPO geltend zu machen (vgl. Senat, Beschluss vom 25.1.2007, V ZB 47/06, NJW 2007, 3357 Rdnr. 13). Dies entspricht auch den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers (vgl. S. 411 der Entwurfsbegründung, abgedruckt bei *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2, 2. Aufl., S. 439).

**15** Diese Prüfung kann der Schuldner ausschließlich anhand der Urkunden vornehmen, die dem Klauselorgan tatsächlich als Nachweis gedient haben. Der Registerinhalt im Zeitpunkt der Klauselerteilung ist hierfür unerheblich, sofern das Klauselorgan die Vollstreckungsklausel nicht auf einen entsprechenden Registerauszug oder eine Bescheinigung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO gestützt hat. Die Zustellungspflicht erfasst (nur) diejenigen Urkunden, die dem Klauselorgan die Überzeugung von der Rechtsnachfolge verschafft haben (vgl. *Volmer*, MittBayNot 2013, 164 f.; *Afff*, Rpfleger 2013, 183, 186).

**16** (3) Dieses Ergebnis wird durch systematische Erwägungen gestützt. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer erteilten Klausel ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Vollstreckungsorgans. Dessen Nachprüfung unterliegt nur, ob eine Klausel vorhanden ist und ob sie wirksam erteilt wurde, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte (BGH, Beschluss vom 23.5.2012, VII ZB 31/11, NJW-RR 2012, 1148 Rdnr. 12; BGH, Beschluss vom 16.5.2012, I ZB 65/11, NJW 2012, 3518 Rdnr. 10; BGH, Beschluss vom 12.1.2012, VII ZB 71/09, NJW-RR 2012, 1146 Rdnr. 15; OLG Hamm, FamRZ 1981, 199 f.; *Zöller/Stöber*, ZPO, 31. Aufl., § 724 Rdnr. 14; MünchKomm-ZPO/*Heßler*, 4. Aufl., § 750 Rdnr. 77; *Afff*, Rpfleger 2013, 183, 186). Diese Prüfung ist allein dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten, welches dafür die Klauselerinnerung gemäß § 732 ZPO bzw. die Klage gemäß § 768 ZPO bereitstellt (vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 750 Rdnr. 44; *Wieczorek/Schütze/Bittmann*, ZPO, 4. Aufl., § 750 Rdnr. 36; *Wolfsteiner*, DNotZ 2013, 193, 196). Mit der Voll-

streckungsklausel soll die Vollstreckbarkeit für alle künftig beauftragten Vollstreckungsorgane verbindlich festgestellt sein. Da nur die Entscheidung des Klauselgerichts in allen künftigen Vollstreckungsverfahren bindend ist, ist es verfahrensökonomisch, die Frage einer Vollstreckungsnachfolge zentral im Klauselerteilungsverfahren zu entscheiden (vgl. *Wolfsteiner*, DNotZ 2013, 193, 196; *Afff*, Rpfleger 2016, 115). Das Zustellungserfordernis des § 750 Abs. 2 ZPO bezieht sich daher nicht auf diejenigen Nachweisurkunden, auf welche das Klauselorgan die Klauselerteilung hätte stützen müssen, denn dies ist eine die Rechtmäßigkeit der Klauselerteilung betreffende, von den Vollstreckungsorganen nicht zu prüfende Frage (vgl. *BeckOK-ZPO/Ulrici*, Stand 1.3.2016, § 750 Rdnr. 26.1; *Saenger/Kindl*, ZPO, § 750 Rdnr. 11; *Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, § 750 Rdnr. 22).

**17** cc) Für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Zuschlags kommt es deshalb nicht darauf an, ob der Notar die Nachfolgeklausel vom 3.2.2014 erteilen durfte, obwohl die ihm vorliegende Bescheinigung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO den Inhalt des Handelsregisters nur für den 12.9.2001 auswies. Dies ist zweifelhaft, weil bis zur Klauselerteilung über zwölf Jahre vergangen waren und nicht auszuschließen ist, dass zwischen der Einsichtnahme in das Register und der Klauselerteilung Eintragungen in das Register erfolgten, welche der Bescheinigung der Rechtsnachfolge entgegenstehen. Dieser mögliche Fehler bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel ist aber nicht derart schwerwiegend, dass er zur Nichtigkeit der Klausel führen könnte. Nur unter dieser Voraussetzung wäre der Mangel im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen, da es dann an einer Vollstreckungsvoraussetzung fehlte (vgl. BGH, Beschluss vom 12.1.2012, VII ZB 71/09, NJW-RR 2012, 1146 Rdnr. 16 m. w. N.).

**18** c) Bezogen auf die in der Vollstreckungsklausel als Nachweis für die Rechtsnachfolge angeführte und deshalb im Rahmen des § 750 Abs. 2 ZPO maßgebliche Notarbescheinigung vom 13.9.2001, von der dem die Klausel erteilenden Notar eine beglaubigte Abschrift vorlag, leidet die Zustellung zwar an einem Mangel. Dieser ist jedoch geheilt worden und vermag daher die Rechtswidrigkeit des Zuschlags nicht zu begründen.

**19** aa) Obwohl dies gesetzlich nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass die nach § 750 Abs. 2 ZPO zuzustellenden Abschriften der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden beglaubigt sein müssen (vgl. OLG Hamm, OLGR 1993, 287, 288; LG Münster, MDR 1989, 648; MünchKomm-ZPO/*Heßler*, § 750 Rdnr. 73 Fn. 118; *Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, § 750 Rdnr. 21; *Zöller/Stöber*, ZPO, § 750 Rdnr. 20; *BeckOK-ZPO/Ulrici*, Stand 1.3.2016, § 750 Rdnr. 26; *PG/Kroppenberg*, ZPO, 8. Aufl., § 750 Rdnr. 17; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 74. Aufl., § 750 Rdnr. 21).

**20** bb) Wie die Rechtsbeschwerde unter Verweis auf die Postübergabeurkunde vom 13.2.2014 zu Recht rügt, ist dieser Anforderung nicht genügt worden, weil dem Schuldner lediglich eine einfache Abschrift (Kopie) der notariell beglaubigten Abschrift der Notarbescheinigung vom 13.9.2001 zugestellt worden ist. Dies kann und muss der Senat auch als Rechtsbeschwerdegericht berücksichtigen. Dem steht nicht

entgegen, dass das Beschwerdegericht hierzu keine näheren Feststellungen getroffen hat. Grundlage der Nachprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren ist zwar der in der angefochtenen Entscheidung festgestellte Sachverhalt; § 577 Abs. 2 Satz 4 ZPO verweist insoweit auf die Regelung des § 559 ZPO. Eine Bindung besteht jedoch nicht in den Fällen, in denen von Amts wegen zu berücksichtigende Verfahrensfehler vorliegen (vgl. BeckOK-ZPO/Wulf, Edition 20, § 577 Rdnr. 3). § 750 Abs. 2 ZPO formuliert Vollstreckungsvoraussetzungen, deren Einhaltung von den Vollstreckungsorganen selbstständig und eigenverantwortlich von Amts wegen zu beachten ist (vgl. Münch-Komm-ZPO/Heßler, § 750 Rdnr. 1 m. w. N.; PG/Kroppenberg, ZPO, § 750 Rdnr. 1). Liegen sie nicht vor, muss das auch von dem (Rechts-)Beschwerdegericht beachtet werden. Gemäß § 100 Abs. 3 ZVG sind Versagungsgründe nach § 83 Nr. 6 ZVG – ein solcher wäre bei einem Verstoß gegen § 750 Abs. 2 ZPO zu bejahen – nämlich von Amts wegen zu prüfen.

**21 cc)** Der Zustellungsmangel wirkt sich im Ergebnis jedoch nicht aus. Wird statt einer beglaubigten Abschrift die einfache Abschrift einer Nachweisurkunde im Sinne des § 750 Abs. 2 ZPO zugestellt, ist der darin liegende Zustellungsmangel nach § 189 ZPO geheilt, wenn diese Abschrift nach Inhalt und Fassung mit der Nachweisurkunde übereinstimmt.

**22 (1)** Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei der Zustellung einer einfachen statt einer beglaubigten Abschrift der Klageschrift um einen Zustellungsmangel, der nach § 189 ZPO geheilt werden kann, sofern die zugestellte Abschrift mit der Urschrift übereinstimmt (vgl. BGH, Urteil vom 22.12.2015, VI ZR 79/15, NJW 2016, 1517 Rdnr. 14 ff. m. w. N.). Denn das Erfordernis, bei dem Zustellungsakt eine beglaubigte Abschrift der Klageschrift zu verwenden, stellt eine Zustellungsvorschrift im Sinne von § 189 ZPO dar (BGH, Urteil vom 22.12.2015, VI ZR 79/15, a. a. O., Rdnr. 20).

**23 (2)** Nichts anderes gilt im Ergebnis für die nach § 750 Abs. 2 ZPO zuzustellenden Abschriften der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden, aufgrund derer die Vollstreckungsklausel erteilt worden ist. Anlass, sie anders als eine Klageschrift zu behandeln, besteht nicht.

(...)

**27 3.** Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes steht der Zurückweisung der Rechtsbeschwerde nicht entgegen.

**28 a)** Die Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung entfaltet nicht nur Wirkungen für die Zukunft, sondern auch für früher begründete, noch nicht abgeschlossene Rechtsbeziehungen. Diese sog. unechte Rückwirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist grundsätzlich rechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 74, 129, 155; BGH, Urteil vom 29.2.1996, IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 129, Urteil vom 19.7.2011, II ZR 300/08, NZI 2011, 864 Rdnr. 40). Allerdings fordern das Rechtsstaatsgebot und der daraus folgende Grundsatz des Vertrauensschutzes, in jedem einzelnen Fall einer mit Rückwirkung verbundenen Rechtsprechungsänderung anhand der Kriterien der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit zu prüfen, ob den Interessen des auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage Vertrauenden Vorrang gegenüber den Belangen der übrigen Beteiligten und den Anliegen der Allgemeinheit sowie gegenüber der materiellen Gerechtigkeit einzu-

räumen ist (vgl. BVerfGE 59, 128, 165; BGH, Urteil vom 29.2.1996, IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 130 f.; Urteil vom 19.7.2011, II ZR 300/08, NZI 2011, 864 Rdnr. 40).

**29 b)** Einem möglichen Vertrauen des Schuldners auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung des Senats gebührt ein solcher Vorrang nicht. Der Senat hat das Erfordernis der Zustellung eines aktuellen Registerauszugs im Wesentlichen mit der Sicherung des Anspruchs des Schuldners auf rechtliches Gehör sowie damit begründet, dass anderenfalls nicht auszuschließen ist, dass zwischen der Einsichtnahme in das Register und der Klauselerteilung Eintragungen in das Register erfolgten, welche der bescheinigten Rechtsnachfolge entgegenstehen (Urteil vom 8.11.2012, V ZB 124/12, BGHZ 195, 292, 295 f.). Der Schuldner macht aber selbst nicht geltend, dass es hier bis zur Klauselerteilung zu solchen Eintragungen gekommen ist; einem aktuellen Registerauszug hätte er demgemäß keine Erkenntnisse entnehmen können, die gegen eine Rechtsnachfolge der Gläubigerin sprachen. Es ist damit nicht zu einer in der Sache unberechtigten Zwangsvollstreckung gekommen. Ein etwaiges Vertrauen darauf, dass die Zuschlagsbeschwerde aus formalen Gründen dennoch Erfolg haben würde, ist nicht vorrangig gegenüber dem Interesse der übrigen Verfahrensbeteiligten an der Geltung der nunmehr als richtig erkannten Entscheidung.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt Dr. **Bernhard Ulrici**, Leipzig

Der Beschluss behandelt im Kern zwei im Rahmen der Zwangsvollstreckung (aus notariellen Urkunden) praktisch bedeutsame Fragestellungen:

- Umfang des Zustellerfordernisses nach § 750 Abs. 2 ZPO (1.)
- formelle Anforderungen an die Zustellung von Nachweisurkunden und Fehlerfolgen (2.).

Während die Entscheidung zum zweiten Fragenkreis auf der Linie der schon bislang herrschenden Ansicht sowie der jüngeren Rechtsprechung des BGH liegt, trägt sie betreffend die erste Frage der Kritik Rechnung, die an der bisherigen Rechtsprechung des Senats im Schrifttum umfangreich geäußert wurde, und gibt diese Rechtsprechung auf.

#### 1. Umfang des Zustellerfordernisses nach § 750 Abs. 2 ZPO

a) Bislang ging der Senat für den Fall der Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite infolge Verschmelzung davon aus, dass zu den nach § 750 Abs. 2 ZPO vor oder bei Beginn der Zwangsvollstreckung zuzustellenden Urkunden grundsätzlich auch ein Registerauszug gehört, welcher den aktuellen Registerinhalt bis zum Zeitpunkt der Erteilung der titelübertragenden Vollstreckungsklausel wiedergibt.<sup>1</sup> Zur Begrün-

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 8.11.2012, V ZB 124/12, MittBayNot 2013, 160 Rdnr. 9 f. m. Anm. Volmer, MittBayNot 2013, 164, 164 f. = DNotZ 2013, 190 Rdnr. 9 f. m. abl. Anm. Wolfsteiner; BGH, Beschluss vom 21.11.2013, V ZB 109/13, NJW-RR 2014, 400 Rdnr. 5; zust. Stöber in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 750 Rdnr. 20.

dung verwies der Senat darauf, dass anderenfalls nicht auszuschließen sei, dass zwischen Einsichtnahme in das Register und Klauselerteilung weitere Eintragungen erfolgt sind, die der bescheinigten Rechtsnachfolge entgegenstehen. Diese Sichtweise unterliegt sowohl im Hinblick auf § 750 Abs. 2 ZPO als auch auf § 727 ZPO Bedenken:

b) Zutreffend erkannt hat der Senat nunmehr, dass seiner vorherigen Sichtweise der Wortlaut des § 750 Abs. 2 ZPO entgegensteht. Danach sind zuzustellen diejenigen Urkunden, auf die das Klauselorgan (ausweislich der erteilten Klausel) die Klauselentscheidung gestützt hat. Nicht zuzustellen sind dagegen diejenigen Urkunden, auf die das Klauselorgan seine Entscheidung hätte stützen müssen. Dies folgt neben dem Gesetzeswortlaut auch aus Sinn und Zweck des Zustellerfordernisses nach § 750 Abs. 2 ZPO sowie aus der Gesetzessystematik. Das Zustellerfordernis dient der Gewährung rechtlichen Gehörs betreffend die Klauselerteilung.<sup>2</sup> Rechtliches Gehör ist zu der vom Klauselorgan getroffenen und nicht zu einer hypothetischen Entscheidung zu gewähren, weil sich Rechtsbehelfe ebenfalls gegen die getroffene und nicht gegen eine hypothetische Entscheidung richten. Abgesehen hiervon widerspricht es der Bindung der Vollstreckungsorgane an die Vollstreckungsklausel,<sup>3</sup> wenn die Vollstreckungsorgane ohne Rücksicht auf die Benennung der Nachweismittel durch das Klauselorgan<sup>4</sup> bestimmen müssten/dürften, auf der Grundlage welcher Nachweismittel das Klauselorgan seine Entscheidung getroffen hat oder richtigerweise hätte treffen müssen.

c) Dagegen hat der Senat ausweislich Rdnr. 17 des Beschlusses („Dies ist zweifelhaft ...“) nicht erkannt, dass seine vorherige Rechtsprechung zugleich auf einem unzutreffenden Verständnis des im Klauselerteilungsverfahren nach § 727 ZPO maßgeblichen Prüfungsmaßstabs beruht. Das Klauselorgan muss nur feststellen, dass der Antragsteller Rechtsnachfolger geworden ist.<sup>5</sup> Dass die infolge Rechtsnachfolge erlangte Stellung als Gläubiger oder Schuldner fortbesteht, muss dagegen nicht festgestellt werden. Dementsprechend müssen – zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Klauselerteilungsverfahrens – nach herrschender Ansicht im Rahmen von § 727 ZPO wie bei § 726 ZPO auch nur die Tatsachen nachgewiesen werden, die eine Rechtsnachfolge begründen. Dagegen muss das Fehlen derjenigen Tatsachen nicht nachgewiesen werden, die eine solche Rechtsnachfolge hindern oder vernichten. Vielmehr sind hindernde oder vernichtend wirkende Tatsachen im Rahmen der Klagen nach §§ 767, 768 ZPO zur Geltung zu bringen.<sup>6</sup> Ergänzt wird der Schutz des Schuldners durch die §§ 730, 733 ZPO.

aa) Folglich besteht zunächst entgegen der Annahme des BGH kein Grund dafür, mittels eines auf den Zeitpunkt der Klauselerteilung bezogenen Registerauszugs nachzuweisen, dass zwischenzeitlich keine die Rechtsnachfolge beeinträchtigenden Eintragungen erfolgt sind.

bb) Darüber hinaus bedarf es entgegen der Annahme des Senats der Vorlage eines im Klauselerteilungszeitpunkt aktuellen Registerauszugs aber auch nicht dazu, im Register etwaig erfolgte Korrekturen (§§ 17, 18 Satz 2, § 19 HRV) zu berücksichtigen. Ein abweichendes Verständnis liefe auf die Annahme hinaus, dass Registerauszüge und Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO als Beweisurkunden im Gegensatz zu anderen Nachweisurkunden ein „Verfallsdatum“ besitzen. Hierfür fehlt jeder Anhaltspunkt im Gesetz.

cc) Für beide vorstehenden Gesichtspunkte spricht ferner der Umstand, dass eine Vollstreckungsklausel auch bereits in dem Zeitpunkt, für welchen der Registerauszug oder die Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO den (noch nicht berichtigten) Registerinhalt nachweist, hätte erteilt werden können. Nachfolgende Eintragungen im Register wären jeweils nur im Rahmen von §§ 767, 768 ZPO zur Geltung zu bringen. Dieser Schutz ist i. V. m. §§ 730, 733 ZPO auch hinreichend, wenn die Klausel auf der Grundlage einer älteren Nachweisurkunde erteilt wird.

## 2. Zustellung von Nachweisurkunden

Dass die nach § 750 Abs. 2 ZPO zuzustellenden Abschriften der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden ihrerseits beglaubigt sein müssen, war bereits bislang ganz herrschende Ansicht.<sup>7</sup> Mit dem vorliegenden Beschluss erteilt der BGH dieser Ansicht seinen Segen. Zugleich nimmt der Senat diesem Formerfordernis allerdings seine praktische Relevanz. Er weist darauf hin, dass Verstöße nach § 189 ZPO dadurch geheilt werden können, dass eine einfache Abschrift der Nachweisurkunde zugestellt wird, wenn diese Abschrift nach Inhalt und Fassung mit der Nachweisurkunde übereinstimmt. Der Senat überträgt insoweit seine nicht ohne Kritik<sup>8</sup> gebliebene Rechtsprechung zur Zustellung der Klageschrift in lediglich einfacher Abschrift auf die Zustellung von Nachweisurkunden. Dies ist konsequent.

<sup>7</sup> Vgl. VGH München, Beschluss vom 3.9.2012, 8 C 12.364, NVwZ-RR 2013, 75, 76.

<sup>8</sup> *Böttcher*, NJW 2016, 1520. Zustimmung dagegen *Dötsch*, MDR 2016, 694, 695.

<sup>2</sup> BeckOK-ZPO/*Ulrici*, Stand 1.12.2016, § 750 Rdnr. 21.

<sup>3</sup> BeckOK-ZPO/*Ulrici*, § 724 Rdnr. 6.

<sup>4</sup> BeckOK-ZPO/*Ulrici*, § 726 Rdnr. 21 f.

<sup>5</sup> Vgl. auch *Giers* in *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl. 2015, § 727 ZPO Rdnr. 5: „Eintritt der Rechtsnachfolge“.

<sup>6</sup> MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, 5. Aufl. 2016, § 727 Rdnr. 52; BeckOK-ZPO/*Ulrici*, Stand 1.12.2016, § 727 Rdnr. 23.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 21. Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit eines notariellen Vertrages

BGH, Urteil vom 10.6.2016, V ZR 295/14  
(Vorinstanz: KG, Urteil vom 6.11.2014, 20 U 63/14)

ZPO § 415  
BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2

#### LEITSÄTZE:

1. Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit eines notariellen Vertrages wird nicht durch die Vorlage eines inhaltlich abweichenden Vertragsentwurfs widerlegt.
2. Die in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG normierte Amtspflicht des Notars, den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts den Vertragsparteien schon vor der Beurkundung zur Verfügung zu stellen, dient als Gelegenheit, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen, Unklarheiten und Änderungswünsche vorher zu klären und sich auf die Beurkundungsverhandlung vorzubereiten. Der Entwurf dokumentiert hingegen nicht den abschließenden Parteiwillen. Die Aufgabe des Notars, diesen zu ermitteln und den Erklärungen eine Fassung zu geben, die den Absichten und Interessen der Beteiligten gerecht wird, bringt es mit sich, dass es während der Beurkundungsverhandlung – etwa aufgrund einer Anregung durch den Notar oder entsprechender Parteiwünsche – noch zu Änderungen in dem Entwurfstext kommen kann. Erst mit der in der Beurkundungsverhandlung gefertigten Niederschrift (§§ 8, 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeurkG) erhalten die Erklärungen der Beteiligten ihre endgültige Form. Die notarielle Urkunde dokumentiert, zu welchem Ergebnis die Beurkundungsverhandlung vor dem Notar geführt hat. Die Erklärungen der Beteiligten gelten mit der Beweiskraft des § 415 ZPO als abgegeben. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2017, 48.

## KOSTENRECHT

### 22. Landwirtschaftliches Kostenprivileg bei familieninterner Verpachtung des überlassenen Betriebes

OLG Nürnberg, Beschluss vom 1.2.2017, 8 W 2148/16

GNotKG § 48 Abs. 1, §§ 127, 129  
FamFG § 81 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Einer Anwendung des landwirtschaftlichen Kostenprivilegs nach § 48 Abs. 1 GNotKG steht nicht entgegen, dass der von der Mutter an die Tochter überlassene Betrieb (Hofstelle nebst Land) hauptsächlich von einem Familienangehörigen (hier: Ehemann der Tochter) auf der Grundlage eines Pachtvertrages geführt wird.
2. Wenn der Notar im Rahmen seiner Gebührenrechnung zu Unrecht die Berücksichtigung einer Kostenbegünstigung nach § 48 Abs. 1 GNotKG abgelehnt hat, ist es nach § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG gerechtfertigt, ihn zur Kostenerstattung für das gerichtliche Verfahren nach § 127 GNotKG sowie zur Kostentragung für ein nachfolgendes Beschwerdeverfahren nach § 129 GNotKG zu verurteilen.

#### SACHVERHALT:

1. Unter dem 19.2.2016 wurde die Überlassung einer landwirtschaftlichen Hofstelle nebst zugehörigem Grund (Wald, Ackerland, Grünland) durch die Beschwerdegegnerin als Notarin beurkundet. In der Urkunde ist die Antragstellerin als „Erwerber“ bezeichnet, als „Veräußerer“ deren Mutter. Unter Ziffer 12.1. des Übergabevertrages ist geregelt, dass sämtliche Kosten, insbesondere solche der Errichtung und des Vollzugs der Urkunde, vom „Erwerber“ zu tragen sind.
2. Mit Kostenrechnung vom 9.3.2016 hat die Notarin der Antragstellerin einen Gesamtbetrag in Höhe von brutto 3.077,46 € in Rechnung gestellt, ausgehend von einem gemäß §§ 46, 47, 97 GNotKG zugrundegelegten Wert von 540.657,90 € und einer sich daraus ergebenden Beurkundungsgebühr von 2.030 € netto.
3. Hiergegen wandte sich die Kostenschuldnerin unter dem 10.6.2016 an das LG Weiden i. d. Oberpfalz mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Sie beehrte eine Herabsetzung der Notargebühren, da die Privilegierung der Hofüberlassung von der Mutter an die Tochter gemäß § 48 GNotKG nicht beachtet worden sei; anstelle des Verkehrswertes hätte lediglich das deutlich geringere Vierfache des steuerlichen Einheitswertes als Berechnungsgrundlage herangezogen werden dürfen.
4. Nach Anhörung der Beteiligten – Notarin, Notarkasse und Landgerichtspräsident – hat das LG Weiden i. d. Oberpfalz mit Beschluss vom 15.9.2016 den Antrag der Antragstellerin auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 127 GNotKG vom 10.6.2016 als unbegründet zurückgewiesen. Ausweislich des eindeutigen Wortlauts von § 48 Abs. 1 Satz 1 GNotKG, der als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen sei, greife die Privilegierung der genannten Norm nur dann, wenn die unmittelbare Fortführung des Betriebes durch den Erwerber selbst beabsichtigt sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Der Betrieb wurde und werde (aufgrund eines Pachtvertrages) durch den Ehemann der Antragstellerin geleitet und somit nicht unmittelbar durch diese selbst fortgeführt. Weil der Betrieb somit von Familienangehörigen der Erwerberin weitergeführt werde, habe die Notarin zu Recht den Verkehrswert der überlassenen Grundstücke als Wertansatz gewählt.

**5** Gegen diese ihr am 20.9.2016 zugestellte Entscheidung hat die (...) Beschwerde eingelegt. Sie beharrt auf ihrem Rechtsstandpunkt, dass die familieninterne Betriebsfortführung einer Privilegierung nach § 48 Abs. 1 GNotKG nicht entgegenstehe.

**6** Mit Beschluss vom 18.10.2016 hat das LG Weiden i. d. Oberpfalz eine Abhilfe abgelehnt und die Sache dem OLG Nürnberg als Beschwerdegericht vorgelegt.

**7** Der Senat hat wiederholt die Beschwerdeführerin, die Notarin und die Notarkasse jeweils zu dem wechselseitigen schriftlichen Vorbringen angehört. Die Beschwerdegegnerin ist in Übereinstimmung mit der Notarkasse der Auffassung, insbesondere nach der im Jahre 2013 erfolgten Gesetzesänderung (Ablösung der KostO durch das GNotKG) stehe jegliche Fremdverpachtung des Überlassungsobjektes einer Anwendung des landwirtschaftlichen Kostenprivilegs nach § 48 GNotKG entgegen. (...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**8** II. Die Einwendungen der Kostenschuldnerin gegen die streitgegenständliche Notarkostenrechnung sind berechtigt. Die Beschwerde der Kostenschuldnerin ist zulässig und hat in der Sache Erfolg. Die beanstandete Kostenrechnung ist – unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung des LG – aufzuheben und neu zu fassen wie im Tenor geschehen.

(...)

**11** 2. Für die Entscheidung des Falles ist nach Aktenlage von folgenden Tatsachen auszugehen:

**12** Der streitgegenständliche Landwirtschaftsbetrieb umfasst insgesamt eine Fläche von 18,7417 ha, davon 0,4684 ha entfallend auf die Hofstelle. Außerdem hat der Betrieb noch Fremdf Flächen von insgesamt 4,33 ha zur Bewirtschaftung gepachtet.

**13** Eine Teilfläche des Grünlandes von ca. 2,55 ha ist zurzeit noch an einen Dritten zur Bewirtschaftung verpachtet, der Pachtvertrag endet im Oktober 2018 und soll nicht verlängert werden.

**14** Der Betrieb wurde zuvor über mehr als 30 Jahre hinweg von den Großeltern und nachfolgend von den Eltern der Kostenschuldnerin (nach deren Scheidung: von der Mutter alleine) im Vollerwerb geführt, bevor ihn der Vater des Ehemanns der Kostenschuldnerin gepachtet hatte.

**15** Seit 2013 bewirtschaftet die Kostenschuldnerin gemeinsam mit ihrem Ehemann den Betrieb. An der Hofstelle sind die Hofwerkstatt, das Festmistlager, die Holzaufbereitung, das Heu- und Getreidelager sowie eine Maschinenhalle angesiedelt, zudem werden weitere Zupachtflächen von dort aus bewirtschaftet. Seit 2013 hat die Kostenschuldnerin eine Ausbildung zur Landwirtin durchlaufen und diese im Juli 2016 erfolgreich abgeschlossen.

**16** Zum 1.7.2015 hat der Ehemann der Kostenschuldnerin, der zeitgleich mit der Kostenschuldnerin im Juli 2016 die Abschlussprüfung im staatlich anerkannten Ausbildungsberuf des Landwirts erfolgreich absolviert hat, den Betrieb komplett gepachtet und führt ihn fort.

**17** Seit Sommer 2015 führen die Eheleute gleichberechtigt und mit ebensolcher Verantwortlichkeit den Betrieb (die Kostenschuldnerin spricht von einem „gemeinsam bewirtschafteten Familienbetrieb“). Die Kostenschuldnerin besitzt eine

umfassende Generalvollmacht ihres Mannes und erledigt im Zusammenhang mit dem Betrieb insbesondere jegliche Behördenvorgänge, Bank- und Versicherungsangelegenheiten sowie Einkäufe und Verkäufe eigenverantwortlich. Das Einkommen aus dem landwirtschaftlichen Betrieb stellt einen wesentlichen Anteil am Gesamteinkommen der Eheleute dar und bildet deren Existenzgrundlage.

**18** Der von der Notarin in Ansatz gebrachte „Verkehrswert“ des Betriebes von 540.657,90 € wird nicht in Frage gestellt (vgl. § 46 Abs. 4 GNotKG).

**19** Der Einheitswertbescheid (Zurechnungsfortschreibung auf den 1.1.1994) des FA Weiden i. d. Oberpfalz vom 21.1.1994 setzt den Einheitswert für den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft auf 6.800 DM fest.

**20** Auf Veranlassung des Senats hat die Notarin mit Schriftsatz vom 5.12.2016 eine alternative Gebührenberechnung unter Anwendung des Kostenprivilegs nach § 48 Abs. 1 GNotKG angefertigt; demnach ergibt sich unter Berücksichtigung des steuerlichen Einheitswertes (zur Bemessung der Leistung des Veräußerers: vierfacher Wert umgerechnet in Euro = 13.907,14 €) und sämtlicher von dem Überlassungsvertrag erfasster Gegenleistungen ein – für die Gebührenberechnung – einzusetzender Wert von 63.800 € als gemäß § 97 Abs. 3 GNotKG in Ansatz zu bringende höhere Gegenleistung des „Erwerbers“ (Wohnungsrechte, Leibgeding, Wohnnebenkosten, Beerdigungskosten). Gegen diese Wertberechnungen wurden keine Einwendungen erhoben.

**21** 3. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Entscheidung der Streitfrage stellen sich wie folgt dar:

**22** Bis 31.7.2013 galt die KostO, wonach folgende Regelung galt:

### § 19 Sachen

(1) Der Wert einer Sache ist der gemeine Wert. Er wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre; ungewöhnliche oder nur persönliche Verhältnisse bleiben außer Betracht.

(2) Bei der Bewertung von Grundbesitz ist der letzte Einheitswert maßgebend, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist, sofern sich nicht aus dem Inhalt des Geschäfts, den Angaben der Beteiligten, Grundstücksbelastungen, amtlich bekannten oder aus den Grundakten ersichtlichen Tatsachen oder Vergleichswerten oder aus sonstigen ausreichenden Anhaltspunkten ein höherer Wert ergibt; jedoch soll von einer Beweisaufnahme zur Feststellung eines höheren Wertes abgesehen werden. Wird der Einheitswert nicht nachgewiesen, so ist das Finanzamt um Auskunft über die Höhe des Einheitswerts zu ersuchen; § 30 AO steht der Auskunft nicht entgegen. Ist der Einheitswert noch nicht festgestellt, so ist dieser vorläufig zu schätzen; die Schätzung ist nach der ersten Feststellung des Einheitswerts zu berichtigen; die Frist des § 15 Abs. 1 beginnt erst mit der Feststellung des Einheitswerts.

(3) Ist der Einheitswert maßgebend, weicht aber der Gegenstand des gebührenpflichtigen Geschäfts vom Gegenstand der Einheitsbewertung wesentlich ab oder hat sich der Wert infolge bestimmter Umstände, die nach dem Feststellungszeitpunkt des Einheitswerts eingetreten sind, wesentlich verändert, so ist der nach den Grundsätzen der Einheitsbewertung geschätzte Wert maßgebend.

(4) Bei einem Geschäft, das die Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle durch Übergabevertrag, Erbvertrag oder Testament, Erb- oder Gesamtgutsauseinandersetzung oder die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise einschließlich der Abfindung weichender Erben betrifft, ist das land- und forstwirtschaftliche Vermögen im Sinne des Bewertungsgesetzes mit dem Vierfachen des letzten Einheitswertes, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist, zu bewerten; Abs. 2 Satz 2 und 3 und Abs. 3 gelten entsprechend. (...)

**23** Mit Wirkung ab 1.8.2013 wurde mit dem Zweiten Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 23.7.2013 die KostO durch das GNotKG abgelöst.

**24** Dort ist nunmehr bestimmt:

§ 46 Sache

(1) Der Wert einer Sache wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (Verkehrswert). (...)

§ 48 Land- und forstwirtschaftliches Vermögen

(1) Im Zusammenhang mit der Übergabe oder Zuwendung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle an eine oder mehrere natürliche Personen einschließlich der Abfindung weichender Erben beträgt der Wert des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens im Sinne des Bewertungsgesetzes höchstens das Vierfache des letzten Einheitswerts, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist, wenn

1. die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst beabsichtigt ist und
2. der Betrieb unmittelbar nach Vollzug der Übergabe oder Zuwendung einen nicht nur unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des zukünftigen Inhabers bildet. (...)

4. Mit der Kostenschuldnerin und entgegen der Auffassung der rechnungsstellenden Notarin und der am Verfahren beteiligten Notarkasse – Prüfungsabteilung – ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen zur Anwendung des § 48 Abs. 1 GNotKG erfüllt sind.

**25 a)** Wie die Notarin und auch die Notarkasse zunächst einräumen, sind die sich aus dem Wortlaut des § 48 Abs. 1 GNotKG ergebenden nachfolgenden Tatbestandsmerkmale unstrittig erfüllt:

- Es liegt eine Übergabe oder Zuwendung vor.
- Es handelt sich um einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb mit Hofstelle.

- Der Betrieb stellt einen nicht nur unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des zukünftigen Inhabers dar.

**26 b)** Die Notarin und auch die Notarkasse meinen aber, dass es – wegen des mit dem Ehemann der Erwerberin bestehenden Pachtvertrages – an dem Tatbestandsmerkmal der „vom Erwerber selbst beabsichtigten Fortführung des Betriebes“ mangle und deshalb eine Anwendung von § 48 Abs. 1 GNotKG ausscheide. Denn nach dem Willen des Reformgesetzgebers schließe jegliche über den Übergabezeitpunkt hinausgehende Nutzung eines Dritten, insbesondere eines Pächters, die Kostenbegünstigung nach § 48 Abs. 1 GNotKG aus.

**27** Dem kann – unter den hier zu berücksichtigenden Einzelfallumständen – nicht gefolgt werden.

**28 c)** Zu der überkommenen Rechtslage nach § 19 Abs. 4 KostO hatte das BayObLG mit Beschluss vom 3.9.1997, 3 Z BR 98/97, MittBayNot 1997, 382 = JurBüro 1998, 41 entschieden:

„Der Rechtsbeschwerde ist zuzugeben, dass die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO davon abhängig ist, dass – so sämtliche in ihm aufgeführten Beispiele – die Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes der Fortführung dieses Betriebes dient. Die Entscheidung des Senats in BayObLGZ 1994, 110 kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass die schenkungsweise Überlassung eines auch weiterhin an Dritte verpachteten landwirtschaftlichen Betriebes die Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO nicht betrifft (vgl. auch *Fassbender*, Das Kostenprivileg der Landwirtschaft, S. 237 Stichwort ‚verpachtete Betriebe‘). Diese Fortführung des Betriebes war der Erwerberin weder möglich noch von ihr beabsichtigt. Sie wurde weiterhin allein vom Pächter vorgenommen. Die bloße theoretische Möglichkeit, irgendwann den Betrieb selbst zu führen, begründet – so die Entscheidung des Senats – die Voraussetzung der Privilegierung nicht. Im Gegensatz zu der genannten Senatsentscheidung steht vorliegend die tatsächliche Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes durch den Erwerber nicht in Zweifel. Nach den fehlerfrei getroffenen Tatsachenfeststellungen des LG wird der Betrieb nach wie vor vom Beteiligten zu 1 und seiner Ehefrau gemeinsam bewirtschaftet und dient der bäuerlichen Familie als Existenzgrundlage. Dass die Bewirtschaftung in „üblicher“ Arbeitsteilung erfolgt, steht der Privilegierung nicht entgegen (vgl. BayObLGZ 1993, 40). Auch die innerfamiliäre Verpachtung des Betriebes an die Ehefrau des Beteiligten zu 1 hindert die Fortführung durch den Erwerber selbst nicht. Sie ist nach den Feststellungen des LG ausschließlich aus sozialrechtlichen Überlegungen erfolgt, um auf die Gestaltung des Krankenversicherungsverhältnisses Einfluss zu nehmen. Der Gesetzeszweck des § 19 Abs. 4 KostO, eine frühzeitige Regelung der Hofnachfolge zu fördern und der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in der Hand bäuerlicher Familien zu dienen (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates BT-Drucks. 11/2343, S. 6 f.), lässt die vorliegende Ausgestaltung der Hofübergabe zu.“

**29** Zudem hat das BayObLG mit einem weiteren Beschluss vom 20.5.1998, 3 Z BR 445/97, MittBayNot 1998, 462 = NJW-RR 1999, 224) entschieden, dass eine erst in die Zukunft gerichtete „Fortsetzungsabsicht des Übernehmers zur Zeit des Abschlusses des Übergabevertrages“ ausreichend für eine Anwendung des Kostenprivilegs nach § 19 Abs. 4 KostO ist, selbst wenn einer – dem Abschluss des Übergabevertrages unmittelbar nachfolgenden – Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes durch den Erwerber zunächst ein dem Übergeber eingeräumter Nießbrauch entgegensteht:

„Im Gegensatz zum Sachverhalt der genannten Senatsentscheidung steht vorliegend die Fortsetzungsabsicht des Übernehmers zur Zeit des Abschlusses des Übergabevertrages nicht in Zweifel. Privilegiert ist das Geschäft dann, wenn der landwirtschaftliche Betrieb objektiv fortführbar ist und auch fortgeführt werden soll (vgl. BayObLGZ 1991, 382). Das LG zieht offensichtlich nicht in Zweifel, dass die Vertragspartner – dem Sachvortrag des Beteiligten entsprechend – im Zeitpunkt des Abschlusses des Übergabevertrages die Absicht hatten, der Beteiligte solle den (gesamten) Hof nach Ablauf des dem Übergeber eingeräumten Nießbrauchs fortführen. Dafür spricht auch die Vereinbarung eines Bruchteilsnießbrauchs, der eine Nutzungs- und Verwaltungsgemeinschaft zwischen Eigentümer und Nießbrauchsberechtigtem entstehen lässt (vgl. *Palandt/Bassenge*, 57. Aufl., § 1066 Rdnr. 2), sowie die in vorliegendem Fall nur zweijährige Dauer des Nießbrauchs. Das LG sieht es jedoch wegen des vereinbarten Nießbrauchs – verfahrensentcheidend – derzeit als völlig offen an, ob der Beteiligte den Betrieb im Jahr 1998, also nach Ablauf des Nießbrauchs, fortführt. Eine solche dem Abschluss des Übergabevertrages unmittelbar nachfolgende Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebs durch den Erwerber setzt die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO aber nicht voraus (BayObLGZ 1997, 240). Das zeigen die im Gesetz aufgeführten, dem vorliegenden Fall ähnlichen Beispiele der Überlassung des Betriebs durch Erbvertrag oder Testament, die unstreitig der Privilegierung unterliegen. Auch bei ihnen ist im Regelfall im Zeitpunkt der Beurkundung der letztwilligen Verfügung nicht an eine alsbaldige Betriebsfortführung durch den Begünstigten gedacht, sondern diese nur für die Zukunft vorgesehen. Dementsprechend hat der Senat in BayObLGZ 1991, 200 auch die – dem Erhalt des Betriebs dienende – Tätigkeit des Gerichts im Rahmen der Vormundschaft über einen Minderjährigen als ein die Fortführung eines landwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle in sonstiger Weise betreffendes Geschäft gewertet, obgleich die Betriebsfortführung durch den Betroffenen aus Alters- und Ausbildungsgründen noch auf längere Zeit hinaus nicht möglich war. Auch die „gleitende Hofübergabe“, bei der Übergeber und Nachfolger eine Landwirtschaft als Gesellschafter bürgerlichen Rechts betreiben, unterfällt dann dem § 19 Abs. 4 KostO, wenn gleichzeitig eine vollständige Nachfolgeregelung getroffen ist (so *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 13. Aufl., § 19 Rdnr. 84; vgl. auch zur sog. ‚Interimsverpachtung‘ *Fassbender*, Das Kostenprivileg der Landwirtschaft, Rdnr. 24).“

**30** An dieser Gesetzesauslegung zu zweifeln, sieht der Senat keine Veranlassung. Die Argumentation des BayObLG überzeugt, der Senat macht sich diese zu eigen. Demnach steht fest, dass nach der alten Rechtslage im vorliegenden Fall die Kostenschuldnerin zweifelsohne in den Genuss des Kostenprivilegs nach § 19 Abs. 4 KostO gelangt wäre, da jedenfalls die familieninterne Verpachtung an den eigenen Ehemann einer Fortführung des Betriebes nicht entgegensteht.

**31** d) Die Argumentation der Notarkasse, diese Entscheidung des BayObLG (gemeint: jene vom 3.9.1997) könne „aufgrund der Eingrenzungen des § 48 Abs. 1 GNotKG gegenüber § 19 Abs. 4 KostO seit 1.8.2013 nicht mehr angewandt werden“, § 48 GNotKG habe „den Anwendungsbereich gegenüber § 19 Abs. 4 KostO deutlich eingeschränkt“, der „vom BayObLG mit dem Beschluss vom 3.9.1997 entschiedene Sachverhalt werde durch § 48 GNotKG nicht mehr abgebildet“ und könne „daher auf den hier zu entscheidenden Fall nicht übertragen werden“, überzeugt nicht.

**32** Eindeutige Anhaltspunkte dafür, dass der Reformgesetzgeber die landwirtschaftliche Kostenprivilegierung in Fällen familieninterner Verpachtung von Betriebsgrundstücken „deutlich einschränken“ oder „eingrenzen“ wollte, sind nicht ersichtlich.

**33** e) Auch in der das Inkrafttreten des GNotKG begleitenden Fachliteratur wird derartiges nicht vertreten, vielmehr insoweit eine inhaltlich unverändert fortgeltende Rechtslage insinuiert:

**34** „Das Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO (vierfacher Einheitswert) wurde allerdings – wohl eher aus politischen Gründen – übernommen (§ 48 GNotKG). Verpachtete Betriebe sind jedoch entsprechend der gegenwärtigen Rechtslage mit dem Verkehrswert zu bewerten.“ (vgl. Notar a. D. Prof. Dr. W. *Reimann*, Das Zweite Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts und die Neuordnung der Notarkosten, FamRZ 2013, 1257, 1261 unter III. 1.).

**35** „Der mit dem am 1.7.1989 in Kraft getretenen Gesetz zur Regelung des Geschäftswerts bei land- und forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben und zur Änderung sonstiger kostenrechtlicher Vorschriften vom 15.6.1989 (BGBl. I, S. 1083) eingefügte § 19 Abs. 4 und 5 KostO wird mit § 48 GNotKG fortgeführt. Die Privilegierungen sollen dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung und Fortführung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in Familienbesitz Rechnung tragen. Gegen die Neuregelung sind mit beachtlichen Argumenten, vor allem im Hinblick auf Art. 3 und 12 GG, verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden. Eine Verfassungsbeschwerde wurde nicht angenommen. Zu den Zweifelsfragen im Anwendungsbereich des § 48 GNotKG (früher § 19 Abs. 4 KostO) liegt eine Reihe von Entscheidungen vor. § 48 GNotKG regelt keine generelle Privilegierung von Land- und Forstwirtschaften, vielmehr sind nur ganz bestimmte Fortführungsgeschäfte privilegiert, nämlich Übergaben und Zuwendungsgeschäfte. Es handelt sich dabei um eng auszulegende Tatbestände.“ (*Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 48 Rdnr. 1-2).

**36** „§ 19 Abs. 4 KostO regelte einen weit umfangreicheren Anwendungsbereich als nunmehr § 48 GNotKG. Vor allem der sehr weit gefasste Begriff der ‚Fortführung in sonstiger Weise‘

war sehr streitig. Der Gesetzgeber sah sich deshalb veranlasst, den Anwendungsbereich klarer zu regeln und vor allem Vorgänge aus der Begünstigung herauszunehmen, die ersichtlich nicht vom Privileg erfasst werden sollten. Vor allem der technisch unpräzise Begriff der ‚Überlassung‘ wurde durch ‚Übergabe‘ (lebzeitige Übertragung) und ‚Zuwendung‘ (durch letztwillige Verfügung) ersetzt. Von der letztwilligen Verfügung werden auch Erbscheinsanträge erfasst, eine besondere Nennung war somit entbehrlich. Darüber hinaus wurden die Bewertungsgrundlagen des bisherigen § 19 Abs. 4 KostO weitgehend mit § 48 GNotKG übernommen, jedoch mit verschiedenen Modifikationen, wie zum Beispiel das Erfordernis der unmittelbaren Fortführung des Betriebes durch den Erwerber, Betrieb muss einen nicht unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des Übernehmers sichern, beim Übernehmer muss es sich um eine oder mehrere natürliche Personen handeln. An den sonstigen Anforderungen, nämlich dass es sich weiterhin um einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb mit Hofstelle im Sinne des BewG handeln muss, wurde festgehalten. Die Anforderungen für das Vorliegen der Betriebsfortführung werden deutlicher gefasst. Eine Begünstigung liegt dann vor, wenn der Erwerber dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter nachfolgt. Damit wird die ‚gleitende‘ Übergabe, beispielsweise durch lebzeitige Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt, auch zukünftig vom Privileg umfasst. Die Anwendung des Bewertungsprivilegs scheidet jedoch dann aus, wenn für eine Übergangszeit der Betrieb durch einen Verwalter im Auftrag des Erwerbers bewirtschaftet wird. Damit wird eine Privilegierung auch dann ausgeschlossen, wenn ein Betrieb betroffen ist, der im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts nicht vom Eigentümer bewirtschaftet wird, sondern beispielsweise überwiegend verpachtet ist, brachliegt oder anderweitig genutzt wird.“ (*Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, § 48, Rdnr. 7-9).

**37** „§ 48 GNotKG privilegiert nicht den Landwirt oder generell ein Rechtsgeschäft über landwirtschaftlichen Grundbesitz, sondern ausschließlich die vom – als Ausnahmetatbestand eng auszulegenden – Gesetzestext erfassten Vorgänge“ (*Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, § 48 Rdnr. 13).

**38** Soweit *Korintenberg/Tiedtke* dann unter Rdnr. 15 ausführen

„Nicht begünstigt nach § 48 GNotKG sind insbesondere folgende Geschäfte: Übergabe eines weiterhin verpachteten Betriebes (gleich ob die Verpachtung an Dritte oder Familienangehörige erfolgt ist), anders jedoch, wenn der Pachtvertrag mit der Übergabe aufgelöst wird und der Betrieb durch den Übernehmer unmittelbar fortgeführt wird, auch bei Verpachtung an den Übernehmer (...)“,

**39** wird diese Meinung nicht weiter begründet und vermag deshalb nicht zu überzeugen.

**40** f) Auch in dem weit verbreiteten Praxiskommentar von *Hartmann*, Kostengesetze, 47. Aufl. 2017, wird zu § 48 GNotKG unter Rdnr. 1-2 die inhaltliche Kontinuität der Rechtslage statuiert, die zu § 19 Abs. 4 KostO ergangene Rechtsprechung wird unverändert für anwendbar erachtet und explizit zur Verpachtungsproblematik wird auf die althergebrachten Rechtsprechungsnachweise Bezug genommen (vgl. Rdnr. 4

„Verpachtung“, u. a. mit Hinweis auf die obengenannte Entscheidung des BayObLG vom 3.9.1997).

**41** g) Auch aus der bislang zu § 48 Abs. 1 GNotKG veröffentlichten obergerichtlichen Rechtsprechung ist – soweit ersichtlich – nicht zu entnehmen, dass ein zwischen Ehegatten bestehendes Pachtverhältnis dem Tatbestandsmerkmal der „Betriebsfortführung“ entgegenstehen würde.

**42** Der der Entscheidung des OLG Hamm vom 11.8.2016 (10 W 14/16, RNotZ 2016, 696) zugrundeliegende Fall ist insoweit nicht einschlägig, da dort „für die landwirtschaftlichen Flächen“ bis „zum 30.9.2021 ein Folgepachtvertrag mit einem Dritten“ bestand und deshalb entschieden wurde, dass „eine Bemessung nach dem vierfachen Einheitswert des Hofes gemäß § 48 Abs. 1 GNotKG“ nicht in Betracht komme. Die tragenden Erwägungen des OLG Hamm, es könne

„nicht davon ausgegangen werden, dass die Beteiligte zu 2 den Betrieb ihres Vaters unmittelbar fortführen wird. Dies ist ihr wegen des bestehenden langfristigen Pachtvertrages schon objektiv nicht möglich. Es reicht nicht aus, dass sie ‚avisiert‘, die landwirtschaftlichen Flächen zur Bewirtschaftung übernehmen zu wollen und daran denkt, nach Übernahme des Hofes und noch offener finanzieller Vorbereitung den Hof ‚im Kleinen‘ weiter zu führen. Das objektive Fortführungselement ist bei einem bestehenden langfristigen Pachtvertrag nicht gegeben. Die bloße Möglichkeit, irgendwann den Betrieb selbst zu führen, genügt nicht. Bei Pachtverträgen gilt das auch dann, wenn der Übernehmer vorträgt, die Pachtverträge irgendwann zu einem späteren Zeitpunkt auflösen zu wollen, ohne dass konkrete (objektive) Anhaltspunkte für den Zeitpunkt und die zu diesem Zeitpunkt gegebenen Fortführbarkeit bestehen“,

erfassen nicht den hier zu beurteilenden Fall, in welchem die Übernehmerin gemeinsam mit dem Pächter, ihrem Ehemann, bereits in der Vergangenheit den landwirtschaftlichen Betrieb geführt hat und diese arbeitsteilige Bewirtschaftung einvernehmlich fortgeführt werden soll.

**43** Auch die Entscheidung des OLG München vom 28.1.2014, 34 Wx 576/11, MittBayNot 2014, 380), wenngleich zu einem noch der Regelung des § 19 Abs. 4 KostO unterliegenden Altfall und zu dem Tatbestandsmerkmal „Übergabe einer Hofstelle“ ergangen, geht argumentativ in diese Richtung, wenn es dort heißt:

„Dass zu einer Hofstelle zwingend auch eine Wohnung gehört, ergibt sich mit der herrschenden Meinung für den Senat bereits aus der agrarpolitischen Zielsetzung der Bestimmung, nämlich eine frühzeitige Regelung der Hofnachfolge zu fördern und der Erhaltung landwirtschaftlicher Betriebe zu dienen, die vielfach seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt werden. Dabei ist aus verfassungsrechtlichen Gründen eine eng an diesem Zweck orientierte Auslegung geboten; denn gefördert werden soll die Fortführung als ‚bäuerlicher Familienbetrieb‘. Nach der Vorgabe des Gesetzgebers soll gerade die traditionelle Form der Bewirtschaftung gefördert werden (siehe BT-Drucks. 11/2343, S. 7), offensichtlich also nicht die ‚Agrarfabrik‘.

„Die Senatsmeinung wird durch die seit 1.8.2013 in Kraft befindliche Regelung in § 48 Abs. 1 GNotKG gestützt, die insoweit dem früheren § 19 Abs. 4 KostO entspricht, als es auf die Übergabe des Betriebs ‚mit Hofstelle‘ ankommt. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen in der nun gewählten Formulierung die Erhaltung und Fortführung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in Familienbesitz und das öffentliche Interesse hieran klarer zum Ausdruck kommen (BT-Drucks. 517/12, S. 243). Dass für die Anwendung des Privilegs die Übergabemodalitäten aufgelockert werden sollten, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen, zumal diese ausdrücklich auf die überkommene Rechtsprechung des BayObLG (MittBayNot 1992, 416) Bezug nimmt.“

**44** Gerade der letzte Satz des vorstehenden Zitats lässt erkennen, dass jedenfalls eine behauptete Absicht des Gesetzgebers, eine Kostenprivilegierung bäuerlicher Familienbetriebe generell einengen oder strenger handhaben zu wollen, nicht anhand objektiver Kriterien nachweisbar ist.

**45** Aus alledem folgert der Senat, dass jedenfalls bei den konkreten Einzelfallumständen hier eine Anwendung des Kostenprivilegs nach § 48 Abs. 1 GNotKG nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass neben der antragstellenden Kostenschuldnerin als Übernehmerin/Eigentümerin auch noch deren Ehemann, an den ein überwiegender Anteil der landwirtschaftlichen Flächen formal verpachtet ist, den landwirtschaftlichen Betrieb von der mit überlassenen Hofstelle aus fortführt.

**46** 5. Rechtsfolge der gebotenen Anwendung des § 48 Abs. 1 GNotKG im vorliegenden Fall ist die Bewertung der in der Überlassung des landwirtschaftlichen Betriebes verkörpert „Veräußerer“-Leistung mit dem Vierfachen des letzten Einheitswerts, hier umgerechnet 13.907,14 €.

**47** Nach der Wertvorschrift des § 97 Abs. 3 GNotKG ist bei Verträgen, die den Austausch von Leistungen zum Gegenstand haben, nur der Wert der Leistung des einen Teils maßgebend; wenn der Wert der Leistungen verschieden ist, ist der höhere maßgebend.

**48** Demnach ist es im Rahmen der Gebührenberechnung für die Beurkundung des Überlassungsvertrages erforderlich, die von der Kostenschuldnerin als „Übernehmerin“ bzw. „Erwerberin“ übernommenen Leistungspflichten gesondert zu bewerten. Dies hat die Notarin auf Veranlassung des Senats mit Schriftsatz vom 5.12.2016 getan; demnach ergibt sich für sämtliche von dem Überlassungsvertrag erfassten Gegenleistungen (Wohnungsrechte, Leibgeding, Wohnnebenkosten, Beerdigungskosten) ein einzusetzender Wert von 63.800 €. Gegen diese Wertberechnungen wurden keine Einwendungen erhoben, auch der Senat vermag keine Unrichtigkeiten zu erkennen.

**49** Unter Ansatz dieses – höheren – Wertes ergeben sich demnach Beurkundungskosten von insgesamt 629,03 €. Die aus dem Entscheidungstenor ersichtliche Aufschlüsselung nach einzelnen Gebührentatbeständen folgt der von der Beschwerdegegnerin unter dem 5.12.2016 eingereichten Alternativberechnung.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Werner Tiedtke**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Der Entscheidung des OLG Nürnberg kann nicht gefolgt werden. Der Senat hat die Grundsätze des § 19 Abs. 4 KostO zugrundegelegt und die durch § 48 GNotKG mit Wirkung zum 1.8.2013 eingetretenen Änderungen nur unvollständig berücksichtigt. § 48 GNotKG führt zwar das Land- und Forstwirtschaftsprivileg des früheren § 19 Abs. 4 KostO fort, hat aber den Anwendungsbereich in Teilen wesentlich eingeschränkt. Im entschiedenen Fall scheidet die Einordnung des Übergabevertrages unter § 48 GNotKG deshalb, weil die Übernehmerin den Betrieb nicht selbst fortführt. Die unmittelbare Fortführung durch den Erwerber selbst ist aber zwingende Voraussetzung für das Land- und Forstwirtschaftsprivileg (§ 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG). Der Betrieb wird nicht durch die Übernehmerin selbst fortgeführt, sondern durch deren Ehemann (dieser ist „Dritter“, da er am Übergabevertrag nicht beteiligt ist) aufgrund eines mit dem Übergeber geschlossenen und weiterhin bestehenden Pachtvertrages. Die Funktion der Übernehmerin im Betrieb beschränkt sich auf unterstützende Tätigkeiten, wie zum Beispiel die Erledigung von Bankgeschäften, aufgrund einer ihr von ihrem Ehemann erteilten Generalvollmacht (vgl. Entscheidungsbegründung II. 2.). Bei Ausübung einer Generalvollmacht erfolgt ein Handeln für einen Dritten und nicht ein Handeln im eigenen Namen.

Das Privileg nach § 48 GNotKG kann nur unter folgenden Voraussetzungen angewandt werden:

- Es muss sich um eine Übergabe oder Zuwendung handeln. Diese Voraussetzung wird erfüllt.
- Es muss sich um einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb mit Hofstelle handeln (Bezugnahme des § 48 GNotKG auf das BewG). Auch diese Voraussetzung liegt vor.
- Es muss sich um eine Übergabe oder Zuwendung an eine oder mehrere natürliche Personen handeln. Diese Voraussetzung wird ebenfalls erfüllt.
- Der Betrieb muss unmittelbar nach Vollzug der Übergabe oder Zuwendung einen nicht nur unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des zukünftigen Inhabers bilden. Das ist hier nicht der Fall, da die Einnahmen aus dem Betrieb dem Pächter zustehen und die Übernehmerin allenfalls Pachteinnahmen hat. Diese Voraussetzung ist somit nicht erfüllt, da die Übernehmerin keine Einnahmen aus der unmittelbaren Betriebsführung hat.
- Die unmittelbare Fortführung des Betriebes muss nach Vollzug der Übergabe oder Zuwendung „durch den Erwerber selbst beabsichtigt sein“. Diese Voraussetzung wird ebenfalls nicht erfüllt, weil die Erwerberin den Betrieb nicht in Eigenverantwortung fortführt und auch nicht die fachliche Oberaufsicht übernommen hat.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rdnr. 13, 14.

Damit ist die Anwendung des Land- und Forstwirtschaftsprivilegs nach § 48 GNotKG ausgeschlossen.<sup>2</sup> Die zu § 19 Abs. 4 KostO ergangene Rechtsprechung kann, entgegen der Auffassung des OLG Nürnberg, auf § 48 GNotKG nur eingeschränkt übertragen werden. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum BGH nicht zugelassen und begründet dies im Wesentlichen damit, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handle und das Gericht die Rechtsprechung des BayObLG<sup>3</sup> fortführe. Bei der Entscheidung des BayObLG ging es um die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO auf die sog. „gleitende Übergabe“, also auf die Übergabe eines Betriebes mit Nießbrauchsvorbehalt durch den Übergeber. Dass dieser Fall auch von § 48 GNotKG erfasst wird, ist nicht streitig. Hier geht es aber um die Übergabe eines Betriebes, der auch nach Vollzug der Übergabe an einen Dritten (den Ehemann der Erwerberin) verpachtet bleibt. Die Übernehmerin führt den Betrieb nicht selbst unmittelbar nach Erwerb fort. Ein Nießbrauchsvorbehalt durch den Übergeber ist nicht erfolgt.

Es handelt sich auch nicht um eine Einzelfallentscheidung. Vergleichbare Übertragungen von land- oder forstwirtschaftlichen Betrieben werden häufiger beurkundet, weshalb nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich Kostenschuldner künftig auf die unzutreffende Entscheidung des OLG Nürnberg berufen werden. Schon deshalb ist die Auslegung des § 48 GNotKG auf Beurkundungsvorgänge der hier vorliegenden Art von allgemeinem Interesse.

Der Gesetzgeber hat mit § 48 GNotKG eindeutig geregelt, dass der Erwerber dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter nachfolgen muss.<sup>4</sup> Lediglich die Fortführung des Betriebes durch den bisherigen Inhaber aufgrund eines Nießbrauchsvorbehaltes soll unschädlich sein, wenn der Erwerber als Nachfolger nach Beendigung des Nießbrauchs feststeht. Der Gesetzgeber spricht in diesem Fall, wie schon unter dem Regime der KostO (§ 19 Abs. 4 KostO), von einer gleitenden Übergabe.

Jede Fortführung durch einen Dritten, insbesondere durch einen Pächter (auch wenn der Ehegatte des Übernehmers Pächter sein sollte) über den Übergabezeitpunkt hinaus, schließt die Kostenbegünstigung nach § 48 GNotKG aus. Der Gesetzgeber selbst weist ausdrücklich darauf hin, dass das Bewertungsprivileg des § 48 GNotKG ausscheidet, wenn für eine Übergangszeit der Betrieb an einen Dritten verpachtet wird oder bleibt. Ausdrücklich führt der Gesetzgeber zusätzlich aus:

„Nach Abs. 1 Nr. 1 (Anm. des Verfassers: des § 48 GNotKG) soll das Bewertungsprivileg auch zukünftig nur dann gelten, wenn der Betrieb durch den Erwerber

fortgeführt werden soll. Die Anforderungen für das Vorliegen der Betriebsfortführung sollen aber deutlicher zum Ausdruck kommen. Eine Begünstigung soll es dann geben, wenn der Erwerber dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter folgt. Damit soll die ‚gleitende‘ Übergabe, beispielsweise durch Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt zu Lebzeiten, auch zukünftig vom Privileg umfasst sein. Die Anwendung des Bewertungsprivilegs soll jedoch dann ausscheiden, wenn für eine Übergangszeit der Betrieb an einen Dritten verpachtet wird. Eine Privilegierung soll auch dann ausgeschlossen sein, wenn ein Betrieb betroffen ist, der im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts nicht vom Eigentümer bewirtschaftet wird, sondern beispielsweise überwiegend verpachtet ist, brachliegt oder anderweitig genutzt wird.“<sup>5</sup>

Die Einordnung privilegierter Übergaben ist daher aus Sicht der Notarkasse eindeutig. Aus dem Regelungsumfang des § 48 GNotKG folgt ferner, dass die zum früheren § 19 Abs. 4 KostO ergangene Rechtsprechung mit Inkrafttreten des GNotKG zum 1.8.2013 nur mehr eingeschränkt auf das Land- und Forstwirtschaftsprivileg des § 48 GNotKG übertragen werden kann.

Das OLG Nürnberg verweist weiter auf den Beschluss des BayObLG vom 3.9.1997,<sup>6</sup> also auf eine ebenfalls zu § 19 Abs. 4 KostO ergangene Entscheidung. Dort ging es um die Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO bei Übertragung eines Betriebes, wobei dieser an den Ehegatten des Erwerbers verpachtet war, der Betrieb aber in Arbeitsteilung von beiden Ehegatten betrieben worden ist. Diese Grundsätze sind aber, entgegen der Auffassung des OLG Nürnberg, nicht mehr auf § 48 GNotKG übertragbar, weil nunmehr die persönliche Fortführung des Betriebes unmittelbar nach Erwerb durch den Pächter verlangt wird, was bei § 19 Abs. 4 KostO nicht der Fall war. Der vom BayObLG mit dem Beschluss vom 3.9.1997<sup>7</sup> entschiedene Sachverhalt wird durch § 48 GNotKG nicht mehr abgebildet und kann daher keine Grundlage für den hier entschiedenen Sachverhalt sein.

§ 48 GNotKG kann damit allenfalls in Betracht kommen, wenn auch in dem hier vorliegenden Fall alle Voraussetzungen gemäß a) bis e) dieser Anmerkung vorliegen. Dies würde aber erfordern, dass der Pachtvertrag zeitgleich mit der Übergabe (Vollzug der Übergabe oder Zuwendung) aufgelöst wird und der Erwerber genau ab diesem Tag (Unmittelbarkeitserfordernis) den Betrieb selbst fortführt.

Dies trifft im vorliegenden Falle nicht zu, da nach dem Inhalt der Urkunde das Pachtverhältnis fortgeführt wird (siehe auch die Hinweise des Gerichts unter II. 2. der Entscheidungsbegründung). Dort stellt das Gericht fest, dass der Ehemann der Erwerberin den kompletten Betrieb zum 1.7.2015 gepachtet hat und ihn fortführt. Im Übrigen würden die Ehegatten den Betrieb gleichberechtigt und mit

2 *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 48 Rdnr. 9, 39; *Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar/Heinze*, 2. Aufl. 2016, § 48 Rdnr. 24; *BeckOK-GNotKG/Soutier*, § 48 Rdnr. 22; *Fackelmann/Heinemann/Fackelmann*, GNotKG, 1. Aufl. 2013, § 48 Rdnr. 43, 44; *Rohs/Wedewer/Rohs*, GNotKG, Stand: Dezember 2016, § 48 Rdnr. 18, 19.

3 Beschluss vom 20.5.1998, 3 Z BR 445/97, MittBayNot 1998, 462.

4 Siehe auch Begründung in BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 169 zu § 48 GNotKG.

5 Vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 169 linke Spalte letzter Absatz.

6 3 Z BR 98/97, MittBayNot 1997, 382 = JurBüro 1998, 41.

7 3 Z BR 98/97, MittBayNot 1997, 382 = JurBüro 1998, 41.

ebensolcher Verantwortlichkeit gemeinsam bewirtschaften. Allerdings findet sich in der Entscheidungsbegründung kein Hinweis darauf, auf welcher Rechtsgrundlage diese gemeinsame Bewirtschaftung begründet sein soll, denn der Pachtvertrag läuft allein auf den Ehemann. Das Gericht stellt zwar fest, dass die Ehefrau eine umfassende *Generalvollmacht* ihres Ehemannes haben soll und alle Behördengänge, Bank- und Versicherungsangelegenheiten sowie Einkäufe und Verkäufe erledigt. Dies erfolgt aber nicht in ihrer Eigenschaft als Betriebsinhaberin in Eigenverantwortung, sondern in Vollmacht auf fremden Namen, nämlich im Namen des Pächters. Schließlich kann das Privileg des § 48 GNotKG auch nicht damit begründet werden, dass die Einnahmen des Ehemannes aus dem Betrieb einen wesentlichen Anteil am Gesamteinkommen der Eheleute darstellen und deren Existenzgrundlage sichern. Wesensmerkmal für die Anwendung des § 48 GNotKG ist die Führung des Betriebes durch den Erwerber „selbst“ im unmittelbaren Anschluss an den Vollzug der Übergabe.

In der Entscheidungsbegründung unter II. f) stützt sich das Gericht zudem auf den „weit verbreiteten“ Praxiskommentar von *Hartmann*.<sup>8</sup> Dort sei die inhaltliche Kontinuität der Rechtslage statuiert, die zu § 19 Abs. 4 KostO ergangen sei. Diese Rechtsprechung würde unverändert für anwendbar erachtet und explizit zur Verpachtungsproblematik auf die althergebrachten Rechtsprechungshinweise Bezug genommen. Hierin liegt ein Widerspruch zu § 48 GNotKG. In der Gesetzesbegründung zu § 48 GNotKG<sup>9</sup> ist, wie im Gesetzeswortlaut selbst, das genaue Gegenteil zu lesen. Zudem ist bei dem vom OLG Nürnberg in Bezug genommenen Kostenkommentar *Hartmann*, Kostengesetze, 47. Aufl. 2017, wie schon in den Voraufgaben versäumt worden, die Kommentierung an die neue Rechtslage anzupassen.<sup>10</sup>

Für einen Kenner der Materie ist es völlig unverständlich, dass ein OLG einen Beschluss zur neuen Rechtslage durchweg mit Entscheidungen zu einer nicht mehr geltenden Vorgängervorschrift (§ 19 Abs. 4 KostO) begründet.

8 *Hartmann*, Kostengesetze, 47. Aufl. 2017.

9 BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 169 zu § 48 GNotKG.

10 Buchbesprechung bei *Tiedtke*, DNotZ 2017, 398.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 23. Einrede nach § 529 Abs. 2 BGB bei selbst verschuldeter Notlage des Beschenkten

OLG Köln, Urteil vom 2.12.2016, 1 U 21/16

*SGB XII § 93*

*BGB §§ 242, 528 Abs. 1, §§ 529, 1601, 1603 Abs. 1, § 1610 Abs. 1*

#### LEITSÄTZE:

1. Für die Berechtigung der Einrede nach § 529 Abs. 2 BGB ist es grundsätzlich unerheblich, wann und wodurch die eigene Bedürftigkeit des Beschenkten bzw. seines Erben entstanden ist. Der Gesetzgeber hat den Fall, dass nach vollzogener Schenkung die eigene Bedürftigkeit selbst herbeigeführt wird, durchaus bedacht, jedoch für den Anwendungsbereich des § 529 Abs. 2 BGB darauf verzichtet, eine entsprechende Regelung zu treffen. Für die grundsätzliche Geltung des § 529 Abs. 2 BGB auch in Fällen selbstverschuldeter Bedürftigkeit spricht ferner, dass die Rechtsordnung kein Interesse daran haben könne, den einen in die Notlage zu stürzen, nur um den anderen ihr zu entreißen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. § 529 Abs. 2 BGB ist nicht einschränkend dahingehend auszulegen, dass der Einwand nicht gegenüber dem Träger der Sozialhilfe geltend gemacht werden kann. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger nimmt als Träger der Sozialhilfe die Beklagte aus übergeleitetem Recht auf Rückgewähr einer Schenkung wegen der dem Vater der Beklagten gewährten ergänzenden Sozialhilfe in Anspruch. In der Berufungsinstanz streiten die Parteien ausschließlich noch um die Durchsetzbarkeit der Forderung.

2 Der Vater übertrug mit notariellem Erbauseinandersetzungsvertrag 2002 der Beklagten und deren Bruder seinen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz X jeweils zur Hälfte; ferner setzte sich die Erbengemeinschaft dergestalt auseinander, dass der hälftige Miteigentumsanteil der verstorbenen Mutter, die von dem Vater einerseits und der Beklagten und ihrem Bruder andererseits jeweils zu ½ beerbt worden war, an vorgenannten Grundstücken jeweils zur Hälfte auf die Beklagte und ihren Bruder übertragen wurde. Die Grundstücke mit einer Gesamtgröße von 902 m<sup>2</sup> sind mit einem Gebäude bebaut, das aus einem im Jahr 1912 errichteten Altbau und einem aus den siebziger Jahren stammenden angebauten Gebäudeteil besteht. Nach der mit „Miteigentümergebarung“ überschriebenen Ziffer IV des Vertrags wurden die Benutzung des Altbaus der Beklagten und die Benutzung des Neubaus ihrem Bruder allein und ausschließlich zugewiesen. Ausweislich Ziffer VI des Vertrags („Wohnungsrecht und Ausgleichszahlung“) behielt sich der Vater an den übertragenen Hausgrundstücken eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Gestalt eines Wohnungsrechts an den Räumen im Erdgeschoss des der Beklagten zugewiesenen Altbaus vor; das Wohnungsrecht sollte bei dauerhaftem Wegzug erlöschen. Der Jahreswert des Wohnungsrechts wurde „zu Kostenberechnungszwecken“ mit 3.500 € angegeben. Der Bruder der Beklagten hatte an den Vater einen Betrag i. H. v. 51.120 € zu zahlen.

**3** Mit weiterer notariell beurkundeter Erklärung beantragten die Beklagte, ihr Bruder und ihr Vater die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins und eine Berichtigung des Grundbuchs nach der Mutter. Den Wert des Grundbesitzes gaben die Erklärenden zum Zwecke der Kostenberechnung mit „ca. 200.000 €“ an.

**4** Mit notariell beurkundeter Teilungserklärung 2003 erklärten die Beklagte und ihr Bruder die Teilung des Eigentums gemäß § 3 WEG, entsprechend der Zuweisung im Erbauseinandersetzungsvertrag. Weiter vereinbarten die Vertragsparteien, dass das dem Vater eingeräumte Nutzungsrecht zulasten der im Sondereigentum der Beklagten stehenden Einheit im Grundbuch eingetragen werden sollte.

**5** Der Vater der Beklagten wurde 2006 mit Pflegestufe 2 in eine Seniorenresidenz aufgenommen. Mit Bescheid 2006 bewilligte der Kläger dem Vater antragsgemäß Sozialhilfe in Form der Übernahme der ungedeckten Heimpflegekosten. Mit einer an die Beklagte gerichteten Überleitungsanzeige 2009 leitete der Kläger die Ansprüche des Vaters gegen sie auf Herausgabe des Geschenks nach § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB bis maximal zur Höhe der ungedeckten Heimkosten auf sich über. Der Bescheid ist bestandskräftig. Im Jahr 2008 forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung zum 31.1.2010 auf, von ihm erbrachte Sozialaufwendungen für die Zeit vom 1.9.2006 bis zum 30.11.2009 i. H. v. 16.459,35 € zu erstatten. Mit anwaltlichem Schreiben vom 8.1.2010 legte die Beklagte Widerspruch ein. Mit Schreiben vom 22.2.2010 und 23.3.2010 forderte der Kläger die Beklagte erneut vergeblich zur Zahlung auf. Der Kläger erbrachte in der Zeit von 2006 bis zum Tod des Vaters 2013 Sozialhilfeaufwendungen für die Pflegekosten i. H. v. 34.932,61 €.

**6** Soweit für das Berufungsverfahren von Bedeutung, ist der Kläger der Ansicht gewesen, ihm stünde aus übergeleitetem Recht gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1, § 812 BGB i. V. m. § 93 SGB XII ein Anspruch auf Zahlung in Höhe der erbrachten Sozialhilfe für die Kosten der Heimunterbringung zu. Der Beschenkte sei gegenüber dem Sozialamt mit der Notbedarfseinrede ausgeschlossen.

(...)

**15** Die Beklagte ist – für das Berufungsverfahren von Bedeutung – der Ansicht gewesen, ein Rückforderungsanspruch sei nach § 529 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Dazu hat sie behauptet, sie drohe bei einer Rückübertragung des von ihr selbst bewohnten Hauses zu verarmen. Für die Sanierung des Hauses habe sie ihre gesamten Ersparnisse aufgewandt und Darlehen aufgenommen. Erst durch die Mieteinnahmen aus der Vermietung eines Teils des Hauses habe sie die Darlehen finanzieren können. Wegen der bereits bestehenden hohen Belastung ihres Eigentumsanteils sei ihr – auch im Hinblick auf ihre sonstigen finanziellen Verhältnisse – die Aufnahme eines Kredits zur Zahlung der klägerischen Forderung nicht möglich; eine Kreditanfrage habe die Sparkasse bereits abschlägig beschieden.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**23** II. Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

**24** (...) Denn die Beklagte kann sich gegenüber dem Kläger als Träger der Sozialhilfe derzeit auf die Einrede des Notbedarfs berufen. (...)

**25** 1. Der Senat hatte nur zu prüfen, ob die Beklagte die Erfüllung des Anspruchs auf Herausgabe des Geschenks gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1, § 812 BGB i. V. m. § 93 SGB XII in Form des Wertersatzes bis zur Höhe des Wertes des Geschenks unter Berufung auf § 529 Abs. 2 BGB verweigern kann. Ob der Anspruch dem Grunde nach besteht, war demgegenüber nicht Gegenstand der berufsrechtlichen Überprüfung, da allein der Kläger Rechtsmittel eingelegt hatte. (...)

**26** 2. Die Beklagte hat die Einrede des Notbedarfs zu Recht erhoben. Die Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 BGB liegen derzeit vor.

**27** a) Nach § 529 Abs. 2 BGB ist der Anspruch des Schenkers auf Rückgewähr der Schenkung ausgeschlossen, wenn der Beschenkte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, das Geschenk herauszugeben, ohne dass sein standesgemäßer Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetz obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird. Da die Beklagte nach dem Tod ihres Vaters niemand anderem unterhaltspflichtig ist, geht es vorliegend allein um die Frage, ob ihr eigener Unterhalt bei Rückgewähr des Geschenks gefährdet wäre oder nicht.

**28** Der Begriff des „standesmäßigen“ Unterhalts in § 529 Abs. 2 BGB ist nach allgemeiner Auffassung mit dem „angemessenen Unterhalt“ in § 519 BGB gleichzusetzen (BGH, Urteil vom 11.7.2000, X ZR 126/98, juris, Rdnr. 14; *Staudinger/Chiusi*, Neub. 2013, § 529 Rdnr. 7; *Palandt/Weidenkaff*, 75. Aufl., § 529 Rdnr. 3). Zur Bemessung des dem Beschenkten verbleibenden angemessenen Unterhalts sind grundsätzlich die jeweils einschlägigen familienrechtlichen Bestimmungen und die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Es besteht kein Anlass, etwa für das Schenkungsrecht eigenständige Grundsätze zu Voraussetzungen und Bemessung des Unterhalts zu entwickeln (BGH, Urteil vom 11.7.2000, X ZR 126/98, juris). Als Voraussetzung der Einrede reicht bereits die bloße Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts oder der Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflichten des Beschenkten aus, so, wenn für die Zukunft die begründete Besorgnis besteht, dass der Beschenkte bei Erfüllung des Rückforderungsanspruchs nicht mehr genügend Mittel für seinen angemessenen Unterhalt (im Sinne des § 1610 Abs. 1 BGB) und die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten haben wird (BGH, Urteil vom 11.7.2000, X ZR 126/98, juris, Rdnr. 15; *MünchKomm-BGB/Koch*, 6. Aufl., § 529 Rdnr. 4 und § 519 Rdnr. 2).

**29** Für die Berechtigung der Einrede nach § 529 Abs. 2 BGB ist es grundsätzlich unerheblich, wann und wodurch die eigene Bedürftigkeit des Beschenkten bzw. seines Erben entstanden ist. Der Gesetzgeber hat den Fall, dass nach vollzogener Schenkung die eigene Bedürftigkeit selbst herbeigeführt wird, durchaus bedacht, jedoch für den Anwendungsbereich des § 529 Abs. 2 BGB darauf verzichtet, eine entsprechende Regelung zu treffen. Für die grundsätzliche Geltung des § 529 Abs. 2 BGB auch in Fällen selbstverschuldeter Bedürftigkeit spricht ferner, dass die Rechtsordnung kein Interesse daran haben könne, den einen in die Notlage zu stürzen, nur um den anderen ihr zu entreißen (BGH, Urteil vom 19.12.2000, X ZR 146/99, juris, Rdnr. 14 m. w. N.).

**30** b) Die für die Ausfüllung des Begriffs des angemessenen Unterhalts maßgeblichen familienrechtlichen Bestimmungen bilden die §§ 1601 ff. BGB. Danach sind Verwandte in gerader Linie verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Dies betrifft auch erwachsene Kinder gegenüber ihren Eltern. Für die Unterhaltspflicht gegenüber Eltern gelten gegenüber dem umgekehrten Unterhaltsverhältnis allerdings modifizierte Maßstäbe. Eltern müssen regelmäßig damit rechnen, ihren Kindern auch über die Vollendung des 18. Lebensjahres hinaus zu Un-

terhaltsleistungen verpflichtet zu sein, bis diese eine – nicht selten langjährige – Berufsausbildung abgeschlossen haben und wirtschaftlich selbstständig sind. Mit einer solchen, der natürlichen Generationenfolge entsprechenden Entwicklung kann indessen nicht der Fall gleichgestellt werden, dass Eltern nach ihrem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben ihre Kinder auf Unterhalt für ihren notwendigen Lebensbedarf in Anspruch nehmen müssen. Es erscheint daher sachgerecht, dass der angemessene Selbstbehalt, der einem Verpflichteten bei durchschnittlichen Einkommensverhältnissen gegenüber dem Unterhaltsbegehren eines volljährigen Kindes als Mindestbetrag gewährt wird, um einen maßvollen Zuschlag erhöht wird, wenn das Unterhaltsbegehren anderer Verwandter – wie hier der Eltern – zu beurteilen ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.2.1992, XII ZR 93/91, juris; vom 23.10.2002, XII ZR 266/99, juris, Rdnr. 21). Dementsprechend stehen in der Rangfolge der Unterhaltsberechtigungen Eltern gemäß § 1609 Nr. 6 praktisch an letzter Stelle.

**31** Gemäß § 1603 Abs. 1 BGB ist nicht unterhaltspflichtig, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtung außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Der Unterhaltsverpflichtete muss daher leistungsfähig sein. Oben genannter Rangordnung folgend ist der angemessene Selbstbehalt des den Eltern Unterhaltsverpflichteten je nach den Umständen deutlich höher als etwa gegenüber volljährigen Kindern anzusetzen (sog. erhöhter großer Selbstbehalt). Die Unterhaltsleitlinien nennen seit dem 1.1.2015 durchgängig einen Betrag von 1.800 €, der dem Verpflichteten verbleiben muss. Der Betrag, der über dem Selbstbehalt noch zur Verfügung steht, wird zur Erhaltung eines Arbeitsanreizes weiter nur zu 50 % als einsatzpflichtig angesehen (Düsseldorfer Tabelle, Anm. D I spricht sogar von mindestens 1.800 €, veröffentlicht auf der Homepage des OLG Düsseldorf, vgl. *Niepmann/Schwamb*, Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 13. Aufl., Rdnr. 40). Schließlich sind vom Erwerbseinkommen Schulden (Hausbau, Anschaffungen) in großzügiger Weise abzuziehen als im sonstigen Unterhaltsrecht (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2006, XII ZR 137/04, juris, Rdnr. 13). Im Rahmen der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen und damit auch im Schenkungsrecht ist der Unterhaltspflichtige grundsätzlich zu einer Erwerbstätigkeit im Sinne einer sie treffenden Obliegenheit verpflichtet (BGH, Urteil vom 6.9.2005, X ZR 51/03, Rdnr. 8). Auch dies gilt aber nicht uferlos (BGH, a. a. O.), die Stärke der unterhaltsrechtlichen Obliegenheiten ist abhängig vom konkreten Unterhaltsrechtsverhältnis. Der Elternunterhalt ist auch insofern schwach ausgestaltet (vgl. BVerfGE, Urteil vom 7.6.2005, 1 BvR 1508/96, juris, Rdnr. 53 f.; *Niepmann/Schwamb*, a. a. O., Rdnr. 710).

**32 c)** Diesen Grundsätzen folgend ist dem LG darin zuzustimmen, dass die Beklagte derzeit nicht hinreichend leistungsfähig ist. Insofern wird zunächst auf die zutreffende landgerichtliche Berechnung Bezug genommen. Die hiergegen mit der Berufung erhobenen Einwände des Klägers greifen nicht durch.

**33 aa)** Die Beklagte ist unterhaltsrechtlich nicht verpflichtet, aus ihrer Arbeitskraft über das derzeitige Erwerbseinkommen hinaus Mehreinnahmen zu generieren. Es ist unstreitig, dass sie seit 1996 bei demselben Arbeitgeber als Alten- und Kran-

kenpflegerin auf einer 75%-Stelle tätig ist. Dabei leistet sie Schichtdienst, arbeitet auch an Wochenenden und Feiertagen und macht Überstunden, sodass der Arbeitgeber bestätigt, dass unter deren Einschluss ihre Tätigkeit mit einer Vollzeitstelle gleichzusetzen sei. Die regelmäßige Ableistung von Überstunden durch die Beklagte hat der Kläger nicht in Abrede gestellt. Dass die genannte Tätigkeit anstrengend und kräftezehrend ist, dürfte nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen sein.

**34** Geht man davon aus, dass die Klägerin unter Einschluss regelmäßig anfallender Überstunden auf eine durchschnittliche Wochenarbeitszeit kommt, die einer vollschichtigen Tätigkeit entspricht, so genügt sie ihrer unterhaltsrechtlichen Obliegenheit zur Ausnutzung ihrer Arbeitskraft ohne Weiteres. Sofern der Kläger darauf abstellt, dass sie sich um volle Ausnutzung ihrer Arbeitskraft zu bemühen und ggf. Aushilfs- oder Gelegenheitstätigkeiten anzunehmen habe, gilt dies nicht im Rahmen des Elternunterhalts. Nur der gesteigert Unterhaltspflichtige, also Eltern gegenüber ihren minderjährigen oder privilegiert volljährigen Kindern, wird als vollschichtig Tätiger überhaupt als verpflichtet angesehen, eine Nebentätigkeit auszuüben (BGH, Beschluss vom 24.9.2014, XII ZB 111/13, juris). Im Übrigen genügt man seiner Erwerbsobliegenheit durch vollschichtige Tätigkeit. Dies gilt nach der Überzeugung des Senats auch dann, wenn der Unterhaltspflichtige eine 75%-Stelle innehat, aber regelmäßig Überstunden bis zum Erreichen einer Vollzeittätigkeit leistet.

**35** Einer abschließenden Entscheidung bedarf es insofern nicht, da auch für den Fall, dass die Beklagte tatsächlich nur eine 75%-Stelle ausfüllen würde, sie nach der Überzeugung des Senats ihrer Erwerbsobliegenheit in dem hier maßgeblichen Unterhaltsverhältnis in hinreichender Weise nachkommt. Zu berücksichtigen ist, dass die Beklagte diese Arbeitsstelle seit 1996 innehat, also seit 20 Jahren. Da die Nachfrage nach Pflegekräften auf dem Arbeitsmarkt gerichtsbekannt hoch war und ist, hätte sie in der zurückliegenden Zeit ohne Weiteres eine Vollzeitstelle erhalten können, dies bei einem anderen Arbeitgeber, da der Pflegedienst, bei dem sie tätig ist, nach eigenem Bekunden nur 75%-Stellen vergibt. Wenn sie hiervon grundsätzlich ungeachtet einer etwaigen Unterhaltspflicht Abstand und damit das geringere Einkommen für ihren eigenen Lebensstandard in Kauf genommen hat (ggf. deshalb, weil im Pflegebereich immer Überstunden dazu kommen, Wochenend- und Schichtdienste zu leisten sind und die Arbeit sehr kräftezehrend ist), so bestimmt diese Entscheidung ihre persönlichen Lebensverhältnisse. Hat wie oben dargelegt § 529 Abs. 2 BGB auch in Fällen selbstverschuldeter Bedürftigkeit Geltung und ist der Grund für die Bedürftigkeit also unerheblich, dann muss die selbst und unabhängig von der vorliegend nachträglich entstandenen Unterhaltspflicht auferlegte Beschränkung der persönlichen Lebensverhältnisse jedenfalls in dem hier zu beurteilenden Fall Berücksichtigung finden und hingenommen werden.

**36** Hiervon ist das LG nach Auffassung des Senats zu Recht und auch ohne Verkennung der zugrundezulegenden Beweislastverteilung ausgegangen. Der Beschenkte muss seinerseits darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des Notbedarfs vorliegen. Trägt der Schenker hingegen vor, die Beru-

fung auf § 529 BGB sei gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich, so trifft ihn wiederum die Darlegungs- und Beweislast (vgl. *Staudinger/Chiusi*, § 529 Rdnr. 14). Die Beklagte hat wie ausgeführt ihrer Darlegungslast bei der Ausfüllung der Voraussetzungen ihrer Leistungsfähigkeit, konkret der Erfüllung ihrer Erwerbsobliegenheit, genügt. Demgegenüber muss der Kläger vortragen, warum er im vorliegenden Fall davon ausgeht, dass die Beklagte unterhaltsrechtlich gleichwohl zu Mehrarbeit verpflichtet ist bzw. schenkungsrechtlich das Unterlassen von Mehrarbeit rechtsmissbräuchlich sein soll. Dies hat er nicht getan.

**37** bb) Ohne Erfolg macht der Kläger mit der Berufung geltend, dass die Kreditwürdigkeit der Beklagten weiter hätte aufgeklärt werden müssen, weil sich das LG auf einen veralteten und damit unbrauchbaren Bankbeleg beschränkt habe.

**38** Die Frage der grundsätzlichen Verpflichtung des Beschenkten zur Kreditaufnahme bedarf an dieser Stelle keiner näheren Prüfung. Denn die Beklagte ist nicht kreditfähig. Dies ist jedenfalls in Ansehung der mit der Berufungserwiderung vorgelegten Belege gewerblicher bzw. privater Kreditgeber anzunehmen, die sämtlich eine weitere Kreditvergabe an die Beklagte unter Bezugnahme auf deren wirtschaftliche Situation ablehnen. Angesichts dieses substantiierten Sachvortrags wäre es nunmehr Sache des Klägers gewesen, seinerseits vorzutragen und Belege dafür beizubringen, dass jemand in der finanziellen Situation der Beklagten gleichwohl Kredit zu marktüblichen Konditionen erhalten kann, wenn er weiter die Kreditfähigkeit der Beklagten behaupten wollte. Dies hat er nicht getan.

**39** cc) Die Berechnung der Leistungsfähigkeit der Beklagten durch das LG begegnet auch sonst keinen Bedenken. Die der Berechnung zugrundegelegten Parameter sind nach Grund und Höhe nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat mit der Berufungserwiderung einen Beleg dafür vorgelegt, dass sie zu dem vorgetragenen Gehalt keine weiteren Zuschläge erhält (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld). Was die monatlichen Kosten für den Bausparvertrag betrifft, hat das LG zu Recht darauf hingewiesen, dass es diese Kosten in der Berechnung nicht zugunsten der Beklagten berücksichtigt hat. Im Übrigen handelt es sich nicht um eine Rate zur Ansparung des Bausparvertrages, sondern um die aus dem Bausparvertrag zur Rückführung des Darlehens zu leistende Kreditrate. Die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung dieser Schuld wäre aber, wie oben dargelegt, im Unterhaltsrechtsverhältnis volljähriger Kinder zu Eltern ohne Weiteres möglich gewesen. Wenn schließlich die Beklagte etwaige Verpflichtungen, wie die Bedienung der Gerichtskosten aus dem laufenden Verfahren, aus dem ihr unterhaltsrechtlich zu belassendem Schonvermögen leistet, rechtfertigt dies nicht die Annahme der höheren Leistungsfähigkeit. Eine Verpflichtung zur Rückführung des Geschenks aus dem Schonvermögen besteht wie dargelegt nicht.

**40** dd) Schließlich beruft sich der Kläger ohne Erfolg auf die fehlende Anwendbarkeit der Notbedarfseinrede im Verhältnis zu ihm als Träger der Sozialhilfe. § 529 Abs. 2 BGB ist nicht einschränkend dahin gehend auszulegen, dass der Einwand nicht gegenüber dem Träger der Sozialhilfe geltend gemacht werden kann.

**41** Eine solche einschränkende Auslegung der genannten Bestimmung ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu entnehmen. Im Gegenteil hat der BGH in einer Entscheidung, die sich zu einem Rückforderungsanspruch des Schenkers gemäß § 528 BGB verhielt, vielmehr festgehalten, dass im Schenkungsrecht mit § 529 Abs. 2 BGB eine Regelung gegeben ist, um unbillige Ergebnisse im Einzelfall zu vermeiden. In dem der genannten Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt, in welchem ebenfalls der Träger der Sozialhilfe als Anspruchsteller aus übergeleitetem Recht vorging, sah der BGH zwar tatsächliche Anhaltspunkte für die Anwendung von § 529 Abs. 2 BGB nicht als gegeben an; dass der Einwand des Notbedarfs gegenüber dem Träger der Sozialhilfe von vornherein nicht zur Anwendung kommen könne, hat er aber gerade nicht angenommen (vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2004, X ZR 2/03, NJW 2005, 670, juris, Rdnr. 15).

**42** Die vom Kläger zur Begründung angeführte Entscheidung des OLG Celle aus dem Jahr 2001 (Urteil vom 20.12.2001, 22 U 7/01, juris) rechtfertigt nach der Überzeugung des Senats eine andere Rechtsauffassung nicht. Soweit hiernach § 529 Abs. 2 BGB, dessen Billigkeitsregelung die Anwendung des § 242 BGB nicht ausschließe, einschränkend dahin auszuulegen sein soll, dass der Beschenkte jedenfalls dem Sozialhilfeträger als Gläubiger gegenüber nicht einwenden könne, dass sein angemessener Unterhalt gefährdet ist, wenn der Sozialhilfeträger selbst dem Beschenkten seinerseits Unterhalt durch Sozialhilfe zu gewähren hätte, weil der Beschenkte tatsächlich keine ausreichenden Mittel mehr hat, um seinen Bedarf zu bestreiten, ist eine solche Auslegung mit Sinn und Zweck der Bestimmung und der Gesetzessystematik nicht zu vereinbaren. Der Anspruch des § 528 BGB wird gemäß § 93 SGB XII in der Form übergeleitet, in welcher er dem Schenker zugestanden hat bzw. zustehen würde. Auch dem Schenker gegenüber dürfte der Beschenkte aber die Einrede des Notbedarfs erheben. Bei Einführung des § 529 Abs. 2 BGB durch die Reichstagskommission war dabei – gezeigt – maßgebend die Erwägung, dass die Rechtsordnung kein Interesse daran haben könne, den einen in die Notlage zu stürzen, nur um den anderen ihr zu entreißen (BGH, Urteil vom 19.12.2000, X ZR 146/99, juris, Rdnr. 14 mit Bezugnahme auf *Ortmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage, Anmerkung 2 zu § 529). Dies würde aber geschehen, wenn Sozialhilfeträgern die Einrede des Notbedarfs trotz Bedürftigkeit bzw. diesbezüglicher Gefährdung nicht entgegengehalten werden könnte.

**43** Überdies ist eine solch umfassende Beschränkung der Einrede des Notbedarfs mit Blick auf den allgemeinen Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB (vgl. hierzu *Palandt/Grüneberg*, § 242 Rdnr. 38 ff. m. w. N.) nicht erforderlich. Es bedarf keiner näheren Betrachtung, dass die Geltendmachung der Notbedarfseinrede ihrerseits durch den Einwand unzulässiger Rechtsausübung gemäß § 242 BGB ausgeschlossen werden kann (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 19.12.2000, X ZR 146/99, juris; vom 20.5.2003, X ZR 246/02, juris). In diesem Zusammenhang mag die Frage Bedeutung erlangen, in welcher Weise der Begriff der Standesgemäßheit des Unterhalts im Sinne des § 529 Abs. 2 BGB bzw. Angemessenheit des Selbstbehalts des Beschenkten auszufüllen ist (vgl. etwa *Wedemann*, Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers versus Elternunterhalt, NJW 2011, 571) und

ob ggf. gegenüber dem Träger der Sozialhilfe im Einzelfall die Berufung auf die Angemessenheit des eigenen Unterhalts wegen der Art der schenkweisen Zuwendung (z. B. Luxusvilla als selbstgenutztes Eigenheim) nach § 242 BGB unzulässig wäre. Derartige Anhaltspunkte, die vorliegend eine Berufung der Beklagten auf die Einrede des Notbedarfs unzulässig erscheinen ließen, sind jedoch nicht ersichtlich.

**44** Gegenteiliges ist auch der Literatur nicht zu entnehmen. Sofern der Kläger für seine Auffassung auf *Sefrin* (in: *Herberger/Martinek/Rüßmann* u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl., § 529 BGB Rdnr. 11) verweist, wird dort zwar die Entscheidung des OLG Celle zitiert, ihr aber für den Fall beigeplichtet, dass eine Gewährung von Sozialhilfe an den Beschenkten bereits erfolgt ist. An anderer Stelle weist *Sefrin* ausdrücklich darauf hin, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 BGB die Durchsetzbarkeit des dem Schenker zustehenden Rückforderungsrechtes aus § 528 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sei und dies grundsätzlich auch dann gelte, wenn der Anspruch im Wege des Sozialhilferegresses mittlerweile auf den Sozialhilfeträger übergeleitet worden sei (*Sefrin* in *Herberger/Martinek/Rüßmann* u. a., jurisPK-BGB, § 529 BGB Rdnr. 13).

(...)

## STEUERRECHT

### 24. Keine Ersatzerbschaftsteuer bei einer nichtrechtsfähigen Stiftung

BFH, Urteil vom 25.1.2017, II R 26/16  
(Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 25.5.2016, 7 K 291/16)

*ErbStG 1997 § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 20 Abs. 1 Satz 1*

#### LEITSATZ:

**Eine nichtrechtsfähige Stiftung unterliegt nicht der Ersatzerbschaftsteuer.**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die Stadt A (Klägerin) ist Trägerin der nichtrechtsfähigen Stiftung B. Die Stiftung B wurde aufgrund eines Testaments des 1871 verstorbenen B errichtet, in welchem B der Klägerin ein Landgut zur Verwaltung in einer Stiftung vermachte. Die Erträge der Stiftung B sollten (nach Abzug von Verwaltungskosten) für die Erziehung und Ausbildung von Nachkommen des B und – im Fall deren Aussterbens – für „Bürgerkinder“ der Klägerin verwendet werden.

**2** Nach einem Urteil des BFH vom 29.1.2003, I R 106/00, BFHE 201, 287, ist die Stiftung B nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG körperschaftsteuerpflichtig.

**3** Das FA setzte (...) für die Stiftung B Ersatzerbschaftsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG i. H. v. 1.875.775 € fest.

**4** Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das FG führte zur Begründung im Wesentlichen aus, der Annahme einer Familienstiftung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG stehe nicht entgegen, dass es sich bei der Stiftung B um eine nichtrechtsfähige Stiftung handle. Die Entstehungsgeschichte und der Gesetzeszweck des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG sprächen dafür, dass die Norm zumindest in den Fällen, in denen Träger der Stiftung eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sei, auch nichtrechtsfähige Stiftungen einbeziehe. Andernfalls bleibe

das auf Dauer in der nichtrechtsfähigen Stiftung gebundene Vermögen über Generationen erbschaftsteuerfrei. Das Urteil ist in EFG 2016, 1447 veröffentlicht.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**8** II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Stattgabe der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Die Stiftung B ist als nichtrechtsfähige Stiftung keine Familienstiftung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG und unterliegt daher nicht der Ersatzerbschaftsteuer.

**9** 1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG unterliegt der Erbschaftsteuer in Zeitabständen von je 30 Jahren das Vermögen einer Stiftung, sofern sie wesentlich im Interesse einer Familie oder bestimmter Familien errichtet ist (Familienstiftung). Die durch das Gesetz zur Reform des ErbStG vom 17.4.1974 (BGBl. 1974 I, 933) eingeführte Ersatzerbschaftsteuer soll verhindern, dass in Familienstiftungen gebundenes Vermögen auf Generationen der Erbschaftsteuer entzogen wird (BT-Drucks. 7/1333, S. 3). Zu diesem Zweck fingiert der Steuertatbestand in Abständen von je 30 Jahren einen Generationenwechsel, bei dem der Erblasser zwei Kinder hinterlässt (vgl. BFH, Urteil vom 18.11.2009, II R 46/07, BFH/NV 2010, 898, Rdnr. 13). Die Ersatzerbschaftsteuer ist verfassungsgemäß (BVerfG, Beschluss vom 8.3.1983, 2 BvL 27/81, BVerfGE 63, 312).

**10** 2. Eine nichtrechtsfähige Stiftung erfüllt nicht den Begriff der Familienstiftung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Sie besitzt kein eigenes Vermögen, welches der Ersatzerbschaftsteuer unterliegen kann (gleiche Ansicht *Gürsching/Stenger/Esskandari*, Bewertungsrecht, § 1 ErbStG Rdnr. 29; *Fischer/Pahlke/Wachter/Kobor*, ErbStG, Stand 29.12.2016, § 1 Rdnr. 65; *Kapp/Ebeling/Geck*, § 1 ErbStG Rdnr. 54; *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 1 Rdnr. 53; *Wilms/Jochum/Meßbacher-Hönsch*, ErbStG, Stand Oktober 2015, § 1 Rdnr. 33; *Götz/Meßbacher-Hönsch/Meßbacher-Hönsch*, eKomm, Stand 6.12.2016, § 1 ErbStG Rdnr. 33; *Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/Viskorf*, ErbStG, BewG, 4. Aufl., § 1 ErbStG Rdnr. 11; *Lange*, ZErB 2013, 324; *van Randenborgh*, BB 2013, 2780; *Theuffel-Werhahn*, ZEV 2014, 14; *Niemann*, DStR 2016, 2888; *Daragan*, ZErB 2017, 1; offen gelassen von *Moench/Weinmann/Weinmann*, § 1 ErbStG Rdnr. 7; a. A. *Hübner/Currie/Schenk*, DStR 2013, 1966; *Hübner*, ZErB 2016, 46).

**11** a) Die nichtrechtsfähige Stiftung ist nicht gesetzlich geregelt. Sie hat ein dem Stiftungszweck gewidmetes Vermögen, aber keine eigene Rechtspersönlichkeit. Träger des Stiftungsvermögens ist ein Treuhänder. Dieser kann zum Beispiel eine natürliche oder eine juristische Person sein. Der Stifter überträgt das Vermögen durch Vertrag oder Verfügung von Todes wegen auf den Treuhänder. Der Treuhänder übernimmt und verwaltet es entsprechend dem festgelegten Zweck und nach den Weisungen des Stifters. Die für rechtsfähige Stiftungen geltenden §§ 80 ff. BGB sind grundsätzlich auf nichtrechtsfähige Stiftungen nicht anwendbar (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 76. Aufl., vor § 80 Rdnr. 10; *Geck*, a. a. O., § 1 ErbStG Rdnr. 54).

**12** b) Der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG spricht lediglich von Stiftung und differenziert nicht ausdrücklich zwischen

der rechtsfähigen und der nichtrechtsfähigen Stiftung. Der Ersatzerbschaftsteuer unterliegt aber das Vermögen der Stiftung. Daher bezieht sich § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG nur auf rechtsfähige Stiftungen und schließt solche ohne Rechtsfähigkeit nicht ein. Denn nur eine rechtsfähige Stiftung kann Träger von eigenem Vermögen sein. Das Stiftungsvermögen ist konstitutives Merkmal der rechtsfähigen Stiftung (*Palandt/Ellenberger*, vor § 80 Rdnr. 7). Bei einer nichtrechtsfähigen Stiftung hingegen ist zivilrechtlicher Eigentümer des Vermögens der Träger der Stiftung. Dieser hält das Vermögen im Rahmen eines besonderen Treuhandverhältnisses, ohne wirtschaftlicher Eigentümer zu sein, und handelt für die Stiftung (vgl. BFH-Urteil, BFHE 201 unter II.1.). Bei der Prüfung, wer Eigentümer des Vermögens ist und daher der Ersatzerbschaftsteuer unterliegt (§ 20 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG), kommt es ausschließlich auf die Zivilrechtslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist. Das folgt aus der Einordnung der Erbschaft- und Schenkungsteuer als Verkehrsteuer (vgl. BFH, Urteil vom 9.7.2009, II R 47/07, BFHE 226, 399 = BStBl. II 2010, 74, unter II.1.a).

**13** Die zivilrechtliche Prägung des Schenkungsteuerrechts hat der BFH auch für die Besteuerung unentgeltlicher Vermögensübertragungen auf eine rechtsfähige Stiftung für maßgeblich gehalten (BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 22/08, BFHE 228, 165 = BStBl. II 2010, 363).

**14 c)** Weitere Normen des ErbStG, die das Wort „Stiftung“ verwenden, beziehen sich ebenfalls nur auf die rechtsfähige Stiftung.

**15 aa)** Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. c ErbStG entsteht die Erbschaftsteuer im Fall des § 3 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 ErbStG für den Übergang von Vermögen auf eine vom Erblasser angeordnete Stiftung mit dem Zeitpunkt der Anerkennung der Rechtsfähigkeit. Nur für die Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung ist nach § 80 Abs. 1 BGB unter anderem die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes erforderlich. Nichtrechtsfähige Stiftungen hingegen bedürfen für ihre Entstehung nicht der Anerkennung. Daher ist § 3 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 ErbStG nur auf rechtsfähige Stiftungen anwendbar.

**16 bb)** In § 9 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG ist formuliert, dass in den Fällen des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG die Steuer in Zeitabständen von je 30 Jahren seit dem Zeitpunkt des ersten Übergangs von Vermögen auf die Stiftung entsteht. Auch dieser gesetzlichen Formulierung ist zu entnehmen, dass Voraussetzung für eine Besteuerung mit Ersatzerbschaftsteuer das Vorliegen eines auf die Stiftung übergegangenen, eigenen Vermögens ist, was nur bei einer rechtsfähigen Stiftung der Fall sein kann.

**17 cc)** In § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG ist festgelegt, dass Steuerschuldner in den Fällen des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG die Stiftung ist. § 20 Abs. 1 Satz 2 ErbStG bestimmt hingegen, dass in den Fällen der § 3 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 und § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 2 ErbStG Steuerschuldner die Vermögensmasse ist.

**18** Die Gleichstellung von (nichtrechtsfähigen) Vermögensmassen ausländischen Rechts mit den rechtsfähigen Stiftungen in § 3 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2, § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 2, § 7 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 ErbStG und die Bestimmung dieser Vermögensmassen als Steuerschuldner in § 20 Abs. 1 Satz 2

ErbStG durch das StEntlG 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl. 1999 I, 402) führten nicht zur Einbeziehung der nichtrechtsfähigen Stiftung in den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Anlass der Ausdehnung der Besteuerungstatbestände auf ausländische Vermögensmassen war, dass nach der Rechtslage bis zur Änderung durch das StEntlG 1999/2000/2002 bei der Errichtung eines Trusts nach angelsächsischem Recht zu Lebzeiten des Trustgebers erst die Auskehrung des Vermögens Schenkungsteuer auslösen konnte, sofern der Trustgeber oder die Begünstigten zu diesem Zeitpunkt als Steuerinländer unbeschränkt steuerpflichtig waren oder im Fall der beschränkten Steuerpflicht einzelne Gegenstände des verteilten Trustvermögens zum Inlandsvermögen gehörten (*Troll/Gebel/Jülicher/Gebel*, § 7 Rdnr. 335). Nach den durch das StEntlG 1999/2000/2002 eingeführten Vorschriften werden nunmehr auch bereits der Übergang von Vermögen auf einen vom Erblasser angeordneten Trust, der Übergang von Vermögen bei der Einrichtung eines Trusts zu Lebzeiten des Trustgebers und die Auflösung eines Trusts der Steuer unterworfen und zudem der Trust – bei Übergang von Vermögen auf einen vom Erblasser angeordneten Trust und bei Übergang von Vermögen bei der Einrichtung eines Trusts zu Lebzeiten des Trustgebers – als Steuerschuldner bestimmt. Insoweit wollte der Gesetzgeber ausdrücklich eine Besteuerungslücke bei Vermögensmassen ausländischen Rechts schließen, die zur Ersparnis von Erbschaft- und Schenkungsteuer eingesetzt wurden, weil bei dieser Konstruktion keine Steuerpflicht oder erst mit zeitlicher Verzögerung eine Steuerpflicht ausgelöst wurde (BT-Drucks. 14/23, S. 200). Der Gesetzgeber hat sich hierbei ausdrücklich für die Gleichstellung von Vermögensmassen ausländischen Rechts mit den (rechtsfähigen) Stiftungen entschieden und diesen unabhängig davon, ob sie rechtsfähig sind oder nicht, erbschaftsteuer- und schenkungsteuerrechtlich die Erwerber- und Steuerschuldner-eigenschaft zugesprochen (vgl. BT-Drucks. 14/443, S. 41). Eine Gleichstellung von inländischen Vermögensmassen mit rechtsfähigen Stiftungen sowie ihre Erwerber- und Steuerschuldnerschaft hat der Gesetzgeber auch bei diesen Vorschriften jedoch nicht angeordnet.

**19 d)** Schließlich steht der Nichteinbeziehung der nichtrechtsfähigen Stiftung in § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG nicht entgegen, dass sie körperschaftsteuerpflichtig sein kann. Denn nach § 1 Abs. 1 KStG sind auch Vermögensmassen körperschaftsteuerpflichtig; wegen § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG gilt dies unabhängig davon, ob sie rechtsfähig oder nichtrechtsfähig sind (vgl. BFH-Urteil, BFHE 201, 287, unter II. 1.). Auch § 3 Abs. 1 KStG sieht ausdrücklich eine Körperschaftsteuerpflicht von nichtrechtsfähigen Vermögensmassen vor.

(...)

## 25. Gegenleistung für GmbH-Anteilsabtretung durch Abtretung einer Forderung

BFH, Urteil vom 6.12.2016, IX R 7/16

(Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 28.1.2016, 10 K 2572/12)

ESTG § 17 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

- Besteht die Gegenleistung bei einer Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften in der Abtretung einer Forderung, kommt es grundsätzlich auf deren Werthaltigkeit im Veräußerungszeitpunkt an.**
- Werden Anteile an die nämliche Gesellschaft veräußert und dort zu eigenen Anteilen, führt eine verbilligte Veräußerung zum Vorliegen einer verdeckten Einlage.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Beteiligten streiten um die Höhe eines Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG.

**2** Die Klägerin hielt als Gesellschafter-Geschäftsführerin im Streitjahr 2008 zwei Anteile i. H. v. 37.200 € und 25.800 € am Stammkapital der A-GmbH. Neben der Klägerin waren noch ihr Bruder und ihre Mutter als Gesellschafter beteiligt. Das gesamte Stammkapital belief sich auf 150.000 €. Die Klägerin veräußerte mit notariellem Vertrag vom 5.12.2008 ihre Anteile mit Wirkung zum 31.12.2008 an die A-GmbH. Der Kaufpreis betrug nach § 2 Abs. 2 des Kaufvertrags 440.000 €; er war wie folgt zu zahlen:

- Teilverrechnung mit abgetretenen Forderungen i. H. v. 327.322 €,
- Teilverrechnung mit Sollsaldo des bei der GmbH für die Klägerin bestehenden Verrechnungskontos i. H. v. 55.338 € und
- Zahlung von 57.339 €.

**3** Laut Forderungsabtretungsvertrag vom 5.12.2008 trat die A-GmbH drei Forderungen über insgesamt 327.322 € an die Klägerin ab. Dabei handelte es sich um eine Darlehensforderung gegen die Z-Gesellschaft in X (Ausland) über 31.924 €, eine Forderung aus Lieferungen und Leistungen gegen die Z-Gesellschaft über 183.408 € und eine Darlehensforderung gegen den späteren Ehemann der Klägerin über 111.990 €. An der Z-Gesellschaft waren sowohl die Klägerin als auch ihr Bruder beteiligt. Ihr späterer Ehemann war Managing Director bei der Z-Gesellschaft.

**4** Im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung 2008 machte die Klägerin geltend, dass die abgetretenen Forderungen gegen die Z-Gesellschaft uneinbringlich seien und der Veräußerungspreis von 440.000 € um diese Beträge zu kürzen sei. Der Veräußerungsgewinn betrage daher nach Maßgabe des Halbeinkünfteverfahrens nur 80.833 €. Die Z-Gesellschaft bestätigte mit Schreiben vom 20.12.2010, wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft seien keine Rückzahlungen aus den oben genannten Forderungen an die Klägerin erfolgt. Das FA ging dagegen davon aus, dass die mögliche Uneinbringlichkeit der Forderungen erst für 2010 Bedeutung habe und für das Streitjahr der vereinbarte Kaufpreis von 440.000 € maßgeblich sei. Damit betrage der Veräußerungsgewinn 188.500 €. (...)

**5** Das FG wies mit der in EFG 2016, 639 veröffentlichten Entscheidung die dagegen erhobene Klage als unbegründet ab. Das FA habe den Veräußerungsgewinn zutreffend ermittelt. Veräußerungspreis i. S. d. § 17 Abs. 2 EStG sei der Wert der Gegenleistung, die der Veräußerer am maßgebenden Stichtag erlange. Hier habe die Klägerin im Veräußerungszeitpunkt eine Geldforderung über 440.000 € erhalten. Die

Klägerin habe die Forderungsabtretung als Leistung an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) erhalten. Auf die Frage, ob die Forderungen gegen die Z-Gesellschaft im Zeitpunkt des Übergangs der Anteile an der A-GmbH wertlos waren oder später uneinbringlich geworden seien, komme es somit nicht an.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**10** Das FG hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass die Klägerin einen Veräußerungsgewinn auf der Grundlage einer Gegenleistung i. H. v. insgesamt 440.000 € zu versteuern hat.

**11** 1. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 1 % beteiligt war und er die Beteiligung im Privatvermögen hielt. Gemäß Satz 2 der Vorschrift steht die verdeckte Einlage von Anteilen der Veräußerung gleich. Veräußerungsgewinn ist dabei der Betrag, um den der Veräußerungspreis und der gemeine Wert der verdeckt eingelegten Anteile nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 und 2 EStG).

**12** a) Der Veräußerungsgewinn ist grundsätzlich für den Zeitpunkt zu ermitteln, in dem er entstanden ist. Dies ist regelmäßig der Zeitpunkt der Veräußerung, d. h. der Zeitpunkt, zu dem das rechtliche oder zumindest das wirtschaftliche Eigentum an den veräußerten Anteilen auf den Erwerber übergegangen ist (vgl. BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 30/13, BFH/NV 2015, 489, m. w. N.).

**13** Veräußerungspreis i. S. v. § 17 Abs. 2 EStG ist der Wert der Gegenleistung, die der Veräußerer durch Abschluss des – dinglichen – Veräußerungsgeschäfts am maßgebenden Stichtag erlangt; dazu gehört alles, was der Veräußerer aus dem Veräußerungsgeschäft als Gegenleistung erhält (vgl. BFH-Urteile vom 13.10.2015, IX R 43/14, BFHE 251, 326 = BStBl. II 2016, 212, und in BFH/NV 2015, 489, m. w. N.). Besteht die tatsächlich erhaltene Gegenleistung nicht in Geld, sondern in Sachgütern, ist der Veräußerungspreis insoweit mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Grundsätzlich kommt es dafür auf die Umstände im Zeitpunkt der Veräußerung an. Für die Bewertung der tatsächlich erhaltenen Gegenleistung (Veräußerungspreis) ist ausnahmsweise dann die Verhältnisse im Zeitpunkt der Erfüllung entscheidend, wenn diese von den Verhältnissen im Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns abweichen (vgl. BFH-Urteil, BFHE 251, 326 = BStBl. II 2016, 212, m. w. N.).

**14** Vor allem die punktuelle Erfassung des Veräußerungsgewinns und seine Abgrenzung vom laufenden Gewinn gebieten es, im Interesse einer sachgerechten, an der individuellen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Besteuerung auf den tatsächlich erzielten Erlös abzustellen. Das schließt die Bewertung einer Sachleistung am Tag des Gefahrübergangs (Erfüllung) ein, denn vorher hat der Veräußerer tatsächlich nichts erhalten (vgl. BFH-Urteil, BFHE 251, 326 = BStBl. II 2016, 212, m. w. N.). Verändert sich der Wert der Gegenleistung nach

vollständiger Erfüllung der Gegenleistungspflicht, beeinflusst dies die Höhe des Veräußerungspreises nicht mehr. Vereinbarungen, durch welche eine bereits erfüllte Gegenleistung noch einmal geändert wird, wirken nach der Rechtsprechung nur dann auf den Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns zurück, wenn der Rechtsgrund für die spätere Änderung im ursprünglichen Rechtsgeschäft bereits angelegt war (vgl. BFH-Urteil, BFHE 251, 326 = BStBl. II 2016, 212, m. w. N.).

**15** Ist nach den Vereinbarungen der Beteiligten Bestandteil des Kaufpreises eine Kapitalforderung, ist diese grundsätzlich mit ihrem Nennwert anzusetzen, soweit nicht besondere Umstände einen höheren oder geringeren Wert begründen (vgl. § 12 Abs. 1 Satz 1 BewG). Besondere Umstände, die eine vom Nennwert abweichende niedrigere Bewertung in diesem Sinne begründen, liegen beispielsweise vor, wenn die Realisierbarkeit einer Forderung nach den Verhältnissen am Bewertungsstichtag unsicher erscheint, weil es infolge der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners zweifelhaft ist, ob diese Forderung in voller Höhe beigetrieben werden kann. Ist die Forderung wegen Vermögenslosigkeit des Schuldners uneinbringlich, bleibt sie außer Ansatz (§ 12 Abs. 2 BewG, vgl. BFH, Urteil vom 16.6.2015, IX R 28/14, BFH/NV 2015, 1679).

**16 b)** Die verdeckte Einlage von im Privatvermögen gehaltenen Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft steht nach § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG der Veräußerung der Anteile i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG gleich. Dabei tritt an die Stelle des Veräußerungspreises nach § 17 Abs. 2 Satz 2 EStG der gemeine Wert der Anteile. Eine verdeckte Einlage ist – im Gegensatz zur offenen Einlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten – die Zuwendung eines einlagefähigen Vermögensvorteils seitens eines Anteilseigners oder einer ihm nahestehenden Person an seine Kapitalgesellschaft ohne wertadäquate Gegenleistung. Weitere Voraussetzung ist, dass die Zuwendung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat. Bleibt ein vereinbarter Kaufpreis hinter dem Wert eines eingelegten Anteils an einer Kapitalgesellschaft zurück, liegt eine gemischte verdeckte Einlage vor. Eine verdeckte Einlage liegt auch vor, wenn Anteile auf die nämliche Kapitalgesellschaft übertragen werden, an der der Steuerpflichtige oder eine nahestehende Person beteiligt sind und dort zu eigenen Anteilen werden und keine nach dem Wert der übertragenen Anteile bemessene Bar- oder Sachvergütung erfolgt (vgl. BFH-Urteile vom 14.7.2009, IX R 6/09, BFH/NV 2010, 397, m. w. N.; und vom 20.1.2016, II R 40/14, BFHE 252, 453 = BFH/NV 2016, 848, unter 2. b; *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 35. Aufl., § 17 Rdnr. 110; *Herrmann/Heuer/Raupach/Eilers/R. Schmidt*, § 17 EStG Rdnr. 173; *Kirchhof/Gosch*, EStG, 15. Aufl., § 17 Rdnr. 47). Eine verdeckte Einlage kann somit vorliegen, wenn die Anteile an eine Gesellschaft übertragen werden, an der eine nahestehende Person beteiligt ist und wenn der einlegende Gesellschafter zugleich aus der Gesellschaft ausscheidet (vgl. BFH-Urteil, BFHE 252, 453 = BFH/NV 2016, 848; *Herrmann/Heuer/Raupach/Watermeyer*, § 8 KStG Rdnr. 333).

**17 2.** Daran gemessen ist das FG im Ergebnis zu Recht von einem Veräußerungspreis i. H. v. 440.000 € ausgegangen.

**18 a)** Zwar hat das FG die Werthaltigkeit der Forderung gegen die Z-Gesellschaft nicht geprüft, obwohl die Klägerin als Gegenleistung für die Übertragung der Anteile am 31.12.2008 unter anderem die am 5.12.2008 – zeitgleich mit dem schuldrechtlichen Veräußerungsvertrag hinsichtlich der Anteile – abgetretene Forderung gegen die Z-Gesellschaft erhalten hatte. Diese an Erfüllung statt (vgl. § 364 Abs. 1 BGB) geleistete Forderung ist aufgrund des Abtretungsvertrags vom 5.12.2008 Bestandteil des Veräußerungserlöses.

**19 b)** Gleichwohl kommt es für die Höhe des steuerlich relevanten Veräußerungserlöses auf die Werthaltigkeit der Forderungen am 31.12.2008 – dem Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns und zugleich dem Zeitpunkt der Erfüllung der Gegenleistungspflicht – nicht entscheidungserheblich an. Denn selbst wenn das FG im Hinblick auf die von der Klägerin erstinstanzlich eingereichten Unterlagen der Auffassung der Klägerin gefolgt wäre und den Wert der abgetretenen Forderungen im Veräußerungszeitpunkt mit 0 € oder mit einem Zwischenwert angesetzt hätte, hätte die Klägerin einen Veräußerungserlös nach § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 EStG i. H. v. 440.000 € zu versteuern.

**20 aa)** Das FG ist im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise von einem Wert des übertragenen Gesellschaftsanteils i. H. v. 440.000 € ausgegangen. Diese Feststellung des FG beruht auf den unstreitigen Angaben der Beteiligten und ist nicht durch die Erhebung von Verfahrensrügen in Zweifel gezogen worden. Beläuft sich die für die Übertragung des Anteils erbrachte Gegenleistung – wie von der Klägerin erstinstanzlich und im Revisionsverfahren wiederholt vorgetragen – auf lediglich 224.667 €, liegt nach den oben genannten Grundsätzen im Fall der Veräußerung der Anteile an die Gesellschaft eine verdeckte Einlage in die Gesellschaft vor. Diese ist nach § 17 Abs. 2 Satz 2 EStG mit dem gemeinen Wert des Anteils, der verdeckt eingelegt wird, anzusetzen. Denn eine verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft steht ausdrücklich einer entgeltlichen Veräußerung unter Ansatz des gemeinen Werts der eingelegten Anteile als Veräußerungspreis gleich (§ 17 Abs. 1 Satz 2 EStG).

**21 bb)** Daher kommt es in tatsächlicher Hinsicht auf eine Bewertung der an die Klägerin abgetretenen Forderungen nicht entscheidungserheblich an. Entspricht der gemeine Wert der streitbefangenen Forderungen – wie vom FA vorgetragen – dem Nennwert von i. H. v. 327.322 €, sind die Forderungen als Sachleistung, die nach § 364 Abs. 1 BGB geleistet wird, Gegenstand des Veräußerungspreises und damit in die Gewinnermittlung nach § 17 Abs. 2 EStG einzubeziehen. Beläuft sich der gemeine Wert der streitbefangenen Forderungen gegen die Z-Gesellschaft – wie von der Klägerin vorgetragen – wegen Uneinbringlichkeit auf 0 €, liegt in der Übertragung von Gesellschaftsanteilen im Wert von 440.000 € an die A-GmbH zu einem Veräußerungserlös in Höhe von lediglich 224.667 € eine gemischte verdeckte Einlage mit einem gemeinen Wert in entsprechender Höhe. Dieser ist nach § 17 Abs. 2 Satz 2 EStG bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns zu berücksichtigen.

(...)

# SONSTIGES

## TAGUNGSBERICHT

### Die Rechtsprobleme der künstlichen Befruchtung

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 1.2.2017

Von Ass. jur. **Florian Fußeder**, Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Notarrecht, München

Am 1.2.2017 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2016/17 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Die Rechtsprobleme der künstlichen Befruchtung“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, München, begrüßte das Auditorium und übergab das Wort an Notar a. D. Professor Dr. *Rainer Kanzleiter*, Ulm, der sich im Namen der Notarrechtlichen Vereinigung e. V. bei Professor Dr. *Johannes Hager*, München, bedankte. *Hager* hat die Position des geschäftsführenden Direktors der Forschungsstelle nach 13 Jahren zum 31.12.2016 an *Grigoleit* übergeben. Anschließend dankte auch Notar Dr. *Winfried Kössinger*, München, *Hager* im Namen der Landesnotarkammer Bayern und des Bayerischen Notarvereins e. V. für seinen Einsatz und seine Leistungen an der Forschungsstelle.

Sodann übergab *Grigoleit* zunächst das Wort an Professor Dr. *Hans-Georg Hermann*, München. Dieser führte durch die historische Entwicklung der Fortpflanzungstheorien und wies darauf hin, dass das erste Urteil zur künstlichen Befruchtung bereits im Jahre 1908<sup>1</sup> ergangen sei.

Das erste Referat von Notar Dr. *Alexander Martini*, Erlangen, trug den Titel „Die heterologe Insemination in der notariellen Praxis – Bestandsaufnahme und Ausblick?“. Zunächst schilderte *Martini* die Ausgangssituation. Wenn es zwei Personen nicht auf natürliche Weise möglich sei, Eltern zu werden, stelle die künstliche Befruchtung mit Fremdsamen oft eine Lösung dar. An dieser Behandlung seien neben den Eltern auch noch der Arzt, der Samenbankbetreiber, der Samenspender und das noch ungezeugte Kind beteiligt. Die zeitlichen Phasen seien in die Zeiträume von der Behandlung zur Befruchtung, der Befruchtung zur Geburt und nach der Geburt aufzuteilen. Anders als die heterologe Insemination sei die homologe Insemination mit dem Samen des Ehemannes rechtlich gesprochen nicht spektakulär, denn der biologische Vater sei mit dem rechtlichen identisch (§ 1592 Nr. 1 BGB). Ebenso sei die quasi homologe Insemination, bei der die Frau mit dem Samengeber nicht verheiratet, aber in einer Beziehung sei, wenig problematisch. Anders als bei der homologen Insemination brauche es in diesem Fall eine Anerkennung der Vaterschaft nach § 1592

Nr. 2 BGB, um den biologischen zum rechtlichen Vater zu machen. Einzig die fehlende Möglichkeit einer frühzeitigen Anerkennung (aufgrund der Bedingungsfeindlichkeit der Anerkennung) könne ein Problem bereiten, wenn der Wille zur Anerkennung vor der Zeugung wegfalle.

Die heterologe Insemination, so *Martini*, sei dagegen rechtlich höchst interessant. Problematisch sei schon die Frage, was in diesem Bereich erlaubt sei. Weder im BGB noch im StGB fänden sich Regelungen. Fündig werde man dagegen im ärztlichen Standesrecht. Die „Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion“ der Bundesärztekammer sähe grundsätzlich die künstliche Befruchtung nur für Ehepaare und mit dem Samen des Ehemannes vor. Der Einsatz fremder Samen sei dagegen medizinisch zu begründen. Die Bayerische Landesärztekammer habe dagegen keinerlei Richtlinien erlassen. Die Methode sei daher wohl grundsätzlich erlaubt. Neben der Konstellation des verheirateten Paares gäbe es die des nicht verheirateten Paares, die zweier Frauen in eingetragener Lebenspartnerschaft, die zweier Frauen in einer Beziehung, ohne in eingetragener Lebenspartnerschaft zu sein, und die einer alleinstehenden Frau.

Damit unterbrach *Martini* seinen Vortrag für eine Schilderung der ärztlichen Sicht auf die Thematik durch den Gynäkologen und ärztlichen Leiter der Erlanger Samenbank Dr. *Andreas Hammel*, Erlangen. In der Praxis seien immer wieder Paare anzutreffen, die ihre Kinder nicht über ihre Zeugung durch heterologe Insemination aufklären wollten. Wegen des Anspruchs des Kindes auf Kenntnis der Abstammung sei dies allerdings kein gangbarer Weg, Probleme zu vermeiden. Abgesehen von diesem gesicherten rechtlichen Anspruch herrsche aber zu wenig rechtliche Klarheit für den behandelnden Arzt. Deshalb müsse der Arzt selbst entscheiden, welche Behandlungen er vornehme. Ein Hindernis bei der Behandlung, insbesondere von lesbischen Paaren, seien dabei weniger die Behandlungsrichtlinien, sondern der ungewisse Schutz des Samenspenders vor ungewollten Ansprüchen. Viele Ärzte lehnten deshalb eine solche Behandlung ab. In Erlangen habe man sich für eine Behandlung lesbischer Paare entschieden, um diese Paare nicht zu Angeboten im Internet ohne hygienische und ärztliche Kontrolle zu drängen.

Damit gab *Hammel* das Wort zurück an *Martini*, der sich den Interessen der Beteiligten zuwandte. Das Interesse der Eltern

<sup>1</sup> RG, JW 1908, 485.

sei, eine möglichst „normale“ Familie zu führen. Der Samenspender sei daran interessiert, anonym zu bleiben und keinen Unterhalts-, Erb- oder Pflichtteilsansprüchen ausgesetzt zu sein. Neben dem Schutz des Samenspenders liege es im Interesse des Arztes und der Samenbank, nicht zu haften und alle Dokumentationspflichten zu erfüllen. Im Interesse des Kindes sei es, den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf Kenntnis der Abstammung nicht nur zu haben, sondern auch durchsetzen zu können.

Diese Interessenbetrachtung ermögliche es, mehrere Problemfelder zu identifizieren, so *Martini*. So sei nicht immer sichergestellt, dass das Kind auch zwei Eltern habe. Bei nicht verheirateten Eltern werde das Kind zunächst vaterlos geboren. Dies könne beispielsweise dann so bleiben, wenn der Vater vor der Anerkennung versterbe. Das Kind könne aber auch bei bloßer Weigerung des ehemaligen Partners der Mutter ein Anerkenntnis mangels genetischer Abstammung nicht durchsetzen. Derzeit wäre dieser Weg aber bezüglich des Samenspenders eröffnet. Auch die Anfechtung einer bestehenden juristischen Vaterschaft sei problematisch. Während eine Anfechtung durch die Mutter oder den juristischen Vater gemäß § 1605 BGB ausgeschlossen sei, sei diese durch das Kind möglich. Dies lasse zumindest Wertungswidersprüche zur Stiefkindadoption durch ein lesbisches Paar in eingetragener Lebenspartnerschaft erkennen. Bei dieser bestehe die Möglichkeit einer Anfechtung nicht, insofern sei die klassische Ehe schlechter gestellt. Auch sei diese Option keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Eine solche sei zwar das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, nicht aber auch die Anfechtbarkeit einer bestehenden Vaterschaft. Die Auswirkungen einer Anfechtung auf die Mutter seien zwar relativ gering, denn ein Unterhaltsanspruch bestünde gemäß der Rechtsprechung weiterhin gegen den Vater. Die Auswirkungen auf den Samenspender seien dagegen unter Umständen erheblich, da er nach Feststellung seiner Vaterschaft Unterhalts-, Erb- oder Pflichtteilsansprüchen ausgesetzt sein könne. Auch der Auskunftsanspruch des Kindes sei problematisch. So sei dieser derzeit nicht gegen tatsächlichen Verlust oder Vernichtung der Information gesichert.

Im Anschluss wandte sich *Martini* der Frage zu, welches dieser Probleme durch die Notarurkunde zu lösen sei. Bei einer fehlenden Vaterschaft könne die Notarurkunde keine Abhilfe schaffen. So sei eine Verpflichtung schon vor der Zeugung, die Vaterschaft anzuerkennen, wohl nicht verbindlich. Auch eine Anfechtung durch das Kind könne eine Notarurkunde nicht verhindern. Die Verpflichtung, gegenüber dem Kind die künstliche Befruchtung mit Fremdsamen zu verschweigen, sei nicht nur nicht zeitgemäß, sondern aufgrund des Auskunftsanspruchs auch unwirksam. Bei Auswirkungen der Anfechtung auf die Mutter könne die Notarurkunde durchaus eine Hilfe sein. So sei sie in der Lage, eine gewisse zu Höhe eines Unterhaltsanspruchs durch einen Freistellungsanspruch zu garantieren. Auch die Auswirkungen gegenüber dem Samenspender könne sie abmildern. Es sei möglich, für diesen ebenfalls einen Freistellungsanspruch zu vereinbaren. Dabei handle es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter. Diese Absicherung finde ihre Grenzen aber in der Leistungsfähigkeit der Eltern. So bliebe dem Samenspender *de lege lata* immer das Risiko, in Anspruch genommen zu werden. Auch eine Sicher-

ung des Auskunftsanspruchs des Kindes auf Kenntnis der Abstammung könne durch die Notarurkunde erfolgen, da ihre Verwahrung gesichert sei. Weitere Auskunftsansprüche, beispielsweise wenn das Kind klären wolle, ob weitere Abkömmlinge desselben Spenders existieren, seien auf diese Weise allerdings nicht sicherbar.

*Martini* schloss seinen Vortrag mit einer Betrachtung der Risiken für den Samenspender. Bei verheirateten Paaren sei die Ungewissheit auch heute schon relativ gering, anders sei dies bei unverheirateten Müttern. Erfolge keine Vaterschaftsanerkennung, weil sich das Paar trennt, der Partner verstirbt oder es sich um eine lesbische oder alleinstehende Mutter handelt, seien die Unwägbarkeiten für den Samenspender ungleich höher. Die Versuchung für das Kind, den Spender in Anspruch zu nehmen, sei in diesen Fällen größer.

Daran schloss sich das zweite Referat von Professor Dr. *Andreas Spickhoff*, LMU München, mit dem Titel „Zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen – Rechtsentwicklung und Perspektiven“ an. Zunächst skizzierte *Spickhoff* die Rechtsentwicklung vor dem gesetzgeberischen Status Quo. Der BGH habe im Jahr 1983 entschieden, dass eine Vaterschaftsanfechtung trotz konsentierter heterologer Insemination durch den juristischen Vater möglich sei.<sup>2</sup> Dies sei auf heftige Kritik gestoßen. In Reaktion auf diese habe der BGH eine konkludente Unterhaltsvereinbarung zugunsten des Kindes angenommen.<sup>3</sup> Das Kind könne daher auch *de lege lata* nach erfolgter Anfechtung Kindesunterhalt vom juristischen Vater verlangen. Nicht möglich sei dies, wenn dieser sterbe oder nicht zur Verfügung stehe. Auch Waisenrente oder Erbschaft blieben ausgeschlossen.

Anschließend ging *Spickhoff* auf die Reaktion der Gesetzgebung auf diese Rechtsprechung ein. Zunächst habe der Gesetzgeber aus ethischen Gründen den § 1600 Abs. 5 BGB geschaffen, womit die Anfechtung durch den juristischen Vater und die Mutter in diesen Fällen ausgeschlossen sei. Die Voraussetzungen dieser Norm seien aber nicht eindeutig. So sei schon nicht abschließend geklärt, welche Methoden von dem Begriff künstliche Befruchtung erfasst werden, vor allem ob er auch die hygienisch nicht kontrollierten Angebote im Internet umfasse. Auch die dogmatische Einordnung der Einwilligung sei nicht geklärt. Eine Klassifizierung als Willenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Erklärung erscheine sinnvoll. So seien die Regelungen über den Rechtsbindungswillen und die Geschäftsfähigkeit passend. Ungeklärt seien die Möglichkeit und die Grenzen einer Anfechtung der Einwilligung. Jedenfalls müsse eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturn aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen sein. Dennoch seien die rechtsgeschäftlichen Regelungen näher als eine Einordnung als Realakt oder Einwilligung im arztrechtlichen Sinne. Klarer seien die Rechtswirkungen einer wirksamen Einwilligung. Eine Vaterschaftsanfechtung durch den Donator sei nicht ausgeschlossen, obwohl dies selten der Fall sein werde. Auch eine Vaterschaftsanfechtung durch das Kind sei möglich, zudem habe es einen Anspruch auf Kenntnis

<sup>2</sup> BGHZ 87, 169 = FamRZ 83, 686.

<sup>3</sup> BGHZ 129, 297 = NJW 1995, 2028.

der eigenen Abstammung. Dieser könne allerdings, wie bereits geschildert, auf Probleme bei der Durchsetzbarkeit stoßen.

Sodann nahm *Spickhoff* eine rechtspolitische Bewertung vor. Wünschenswert sei, dass auch der konsentierende (Ehe-) Mann im Vorfeld der Behandlung ärztlich und notariell beraten werde. Zudem sollte nicht verheirateten Partnern die Möglichkeit gegeben werden, die Vaterschaft schon präkonzeptionell anzuerkennen. Beides sehe die Neuregelung nicht vor. Diese widme sich vor allem der Rechtstellung des Kindes und des Spenders. So sei der Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung des Spenders sinnvoll. Zudem müsse der Auskunftsanspruch über die Person des Spenders gesichert werden. Dies sehe der „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen“ vor. So werde der Anspruch durch ein staatlich geführtes Register der Spender gesichert. Ebenso sei geregelt, wie der Spender zu informieren sei und welche seiner Daten erhoben werden müssten. Kritisch sei zu sehen, dass diese Pflichten durch die Entnahmeeinrichtung und nicht durch einen Juristen zu erfüllen seien. Ungeklärt bliebe dabei, was eine Verletzung dieser Pflichten für Folgen habe. Konsequenzen wie Schadensersatzansprüche seien kaum denkbar. Fraglich sei auch, ob die Entnahmeeinrichtungen diese Pflichten nicht oftmals an einen Juristen weitergeben werden und welche Auswirkungen dies auf den Preis einer Samenspende haben werde. Auch die Modalitäten einer Insemination, insbesondere die Pflicht zur Information der Empfängerin, seien geregelt. Diese sei durch die Stelle zu erfüllen, die die künstliche Befruchtung durchführe. All das sichere auch den (ohne hin verfassungsrechtlich bestehenden) Auskunftsanspruch der gezeugten Person. Die Neuregelung sehe vor, dass dieser nur persönlich und ab dem 16. Lebensjahr des Kindes bestehe und gegen die Behörde gerichtet sei. Positiv sei hervorzuheben, dass die Neuregelung nicht dem Trend der Strafbewährung im Medizinrecht folge, sondern nur Bußgeldvorschriften vorgesehen seien.

Anschließend wandte sich *Spickhoff* dem Entwurf des § 1600 Abs. 4 BGB-E zu. Eine Einwilligung der Beteiligten sei im Wortlaut nicht vorgesehen. Diese sei aber schon medizinrechtlich notwendig, da sonst die künstliche Befruchtung den Tatbestand der Körperverletzung erfülle. Deutlich werde, dass zwar

eine Feststellung des Spenders als Vater ausgeschlossen sei, eine Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind aber weiterhin möglich bleibe. Der Begriff „ärztliche Unterstützung“ sei enger als der der „künstlichen Befruchtung“ aus § 1605 BGB. Klargestellt sei damit, dass ein Arzt beteiligt sein müsse. Zudem habe die Behandlung „in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nr. 9 des TPG“ zu erfolgen. Mit aller Deutlichkeit seien private Spenden damit nicht der Regelung unterworfen.

Die Neuregelung werfe aber eine Reihe von Fragen auf, so *Spickhoff*. Beispielsweise sei das Ergebnis zweifelhaft, dass der biologische Vater auch dann nicht als Vater festgestellt werden könne, wenn er dies wünsche. Unterhaltansprüche oder erbrechtliche Positionen seien damit nicht herstellbar. In diesem Zusammenhang sei das an sich verfassungsfeste Pflichtteils oder Pflichterbrecht des Abkömmlings aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 und 5 GG zu diskutieren. Zudem könne ein Wertungswiderspruch zu § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG zu diskutieren sein, denn dieser schließe grundsätzlich die Benutzung der Spende eines verstorbenen Ehegatten aus. Problematisch sei auch, dass gemäß § 1598a BGB keine isolierte Abstammungsfeststellung möglich sei. Wenn daher neben dem Spender auch noch ein nicht verfügbarer Dritter als biologischer Vater in Frage komme, sei die Abstammung vom Spender nicht überprüfbar. Gelingen sei aber die Anreizfunktion zur „formalisierten“ Samenspende und heterologen Insemination. Eine Flucht ins Ausland oder in das Internet werde damit verhindert.

*Spickhoff* schloss seinen Vortrag mit einer Gesamtbewertung. Die Neuregelung sei ein Schritt in die richtige Richtung. Einzelne Kritikpunkte, wie das Fehlen einer isolierten Abstammungsfeststellung, verblieben aber. Ein durchformtes, in sich konsistentes Gesamtsystem des Fortpflanzungsmedizinrechts wäre wünschenswert und fehle bislang.

Nach anschließender lebhafter Diskussion ging das Wort an *Hager*. Dieser blickte auf die schöne Zeit an der Forschungsstelle zurück und bedankte sich bei allen Beteiligten. Anschließend eröffnete er den Empfang, bei dem die Teilnehmer und Referenten die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Austausch hatten.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### 4. Europäischer Notarkongress

#### Das Recht der EU im Dienste der Bürger

Donnerstag, 5. Oktober 2017, bis Samstag, 7. Oktober 2017

Santiago de Compostela

Palacio de Congresos e Exposicións de Galicia

Miguel Ferro Caaveiro s/n - San Lázaro, 15707 Santiago de Compostela

#### Aus dem Programm:

Der Verbraucherschutz im digitalen Umfeld

Grenzüberschreitende Verlegung von Gesellschaftssitzen innerhalb der EU: Aktuelle Praxis sowie Zweckmäßigkeit und Inhalte einer möglichen europäischen Sitzverlegungsrichtlinie

**Tagungsbeitrag:** 420 € für Teilnehmer, 320 € für Begleiter

#### Kontakt/Anmeldung:

[www.notariesofeurope-congress2017.eu](http://www.notariesofeurope-congress2017.eu)

## Veranstaltungen des DAI

1. **Intensivkurs Grundstücksrecht**  
(Krauß/Wälzholz/Wegerhoff)  
13.7.–15.7.2017 in Lübeck
2. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**  
(Tondorf)  
17.7.–21.7.2017 in Stuttgart
3. **Notariat für Einsteiger**  
(Scholten/Tondorf)  
10.8.–12.8.2017 in Bochum  
31.8.–2.9.2017 in Berlin

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. Arts: Die subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung. Nomos, 2017. 359 S., 94 €
2. Baderschneider: Die Stiftung als Zielstruktur im Umwandlungsgesetz. Kovac, 2017. 238 S., 88,90 €
3. Bayer (Hrsg.): Offene Fragen zum Wohnungseigentumsrecht und deren Bedeutung für die notarielle Praxis. Nomos, 2017. 153 S., 42 €
4. Bengel/Reimann (Hrsg.): Handbuch der Testamentvollstreckung. 6. Aufl., Beck, 2017. 840 S., 119 €
5. Brandstätter: not@r 4.0. MANZ, 2017. 86 S., 22,18 €
6. Büte: Zugewinnausgleich bei Ehescheidungen. 5. Aufl., Beck, 2017. 469 S., 65 €
7. Enzensberger/Maar: Testamente für Geschiedene und Patchworkehen. 4. Aufl., Zerb, 2017. 300 S., 49 €
8. Ernst & Young: ErbSt 2016. Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2017. 616 S., 139 €
9. Fischer/Pahlke/Wachter: ErbStG Kommentar. 6. Aufl., Haufe Lexware, 2017. 1512 S., 180 €
10. Freiherr von Rechenberg/Ludwig (Hrsg.): Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., Heymanns, 2017. 2600 S., 199 €
11. Haase/Hruschka (Hrsg.): UmwStG. 2. Aufl., Schmidt, 2017. 1280 S., 148 €
12. Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.): HGB. Nomos, 2017. 2576 S., 198 €
13. Hartwig: Die Thesaurierungspflicht der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt). Lang, 2017. 292 S., 64,95 €
14. Herrler (Hrsg.): Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. Beck, 2017. 2432 S., 249 €
15. Kappler/Kappler: Die vorweggenommene Erbfolge. Giesecking, 2017. 368 S., 59 €
16. Knees: Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 8. Aufl., De Gruyter, 2017. 418 S., 119,95 €
17. Korintenberg/Bengel/Otto/Reimann/Tiedtke (Hrsg.): GNotKG. 20. Aufl., Vahlen, 2017. 1855 S., 159 €
18. Münch/Lipp (Hrsg.): Die Freizügigkeit notarieller Urkunden in Europa. Deutscher Notarverlag, 2017. 116 S., 49 €
19. Mumme: Gläubigerschutz durch Berufshaftpflichtversicherung in der PartGmbH. Nomos, 2017. 316 S., 84 €
20. Neschwara: Geschichte des österreichischen Notariats. MANZ, 2017. 1114 S., 212,05 €
21. Notarkasse A. d. ö. R. München (Hrsg.): Streifzug durch das GNotKG. 12. Aufl., Bayerischer Notarverein, 2017. 700 S., 39,80 €
22. Oetker (Hrsg.): HGB. 5. Aufl., Beck, 2017. 2415 S., 199 €
23. Owusu: Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB. Duncker & Humblot, 2017. 439 S., 99,90 €
24. Patt: Praxisleitfaden Betriebsaufspaltung. Schäffer Poeschel, 2017. 139 S., 39,95 €
25. Prütting/Gehrlein (Hrsg.): ZPO. 9. Aufl., Luchterhand, 2017. 3252 S., 139 €
26. Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.): BGB. 12. Aufl., Luchterhand, 2017. 3936 S., 130 €
27. Römermann (Hrsg.): PartGG. 5. Aufl., RWS, 2017. 455 S., 82 €
28. Scheuing: Der Pflichtteilsanspruch in Zwangsvollstreckung und Insolvenz. Mohr Siebeck, 2017. 311 S., 74 €
29. Schmid/Lüdemann (Hrsg.): Erben und Versteuern in der Landwirtschaft. HLBS, 2017. 446 S., 68 €
30. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: Sachenrecht. §§ 1204-1296. 16. Aufl., De Gruyter, 2017. 512 S., 159,95 €
31. Steinhauer/Haydu: Internationales Erbrecht Frankreich. 2. Aufl., Beck, 2017. 126 S., 59 €
32. Thomas/Putzo: ZPO. 38. Aufl., Beck, 2017. 2430 S., 63 €
33. Vallender/Undritz (Hrsg.): Praxis des Insolvenzrechts. 2. Aufl., ZAP, 2017. 1440 S., 149 €
34. Weber/Brünner/Philipp: Pflegereform 2017 in der juristischen Praxis. Beck, 2017. 142 S., 59 €
35. Wick: Der Versorgungsausgleich. 4. Aufl., Schmidt, 2017. 683 S., 98 €
36. Zimmermann: Betreuung und Erbrecht. 2. Aufl., Giesecking, 2017. 299 S., 49 €
37. Zimmermann/Hottmann/Kiebele: Die Personengesellschaft im Steuerrecht. 12. Aufl., Fleischer, 2017. 1499 S., 128 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Helmut Gäbhard, Starnberg,  
verstorben am 21.2.2017

Notar a. D. Gerhard Wolf, Stegaurach,  
verstorben am 1.6.2017

### 2. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 1.8.2017:

Notarin Dr. Natascha Krist, Neuburg a. d. Donau

Notarin Sandra Wenger, Wörth a. d. Donau

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.6.2017:

Tegernsee dem Notar  
Dr. Walter Rottenfuß  
(bisher in Nürnberg)

Uffenheim der Notarassessorin  
Laura Göbhardt  
(bisher in Würzburg,  
Notarstellen  
Prof. Dr. Limmer/  
Dr. Friederich)

### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Dr. Nora Ziegert, Weißenhorn  
(Notarstelle Dr. Ziegler), ab 7.6.2017 in München  
(Notarkasse A. d. ö. R)

Notarassessorin Nina Bomhard, Vilsbiburg  
(Notarstelle Dr. König), ab 17.6.2017 in Starnberg  
(Notarstellen Klöcker/Volmer)

Notarassessorin Claudia Weichert, Bamberg  
(Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz), ab 19.6.2017  
in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Oberinspektorin i. N. Heike Büttner, Schwabmünchen  
(derzeit im Sonderurlaub), ab 22.5.2017  
in Landsberg a. Lech  
(Notarstellen Prof. Dr. Krafka/Schneider)

### 5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Lothar Roos, Marktheidenfeld  
(Notarstellen Dr. Eckert/Schall),  
ab 1.8.2017 im Ruhestand

### 6. Korrektur zu Heft 3/2017:

Dem Notar Dr. Christian Betz, bisher in Oettingen i. Bay.,  
wurde der Amtssitz in Schweinfurt in Sozietät mit dem  
Notar **Dr. Dörnhöfer** verliehen.



## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [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, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)