

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Herausgeberbeirat:**

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

**Schriftleitung:**

Anja Schaller,  
Notarassessorin

Stefanie Tafelmeier,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

**Aufsätze**

*Krick*: Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums 401

*Rapp*: Das Erbbaurecht im Rangkonflikt mit Dienstbarkeiten – zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 27.6.2013, 22 U 165/12, und zum Beschluss des OLG Hamm vom 24.7.2013, I-15W 172/13 412

*Wälzholz*: Aktuelle Gestaltungsprobleme im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht – insbesondere bei der Testamentsgestaltung 417

**Rechtsprechung**

Abnahme- und Schallschutzproblematik im Bauträgervertrag (OLG Brandenburg, Urteil vom 13.6.2013, 12 U 162/12) 434 mit Anmerkung *Pause* 440

Nutzung einzelner Stellplätze bei Doppelstockgarage in Wohnungseigentumsanlage (BGH, Beschluss vom 20.2.2014, V ZR 116/13) 442 mit Anmerkung *Schmidt* 443

Rechtsschutzbedürfnis für ein Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekannteren Erben (BGH, Beschluss vom 14.11.2013, V ZB 204/12) 444 mit Anmerkung *Wolfsteiner* 446

Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister (OLG Bremen, Beschluss vom 15.4.2014, 2 W 22/14) 462 mit Anmerkung *Litzenburger* 463

Löschung eines Nacherbenvermerks bei Bestimmung von Abkömmlingen des Vorerben zu Nacherben (OLG München, Beschluss vom 13.1.2014, 34 Wx 166/13) 464 mit Anmerkung *Reimann* 466

Schenkungssteuerpflicht bei Gewährung eines zinslosen Darlehens an Lebensgefährtin (BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 25/12 (NV)) 489 mit Anmerkung *Crezelius* 491

## Inhalt

### Aufsätze

*Krick*: Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums **401**

*Rapp*: Das Erbbaurecht im Rangkonflikt mit Dienstbarkeiten – zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 27.6.2013, 22 U 165/12, und zum Beschluss des OLG Hamm vom 24.7.2013, Az I-15 W 172/13 **412**

*Wälzholz*: Aktuelle Gestaltungsprobleme im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht – insbesondere bei der Testamentsgestaltung **417**

### Buchbesprechungen

Kersten/Bühling (Hrsg.): Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (*Suttmann*) **425**

Brah: Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar (*Brockmann*) **425**

Bengel/Reimann: Handbuch der Testamentsvollstreckung (*Westermeier*) **427**

Walz (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch/Englisch (*Sagmeister*) **428**

Böttcher/Faßbender/Waldhoff: Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis (*Fackelmann*) **429**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Löschung des Erbbaurechts (OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2013, I-15 W 172/13) **431**
2. Zur Sicherung von Grunddienstbarkeiten bei der Bestellung eines Erbbaurechts (OLG Hamm, Urteil vom 27.6.2013, I 22 U 165/12) **431**
3. Abnahme- und Schallschutzproblematik im Bauträgervertrag (OLG Brandenburg, Urteil vom 13.6.2013, 12 U 162/12) **434**  
mit Anmerkung *Pause* **440**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

4. Nutzung einzelner Stellplätze bei Doppelstockgarage in Wohnungseigentumsanlage (BGH, Beschluss vom 20.2.2014, V ZB 116/13) **442**  
mit Anmerkung *Schmidt* **443**
5. Rechtsschutzbedürfnis für ein Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekanntenen Erben (BGH, Beschluss vom 14.11.2013, V ZB 204/12) **444**  
mit Anmerkung *Wolfsteiner* **446**
6. Keine wirksame Eigentümerzustimmung zur Löschung eines Grundpfandrechts durch mehrere Miterben (OLG Hamm, Beschluss vom 5.2.2014, I-15 W 1/14) **447**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Familienrecht

7. Auswirkungen des unterhaltsrechtlichen Vorrangs des geschiedenen Ehegatten bei der Billigkeitsabwägung  
(BGH, Beschluss vom 7.5.2014, XII ZB 258/13) **448**
8. Vermögenszuwendung innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zur Absicherung ist keine Schenkung  
(BGH, Urteil vom 6.5.2014, X ZR 135/11) **454**
9. Modifizierung des Zugewinnausgleichs in einem Ehevertrag  
(OLG Bremen, Beschluss vom 8.5.2014, 5 UF 110/13) **456**

### Erbrecht

10. Löschung von Nacherbenvermerken  
(BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12) **460**
11. Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister  
(OLG Bremen, Beschluss vom 15.4.2014, 2 W 22/14) **462**  
mit Anmerkung *Litzenburger* **463**
12. Löschung eines Nacherbenvermerks bei Bestimmung von Abkömmlingen des Vorerben zu Nacherben  
(OLG München, Beschluss vom 13.1.2014, 34 Wx 166/13) **464**  
mit Anmerkung *Reimann* **466**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Kein Zustimmungserfordernis bei Abschluss und Änderung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags  
(OLG München, Beschluss vom 3.7.2014, 31 Wx 263/14 und 31 Wx 264/14) **467**
14. Eintragung einer UG nach Geschäftsübertragung von einem e. K.  
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.5.2014, 11 Wx 24/14) **468**
15. Nichteintragung eines Haftungsausschlusses bei Firmenfortführung  
(OLG Hamm, Beschluss vom 27.2.2014, I-27 W 9/14) **469**

### Internationales Privatrecht

16. Anwendung des aktuell geltenden ausländischen Rechts im Rahmen von Art. 15 Abs. 1 EGBGB  
(OLG Celle, Beschluss vom 31.3.2014, 15 UF 186/13) **470**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. Erteilung einer titelerweiternden Klausel: Urkunde ist ausreichender Vollstreckungstitel für unbeschränkte Anordnung der Zwangsverwaltung  
(BGH, Beschluss vom 26.3.2014, V ZB 140/13) **471**

## Inhalt (Fortsetzung)

18. Anspruch eines Insolvenzverwalters gegen einen Gläubiger des Insolvenzschuldners auf Erteilung einer Löschungsbewilligung für eine auf dem Schuldnergrundstück eingetragene nachrangige Zwangssicherungshypothek (OLG Nürnberg, Urteil vom 19.11.2013, 4 U 994/13) **473**

### Beurkundungs- und Notarrecht

19. Zur notariellen Belehrungspflicht über die rechtlichen Folgen einer Änderung der bei Vertragsschluss gegebenen Umstände (BGH, Urteil vom 15.5.2014, III ZR 375/12) **475**

### Kostenrecht

20. Gebühren für die Eintragung des verbleibenden Erben im Grundbuch; Vollzug des Ausscheidens eines Erben aus der Erbengemeinschaft im Wege der sog. Abschichtung (OLG Köln, Beschluss vom 19.3.2014, 2 Wx 73/14) **477**

### Öffentliches Recht

21. Anspruch auf Grundsicherung für Arbeitsuchende; Berücksichtigung eines im Alleineigentum stehenden Hausgrundstücks als verwertbarer Vermögensgegenstand (BSG, Urteil vom 12.12.2013, B 14 AS 90/12 R) **479**
22. Umfang des gemeindlichen Vorkaufsrechts  
(*nur Leitsatz*)  
(OLG Celle, Beschluss vom 21.11.2013, 4 W 201/13) **486**

### Steuerrecht

23. Erbengemeinschaft als selbständiger Rechtsträger im Grunderwerbsteuerrecht (BFH, Urteil vom 12.2.2014, II R 46/12) **486**
24. Schenkungsteuerpflicht bei Gewährung eines zinslosen Darlehens an Lebensgefährtin (BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 25/12 (NV)) **489**  
mit Anmerkung *Crezelius* **491**

## Standesnachrichten **492**

## Sonstiges **III**

# 5 | MittBayNot

Begründet 1864

Sept./Okt. 2014 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

## AUFSÄTZE

### Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Von Notar *Rainer Krick*, München

Nur wenige Probleme beschäftigen die Rechtsprechung der Zivilgerichte derzeit intensiver als die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Rahmen von Bauträgerverträgen. Angesichts der zentralen Bedeutung, die einer wirksamen Abnahme bei der Abwicklung dieser Verträge zukommt, ist das wenig überraschend. Wer allerdings die zahlreichen Gerichtsurteile studiert, wird zunehmend verunsichert. Bis auf wenige Ausnahmen<sup>1</sup> folgen sie alle einem Grundtenor: Klauseln zur Vereinheitlichung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums sind unwirksam. Das scheint unbefriedigend. Denn in der Praxis besteht ein unabweisbares Bedürfnis nach einer rechtssicheren Vertragsklausel, welche die Interessen des Bauträgers und des Käufers bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu einem gerechten Ausgleich bringt. Der folgende Beitrag will zunächst die wesentlichen Argumente der kritischen Gerichtsurteile herausarbeiten und dann eine Antwort auf die Frage suchen, wie das praktische Bedürfnis nach einer sachgerechten Gestaltung zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums derzeit einigermaßen gestillt werden kann.

Wer sich als Notar mit der Gestaltung oder Beurkundung von Bauträgerverträgen beschäftigt, welche eine Veräußerung von Wohnungseigentums- oder Wohnungserbbaurechtseinheiten zum Gegenstand haben, steht vor vielen interessanten Rechtsfragen. Eine der gegenwärtig schwierigsten Fragen ist die nach einer sicheren und zugleich praxistauglichen Gestaltung zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Sinne von § 1 Abs. 5 WEG.

#### I. Die werkvertragliche Abnahme

Um die besonderen Problemstellungen zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums besser verstehen zu können, lohnt es sich zunächst, die allgemeine Begrifflichkeit und Bedeutung der werkvertraglichen Abnahme kurz in Erinnerung zu rufen.

##### 1. Der Begriff der Abnahme

Gemäß § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Besteller im Rahmen eines Werkvertrages verpflichtet, das vertragsgemäß herge-

stellte Werk abzunehmen, es sei denn, eine Abnahme ist nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen.<sup>2</sup> Bei dieser Pflicht zur Abnahme handelt es sich um eine vertragliche Hauptpflicht des Bestellers.<sup>3</sup> Nach allgemeiner Auffassung besteht das Abnehmen dem Grunde nach aus zwei Elementen: Zum einen aus der körperlichen Entgegennahme im Rahmen der Besitzübertragung,<sup>4</sup> zum anderen aus der Anerkennung des Werks als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung.<sup>5</sup> Dabei bleibt die genaue Rechtsnatur dieser Anerkennung durch den Besteller umstritten.<sup>6</sup> Unstreitig ist hingegen, dass die allgemeinen Vorschriften für Rechtsgeschäfte auf die Anerkennung zumindest entsprechend anwendbar sind.<sup>7</sup> Eben-

<sup>2</sup> In diesen Fällen gilt § 646 BGB, so dass die bloße Vollendung des Werkes genügt.

<sup>3</sup> *Palandt*, 73. Aufl., § 640 Rdnr. 8.

<sup>4</sup> Keine Voraussetzung für die Abnahme ist hingegen die Eigentumsverschaffung; siehe hierzu *Basty*, *Der Bauträgervertrag*, 7. Aufl., Rdnr. 985 ff.

<sup>5</sup> Siehe hierzu *Palandt*, a. a. O., § 640 Rdnr. 3.

<sup>6</sup> Denkbar sind eine Einordnung als Willenserklärung oder als geschäftsähnliche Handlung; *Palandt*, a. a. O., § 640 Rdnr. 3.

<sup>7</sup> Statt vieler *Thode*, *ZfBR* 1999, 116.

<sup>1</sup> OLG Nürnberg, Urteil vom 12.12.2006, 9 U 492/06, *BauR* 2009, 1634.

falls unstreitig ist, dass sich die werkvertragliche Abnahme gerade durch dieses besondere Element der Anerkennung von einer bloß technischen Abnahme unterscheidet: Letztere kontrolliert die ausgeführten Werkleistungen rein objektiv anhand allgemeiner technischer Standards, setzt sie aber noch nicht in Bezug zur werkvertraglich vereinbarten Herstellungspflicht. Die entscheidende Kontrolle anhand des vertraglich definierten individuellen Standards geschieht erst durch eine Abnahme im Sinne von § 640 BGB.

## 2. Die Arten der Abnahme

§ 640 Abs. 1 BGB selbst unterscheidet zwei Grundformen der Abnahme, nämlich zum einen die durch den Besteller ausgeführte Abnahme des § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB (= rechtsgeschäftliche Abnahme), zum anderen die ohne Mitwirkung des Bestellers eintretende Abnahme des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB (= fingierte Abnahme).

### a) Die rechtsgeschäftliche Abnahme

Die rechtsgeschäftliche Abnahme als Grundform der Abnahme nach § 640 BGB ist grundsätzlich geknüpft an eine ausdrückliche Anerkennung bzw. Billigung durch den Besteller. Einer besonderen Form bedarf es für diesen Akt der Anerkennung nur, wenn es vertraglich so vereinbart ist.

Eine wirksame rechtsgeschäftliche Abnahme kommt aber auch ohne ausdrückliche Erklärung des Bestellers dann in Betracht, wenn stattdessen ein Fall schlüssigen Verhaltens vorliegt. Nach allgemeinen Regeln setzt die für die Abnahme notwendige Billigung in solchen Fällen ein vom Willen des Bestellers getragenes, zur Kenntnisnahme durch den Unternehmer geeignetes Verhalten voraus, aus dem der Unternehmer nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) schließen darf, der Besteller billige die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß.<sup>8</sup> Entscheidende Bedeutung hat hierfür das objektive Vorliegen einer Abnahmesituation. Diese wiederum erfordert grundsätzlich eine allgemeine Abnahmereife und eine angemessene Möglichkeit für den Besteller, das Werk zu prüfen.<sup>9</sup>

### b) Die fingierte Abnahme

Kennzeichen jeder rechtsgeschäftlichen Abnahme bleibt im Ergebnis die aktive Billigung durch den Besteller. Der Werkunternehmer benötigt die Abnahme jedoch auch in solchen Fällen, in denen trotz Abnahmereife seines Werks die aktive Billigung seitens des Bestellers unterbleibt.

Für solche Fälle findet sich die entsprechende Regelung in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB: Danach wird bei abnahmefähigen Werken eine unterlassene Abnahme der rechtsgeschäftlichen gleichgestellt, wenn

- der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und
- diese Frist erfolglos abgelaufen ist, obwohl
- der Besteller infolge Abnahmereife des Werks zur Abnahme verpflichtet war.

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine fingierte Abnahme vor, misst das Gesetz ihr grundsätzlich die gleiche Bedeutung bei wie der rechtsgeschäftlichen Abnahme.<sup>10</sup>

## 3. Die Bedeutung der Abnahme

Für die Abwicklung von Werkverträgen hat die Abnahme zentrale Bedeutung, sie ist ihr Dreh- und Angelpunkt.<sup>11</sup> Denn mit der Abnahme erlischt der allgemeine Erfüllungsanspruch, er konkretisiert und beschränkt sich auf die Mängelbeseitigung gemäß §§ 633 ff. BGB. Damit einher geht eine Änderung der Beweislast zulasten des Bestellers.<sup>12</sup> Der mit der Abnahme verbundene Regimewechsel tritt im Gesetz an verschiedenen Stellen auch ganz ausdrücklich hervor. So sind an die Abnahme als Rechtsfolgen beispielsweise geknüpft:

- Beginn der Verjährung der Mängelansprüche (§ 634a Abs. 2 BGB),
- Verlust bestimmter Mängelrechte (§ 640 Abs. 2 BGB),
- Fälligkeit der Vergütung (§ 641 BGB),
- Gefahrübergang (§§ 644, 645 BGB).

## II. Die Abnahme im Bauträgervertrag

Der Bauträgervertrag wird zumindest im Hinblick auf die Bauverpflichtung ganz allgemein als Werkvertrag qualifiziert. Selbst bei vollständig fertiggestellten Objekten neigen Rechtsprechung und herrschende Meinung zur Anwendung des Werkvertragsrechts. Daran hat die Schuldrechtsmodernisierung nichts geändert.<sup>13</sup>

### 1. Die Erforderlichkeit einer Abnahme im Bauträgervertrag

Eines der wesentlichen Argumente für die Anwendung des Werkvertragsrechtes ist dabei gerade das Instrument der Abnahme. Als die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sachgerecht ordnendes Element ist die Abnahme für alle Bauträgerverträge unverzichtbar. Eine schlichte Übergabe nach dem Recht des Kaufvertrags bietet keinen adäquaten Ersatz.<sup>14</sup> Eine Vermeidung aller werkvertraglichen Abnahmeprobleme durch Flucht ins Kaufrecht scheidet daher aus. Wer Bauträgerverträge gestaltet oder beurkundet, muss sich den praktischen und rechtlichen Fragen der werkvertraglichen Abnahme stellen. Dabei sollte er immer die enorme wirtschaftliche Bedeutung vor Augen haben, welche die Durchführung der Abnahme sowohl für den Erwerber als auch für den Bauträger haben wird.

### 2. Die Interessen von Erwerber und Bauträger

Die Interessen des Erwerbers sind klar: Ihm darf ein Verlust oder eine erschwerte Durchsetzbarkeit von Mängelrechten erst dann drohen, wenn er zuvor eine echte Möglichkeit zur sachgerechten Durchführung der werkvertraglichen Abnahme hatte. Gefährdet werden seine Interessen insbesondere in Fällen, in denen eine Abnahme entweder gar nicht, zeitlich zu früh, in nicht kompetenter Weise oder aber durch Personen durchgeführt wird, welche die Erwerberinteressen nicht ausreichend im Auge haben. Oft sind es nur diese schutzwürdigen Interessen des Erwerbers, welche die Gerichte zum Prüfungsmaßstab für Abnahmeregelungen im Bauträgervertrag machen.

<sup>11</sup> Vogel, IBR 2009, 34.

<sup>12</sup> Siehe hierzu auch § 363 BGB.

<sup>13</sup> Hierzu ausführlich Basty, a. a. O., Rdnr. 7 ff.

<sup>14</sup> Thode, ZfBR 1999, 116; Derleder, NZBau 2004, 240 f.; Rapp, MittBayNot 2012, 169 f. m. w. N.

<sup>8</sup> Palandt, a. a. O., § 640 Rdnr. 6.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 20.10.2005, VII ZR 155/04, NJW-RR 2006, 303 f.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 14/2752, S. 12.

Angesichts dieser starken Betonung des Erwerberschutzes tritt leicht in den Hintergrund, dass eine sachgerechte Durchführung der Abnahme auch für den Bauträger existenzielle Bedeutung hat: Zwar ermöglichen ihm § 632a Abs. 2 BGB und § 1 AbschlagsV i. V. m. § 3 MaBV das Abweichen von der Grundregel des § 641 BGB zur Fälligkeit bei Abnahme. Wenigstens 8,5 % der Vergütung hängen aber auch im Bauträgervertrag von der Abnahme ab. Außerdem braucht der Bauträger im Hinblick auf die Geltendmachung von Mängelrechten durch den Erwerber Kalkulationssicherheit, nicht zuletzt in zeitlicher Hinsicht. Auch ein Bauträger muss sich eben auf den Rechtsfrieden einer eingetretenen Verjährung verlassen können. Erschwerend kommt hinzu, dass der Bauträger die meisten Bauleistungen nicht selbst ausführt, sondern durch Subunternehmer ausführen lässt. Er gerät dadurch leicht in eine gefährliche Schutzlücke: Während seine eigenen Ansprüche aus den Werkverträgen mit Subunternehmern infolge dort wirksam vorgenommener werkvertraglicher Abnahme bereits ausgeschlossen oder verjährt sind, können die Erwerber des Bauträgervertrags ihrerseits noch Mängelrechte geltend machen, sollte die dortige Abnahmeregelung gescheitert sein.<sup>15</sup>

### 3. Die Besonderheiten bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Die vorstehend aufgezeigten widerstreitenden Interessen von Bauträger und Erwerber führen schon bei der Abnahme des Sondereigentums (§ 1 Abs. 2 und 3 WEG) zu praktischen Problemen. Beispielhaft erwähnt sei hier die Frage, ob trotz der Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB weiterhin ein Bedürfnis besteht, den Eintritt einer Abnahmefiktion für den Fall ausdrücklich vertraglich zu regeln, dass der Erwerber die Mitwirkung an einer Abnahme verweigert oder das Vertragsobjekt ohne vorherige Abnahme bezieht.<sup>16</sup> Als weiteres wichtiges Beispiel lassen sich das Bedürfnis nach Teilabnahmen vor vollständiger Fertigstellung und die Frage nach den Grenzen ihrer Zulässigkeit anführen.<sup>17</sup>

Allgemein als zulässig anerkannt ist demgegenüber, dass der Bauträger die Abnahme des Sondereigentums einerseits und die Abnahme des Gemeinschaftseigentums andererseits voneinander trennen kann.<sup>18</sup>

Geht es um die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, so potenzieren sich die praktischen Probleme. Dabei ist der Ausgangspunkt klar: Der Besteller ist nach § 640 BGB verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen. Diese Abnahmepflicht bezieht sich auf das ganze vertraglich geschuldete Werk, also auf die gesamte Wohnanlage.<sup>19</sup> Die Pflicht des Erwerbers zur Abnahme unterscheidet nicht zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Jeder Erwerber muss daher dem Grunde nach sowohl das Sonder- als auch das Gemeinschaftseigentum individuell abnehmen. Er ist hierzu aufgrund seines eigenen Vertrages dem Bauträger gegenüber verpflichtet. Es handelt sich also nicht etwa um eine von allen Käufern gemeinschaftlich übernommene Verpflichtung im Sinne von § 427 BGB. Die Annahme einer Gesamtschuld verbunden mit einer gegenseitigen Tilgungswirkung

gemäß § 420 BGB passt daher auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums weder vom Tatbestand noch von den Rechtsfolgen.<sup>20</sup>

So klar der dogmatische Ausgangspunkt für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist, so unbefriedigend erscheinen auf den ersten Blick seine praktischen Konsequenzen: Jeder Erwerber hat das Gemeinschaftseigentum durch gesonderte Erklärung und nur für sich selbst abzunehmen.

Wer eine solche individuelle Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch alle Erwerber ganz ohne besondere Regelungen vorschlägt, wird auf beiden Seiten des Vertrages Irritationen auslösen. Der Erwerber wird eine ihm auferlegte individuelle Abnahme des Gemeinschaftseigentums leicht für unzumutbar halten. Immerhin handelt es sich beim Gemeinschaftseigentum vor allem um bauliche Anlagen wie Fundamente, tragende Wände, Dächer, Lift- und Tiefgaragen oder um technische Anlagen wie Heizung, Wasserversorgung und -entsorgung, also im Ergebnis um Anlagen, die statisch oder technisch eine hohe Komplexität aufweisen. Der Erwerber als Laie wird die fehlerfreie Errichtung solcher Anlagen noch weniger beurteilen können und wollen, als dies schon bei seinem Sondereigentum der Fall ist.

Noch weniger Begeisterung wird der Vorschlag einer individuellen Abnahme beim Bauträger wecken, jedenfalls dann, wenn es sich nicht um eine ganz kleine Wohnanlage handelt. Der Bauträger fürchtet die praktischen Schwierigkeiten einer Terminvereinbarung und gemeinsamen Begehung des Vertragsobjektes mit einer Vielzahl von Erwerbern. Vor allem aber drohen ihm bei unkoordinierter individueller Abnahme durch alle Erwerber schwer erträgliche Wertungswidersprüche: Erstens beginnt für den Bauträger in diesem Fall die Verjährung betreffend Mängel des Gemeinschaftseigentums erst mit der Abnahme durch den letzten Erwerber zu laufen. Zweitens vollzieht sich der mit der Abnahme verbundene Regimewechsel vom primären Erfüllungsanspruch zu den sekundären Mängelrechten für das Gemeinschaftseigentum nicht in einem Akt, sondern für jeden Vertrag gesondert. In systemwidriger Weise kann sich der Bauträger also bezüglich des Gemeinschaftseigentums einem Nebeneinander von vollständiger Erfüllung und gleichzeitiger erfolgreicher Geltendmachung von Mängelrechten ausgesetzt sehen. Oder wirtschaftlich gesprochen: Der Bauträger erhält infolge Minderung durch einzelne Erwerber möglicherweise nicht mehr den vollen Kaufpreis für das Gesamtobjekt, obwohl er das Gemeinschaftseigentum am Ende in Erfüllung der primären Leistungsansprüche anderer Erwerber doch noch vollständig erbringen musste.<sup>21</sup> Besonders deutlich wird das Interesse des Bauträgers an einer einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums in den sog. Nachzüglerfällen.<sup>22</sup> Verkauft der Bauträger einzelne Einheiten einer Wohnanlage erst einige Zeit nach Fertigstellung und Abnahme der übrigen, so möchte er sichergestellt wissen, dass seine Mängelhaftung für das von den übrigen Erwerbern bereits ab- und in Gebrauch genommene Gemeinschaftseigentum durch die späteren Bauträgerverträge nicht wieder auf eine völlig neue Basis gestellt wird.

Es kann im Ergebnis also nicht überraschen, dass sich die Kautelarpraxis bemüht, für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Bauträgervertrag eine alle Beteiligten zufriedenstellende Lösung zu finden. Dem Grunde nach lassen sich dabei zwei verschiedene Lösungswege unterscheiden.

<sup>15</sup> Hierzu *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1036 f.

<sup>16</sup> Siehe *Basty*, a. a. O., Rdnr. 997 f.

<sup>17</sup> Siehe hierzu *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl., Rdnr. 590 f.

<sup>18</sup> V. *Oefeke*, DNotZ 2011, 249 m. w. N.; BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551.

<sup>19</sup> Jedoch nur, soweit sie dem Erwerber geschuldet ist; siehe hierzu unten Abschn. IV. 3. a).

<sup>20</sup> *Häublein*, DNotZ 2002, 614; *Rapp*, MittBayNot 2012, 171.

<sup>21</sup> Hierzu ausführlich *Rapp*, MittBayNot 2012, 169, 171 f.

<sup>22</sup> Zu diesem Begriff und seiner Bedeutung *Basty*, a. a. O., Rdnr. 11 ff.

### III. Lösungsvorschläge zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Der erste dieser beiden Wege bleibt auf dem Boden einer individuellen Abnahme und sucht auf dieser Basis nach Lösungen für ihre Vereinheitlichung. Denkbar ist eine solche Vereinheitlichung vor allem über die Erteilung von Vollmachten (= Abnahme durch Bevollmächtigte, siehe hierzu nachfolgend 1. a)), aber auch ohne eine solche ausdrückliche Vollmacht durch den Versuch, spätere Erwerber mehr oder weniger automatisch an eine bereits anderweitig vorgenommene Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu binden (= Abnahme durch Abnahmebestätigung, siehe hierzu nachfolgend 1. b)). Ebenfalls dem Bereich der individuellen Abnahme zuzuordnen sind schließlich Versuche, die erforderliche Abnahme im Wege schlüssigen Verhaltens oder einer Abnahmefiktion zu erreichen (hierzu nachfolgend 1. c)). Hingegen baut der zweite Lösungsweg auf wohnungseigentumsrechtliche Grundsätze und kommt auf diese Weise zu einer Vergemeinschaftung der Abnahme (= gemeinschaftliche Abnahme aufgrund WEG, siehe hierzu nachfolgend 2.).

#### 1. Vereinheitlichung der Abnahme

Grundsätzlich ist die Abnahme Sache der Vertragsteile. Sie findet also bei Bauträgerverträgen statt unter Beteiligung des Bauträgers und des Erwerbers.

##### a) Abnahme durch Bevollmächtigte

Da auf die Abnahme die Vorschriften über Rechtsgeschäfte zumindest entsprechend Anwendung finden, kann sich der Erwerber nach allgemeinen Gesichtspunkten durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Dies dürfte als solches unstreitig sein.<sup>23</sup> Der Bevollmächtigte erhält die Befugnis, im Namen des Erwerbers die rechtsgeschäftliche Abnahme zu erklären.<sup>24</sup> Erteilt wird die entsprechende Vollmacht durch den Erwerber als Bestandteil des Bauträgervertrags.<sup>25</sup> Der Bevollmächtigte muss dabei nicht notwendig der Person nach bestimmt sein. Es genügt nach allgemeinen Grundsätzen für die Erteilung einer Außenvollmacht im Sinne von § 167 Abs. 1 Alt. 2 BGB, dass die an den Vertragspartner adressierte Erklärung zur Vollmachtserteilung die Person des Bevollmächtigten in bestimmbarer Weise festlegt. Schließlich ist es sogar denkbar, im Bauträgervertrag nur die Art und Weise der Auswahl des Bevollmächtigten zu regeln und gleichzeitig zu bestimmen, dass der entsprechend ausgewählten Person die nötige Vollmacht zu einem späteren Zeitpunkt erteilt werden muss.<sup>26</sup>

##### (1) Gefahren für den Erwerber

Der durchaus legitime Wunsch des Bauträgers nach einer Vereinheitlichung der Abnahme ist in der Praxis allerdings oft mit dem Wunsch verbunden, die Abnahme möglichst „bauträgerfreundlich“ zu gestalten. Der Bauträger möchte die Ab-

nahme des Gemeinschaftseigentums am liebsten ausschließlich mit einer Person seines eigenen Vertrauens durchführen. Dem Erwerber drohen durch derartige Gestaltungen erhebliche Gefahren: Ihm wird im schlimmsten Fall faktisch die Möglichkeit genommen, sich selbst von der Ordnungsmäßigkeit des Bauwerks zu überzeugen. Damit einhergehen können der Verlust von Mängelrechten und nicht unerhebliche finanzielle Einbußen.

##### (2) Prüfungsmaßstäbe der Rechtsprechung

Vollmachtslösungen zur Übertragung der Abnahmekompetenz auf Dritte können daher den Erwerber unangemessen benachteiligen und im Formular- oder Verbrauchervertrag wegen Verstoßes gegen § 307 BGB bzw. § 309 Nr. 8 b) aa) BGB unwirksam sein.

Von Obergerichten für unzulässig gehalten wurden dementsprechend folgende Abnahmeklauseln:

- „Das Gemeinschaftseigentum wird durch einen vom Verkäufer benannten, öffentlich bestellten Sachverständigen oder durch den Verwaltungsbeirat abgenommen. Die Kosten für die Inanspruchnahme des Sachverständigen trägt die Verkäuferin. Der Käufer erteilt zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums dem vom Verkäufer beauftragten Sachverständigen bzw. dem Verwaltungsbeirat ausdrücklich unwiderrufliche Vollmacht.“<sup>27</sup>
- „Der Käufer bevollmächtigt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, und zwar jeden für sich allein, den nachgenannten Sachverständigen, den nach dem Wohnungseigentumsgesetz für das Kaufobjekt bestellten Verwalter sowie den Verwaltungsbeirat mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum ist somit abgenommen, wenn entweder alle Käufer oder anstelle von Käufern der Sachverständige oder der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat das Gemeinschaftseigentum abnimmt.“<sup>28</sup>

Analysiert man die zur Vereinheitlichung der Abnahme dienenden Klauseln etwas eingehender, so lassen sich folgende Gesichtspunkte herausarbeiten:

##### (a) Verdrängende Zuständigkeit des Bevollmächtigten

Eine „verdrängende Vollmacht“ ist rechtlich nicht anerkannt.<sup>29</sup> Schon seit Längerem ist daher unter Berufung auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB entschieden, dass eine Abnahmeklausel dem Erwerber keinesfalls die Möglichkeit nehmen darf, selbst über seine rechtliche Abnahme zu entscheiden.<sup>30</sup> Aber damit nicht genug. Aus Gründen des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) darf eine Klausel zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums noch nicht einmal den falschen Eindruck erwecken, der Erwerber sei von einer eigenen Abnahme ausgeschlossen. Unter diesem Gesichtspunkt problematisch werden können alle Klauseln, bei welchen der Erwerber vom Abnahmetermin zwar verständigt wird, aber nur „um seine persönliche Teilnahme an der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu ermöglichen“. Wirklich sicher sein dürften nur Klauseln, die dem Erwerber sein Recht zur eigenen rechtlichen Abnahme ausdrücklich vorbehalten.

<sup>23</sup> Basty, a. a. O., Rdnr. 1010.

<sup>24</sup> Hiervon zu unterscheiden sind Lösungen, in welchen der Bauträger nur die organisatorischen Voraussetzungen für eine gleichzeitige Abnahme durch alle Erwerber schafft oder der Dritte lediglich die technische Abnahme durchführt. Solche Gestaltungen sind unzweifelhaft zulässig.

<sup>25</sup> Das mit der Vollmachtserteilung zugrundeliegende Auftragsverhältnis wird in aller Regel stillschweigend erteilt sein; Basty, a. a. O., Rdnr. 1010.

<sup>26</sup> Zum Beispiel *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., A III Rdnr. 164.

<sup>27</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 237 ff., 238.

<sup>28</sup> BGH, Beschluss vom 12.9.2013, VII ZR 308/12, DNotZ 2014, 39.

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 10.11.1951, II ZR 111/50, BGHZ 3, 354.

<sup>30</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 17.10.2002, 5 U 263/02, ZfHR 2002, 897.



### (β) Unwiderruflichkeit der Vollmacht

Aus ähnlichen Gründen als unzulässig verworfen werden von den Gerichten alle Gestaltungsvarianten, die auf eine unwiderrufliche Vollmacht<sup>31</sup> oder auf die Verpflichtung des Erwerbers zur Erteilung einer entsprechenden unwiderruflichen Vollmacht setzen. Könnte ein Erwerber die einer ungeeigneten Person erteilte Vollmacht nicht mehr widerrufen, wäre er gleichfalls im Sinne von § 307 BGB unangemessen benachteiligt.<sup>32</sup> Die jederzeitige freie Widerruflichkeit der Vollmacht darf auch nicht hinter intransparenten Formulierungen versteckt werden. Denn das Transparenzgebot gilt auch hier uneingeschränkt. Vor § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB Bestand haben werden Vollmachten also nur, wenn die jederzeitige Widerruflichkeit der Vollmacht klar herausgestellt wird. In den Worten des OLG Karlsruhe<sup>33</sup> lautet das folgendermaßen: „Um dem Erwerber nicht zu suggerieren, dass nur der Bevollmächtigte abnehmen darf, wird man im Sinne des Transparenzgebots mindestens die Klarstellung verlangen müssen, dass die Vollmacht nicht nur frei widerruflich ist, sondern der Erwerber jederzeit selbst die Abnahme erklären kann.“

### (γ) Neutralität des Bevollmächtigten

Neben diesen eher formalen Fragen ist jetzt die Person des Bevollmächtigten in den Mittelpunkt des gerichtlichen Interesses gerückt. Grundsätzlich kann zur Abnahme jeder bevollmächtigt werden, der nach allgemeinen Regeln ein tauglicher Bevollmächtigter ist. Das trifft auf den Verwalter der Wohnanlage ebenso zu wie auf die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsbeirats, einzelne Wohnungseigentümer oder sachverständige Personen.

Allerdings muss angesichts des evidenten Interessenkonfliktes von vornherein klar sein, dass sich der Bauträger selbst nicht zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums bevollmächtigen lassen kann.<sup>34</sup>

Ähnliches wird konsequenterweise für Personen gelten müssen, die gewissermaßen „im Lager“<sup>35</sup> des Bauträgers stehen, weil sie mit diesem wirtschaftlich oder rechtlich verflochten sind. Beispiele hierfür sind die mit dem Bauträger identischen<sup>36</sup> oder von ihm zumindest gesellschaftsrechtlich beherrschten Verwalter- oder Sachverständigenfirmen. Aber auch der vom Bauträger selbst ausgewählte und/oder bestellte Erstverwalter oder der vom Bauträger selbst beauftragte Sachverständige fallen unter diese Kategorie. Schon die bloße Übernahme der Kosten des Sachverständigen durch den Bauträger wird teilweise als ausreichend angesehen, um ihn ins Lager des Bauträgers zu ziehen und als geeigneten Abnahmebevollmächtigten zu disqualifizieren.<sup>37</sup> Bei der konkreten Auswahl der zur Abnahme bevollmächtigten Person muss also in jedem Fall auf deren Neutralität geachtet werden.

Umstritten war bislang die Frage, welche Konsequenzen die Bestellung einer ungeeigneten Person zum Abnahmebevollmächtigten haben sollte. Während die wohl überwiegende

Meinung die Unwirksamkeit der Vollmachtenregelung insgesamt annahm, lösten andere den Einzelfall über die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht.<sup>38</sup>

Die Gerichte allerdings gehen jetzt noch weiter: Sie halten entsprechende Abnahmeklauseln nicht erst dann für unwirksam, wenn aufgrund einer solchen Klausel konkret ein ungeeigneter Bevollmächtigter bestellt wird. Sie werfen die entsprechenden Klauseln vielmehr schon dann, wenn sie dem Bauträger auch nur die abstrakte Möglichkeit bieten, ungeeignete Personen zum Abnahmebevollmächtigten zu berufen.<sup>39</sup>

Soll eine Abnahmeklausel auch vor diesem strengeren Maßstab Bestand haben, genügt es also nicht mehr, bei der konkreten Auswahl des Bevollmächtigten auf die nötige Neutralität zu achten. Vielmehr muss schon im Bauträgervertrag selbst sichergestellt werden, dass keine ungeeigneten Personen als Bevollmächtigte bestellt werden können. Also muss bereits die Abnahmeklausel selbst die Berufung von Personen ausschließen, die im Lager des Bauträgers stehen bzw. die Berufung nur solcher Personen gestatten, die im Interesse des Erwerbers über die Abnahme entscheiden werden. Am sichersten lässt sich das erreichen, wenn im Bauträgervertrag konkret ein hinreichend neutraler Dritter als Bevollmächtigter benannt wird. Kann die Auswahl des Bevollmächtigten erst später erfolgen, sollte der Personenkreis, aus dem die Auswahl zu treffen ist, sicherheitshalber bereits in der Abnahmeklausel zutreffend definiert werden. Kommt auch das nicht in Frage, sondern soll die Auswahlentscheidung der Eigentümergemeinschaft ohne einschränkende Vorgaben überlassen bleiben, so muss wenigstens auf zweierlei geachtet werden: Zum einen muss in der Gemeinschaftsordnung sichergestellt werden, dass der Bauträger bei den betreffenden Auswahlbeschlüssen für seine eigenen Einheiten kein Stimmrecht hat. Zum zweiten muss dann auch die Wahl der Eigentümergemeinschaft konkret auf eine geeignete, nämlich hinreichend neutrale Abnahmeperson fallen. Letzteres, nämlich das Erfordernis hinreichender Neutralität des konkret ausgewählten Bevollmächtigten, gilt übrigens auch dann, wenn nach den vertraglichen Regelungen die Auswahl der Abnahmeperson einem neutralen Dritten, wie beispielsweise dem Präsidenten der örtlich zuständigen IHK, überlassen bleiben soll.

### (δ) Sachkunde des Bevollmächtigten

Neben der Neutralität wird teilweise zusätzlich gefordert, dass der Bevollmächtigte über eine für die Abnahme nötige Sachkunde verfügt.<sup>40</sup> Dies erscheint schon deswegen schwierig, weil sich die Abnahme aus einem technischen und einem rechtlichen Teil zusammensetzt. Wollte man mit dem Erfordernis der Sachkunde richtig ernst machen, müsste der Bevollmächtigte also sowohl über die nötigen technischen als auch über die nötigen rechtlichen Kenntnisse verfügen.<sup>41</sup> Vor allem aber erscheint es merkwürdig, von dem Abnahmebevollmächtigten mehr zu fordern, als vom Erwerber als der originär zur Abnahme verpflichteten Person. Auch diesem werden in aller Regel die nötigen Sachkenntnisse fehlen. Dennoch wird er vom Gesetz zur Abnahme nach § 640 BGB verpflichtet. Er selbst kann entscheiden, ob und ggf. wie er seine fehlende Sachkunde bei der Abnahme ausgleichen will. Nichts anderes kann gelten, wenn sich der Erwerber entscheidet, die Abnahme an einen von ihm ausgewählten Dritten zu

<sup>31</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 237 ff.

<sup>32</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 17.10.2002, 5 U 263/02, ZfIR 2002, 897; OLG Hamm, Beschluss vom 8.4.2004, 15 W 17/04, ZfIR 2004, 644

<sup>33</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 237 ff., 239.

<sup>34</sup> *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1018 m. w. N.

<sup>35</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 239.

<sup>36</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 8.4.2004, 15 W 17/04, ZfIR 2004, 644.

<sup>37</sup> *Basty*, IBR 2011, 641.

<sup>38</sup> Siehe zu diesem Meinungsstreit *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1018; *Scheffelt*, BauR 2014, 165.

<sup>39</sup> BGH, Beschluss vom 12.9.2013, VII ZR 308/12, DNotZ 2014, 39.

<sup>40</sup> *Häublein*, DNotZ 2002, 611; v. *Oefele*, DNotZ 2011, 258.

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 10.10.1991, VII ZR 2/91, NJW 1992, 434.

delegieren. An der fehlenden Sach- oder Rechtskunde eines neutralen Bevollmächtigten sollte die Vollmachtslösung daher nicht scheitern.<sup>42</sup> Entscheidend bleibt, dass der Bevollmächtigte nach vorstehenden Grundsätzen „im richtigen Lager“ steht.

### (e) Rechtsdienstleistungsgesetz

Zu diskutieren bleibt schließlich die Frage, ob die Erteilung von Vollmachten zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht an § 3 RDG scheitern könnte. Immerhin kommt bei der werkvertraglichen Abnahme mit der rechtsgeschäftsähnlichen Billigung einem zweifellos juristischen Element zentrale Bedeutung zu. Betrachtet man den Wortlaut des § 2 RDG, so erscheint die Subsumtion klar: Die Übernahme der werkvertraglichen Abnahme ist eine Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, die eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Immerhin hat die Abnahmeperson ja anstelle des Vollmachtgebers zu prüfen, ob das gelieferte Gemeinschaftseigentum dem vertraglich geschuldeten entspricht. Fraglich erscheint allein, ob diese Subsumtion wirklich mit dem Zweck des RDG in Einklang steht: Für die im früheren Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG geforderte Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten wurden nur Tätigkeiten als ausreichend betrachtet, die darauf gerichtet und geeignet waren, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten.<sup>43</sup> Für die werkvertragliche Abnahme wurde das überwiegend verneint.<sup>44</sup> In Fortschreibung dieser Auslegung könnte die Abnahme auch aus dem Anwendungsbereich des RDG herausgehalten werden. Dies umso mehr deshalb, als es zumindest fraglich erscheint, ob der Schutzzweck des RDG durch Erteilung einer Abnahmevollmacht tatsächlich gefährdet ist. Es ist nicht unmittelbar ersichtlich, dass in solchen Fällen die Rechtsuchenden, der Rechtsverkehr und die Rechtsordnung Schutz vor einer unqualifizierten Rechtsdienstleistung benötigen.

Andererseits ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Gesetzgeber den Wortlaut ganz bewusst neu gefasst hat, um den Anwendungsbereich des RDG zu erweitern. Hält man demzufolge den Anwendungsbereich des RDG dem Grunde nach für eröffnet, erfasst dieser nunmehr alle selbständigen Rechtsdienstleistungen ohne Rücksicht auf eine Geschäftsmäßigkeit (§ 3 RDG). Es stellt sich dann die Frage, ob nicht wenigstens die Ausnahmen des § 5 RDG oder des § 6 RDG greifen können. Für Verwalter und Sachverständige könnte es sich nämlich um eine Rechtsdienstleistung im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit handeln, die als Nebenleistung zum eigenen Berufs- oder Tätigkeitsbild gehört (§ 5 Abs. 1 RDG). Auch bei den Ausnahmeregelungen hat der Gesetzgeber eine Aufweitung des Tatbestandes vorgenommen. Es spricht daher einiges dafür, bei der Prüfung dieser Tatbestände nicht mehr die engen Prinzipien des RBERG heranzuziehen. Zumindest für Sachverständige scheint es naheliegend, die Durchführung einer werkvertraglichen Abnahme als eine nach § 5 RDG zulässige Rechtsdienstleistung im Zusammenhang mit ihrer erlaubnisfreien Gutachtertätigkeit zu qualifizieren.<sup>45</sup> Für öffentlich bestellte Sachverständige wird diese Auffassung durch § 8 Abs. 1 Nr. 1 RDG bestärkt. Sollen hingegen Personen bevollmächtigt werden, welche die Abnahme ohne Entgelt durchführen, wäre bei unterstellter Anwendbarkeit des

RDG der Ausnahmetatbestand des § 6 RDG zu prüfen. Außerhalb hier möglicherweise vorliegender nachbarschaftlicher, familiärer oder sonstiger enger persönlicher Beziehungen lässt allerdings auch dieser Tatbestand unentgeltliche Rechtsdienstleistungen nur sehr eingeschränkt zu.

Selbst wenn der Sinn einer Anwendung des RDG auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durchaus fraglich erscheint, bleibt daher festzuhalten: Zumindest bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der aufgeworfenen Fragen besteht ein Risiko, dass Vollmachtslösungen auch an der Hürde des RDG scheitern können.<sup>46</sup>

### b) Abnahme durch Abnahmebestätigung

Eine Vereinheitlichung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums könnte auch ohne Vollmachtserteilung dadurch erreicht werden, dass die Abnahmewirkungen für alle Erwerber an eine bereits zu einem früheren Zeitpunkt durchgeführte Abnahme im Sinne von § 640 BGB geknüpft werden.

Eine solche Klausel könnte etwa wie folgt lauten:

„Das Gemeinschaftseigentum wurde bereits am 16.2.2004 durch den öffentlich bestellten und vereidigten Bausachverständigen Herrn Dipl.-Ing. R abgenommen. Das Abnahmeprotokoll liegt dem Käufer vor und ist dieser Urkunde als Anlage beigefügt. Der Käufer erkennt die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Bausachverständigen für sich als verbindlich an.“<sup>47</sup>

Besondere Bedeutung hat die Frage nach der Zulässigkeit derartiger Gestaltungen naturgemäß bei den sog. Nachzüglerfällen.<sup>48</sup> Aber auch außerhalb dieser Sonderkonstellation wird darüber nachgedacht, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums einmalig durchzuführen und alle anderen Erwerber in der Folge an diese Abnahme zu binden.

Erste Voraussetzung hierfür ist naturgemäß, dass der Bauträger wenigstens eine wirksame individuelle Abnahme des Gemeinschaftseigentums durchgeführt hat, sei es mit einem Erwerber persönlich, sei es in zulässiger Weise mit einem Bevollmächtigten.<sup>49</sup> Aber auch dann gilt die wirksame Abnahme nicht kraft Gesetzes für und gegen die übrigen Erwerber.<sup>50</sup> Eine solche Geltung muss vielmehr ausdrücklich vertraglich vereinbart werden.<sup>51</sup> Gegen die Wirksamkeit solcher Bestätigungsklauseln bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Zwar wird man eine derartige Bestätigungserklärung nicht als unzulässige Abnahmefiktion im Sinne von § 308 Nr. 5 BGB sehen können.<sup>52</sup> Es erscheint aber durchaus fraglich, ob ein Erwerber eine Abnahme gegen sich gelten lassen muss, die zeitlich vor seinem Erwerb stattgefunden hat. Immerhin wird erst mit dem Vertragsschluss definiert, was die vertraglich

<sup>46</sup> So *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1025 ff.

<sup>47</sup> OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 8.4.2013, 2 U 1123/12, ZMR 2013, 912 ff., 913.

<sup>48</sup> Hierzu eingehend *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1031 ff.

<sup>49</sup> Insoweit war die oben zitierte Entscheidung des OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 8.4.2013, 2 U 1123/12, ZMR 2013, 913, ein Sonderfall: Hier erfolgte die Abnahme durch einen vom Bauträger beauftragten Sachverständigen zu einer Zeit, als die Wohnanlage vollständig fertiggestellt war, aber noch alle Einheiten im Alleineigentum des Bauträgers standen. Die Abnahme diente also im Ergebnis der Klärung der Verhältnisse zwischen Bauträger und Subunternehmer, so dass hier der Bauträger selbst das Interesse hatte, alle möglichen Mängel zuverlässig feststellen zu lassen.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551.

<sup>51</sup> Beispiel bei *Rapp*, a. a. O., A. III. Rdnr. 165.

<sup>52</sup> OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 8.4.2013, 2 U 1123/12, ZMR 2013, 913; a. A. *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1032.

<sup>42</sup> *Blank*, DNotZ 2014, 176, der allerdings etwas widersprüchlich die Abnahme durch einen bevollmächtigten Sachverständigen daran scheitern lassen möchte, dass dieser nicht in der Lage sei, die für die Entscheidung erheblichen Rechtsfragen zu beantworten.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 24.6.1987, I ZR 74/85, NJW 1987, 3003 f.

<sup>44</sup> *Blank*, a. a. O., Rdnr. 346 m. w. N.

<sup>45</sup> So schon zum RBERG *Häublein*, DNotZ 2002, 622.

geschuldete Leistung sein soll. Eine zeitlich davorliegende Abnahme kann diese Frage daher nicht sachgerecht geklärt haben.<sup>53</sup> Auch nimmt eine solche Bestätigungsklausel dem Erwerber wiederum das Recht zur eigenen Prüfung – oder erweckt zumindest einen entsprechenden falschen Anschein. Vor dem Maßstab des § 307 BGB dürften derartige Bestätigungsklauseln daher selbst bei Nachzüglerfällen kaum Bestand haben.<sup>54</sup>

### c) Abnahme durch schlüssiges Verhalten oder Abnahmefiktion

Versucht ein Bauträger, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Wege schlüssigen Verhaltens oder einer weitgehenden Abnahmefiktion zu erreichen, so steht für ihn weniger ihre Vereinheitlichung im Vordergrund, als der ganz allgemeine Wunsch, auf möglichst einfachem Weg die vollständige Abnahme durch alle Erwerber sicherzustellen.

#### (1) Abnahme durch schlüssiges Verhalten

Da das Gesetz keine besonderen Förmlichkeiten der Abnahme vorschreibt, kann eine Abnahme betreffend das Gemeinschaftseigentum auch durch konkludentes Verhalten erfolgen. Gleiches kommt für die Bestätigung einer bereits früher erfolgten Abnahme in Betracht. Denkbar wäre dabei vor allem, die Abnahme bzw. die Abnahmebestätigung an die Ingebrauchnahme der Wohnung oder an die bedingungslose Zahlung durch den Erwerber zu knüpfen.

Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH<sup>55</sup> allerdings nur, wenn das Werk nach den Vorstellungen des Erwerbers im Wesentlichen mangelfrei fertiggestellt ist und der Bauträger das Verhalten des Erwerbers als Billigung seiner erbrachten Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht verstehen darf.

Jede konkludente Abnahme setzt also im Regelfall voraus, dass alle vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht sind.<sup>56</sup> Es genügt hierfür zwar, dass das Werk zumindest nach den Vorstellungen des Erwerbers im Wesentlichen mangelfrei fertiggestellt ist. Soweit das Gemeinschaftseigentum der Wohnanlage bei der Übergabe der Wohnung an den einzelnen Erwerber ersichtlich noch nicht fertiggestellt ist, scheidet eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten allerdings schon aus diesem Grund aus.<sup>57</sup>

Zum zweiten bedarf es für eine konkludente Abnahme durch den Erwerber grundsätzlich eines tatsächlichen Verhaltens, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen dem Bauträger gegenüber eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen. Auch daran wird es oft fehlen, wenn der Erwerber aufgrund der vertraglichen Regelungen davon ausgeht, das Gemeinschaftseigentum sei oder werde durch andere Personen abgenommen, so dass er seinerseits eine Billigung selbst gar nicht mehr zum Ausdruck bringen müsse.

Vor allem aber muss das Verhalten des Erwerbers nach den konkreten Umständen des Einzelfalls überhaupt als Billigung verstanden werden können. Das scheidet insbesondere dann

aus, wenn der Erwerber vor Ingebrauchnahme oder bedingungsloser Zahlung ausdrücklich erhebliche Mängel gerügt hat, ohne dass diese zuvor beseitigt wurden.<sup>58</sup>

Will man die konkludente Abnahme an die bloße Ingebrauchnahme der Wohnung knüpfen, wird man dem Erwerber zudem eine ausreichende Zeitspanne zur Prüfung des in Gebrauch genommenen Objektes einräumen müssen. Diese Frist sollte für das Gemeinschaftseigentum sicherheitshalber wohl mindestens ein Jahr betragen.<sup>59</sup>

Neben der konkludenten Abnahme durch aktives Tun kommt eine solche in besonderen Fällen auch durch bloßes Schweigen in Betracht. Will beispielsweise ein Erwerber die ihm bekannt gemachte Abnahmeerklärung durch einen im Falle einer gescheiterten Vollmachtslösung unwirksam Bevollmächtigten nicht gegen sich gelten lassen, so hält die Rechtsprechung ihn nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für verpflichtet, dieser Abnahme unverzüglich zu widersprechen.<sup>60</sup>

Zu berücksichtigen ist schließlich für alle Fälle der konkludenten Abnahme, dass eine solche nur dann in Frage kommt, wenn sie nicht durch vertragliche Vereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen ist.

#### (2) Abnahme durch Abnahmefiktion

Ähnliche Überlegungen gelten für den Bereich der Abnahmefiktion.

Nach der gesetzlichen Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB gilt ein Werk als abgenommen, wenn der Erwerber die von ihm geschuldete Abnahme nicht innerhalb einer vom Bauträger gesetzten angemessenen Frist durchführt. Es kann dabei sinnvoll sein, die Dauer der angemessenen Frist vertraglich festzulegen.

Alle weitergehenden Regelungen zur Abnahmefiktion für den Fall, dass der Erwerber das Vertragsobjekt vorzeitig in Gebrauch nimmt oder zum Abnahmetermin nicht erscheint, müssen sich demgegenüber an § 308 Nr. 5 BGB messen lassen. Im Vertrag muss also zunächst geregelt sein, dass dem Erwerber eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Abnahmeerklärung eingeräumt wird. Außerdem muss der Bauträger verpflichtet werden, den Erwerber bei Fristbeginn auf die besondere Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen.

Doch selbst unter Einhaltung dieser Voraussetzungen bleibt die Anerkennungsfähigkeit derartiger Klauseln unter dem Gesichtspunkt des § 307 BGB zweifelhaft. In jedem Fall droht durch derartige Klauseln die für den Bauträger nachteilige Einschränkung der gesetzlichen Abnahmefiktion.<sup>61</sup>

## 2. Vergemeinschaftung der Abnahme nach WEG

Neben den vorstehend erläuterten Ansätzen zur Vereinheitlichung der Abnahme fanden sich in der Praxis stets vereinzelte Versuche, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu vergemeinschaften, sie also zur Sache der Wohnungseigentümergeinschaft zu machen.<sup>62</sup> Durch die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes im Jahr 2007 und die damit verbundene grundsätzliche Anerkennung der Rechtsfähigkeit

<sup>53</sup> *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1034; das OLG Koblenz beschäftigt sich in ZMR 2013, 912 ff. mit dieser Frage nicht, sondern stellt auf die Möglichkeit einer abkürzenden Verjährungsregelung ab, siehe hierzu auch weiter unten, Abschn. IV.3. d.

<sup>54</sup> LG Hamburg, IBR 2010, 458; Gleiches muss wohl auch für Klauseln gelten, nach denen der Erwerber nicht nur sein Sondereigentum abnimmt, sondern auch das im Bereich des Sondereigentums liegende Gemeinschaftseigentum.

<sup>55</sup> Zuletzt BGH, Urteil vom 20.2.2014, VII ZR 26/12.

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 27.1.2011, VII ZR 175/09, IBR 2011, 218.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 15.4.2004, VII ZR 130/03, ZfR 2004, 540.

<sup>58</sup> BGH, Urteil vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 262.

<sup>59</sup> *Häublein*, DNotZ 2002, 609.

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 24.10.1991, VII ZR 54/90, BauR 1992, 232.

<sup>61</sup> *Basty*, a. a. O., Rdnr. 998 f.

<sup>62</sup> BayObLG, Beschluss vom 30.4.1999, 2 Z BR 153/98, NZM 1999, 862.

der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 10 Abs. 6 WEG haben diese Ansätze erheblichen Rückenwind erhalten.<sup>63</sup>

#### a) Bestehen einer Eigentümergemeinschaft

Nicht übersehen werden darf dabei natürlich, dass alle wohnungseigentumsrechtlichen Lösungsversuche zunächst das Bestehen einer geeigneten Eigentümergemeinschaft<sup>64</sup> voraussetzen. Denn sowohl das Fassen von Beschlüssen als auch die Wahrnehmung von gesetzlichen Ausübungsbefugnissen setzen zumindest das Bestehen einer werdenden Eigentümergemeinschaft voraus. Eine solche werdende Gemeinschaft entsteht nach allgemeiner Meinung erst, wenn mindestens ein einziger wirksamer, auf die Übereignung von Sondereigentum gerichteter Erwerbsvertrag vorliegt, der Übereignungsanspruch durch Vormerkung gesichert und der Besitz auf den Ersterwerber übergegangen ist.<sup>65</sup> Wenigstens diese Voraussetzungen muss der Bauträger also geschaffen haben, wenn er auf eine Abnahme durch die Eigentümergemeinschaft setzen will.<sup>66</sup>

Als Mitglieder der werdenden Gemeinschaft unmittelbar in eine vergemeinschaftete Abnahme eingebunden sind außerdem nur diejenigen Erwerber, bei denen die vorgenannten Voraussetzungen schon vorliegen.<sup>67</sup> Bei allen übrigen Erwerbern ist dagegen immer die zusätzliche Frage zu stellen, ob sie an eine durch die werdende Gemeinschaft erklärte Abnahme uneingeschränkt gebunden sind.<sup>68</sup>

#### b) Die Befugnisse der Eigentümergemeinschaft nach § 10 Abs. 6 WEG

Dabei ändert die Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft zunächst nichts daran, dass alleiniger Vertragspartner des Bauträgers weiterhin ausschließlich der jeweilige Erwerber bleibt. Die Eigentümergemeinschaft wird auch nicht nach § 10 Abs. 6 Satz 2 WEG Inhaberin von Rechten und Pflichten des Bauträgervertrags. Eingehend zu prüfen ist allerdings die Regelung des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG. Denn diese Regelung räumt der Eigentümergemeinschaft die Befugnis ein, bestimmte Rechte der einzelnen Wohnungseigentümer im Rahmen einer fremdnützigen Ermächtigungstreuhand<sup>69</sup> entsprechend § 185 BGB als fremde Rechte im eigenen Namen auszuüben.

##### (1) Geborene Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft

Eine gesetzliche Ausübungsbefugnis der Eigentümergemeinschaft schafft § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 1 WEG immer dann, wenn es sich um gemeinschaftsbezogene Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer handelt. Die Zuständigkeit für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ginge nach dieser Regelung kraft Gesetzes ausschließlich auf die Eigentümergemeinschaft über. Eines besonderen Übertragungsaktes be-

dürfte es dazu nicht,<sup>70</sup> so dass sich auch die Frage nach einer Zulässigkeit der Übertragung in diesem Fall nicht stellt. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums müsste im Ergebnis also für alle Erwerber einheitlich durch Beschluss der Eigentümergemeinschaft<sup>71</sup> erfolgen, wenn sie eine gemeinschaftsbezogene Pflicht wäre.

Man darf sich allerdings durch den Begriff der Gemeinschaftsbezogenheit nicht zu einer vorschnellen Antwort verleiten lassen. Es besteht nämlich Einigkeit, dass dieser Begriff als solcher zu weit gefasst ist. Da er nur den bereits bis zur Novellierung des WEG geltenden Rechtszustand festschreiben sollte,<sup>72</sup> ist er teleologisch zu reduzieren.<sup>73</sup> Gemeinschaftsbezogen sind nach dieser Auslegung nur Rechte und Pflichten, die im Interesse der Gemeinschaft der einzelnen Wohnungseigentümer oder aus Gründen des Schuldnerschutzes gemeinsam wahrgenommen werden müssen.<sup>74</sup> Eine geborene Ausübungszuständigkeit der Eigentümergemeinschaft setzt also kurz gesagt voraus, dass nach der Interessenlage ein gemeinschaftliches Vorgehen erforderlich ist.<sup>75</sup>

Begründet wird die Erforderlichkeit eines gemeinschaftlichen Vorgehens in der Literatur vor allem mit zwei Argumenten: Zum einen mit dem engen sachlichen Zusammenhang, welchen die Abnahme mit den Regelungen zur werkvertraglichen Gewährleistung aufweist. Die Abnahme wird gewissermaßen als „Teil des Mängelprozesses“<sup>76</sup> betrachtet, so dass im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum die Frage der Ausübungszuständigkeit für Abnahme und Geltendmachung von Mängelrechten in gleicher Weise zu entscheiden sei.<sup>77</sup> Unter Berufung auf die zu den Mängelrechten ergangene Rechtsprechung des BGH<sup>78</sup> wird gefolgert, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei als genauso gemeinschaftsbezogen zu qualifizieren wie dessen Herstellung und die Beseitigung von Mängeln.<sup>79</sup>

Zum anderen wird an dieser Stelle hervorgehoben, dass es für die Begründung der Gemeinschaftsbezogenheit grundsätzlich genügt, wenn diese zum Schutz des Schuldners geboten ist. Die Vergemeinschaftung der Abnahme dient unbestreitbar jedenfalls den Interessen des Bauträgers als dem Schuldner der Herstellungspflicht.<sup>80</sup> Allein das schutzwürdige Interesse des Bauträgers würde demnach zur Übertragung der Ausübungsbefugnis für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf die Eigentümergemeinschaft genügen.<sup>81</sup>

Bei näherer Betrachtung bleiben allerdings Zweifel an der Richtigkeit dieser Argumente:

So erscheint es keineswegs zwingend, die Einbindung der Abnahme in das Gewährleistungsrecht als so stark anzusehen,

<sup>63</sup> Siehe zum Beispiel AG München, BauR 2010, 1813; Rapp, MittBayNot 2012, 172 ff.; v. Oefele, DNotZ 2011, 255 ff.

<sup>64</sup> Weitergehend v. Oefele, DNotZ 2011, 253 f. m. w. N.: Die bloße Erwerberrgemeinschaft nach § 741 ff. bzw. § 432 BGB soll bereits genügen.

<sup>65</sup> Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 10 Rdnr. 16 ff.

<sup>66</sup> So auch Rapp, MittBayNot 2012, 173, Fn. 39.

<sup>67</sup> BGH, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 ff., 2641.

<sup>68</sup> Von Rapp bejaht in MittBayNot 2012, 175; im Einzelnen siehe hierzu unten unter Abschn. III. 2. c).

<sup>69</sup> Palandt, a. a. O., § 10 WEG, Rdnr. 28.

<sup>70</sup> Rein deklaratorische Regelungen in der Gemeinschaftsordnung und/oder im Bauträgervertrag können sich dennoch empfehlen, siehe Rapp, MittBayNot 2012, 174.

<sup>71</sup> Rapp, MittBayNot 2012, 175.

<sup>72</sup> BT-Drucks. 16/887, S. 61

<sup>73</sup> Klein in Bärmann, a. a. O., Anh. § 10 Rdnr. 244 ff.

<sup>74</sup> BGH, Urteil vom 15.2.1990, VII ZR 269/88, BGHZ 110, 258 ff., 261; BGH, Urteil vom 6.6.1991, VII ZR 372/89114, 383 ff. 387.

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 125/10, NJW 2011, 1351.

<sup>76</sup> So wörtlich v. Oefele, DNotZ 2011, 256.

<sup>77</sup> Klein in Bärmann, a. a. O., Anh. § 10 Rdnr. 56.

<sup>78</sup> BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, NJW 2007, 1953 ff.

<sup>79</sup> Klein in Bärmann, a. a. O., Anh. § 10 Rdnr. 56.

<sup>80</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 ff., 243; Klein in Bärmann, a. a. O., Anh. § 10 Rdnr. 59, meint, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums könne auch im Interesse der einzelnen Wohnungseigentümer nur gemeinsam erfolgen.

<sup>81</sup> Rapp, MittBayNot 2012, 173.

dass die Frage der Ausübungszuständigkeit hier wie dort in gleicher Weise entschieden werden müsste. Immerhin steht die Abnahme ja an der Schnittstelle zwischen primärer Erfüllung und Mängelhaftung. Angesichts ihrer besonderen Bedeutung für den einzelnen Erwerber spricht also einiges dafür, sie stattdessen dem individuellen Bereich des Bauträgervertrages zuzuordnen, der sich einer automatischen Vergemeinschaftung entzieht.<sup>82</sup> Auch die von der Rechtsprechung für die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten entwickelten Grundsätze zur Ausübungsbefugnis müssten dann nicht zwingend auf die Abnahme übertragen werden. Der Schutz des Schuldners vor einer doppelten Inanspruchnahme wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums des Schuldners wäre erst im Bereich der Gewährleistungsrechte zu verwirklichen, nicht schon auf der Ebene der Abnahme.<sup>83</sup>

Besonderes Gewicht hat daneben die Feststellung, dass im Normalfall keine Belange der Eigentümergemeinschaft erkennbar sind, welche für eine Vergemeinschaftung der Abnahme sprechen. Im Gegenteil: Die Vergemeinschaftung bringt der Eigentümergemeinschaft erhebliche Nachteile. Ihr schadet insbesondere die Vereinheitlichung der Verjährungsfristen für Mängel am Gemeinschaftseigentum. Das wirft die Frage auf, ob die Interessen der Eigentümergemeinschaft an einer individuellen Abnahme tatsächlich hinter die konträren Interessen des Bauträgers an der gemeinschaftlichen Abnahme zurücktreten müssen.

Schließlich bleiben grundsätzliche Bedenken, ob ein gesetzlicher Übergang der Ausübungsbefugnis nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 1 WEG mit der besonderen Bedeutung der werkvertraglichen Abnahme vereinbar sein kann. Der Entzug der eigenen Abnahmekompetenz stellt für den einzelnen Erwerber einen weitreichenden Eingriff in seine vertraglichen Rechte dar. Zwar mag dieser Eingriff bereits im Bauträgervertrag selbst angelegt sein,<sup>84</sup> er bedarf dennoch einer ausreichenden Rechtsgrundlage. Trotz der Neufassung des WEG bleibt es zweifelhaft, ob dieses Gesetz eine solche Rechtsgrundlage darstellt.<sup>85</sup>

Insgesamt lässt sich im Hinblick auf § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 1 WEG nicht wirklich überzeugend begründen, warum nach der Interessenlage für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ein gemeinsames Vorgehen erforderlich sein sollte. Die Durchführung einer individuellen Abnahme durch alle Erwerber mag für den Bauträger unpraktisch sein, unmöglich ist sie nicht. Seine schutzwürdigen Interessen können grundsätzlich auch auf andere Weise gewahrt werden. Der mit der Vergemeinschaftung der Abnahme verbundene starke Eingriff in die Erwerberrechte ist dazu nicht unbedingt erforderlich.<sup>86</sup>

Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage der geborenen Ausübungszuständigkeit der Eigentümergemeinschaft für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums gibt es bislang nicht.

Es spricht im Ergebnis derzeit einiges dafür, das Vorliegen einer die einheitliche Rechtsverfolgung erfordernden gemeinsamen Empfangszuständigkeit aller Erwerber für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums eher zu verneinen und sich für die vertragliche Gestaltung nicht auf § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 1 WEG zu verlassen.

<sup>82</sup> *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1008 m. w. N.

<sup>83</sup> A. A. *Rapp*, MittBayNot 2012, 173.

<sup>84</sup> BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, NJW 2007, 1952.

<sup>85</sup> Abgelehnt von *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1008.

<sup>86</sup> So auch *Blank*, DNotZ 2014, 177.

## (2) Gekorene Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft

Denkbar bleibt allerdings ein Rückgriff auf § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 2 WEG. Denn dafür genügt es, dass die zugrundeliegende Pflicht ein gemeinschaftliches Handeln ermöglicht.<sup>87</sup> Anders als bei der geborenen Zuständigkeit der Alt. 1 von § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG besteht in diesem Fall keine ausschließliche, sondern nur eine fakultative Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft. Ihr obliegt ein Zugriffsermessen.<sup>88</sup> Qualifiziert man die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als solches Recht im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 2 WEG, so steht dieses zunächst den einzelnen Erwerbern zu. Der Eigentümergemeinschaft kann aber die Ausübungsbefugnis für die Abnahme durch Beschluss oder durch Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung übertragen werden.<sup>89</sup>

Durch diese Vorgehensweise werden die individuellen Rechte der einzelnen Erwerber deutlich besser gewahrt. Auch die Frage nach der zutreffenden Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum, welche bei Annahme einer geborenen Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft allein über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Erwerber und Gemeinschaft entscheidet, ist dadurch entschärft. Allerdings bedarf es bei Annahme einer gekorenen Zuständigkeit in jedem Fall eines konstitutiven Übertragungsaktes, entweder durch einen wirksamen Beschluss der Eigentümergemeinschaft oder durch eine wirksame Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung. Zugleich muss eigenständig geregelt werden, wer die Eigentümergemeinschaft bei der Abnahme vertreten soll.<sup>90</sup>

Vereinzelte Gerichtsentscheidungen haben diese Form einer Vergemeinschaftung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Beschluss der Eigentümergemeinschaft bereits für zulässig erachtet.<sup>91</sup> Gestützt wird diese Auffassung in erster Linie durch den Vergleich mit der Zuständigkeit für die Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen. Weil diese Zuständigkeit entsprechend § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG i. V. m. § 23 WEG durch Beschluss auf die Eigentümergemeinschaft übergeleitet werden kann, soll das Gleiche auch für die Abnahme gelten.

### c) Anwendung der Rechtsprechung zur Vereinheitlichung der Abnahme

Will man eine Vergemeinschaftung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums grundsätzlich zulassen, so stellt sich die Frage, wie an dieser Stelle mit den von der Rechtsprechung zur Vereinheitlichung der Abnahme entwickelten Grundsätzen<sup>92</sup> umzugehen ist.<sup>93</sup>

Richtigerweise wird man dabei differenzieren müssen:

Bei Annahme einer geborenen Ausübungszuständigkeit der Eigentümergemeinschaft bleibt wenig Spielraum für die Anwendung dieser Rechtsprechungsgrundsätze. Denn die Beschneidung der individuellen Rechte des Erwerbers beruht hier auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, die keiner Klauselkontrolle unterworfen werden kann. Aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelungen in § 10 Abs. 2 und 3

<sup>87</sup> BGH, NJW 2001, 1351.

<sup>88</sup> *Klein* in *Bärman*, a. a. O., § 10 Rdnr. 251.

<sup>89</sup> *Rapp*, MittBayNot 2012, 174; so insbesondere *Hügel* in FS Spiegelberger, 2009, S. 1227.

<sup>90</sup> *Hügel* in FS Spiegelberger, 2009, S. 1227.

<sup>91</sup> Zum Beispiel AG München, NJW 2011, 2223; BayObLG, ZfIR 2000, 638.

<sup>92</sup> Siehe hierzu Abschn. III. 1.

<sup>93</sup> Ansätze bei *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1008.

WEG sowie in § 23 Abs. 1 WEG und § 10 Abs. 4 WEG wird das auch für die Erstreckung der Abnahmewirkungen auf solche Erwerber gelten müssen, die bei Durchführung der vergemeinschafteten Abnahme noch nicht Mitglied der werdenden Eigentümergemeinschaft waren.<sup>94</sup> Denkbar ist eigentlich nur, die einschränkenden Grundsätze der Rechtsprechung zur Vereinheitlichung der Abnahme als Argument gegen die Anwendung des § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 1 WEG überhaupt ins Feld zu führen.<sup>95</sup> Denn es erscheint zumindest fragwürdig, wenn wohnungseigentumsrechtlich eine Lösung zulässig wird, die von der Rechtsprechung nach werkvertraglichen Grundsätzen für unzulässig erachtet wird.

Geht man hingegen nur von einer gekorenen Ausübungszuständigkeit der Eigentümergemeinschaft aus, so bedarf die Vergemeinschaftung der Abnahme stets eines konstitutiven Übertragungsaktes durch Beschluss der Eigentümergemeinschaft oder durch Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung. Beide Instrumente unterliegen nach wohl herrschender Meinung keiner AGB-Kontrolle.<sup>96</sup> Auch hier finden also die auf die §§ 305 ff. BGB gestützten Restriktionen zur Vereinheitlichung der Abnahme keine unmittelbare Anwendung. Allerdings wird man an Beschlüsse der Eigentümergemeinschaft unter dem Gesichtspunkt einer ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 21 WEG), an Regelungen in der Gemeinschaftsordnung unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Inhaltskontrolle (§ 242 BGB) ähnliche Maßstäbe anlegen können, wie sie in Abschnitt III. 1. dieses Beitrags dargestellt wurden.

Im Ergebnis wird daher bei der Vergemeinschaftung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums darauf zu achten sein, dass die rechtsgeschäftliche Abnahme durch die Eigentümergemeinschaft selbst im Wege eines Beschlusses erklärt wird. Unschädlich ist es dabei, wenn der Bauträger noch Eigentümer nicht verkaufter Einheiten ist. Sein Stimmrecht ist für solche Einheiten gemäß § 25 Abs. 5 WEG gesetzlich ausgeschlossen.

Soll die rechtsgeschäftliche Abnahme hingegen durch die Eigentümergemeinschaft auf einen Dritten delegiert werden, dann dürfen nach richtiger Ansicht bei der Frage der Zulässigkeit der Übertragung zwischen vereinheitlichter und vergemeinschafteter Abnahme der Sache nach keine wesentlichen Unterschiede gemacht werden.<sup>97</sup>

#### IV. Praktische Konsequenzen

Die gefundenen Ergebnisse sind für den Praktiker wenig befriedigend: Da ist auf der einen Seite das unabwiesbare Interesse beider Vertragsteile, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu zentralisieren und in eine neutrale und kompetente Hand zu legen. Auf der anderen Seite bestehen bei allen Versuchen, diese Interessen in der Praxis zu verwirklichen, rechtliche oder praktische Bedenken:

##### 1. Höchstrichterlich nicht geklärte Zulässigkeit von Abnahmeklauseln

Viele der vorgeschlagenen Lösungsansätze sind in ihrer rechtlichen Zulässigkeit noch nicht endgültig gesichert. Zwar wird man als Grundsatz durchaus festhalten dürfen, dass eine Vereinheitlichung durch Vollmachtserteilung nach allgemeinen Regeln möglich ist. Die Einzelheiten sind allerdings trotz der jüngst ergangenen gerichtlichen Entscheidungen weit weni-

ger klar. Insbesondere der Anwendungsbereich des RDG ist noch nicht höchstrichterlich geklärt. Für die Frage der Vergemeinschaftung der Abnahme fehlt es ganz generell an einer höchstrichterlichen Entscheidung zur Zulässigkeit der Kompetenzübertragung auf die Eigentümergemeinschaft.

##### 2. Praktische Untauglichkeit von Abnahmeklauseln

Selbst dort, wo einem die Gerichte vermeintlich Sicherheit bieten, stößt die praktische Umsetzung schnell an Grenzen:

So wird es zunehmend schwierig, für eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums geeignete Bevollmächtigte zu finden, wenn diesen die Bedeutung ihres Tuns und die Haftungsgefahren aus dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis bewusst werden. Informierte Hausverwalter lehnen schon jetzt die Übernahme der rechtsgeschäftlichen Abnahme in der Praxis meist ab, Sachverständige wollen sich regelmäßig auf die Durchführung der technischen Abnahme beschränken.<sup>98</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint trotz einer grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Regelungen eine Praxis bedenklich, welche die haftungsträchtige Aufgabe der Abnahme des Gemeinschaftseigentums Personen auferlegt, die mangels Gefahrenbewusstsein zur Übernahme noch bereit sind.

Vor allem aber wird zunehmend fraglich, ob eine nach den bisher entwickelten Anforderungen der Rechtsprechung formulierte Abnahmeklausel das gewünschte Ziel der Vereinheitlichung überhaupt noch in zuverlässiger Weise erreichen kann. Von den Gerichten anerkannt werden schließlich nur noch solche Klauseln, die dem Erwerber eindeutig vor Augen führen, dass er eine Abnahmevollmacht jederzeit frei widerrufen und die Abnahme jederzeit selbst durchführen kann. Gerade der vom Bauträger gefürchtete „schwierige“ Erwerber wird von den solchermaßen herausgestellten Befugnissen gerne Gebrauch machen.

Ähnliche Vorbehalte gelten auch bei Klauseln zur Übertragung der Abnahmezuständigkeit auf die Eigentümergemeinschaft durch Beschluss der Eigentümerversammlung. Auch hier wird sich der Bauträger in der Praxis kaum darauf verlassen können, dass der notwendige Übertragungsakt später wirklich beschlossen wird.

Andererseits sollte dem Bauträger immer eines bewusst sein: Geht der Plan zur Vereinheitlichung oder Vergemeinschaftung der Abnahme schief, droht ihm eine unwirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit allen unschönen Konsequenzen. Es sei daher an dieser Stelle die Frage erlaubt, ob angesichts dieser erheblichen Risiken für den Bauträger die Mühe noch lohnt, die Einzelabnahme durch alle Erwerber zu vermeiden.<sup>99</sup>

##### 3. Lösungsvorschläge

Stattdessen könnte sich folgendes Vorgehen empfehlen:

###### a) Genaue Bestimmung der Herstellungspflicht

Die größten Probleme bereitet die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zweifellos bei großen Mehrhausanlagen. Nicht nur für die Frage der Abnahme, sondern auch für die Fragen der Mängelhaftung und der Fälligkeit der Vergütung viel gewonnen ist daher, wenn die vertraglich geschuldete Herstellungspflicht in sachgerechter Weise klar und eindeutig definiert wird. Es muss dem Erwerber eben nicht das Gemeinschaftseigentum aller Häuser einer Mehrhausanlage geschul-

<sup>94</sup> So auch *Rapp*, MittBayNot 2012, 175.

<sup>95</sup> So auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1008.

<sup>96</sup> *Armbrüster* in *Bärmann*, a. a. O., § 2 Rdnr. 51 ff.

<sup>97</sup> *Rapp*, MittBayNot 2012, 175.

<sup>98</sup> OLG Frankfurt a. M., JurionRS 2013, 47444, Ziffer 2.2.1.

<sup>99</sup> So auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 1007.

det werden. Beschränkt sich die Herstellungspflicht aber auf eines dieser Häuser, gilt Gleiches auch für die Abnahme.

#### b) Regelungen zur individuellen Abnahme

Der für die Praxis sicherste Weg ist stets die individuelle Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die einzelnen Erwerber. Daran ändert sich übrigens auch dann nichts, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen der hier vertretenen Auffassung künftig doch von einer geborenen Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft ausgehen sollte. Denn wird die Abnahme anstelle der insoweit rechtsfähigen Gemeinschaft von allen ihren Mitgliedern erklärt, so mögen zwar rechtsdogmatisch unzuständige Personen gehandelt haben, tatsächlich geht es aber um einen identischen Personenkreis. Eine Berufung auf diese Art der Unzuständigkeit wäre rechtsmissbräuchlich. Außerdem räumen selbst die Vertreter einer geborenen Abnahmeständigkeit der Eigentümergemeinschaft ein, dass der Bauträger, den diese vergemeinschaftete Abnahme schützen soll, auf seinen Schutz verzichten und eine individuelle Abnahme vereinbaren kann.<sup>100</sup>

Da diese individuelle Abnahme dem gesetzlichen Normalfall entspricht, bedarf es hierzu grundsätzlich keiner besonderen vertraglichen Regelungen. Sinnvoll erscheint zur Erleichterung der praktischen Durchführung höchstens, die Vorlage eines Sachverständigengutachtens vorzusehen, in welchem eine Abnahmeempfehlung ausgesprochen werden soll.

Trägt der Bauträger darüber hinaus seine Sorge vor, einzelne Erwerber könnten ihre Mitwirkung an der Abnahme verweigern und ihn zur Erhebung einer Klage auf Abnahme zwingen, genügt an sich meist der Verweis auf die gesetzlichen Möglichkeiten zur konkludenten Abnahme und zur Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Alle Regelungen zu diesen Fragen stiften eher Schaden, als Nutzen zu bringen. Entweder sie sind unwirksam oder sie verschlechtern sogar die rechtliche Situation des Bauträgers, weil sie den Eintritt der konkludenten Abnahme oder der Abnahmefiktion erschweren. Es genügt an dieser Stelle die ausdrückliche Klarstellung, dass die zu Beweis Zwecken vorgesehenen Förmlichkeiten einer Abnahme alle anderen Formen unberührt lassen.

#### c) Absicherung einer vereinheitlichten oder vergemeinschafteten Abnahme

Besteht ein Bauträger trotz allem darauf, eine Klausel zur Vereinheitlichung oder Vergemeinschaftung der Abnahme in seinen Vertrag aufzunehmen, so muss diese Klausel den Anforderungen der Rechtsprechung genügen. Auf die offenen Zweifelsfragen sollte der Bauträger hingewiesen und ihm zugleich empfohlen werden, zusätzlich zu der vereinheitlichten oder vergemeinschafteten Abnahme auch noch eine individuelle Abnahme des Gemeinschaftseigentums herbeizuführen. Nur so sichert er sich in zuverlässiger Weise die Wohltaten der Abnahme auch für das Gemeinschaftseigentum.

#### d) Abkürzung der Verjährung für Mängelansprüche

Insbesondere für Nachzüglerfälle, bei denen die individuelle Abnahme erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt möglich ist, erscheint es darüber hinaus empfehlenswert, die Verjährung der Bauträgerhaftung für das Gemeinschaftseigentum an die Verjährung bei früheren Erwerbern anzupassen.<sup>101</sup>

Für die Zulässigkeit einer derartigen Regelung spricht der sachgerechte Ausgleich zwischen den Interessen des Bauträ-

gers und des Erwerbers. Dies gilt jedenfalls dann, wenn mit dem Erwerber die haftungsrechtlichen Konsequenzen einer solchen Regelung eingehend erörtert wurden.

Grundvoraussetzung der Zulässigkeit auch dieser Klausel wird jedoch sein, dass das Gemeinschaftseigentum aufgrund erfolgter tatsächlicher Ingebrauchnahme als gebraucht angesehen werden kann. Anderenfalls wird eine solche Regelung an der erforderlichen Klauselkontrolle scheitern: Denn bekanntlich endet der Schutz des § 309 Nr. 8 b) BGB bei der Veräußerung einer unbeweglichen Sache an den Ersterwerber erst, wenn das Vertragsobjekt in der Zwischenzeit nicht bloß kurzfristig leergestanden hat oder vermietet gewesen ist. Ganz sicher entfällt die Prüfung dieser Vorschrift also erst nach fünf Jahren Leerstand oder zwei Jahren anderweitiger Nutzung.

#### 4. Formulierung

Der Versuch, die gefundenen Ergebnisse in einen eigenen Formulierungsvorschlag umzusetzen, könnte daher wie folgt aussehen:

„Die Vertragsteile verpflichten sich gegenseitig zur unverzüglichen Abnahme des Vertragsobjektes, sobald der Bauträger seine vertragliche Herstellungspflicht erfüllt hat.

Auf Verlangen des Bauträgers ist das vertragsgegenständliche Sondereigentum bereits nach dessen bezugsfertiger Herstellung abzunehmen. Gleichzeitig ist dann auch das Gemeinschaftseigentum abzunehmen, soweit es bereits abnahmefähig hergestellt ist.

Vor Abnahme des Gemeinschaftseigentums wird der Bauträger dem Käufer das Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vorlegen, welches ausschließlich einen Vorschlag zur technischen Abnahme des Gemeinschaftseigentums enthält.

Die Abnahme als solches bleibt dem Erwerber vorbehalten, der hierzu auf seine Kosten einen Sachverständigen seiner Wahl hinzuziehen kann. Bei der Abnahme findet eine gemeinsame Begehung statt. Hierüber ist ein von beiden Vertragsteilen zu unterzeichnendes Abnahmeprotokoll zu erstellen, in das alle noch nicht fertiggestellten Leistungen sowie Mängel aufzunehmen sind. Strittige Punkte sind als solche zu bezeichnen.

Andere Formen der Abnahme bleiben daneben ausdrücklich vorbehalten. Der Abnahme steht es insbesondere gleich, wenn der Erwerber das Vertragsobjekt nicht innerhalb einer ihm vom Bauträger bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Als angemessen in diesem Sinn gilt dabei eine Frist von 14 Tagen.“

„Das Gebäude, in welchem sich die vertragsgegenständliche Wohnung befindet, ist bereits im Jahr 2011 fertiggestellt und von den bis dahin vorhandenen Erwerbern am 30.12.2011 wirksam abgenommen worden. Es wird von diesen seither genutzt. Die vertragsgegenständliche Wohnung als solche ist seither vermietet.

Auch für etwaige Mängel des Gemeinschaftseigentums verbleibt es grundsätzlich bei der gesetzlichen Haftung des Bauträgers. Allerdings legen die Vertragsteile den Beginn der Verjährung für diese Ansprüche ausdrücklich auf den vorgenannten Termin der bereits erfolgten Abnahme fest. Dem Erwerber ist bewusst, dass die Verjährung für ihn nach der gesetzlichen Regelung fünf Jahre ab seiner eigenen Abnahme betragen würde. Die vorstehende Vereinbarung kann daher dazu führen, dass der Erwerber seine Rechte wegen Sachmängeln am Gemeinschaftseigentum wesentlich früher verliert als nach dem Gesetz.“

<sup>100</sup> Rapp, MittBayNot 2012, 176.

<sup>101</sup> Siehe dazu OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 8.4.2013, 2 U 1123/12, ZMR 2013, 914.

## Das Erbbaurecht im Rangkonflikt mit Dienstbarkeiten

– zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 27.6.2013, 22 U 165/12,<sup>1</sup>  
und zum Beschluss des OLG Hamm vom 24.7.2013, I-15 W 172/13 –<sup>2</sup>

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

Der Praktiker des Erbbaurechtes kennt das Problem: § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG verlangt kategorisch und ohne jede Ausnahmemöglichkeit, dass das Erbbaurecht „nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden“ kann. Der Rang kann auch nicht später geändert werden. Rechte in Abteilung II und III des Grundbuchs an dem Grundstück, das mit einem Erbbaurecht belastet werden soll, müssen also entweder im Grundbuch gelöscht werden oder im Range hinter das neu zu bestellende und in das Grundbuch einzutragende Erbbaurecht zurücktreten. Eine Löschung wird nur in Betracht kommen, wenn die am Grundstück eingetragenen Rechte entweder gegenstandslos sind oder, vor allem bei Rechten der Abteilung III des Grundbuchs, dem Gläubiger eine anderweitige Sicherheit gestellt werden kann. Bei Dienstbarkeiten, Vormerkungen und Vorkaufsrechten kommt eine anderweitige Sicherheit schon deshalb nicht in Frage, weil diese Rechte (bzw. dinglich gesicherten Ansprüche) auf ein bestimmtes Grundstück bezogen sind, dessen Austausch dem Sicherungsinteresse des Berechtigten nicht entsprechen würde. In diesen Fällen bleibt nur ein Rangrücktritt des Berechtigten hinter das neue Erbbaurecht übrig.

Der Beitrag befasst sich im Weiteren mit der Rechtsposition von dinglich Nutzungsberechtigten am Erbbaurecht bei dessen Beendigung.

### I. Die Sicherung von Grundstücksdienstbarkeiten und das Erbbaurecht

Ein solcher Fall war vom OLG Hamm mit Urteil vom 27.6.2013<sup>3</sup> zu entscheiden:

Ein Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahre 1998 war noch immer nicht im Grundbuch eingetragen, neben anderen Beanstandungen auch deshalb nicht, weil drei Berechtigte aus Abteilung II des Grundbuchs (Wegerechtigkeit, Grunddienstbarkeit [Wegerecht], beschränkt persönliche Dienstbarkeit [Wohnrecht]) den Rangrücktritt hinter das Erbbaurecht verweigerten. Der Eigentümer des mit dem Erbbaurecht zu belastenden Grundstücks verklagte daraufhin diese Berechtigten auf Abgabe der Rangrücktrittserklärungen. Das OLG Hamm hatte darüber zu entscheiden, ob abstrakt-generell überhaupt ein Anspruch auf Rangrücktritt besteht und ob im konkreten Fall die abstrakten Voraussetzungen für den Rangrücktritt in dem zu beurteilenden Erbbaurechtsvertrag erfüllt waren.

1. Das OLG Hamm sieht als einzige Anspruchsgrundlage des Grundstückseigentümers gegenüber den Berechtigten der Abteilung II des Grundbuchs für einen Rangrücktritt hinter das neue Erbbaurecht § 242 BGB. In der Tat besteht zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Berechtigten aus der Abteilung II des Grundbuchs ein gesetzliches Schuldverhältnis<sup>4</sup> derart, dass bei der Ausübung des Rechtes Rücksicht auf die Belange des Grundstückseigentümers zu nehmen ist. So ist zum Beispiel eine Grunddienstbarkeit oder eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit schonend auszuüben, wobei der Berechtigte auch verpflichtet sein kann, der Verlegung des Ausübungsbereiches an eine andere, ebenso geeignete Stelle zuzustimmen, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für

den Eigentümer besonders beschwerlich ist (§ 1020 Satz 1, §§ 1023, 1090 BGB). Aus diesem gesetzlichen Schuldverhältnis ergibt sich ein Anspruch auf Rangrücktritt unter der Voraussetzung, dass das Recht in Abteilung II des Grundbuchs auch nach Eintragung des Erbbaurechtes im Vorrang weiterhin während der gesamten Dauer des Erbbaurechtes uneingeschränkt in der bisherigen rechtlichen Qualität und Sicherheit ausgeübt werden kann und auch nach Beendigung des Erbbaurechtes dieser Rechtsbestand rechtlich gewährleistet ist.<sup>5</sup> Dies wird in der Entscheidung klar herausgestellt; dieser eindeutigen Aussage ist nichts hinzuzufügen.

2. Die Entscheidung befasst sich sodann mit den Voraussetzungen für den Inhalt des Erbbaurechtsvertrages, die die rechtliche Bestandsicherheit für die Dienstbarkeit garantieren sollen.

2.1. Tritt der Berechtigte einer Grunddienstbarkeit/beschränkt persönlichen Dienstbarkeit im Range hinter ein Erbbaurecht zurück, so erfordert dies nach § 880 BGB eine Einigung zwischen dem Berechtigten des zurücktretenden Rechtes und dem Berechtigten des vortretenden Rechtes und die entsprechende Eintragung im Grundbuch. Der Grunddienstbarkeit geht alsdann das Erbbaurecht im Range vor. Die Auswirkungen dieser Rangänderung lassen sich wie folgt umschreiben:

Auf das Erbbaurecht sind gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechend anzuwenden, soweit sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Aus dieser Vorschrift leitet sich die Einordnung des Erbbaurechtes als ein grundstücksgleiches Recht ab. Der Erbbauberechtigte ist danach zum Besitz des Erbbaurechtsgrundstücks berechtigt (§§ 854 ff. BGB), ihm stehen die Ansprüche auf Herausgabe des Erbbaurechtsgrundstücks gemäß §§ 985 ff. BGB sowie der Anspruch auf Beseitigung sonstiger Beeinträchtigungen gemäß § 1004 BGB zu.<sup>6</sup> Soweit die Ausübung der nachrangigen Dienstbarkeit das

<sup>1</sup> OLG Hamm, Urteil vom 27.6.2013, 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2013, I-15 W 172/13, MittBayNot 2014, 431 (in diesem Heft).

<sup>3</sup> OLG Hamm, Urteil vom 27.6.2013, 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431 (in diesem Heft).

<sup>4</sup> BGH, Entscheidung vom 28.6.1985, V ZR 111/84, BGHZ 95, 144; BGH, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 17; *Amann*, DNotZ 1989, 531, 534 ff.; MünchKommBGB/*Joost*, 6. Aufl. 2013, § 1018 Rdnr. 9.

<sup>5</sup> OLG Hamm, Urteil vom 27.6.2013, 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431 (in diesem Heft); *Staudinger/Rapp*, § 10 ErbbauRG Rdnr. 15; NK-BGB/*Heller*, § 10 ErbbauRG Rdnr. 9.

<sup>6</sup> MünchKommBGB/v. *Oefele/Heinemann*, 6. Aufl. 2013, § 11 ErbbauRG Rdnr. 36; *Staudinger/Rapp*, § 11 ErbbauRG Rdnr. 4, 6; NK-BGB/*Heller*, § 11 ErbbauRG Rdnr. 28.



Besitzrecht des Erbbauberechtigten stört, kann dieser von dem Dienstbarkeitsberechtigten die Unterlassung der Störung, die einem Verbot der Ausübung der Dienstbarkeit gleichkommt, verlangen. Hierauf braucht sich der Dienstbarkeitsberechtigte nicht einzulassen. Erste Voraussetzung für einen Anspruch auf Zustimmung zu einem Rangrücktritt ist es deshalb, dass die zurücktretende Dienstbarkeit neu am Erbbaurecht mit identischem Inhalt wie am Grundstück und mit einer Rangstelle, die derjenigen am Grundstück entspricht, eingetragen wird.<sup>7</sup> Damit kann der Dienstbarkeitsberechtigte sein Recht zulasten des Erbbaurechtes und inhaltsgleich wie vorher am Grundstück ausüben.

2.2. Das OLG Hamm stellt jedoch zutreffend fest, dass die Voraussetzung gemäß 2.1. nicht genügt: Es muss weiter rechtlich gewährleistet sein, dass das eingeräumte neue, jedoch mit dem Recht am Grundstück inhaltsgleiche, Recht auch während des gesamten Bestandes des Erbbaurechtes ausgeübt werden kann. Diesbezüglich besteht jedoch für den Fall der Ausübung eines Heimfallsanspruchs die Erlöschensregelung des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG.

a) Das Erbbaurecht ist ein auf lange Zeitdauer angelegtes Rechtsverhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten. Kommt es bei einem solchen Dauerverhältnis zu Leistungsstörungen, so räumt das Gesetz typischerweise das Recht zur fristlosen Kündigung des Rechtsverhältnisses ein. Dies würde jedoch bei einem Erbbaurecht zum Wegfall desselben führen, mit der Konsequenz, dass damit auch die Grundlage für Kreditsicherheiten (Grundschulden, Hypotheken) wegfallen würde. Das Erbbaurecht wäre damit nicht mehr beleihbar mit der Folge, dass es als Rechtsinstitut unbrauchbar würde. Entsprechende auflösende Bedingungen, Rücktrittsrechte oder Kündigungsrechte sind daher unwirksam, § 1 Abs. 4 Satz 1 ErbbauRG. Der Gesetzgeber hat deshalb anstelle eines Rechtes zur fristlosen Kündigung das Heimfallrecht als Institut der Konfliktlösung geschaffen.<sup>8</sup> Es besteht beim Erbbaurecht nicht kraft Gesetzes, sondern gemäß § 2 Nr. 4 ErbbauRG bei entsprechender Vereinbarung mit der Folge, dass es dadurch mit Eintragung im Grundbuch zum dinglichen Inhalt desselben wird. Durch die Ausübung des Heimfalles wird dem bisherigen Erbbauberechtigten sein Recht entzogen und dieses mit entsprechender dinglicher Übertragung gemäß § 873 BGB auf den Grundstückseigentümer oder den von ihm bestimmten Dritten übergeben.<sup>9</sup> Das Erbbaurecht selbst erlischt also bei einem Heimfall nicht, sondern es wird mit identischem Inhalt in der Person des Grundstückseigentümers als Eigentümer-Erbbaurecht fortgesetzt. Die Grundpfandrechte und Reallasten am Erbbaurecht bleiben bestehen, wobei die durch diese Rechte gesicherten persönlichen Verbindlichkeiten vom Grundstückseigentümer als dem neuen Erbbauberechtigten auch zur persönlichen Haftung übernommen werden müssen, § 33 Abs. 2 ErbbauRG. Dieser persönliche Schuldübernahmebetrag wird mit dem durch den Heimfall begründeten Vergütungsanspruch des bisherigen Erbbauberechtigten verrechnet. Leistungsstörungen im Verhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten beeinträchtigen durch den Fortbestand der dinglichen Sicherheit im Falle des Heimfalles die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechtes nicht. Übermäßigen dinglichen und persönlichen Belastungen anlässlich des

Heimfalles kann der Grundstückseigentümer dadurch entgegenwirken, dass er für die Belastung des Erbbaurechtes mit Grundpfandrechten/Reallasten die Zustimmungspflicht durch den Grundstückseigentümer gemäß § 5 Abs. 2 ErbbauRG vereinbart. Diese Zustimmungspflicht wirkt auch für den Fall der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung in das Erbbaurecht, § 8 ErbbauRG.

b) Ein Zustimmungsvorbehalt kann nur bezüglich Grundpfandrechten/Reallasten vereinbart werden, § 5 Abs. 2 ErbbauRG. Bezüglich aller anderen Belastungen, vor allem bezüglich Dienstbarkeiten, ist der Erbbauberechtigte völlig frei und an keinerlei Vorbehalte durch den Grundstückseigentümer gebunden. Solche Dienstbarkeiten können auf jeden Fall wertmindernde, möglicherweise auch wertverzehrende Auswirkungen haben, man denke zum Beispiel an einen Nießbrauch am Erbbaurecht. Müssten solche Rechte im Falle des Heimfalles vom Grundstückseigentümer übernommen werden, so könnte der Erbbauberechtigte bei entsprechenden Belastungen des Erbbaurechtes und den damit einhergehenden Entwertungen desselben den Heimfall wirtschaftlich gesehen erschweren oder gar vereiteln. Dies wiederum würde die Position des Grundstückseigentümers schwächen und die Bereitschaft, Erbbaurechte zu vereinbaren, herabsetzen. Das Gesetz ordnet deshalb in § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG an, dass solche Rechte der Abteilung II des Grundbuchs bei Ausübung des Heimfalles ersatz- und auch entschädigungslos erlöschen. Im Falle des OLG Hamm hätte dies für den Dienstbarkeitsberechtigten zur Folge, auf die Rechtsposition zurückgeworfen zu werden, wie sie vor Eintragung der Dienstbarkeit am Erbbaurecht oder bei Nachrang derselben zum Erbbaurecht besteht. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass der Dienstbarkeitsberechtigte aus dem schuldrechtlichen Grundgeschäft, das seinem Rangrücktritt hinter das Erbbaurecht zugrunde liegt, einen Anspruch gegen den Eigentümer-Erbbauberechtigten auf Neueintragung seines Rechtes am Erbbaurecht haben sollte, so ist dieser Ausspruch dann nicht mehr durchsetzbar, wenn das Erbbaurecht vorher auf einen Dritten übertragen wurde. Dies entspricht nicht dem Sicherheitsniveau, das der Dienstbarkeitsberechtigte für einen Rangrücktritt verlangen kann.

c) Hier bietet die Kautelarjurisprudenz Möglichkeiten, durch Gestaltung des Erbbaurechtsvertrages den Fortbestand des Rechtes zu gewährleisten.

aa) *V. Oefele/Winkler* empfehlen, die Ausübung des Heimfalles davon abhängig zu machen, dass der Grundstückseigentümer als der neue Erbbauberechtigte den Heimfall nur dann erklären kann, wenn er gleichzeitig dem Grundbuchamt die Eintragungsbewilligung für die identische Dienstbarkeit vorlegt und diese damit am Erbbaurecht inhaltsgleich wie am Grundstück und Zug um Zug mit Vollzug des Heimfalles am Erbbaurecht neu eingetragen wird.<sup>10</sup> Ist das Erbbaurecht mit Grundpfandrechten/Reallasten belastet, so ist der Fortbestand der Dienstbarkeit im Falle einer Zwangsversteigerung des Erbbaurechtes nur dann gewährleistet, wenn die Dienstbarkeit in das geringste Gebot fällt; hierzu sind Rangrücktrittserklärungen der Grundpfandrechtsgläubiger/Reallastberechtigten erforderlich. Diese müssen, so der Vorschlag von *v. Oefele/Winkler*, zusammen mit der neuen Eintragungsbewilligung dem Grundbuchamt eingereicht werden.

Die Ausübung des Heimfallrechtes wird danach dadurch bedingt, dass die gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG erlöschende Dienstbarkeit neu und rangrichtig am Erbbaurecht

<sup>7</sup> OLG Hamm, Urteil vom 27.6.2013, 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431.

<sup>8</sup> MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 2 ErbbauRG Rdnr. 24.

<sup>9</sup> MünchKomm/v. Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 2 ErbbauRG Rdnr. 29 f.

<sup>10</sup> *V. Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2013, Rdnr. 2.100.

wieder eingetragen wird. Der Vorschlag ist in seiner dogmatischen Konzeption schlüssig und zielführend.

Bei der praktischen Umsetzung ist jedoch zu berücksichtigen, dass der den Heimfall ausübende Grundstückseigentümer nur die Eintragungsbewilligung bezüglich der Dienstbarkeit am Erbbaurecht in seiner alleinigen Entscheidung hat, nicht jedoch die Rangbeschaffungserklärungen bezüglich der am Erbbaurecht eingetragenen Grundpfandrechte/Reallasten. Hier ist er auf die Mitwirkungsbereitschaft dieser Gläubiger angewiesen. Einen Rechtsanspruch diesen gegenüber wird er in den seltensten Fällen haben. Die Bereitschaft dieser Gläubiger, Rangrücktrittserklärungen abzugeben, wird noch dadurch gemindert, dass sie bezüglich ihren Rechten eine Rangverbesserung dadurch erzielen, dass vorgehende Dienstbarkeiten kraft Gesetzes erlöschen und sie mit dem Grundbuchvollzug dieses Erlöschens automatisch im Range aufrücken. Die Durchsetzung eines Heimfallsanspruchs hängt bei dieser Lösung vom Wohlwollen der Grundpfandrechtsgläubiger/Reallastgläubiger ab, ein Ergebnis, das vom Gesetz nicht gewollt ist.

bb) Es ist deshalb eine Lösung zu entwickeln, bei der die rangrichtige Neueintragung der Dienstbarkeit so erfolgen kann, dass der Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigte nicht auf die Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger/Reallastberechtigten am Erbbaurecht angewiesen ist bzw. diesen gegenüber ein Anspruch auf Zustimmung besteht und durchgesetzt werden kann.

Die Lösung geht im Ansatz davon aus, dass zwischen dem Grundstückseigentümer/Erbbauberechtigten und den Dienstbarkeitsberechtigten ein Anspruch auf Neueintragung der Dienstbarkeit nach Ausübung des Heimfalles vereinbart wird und dieser bedingte Anspruch (Bedingung Heimfall) durch eine Vormerkung am Erbbaurecht zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten gesichert wird. Dabei ist auch der Fall zu berücksichtigen, dass sich bei Veräußerung des dienstbarkeitsberechtigten Grundstücks auch die Person des Vormerkungsberechtigten ändern kann. Der Anspruch auf Neueintragung der Dienstbarkeit steht deshalb im Wege eines berechtigenden Vertrages zugunsten eines Dritten (§ 328 BGB) auch einem Rechtsnachfolger im Eigentum des dienstbarkeitsberechtigten Grundstücks zu. Die Vormerkung ist damit für den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks einzutragen.<sup>11</sup> Diese Vormerkung ist bei Begründung des Erbbaurechtes im Gleichrange mit der neu am Erbbaurecht einzutragenden Dienstbarkeit einzutragen. Sie sichert nicht nur die Eintragung des Rechtes als solches, sondern auch den Rang vor allen nachrangig zur Eintragung gelangenden Rechten, insbesondere Grundpfandrechten (§ 883 Abs. 3 BGB). Die Berechtigten der nachrangigen Rechte sind sonach aufgrund der Vormerkungswirkung gemäß § 888 BGB verpflichtet, der Neueintragung vor den Nachrangrechten zuzustimmen. Eine Abhängigkeit des Grundstückseigentümers von einer diesbezüglichen Mitwirkungsbereitschaft der Grundpfandrechtsgläubiger, wie sie bei der Lösung gemäß aa) besteht, gibt es hier nicht.

cc) Es stellt sich allerdings die Frage, ob auch nicht diese Vormerkung der Löschung gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG unterliegt. Der Normzweck des § 33 ErbbauRG besteht einerseits in der Sicherung der Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechtes durch das Bestehenbleiben der dinglichen Verwertungsrechte, andererseits jedoch im Schutz des Eigen-

tümers gegen Übernahme von Rechten, die für ihn hinderlich oder unangenehm sind und deren Entstehung er nicht durch einen Zustimmungsvorbehalt nach § 5 Abs. 2 ErbbauRG verhindern kann. Aus diesem Normzweck ergibt sich, dass auch solche Rechte bestehen bleiben, die vom Grundstückseigentümer selbst oder mit seiner ausdrücklichen und nicht ersetzten Zustimmung am Erbbaurecht bestellt wurden und aus denen keine Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Diese Qualitäten kommen der Vormerkung auf Neueintragung der Dienstbarkeit zu. Diese Vormerkung ist vom Grundstückseigentümer/Erbbauberechtigten bei Begründung des Erbbaurechtes bewilligt worden; durch ein Lösungsverlangen würde sich der Grundstückseigentümer mit seinem früheren eigenen Verhalten in Widerspruch setzen. Dies widerspricht § 242 BGB (Verbot des *venire contra factum proprium*).

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die Vormerkung in der Zeit vor der Ausübung des Heimfalles keine materielle Belastung darstellt. Der Anspruch auf Neueintragung der Dienstbarkeit entsteht erst mit Vollzug des Heimfalles im Grundbuch und wird alsdann Zug um Zug grundbuchmäßig vollzogen. Im Endergebnis wird also lediglich das durch nichts gerechtfertigte Aufrücken der Grundpfandrechtsgläubiger im Range um die zu löschende Dienstbarkeit verhindert. Die Vormerkung beeinträchtigt deshalb auch in keiner Weise die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechtes. Die einschränkende Auslegung des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG berücksichtigt in gleicher Weise die Interessen des Grundstückseigentümers, des Erbbauberechtigten, des Dienstbarkeitsberechtigten und der Grundpfandrechtsgläubiger am Erbbaurecht. Dies hat das OLG Hamm ebenso gesehen und deshalb den vormerkungsgesicherten Anspruch auf Neueintragung der Dienstbarkeit am Erbbaurecht als eine der Voraussetzungen für den Anspruch auf Zustimmung zum Rangrücktritt erachtet.

d) Sowohl die Lösung von *v. Oefele/Winkler* (siehe oben unter c) aa)) als auch die hier konzipierte Lösung laufen jeweils darauf hinaus, dass wortgetreu gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG die Dienstbarkeit am Erbbaurecht gelöscht wird und mit Vollzug des Heimfalles im Grundbuch neu und ranggerecht eingetragen wird. Es stellt sich deshalb die Frage, ob nicht durch eine teleologische Reduktion des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG ein identisches Ergebnis ohne die empfohlene juristische Akrobatik dadurch erreicht werden kann, dass die Dienstbarkeit auch beim Heimfall vom Erlöschen ausgenommen wird. Dabei sollte davon ausgegangen werden, dass die Löschung zwar vom Wortlaut der Vorschrift des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG verlangt wird, nicht jedoch von dessen Zweck. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Grundstückseigentümer gegenüber dem Dienstbarkeitsberechtigten u. a. nur dadurch einen Anspruch auf Rangrücktritt hinter das Erbbaurecht erwirbt, wenn er die Dienstbarkeit inhaltsgleich und im selben Rangverhältnis am Erbbaurecht neu zur Eintragung bringt. Mit einer Löschung gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG würde also der Grundstückseigentümer seine frühere Leistung – Eintragung der Dienstbarkeit am Erbbaurecht – zurücknehmen, die Leistung des Dienstbarkeitsberechtigten – Rangrücktritt mit der Dienstbarkeit hinter das Erbbaurecht – jedoch behalten. Diese Leistungsstörung würde bei sonstigen Dauerschuldverhältnissen entweder ein Recht zur fristlosen Kündigung, ein Rücktrittsrecht oder die Rechtsfolgen bei Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage begründen. Alle diese Rechtsfolgen würden jedoch die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechtes zerstören. Der Ausweg besteht in dem Recht des Heimfalles. Der Heimfall hat jedoch nicht den Zweck, den Grundstückseigentümer besser zu stel-

<sup>11</sup> RGZ 128, 246; *Staudinger/Rapp*, § 33 ErbbauRG Rdnr. 12, § 10 ErbbauRG Rdnr. 15; zust. NK-BGB/*Heller*, § 10 ErbbauRG Rdnr. 9, § 33 ErbbauRG Rdnr. 2.

len, als er vor demselben gestanden hätte. Es hält sich deshalb im Rahmen einer zulässigen Auslegungsmethode, solche Rechte der Abteilung II des Grundbuchs bestehen zu lassen, die vom Grundstückseigentümer selbst zulasten des neu zu begründenden Erbbaurechtes an diesem bestellt worden sind, um den Rangrücktritt dieser Rechte am Erbbaugrundstück hinter das neu einzutragende Erbbaurecht zu erreichen. Es ist deshalb zulässig, im Erbbaurechtsvertrag den Fortbestand solcher Rechte zu vereinbaren. § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG ist insoweit nicht zwingend. Ein Problem könnte sich jedoch daraus ergeben, dass der Heimfall zugunsten eines von dem Eigentümer zu bezeichnenden Dritten ausgeübt wird, § 3 Hs. 2 ErbbauRG. Auch kann das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück eigentumsmäßig einem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Erbbaurechtausgebers zustehen. Es ist fraglich, ob diesen Personen gegenüber die Einrede aus § 242 BGB geltend gemacht werden kann, da sie ja an dem ursprünglichen Erbbaurechtsbegebungsvertrag nicht beteiligt waren. Der Grundsatz, unter mehreren Wegen den sichersten auszuwählen, verlangt deshalb, dass zumindest vorsichtshalber neben der Bestehensbleibensvereinbarung für Dienstbarkeiten der vormerkungsgesicherte Anspruch auf Neueintragung vereinbart wird.

2.3. Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so wird sowohl das Grundstücksgrundbuch als auch das Erbbaugrundbuch unrichtig. Das Erbbaugrundbuch ist zu schließen und im Grundstücksgrundbuch ist das in Abteilung II eingetragene Erbbaurecht zu löschen. Damit wäre am Grundstück die bisher im Range nach dem Erbbaurecht bestehende Dienstbarkeit wieder erstrangig. Allerdings steht dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu; diese Entschädigungsforderung haftet auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechtes und mit dessen Rang, § 27 Abs. 1, § 28 ErbbauRG. Die Entschädigungsforderung tritt also im Wege einer dinglichen Surrogation an die Stelle des Erbbaurechtes und ist ihrerseits im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch einzutragen, und zwar nach § 28 ErbbauRG im Range vor der Dienstbarkeit. Ohne die Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Entschädigungsforderung besteht die Gefahr, dass bei Verfügungen über das Grundstück gemäß § 892 BGB ein gutgläubiger Erwerb – frei von der Entschädigungsforderung – eintritt.<sup>12</sup> Ist das Erbbaurecht im Zeitpunkt seines Erlöschens noch mit Grundpfandrechten/Reallasten belastet, so steht diesen Gläubigern ein Recht auf Befriedigung (vergleichbar einem Pfandrecht) an der Entschädigungsforderung zu, wobei die Bestimmungen der §§ 1277, 1282 ff. BGB zur Anwendung kommen. An der im Grundbuch eingetragenen Entschädigungsforderung erwerben die genannten Gläubiger kraft Gesetzes und kraft dinglicher Surrogation ein Pfandrecht an dieser. Dieses kann, um einen lastenfreien Erwerb der gemäß § 27 Abs. 4 ErbbauRG abtretbaren Entschädigungsforderung auszuschließen, im Wege der Grundbuchberichtigung bei dieser vermerkt werden.<sup>13</sup>

Die vorrangige Entschädigungsforderung bringt es mit sich, dass das Erbbaugrundstück der Zwangsversteigerung unterliegt und dabei die Dienstbarkeit – weil nachrangig – nicht in das geringste Gebot fällt. Wird daher aus der Entschädigungsforderung die Zwangsversteigerung betrieben, so erlischt die Dienstbarkeit.<sup>14</sup> Auch dieses Risiko des Dienstbarkeitsberechtigten schließt es aus, dass der Grundstückseigentümer

ihm gegenüber einen Anspruch auf Zustimmung zum Rangrücktritt hat.

Eine Lösung ergibt sich jedoch daraus, dass als Inhalt des Erbbaurechtes auch Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung und die Art ihrer Zahlung sowie über ihre Ausschließung getroffen werden können (§ 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG). Ist danach eine Entschädigungsforderung ausgeschlossen, so kommt eine dingliche Haftung und damit eine Verwertung des Erbbaugrundstücks nicht in Betracht mit der Folge, dass der Fortbestand der Dienstbarkeit gesichert ist und deshalb – unter dem Blickwinkel des § 28 ErbbauRG – eine Zustimmung zum Rangrücktritt verlangt werden kann.<sup>15</sup> Bei bestehendem Entschädigungsanspruch kann vereinbart werden, dass er erst geltend gemacht werden kann, wenn der Erbbauberechtigte der Dienstbarkeit den ursprünglichen Rang am Grundstück wieder verschafft hat.<sup>16</sup> Auch hier ergibt sich wieder eine Abhängigkeit des (früheren) Erbbauberechtigten von seinen Grundpfandrechtsgläubigern.

Ist die Entschädigungsforderung nicht ausgeschlossen, so kann als Inhalt des Erbbaurechtes bestimmt werden, dass diese Rang nach der Dienstbarkeit erhält. Wenn eine Entschädigungsforderung schon insgesamt ausgeschlossen werden kann, so kann auch eine Rangverschlechterung derselben bestimmt werden.<sup>17</sup> Hat danach die Dienstbarkeit Vorrang vor der Entschädigungsforderung und wird aus dieser vollstreckt, so verbleibt die Dienstbarkeit im geringsten Gebot und damit bestehen.

Auch diese Regelung wurde vom OLG Hamm zutreffend als Voraussetzung für den Anspruch auf Zustimmung zum Rangrücktritt gefordert.

3. Zusammenfassend bestehen danach folgende Erfordernisse für eine Verpflichtung eines Dienstbarkeitsberechtigten zum Rangrücktritt hinter ein Erbbaurecht:<sup>18</sup>

- Inhaltsgleiche Eintragung der Dienstbarkeit am Erbbaurecht und an derselben Rangstelle, wie die Dienstbarkeit am Grundstück eingetragen ist;
- Sicherung des Fortbestandes der Dienstbarkeit bei Ausübung eines Heimfalles durch entsprechende Bestehensbleibensregelung und zusätzlich durch vormerkungsgesicherten Anspruch auf Neueintragung;
- Fortbestand der Dienstbarkeit im Falle des Erlöschens des Erbbaurechtes durch Zeitablauf; dazu muss entweder eine Entschädigungsforderung gemäß § 27 Abs. 1 ErbbauRG ausgeschlossen sein oder diese muss Nachrang nach der Dienstbarkeit erhalten.

Das OLG Hamm stellt zutreffend fest, dass alle drei Voraussetzungen gleichzeitig gegeben sein müssen. Der Entscheidung ist deshalb in vollem Umfange zuzustimmen.

## II. Die Löschung des Erbbaurechtes bei Bestehen dinglicher Nutzungsrechte

Der Beschluss des OLG Hamm vom 24.7.2013<sup>19</sup> befasst sich mit der Rechtsposition von dinglich Nutzungsberechtigten am

<sup>12</sup> BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 Rdnr. 19; *Staudinger/Rapp*, § 28 ErbbauRG Rdnr. 1.

<sup>13</sup> *Staudinger/Rapp*, § 29 ErbbauRG Rdnr. 5.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 15.2.1974, V ZR 47/72, DNotZ 1974, 692, 693 f.; v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 2.100.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 15.2.1974, V ZR 47/72, DNotZ 1974, 692; v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 2.100; MünchKommBGB/v. *Oefele/Heinemann*, § 10 ErbbauRG Rdnr. 3.

<sup>16</sup> V. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 2.100; MünchKommBGB/v. *Oefele/Heinemann*, § 10 ErbbauRG Rdnr. 3.

<sup>17</sup> *Staudinger/Rapp*, § 28 ErbbauRG Rdnr. 2a, 2b.

<sup>18</sup> Vgl. v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 2.100.

<sup>19</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2013, Az I-15 W 172/13, Mitt-BayNot 2014, 431 (in diesem Heft).

Erbbaurecht bei dessen Beendigung, wenn das dingliche Nutzungsrecht gleichzeitig auch am Grundstück eingetragen ist. Das OLG Hamm geht dabei davon aus, dass in diesem Falle – ranggerechte Eintragung am Grundstück vorausgesetzt – eine Zustimmung zur Löschung des Erbbaurechtes durch die dinglich Nutzungsberechtigten nicht erforderlich ist. Diese Rechtsansicht kann sowohl richtig als auch unrichtig sein; es kommt auf den Weg an, mit dem das Erbbaurecht gelöscht werden soll.

1. Erfolgt die Löschung des Erbbaurechtes aufgrund einer Bewilligung des Erbbauberechtigten gemäß § 19 GBO, so kann die Löschung des Erbbaurechtes im Grundbuch erfolgen, ohne dass gleichzeitig die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten gemäß § 27 Abs. 1 ErbbauRG in das Grundstücksgrundbuch einzutragen wäre.<sup>20</sup> Mit einer vorbehaltslosen Löschungsbewilligung bezüglich des Erbbaurechtes gibt der frühere Erbbauberechtigte zu erkennen, dass er aus dem Rechtsverhältnis keine Ansprüche mehr herleitet, insbesondere auch keinen Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk. Die Löschung des Erbbaurechtes im Grundstücksgrundbuch führt dann automatisch dazu, dass das dingliche Nutzungsrecht an die ausschließlich erste Rangstelle aufrückt, die bisher vom Erbbaurecht eingenommen wurde. Der dinglich Nutzungsberechtigte kann in diesem Falle in keinem Recht im Sinne von § 19 GBO betroffen sein. Seine Zustimmung zur Löschung ist nicht erforderlich, da er durch sie eine Verbesserung seiner Rangposition erreicht.

2. Ist ein Erbbaurecht durch Zeitablauf erloschen, so wird das Grundbuch – und zwar sowohl das Grundbuch des Grundstücks wie auch das des Erbbaurechtes –, das das Bestehen des Erbbaurechtes noch ausweist, unrichtig. Damit besteht ein Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB des Grundstückseigentümers gegen den noch als solchen eingetragenen Erbbauberechtigten. Da sich die Laufzeit des Erbbaurechtes im Regelfalle aus öffentlichen Urkunden ergibt, ist eine Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO auch ohne Berichtigungsbevolligung des bisherigen Erbbauberechtigten möglich.<sup>21</sup> Allerdings führt die Löschung des Erbbaurechtes zu einer neuen Grundbuchunrichtigkeit: Im Wege der dinglichen Surrogation tritt an die Stelle des bisherigen Erbbaurechtes die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten gemäß § 28 ErbbauRG.<sup>22</sup> Wiederum im Wege einer dinglichen Surrogation steht den bisherigen Grundpfandrechtsgläubigern und Reallastberechtigten an dieser Entschädigungsforderung ein Pfandrecht gemäß § 29 ErbbauRG zu. Dieser sachliche

Zusammenhang zwischen Erlöschen des Erbbaurechtes und dinglichen Surrogationen schließt es jedoch aus, dass durch eine Grundbuchberichtigung – Löschung des Erbbaurechtes – eine neue Grundbuchunrichtigkeit – lastenfreies Grundstück ohne Verlautbarung einer Entschädigungsforderung – erzeugt wird. Die Löschung des Erbbaurechtes kann deshalb nur Zug um Zug gegen Eintragung (der auch noch unbezifferten)<sup>23</sup> Entschädigungsforderung gemäß § 28 ErbbauRG erfolgen.<sup>24</sup>

Die Entschädigungsforderung hat jedoch gemäß § 28 ErbbauRG dieselbe Rangstelle wie das Erbbaurecht selbst, also die ausschließlich erste. Die Eintragung der Entschädigungsforderung anstelle des Erbbaurechtes ohne weiteren Rangvermerk würde deshalb zu einer weiteren Grundbuchunrichtigkeit führen: Es hätte den Anschein, als ob das dingliche Nutzungsrecht Rang vor der Entschädigungsforderung hat, da dieses zeitlich früher begründet wurde. Diese Grundbuchunrichtigkeit ist dadurch zu vermeiden, dass zwecks Einhaltung des Rangvermerkes gemäß §§ 28, 10 Abs. 1 ErbbauRG ein Rangvermerk des Inhalts von Amts wegen miteinzutragen ist, dass die Entschädigungsforderung Rang vor dem dinglichen Nutzungsrecht hat.

Aus der Entschädigungsforderung kann jedoch die Zwangsversteigerung des Grundstücks herbeigeführt werden. Bei einem Nachrang des dinglichen Nutzungsrechtes fällt dieses dabei nicht in das geringste Gebot und erlischt mit Zuschlagserteilung. Der dinglich Nutzungsberechtigte ist also bei diesem Wege der Löschung des Erbbaurechtes im Sinne von § 19 GBO betroffen, was die Zustimmungsbefähigung begründet. Anders ist die Sache nur dann zu beurteilen, wenn entweder eine Entschädigung für das Bauwerk ausgeschlossen ist, § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG, oder, was zulässig ist, der Entschädigungsforderung von vornherein der Rang nach dem dinglichen Nutzungsrecht beigelegt wird (siehe oben I. 2.3).

Dem Beschluss des OLG Hamm ist daher für den Fall zuzustimmen, dass die Löschung des Erbbaurechtes aufgrund einer Berichtigungsbevolligung des (früheren) Erbbauberechtigten erfolgen soll. Soll die Löschung jedoch ohne eine solche durch Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 GBO vorgenommen werden, so ist die Zustimmung des dinglich Nutzungsberechtigten dann erforderlich, wenn die Entschädigungsforderung gemäß § 28 ErbbauRG Vorrang vor dem dinglichen Nutzungsrecht erhält.

<sup>20</sup> BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 Rdnr. 5, 8, 13.

<sup>21</sup> BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 Rdnr. 14.

<sup>22</sup> Ebda.

<sup>23</sup> BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 Rdnr. 18; *Maaß*, DNotZ 2007, 753, 757.

<sup>24</sup> BGH, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 Rdnr. 16; OLG Hamm, Beschluss vom 15.3.2007, 15 W 404/06, DNotZ 2007, 750, 753; *Maaß*, NotBZ 2002, 389; *Staudinger/Rapp*, § 27 Rdnr. 2.

# Aktuelle Gestaltungsprobleme im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht – insbesondere bei der Testamentsgestaltung

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht löst in der Praxis seit Jahren kontinuierlich erheblichen Beratungsbedarf aus und erregt die Gemüter, obwohl die Auswirkungen dieser Steuer regelmäßig eher unerheblich sind. Eine Steuer, die nur in rund 10 % aller Zuwendungsfälle zu einer Steuerbelastung führt, ist für den Berater eine dankbare Aufgabe, gerade weil die Steuer gestaltungsfreudig ist und sich häufig schon durch einfache Gestaltungen erhebliche Steuerersparnisse erreichen lassen. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über aktuelle Entwicklungen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht – mit dem Fokus auf die optimierende Gestaltungsberatung.

## I. Verfassungswidrigkeit des ErbStG – BFH, Beschluss vom 27.9.2012, II R 9/11<sup>1</sup>

### 1. Die BFH-Entscheidung mit Gestaltungs-konsequenzen

Mit Beschluss vom 27.9.2012, II R 9/11 hat der BFH den Vorlagebeschluss an das BVerfG veröffentlicht, wonach das ErbStG verfassungswidrig sei, weil § 19 ErbStG i. V. m. § 13a und 13b ErbStG in der im Jahr 2009 geltenden Fassung gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.<sup>2</sup> Die Verfassungswidrigkeit beruht aus Sicht des Zweiten Senates unter anderem darauf, dass die in §§ 13a, 13b ErbStG vorgesehenen Steuervergünstigungen nicht durch ausreichende Sach- und Gemeinwohlgründe gerechtfertigt seien und einen verfassungswidrigen Begünstigungsüberhang aufweisen. In dem vom BFH zum Anlass genommenen Verfahren handelte es sich um ein Guthaben bei Kreditinstituten und einen Steuererstattungsanspruch i. H. v. 51.266 €. Es ging also nicht um begünstigungsfähiges Betriebsvermögen. Weil jedoch begünstigungsfähiges Betriebsvermögen übermäßig begünstigt werde, sei die gesetzmäßige Besteuerung der Baransprüche verfassungswidrig, nämlich gleichheitswidrig. Der BFH stützt sich in seiner Begründung vor allem auf die Möglichkeit der Erlangung von Betriebsvermögen auf missbräuchliche Weise durch sog. Cash-GmbHs/GmbH & Co. KGs.<sup>3</sup> Auch die sog. Mediatisierung von Verwaltungsvermögen in Tochtergesellschaften führt der BFH als Gestaltungsmöglichkeit auf, durch die wiederum weitüberwiegendes Verwaltungsvermögen betrieblich begünstigt vererbt werden könne (Rdnr. 105-115 der Entscheidungsgründe). Diese besonders wirksame Gestaltungsmöglichkeit besteht weiterhin fort und wurde vom Gesetzgeber im Rahmen des AmtshilfeRLG nicht beseitigt.<sup>4</sup> Nur im Bereich des sog. Jungen Verwaltungsvermögens im Sinne des § 13b Abs. 2 Satz 3 ErbStG wurde in § 13b Abs. 2 Satz 7 ErbStG eine hier nicht näher zu erläuternde Verschärfung vorgenommen.

<sup>1</sup> BFH, Beschluss vom 27.9.2012, II R 9/11, DStR 2012, 2063.

<sup>2</sup> Siehe *Meincke*, ZEV 2013, 1; *Dittrich*, ZEV 2013, 14; *Wachter*, DStR 2012, 2301; *Piltz*, DStR 2013, 228 ff.

<sup>3</sup> Diese Möglichkeit wurde zwischenzeitlich weitgehend abgeschafft, siehe die Änderungen in § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 4a ErbStG durch das AmtshilfeRLUMsG und die dies erläuternden gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 10.10.2013, BStBl I 2013, S. 1272 = DStR 2013, 2572; siehe dazu *Stalleiken*, DB 2013, 2586 ff.; *Korezkij*, DStR 2013, 2350 ff.

<sup>4</sup> Siehe die dies erläuternden gleichlautenden Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 10.10.2013, BStBl I 2013, S. 1272 = DStR 2013, 2572; siehe dazu *Stalleiken*, DB 2013, 2586 ff.; *Korezkij*, DStR 2013, 2350 ff.

### Beispiel zur Gestaltung:

Eine GmbH verfügt über einen operativen Betrieb mit einem gemeinen Wert i. H. v. 6 Mio. € und schädliches Verwaltungsvermögen (Grundstücke, Aktien etc.) im Sinne des § 13b Abs. 2 ErbStG mit einem Wert i. H. v. 7 Mio. €. Der Gesamtwert beträgt 13 Mio. €. Die GmbH-Beteiligung wäre nicht nach §§ 13a, 13b ErbStG begünstigt. Der Steuerpflichtige kann nun den gesamten operativen Betrieb und 5,9 Mio. € des schädlichen Verwaltungsvermögens in eine 100%ige Tochter-GmbH einbringen, die dann einen Wert i. H. v. 11,9 Mio. € hat. Sie ist begünstigt, da die Quote des Verwaltungsvermögens geringer als 50 % ist, soweit es sich nicht um junges Verwaltungsvermögen handelt. Das Vermögen der Mutter-GmbH besteht nun aus 1,1 Mio. € Verwaltungsvermögen und einer Tochter-GmbH im Wert von 11,9 Mio. €. Die Übertragung/Vererbung der Mutter-GmbH ist begünstigt. Da die Quote des schädlichen Verwaltungsvermögens sogar unter 10 % liegt,<sup>5</sup> kann der Beschenkte/Erbe sogar die vollständige Steuerfreistellung nach § 13a Abs. 8 ErbStG beantragen.

Die obersten Finanzbehörden der Länder haben mit gleichlautendem Erlass vom 14.11.2012<sup>6</sup> angeordnet, dass sämtliche Festsetzungen für nach dem 31.12.2008 entstandene Erbschaftsteuer/Schenkungssteuer gemäß § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO vorläufig durchzuführen sind. Diese Entscheidung der Finanzverwaltung ist zutreffend und gesetzeskonform. Sie ändert jedoch nichts an der Gestaltungspraxis. Es ist damit zu rechnen, dass das BVerfG die Verfassungswidrigkeit des derzeit geltenden Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes feststellt und dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist zur Regelung eines neuen, verfassungskonformen Rechtes aufgibt.

Zur Absicherung vor Überraschungen kann mit bedingten Rückforderungsrechten gearbeitet werden, die nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG grundsätzlich anzuerkennen sind.

### Formulierungsvorschlag:

Der Schenker ist befugt, die heutige Zuwendung unentgeltlich zurückzufordern, wenn das derzeit geltende Erbschaftsteuergesetz oder Bewertungsgesetz oder beide als verfassungswidrig festgestellt wird und aufgrund dessen eine höhere Steuerbelastung nach dem ErbStG anfällt, als dies ohne die Verfassungswidrigkeit der Fall wäre.

Ungeklärt ist insoweit lediglich, welche rechtlichen Konsequenzen eintreten würden, wenn das BVerfG das Erbschaft-

<sup>5</sup> Maßgeblich ist insoweit nach § 13a Abs. 8 Nr. 3 ErbStG nur die Quote auf der obersten Ebene; auf nachgelagerten Beteiligungsebenen gilt weiterhin die 50 %-Quote für das zulässige Verwaltungsvermögen, siehe R E 13 a.13 Abs. 5 ErbStR 2011.

<sup>6</sup> BStBl I 2012, S. 1082.

steuer und Bewertungsrecht rückwirkend als verfassungswidrig ansieht und gleichzeitig dem Gesetzgeber aufgibt, rückwirkend ab 1.1.2009 ein neues verfassungsgemäßes Erbschaftsteuerrecht in Kraft zu setzen. Hierbei könnte der Gesetzgeber davon absehen, wiederum eine Norm wie § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu schaffen. Dann würden entsprechende bedingte Rückforderungsrechte wohl ins Leere gehen. Die Möglichkeit entsprechender verschärfender rückwirkender Gesetzesanordnungen wäre in dieser Konstellation meines Erachtens jedoch verfassungsrechtlich problematisch (Rechtsstaatsprinzip).

## 2. Aktueller Sachstand und Vertrauensschutz

In der zuletzt veröffentlichten Liste der noch in 2014 zu entscheidenden Verfahren war auch das Verfahren zur Erbschaftsteuer vom BVerfG benannt. Am 8.7.2014 fand die mündliche Verhandlung statt. Als bald ist nun mit einem Ergehen der Entscheidung des BVerfG zu rechnen.

Sofern ein Erbschaftsteuerbescheid bereits ergangen ist, wenn das BVerfG entscheidet, so wird der Steuerpflichtige durch die verfahrensrechtliche Bestimmung des § 176 AO geschützt. Dann darf der Bescheid nicht mehr aufgrund der Verfassungswidrigkeit verschärft werden. Aus diesem Grund werden derzeit zahlreiche Übertragungen durchgeführt und eine möglichst schnelle Veranlagung betrieben.

## 3. Aussetzung der Vollziehung bei der Erbschaftsteuer wegen Verfassungswidrigkeit – BFH, Beschluss vom 21.11.2013, II B 46/13<sup>7</sup>

Ob eine Aussetzung der Vollziehung im finanzgerichtlichen Verfahren zu gewähren ist, richtet sich nach § 69 Abs. 3 FGO i. V. m. § 69 Abs. 2 Satz 2 FGO. Danach müssen ernstliche rechtliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der in einem Steuerbescheid zugrundeliegenden Gesetzesvorschrift gegeben sein. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, sowie der BFH oder sonst ein Gericht ein Normenkontrollverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG eingeleitet hat. Gleichwohl hat der BFH in der Vergangenheit regelmäßig eine Aussetzung der Vollziehung abgelehnt, weil ein berechtigtes Interesse des Steuerpflichtigen nicht überwogen habe, denn es habe damit gerechnet werden müssen, dass das BVerfG zwar den Verfassungsverstoß feststelle, dass bisherige Recht jedoch für weiterhin anwendbar erkläre und dem Gesetzgeber eine Neuregelungsfrist stelle. In diesem Fall sei der Steuerbescheid zutreffend und sei daher die fällige Erbschaftsteuer nicht zu erstatten. Daher sei auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (Aussetzung der Vollziehung) keine Aussetzung der Vollziehung zu gewähren.

Von dieser bisherigen Entscheidung ist der Zweite Senat des BFH in seiner Entscheidung vom 21.11.2013 jedoch abgewichen und hat die bisherige Rechtsprechung aufgegeben.<sup>8</sup> Die Auffassung des BFH war in der Vergangenheit kritisiert worden, weil sie von Spekulationen über die voraussichtliche Art der Entscheidung des BVerfG abhängt. Nunmehr stellt der BFH darauf ab, ob hinreichende liquide Mittel im Nachlass vorhanden sind, um die fällige Erbschaftsteuer zu begleichen. Der Einsatz von sonstigem Vermögen des Nachlasses oder eigenen Geldmitteln außerhalb des Nachlasses müsste hingegen nicht erfolgen. Dies sei das Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Interesse am öffentlichen Steueraufkommen und dem Individualinteresse des Steuerpflichtigen.

<sup>7</sup> BFH, Beschluss vom 21.11.2013, II B 46/13, DStR 2013, 2686.

<sup>8</sup> Siehe hierzu auch *Tölle*, NWB 2014, 8 ff.

Im vorliegenden Fall handelte es sich um eine Vermächtnisnehmerin, die eine lebenslange Rente von 2.700 € als Vermächtnisnehmerin erhielt. Dabei sah es der BFH nicht als geboten an, dass die steuerpflichtige Vermächtnisnehmerin vom Wahlrecht der Jahresbesteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 ErbStG Gebrauch macht, da dies mit anderen Nachteilen verbunden sei. Die Steuerpflichtige konnte insoweit auf der Besteuerung vom Kapitalwert beharren und konnte gleichwohl in den Genuss der Aussetzung der Vollziehung gelangen.

## II. Aktuelles zu optimierenden Pflichtteilsgestaltungen

### 1. Der nicht verjährte Pflichtteil

Pflichtteilsansprüche sind eine wichtige Möglichkeit, nach Eintritt des Todesfalles noch die Freibeträge des Vorverstorbenen zu nutzen, siehe § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG. Damit stellen Pflichtteilsansprüche ein wichtiges Instrument im Konzert der erbschaftsteuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten dar. In diesem Umfeld hat der BFH<sup>9</sup> in 2013 eine überraschende Entscheidung gefällt, die sich für Zwecke der Gestaltungspraxis gut nutzen lässt.

Der BFH-Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem ein Elternteil verstarb, der andere Elternteil Erbe wurde und dieser wiederum verstarb, bevor der Pflichtteilsanspruch des gemeinschaftlichen Kindes K gegenüber dem vorverstorbenen Ehegatten verjährt war. Schlusserbe wurde das gemeinschaftliche Kind K. Nunmehr machte der einzige Alleinerbe K durch Erklärung gegenüber dem zuständigen Finanzamt gegen sich selbst den Pflichtteil geltend.

Trotz des zivilrechtlichen Erlöschens des Pflichtteilsanspruchs durch Konfusion bleibt erbschaftsteuerrechtlich sein Recht zur Geltendmachung des Pflichtteils als Folge der Regelung in § 10 Abs. 3 ErbStG nach Ansicht des BFH in seiner Entscheidung vom 19.2.2013 bestehen. Erklärt der Berechtigte in einem solchen Fall gegenüber dem Finanzamt, er mache den Anspruch geltend, ist dies erbschaftsteuerrechtlich unabhängig davon zu berücksichtigen, ob der Verpflichtete damit rechnen musste, den Anspruch zu Lebzeiten erfüllen zu müssen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Pflichtteilsanspruch im Zeitpunkt der Mitteilung an das Finanzamt noch nicht verjährt ist.

Bisher hatte der BFH alle pflichtteilsrechtlichen Gestaltungen nur nach Maßgabe des sog. Belastungsprinzips anerkannt, also nur dann, wenn der längerlebende Ehegatte tatsächlich noch zu Lebzeiten mit dem Pflichtteilsanspruch belastet wird.<sup>10</sup> Von diesem Belastungsprinzip verabschiedet der BFH sich nunmehr in dieser Entscheidung.

Offen ist auf der Grundlage dieser Entscheidung, ob dies auch bei einem verjährten Pflichtteil gilt; dies ist wohl abzulehnen, zumindest nach der Entscheidung des BFH ungesichert.

Aufgrund des Abschieds von dem sog. Belastungsprinzip wird es in Zukunft möglicherweise wieder möglich sein, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen und gleichzeitig bis zum Ableben des längerlebenden Ehegatten zu stunden. Bisher wäre dies nicht anerkannt worden.

Der Sachverhalt des BFH-Entscheids selbst ist sehr selten. Auf den ersten Blick wirkt die Entscheidung so, als wäre sie nicht wirklich gestaltungsrelevant. Die Entscheidung des

<sup>9</sup> BFH, Urteil vom 19.2.2013, II R 47/11, BStBl II 2013, S. 332 = DStR 2013, 523 = BFH/NV 2013, 844 = NJW 2013, 2623; siehe ferner *Geck*, DStR 2013, 1368 ff.

<sup>10</sup> BFH, Urteil vom 27.6.2007, II R 30/05, BStBl II 2007, S. 651.

BFH eröffnet jedoch wesentliche Gestaltungsmöglichkeiten. Um in dem Anwendungsbereich des BFH-Urteils zu bleiben, muss nur die Verjährung des Pflichtteils der Kinder gegenüber dem längerlebenden Ehegatten verhindert werden. Dies kann einerseits erfolgen, indem mit dem längerlebenden Ehegatten eine Pflichtteilsstundung vereinbart wird oder der Längerlebende auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Bereits zu Lebzeiten aller Beteiligten besteht systematisch die Möglichkeit, einen partiellen Pflichtteilsverzicht in der Form einer Pflichtteilsstundung bis zum Ableben des Längerlebenden zu vereinbaren.

#### Formulierungsvorschlag:

Die Beteiligten sind sich bereits heute im Wege eines (zeitlich) beschränkten Pflichtteilsverzichtsvertrages darüber einig, dass der einstige Pflichtteilsanspruch am Nachlass von Herrn ... nicht schon mit dessen Tod fällig wird, sondern bis zum Tod von dessen Ehegatten zinslos gestundet wird. Ist also der Ehegatte von Herrn ... in dessen Todeszeitpunkt bereits verstorben oder ist Herr ... im Todeszeitpunkt nicht mehr verheiratet, so wird der Pflichtteilsanspruch sofort fällig. Lebt der Ehegatte von Herrn ... hingegen noch, so wird der Pflichtteilsanspruch erst mit dessen Ableben fällig. Dies gilt unabhängig davon, wer im Todeszeitpunkt von Herrn ... der Ehegatte von diesem ist. Den Beteiligten ist bekannt, dass die Verjährung erst mit dem Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnen kann und vereinbaren dies vorsorglich.

Eine Wertsicherung und Sicherstellung der Zahlungsverpflichtung, etwa durch entsprechende Eintragung einer Sicherungshypothek im Grundbuch, kann nicht verlangt werden.

Soweit durch die vorstehend vereinbarte Stundung das gesetzliche Pflichtteilsrecht eingeschränkt wird, erklären die Beteiligten sich hiermit ausdrücklich einverstanden und vereinbaren dies. Herr ... verzichtet insoweit (also rein zeitlich, nicht aber der Höhe nach), auch mit Wirkung gegenüber seinen Abkömmlingen, auf das Pflichtteilsrecht am Nachlass seines Vaters .... Herr ... nimmt diesen beschränkten Pflichtteilsverzicht hiermit an.

## 2. Erbschaftsvertrag über einen zukünftigen Pflichtteil – BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 21/11<sup>11</sup>

Die Abfindung, die ein künftiger gesetzlicher Erbe an einen anderen Erben für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteilsanspruch zahlt, ist eine freigebige Zuwendung des künftigen gesetzlichen Erben an den anderen und kann nicht als fiktive freigebige Zuwendung des künftigen Erblassers an diesen besteuert werden. Dies hat der BFH in seiner Entscheidung vom 16.5.2013 klargestellt.

Die Abfindung für einen Pflichtteilsvertrag nach § 311b Abs. 5 BGB wird nach der Steuerklasse besteuert, als wäre die Zuwendung von den Eltern erfolgt.<sup>12</sup> Denn auch im Todesfall würde die Pflichtteilserfüllung als von den Eltern stammend versteuert werden. Damit ist das Pflichtteilsrecht – sowohl in der Form des Pflichtteilsverzichts nach § 2346 Abs. 2 BGB als auch als Vertrag nach § 311b Abs. 5 BGB – eine wesentliche Möglichkeit, Zuwendungen zwischen Geschwistern nach Steuerklasse I durchzuführen.

Die neue Entscheidung des BFH vom 16.5.2013 erweckt nun den Eindruck, als würde der BFH sich von dieser Erkenntnis

<sup>11</sup> BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 21/11, BStBl II 2013, S. 922 = DStR 2013, 1783 = NJW 2013, 3120.

<sup>12</sup> BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98, BStBl II 2001, S. 456. Siehe ausführlich dazu *Wälzholz*, MittBayNot 2001, 361 ff.

lösen. Dem ist jedoch nicht so. Er stellt nur klar, dass im Steuerbescheid gleichwohl der tatsächlich Zuwendende als Schenker zu bezeichnen ist. Anderenfalls würden die Eltern in eine Steuerhaftung nach § 20 ErbStG kommen, obwohl sie an dem Vertrag nicht beteiligt waren.

Die Entscheidung wirft allerdings die Frage auf, ob für die Freibeträge auch weiterhin die bei Zuwendung konkret noch nicht ausgeschöpften Freibeträge nach den Eltern anzuwenden sind. Dies wurde bisher bejaht, kann nach der neuen BFH-Entscheidung aber nicht mehr eindeutig beantwortet werden.

## III. Familienwohnheim setzt Lebensmittelpunkt voraus – BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11<sup>13</sup>

Für das Familienwohnheim bzw. Familienheim gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4a, 4b, 4c ErbStG wird die vollständige Steuerfreistellung nach den vorstehend bezeichneten Bestimmungen gewährt, unabhängig vom Wert des Familienheims. Voraussetzung hierfür ist einerseits die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken. Ferner hat die Finanzverwaltung stets gefordert, dass sich in dem Familienheim der Mittelpunkt des familiären Lebens der Eheleute bzw. der Familie befindet. Diese herrschende Meinung wurde nunmehr vom BFH bestätigt. Zweitwohnungen und Ferienwohnungen sind daher nicht begünstigt. Diese zum Recht vor 2009 getroffene Entscheidung gilt ebenso nach dem derzeit gültigen Recht ab 1.1.2009.

Bemerkenswert ist an der Entscheidung, dass der BFH es ausdrücklich für zulässig erachtet, dass die Steuerbefreiung nicht auf die Zuwendung nur eines Familienwohnheims begrenzt ist. Die Steuerbefreiung kann ausdrücklich auch zeitlich nacheinander für mehrere Objekte in Anspruch genommen werden. Die Freistellung gilt auch unabhängig vom Wert des zugewendeten Familienwohnheims. Der BFH äußert allerdings erhebliche Zweifel, ob diese Steuerbefreiung verfassungsgemäß ist. Ein sachlicher Grund für diese Begünstigung von Immobilienvermögen fehlt nach Auffassung des BFH.

Von einer Vorlage nach Art. 100 GG sieht der BFH gleichwohl ab. Durch die vorstehende Überlegung rechtfertigt der BFH auch eine einschränkende Auslegung des Gesetzes.

## IV. Kettenschenkung bei Weitergabe an Schwiegerkind – BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 37/11<sup>14</sup>

Weitere Klarheit hat der BFH in seiner Entscheidung vom 18.6.2013, II R 37/11, schaffen können, in der er sich erneut mit Fragen der Kettenschenkung auseinandersetzen musste. Im Jahre 2006 erhielt das Kind von seiner Mutter Wohnungseigentum übertragen. Der Mutter wurde ein dinglich gesichertes Wohnungsrecht bestellt und durch Reallast gesicherte Ansprüche auf Wart und Pflege. Mit der unmittelbar nachfolgenden Urkundenrollennummer des gleichen Notars übertrug das beschenkte Kind die Hälfte des überlassenen Grundbesitzes auf dessen Ehegatten. Der Ehegatte trat in alle dinglich gesicherten Verpflichtungen gegenüber der Mutter ein. Für den Scheidungsfall wurde ein Rückforderungsrecht vorbehalten.

Die Finanzverwaltung stellte sich – wenig überraschend – auf den Standpunkt, dass es sich vorliegend um eine sog. schädliche Kettenschenkung handelte, bei der der hälftige Miteigentumsanteil am Sondereigentum von der Mutter an das

<sup>13</sup> BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11, BStBl II 2013, S. 1051.

<sup>14</sup> BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 37/11, BStBl II 2013, S. 934.

Schwiegerkind, also in Steuerklasse II, verschenkt worden sei.

Der BFH lehnt vorliegend die Auffassung der Finanzverwaltung ab. Überträgt ein Elternteil ein Grundstück schenkweise auf ein Kind und schenkt das bedachte Kind unmittelbar im Anschluss an die ausgeführte Schenkung einen Miteigentumsanteil an seinen Ehegatten weiter, ohne dem Elternteil gegenüber zur Weiterschenkung verpflichtet zu sein, so liegt nach Auffassung des BFH schenkungsteuerrechtlich keine Zuwendung des Elternteils an das Schwiegerkind vor. Entscheidend ist damit, dass einerseits bereits mit der ersten Urkunde die Schenkung von Mutter an Kind ausgeführt war. Dies ist mit Beurkundung der Auflassung ohne Vorlagensperre bereits der Fall. Entscheidend stellt der BFH darauf ab, „ob die weitergebende Person eine eigene Entscheidungsbefugnis bezüglich der Verwendung des geschenkten Gegenstandes hat“. Der BFH bestätigt damit die früher bereits vertretene Auffassung, von derer in einem Einzelfall zwischenzeitlich jedoch einmal abgewichen war. Eine Verpflichtung zur Weitergabe eines Geschenks kann sich entweder aus der ausdrücklichen Vereinbarung im Schenkungsvertrag oder aber aus den Umständen ergeben. Die bloße Kenntnis und das bloße Einverständnis mit der Weiterschenkung sind nicht schädlich und reichen nicht für eine schädliche Kettenschenkung aus. Auch die bloße kurze Verweildauer des Geschenks beim Bedachten ist nicht ausschlaggebend. Für die Praxis sollte gleichwohl wegen der Indizwirkung des zeitlichen Zusammenhangs besser ein zeitlicher Abstand gewahrt werden und die Grundbuchumschreibung abgewartet werden.

Der BFH-Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen.

## V. Unmittelbare Beteiligung an Kapitalgesellschaft für §§ 13a, 13b, 19a ErbStG erforderlich – BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 4/12<sup>15</sup>

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Vermögen in Gesellschaften gebündelt werden soll.

### Beispiel 1:

In einer Familien-AG sollen aus Gründen der vorweggenommenen Erbfolge nicht nur über das starre Recht der AG, sondern über eine Familien-Pool-Gestaltung sichergestellt werden, dass die Stimmrechte einheitlich ausgeübt werden und kein Gesellschafter über seine Aktien ohne Mitwirkung der anderen Familienmitglieder verfügen kann.

### Beispiel 2:

In einer Familien-GmbH mit vielen Gesellschaftern, die eine Beteiligungsquote von weniger als 25 % haben, sollen aus erbschaftsteuerlichen Gründen des § 13b Abs. 1, 2 ErbStG die GmbH-Anteile über eine Pool-Gestaltung im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG sichergestellt werden, um die Begünstigungen für Betriebsvermögen sicherzustellen.<sup>16</sup>

Die Praxis der Vertragsgestaltung würde grundsätzlich in beiden Fälle dazu neigen, die Aktien bzw. GmbH-Geschäftsanteile in eine vermögensverwaltende GbR/OHG/KG einzubringen, um auf diese Weise die bezeichneten Regelungsziele zu erreichen. Dieser Gestaltungsansatz war bereits bisher riskant und sollte seit der hier zu besprechenden Entscheidung des BFH vom 11.6.2013 definitiv nicht mehr empfohlen

werden. Die Begünstigungen für Betriebsvermögen setzen bei Kapitalgesellschaften voraus, dass der Schenker oder Erblasser unmittelbar zu mehr als 25 % am Stammkapital/Grundkapital der Gesellschaft beteiligt ist. Nach Ansicht des BFH<sup>17</sup> ist ein Gesellschafter nur dann unmittelbar am Nennkapital einer Kapitalgesellschaft beteiligt, wenn er zivilrechtlich deren unmittelbarer Gesellschafter war.<sup>18</sup> Jedes Halten der Beteiligung über eine Gesamthandsgemeinschaft wäre danach schädlich.

Dies wird wohl auch gelten müssen, wenn die Anteile an der Kapitalgesellschaft sich in einer Erbengemeinschaft befinden.

Verneinenswert sind daher ferner folgende Gestaltungen, weil sie stets zur Versagung aller Begünstigungen für Betriebsvermögen bei Kapitalgesellschaften führen:

- die treuhänderische Beteiligung an einer GmbH;
- atypische Unterbeteiligung an einem Anteil an einer Kapitalgesellschaft.

Soweit entsprechende mittelbare Beteiligungsverhältnisse bestehen, sollten diese nach Möglichkeit aufgelöst werden, sofern dadurch eintretende andere Nachteile nicht überwiegen.

Unschädlich ist es hingegen, wenn ein gewerblicher Mitunternehmeranteil übertragen wird, in dessen Gesamthandsvermögen sich Anteile an Kapitalgesellschaften mit einer Beteiligungsquote von mehr als 25 % befinden (§ 13b Abs. 2 Nr. 2 ErbStG) – auch wenn die BFH-Entscheidung missverständliche Ausführungen diesbezüglich enthält. Dabei wäre es unschädlich, wenn es sich um eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG handelt, also selbst wenn diese keine eigene gewerbliche Tätigkeit ausübt. Soweit derzeit Anteile an Kapitalgesellschaften sich also im Gesamthandsvermögen einer vermögensverwaltenden, mit Privatvermögen ausgestatteten Personengesellschaft befinden (schädliche mittelbare Beteiligung), ließe sich dieses Gestaltungsproblem auch lösen, indem diese GbR in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG umgeformt wird. Dafür genügt der Beitritt einer GmbH zu der GbR als einziger Komplementär und die Anmeldung dieser GbR zum Handelsregister.

Nach § 10 Abs. 1 Satz 3 ErbStG gilt der unmittelbare oder mittelbare Erwerb einer Beteiligung an einer Personengesellschaft, die nicht nach § 12 Abs. 5 ErbStG zu bewerten ist, also kein Betriebsvermögen hat, als Erwerb der anteiligen Wirtschaftsgüter. § 10 Abs. 1 Satz 3 ErbStG fingiert insoweit die Transparenz einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft. Nach Ansicht des BFH lässt sich gleichwohl aus § 10 Abs. 1 Satz 3 ErbStG, ausgehend von Wortlaut, systematischer Stellung, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Vorschrift, nichts anderes ableiten. Die Vorschrift trifft nach BFH keine Regelung zu den im Rahmen des § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG entscheidenden Fragen, was zivilrechtlich Gegenstand des Erwerbs sei und unter welchen Voraussetzungen ein Erblasser oder Schenker unmittelbar am Nennkapital einer Kapitalgesellschaft beteiligt gewesen sei.

## VI. Einbringung von Mitunternehmeranteilen in eine Kapitalgesellschaft nach § 20 UmwStG und § 13a Abs. 5 ErbStG

### Beispiel:

Das Kind K erhält einen Betrieb geschenkt und bringt diesen innerhalb der Haltefrist des § 13a Abs. 5 ErbStG unter Buchwertfortführung nach § 20 UmwStG in eine GmbH ein.

<sup>15</sup> BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 4/12, BStBl II 2013, S. 742 = DB 2013, 1766.

<sup>16</sup> Zu entsprechenden erbschaftsteuerlichen Poolgestaltungen siehe bereits *Wälzholz*, MittBayNot 2013, 281 ff.

<sup>17</sup> BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 4/12, DB 2013, 1766.

<sup>18</sup> Ebda.



Grundsätzlich ist die Einbringung einer begünstigt erworbenen Vermögenseinheit in eine Kapitalgesellschaft nach § 20 UmwStG unschädlich und löst nicht die Nachversteuerung nach § 13a Abs. 5 ErbStG aus – da es sich um die Fortsetzung des bisherigen unternehmerischen Engagements in anderer Rechtsform handelt. Dabei kommt es meines Erachtens nicht weiter darauf an, ob ein Antrag auf Buchwertfortführung gestellt wird oder nicht.

Nunmehr schränkt die Finanzverwaltung<sup>19</sup> diese Regelung dahingehend ein, dass dies nur gelten soll, soweit die Einbringung ausschließlich gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgt. Soweit insbesondere ein bilanzieller Mehrwert in bar ausgezahlt oder als Forderung gewährt wird, führe dies zu einer schädlichen Veräußerung im Sinne des § 13a Abs. 5 ErbStG. Aus erbschaftsteuerlicher Sicht ist daher regelmäßig die Gutschrift eines Mehrwertes in die Kapitalrücklage zu empfehlen.

Diesen Gedanken hat die Finanzverwaltung<sup>20</sup> in einem koordinierten Ländererlass vom 20.11.2013 weiterentwickelt. Die Einbringung ist zwar grundsätzlich unschädlich. Ist in den Fällen einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Einbringung der gemeine Wert der Anteile, die der Einbringende erhält, geringer als der gemeine Wert des eingebrachten Vermögens oder der Anteile, liegt eine anteilige schädliche Verfügung über das erworbene begünstigte Vermögen vor, so dass insoweit die Schenkung nach § 13a Abs. 5 ErbStG nachzuversteuern sei.

## VII. Einziehung und Zwangsabtretung bei der GmbH im ErbStG

Die Einziehung des Geschäftsanteils als freiwillige Einziehung mit Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters oder als Zwangseinziehung aufgrund entsprechender Satzungsbestimmung nach § 34 GmbHG führt nicht zum Erwerb eines Geschäftsanteils oder Teilgeschäftsanteils durch die Mitgesellschafter, sondern zur Vernichtung des Geschäftsanteils. Aus diesem Grunde ist bisher die herrschende Meinung davon ausgegangen, dass bei Einziehung eines Geschäftsanteils der mittelbare Erwerb des Wertes durch die Mitgesellschafter nicht an den Privilegierungen der §§ 13a, 19a ErbStG a. F. teilhat.<sup>21</sup> Auch nach R E 3.4 ErbStR 2011 lehnt die Finanzverwaltung die Anwendung der §§ 13a, 13b, 19a ErbStG für den Fall der Einziehung ab. Der Bundesrat<sup>22</sup> hatte für diese Fälle zwar angeregt, in sämtlichen Fällen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG und des § 7 Abs. 7 ErbStG die Anwendung der §§ 13a, 13b, 19a ErbStG ausdrücklich anzuordnen. Mit dieser Anregung hat der Bundesrat sich jedoch nicht durchsetzen können. Daher wird man der Auslegung des Gesetzes durch die Finanzverwaltung nur wenig entgegenhalten können.<sup>23</sup>

Die Gestaltungspraxis hat daher zur Kenntnis zu nehmen, dass die Einziehung von Geschäftsanteilen erbschaftsteuerlich mit gravierenden Erbschaftsteuerbelastungen verbunden sein kann – unabhängig davon, ob die Einziehung aus Anlass

des Todesfalls oder aus Anlass eines sonstigen Grundes erfolgt. Allerdings bestehen Gestaltungsmöglichkeiten, gleichwohl in den Genuss der §§ 13a, 13b, 19a ErbStG zu gelangen.<sup>24</sup> Anstelle der Einziehungsregelungen sollten die Gesellschaftsverträge daraufhin überprüft werden, ob der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern anstelle der Einziehung die Zwangsabtretung gestattet.<sup>25</sup> Entsprechende Zwangsabtretungsregelungen bestehen darin, dass die Gesellschafterversammlung bei Vorliegen eines Einziehungsgrundes auch ermächtigt ist, den Geschäftsanteil an die Gesellschaft, einen Mitgesellschafter oder einer sonstigen von der Gesellschafterversammlung zu bestimmenden Person zu übertragen. Zur Durchführung des eigentlichen Übertragungsvorganges, der zusätzlich erforderlich ist nach § 15 GmbHG, sollte typischerweise die Geschäftsführung der Gesellschaft in vertretungsberechtigter Zahl ermächtigt werden, um nicht auf die Mitwirkung des auszuschließenden Gesellschafters angewiesen zu sein.<sup>26</sup> In diesem Fall geht der Geschäftsanteil nicht unter, sondern Mitgesellschafter oder Dritte erwerben den Geschäftsanteil. Auf diesen Erwerb sind die §§ 13a, 13b, 19a ErbStG anwendbar, sofern die übrigen Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind. Hinsichtlich des Erwerbes durch einen Dritten ist insoweit strittig, ob der Tatbestand des § 7 Abs. 7 ErbStG überhaupt erfüllt ist, da dieser Paragraph lediglich Mitgesellschafter erwähnt, nicht aber Dritte<sup>27</sup>. Gleiches gilt für § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG<sup>28</sup>. Soweit ein steuerpflichtiger Erwerbstatbestand gar nicht erfüllt ist, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 13a, 13b, 19a ErbStG naturgemäß nicht.

## VIII. Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften zusätzlich schenkungsteuerpflichtig?

Die O-GmbH verkaufte an den Kläger zwei Grundstücke gegen Übernahme von Schulden. Gesellschafter der O-GmbH war der Bruder des Klägers. Nach Ansicht des Finanzamtes waren die Verkehrswerte der Grundstücke deutlich höher als die übernommenen Schulden. Daher sei eine verdeckte Gewinnausschüttung gegeben, die zusätzlich als freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer unterliege. Das FG Münster gab der Klage des Steuerpflichtigen statt. Das FG Münster<sup>29</sup> folgte der Auffassung des BFH in seinem Urteil vom 30.1.2013,<sup>30</sup> wonach im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern neben betrieblich veranlassten Rechtsbeziehungen lediglich offene oder verdeckte Gewinnausschüttungen oder Kapitalrückzahlungen möglich seien, nicht aber freigebige Zuwendungen im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Ein Anwendungsfall des § 7 Abs. 8 ErbStG bzw. § 15 Abs. 4 ErbStG n. F. lag vorliegend

<sup>19</sup> BayLfSt, Koordinierter Ländererlass vom 11.5.2012, DB 2012, 1180.

<sup>20</sup> Oberste Finanzbehörden der Länder, Gleichlautender Ländererlass vom 20.11.2013, BStBl I 2013, S. 1508 = DB 2013, 2830 = DStR 2014, 103.

<sup>21</sup> R 7 Abs. 3 Satz 9 ErbStR 2003.

<sup>22</sup> BT-Drucks. 16/8547, S. 4.

<sup>23</sup> Zust. daher auch *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 249; *Riedel*, ZErB 2009, 113, 117; *Groß*, ErbStB 2009, 154, 157; zweifelnd hingegen *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 13b Rdnr. 188; krit. *Hübner*, Erbschaftsteuerreform – gesellschaftsrechtliche Abfindungsregeln und ErbStRG, JbFfSt 2008/2009, 719, 721.

<sup>24</sup> So auch *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 13b Rdnr. 188; *Riedel*, ZErB 2009, 113, 117 f.; *Milatz/Kämper*, GmbHR 2009, 470, 475; *Riedel*, ZErB 2009, 113, 120.

<sup>25</sup> Siehe den Formulierungsvorschlag in Münchener Vertragshandbuch/*Meister/Klöcker*, Muster IV.26. § 24; siehe auch *Tillmann/Schiffes/Wälzholz/Wälzholz*, Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, Rdnr. 419. Aus der Rechtsprechung BGH, Urteil vom 5.11.1984, II ZR 147/83, DB 1985, 268.

<sup>26</sup> Siehe BGH, Urteil vom 5.11.1984, II ZR 147/83, GmbHR 1984, 74.

<sup>27</sup> Siehe *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 7 Rdnr. 410; *Meinke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 143.

<sup>28</sup> *Groß*, ErbStB 2009, 154, 157.

<sup>29</sup> FG Münster, Urteil vom 24.10.2013, 3 K 103/13 Erb, ZEV 2014, 215.

<sup>30</sup> BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12, DStR 2013, 649.

nicht vor. Der Gesetzgeber hat in § 15 Abs. 4 ErbStG zwischenzeitlich eine Norm erlassen, die die Steuerpflicht von verdeckten Gewinnausschüttungen unterstellt.

Die Finanzverwaltung<sup>31</sup> bejaht hingegen allgemein die Schenkungsteuerpflicht von verdeckten Gewinnausschüttungen an GmbH-Gesellschafter und deren nahestehenden Personen. Sie hat daher einen Nichtanwendungserlass vom 5.6.2013, BStBl I 2013, S. 1465, zu freigebigen Zuwendungen von Kapitalgesellschaft an Gesellschafter veröffentlicht, in der sie die Anwendung der BFH-Entscheidung ablehnt.<sup>32</sup>

### IX. Haltefrist des § 13a Abs. 5 ErbStG nach dem Tod des Beschenkten

Nach § 13a Abs. 5 ErbStG hat der Beschenkte eine fünf- bzw. siebenjährige Haltefrist einzuhalten, wenn er die Vorteile der §§ 13a, 13b, 19a ErbStG ungeschmälert erhalten will. Nach herrschender Meinung setzt sowohl der Erbe eines Beschenkten als auch der unentgeltliche Einzelrechtsnachfolger eines Beschenkten diese Haltefrist des ersten Beschenkten fort. Das FG Münster<sup>33</sup> hat diese Ansicht in einer Entscheidung aus 2013 bestätigt. Die fünfjährige Behaltensfrist laufe nach dem Tod des Erben weiter. In diesem Verfahren wurde mittlerweile Revision beim BFH eingelegt, über die noch nicht entschieden ist. Ein Verstoß gegen die Haltefrist beim Rechtsnachfolger führt also zu einer doppelten Nachversteuerung, wenn auch mit jeweils unterschiedlicher Abschmelzungswirkung.

### X. Betriebsvermögensbegünstigung bei Übertragung eines Kommanditanteils unter Vorbehalt eines Quotennießbrauchs – BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12<sup>34</sup>

Wird ein Mitunternehmeranteil, also ein Anteil an einer betrieblichen Personengesellschaft, unter Nießbrauchsvorbehalt unentgeltlich übertragen, so werden die Vergünstigungen für Betriebsvermögen nur gewährt, wenn der Erwerber einen sog. Mitunternehmeranteil erwirbt, also Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerisiko trägt. Hierzu wurde in der Vergangenheit regelmäßig zu einem Quotennießbrauch geraten, um so dem Erwerber mehr Erträge und Einfluss zukommen zu lassen. Der BFH hat nun in 2013 eine Entscheidung gefällt, die auch das Ausweichen auf einen Quotennießbrauch inzwischen als riskante Gestaltung erscheinen lässt, wenn der Erwerber einen Mitunternehmeranteil erwerben soll. Auch insoweit muss dem Erwerber hinsichtlich des mit dem Nießbrauch belasteten Anteils Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko verbleiben!

Behält sich der Schenker bei der freigebigen Zuwendung einer Kommanditbeteiligung den Nießbrauch zu einer bestimmten Quote hiervon einschließlich der Stimm- und Mitverwaltungsrechte vor und vermittelt daher der mit dem Nießbrauch belastete Teil der Kommanditbeteiligung dem Erwerber für sich genommen keine Mitunternehmerstellung,

<sup>31</sup> Oberste Finanzbehörden der Länder, Gleichlautende Erlasse vom 14.3.2012, BStBl I 2012, S. 331, Abschn. 2.6.2.

<sup>32</sup> Siehe dazu *Binnewies*, Zuwendungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft – ertrag- und schenkungsteuerliche Aspekte, GmbH-StB 2012, 343.

<sup>33</sup> FG Münster, Urteil vom 12.6.2013, 3 K 204/11 Erb, ZEV 2014, 51.

<sup>34</sup> BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12, BStBl II 2013, S. 635 = DStR 2013, 1380; siehe dazu auch *Wachter*, DStR 2013, 1929 ff.

so können nach Ansicht des BFH für diesen Teil die Steuerergünstigungen nach §§ 13a, 13b ErbStG nicht beansprucht werden.<sup>35</sup>

Der Schenker war mit einer Kommanditeinlage von 25.000 € an einer gewerblich tätigen KG beteiligt. Mit Schenkungsvertrag vom 18.12.2006 übertrug er mit Wirkung zum 31.12.2006 hiervon einen Anteil von 23.500 € (Kapitalfestkonto I) nebst dem entsprechenden Anteil an den sonstigen für ihn bei der KG geführten Konten unentgeltlich auf seine Tochter (T) und übernahm die Schenkungsteuer. Er behielt sich an der übertragenen Kommanditbeteiligung einschließlich der Konten zu einer Quote von 22.000/23.500 den lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauch vor. In Höhe dieser Quote stehen dem Kl das auf die Beteiligung der T an der KG entfallende Ergebnis (Gewinn oder Verlust) und aufgrund einer Bevollmächtigung durch T auch die Stimmrechte und Mitverwaltungsrechte zu.

Die Besonderheit des Falles lag darin, dass kein eigentlicher Quotennießbrauch bestellt wurde, sondern ein Teil des Mitunternehmeranteils frei übertragen wurde und ein Teil des Gesellschaftsanteils mit einem Vollrechtsnießbrauch belastet übertragen wurde. Diesen Eindruck erweckt zumindest die Argumentation des BFH. Dies sollte in Zukunft vermieden werden.

Es genügt nicht, wenn der Erwerber lediglich zivilrechtlich Gesellschafter einer Personengesellschaft geworden ist, die auch nach dem Erwerb Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder aus selbständiger Arbeit erzielt und deren Vermögen daher ertragsteuerrechtlich insgesamt weiterhin Betriebsvermögen ist. Voraussetzung für die Gewährung der erbschaftsteuerlichen Steuerergünstigungen ist, dass der Erwerber aufgrund des gesamten erworbenen Gesellschaftsanteils Mitunternehmer im ertragsteuerrechtlichen Sinn geworden ist.

Unabhängig von der herkömmlichen Meinung, nach der die Mitgliedschaft eines Gesellschafters in einer Personengesellschaft unteilbar ist, ist dem ErbStG nur Genüge getan, wenn die Mitunternehmerstellung durch den erworbenen Gesellschaftsanteil vermittelt worden ist. Nur dann kann angenommen werden, der erworbene Gesellschaftsanteil habe im Sinne eines Weiter- oder Fortführens des Betriebs durchgehend den Tatbestand des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG a. F. erfüllt. Entsprechende Grundsätze gelten nach BFH auch dann, wenn sich der Schenker bei der Übertragung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft an einem Anteil hiervon den Nießbrauch vorbehält. Die Betriebsvermögens-Steuerergünstigungen sind in einem solchen Fall für den nießbrauchsbelasteten Anteil nur dann zu gewähren, wenn dieser Anteil für sich betrachtet dem Bedachten die Stellung als Mitunternehmer vermittelt. Dass der Bedachte bezüglich des nicht mit dem Nießbrauch belasteten Teils der übertragenen Gesellschaftsbeteiligung Mitunternehmer ist, genügt nicht. Unabhängig von der Frage nach der Teilbarkeit der Mitgliedschaft eines Gesellschafters in einer Personengesellschaft sind vielmehr die Vereinbarung des Nießbrauchs an einem Teil der Gesellschaftsbeteiligung und die Ausgestaltung des Nießbrauchs sowie die tatsächliche Durchführung der getroffenen Vereinbarungen entscheidend.

Bestimmen die Vertragsparteien über die Vorgaben des BGB hinaus, dass die mit der übertragenen Beteiligung an der Personengesellschaft verbundenen Stimm- und Mitverwaltungsrechte hinsichtlich des mit dem Nießbrauch belasteten

<sup>35</sup> BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12, BStBl II 2013, S. 635.

Teils der Gesellschaftsbeteiligung dem Nießbraucher zustehen sollen, und verfahren die Gesellschafter danach, ist dies unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung zumindest gemäß § 41 Abs. 1 AO steuerrechtlich beachtlich und führt dazu, dass der Bedachte hinsichtlich des Nießbrauchsbelasteten Anteils nicht Mitunternehmer ist und insoweit die Steuervergünstigungen nach §§ 13a, 13b ErbStG nicht beanspruchen kann.

#### Gestaltungshinweis:

Der Quotennießbrauch sollte so ausgestaltet werden, dass er den gesamten Gesellschaftsanteil erfasst und die Stimmrechte nur gemeinschaftlich ausgeübt werden können. Für die interne Willensbildung der Gemeinschaftler können dann wiederum Regeln vorgesehen werden, die den Gesellschafter jedoch nicht faktisch rechtlos stellen dürfen.

### XI. Allgemeine Empfehlungen für die Testamentsgestaltung bei größeren Privatvermögen

#### Regel 1:

Alle zehn Jahre sollten die bestehenden Freibeträge ausgeschöpft werden, indem bereits lebzeitige Zuwendungen durchgeführt werden; jedes Kind hat dabei je Elternteil 400.000 € Freibetrag. Jedes Enkelkind hat einen Freibetrag in Höhe von 200.000 € pro Großelternteil.

Dabei mindert ein vorbehaltener Nießbrauch den Wert der Bereicherung und stellt damit einen wesentlichen Vorteil der vorweggenommenen Erbfolge gegenüber der Nachfolge von Todes wegen dar. Je mehr Einfluss die Übergeber sich vorbehalten wollen, desto eher empfiehlt sich die Nutzung der Möglichkeiten von Familienpoolgesellschaften.

#### Regel 2:

Je größer das Vermögen ist, desto schädlicher wirkt sich das sog. Berliner Testament, also die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten, aus.

Vorteilhaft kann insoweit das sog. Württembergische Modell sein, bei dem zu Erben eines jeden Ehegatten die Kinder eingesetzt werden und der längerlebende Ehegatte einen Nießbrauch am gesamten Nachlass erhält und den Nachlass als Dauertestamentsvollstrecker verwaltet. Als Alternative zu dem sog. Württemberger Modell kann ein sog. Erbschaftsteuerermächtigung ausgesetzt werden. Dabei sollte

- dem längerlebenden Ehegatten möglichst große Flexibilität eingeräumt werden, welches Vermögen er auf die Kinder übertragen möchte; also kein zwingendes Barvermächtnis;
- dem längerlebenden Ehegatten die Möglichkeit vorbehalten werden, statt Barvermögen Sachwerte mit Nießbrauchsvorbehalt und bedingtem Rückforderungsrecht zu übertragen;
- das Vermächtnis nicht durch einen festen Betrag definiert werden, sondern sich flexibel an dem im Todeszeitpunkt konkret noch nicht ausgeschöpften erbschaftsteuerlichen Freibetrag orientieren;
- die Erfüllung zwingend vor dem statistisch wahrscheinlichen Eintritt des Todes des längerlebenden Ehegatten geschuldet sein, also insbesondere nicht ins Belieben des Längerlebenden gestellt sein;
- bei reinen Barvermächtnissen die Zinsproblematik bei hinausgeschobenen Barvermächtnissen berücksichtigt werden; Zinsen sind einkommensteuerpflichtig.

#### Formulierungsvorschlag:<sup>36</sup>

##### Barvermächtnis mit Ersetzungsbefugnis

Der Erstversterbende beschwert seinen Erben mit folgendem Barvermächtnis: Jedes Kind erhält vermächtnisweise einen Geldbetrag in der Höhe, wie am Tage des Todes des Erstversterbenden von uns ihm jeweils im konkreten Einzelfall ein noch nicht ausgeschöpfter erbschaftsteuerlicher Freibetrag gegenüber dem vorverstorbenen Ehegatten zusteht. Das Vermächtnis fällt mit dem Tod des Erstversterbenden an. Die Erfüllung hat fest zu erfolgen bis zum Ablauf von ... Jahren ab dem Tode des Erstversterbenden von uns.

Der sich nach den vorstehenden Bestimmungen zu errechnende Betrag ist ab dem Tage des Anfalls zu verzinsen mit 1,5 % p. a. Die Zinsen sind jeweils am Ende eines jeden Kalenderjahres, erstmals am 31.12. des auf den Tod des Erstversterbenden von uns folgenden Jahreswechsels, zu bezahlen. Die Verzinsung entfällt bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis.

Sollte dem Längerlebenden von uns am Tage des Todes nur ein Gesamtvermögen von weniger als ... Euro verbleiben, so kürzen sich die nach den vorstehenden Bestimmungen zu errechnenden Vermächtnisse anteilig so, dass dem Längerlebenden von uns mindestens das vorstehende Vermögen verbleibt. Ggf. entfällt das Vermächtnis dann nach den vorstehenden Bestimmungen ganz. Unter Gesamtvermögen sind die gesamten Aktiva des Erblassers und des längerlebenden Ehegatten abzüglich der Passiva und Sterbefallkosten des Erblassers und der Passiva des längerlebenden Ehegatten zu verstehen. Die Barvermächtnisse sind noch nicht vorab vom genannten Mindestbetrag des Gesamtvermögens in Abzug zu bringen.

Der Längerlebende ist befugt (Ersetzungsbefugnis), sich von der vorstehenden Zahlungspflicht eines Barbetrages nach eigener Bestimmung gegenüber dem jeweiligen Vermächtnisnehmer zu lösen durch Ersetzung des Barbetrages durch eine Sache oder einen sonstigen Gegenstand mit mindestens gleichem Wert. Er darf sich an dem Ersetzungsgegenstand einen Nießbrauch vorbehalten, bei dem er alle Kosten zu tragen hat. Er kann den Nießbrauch auf eigene Kosten an nächstoffener Rangstelle (maßgeblicher Zeitpunkt: Tod des ersten von uns) im Grundbuch zur Eintragung bringen. Der Längerlebende kann sich auch einen bedingten Anspruch auf Rückübertragung vorbehalten für den Fall

- der Verfügung des Vermächtnisnehmers über den Vermächtnisgegenstand ohne vorherige Zustimmung des Längerlebenden von uns,
- des Vorversterbens eines Vermächtnisnehmers vor dem Tode des Längerlebenden von uns,
- der Zwangsvollstreckung in den Vermächtnisgegenstand, ohne dass die Maßnahme innerhalb von drei Monaten wieder aufgehoben worden ist,
- der Insolvenz des Vermächtnisnehmers oder der Ablehnung mangels Masse.

Der Beschwerte ist befugt, sich den bedingten Rückübertragungsanspruch bei Grundbesitz im Rang nach dem Nießbrauch, im Übrigen an nächstoffener Rangstelle im Grundbuch, auf eigene Kosten eintragen zu lassen.

Ersatzvermächtnisnehmer sind jeweils die Abkömmlinge eines Vermächtnisnehmers nach den Regeln und im Verhält-

<sup>36</sup> Nach Beck'sche Online-Formulare/Wälzholz/Bachner.

nis der gesetzlichen Erbfolge, es sei denn, der Wegfall eines Abkömmlings beruht auf Ausschlagung. Sind solche nicht vorhanden, so entfällt das Vermächtnis für den Stamm vollständig. Die Kosten der Vermächtniserfüllung und eine ggf. darauf anfallende Steuer hat der jeweilige Vermächtnisnehmer zu tragen.

### Regel 3:

Sind keine Kinder vorhanden, so kann eine Adoption ein gangbarer Weg sein, um erbschaftsteuerliche Begünstigungen zu erreichen.

Dabei darf das Erreichen steuerlicher Ziele nicht im Vordergrund stehen. Die Annahme als Kind darf nur ausgesprochen werden, wenn sie sittlich gerechtfertigt ist. Das bloße Anstreben steuerlicher Ziele steht dem entgegen. Die Annahme als Kind führt bei einer Volljährigenadoption im Regelfall nicht zum Erlöschen des Verwandtschaftsverhältnisses zu den leiblichen Eltern. Diesen gegenüber bleiben also die erbschaftsteuerlichen Vorteile von Steuerklasse I und entsprechend hohen Freibeträgen erhalten. Die Steuerklasse I gilt nach § 15 Abs. 1a ErbStG sogar ebenso bei einer Adoption mit Vollwirkung im Sinne des § 1772 BGB, obwohl zivilrechtlich das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist.

## XII. Diskriminierungsverbot für deutsch-schweizer Nachlassfälle mit Inlandsvermögen – EuGH vom 17.10.2013, C 181/12 (*Welte-Schenkel*)<sup>37</sup>

Internationale Besteuerungsfälle weisen stets eine besondere Komplexität auf.<sup>38</sup> Zu innereuropäischen Sachverhalten im EU- und EWR-Raum hatte der EuGH bereits im Jahre 2010 Klarheit geschaffen. Im Zentrum des Streites stand § 16 Abs. 2 ErbStG, wonach in Fällen der beschränkten Steuerpflicht nur ein Freibetrag von 2.000 € gewährt wird. Dies ist jedoch eine europarechtlich unzulässige diskriminierende Besteuerung. Aus diesem Grunde hat der EuGH im Verfahren *Vera Matner/Finanzamt Velbert*<sup>39</sup> den diskriminierend niedrigen Steuerfreibetrag als unzulässig angesehen. Der Gesetzgeber hat zwischenzeitlich darauf reagiert und in allen EU- und EWR-Fällen die Optionsmöglichkeit zur unbeschränkten Steuerpflicht eingeräumt, § 2 Abs. 3 ErbStG. Wollen also EU-Bürger oder EWR-Bürger in Deutschland steuerpflichtiges Inlandsvermögen verschenken oder vererben, so hat der Beschenkte bzw. der Erbe die Möglichkeit zur unbeschränkten Steuerpflicht zu optieren und kommt dann in den Genuss der allgemeinen deutschen Freibeträge.

Achtung: Die Sache hat jedoch einen Haken. Nach der neu eingeführten Bestimmung des § 2 Abs. 3 ErbStG werden dann sämtliche Zuwendungen vom gleichen Schenker/Erblasser an den gleichen Beschenkten innerhalb von zehn Jahren vor dem Vermögensanfall und innerhalb von zehn Jahren danach, ebenfalls der deutschen unbeschränkten Steuerpflicht unterworfen, also unabhängig davon, wo diese Zuwendungen auf der Welt stattgefunden haben.<sup>40</sup> Dies gilt es im jeweiligen Einzelfall abzuwägen.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil vom 17.10.2013, C 181/12, FR 2013, 1105 (*Welte-Schenkel*).

<sup>38</sup> Siehe dazu aktuell *Demuth*, *Auslandsvermögen im ErbStRecht – Ein Überblick*, KÖSDI 2012, 18025 ff.; *Kaminski*, *Ausgewählte Gestaltungsüberlegungen zur Begrenzung der Belastung mit ausländischer Erbschaftsteuer*, StbG 2013, 214 ff.

<sup>39</sup> EuGH, Urteil vom 22.4.2010, C 510/08, DStR 2010, 861.

<sup>40</sup> Siehe Oberste Finanzbehörden der Länder, Gleichlautender Ländererlass vom 15.3.2012, DStR 2012, 859; *Geck/Messner*, ZEV 2011, 416 ff.

Nun lag diese Problematik in einem Anwendungsfall außerhalb von EU/EWR vor dem EuGH. In seiner Entscheidung vom 17.10.2013 hatte der EuGH<sup>41</sup> darüber zu befinden, wenn ein Schweizer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstirbt und ein Schweizer Staatsangehöriger mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz Erbe wird, jedoch ein Grundstück in Düsseldorf sich im Nachlass befindet. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird auf den entsprechenden Sachverhalt gemäß § 16 Abs. 2 ErbStG nur ein Freibetrag von 2.000 € abgezogen. Da es sich im vorliegenden Fall um den Erwerb zwischen Ehegatten handelte, wäre bei einem rein deutschen Sachverhalt mit unbeschränkter Steuerpflicht ein Freibetrag von 500.000 € zur Anwendung gekommen.

Der EuGH entschied, dass auch im vorliegenden Fall ein Freibetrag von 500.000 € zu gewähren sei. Die Erbschaft unterliegt nach Auffassung des EuGH der Kapitalverkehrsfreiheit im Sinne des Art. 56 Abs. 1 EG (Art. 63 AEUV). Durch die diskriminierende Regelung werde ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit begangen. Die Bundesrepublik Deutschland vertrat die Auffassung, dass eine solche Beschränkung jedoch nach Art. 57 Abs. 1 EG (Art. 64 AEUV) zulässig sei. Hiernach sind durch Art. 56 EG (Art. 63 AEUV) solche Bestimmungen nicht verboten bei Drittländern, die am 31.12.1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der Union für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien bereits bestanden.

Da jedoch Erbschaften in Art. 57 Abs. 1 EG (Art. 64 AEUV) nicht genannt seien, werde diese Bestimmung von Art. 57 Abs. 1 EG (Art. 64 AEUV) nicht erfasst. Dies gelte zumindest, soweit die in Deutschland belegene Immobilie nicht mit der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden sei. Auch eine Rechtfertigung der Beschränkung des freien Kapitalverkehrs nach Art. 58 Abs. 1 und 3 EG (Art. 65 Abs. 1, 3 AEUV) lehnt der EuGH ab, obwohl Art. 58 Abs. 1a EG (Art. 65 Abs. 1a) AEUV ausdrücklich nicht das Recht der Mitgliedsstaaten berührt, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln. Entsprechende Bestimmungen zur Einschränkung des Kapitalverkehrs werden vom EuGH stets eng ausgelegt.

In der Folge hat das FG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 27.11.2013, 4 K 689/12 Erb, den vollen deutschen Freibetrag diskriminierungsfrei zugesprochen.<sup>42</sup>

## XIII. Zusammenfassung

Erbschaftsteuerrechtlich werden bis zu einer erneuten Erbschaftsteuerreform auf der Grundlage des derzeit laufenden Verfahrens vor dem BVerfG noch zahlreiche Übertragungen gestaltet werden. Dabei gilt es möglichst optimale Gestaltungen zu wählen. Auch langfristige Gestaltungen wie Verfügungen von Todes wegen sind jeweils wieder auf den aktuellen Stand zu bringen. Der vorstehende Beitrag schildert aktuelle Entwicklungen und Entscheidungen, die in der Gestaltungspraxis Berücksichtigung finden sollten.

<sup>41</sup> EuGH, Urteil vom 17.10.2013, C 181/12, FR 2013, 1105 (*Welte-Schenkel*).

<sup>42</sup> FG Düsseldorf, Urteil vom 27.11.2013, 4 K 689/12 Erb, ZEV 2014, 166.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Kersten/Bühling (Hrsg.): Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 24. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 2900 S., 299 €**

Das vom Verlag selbst zu Recht als „Grundlagenwerk“ für die notarielle Praxis bezeichnete Formularbuch liegt nunmehr in 24. Auflage vor. Der Umfang der Neuauflage ist mit circa 2900 Seiten (zzgl. Inhaltsverzeichnis) im Vergleich zur Voraufgabe leicht, im Vergleich etwa zur 21. Auflage (2536 Seiten zzgl. Inhaltsverzeichnis) deutlich angewachsen. Der Aufbau ist unverändert geblieben und orientiert sich in vier Hauptteilen an den notarspezifischen Themenbereichen „Notariatsverfassung“, „Notarverfahrensrecht“, „Rechtsgeschäfte aus dem Bürgerlichen Recht“ und „Rechtsgeschäftliche Beurkundungen aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht“, wobei die Rechtsgeschäfte aus dem Bürgerlichen Recht den größten Raum einnehmen. Diese wiederum sind untergliedert in Abschnitte, die sich an den fünf Büchern des BGB orientieren, ergänzt um einen eigenen Abschnitt zu Sicherungsgeschäften. Durch den logischen und leicht verständlichen Aufbau können sich auch Neulinge gut mit dem Werk zurechtfinden.

Inhaltlich wurde die Neuauflage erforderlich insbesondere im Hinblick auf das am 1.8.2013 in Kraft getretene GNotKG. Die bewährte Mischung aus Erläuterungen und Mustertexten ist beibehalten worden. Wie bereits in den Voraufgaben finden sich im Anschluss an die Muster auch Hinweise zu Gerichts- und Notarkosten, und zwar sowohl nach der KostO als auch nach dem GNotKG. Dies ist insbesondere für Praktiker, die mit der KostO gearbeitet haben, eine wertvolle Arbeitshilfe, um sich auch mit dem GNotKG zurechtzufinden. Auch Unterschiede zwischen „alter“ KostO und „neuem“ GNotKG werden durch die Gegenüberstellung besonders gut verdeutlicht (zum Beispiel bei der Bewertung einer Vollmacht, vgl. § 24, und dort insbesondere Rdnr. 119 M zur General- und Vorsorgevollmacht; das Muster hätte allerdings im Bereich der persönlichen Angelegenheiten an die Neufassung des § 1906 Abs. 3 BGB und die damit einhergegangene Regelung der ärztlichen Zwangsmaßnahmen angepasst werden können). An manchen Stellen ist eine Umstellung von KostO auf GNotKG (bzw. JVKostG) leider unterblieben (zum Beispiel bei der Verwahrung einer Verfügung von Todes wegen: 1/4 Gebühr

nach § 101 KostO aus dem Wert des Reinvermögens, § 98 Rdnr. 11; bei der Erteilung einer Zwischenbeglaubigung oder Apostille durch den Landgerichtspräsidenten: 1/4 Gebühr nach der JVKostO i. V. m. § 45 KostO).

Berücksichtigung gefunden hat in der Neubearbeitung ferner die EU-Erbrechtsverordnung vom 4.7.2012 (Nr. 650/2012), welche im Wesentlichen zum 17.8.2015 in Kraft treten wird. Diese wird in § 120 (Auslandsbezug im Erbrecht) behandelt, insgesamt und in Anbetracht der großen praktischen Bedeutung jedoch vergleichsweise knapp. Aufgenommen worden sind für die Praxis durchaus brauchbare Muster einer Rechtswahl nach Art. 22 ErbRVO (Rechtswahl über das anzuwendende Recht) und nach Art. 25 ErbRVO (Rechtswahl über die Form des Erbvertrages).

Im Übrigen zeichnet sich das Werk auch in der Neuauflage wiederum durch seine beeindruckende Vielfalt aus. Nahezu für alle Situationen der notariellen Praxis – alltägliche und nicht ganz alltägliche (zum Beispiel Erläuterungen zu Prioritätsfeststellungen und Wechsel- und Scheckprotest) – finden sich Hinweise und Muster. Dies ist einer der Gründe für die große Beliebtheit des Werkes, gerade in der notariellen Praxis.

Sehr positiv hervorzuheben ist auch die Verknüpfung des gedruckten Werkes mit einer möglichen digitalen Nutzung. So ist nach einer (persönliche Daten des Nutzers erfordernden) Registrierung die Nutzung des Werkes auch online möglich. Auf diese Weise können Muster etc. vom Anwender ohne großen Aufwand übernommen werden. Die Formulare und Muster sind darüber hinaus auch auf einer CD enthalten, die dem Werk beigelegt ist.

Fazit: Der *Kersten/Bühling* ist ein umfassendes Standardwerk, das wegen seiner Vielschichtigkeit in keiner Praktikerbibliothek fehlen sollte. Der mit 299 € recht hohe Anschaffungspreis wird relativiert durch das (nahezu) umfassende Spektrum, das durch das Werk abgedeckt wird, und lässt sich im Hinblick darauf, dass Neuauflagen in der Regel alle drei bis vier Jahre erscheinen, durchaus verkraften.

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

### **Brah: Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar. Peter Lang, 2013. 142 S., 29,95 €**

Die Göttinger Dissertation von *Bärbel Brah* zur „Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar“ behandelt eine Thematik, mit der ein Notar immer wieder konfrontiert wird. Die in § 28 BeurkG normierte Amtspflicht des Notars, seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift zu vermerken, dürfte bei so manchem Kollegen Unbehagen hervorrufen, fühlt er sich doch gedrängt, das für ihn sichere Terrain des Rechts zu verlassen und die unbekannteren Gefilde der Medizin und Psychologie zu betreten. Das Unbehagen wird dadurch verstärkt, dass es kaum praktische Handreichungen gibt, die dem Notar als Orientierung dienen könnten.

Die vorliegende Monographie vermag hier eine Lücke zu schließen, da sie sich – für eine Dissertation ungewöhnlich – sehr praxisorientiert den im Zusammenhang mit § 28 BeurkG auftretenden Fragestellungen widmet. Im einleitenden ersten Teil formuliert *Brah* als Ziel der Arbeit, „einen Fragebogen für die Praxis der Notare zu entwickeln, mit dessen Hilfe der Notar die Testierunfähigkeit prüfen und die nach § 28 BeurkG zu vermerkenden Wahrnehmungen urkundlich niederlegen kann“ (S. 17). Sodann erörtert sie im zweiten Teil die Prüfungs- und Dokumentationspflichten des Notars, wobei sie unter dieser Überschrift mitunter etwas unstrukturiert auf eine Vielzahl von Einzelproblemen eingeht. Dabei lässt sie sich augenscheinlich von dem Bemühen um möglichst vollständige Darstellung der sich im Rahmen der §§ 28, 11 BeurkG stellenden Fragen leiten. Unter anderem erörtert sie, ob Un-

terschiede zwischen der „natürlichen“ Geschäfts- und Testierfähigkeit bestehen, und verneint dies im Ergebnis (S. 30). Im dritten Teil geht sie auf die Bedeutung der Feststellungen des Notars zur Testierunfähigkeit im gerichtlichen Verfahren ein. Dabei stellt sie zutreffend den hohen Beweiswert der in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Vermerke sowohl im Zivilprozess als auch im Erbscheinverfahren heraus. Im vierten Teil erörtert *Brah* die Reichweite der Ablehnungspflicht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, wobei sie diese im Einklang mit der herrschenden Literaturansicht nur in Ausnahmefällen durchgreifen lassen will. Allerdings hält sie es nicht für überzeugend, dies mit einer andernfalls vorliegenden Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Testierfreiheit durch den Notar oder mit dem Drohen irreparabler Schäden im Falle der Nichtbeurkundung des Testaments zu begründen. Vielmehr erachtet sie § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG als Ausfluss des Integritätsgebots, das dem Notar auferlege, nicht das Vertrauen in seine objektive und unabhängige Tätigkeit zu missbrauchen, indem er entgegen seiner Überzeugung eine unwirksame Erklärung beurkundet. Im fünften und letzten Teil der Arbeit entwirft die Autorin schließlich eine Kurzanleitung, mit deren Hilfe der Notar Feststellungen über die Testierfähigkeit treffen soll. Die Anleitung zielt darauf ab, in einer für den medizinischen Laien durchführbaren Weise psychopathologische Symptome zu erfassen, die eine Einschränkung der Testierfähigkeit indizieren. Deren Dokumentation soll nach der Vorstellung der Autorin ein Sachverständiger in einem späteren Gerichtsverfahren als Anknüpfungstatsache bei der Einschätzung der Testierfähigkeit heranziehen können.

Besondere Beachtung verdienen die auf die notarielle Praxis gemünzten Ausführungen der Autorin. So weist sie zutreffend darauf hin, dass der Notar nach § 28 BeurkG keine rechtliche Bewertung, ob der Testator testierunfähig ist, treffen soll. Vielmehr habe er seine Wahrnehmungen über die Geschäfts- und Testierfähigkeit in der Urkunde zu vermerken. Dementsprechend lehnt sie die häufig anzutreffende Formulierung, dass der Notar sich aufgrund der geführten Unterredung von der erforderlichen Geschäfts- und Testierfähigkeit überzeugt habe, ab und hält diese Feststellung im Übrigen im Hinblick auf das Grundrecht des Erblassers auf informationelle Selbstbestimmung für rechtlich unzulässig (S. 46). In der Tat erscheint es in den einschlägigen Fällen vorzugswürdig zu dokumentieren, dass sich keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erschienenen ergeben haben (vgl. S. 48 f., erstaunlicherweise anders aber S. 101). Damit wird auch das von der Autorin herausgestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis deutlich, demzufolge auch der Notar grundsätzlich von der Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erschienenen ausgehen darf (S. 47).

Bemerkenswert ist des Weiteren der Hinweis der Autorin, dass es im Hinblick auf die Grundrechte des Betroffenen bedenklich ist, die Testierfähigkeit „heimlich“ zu prüfen und zu dokumentieren (S. 43 f.). Damit wendet sie sich überzeugend gegen den Vorschlag, die Feststellungen des Notars in eine gesonderte Niederschrift nach §§ 36, 37 BeurkG aufzunehmen und diese nicht zu verlesen. Ihr Vorschlag, die Fest-

stellungen des Notars über die Testierfähigkeit in eine „zu verlesende Tatsachenbescheinigung“ aufzunehmen (S. 115), um die Testamentsurkunde nicht zu überfrachten, wirkt hingegen unausgegoren, zumal ausführliche Feststellungen zur Testierfähigkeit in eine zu verlesende Anlage (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG) ausgelagert werden könnten.

Weitere beachtliche Überlegungen trägt die Autorin zu der Frage vor, ob den Notar eine Prüfungspflicht hinsichtlich der Testierfähigkeit trifft. Sie nimmt an, dass §§ 11, 28 BeurkG keine Prüfungs-, sondern lediglich Dokumentationspflichten des Notars normieren. Eine Prüfungspflicht könne sich hingegen aus § 17 BeurkG ergeben, wobei eine Nachforschungspflicht nur bestehe, wenn sich dem Notar Anhaltspunkte für die Geschäfts- und Testierunfähigkeit aufdrängen. Leider verhält sich die Autorin in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich dazu, wie der Notar verfahren soll, wenn ausschließlich ein Ehepartner bei der Besprechung und Beurkundung eines gemeinschaftlichen Testaments das Wort führt. In der Beurkundungspraxis stellt sich mitunter die Frage, ob der Notar dem schweigend daneben sitzenden Ehegatten Gesprächsbeiträge entlocken muss, um zumindest eine offensichtliche Geschäftsunfähigkeit auszuschließen.

Zur vorgeschlagenen Kurzanleitung für den Notar sei schließlich bemerkt, dass sie auf der im Ansatz guten Idee fußt, die Beurkundung dazu zu nutzen, Beweismaterial für ein späteres Gerichtsverfahren zu sichern. Die Fragen dürften auch leichter in das Gespräch mit dem Testator integrierbar sein als etwa psychiatrische Kurztests. Überdies erscheinen die zu sammelnden Informationen geeignet, dem Sachverständigen bei einer späteren Begutachtung der Testierfähigkeit aussagekräftige Anknüpfungstatsachen zu bieten. Gleichwohl ist die Anleitung im Detail kritisch zu sehen. So bieten beispielsweise die vorgeschlagenen Fragen zu den Motiven der Testamentserrichtung eine unerwünschte Angriffsfläche für eine spätere Testamentsanfechtung (§ 2078 BGB). Jedenfalls erscheint es vorzugswürdig, vom Testator in Zweifelsfällen zu Lebzeiten die Beibringung eines fachärztlichen Gutachtens zu erbitten. Denn der Jurist kann sich das Fach- und Erfahrungswissen für die Bewertung der Testierfähigkeit nicht einfach anlesen, wie sich auch bei der Autorin im Hinblick auf kleinere Ungenauigkeiten bei den Ausführungen zu den für die Testierfähigkeit relevanten psychopathologischen Symptomen (S. 105 ff.) zeigt.

Insgesamt handelt es sich um eine interessante und praxisnahe Abhandlung zu den Problemen rund um § 28 BeurkG, die dem an der Materie interessierten Notar guten Gewissens zur Lektüre empfohlen werden kann. Zudem bieten die Thesen der Autorin eine gute Basis für weitere wissenschaftliche Überlegungen zum behandelten Themenkomplex, gerade auch weil sie mitunter streitbar sind. So bleibt zu wünschen, dass die Forschung nicht nur diese Arbeit, sondern das Thema der Testierfähigkeit insgesamt im Blick behält, es zum Gegenstand auch interdisziplinärer Untersuchungen macht und dem Notar praktische Hilfestellung auf diesem schwierigen Terrain bietet.

Notarasessor Dipl.-Psych. Dr. *Michael Brockmann*, LL.M.,  
München

## Bengel/Reimann: Handbuch der Testamentsvollstreckung. 5. Aufl., Beck, 2013. 864 S., 109 €

Das auf die bayerischen Notare und Honorarprofessoren *Bengel* und *Reimann* zurückgehende Werk, welche als Autoren auch der 5. Auflage treu geblieben sind, hat sich mittlerweile als das grundlegende Werk zur Testamentsvollstreckung herauskristallisiert. Auch wenn es nach wie vor unter der Rubrik eines Handbuches erscheint, so werden in vorzüglicher Weise sämtliche Schnittstellen der Testamentsvollstreckung zu anderen Rechtsgebieten – auch zu entlegenen wie zum Urheberrecht (V Rdnr. 402 ff.), zu Auswirkungen der Testamentsvollstreckung auf die Gütergemeinschaft (V Rdnr. 449) und den Zugewinnausgleich (V Rdnr. 450 ff.) sowie zum Schiedsverfahren (V Rdnr. 481 ff.) –, was die wenigen Paragraphen im BGB über die Testamentsvollstreckung zunächst nicht vermuten lassen, aufgezeigt. Zugleich gehen damit entsprechende Gestaltungsempfehlungen und Formulierungshilfen nicht nur für den Kautelarjuristen, sondern zum Beispiel auch für das Nachlassgericht (zum Beispiel II Rdnr. 153) und das Handelsregister (zum Beispiel V Rdnr. 122) sowie im Rahmen der Durchführung der Testamentsvollstreckung (II Rdnr. 163, III Rdnr. 238) bis hin zu Klageanträgen (zum Beispiel III Rdnr. 11) – jederzeit auffindbar über ein eigenes Verzeichnis – einher. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang das aktuell viel diskutierte Verhältnis von postmortaler Vollmacht (zuletzt anerkannt durch OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, ZEV 2012, 376) und Testamentsvollstreckung, wengleich natürlich die zuletzt hierzu, in konsequenter Fortentwicklung der Ausgangsentscheidung ergangenen Entscheidungen, etwa die Wirksamkeit einer postmortalen Löschungsvollmacht trotz Testamentsvollstreckung (OLG München, Beschluss vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12, MittBayNot 2013, 230), naturgemäß nicht mehr berücksichtigt werden konnten. Zu beachten ist für die Frage des Erlöschens und der Widerrufsmöglichkeit immer auch das Grundverhältnis (I Rdnr. 43); zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten sollte der Vertragsgestalter mit der entsprechenden Formulierung Vorsorge treffen. Der Vorteil des Gebrauchmachens einer unbeschränkten Vollmacht liegt eben darin, dass gerade etwaige Beschränkungen aus angeordneter Nacherbfolge oder Testamentsvollstreckung entfallen und bei minderjährigen Erben weder die Zustimmung eines Vormundes noch eine familiengerichtliche Genehmigung notwendig ist (I Rdnr. 49 f.).

Relativ breiten Raum nimmt entsprechend der praktischen Anwendung auch die Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht ein, die an mehreren Stellen von unterschiedlichen Bearbeitern in den Blick genommen wird. Ausgehend von der Erörterung der dogmatischen Grundlagen, inwiefern die Testamentsvollstreckung, die das Handeln des Testamentsvollstreckers auf die Haftung mit dem Nachlassvermögen beschränkt, überhaupt mit den Grundgedanken des Handels- und Gesellschaftsrechts vereinbar ist – die Ausführungen hierzu reichen wie im Übrigen auch an anderen Stellen und Problemkreisen weit über das normale Anforderungsprofil eines Handbuches hinaus – werden jeweils konkrete Gestaltungsempfehlungen einschließlich entsprechender Formulierungsvorschläge für den Vertragsgestalter geboten. So wird etwa die Handlungsempfehlung für den Erblasser gegeben, die Testamentsvollstreckung so auszugestalten, dass ihm auch die Umstrukturierung eines Unternehmens in eine andere Rechtsform, vornehmlich die einer Kapitalgesellschaft (V Rdnr. 143), ermöglicht wird, an deren Beteiligung die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung seit jeher außer Frage steht, oder als interessante Alternative, die Testamentsvollstreckung nur

als sog. beaufsichtigende Testamentsvollstreckung auszugestalten (V Rdnr. 147, 160 ff.). Nachdem die Testamentsvollstreckung für den Bereich der Personengesellschaften nach wie vor kontrovers diskutiert wird, empfiehlt es sich, im Gesellschaftsvertrag Stellung zur Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung zu nehmen (II Rdnr. 29 ff., V Rdnr. 159, V Rdnr. 169). Wohl berechtigte Kritik (II Rdnr. 274a, V Rdnr. 261) erfährt die Rechtsprechung (OLG München, Beschluss vom 15.11.11, 31 Wx 274/11, MittBayNot 2012, 153), die die Aufnahme einer Verfügungsbeschränkung durch Testamentsvollstreckung in die Gesellschafterliste ablehnt; bei einer derart restriktiven Handhabung bzw. Gesetzesauslegung wäre der Gesetzgeber damit ähnlich wie bei § 899a BGB auf halbem Wege stehengeblieben.

Auch wenn dem Steuerrecht ein eigenes Kapitel gewidmet ist, so finden sich immer wieder an anderer passender Stelle Verzahnungen zum Steuerrecht, so etwa zur Frage, inwiefern bei der Unternehmensnachfolge durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung eine Betriebsaufspaltung gefährdet ist bzw. umgekehrt eine solche entstehen kann (V Rdnr. 232 ff.), oder zum Verlust der AfA-Befugnis beim Vermächtnisnießbrauch (V Rdnr. 366).

Ausführlich erörtert ist das Gestaltungsmittel der Testamentsvollstreckung im Rahmen des mittlerweile höchstrichterlich anerkannten Behindertentestaments (V Rdnr. 418 ff.), zur Sicherung des Nachlasses vor dem Gläubigerzugriff (V Rdnr. 486 ff., insbesondere Rdnr. 545 mit Formulierungsvorschlag in V Rdnr. 445) und zur Errichtung einer Stiftung posthum (V Rdnr. 295 ff.).

In einem eigenen Kapitel widmen sich *Haas/Sieghörtner* der internationalen Testamentsvollstreckung und behandeln die schwierigen allgemeinen Statutfragen für die Testamentsvollstreckung, geben einen detaillierten Länderbericht für einzelne Länder, welcher eine wahre Fundgrube für Fragen des internationalen Privatrechts in diesem Bereich darstellt, und schließen mit einer Checkliste und einem Formulierungsvorschlag für eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB, welche im Regelfall nun nach der EU-Erbrechtsverordnung auch für den normalen Testamentsfall angezeigt ist, um sicherzustellen, dass für einen deutschen Staatsbürger unabhängig von seinem letzten Wohnsitz deutsches Erbrecht gilt.

Das Vorstehende soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Werk auch für den normalen Gestaltungsfall, etwa für Fragen der Testamentsvollstreckung im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrages, ein exzellenter Ratgeber ist. So kann man sich der Empfehlung (III Rdnr. 15) nur dahingehend anschließen, dass im Zweifel die Zahlung des Kaufpreises über ein, im Übrigen in der Vergangenheit stark in der Kritik stehendes, Notaranderkonto erfolgen soll, um sicherzustellen, dass die Auskehrung an die Verkäuferseite erst erfolgt, wenn der Rechtserwerb zugunsten des Käufers sich vollendet hat, da die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, gleich ob dieser für den Verkäufer handelt oder für einen etwa beteiligten Nacherben, zu diesem Zeitpunkt noch gegeben sein muss; da also § 878 BGB hierfür nicht gilt, könnte die Feststellung in V. Rdnr. 26 missverständlich sein, nämlich, dass es genüge, von der Urschrift oder Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses eine beglaubigte Abschrift zur notariellen Niederschrift zu nehmen. Beim Verkauf nach Aufteilung in Wohnungseigentum ist zu beachten, dass das entstandene Vorkaufsrecht des § 577 BGB als höchstpersönliches Recht nicht dem Testamentsvollstrecker zusteht, sondern dem Erben, so dass der mit dem Dritten geschlossene Kaufvertrag nicht dem Testamentsvollstrecker, sondern dem Erben anzuzeigen ist (V Rdnr. 107).

Im Übrigen ist dieses Handbuch nicht nur für den Vertragsgestalter relevant, sondern für sämtliche, die mit Fragen der Testamentsvollstreckung konfrontiert sind, vornehmlich auch für den Testamentsvollstrecker selbst, der Rechnungslegungsvorschriften und Sorgfaltspflichten zu beachten hat, um nicht in die eigene Haftung zu geraten. So werden beispielsweise in der Praxis die oft wenig bekannten Unterschiede zwischen einem Nachlassverzeichnis und einem Inventarverzeichnis herausgearbeitet (III Rdnr. 55 ff.).

In der Praxis von erheblicher Bedeutung ist neben der Problematik des § 181 BGB (II Rdnr. 56 ff.) – sofern dem Testamentsvollstrecker keine Befreiung erteilt wurde – ferner das gesetzliche Schenkungsverbot für den Testamentsvollstrecker, das oft an verdeckter Stelle (zum Beispiel V Rdnr. 80: Löschung eines Grundpfandrechtes; V Rdnr. 246: Mitwirkung an einem Gesellschafterbeschluss, wenn dadurch Rechte des Gesellschaftererben verkürzt werden) zu Tage tritt, aber zur Nichtigkeit des Handels des Testamentsvollstreckers führt (§ 134 BGB) und auch der Prüfungspflicht des Grundbuchamtes unter dem Gesichtspunkt der Verfügungsbefugnis unterliegt (OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.3.2011, 20 W 66/11, ZEV 2012, 325; OLG München, Beschluss vom 6.12.2011, 34 Wx 403/11, ZEV 2012, 328). Um hier die Wirksamkeit vor Rechtsgeschäften einerseits sicherzustellen und sich andererseits im Hinblick auf etwaige Haftungsrisiken abzusichern, empfiehlt es sich, dafür auch immer die Zustimmung der hiervon Betroffenen einzuholen, vor allem auch in dem Falle, dass ein Miterbe im Rahmen der Auseinandersetzung wertmäßig mehr als seine Erbquote erhält (I Rdnr. 129, III Rdnr. 254). Ferner ist sicherzustellen, dass der Gegenwert in den Nachlass gelangt (I Rdnr. 117).

Selbstverständlich sind in der neuen Auflage die neuere Gesetzgebung wie etwa die Novellierung des Erbschaftsteuergesetzes, die Änderung des § 2306 BGB (zum Beispiel II Rdnr. 24 f.), die Reform des Erb- und Verjährungsrechts sowie das MoMiG berücksichtigt, wobei die Schnellebigkeit

unserer Zeit sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung den Autoren schon wieder den Boden bereitet hat für eine Neuauflage, angesichts des GNotKG, das leider nicht mehr berücksichtigt werden konnte, und schon wieder zahlreicher Entscheidungen zum Bereich der Testamentsvollstreckung (zum Beispiel OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.7.2013, 8 W 173+279/12, MittBayNot 2013, 489, zur Berechtigung des Miterben zur Grundbuchberichtigung trotz Testamentsvollstreckung – dieses Ergebnis wird in III Rdnr. 90 bereits vorweggenommen, relativierend in III Rdnr. 5; OLG München, Beschluss vom 25.2.2013, 34 Wx 30/13, ZEV 2013, 620, zur Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers zur Entgegennahme der Auflassung durch den Erben im Rahmen der Vermächtniserfüllung; vgl. hierzu auch Anmerkung von *Reimann* in MittBayNot 2013, 394; OLG Bremen, Beschluss vom 24.1.2013, 3 W 26/12, ZEV 2013, 335, zur Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltungsvollstreckung nach § 2209 Satz 1 Hs. 1 BGB; die in XI Rdnr. 27 vertretene Auffassung, dass der Urkundsnotar sich nicht selbst zum Testamentsvollstrecker bestimmen kann, wurde mittlerweile vom BGH, Beschluss vom 10.10.2012, IV ZB 14/12, ZEV 2012, 657, unter Hinweis auf einen Verstoß gegen § 7 Nr. 1 BeurkG bestätigt). Erfrischend beim Durchlesen des Buches war für mich, dass die Autoren untereinander in kenntlich gemachter Weise einen teilweise unterschiedlichen Standpunkt eingenommen haben (so zum Beispiel I Rdnr. 3, 8, II Rdnr. 80), was den juristischen Diskurs fördert.

Marginalien, die dem Rezensenten aufgefallen sind (II Rdnr. 198 – Unvollständigkeit eines Satzes; fehlender Nachweis in II Rdnr. 135 für die Feststellung in Satz 2), schmälern selbstverständlich in keinsten Weise dieses glänzende Werk. Somit kann es nahezu jedem, der mit der Testamentsvollstreckung in Berührung kommt, ans Herz gelegt werden.

Notar Dr. Georg Westermeier, München

**Walz (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch-Englisch. 3. Aufl., Beck, 2014. 1517 S. + CD-ROM, 149 €**

1. Das Werk erscheint nun bereits in der 3. Auflage. Das bewährte Konzept wurde beibehalten. Das Buch richtet sich primär an Notare, Rechtsanwälte und Unternehmensjuristen, die Verträge und andere Dokumente in englischer Sprache vorzubereiten haben. Das Buch beinhaltet circa 200 deutsch-englische Formularmuster für alle wesentlichen Rechtsgebiete des Zivil- und Wirtschaftsrechts, angefangen vom allgemeinen Teil des BGB über das allgemeine Schuldrecht, das Arbeitsrecht, das Erb- und Familienrecht bis hin zum Handels- und Gesellschaftsrecht. Aber auch für das Vertriebsrecht, das IT-Recht und den Gewerblichen Rechtsschutz findet man Mustervorschläge. In der Neuauflage sind überdies zahlreiche neue Muster hinzugekommen, beispielsweise für Handelsregisteranmeldungen oder Immobilienleasing- oder Wohnraummietverträge. Zudem wurde das Werk generell überarbeitet und auf den aktuellen Rechtsstand von September 2013 gebracht.

2. Die Vertragsmuster basieren ausschließlich auf deutschem Recht. Lediglich in einem einleitenden Abschnitt wer-

den auch wichtige Vertragsklauseln des anglo-amerikanischen Rechts erläutert. Besonders im Handels- und Gesellschaftsrecht werden englische Vertragsmuster immer wichtiger, entweder, weil der Vertrag für die rein englischsprachigen Mandanten ohnehin gänzlich in Englisch formuliert sein soll/muss oder, weil neben der vorrangigen deutschen Fassung, immer häufiger auch eine sog. „convenience-Fassung“ gewünscht wird, damit der deutsche Text für einen rein Englisch sprechenden Dritten nicht extra übersetzt zu werden braucht. Letzteres ist vor allem bei Vollmachten oder Handelsregisteranmeldungen fast schon tägliche Praxis. Interessant sind hierzu auch die allgemeinen Ausführungen in diesem Formularbuch: *Walz* empfiehlt zu Recht, dass in solchen Verträgen stets klargestellt werden sollte, welchem Recht der jeweilige Vertrag unterliegt sowie nach welchem Verständnis die englische Sprachfassung ausgelegt werden (bei einsprachigen Texten) bzw. welche Fassung Vorrang haben soll (bei zweisprachigen Texten). Viele sind sich nämlich nicht im Klaren, dass es für viele deutsche Fachbegriffe keine eindeutige englische Übersetzung gibt und es damit zu Verständnis- bzw. Auslegungsproblemen kommen kann. *Walz* will dieses Problem durch eine dem jeweiligen Vertrag angefügte Wortliste lösen (mit dem Zusatz, dass, sollte die Bedeutung eines englischen Begriffs der Wortliste oder eines englischen Begriffs im



Text von dem entsprechenden deutschen Begriff abweichen, der deutsche Begriff Vorrang haben soll). Für die Verwendung dieses Formularbuchs sowie die Formulierung eigener englischer Texte ist eine Wortliste sehr hilfreich und sollte auch in künftigen Auflagen beibehalten werden. In der Praxis hat sich dagegen wohl durchgesetzt, den deutschen Fachbegriff stets in Klammern hinter das jeweilige englische Wort zu setzen. Lobenswerterweise haben die Autoren dieses Formularbuchs stets versucht, für sämtliche Fachbegriffe zunächst eine eindeutige englische Übersetzung zu finden, und nicht, wie in anderen Formularbüchern, der Einfachheit halber lediglich stets den deutschen Begriff verwendet. Die meisten englischen Übersetzungen, wie beispielsweise für Vormerkung („priority notice“), Teilungserklärung („declaration of condominium“) oder Grunderwerbsteuer („real property transfer tax“) sind gelungen. Erst wenn die Autoren keine eindeutige Übersetzung gefunden haben, wurden die englischen Begriffe in der jeweiligen Wortliste näher erläutert. Richtigerweise wurden auch Fachtermini wie OHG/KG o. ä. in die Wortliste aufgenommen, weil die bloße englische Übersetzung mit „general/limited partnership“ nicht gleichbedeutend mit der deutschen Fassung und damit nicht ausreichend ist. Nur selten wurde auf eine Übersetzung ganz verzichtet. So kann man beispielsweise in Verträgen häufig den Begriff „procuraholder“ lesen. In diesem Formularbuch wird dagegen durchgehend der deutsche Begriff „prokurist“ verwendet, da es einen Prokuristen oder eine annähernd vergleichbare Stellung im englischen Recht gar nicht gibt und der deutsche Terminus damit auch nicht übersetzt werden kann; die Bedeutung des Begriffs wird dann in der jeweiligen Wortliste näher erklärt (im Falle des Prokuristen: „agent with a special form of a general power of attorney under german law“). Eine Übersetzung sollte in solchen Fällen zu Recht erst gar nicht versucht werden.

Sollten ausnahmsweise beide Sprachfassungen gleichrangige Geltung haben – was in der Praxis selten der Fall sein wird –, müssen, darauf weist Walz ausdrücklich hin, beide Sprachfassungen vorgelesen werden. In diesem Fall müssten die Vertragsbeteiligten auch beide Sprachfassungen verstehen. Eine Klarstellung, welche Sprachfassung bei einer Auslegung Vor-

rang haben soll, ist auch in diesen Fällen anzuraten, aber rechtlich nicht vorgeschrieben. Davon zu unterscheiden ist schließlich der Fall der reinen Übersetzung, bei der lediglich die Übersetzung vorgelesen wird, die deutsche Fassung jedoch entscheidend sein soll (vgl. § 16 Abs. 2 BeurkG). Ist am Vertrag auch eine Person beteiligt, die die deutsche Sprache versteht, muss der Vertrag auf deutsch vorgelesen und sodann übersetzt werden.

3. Das breite Spektrum an Vertragsmustern bei begrenzter Seitenzahl hat logischerweise zur Folge, dass man in einigen Teilbereichen gängige alternative Formulierungsvorschläge vermisst. So werden zum Beispiel im Bereich Familienrecht lediglich zwei Vertragsentwürfe für Ehe- und zwei Entwürfe für Scheidungsvereinbarungen angeboten. Hier würde man sich mehrere verschiedene Varianten gängiger Muster (zum Beispiel bei Vereinbarungen zum Unterhalt oder zum Versorgungsausgleich) wünschen. Die allgemeinen Ausführungen über ausländische Güterstände und das internationale IPR auf diesem Gebiet hätte man dafür kürzer fassen können. Hier hätte eine Verweisung auf *Hertels* eigene hervorragende Ausführungen im Würzburger Notarhandbuch genügt. Entsprechendes gilt für den Themenbereich Erbrecht. Sinnvoll sind dagegen die Ausführungen zur Frage der Anerkennung der Testamentsform. Dies ist deshalb so wichtig, weil leider einige Staaten die Ortsform nicht anerkennen (zum Beispiel verlangen die US-Bundesstaaten Georgia, North Carolina und Texas die Hinzuziehung zweier Zeugen, wenn dortige Grundstücke vererbt/vermacht werden sollen).

4. Das Buch ist und bleibt ein Standardwerk bei der Formulierung englischer bzw. deutsch-englischer Vertragsmuster. Jeder Unternehmensjurist, Anwalt oder Notar, der mit englischsprachigen Texten in Berührung kommt, sollte dieses Werk in seinem Handapparat haben. Für am Handels- und Gesellschaftsrecht Interessierte empfiehlt sich die Neuanschaffung insbesondere wegen der zahlreichen neuen Muster in diesen Rechtsgebieten.

Notarassessor Dr. *Holger M. Sagmeister*, LL.M. (Yale),  
München

### **Böttcher/Faßbender/Waldhoff: Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis. Beck, 2014. 431 S. + CD-ROM, 119 €**

Die Energiewende ist – unabhängig von der politischen Sichtweise – ein technisches, wirtschaftliches und gesellschaftliches Großprojekt. Neben dem Atomausstieg verfolgt die deutsche Energiepolitik mit der Dekarbonisierung des Energiesystems ein ehrgeiziges Ziel, mit dem sich der beratende und vertragsgestaltende Notar in vielfältiger Weise auseinandersetzen hat. Neben der in manchen Gegenden Deutschlands allgegenwärtigen Fotovoltaikanlage – das EEG lässt grüßen – begegnen uns im notariellen Arbeitsalltag durchaus auch speziellere Themen wie Windkraft und Wärmecontracting.

In der „blauen Reihe“ zur Notar- und Gestaltungspraxis präsentieren die Herausgeber nun ein Hand- und Formularbuch, das diesen Bereich der erneuerbaren Energien in kompakter und zugleich erstaunlich tiefgehender Weise abdeckt. Das Werk ist in vier Teile gegliedert: Teil 1 führt in einer kurzen Einleitung in die Thematik und deren energiepolitischen

Hintergrund ein. Der zweite Teil behandelt zivil- und steuerrechtliche Aspekte von Fotovoltaikanlagen, Windkraftanlagen (onshore und offshore), Biogasanlagen und Contracting. Teil 3 beleuchtet die für die Vertragsgestaltung gerade größerer Vorhaben nicht minder wichtigen öffentlichrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Planung und Genehmigung der Anlagen, wiederum gegliedert nach den einzelnen Anlagentypen. Während die Teile 2 und 3 keine vollständigen Muster, sondern zum jeweiligen Sachzusammenhang gehörige Formulierungsvorschläge für einzelne Vertragsklauseln enthalten, bietet Teil 4 vollständige (Vertrags-)Muster für in der Praxis besonders relevante Konstellationen, beispielsweise Nutzungsverträge oder Dienstbarkeiten für Fotovoltaikanlagen oder einen Wärmeliefervertrag mit Nutzungs- und Gestattungsvereinbarung.

Die Herausgeber schließen mit dem vorliegenden Buch eine wesentliche Lücke in der Literatur: Die Vertragsgestaltung bei erneuerbaren Energien wird in den bislang erhältlichen Vertragshandbüchern eher am Rande behandelt. Das Hand- und Formularbuch von *Böttcher, Faßbender* und *Waldhoff* bietet erstmals eine umfassende Darstellung der juristischen Fragen

der Planung, Errichtung, Finanzierung, des Betriebs und der Besteuerung sämtlicher praktisch relevanter Anlagentypen. Neben der außerordentlich hohen inhaltlichen Qualität liegt die große Stärke des Buches in der ganzheitlichen Kombination von zivil- und steuerrechtlichen ebenso wie öffentlich-rechtlichen Erläuterungen. Die einzelnen Kapitel sind anlagenspezifisch, so dass sich der Berater/Vertragsgestalter schnell und umfassend zu dem für ihn relevanten Anlagentyp informieren kann. Dabei werden alle aus Praktikersicht wesentlichen Aspekte erläutert: Angefangen bei Fragen des EEG, insbesondere zu Einspeisevergütung, über schuldrechtliche und grundbuchrechtliche Fragen (u. a. Nutzungsvereinbarungen, Finanzierung und Besicherung) bis hin zu steuerrechtlichen Aspekten bieten die Autoren einen hervorragenden Überblick zur Thematik. Gerade der öffentlichrechtliche Teil bietet aus notarieller Sicht einen guten Überblick, der die fundierte Begleitung auch größerer Projekte ermöglicht. Für den „normalen“ Notar sind dabei die Kapitel zu Fotovoltaik- und Biogasanlagen, zum Teil auch das Contracting von besonderem Interesse. Doch auch spezielle Themen wie

Offshore-Windenergieanlagen werden mit einiger Detailtiefe behandelt.

Zahlreiche Querverweise aus dem Handbuch in den Muster-  
teil ermöglichen dabei die schnelle Umsetzung der abstrakten  
Informationen in den individuellen Vertrag. Leider finden sich  
in umgekehrter Richtung – von den Mustern in Teil 4 zu den  
Erläuterungen – keine Verweise. Wo also Fragen zu einzelnen  
Klauseln der Muster aufkommen, bleibt nur der Weg über  
Inhalts- und Stichwortverzeichnis (das freilich umfassend und  
übersichtlich geraten ist). Sämtliche Muster sind auf der bei-  
gefügten CD-ROM enthalten.

Das Werk gehört in jede Handbibliothek der in Fragen erneuerbarer Energien beratenden und vertragsgestaltenden Notare und Rechtsanwälte. Nicht nur aufgrund des Mangels an Konkurrenz wird es sich zweifellos zum Standardwerk entwickeln und kann zur Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. *Christian Fackelmann*, M.St. (Oxford),  
Bad Staffelstein

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

#### 1. GBO § 19; BGB § 876 (*Löschung des Erbbaurechts*)

**Ein Erbbaurecht kann ohne Zustimmung der Berechtigten dinglicher Nutzungsrechte am Erbbaurecht gelöscht werden, wenn diese Rechte inhaltlich identisch auch das Eigentum an dem Grundstück belasten und durch die Löschung des Erbbaurechts denselben Rang erhalten, den sie am Erbbaurecht innehatten.**

OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2013, I-15 W 172/13

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Richtig ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Grundbuchamtes, wonach für die Löschung eines Rechts an einem Grundstück gemäß § 19 GBO die Bewilligung aller hiervon Betroffenen erforderlich ist. Richtig ist weiter, dass ein Betroffensein im Sinne des § 19 GBO bereits dann vorliegt, wenn sich die beantragte Eintragung auch nur möglicherweise nachteilig auf die jeweilige Rechtsposition auswirkt. Richtig ist schließlich, dass die Bewilligungsnotwendigkeit sich auch aus einer sog. mittelbaren Betroffenheit ergeben kann, zu der auch der hier gegebene Fall der Belastung eines dinglichen Rechts (§ 876 BGB) gehört (vgl. *Bauerlv. Oefe/Kössinger*, GBO, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 259 ff.).

Der Senat teilt auch noch die Auffassung des Grundbuchamtes, dass diese Grundsätze auch für die Löschung sog. Buchrechte gelten, soweit hiermit gemeint ist, dass das Grundbuchamt im Rahmen des § 19 GBO keine wirtschaftlichen Vergleichsbetrachtungen anzustellen hat. Gleichwohl ist der Senat mit der ganz herrschenden Ansicht (vgl. neben den bereits von der Beschwerde angeführten Belegstellen *Kössinger*, a. a. O., Rdnr. 260; *Staudinger/Gursky*, § 876 Rdnr. 15; *BeckOK-GBO/Otto*, Stand 1.6.2013, Rdnr. 136) der Meinung, dass für die Löschung eines Erbbaurechts die Bewilligung der Inhaber von dinglichen Nutzungsrechten an dem Erbbaurecht nicht erforderlich ist, wenn diese mit identischen Rechten in derselben Rangfolge auch an dem Grundeigentum eingetragen sind und durch die Löschung des Erbbaurechts denselben Rang erhalten, den sie am Erbbaurecht innehatten. Dies gilt allerdings nur, wenn für das Grundbuchamt anhand der Grundbucheintragungen und der in Bezug genommenen Eintragungsgrundlagen feststellbar ist, dass die Rechte inhaltlich identisch sind. Eine wirtschaftliche Vergleichsbetrachtung findet auch hier nicht statt.

Maßgebend ist für den Senat dabei die Überlegung, dass der Inhalt der Rechte und ihr Gegenstand letztlich identisch sind. Das Erbbaurecht als Belastung des Eigentums verselbstständigt nämlich lediglich einen Teil der rechtlichen Befugnisse, die ursprünglich mit dem Eigentum verbunden sind. Ein dingliches Nutzungsrecht am Erbbaurecht kann danach weder andere noch weitergehende rechtliche Befugnisse verleihen als ein inhaltlich identisches Nutzungsrecht, das das Eigentum belastet. Da sich die Rechtsmacht, die durch die dinglichen Nutzungsrechte beschränkt wird, durch die Löschung des Erbbaurechts wieder im Eigentum vereinigt, kann in der vorgenannten Konstellation somit ausgeschlossen werden, dass die Löschung des Erbbaurechts und der hiermit einherge-

hende Wegfall der an ihm bestehenden dinglichen Nutzungsrechte die Nutzungsberechtigten nachteilig in ihrer Rechtsposition betrifft.

Die oben genannten Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die inhaltliche Identität der drei in Frage stehenden Grunddienstbarkeiten steht schon deshalb zweifelsfrei fest, weil diese durch jeweils dieselbe Erklärung sowohl am Eigentum wie auch am Erbbaurecht begründet und bewilligt worden sind.

Die Entscheidung ist rechtskräftig.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Rapp, MittBayNot 2014, 412 (in diesem Heft).

#### 2. BGB § 125 Satz 1, §§ 311b, 873 Abs. 1; ErbbauVO §§ 1, 11, 12; ZPO §§ 61, 447, 448, 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 (*Zur Sicherung von Grunddienstbarkeiten bei der Bestellung eines Erbbaurechts*)

- 1. Dem Grundstückseigentümer, der sich zur Bestellung eines Erbbaurechts verpflichtet, steht gegen einen Dienstbarkeitsberechtigten nur dann ein Anspruch auf Rangrücktritt zu, wenn bei fehlendem Ausschluss des Schadensersatzanspruchs im Erbbaurechtsvertrag eine Regelung mit dinglicher Wirkung erfolgt, wonach die im Range nach dem Erbbaurecht am Erbbaugrundstück eingetragenen Dienstbarkeiten, die auch am Erbbaurecht an erster Rangstelle eingetragen wurden, bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf Rang vor der Schadensersatzforderung haben. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Ein Golfplatz stellt als Ganzes ein Bauwerk dar und kann deshalb Gegenstand eines Erbbaurechts sein. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Hamm, Urteil vom 27.6.2013, I 22 U 165/12

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage von den Beklagten die Abgabe von Willenserklärungen im Zusammenhang mit einem am 3.6.1998 geschlossenen Erbbaurechtsvertrages. (...) Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in P, deren Unternehmensgegenstand der Bau und Betrieb von Golfplatzanlagen ist. Die Beklagte zu 1 ist eine am 24.9.1998 in das Handelsregister eingetragene GmbH & Co. KG mit Sitz in X.

(...)

Mit notarieller Urkunde vom 3.6.1998 (URNr. .../1998 des Notars Dr. ... in N) verpflichteten sich die seinerzeit in Gründung befindliche J GmbH & Co. KG, die seinerzeit ebenfalls in Gründung befindliche Beklagte zu 1 sowie Herr T2 gegenüber der Klägerin zur Bestellung eines Gesamterbbaurechts an in einem der Vertragsurkunde als Anlage beigefügten Lageplan markierten Grundstücksflächen, wobei die Klägerin berechtigt und verpflichtet sein sollte, auf den Erbbaugrundstücken eine Golfanlage zu errichten, zu halten und zu unterhalten. In § 2 der Vertragsurkunde vom 3.6.1998 war hierbei bedungen, dass das Gesamterbbaurecht mit seiner Eintragung im Grundbuch beginnen und für die Dauer von 40 Jahren ab dem Tage seines Beginns bestellt sein sollte, wobei der Klägerin das Recht vorbehalten bleiben sollte.

(...)

Eine Eintragung des Erbbaurechts in Erbbau- wie Eigentumsgrundbuch unterblieb in der Folgezeit. Entsprechende Eintragungsanträge

des Urkundsnotars vom 17.7.2009 wies das AG Lünen mit rechtskräftigem Beschluss zur Geschäfts-Nr. WE-8537-3 (GA I 30 f.) zurück, da verschiedene Eintragungshindernisse bestanden, unter anderem da mit Blick auf die zwingende Eintragung des Erbbaurechts an erster Rangstelle Rangrücktrittserklärungen der Berechtigten der im Grundbuch des AG Lünen von X Blatt ... 3 in Abt. II lfd. Nrn. 1, 3, 5 und 8 eingetragenen Belastungen nicht vorlagen.

(...)

Am 22.12.2011 beurkundete der Notar Dr. ... zu seiner URNr. .../2011 alsdann einen so bezeichneten „Ergänzungsvertrag zum Erbbaurechtsvertrag vom 3.6.1998 (URNr. .../1998) in Verbindung mit der Urkunde vom 16.7.1998 (URNr. .../1998) und der Urkunde vom 25.1.2008 (URNr. .../2008)“ zwischen der J GmbH & Co. KG, Herrn T und der Beklagten zu 1 einerseits, sämtlich vollmachtlos vertreten durch die Notariatssekretärin T3, sowie der Klägerin andererseits. (...) Hinsichtlich der in Abt. II lfd. Nrn. 3, 5 und 8 eingetragenen Belastungen enthält die Urkunde vom 22.12.2011 in Ziffer V. unter anderem folgende Vereinbarung zwischen der Beklagten zu 1 und der Klägerin:

„ (...)

Zwischen dem Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigten wird ausdrücklich vereinbart, dass der Heimfallanspruch nur unter folgenden Bedingungen ausgeübt werden kann:

Der jeweilige Eigentümer, auf den das Erbbaurecht beim Heimfall zu übertragen ist, hat den Berechtigten gemäß a), b) und c) unverzüglich nach Geltendmachung des Heimfallanspruchs die Neubestellung der derzeit im Grundbuch von X, Blatt ... 3, Abt. II, lfd. Nr. 3, 5 und 8 zu ihren Gunsten eingetragenen Dienstbarkeiten zulasten des Erbbaurechts an der bisherigen, also vor dem Heimfall geltenden Rangstelle anzubieten und gleichzeitig alle hierzu notwendigen Erklärungen, Bewilligungen und Anträge in der erforderlichen Form abzugeben, entgegenzunehmen und zu stellen, die zur Neueintragung dieser Dienstbarkeiten an der bisherigen Rangstelle erforderlich sind. Diese Erklärungen müssen den Berechtigten nach a), b) und c) in notariell beurkundeter Form abgegeben werden bzw. abgegeben sein. Eine Ausfertigung dieser Erklärung ist ihnen zu übergeben.

Der Eigentümer, auf den das Erbbaurecht beim Heimfall zu übertragen ist, hat den Dienstbarkeitsinhabern nach a), b) und c) die Rangrücktrittserklärungen aller Berechtigten aus den nach § 33 Abs. 1 ErbbauRG bestehenden bleibenden Rechten, insbesondere aller Grundpfandgläubiger, in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) vorzulegen. Dies gilt entsprechend und sinngemäß für alle weiteren, etwa zwischenzeitlich eingetragenen Rechte, insbesondere Hypotheken, Grund- und Rentenschulden oder Reallasten, die möglicherweise Rang vor diesen Dienstbarkeiten haben.

Da zur Berichtigung des Grundbuchs beim Heimfall des Erbbaurechts im Hinblick auf die Löschung der Dienstbarkeiten der Berechtigten nach a), b) und c) deren Berichtigungsbewilligung erforderlich ist, wird vereinbart:

Die Erbbauberechtigte kann die Abgabe der Berichtigungsbewilligung von Dienstbarkeitsberechtigten erst dann verlangen, wenn diesen die Bestellung ihrer Dienstbarkeiten an derselben Rangstelle, an der sie nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Vertrags einzutragen sind, formgerecht angeboten wurde, und alle zur Beschaffung dieser Rangstelle notwendigen Zustimmung- oder Rangrücktrittserklärungen Drittberechtigter in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) vorliegen.

Die Urschriften bzw. Ausfertigungen dieser Erklärungen müssen den Berechtigten dieser Dienstbarkeiten auflagenfrei ausgehändigt sein, ebenso etwaige Rangrücktrittserklärungen aller Berechtigten der nach § 33 ErbbauRG bestehenden bleibenden Rechte.

Der Entschädigungsanspruch gemäß § 27 ErbbauRG kann erst geltend gemacht werden, wenn der Grundstückseigentümer den Dienstbarkeitsberechtigten gemäß a), b) und c) dieselbe Rangstelle verschafft hat, die sie derzeit haben.

Der Eigentümer verpflichtet sich, den Rangrücktritt der Dienstbarkeiten hinter das Erbbaurecht herbeizuführen.

Die Erbbauberechtigte erstreckt hiermit die am Grundstück eingetragenen Dienstbarkeiten (untereinander im Rang wie derzeit im Grundbuch von X Blatt ... 3) auf das Erbbaurecht im Rang vor dem Erbbauzins und dem Vorkaufsrecht bzw. bestellt diese Dienstbarkeiten gleichen Inhalts neu; auf die Grundbucheintragung wird verwiesen.

Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich gegenüber den Dienstbarkeitsberechtigten, diesen jeglichen Schaden zu ersetzen, der ihnen daraus entstehen könnte, dass ihre Dienstbarkeiten am Erbbaugrundstück im Fall des Erlöschens des Erbbaurechts nicht wieder die in diesem Vertrag vereinbarte Rangstellen am Erbbaugrundstück erhalten sollten oder für den Fall, dass beim Heimfall des Erbbaurechts die Dienstbarkeiten am Erbbaurecht nicht wieder mit dem Rang im Grundbuch eingetragen werden sollten, den sie zum Zeitpunkt ihres Erlöschens gemäß § 33 ErbbauRG hatten.

Die Erbbauberechtigte bestellt schon heute Dienstbarkeitsberechtigten gemäß a), b) und c) als Drittberechtigten gemäß § 328 BGB an der Entschädigungsforderung gemäß § 27 ErbbauRG bzw. an dem Vergütungsanspruch nach § 32 ErbbauRG ein aufschiebend bedingtes Pfandrecht zur Sicherung aller Schadensersatzansprüche. Die Bedingung tritt erst ein, wenn die Abtretbarkeit der Entschädigungsforderung nach § 27 Abs. 4 ErbbauRG in Verbindung mit der nachfolgenden Bestimmung erstmals gegeben ist.

Die Entschädigungsforderung nach § 27 ErbbauRG wird erst dann zur Zahlung fällig, wenn diejenigen Rangrücktrittserklärungen der Berechtigten aus Hypotheken, Grund- und Rentenschulden oder Reallasten in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO), die zur Verschaffung der ersten Rangstelle für das vorgesehene Pfandrecht an der Entschädigungsforderung erforderlich sind, bei den Dienstbarkeitsberechtigten vollzugsreif vorliegen. (...)

(...)

#### Aus den Gründen:

Die Berufung der Klägerin (1.) wie auch die Hilfswiderklage der Beklagten zu 1 und 3, die dem Senat mit Blick auf die Zurückweisung der Berufung der Klägerin zur Entscheidung angefallen ist (2.), haben keinen Erfolg.

1. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Die Abweisung der Klage der Klägerin im angefochtenen Urteil des LG erweist sich jedenfalls im Ergebnis als zutreffend.

(...)

(3) Einem Anspruch auf Genehmigung der Erklärungen in der notariellen Vertragsurkunde vom 22.12.2011 steht es aber entgegen, dass die Beklagten zu 2 und 3 auf der Grundlage der unter Ziffer V dieser Urkunde beurkundeten Regelung mangels einer ihrem Sicherheitsbedürfnis gerecht werdenden Vereinbarung berechtigt waren und sind, die Abgabe der geforderten Rangrücktrittserklärungen zu verweigern. Dies wiederum hat zur Folge, dass der Beklagten zu 1 als Grundstückseigentümerin gegen die Beklagten zu 2 und 3 als Berechtigte der in Abt. II des Grundbuchs eingetragenen Belastungen kein Anspruch auf Bewilligung des Rangrücktritts gemäß § 242 BGB zusteht, mithin mit Blick auf § 10 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 ErbbauRG auch die Vereinbarungen in der Urkunde vom 22.12.2011 nicht geeignet sind, das vertraglich vereinbarte Erbbaurecht durch grundbuchlichen Vollzug zur Entstehung gelangen zu lassen und damit dem Begehren der Klägerin zum Erfolg zu verhelfen.

Die Pflicht der Beklagten zu 2 und 3 zur nachbarlichen Rücksichtnahme (§ 242 BGB) gebietet es nicht, schwerwiegende rechtliche Nachteile in Kauf zu nehmen: Wenn die Beklagten zu 2 und 3 aber dem einzutragenden Erbbaurecht den Vorrang

vor den zu ihren Gunsten eingetragenen Rechten einräumen, laufen sie bei dem in der notariellen Urkunde vom 22.12.2011 vorgesehenen Regelungsinhalt Gefahr, dass sie bei einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück mit ihren Rechten ausfallen.

Sind an einem Grundstück erstrangige Belastungen eingetragen, die unbedingt die gleiche Rechtsposition, wie sie die erste Rangstelle verschafft, weiter behalten sollen (sog. existenznotwendige Rechte), so können deren Berechtigte dem Erbbaurecht nur dann die erste Rangstelle einräumen und damit die Bestellung des Erbbaurechts überhaupt ermöglichen, wenn gesichert wird, dass ihr Recht in jedem Fall nicht nur bestehen bleibt, sondern dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gegenüber auch stets durchgesetzt werden kann (vgl. insoweit *Staudinger/Rapp*, a. a. O., § 10 ErbbauRG Rdnr. 15). Dazu gehört zunächst, dass diese Rechte wiederum erstrangig am Erbbaurecht selbst bestellt werden, was die Vertragsregelung unter Ziffer V der Urkunde vom 22.12.2011 ausdrücklich vorsieht. Dies genügt jedoch nicht, da der dauerhafte Fortbestand der Dienstbarkeiten sowohl beim Heimfall als auch bei Beendigung des Erbbaurechts gefährdet ist. Da beim Heimfall solche Dienstbarkeiten erlöschen (§ 33 ErbbauRG), das Erbbaurecht aber als dann unbelastetes Eigentümererbbbaurecht bestehen bleibt, muss Vorsorge getroffen werden, dass das Erbbaurecht im Falle des Heimfalls wiederum mit dem entsprechenden Recht erneut belastet wird. Wenn dies nicht geschieht und der Eigentümer das dann unbelastete Erbbaurecht an einen Dritten veräußert, kann dieser Dritte die Benutzung des Erbbaugrundstücks verhindern, auch wenn die Dienstbarkeit am Grundstück eingetragen ist. Das Problem kann nur dadurch gelöst werden, dass der Grundstückseigentümer sich verpflichtet, das Erbbaurecht beim Eintritt des Heimfalls mit einem neuen Recht gleichen Inhalts zu belasten. Zur Sicherung dieser Verpflichtung ist am Erbbaurecht im Gleichrang mit dem betreffenden Recht eine Vormerkung einzutragen (*Rapp*, a. a. O., m. w. N.). Trotz § 33 ErbbauRG erlischt eine solche Vormerkung beim Heimfall nicht. Eine alternative Lösung besteht darin, dass die Ausübung des Heimfallsanspruchs dahingehend eingeschränkt wird, dass er nur geltend gemacht werden kann, wenn vorher oder gleichzeitig dem Grundbuchamt eine Bewilligung des Grundstückseigentümers und (künftigen) Eigentümererbbbauberechtigten zur Neueintragung des durch Heimfall erlöschenden Rechtes vorgelegt wird einschließlich etwaiger Rangrücktrittserklärungen der nach § 33 Abs. 1 ErbbauRG bestehen bleibenden Grundpfandrechte, also eine zusätzliche Heimfallvoraussetzung geschaffen wird (*Rapp*, a. a. O., m. w. N.).

Ob Ziffer V der Urkunde vom 22.12.2011 diesen Anforderungen noch genügt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat. Denn der Grundstückseigentümer hat gegenüber den Berechtigten der Abteilung II des Grundbuchs zudem nur dann einen Anspruch auf Rangrücktritt, wenn das Fortbestehen der Dienstbarkeit auch nach Beendigung des Erbbaurechts sichergestellt ist. Der BGH hat dies in einer älteren Entscheidung verneint, da bei Erlöschen des Erbbaurechts aus dem Entschädigungsanspruch nach § 27 Abs. 1 ErbbauRG eine Versteigerung des Grundstücks mit der Folge stattfinden könne, dass der Entschädigungsanspruch gemäß § 28 ErbbauRG an erster Rangstelle besteht, was wiederum zur Folge hat, dass dann (zwangsläufig) nachrangige Dienstbarkeiten erlöschen (BGH, Urteil vom 15.2.1974, V ZR 47/72, BeckRS 1974, 00180 = DNotZ 1974, 692). Allerdings wäre bei einem – im Streitfall nicht vereinbarten – Ausschluss des Entschädigungsanspruchs gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG eine Versteigerung des Grundstücks hierwegen und

damit ein Erlöschen der Dienstbarkeit ausgeschlossen (BGH, a. a. O.).

Durch welche Vertragsgestaltung bei fehlendem Ausschluss des Entschädigungsanspruchs dem Sicherungsbedürfnis der Berechtigten ausreichend Rechnung getragen werden kann, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet: Teilweise wird vorgeschlagen, dass der Entschädigungsanspruch nur unter der Bedingung eingeräumt wird, dass der Erbbauberechtigte der Grunddienstbarkeit den ursprünglichen Rang am Grundstück wieder verschafft hat (v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2008, 2. Kap. Rdnr. 2.100; MünchKommBGB/v. *Oefele/Heinemann*, 6. Aufl. 2013, § 10 ErbbauRG Rdnr. 3). Eine derartige Vertragsgestaltung entfaltet aber lediglich schuldrechtliche Wirkung (*Rapp*, a. a. O.). Sie verlagert das Risiko der Durchsetzbarkeit eines Entschädigungsanspruchs auf die Mitwirkungsbereitschaft des Grundstückseigentümers zum Zeitpunkt der Beendigung des Erbbaurechts. Eine Lösung mit dinglicher Wirkung ergäbe sich demgegenüber nur bei einer Vereinbarung, wonach der Anspruch auf Entschädigung bei Beendigung des Erbbaurechts Rang nach einem anderen Recht hat. Denn § 28 ErbbauRG ist dispositiv. Wenn also nach § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG der Anspruch auf Entschädigung bei Beendigung des Erbbaurechts insgesamt ausgeschlossen werden kann, kann auch vereinbart werden, dass dieser Anspruch Rang nach einem anderen Recht hat. Es kann deshalb bereits im Erbbaurechtsvertrag festgelegt werden, dass die im Range nach dem Erbbaurecht am Erbbaugrundstück eingetragenen Dienstbarkeiten, die auch am Erbbaurecht an erster Rangstelle eingetragen wurden, bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf Rang vor der Entschädigungsforderung haben. Wird alsdann aus dieser die Zwangsversteigerung des Erbbaugrundstücks betrieben, so fällt die Dienstbarkeit in das geringste Gebot und bleibt damit bestehen (*Rapp*, a. a. O.). Nach Dafürhalten des Senats würde nur eine derartige – in dem Regelungsvorschlag in Ziffer V der Vertragsurkunde vom 22.12.2011 indessen nicht vorgesehene – dingliche Lösung genügen, dem Sicherungsbedürfnis der Berechtigten hinreichend Rechnung zu tragen und ihre Mitwirkungspflicht zu begründen. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, dass die Regelung in Ziffer V der Vertragsurkunde zugleich eine (aufschiebend bedingte) Schadensersatzverpflichtung des Grundstückseigentümers für den Fall des Erlöschens der Dienstbarkeiten sowie die Bestellung eines (aufschiebend bedingten) Pfandrechts an der Entschädigungsforderung gemäß § 27 ErbbauRG durch die Klägerin als Erbbauberechtigte statuiert. Denn die Beklagten zu 2 und 3 sind nicht gehalten, sich auf eine Regelung einzulassen, welche sie für den Fall des Erlöschens ihrer Rechte auf die Geltendmachung von Sekundäransprüchen verweist, zumal ihnen hiermit zugleich das Insolvenzrisiko des zum Schadensersatz verpflichteten Schuldners überbürdet würde.

(...)

bb) Der Erbbaurechtsvertrag vom 3.6.1998 ist schließlich auch nicht deshalb gemäß § 306 BGB a. F. wegen anfänglich objektiver rechtlicher Unmöglichkeit nichtig, weil der Zweck des Erbbaurechts, die Errichtung und Unterhaltung einer Golfanlage, nach § 1 ErbbauVO (nunmehr § 1 ErbbauRG) inhaltlich unzulässig war.

Der zwingende gesetzliche Inhalt des Erbbaurechts besteht nach § 1 Abs. 1 ErbbauVO darin, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Unter dem in der Erbbaurechtsverordnung und im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht näher

umschriebenen Begriff des Bauwerks ist nach allgemeiner Meinung eine unter Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen (vgl. BGH, Urteil vom 10.1.1992, V ZR 213/90, juris, Rdnr. 24, BGHZ 117, 19 = NJW 1992, 1681 m. w. N.; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 1 ErbbauRG Rdnr. 7). Hierunter fallen Gebäude (vgl. § 1 Abs. 3 ErbbauVO) und andere Bauwerke. Maßgebend für die Abgrenzung des Begriffs im Einzelfalle sind der allgemeine Sprachgebrauch und die Verkehrsanschauung. Diese kann mit dem Wandel der technischen Gegebenheiten einer Veränderung unterliegen (BGH, a. a. O.).

Eine Golfanlage stellt als Ganzes ein Bauwerk dar. Sie besteht aus einer größeren Spielfläche (je nach Art der Anlage etwa zwischen 20 und 60 ha), auf der eine Anzahl von Spielbahnen unter Einbeziehung natürlicher oder künstlich geschaffener Hindernisse angelegt sind. Der Spielfläche typischerweise zugeordnet sind Bewirtschaftungseinrichtungen wie Wirtschaftsgebäude, Schutz- und Gerätegebäude, „Caddyhaus“ und Gemeinschaftseinrichtungen mit Aufenthalts- und Umkleieräumen sowie sanitäre Anlagen („Clubhaus“) u. a.; wegen des bei Inbetriebnahme der Golfanlage zu erwartenden Kraftfahrzeugverkehrs ist nach dem Landesrecht regelmäßig eine Parkfläche zu schaffen (BGH, a. a. O., Rdnr. 25 f.). Eine solche Anlage stellt bei natürlicher, am Gesamtzweck und am baulichen Zusammenhang ihrer Bestandteile orientierter Betrachtungsweise eine Einheit dar. Eine rechtliche Sonderung in Einzelbereiche, die als solche einem Erbbaurecht nicht zugänglich wären (etwa naturbelassene oder nur landschaftsgärtnerisch umgestaltete Flächen zwischen den Spielbahnen, „Rauhes“; je nach Geländebeschaffenheit auch die eigentlichen Spielbahnen, „Fairways“, „Greens“), bei denen dies zweifelhaft sein kann (künstlich angelegte oder veränderte größere Hindernisse, „Bunker“; über Aufschüttungen und Abgrabungen hinaus mit bodenfremdem Material geschaffene, ggf. drainierte Spielbahnen), und in solche, die als Gebäude oder Bauwerke sonstiger Art (feste Straßenkörper, Wege und Parkplätze, Erschließungsanlage mit Bauwerkscharakter) zweifelsfrei Gegenstand eines Erbbaurechts sind, würde der Funktionseinheit der Anlage nicht gerecht. Das Verhältnis der Bestandteile zueinander verbietet es im Regelfalle auch, Teile als wirtschaftliche Hauptsache anzusehen, denen andere Bestandteile als Nebensache zugeordnet wären. Die Bestellung eines Erbbaurechts zur Herstellung und zum Betrieb einer Golfanlage scheitert deshalb nicht daran, dass die Spielflächen als Hauptsache keine Bauwerke darstellten; andererseits ist im Regelfalle eine sachenrechtliche Sonderung in der Weise, dass ein Erbbaurecht für die Gebäude oder sonstigen Bauwerke gemäß § 1 Abs. 2 ErbbauVO auf das übrige Golfgelände erstreckt wird, nicht statthaft. Die verschiedenen Bestandteile bilden vielmehr eine funktionelle und bauliche Einheit, deren Erbbaurechtsfähigkeit unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen ist (BGH, a. a. O., Rdnr. 27).

Als Einheit weist die Golfanlage die Merkmale eines Bauwerks auf. Der Arbeits- und Materialeinsatz ist erheblich, die feste Verbindung mit dem Erdboden, die der Gesamtanlage den Charakter einer unbeweglichen Sache gibt, ist vorhanden. Als Ganzes hebt sich die Golfanlage von Grund und Boden physisch hinreichend ab, um die in § 12 ErbbauVO vorausgesetzte Unterscheidbarkeit des Grundstückseigentums vom Bauwerkseigentum zu ermöglichen. Verkehrsanschauung und Sprachgebrauch sehen in ihr, auch angesichts der bei ihrer Herstellung erreichten, die naturwüchsige Anlage zurückdrängenden technischen Ausgestaltung, ein Bauwerk. Eine mit dem sachenrechtlichen Typenzwang nicht zu vereinbarende Ausdehnung des Erbbaurechts auf eine land-

wirtschaftliche Bodennutzung ist mit der rechtlichen Anerkennung dieser Anschauung nicht verbunden (BGH, a. a. O., Rdnr. 28).

Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO i. V. m. § 873 Abs. 1 BGB) fordert aber, dass bei der Bestellung eines Erbbaurechts dingliche Einigung und Grundbucheintrag mindestens die ungefähre Beschaffenheit des Bauwerks (oder der zulässigen mehreren Bauwerke) bezeichnen. Der Rechtscharakter einer Golfanlage als Bauwerk im Sinne des § 1 Abs. 1 ErbbauVO setzt im Einzelfall nicht voraus, dass sich die Befugnis des Erbbauberechtigten darauf erstreckt, sämtliche Bestandteile, die nach der Verkehrsauffassung typisch für eine solche Anlage sind, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks zu haben. Es ist daher zur Bezeichnung der Beschaffenheit der Golfanlage als Bauwerk erforderlich, dass die dingliche Einigung diejenigen Bestandteile mit angibt, die den Bauwerkscharakter des Ganzen bestimmen. Dies sind die Gebäude, die nach ihrer Art zu bezeichnen sind, und sonstige Bestandteile, die Gegenstand eines selbständigen Erbbaurechts sein können (zum Beispiel feste Erschließungsanlagen, die nicht Bestandteil der Gebäude sind). Damit wird der Inhalt der Grundstücksbelastung im Einzelfall in einer den Erfordernissen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892 BGB) genügenden Weise offengelegt. Zugleich wird klargestellt, dass nicht eine untypische, die Bauwerkeigenschaft nicht aufweisende Anlage (zum Beispiel allein durch landschaftsgärtnerische Maßnahmen gestaltete Spielfläche), Gegenstand der dinglichen Einigung ist (BGH, a. a. O., Rdnr. 29).

Darauf aber, ob § 1 des notariellen Vertrages vom 3.6.1998 diesen Anforderungen genügt, kommt es nicht an. Denn an die Beurkundung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Bestellung des Erbbaurechts, um den es hier geht, sind nach den § 11 Abs. 2 ErbbauVO, § 313 Satz 1 BGB a. F., nicht die gleichen Anforderungen zu stellen, wie an die Bezeichnung des dinglichen Rechts (BGH, a. a. O., Rdnr. 30).

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Rapp, MittBayNot 2014, 412 (in diesem Heft)

3. BGB §§ 242, 254, 305, 307, 631, 633, 634, 634a Abs. 2, § 640 Abs. 1, § 641 (*Abnahme- und Schallschutzproblematik im Bauträgervertrag*)

1. **Hat der bauträgerähnliche Veräußerer vertraglich Bauleistungen übernommen, die nach Umfang und Bedeutung mit Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln. Hat sich der Veräußerer eines Altbauobjekts zu einer weitgehenden, umfassenden Sanierung verpflichtet, ist in einem Klauselvertrag der Veräußerer zu diesem Zweck im Rahmen des technisch Möglichen verpflichtet, die Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um den Stand der anerkannten Regeln der Technik zu gewährleisten.**
2. **Eine Klausel, wonach der Veräußerer das Abnahmeprotokoll für den Erwerber unterschreiben kann, wenn dieser der Abnahme ohne Angabe von Gründen fern-**

**bleibt, und die Leistung damit als abgenommen gilt, benachteiligt den Erwerber unangemessen und ist unwirksam.**

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.6.2013, 12 U 162/12

Am 30.12.2002 schlossen der Kläger, seine damalige Lebensgefährtin M F und die Beklagte einen notariellen Vertrag über den Erwerb einer unter Nr. 5 bezeichneten Eigentumswohnung in dem zu sanierenden, denkmalgeschützten Industriegebiet „H“ auf dem Grundstück M in B zum Kaufpreis von 194.620 €. Der Kläger war bei dem Sanierungsvorhaben für die Beklagte teilweise als Fachplaner der Gewerke Heizung und Sanitär tätig.

Die der Beklagten obliegenden Sanierungspflichten sollten unter Berücksichtigung des Denkmalschutzes erfolgen. § 2 des Vertrages enthielt eine Klausel, wonach der Beklagten hinsichtlich der Sanierungsleistungen ein „billiges Ermessen“ eingeräumt werden sollte. Für die Mängelhaftung sollte die VOB als vereinbart gelten. In Abänderung derselben sollte die Gewährleistungsfrist fünf Jahre ab Übergabe betragen. Die bei Übergabe des Kaufgegenstandes protokolliert festgestellten Mängel sollten auf Veranlassung und Kosten von der Beklagten behoben werden. Im Übrigen sollten die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Verkäufer bestehen bleiben. Unter § 4 vereinbarten die Parteien, dass als Fertigstellung die gemeinsame Abnahme der Wohnung nach Bezugsfähigkeit gelte. Für den Fall, dass der Käufer der Abnahme ohne Angabe von Gründen fernbleibe, sei das Protokoll einseitig vom Verkäufer aufzustellen. Der Kaufgegenstand gelte damit als abgenommen. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sollte durch die Verwaltung gemäß WEG ggf. unter Anwesenheit von Erwerbern erfolgen. Vom Tage der Übergabe sollte der Käufer in den bestehenden Verwaltervertrag gemäß WEG mit allen Rechten und Pflichten eintreten; gegenwärtiger Verwalter zum Vertragszeitpunkt war die Verkäuferin. Abschließend regelte § 4 des Vertrages, dass der Eigentümergemeinschaft vorbehalten bleibe, eine andere Verwaltung zu wählen oder die bestehende Verwaltung durch einen Beirat zu ergänzen. Gegenstand des Vertrages war zugleich die von der Beklagten erstellte Baubeschreibung (vgl. Bl. 235 ff. der Akte). Wegen der Einzelheiten wird auf den Vertrag vom 30.12.2002 in der auszugsweise zur Akte gereichten Anlage B5 (Bl. 243 der Akte) Bezug genommen.

Mit notariellem Vertrag vom 26.7.2004 trat die Lebensgefährtin ihren Auflassungsanspruch an den Kläger ab, der ihr gegenüber sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag vom 30.12.2002 übernahm und sich zur Freistellung gegenüber seiner Lebensgefährtin verpflichtete.

Die Beklagte erbrachte in der Folgezeit die Sanierungsleistungen und meldete das Gemeinschaftseigentum sowie die streitgegenständlichen Wohnungen im Herbst 2004 als bezugsfähig. Sie lud – ungeachtet geäußelter Bedenken des Verwaltungsbeirats der WEG – zu einem Abnahmetermin hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums am 12.11.2004 ein, an dem der Kläger nicht teilnahm. Das Abnahmeprotokoll wurde von der Beklagten für die Übernehmer und Übergeberseite unterschrieben.

Am 21.1.2005 übergab die Beklagte die streitgegenständliche Wohnung an den Kläger. Bereits zu diesem Zeitpunkt zeigte der Kläger verschiedene Mängel am Gemeinschafts- bzw. Sondereigentum an. Im Protokoll der Begehung vom 21.1.2005 (Bl. 142 der Beilagen 10 O 285/10) ist unter Abnahme vermerkt:

„Die Abnahme erfolgte mit folgenden Mängeln/Restarbeiten: siehe Anlage (Mängelliste zur Bauabnahme)“.

Das Protokoll wurde an der dafür vorgesehenen Stelle lediglich seitens der Beklagten unterschrieben. Der Kläger paraphierte lediglich die einzelnen Seiten am unteren Seitenrand und vermerkte auf Seite 3 zum Abnahmeprotokoll, dass die vorstehenden Feststellungen sich auf die bei der Abnahme sichtbaren Mängel beziehen und eine ergänzende Stellungnahme vorbehalten bleibe.

Der Kläger zahlte den vereinbarten Kaufpreis nicht, sondern hinterlegte auf dem Notaranderkonto des beurkundenden Notars ... zunächst lediglich einen Betrag i. H. v. 30.000 €. Im Sommer 2007 zahlte er einen weiteren Teilkaufpreisanteil i. H. v. 60.000 €.

Zwischen den Parteien kam es in Bezug auf den unvollständig hinterlegten Kaufpreis zu einem Rechtsstreit vor dem LG Potsdam (4 O 210/05) über einen Rückabwicklungsanspruch der hiesigen Beklagten. Mit Urteil vom 22.5.2009 wurde die Klage abgewiesen, weil

wegen diverser bestehender Mängel die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung verneint worden war.

Am 11.11.2009 hat der Kläger in diesem Prozess seine Klage wegen Mangelbeseitigung/Nacherfüllung beim LG Potsdam eingereicht, die der Beklagten am 9.1.2010 zugestellt worden ist. Mit Schriftsatz vom 19.1.2010, der Beklagten zugestellt am 22.1.2010, hat der Kläger seine Klage erweitert. Er hat insgesamt 49 Mängel geltend gemacht, deren Beseitigung bzw. Nachbesserung er von der Beklagten begehrt. Zur Begründung hat sich der Kläger auf das im Rechtsstreit vor dem LG Potsdam zum Az. 4 O 210/05 eingeholte Sachverständigengutachten des Dipl.-Ing. S vom 14.12.2006 und des Dipl.-Ing. H vom 28.12.2007 bezogen.

Die Beklagte hat unter anderem die Ansicht vertreten, dass dem Kläger die Prozessführungsbefugnis und die Aktivlegitimation fehle, weil die geltend gemachten Ansprüche nur allen Wohnungseigentümern gemeinsam zustehen würden. Darüber hinaus hat sie die Einrede der Verjährung hinsichtlich etwaiger Mangelbeseitigungsansprüche am Gemeinschaftseigentum erhoben.

Das LG Potsdam hat die Verwertung des im Rechtsstreit vor dem LG Potsdam zum Az. 4 O 210/05 eingeholten Sachverständigengutachtens des Dipl.-Ing. S, Nr. 90/2006 vom 14.12.2006, angeordnet. Darüber hinaus hat die Kammer ergänzend durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Dipl.-Ing. S vom 5.10.2011 über die vom Kläger behaupteten Mängel Beweis erhoben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird ergänzend auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen, vgl. § 540 ZPO.

Mit einem am 11.7.2012 verkündeten Urteil hat das LG unter Abweisung der Klage im Übrigen die Beklagte verurteilt, folgende Arbeiten in der Wohnung Nr. 5 des Objektes M in B auszuführen:

(...)

Im Übrigen hat das LG die Klage abgewiesen, weil die vom Kläger am Sondereigentum gerügten Mängel nicht bestünden oder nicht als gewährleistungsrelevant einzuschätzen seien und die Beseitigung der gerügten Mängel am Gemeinschaftseigentum wegen eingetretener Verjährung nicht durchsetzbar sei.

Die Kosten hat das LG dem Kläger zu 80 % und der Beklagten zu 20 % auferlegt.

Hiergegen richtet sich die Berufung beider Parteien.

Der Kläger meint, dass das LG zu Unrecht die Klage auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum wegen eingetretener Verjährung abgewiesen habe. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei weder durch ihn, vertreten durch die Beklagte, noch durch die Wohnungseigentümergeinschaft erfolgt. Das Gemeinschaftseigentum müsse durch jeden Erwerber abgenommen werden, denn jeder Wohnungseigentümer habe aus seinem Vertrag mit dem Bauunternehmer einen Anspruch auf mangelfreies Gemeinschaftseigentum. Soweit der von dem Notar der Beklagten entworfene Bauträgervertrag hierzu eine andere Regelung vorsehe, sei diese unwirksam, weil sie den Kläger unangemessen benachteilige. Eine Abnahme sei auch nicht am 12.11.2004 durch den Verwaltungsbeirat erfolgt. Schließlich habe auch eine Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums nicht vorgelegen, was sich aus den diversen Mängeln, die auch vom LG Potsdam in dem Rechtsstreit 4 O 210/05 festgestellt worden seien, ergebe. Soweit die Mängel am Sondereigentum durch das LG nicht anerkannt worden seien, habe es den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt oder sei von einer unzutreffend rechtlichen Bewertung ausgegangen.

Die Beklagte greift das landgerichtliche Urteil insoweit an, als das LG sie zur Beseitigung der Mängel gemäß Ziffer I.4 sowie Ziffer II.2, II.3, II.4, II.9, II.10, II.11, II.12, II.13 und II.15 verurteilt hat. Hierzu ist sie im Wesentlichen der Ansicht, dass die von ihr erbrachte Leistung fachgerecht gewesen sei. Soweit der Kläger ihm vom LG zugesprochene Mangelbeseitigungsansprüche geltend gemacht habe, sei er als Fachplaner selbst damit beauftragt gewesen, weshalb deren Geltendmachung widersprüchlich sei. Im Übrigen habe das LG in seiner Entscheidung nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Sanierung der streitgegenständlichen Wohnung auf der Grundlage des Denkmalschutzes erfolgen sollte und ihr diesbezüglich ein weites Ermessen in Detailfragen zugestanden habe. So seien die vom Kläger teilweise gerügten Mängel allein aus diesem Grunde schon nicht berücksichtigungsfähig, da sich die Arbeiten im Einklang mit den

Sanierungskonzeptionen für ein altes Gebäude befänden. Soweit das LG die Klage hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums wegen Verjährungseintritts abgewiesen habe, verteidigt die Beklagte das Urteil des LG.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte unter teilweiser Abänderung des Urteil des LG Potsdam vom 11.7.2012, 8 O 469 zu verurteilen,

folgende Arbeiten am Objekt M, B auszuführen:

1. a) Herstellung eines den Anforderungen an einen erhöhten Schallschutz gemäß den Vorschlägen gemäß dem Beiblatt 2 (3) der DIN 4109 bzw. der VDI 4100 (5) (SSt II) und dem Entwurf der DIN 4109-10 (4) aus dem Jahr 2000 genügenden Schallschutzes in Decke und Fußboden der vom Kläger bewohnten Wohnung Nr. 5;

b) hilfsweise hierzu, in der Wohnung Nr. 5 des Objektes M, B, einen den Mindestanforderungen der DIN 4109 (1) genügenden Schallschutz in Decke und Fußboden herzustellen,

(...)

und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Darüber hinaus beantragt die Beklagte, unter Abänderung des Urteils des LG Potsdam vom 11.7.2012, Az. 8 O 469/09, die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Der Senat hat die Akten des LG Potsdam zum Az. 4 O 210/05 und zum 10 O 285/10 (Brandenburgisches OLG 5 U 58/12) sowie die Akten des AG Brandenburg an der Havel, Az. 37 C 366/09, beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Soweit der Kläger zunächst auch noch die Beseitigung von Graffiti-Beschmierungen an der Hauswand des Gebäudes begehrt hat, haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt.

Aus den Gründen:

## II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt worden. Der Kläger rügt die fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts und die verfahrensfehlerhafte Nichtaufklärung weiterer Mängel. Er macht somit Berufungsgründe gemäß § 513 ZPO geltend.

Die Berufung der Beklagten ist fristgerecht eingelegt worden und auch im Übrigen zulässig. Auch die Beklagte rügt die fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts durch das LG im Hinblick auf die Zuordnung einzelner Bereiche des Gemeinschaftseigentums zum Sondereigentum sowie die vom LG subsumierten Mängel. Auch insoweit werden Berufungsgründe im Sinne von § 513 ZPO geltend gemacht.

(...)

Die Berufung des Klägers hat in dem aus dem im Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Die Klage ist zulässig.

(...)

Die Klage ist auch ganz überwiegend begründet.

Der Kläger hat gegen die Beklagte hinsichtlich der bestehenden Mängel am Gemeinschafts- und Sondereigentum einen Nacherfüllungs- bzw. Mangelbeseitigungsanspruch gemäß § 634 Nr. 1 BGB.

Auf den hier zu entscheidenden Streitfall findet das Werkvertragsrecht des BGB Anwendung.

Entgegen der im Vertragstext selbst verwendeten Terminologie ist von einem Werkvertrag gemäß § 631 BGB auszugehen. Der Bauträgervertrag zwischen Bauträger und Erwerber des Objektes ist ein Vertrag eigener Art, der neben werk-

vertraglichen Elementen auch kaufrechtliche Elemente (zum Beispiel bezüglich des Grundstückserwerbs) sowie Elemente des Geschäftsbesorgungsvertrages enthält (vgl. *Palandt/Sprau*, 72. Aufl., 2013, § 675 Rdnr. 18). Ist das Bauwerk im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits fertiggestellt, spricht zwar einiges für die Annahme eines Kaufvertrages (vgl. *Palandt/Sprau*, a. a. O.). Sachlich gelten die §§ 633 ff. BGB jedoch für alle Werkverträge, wozu auch der Bauträgervertrag zählt, wenn es um die Mängel des Bauwerks bei Erstellung nach Vertragsschluss geht (vgl. *Palandt/Sprau*, a. a. O., vor § 633 Rdnr. 3 m. w. N.). Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BGH zum Erwerb sanierter Altbauwohnungen. Beim Erwerb von Altbauten ist Werkvertragsrecht anwendbar, wenn der Erwerb des Grundstücks mit einer Herstellungsverpflichtung verbunden ist (vgl. BGH, NJW 2007, 3275). Übernimmt der Veräußerer vertraglich Bauleistungen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung mit Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertrags. Ohne Bedeutung ist es, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben (vgl. BGH, NJW 2007, 3275 ff.; mit zust. Anm. *Locher*, Umfang der Herstellungspflicht bei Altbauanierung, *jurisPR-PrivBauR* 9/2007, Anm. 3; BGHZ 164, 225; *BauR* 2005, 542, 544).

Nach diesen Grundsätzen haftet die Beklagte im Streitfall für Sachmängel an der gesamten Bausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts. Sie hat sich in den Verträgen mit den Erwerbern aller Wohnungen in dem streitgegenständlichen Sanierungsgebiet M in B zu umfangreichen Maßnahmen verpflichtet, die dem gesamten, zuvor als Industriekomplex genutzten Objekt einen neuen Charakter gaben. Dazu dienten umfangreiche Renovierungs- und Modernisierungsarbeiten im Altbaubestand. Derartige Arbeiten sind aus der Sicht der Erwerber der Wohnungen derart umfassend, dass sie nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind und die Anwendung des Werkvertragsrechts auf Mängel der gesamten Bausubstanz rechtfertigen (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation zum Wohnungsumbau bei Kasernen alliierter Streitkräfte BGH, NJW 2007, 3275 ff.). Insbesondere ist der Altbaubestand einer umfangreichen Modernisierung unterzogen worden. Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass die Baumaßnahmen für das gesamte Gebäude technisch und funktional aufeinander abgestimmt waren (vgl. auch BGH, a. a. O.).

(...)

Bei den hier streitgegenständlichen Mangelbeseitigungsansprüchen geht es um solche, die vor Abnahme gemäß § 641 BGB im Erfüllungsstadium geltend gemacht werden. Eine Abnahme hat weder bezüglich des Gemeinschaftseigentums noch hinsichtlich des vom Kläger zu erwerbenden Sondereigentums stattgefunden.

Die Abnahme ist die Entgegennahme der Werkleistung und ihre Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß und hat als Willenserklärung rechtsgeschäftlichen Charakter (vgl. *Werner/Pastor*, a. a. O., Rdnr. 1798). Soweit sich der Auftragnehmer auf eine Abnahme stützt, reicht ein entsprechender Hinweis nicht aus, er hat im Prozess die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich die Abnahme durch den Auftraggeber ergeben soll (vgl. *Werner/Pastor*, a. a. O., Rdnr. 1799). Solche Umstände hat die Beklagte entgegen der vom LG vertretenen Auffassung nicht dargelegt.

Hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums ist eine wirksame Abnahme nicht am 12.11.2004 durch die Beklagte erfolgt.



Gemäß § 640 Abs. 1 BGB ist der Besteller verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Somit war das Werk hier gemäß § 640 BGB grundsätzlich abzunehmen, wovon auch die Parteien im notariellen Vertrag vom 30.12.2002 ausgegangen sind.

Das von der Beklagten vorgelegte Übergabeprotokoll nebst Mangelliste belegt eine solche Abnahme nicht. Zwar enthält das als Anlage B1 vorgelegte „Abnahmeprotokoll“ eine Abnahmeerklärung. Diese Abnahmeerklärung wurde jedoch sowohl für den Übergeber als auch für den Übernehmer seitens der Beklagten abgegeben und unterschrieben. Eine solche Abnahmeerklärung ist unwirksam. Sie kann sich auch nicht auf die vertraglichen Regelungen unter § 2 des notariellen Vertrags vom 30.12.2002 stützen. Nach dem Wortlaut der Vertragsklausel durfte der Verwalter eine solche Abnahme zwar grundsätzlich erklären. Diese Abnahmeklausel verstößt jedoch gegen grundlegende gesetzliche Regelungen zur Abnahme und ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ist hier eröffnet. Es handelt sich hinsichtlich der Abnahmeregelung in § 2 des notariellen Vertrages vom 30.12.2002 um eine für eine Vielzahl von Verträgen seitens der Beklagten vorformulierte Vertragsbedingung, die von der Beklagten im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt wurde. Nach Mitteilung des Geschäftsführers der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.5.2013, insoweit auch von dem Kläger bestätigt, sind die Vertragsklauseln von dem von der Beklagten beauftragten Notar entworfen worden. Die Klausel zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist auch in allen Verträgen, die mit den Erwerbern der Lofts in dem Sanierungsobjekt M in B abgeschlossen wurden, enthalten. Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 6.6.2013 die Ansicht vertritt, dass dies nicht zur Annahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen führe, geht sie fehl. Zunächst spricht der Anseinsbeweis beim Bauträgervertrag für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen (vgl. BGH, NJW 2004, 502; *Werner/Pastor*, a. a. O., Rdnr. 2657). Dass die Verträge im Streitfall notariell beurkundet wurden und der Notar den Vertrag beiden Parteien „zugesandt“ haben mag, steht ihrem Formularcharakter nicht entgegen (vgl. BGHZ 118, 1229, 237, 239; OLG Karlsruhe, NJW 2012, 237 ff.). Der Beklagten wird auch eine Verwendung der Klauseln durch den von ihr beauftragten Notar zugerechnet; die von diesem vorformulierten Vertragsbedingungen sind die AGB seines Auftraggebers (vgl. hierzu *Palandt/Grüneberg*, a. a. O., § 305 Rdnr. 12). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Parteien – wie von der Beklagten zuletzt behauptet – über einzelne Vertragsbedingungen „verhandelt“ haben, denn ihr Vortrag bezieht sich insoweit lediglich auf den Kaufpreis sowie die Anlagen zum Vertrag, nicht aber auf die Abnahmeklausel. Auch hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass in der Abnahmeklausel individualvertragliche Änderungen vorgenommen worden seien, wogegen unter anderem spricht, dass die Beklagte gerade bestrebt war, eine möglichst einheitliche Abnahme hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums herbeizuführen.

Die Regelung über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums beinhaltet für die Erwerber entgegen den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 307 Abs. 1 BGB eine unangemessene Benachteiligung. Ihnen und somit auch dem Kläger wird dadurch die Möglichkeit genommen, über die Ordnungsgemäßheit der Werkleistung des Bauträgers selbst zu befinden. Eine vom Bauträger geschuldete Leistung entgegenzunehmen und über ihre Ordnungsgemäßheit zu entscheiden, ist alleine Sache des Erwerbers (vgl. OLG Karlsruhe, a. a. O.). Das gilt auch für das Gemeinschaftseigentum. Durch den Erwerbsver-

trag erhält der einzelne Wohnungseigentümer einen eigenen Anspruch auf ein mangelfreies Gemeinschaftseigentum (vgl. OLG Karlsruhe, a. a. O.). Es entspricht der Rechtsprechung des BGH, der sich auch der Senat anschließt, dass es dem jeweiligen Erwerber überlassen ist, zu entscheiden, ob er das Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten lassen will (vgl. BGH, NJW 1985, 1551, 1552). Nach § 640 BGB ist als Besteller auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums insoweit der einzelne Erwerber des Wohnungseigentums und nicht etwa die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in der Regel noch gar nicht bestehende Wohnungseigentümergeinschaft anzusehen (vgl. BGH, a. a. O.). Ist dem Erwerber die Person des bevollmächtigten Dritten vorgegeben oder ist das Benennungsrecht formularmäßig dem Unternehmer übertragen, wird dadurch wesentlich in den Kernbereich der Rechtstellung des Erwerbers eingegriffen (vgl. OLG Karlsruhe, a. a. O.; OLG Koblenz, BauR 2003, 546, 548; *Juris PK-BGB/Genius*, 6. Aufl. 2012, Stand 1.10.2012, § 640 BGB Rdnr. 24). Eine solche Klausel stellt sich insbesondere unter zwei Gesichtspunkten als unangemessene Benachteiligung des Erwerbers dar:

Zum einen greift sie in das originäre Abnahmerecht des Erwerbers ein, weil dieser faktisch keine Möglichkeit hat, eine Abnahme durch den Bevollmächtigten zu verhindern (vgl. OLG Karlsruhe, a. a. O.). Eine Abnahmevollmacht muss daher zwangsläufig widerruflich erteilt werden. Um dem Erwerber nicht zu suggerieren, dass nur der Bevollmächtigte abnehmen darf, muss die Klausel im Sinne des Transparenzgebotes in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zusätzlich klarstellen, dass die Vollmacht nicht nur frei widerruflich ist, sondern der Erwerber jederzeit selbst die Abnahme erklären kann (vgl. OLG Karlsruhe, a. a. O.; *Vogel*, Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums – ein (immer noch) ungelöstes Problem der Bauträgerpraxis, NZM 2010, 377, 379). Nur auf diese Weise ist klargestellt, dass das originäre Abnahmerecht des Erwerbers nicht vollständig ausgeschlossen ist (vgl. *Vogel*, a. a. O., m. w. N.).

Hinzu kommt, und auch insoweit schließt sich der Senat den Ausführungen des OLG Karlsruhe an, dass eine Klausel den Kläger unangemessen benachteiligt, wenn die Neutralität der mit der Abnahme bevollmächtigten Person nicht gewährleistet ist. Der Streitfall unterscheidet sich sogar noch verstärkt von dem des OLG Karlsruhe dahingehend, dass nach der dort verwendeten Klausel immerhin ein Sachverständiger die Abnahme zu erklären hatte, während hier die Abnahme durch die Person des Werkunternehmers bzw. des Bauträgers selbst erklärt werden konnte. Die Abnahmeklausel muss indessen vorsehen, dass die Person des mit der Abnahme Bevollmächtigten nicht aus dem potenziellen Lager des Bauträgers stammt, also zumindest neutral ist (vgl. *Vogel*, a. a. O.). Denn anderenfalls könnte der Bauträger entscheidenden Einfluss auf die im Wesentlichen für ihn günstige Abnahme nehmen. Insoweit ist anerkannt, dass der regelmäßig vom Bauträger bestellte oder mit ihm gar personenidentische und von ihm abhängige Erstverwalter als taugliche Person zur Abnahme ausscheidet (*Vogel*, a. a. O.; OLG Stuttgart, MDR 1980, 495; OLG Karlsruhe, a. a. O.; mit zust. Anm. *Vogel*, Unwirksamkeit einer Abnahmeklausel im Bauträgervertrag, juris PR-PrivBauR 12/2011, Anm. 1).

Dies hat zur Folge, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums insgesamt nicht erklärt worden ist. Auch wenn die Beklagte durchgehend von einer wirksamen Abnahme ausgeht, ist eine individuelle Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Kläger nicht vorgenommen worden. Eine solche ergibt sich weder aus dem Übernahmeprotokoll noch aus dem folgenden Verhalten und auch nicht durch die

Benutzung der Wohnung durch den Kläger. Der Kläger hat bereits unmittelbar nach Bezug der Wohnung Anfang/Mitte 2005 diverse Mängel gerügt, die der Abnahmefähigkeit der Wohnung entgegenstanden haben. Insoweit scheidet auch eine konkludente Abnahme durch den Kläger als Erwerber aus. Hinzu kommt, dass die Parteien eine protokollierte Abnahme vereinbart haben.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Handeln des Verwaltungsbeirats. Selbst wenn der Verwaltungsbeirat und darin vertretene Erwerber anderer Wohnungen im streitgegenständlichen Sanierungsobjekt beim Abnahmetermin zugegen gewesen waren und Einfluss auf die Abnahmeerklärung der Beklagten genommen haben, führt dies nicht zu einer Abnahme, die der Kläger gegen sich gelten lassen müsste. Insoweit kann sowohl der zwischen den Parteien streitige Sachvortrag zum Schreiben des Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats vom 11.11.2004 dahinstehen, als auch der Umstand, ob der Verwaltungsbeirat durch Beschluss einer Eigentümermehrheit zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums ermächtigt worden ist. Auch hier gilt, dass die Eigentümermehrheit nicht gegen den Willen in die Dispositionshoheit eines Erwerbers eingreifen darf (vgl. *Vogel*, NZM 2010, a. a. O., 379;). Insoweit ist auch ein Verwaltungsbeirat nicht als taugliche Person einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums anzusehen (*Kniffka/Kooble*, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 11. Teil, Rdnr. 239). Hinzu kommt, dass schon zweifelhaft ist, ob der Verwaltungsbeirat tatsächlich rechtsgeschäftlich die Abnahme für alle Erwerber erklären will (vgl. *Vogel*, NZM 2010, a. a. O., 379). Zumeist beschränkt sich dessen Willensäußerung – auch aus Haftungsgründen – auf die Feststellung der Abnahmereife aus technischer Sicht (*Vogel*, a. a. O.).

Ist die Abnahmeklausel unwirksam, bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam, vgl. § 306 Abs. 1 BGB. Hinsichtlich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums verbleibt es bei den gesetzlichen Regelungen aus § 306 Abs. 2 BGB, wonach jeder einzelne Erwerber die Abnahme erklären muss und darf. Eine etwaige auch nachträgliche durch den Verwalter erklärte Abnahme wirkt daher nicht zulasten des Erwerbers (vgl. *Vogel*, a. a. O.). Dies hat zur Folge, dass sich die Erwerbsverträge noch im Erfüllungsstadium befinden und die Mängelverjährungsfrist noch nicht zu laufen begonnen hat (*Vogel*, a. a. O., m. w. N.).

Der Kläger hat auch das Sondereigentum nicht im Sinne von § 640 BGB abgenommen.

Die Beklagte hat hierzu zwar eine Übergabe der Wohnung an den Kläger und eine Abnahme des Klägers am 21.1.2005 behauptet und sich dabei auf das von ihr unterschriebene und vom Kläger paraphierte Abnahmeprotokoll berufen. Darin hat der Kläger eine auf Abnahme gerichtete Willenserklärung aber – entgegen der Auffassung des LG – nicht abgegeben. Der Kläger hat auf der hierfür vorgesehenen Unterschriftenliste nicht mit seinem Namen gegengezeichnet. Er hat stattdessen eine handschriftliche Liste zu Protokoll gegeben, in der diverse, von der Beklagten bestrittene Mängel, die zum Teil auch hier streitgegenständlich sind, aufgelistet waren. Die Paraphe lässt keinen anderen Schluss zu, als dass er die abschließende Billigung des Bauwerks als „im Wesentlichen vertragsgemäß“ nicht abgeben wollte, sonst hätte er seine Unterschrift an der dafür vorgesehenen Stelle abgegeben. Es ist insoweit auch nicht von der Beklagten vorgetragen worden, dass der Kläger seine Unterschrift „vergessen“ habe, obwohl er anderes verlautbart habe. An dieser Bewertung ändert auch der enthaltene Zusatz nichts, in dem der Kläger am Abschluss der handschriftlichen Mängelliste notiert hatte, dass sich die „vorstehenden Feststellungen auf die bei der Abnahme sicht-

baren Mängel beziehen“. Ersichtlich wollte der Kläger dadurch nicht die auf dem Formular absichtlich offengelassene Unterschrift an anderer Stelle ersetzen, sondern deutlich machen, dass seine Unterschrift unter die Mängelliste beim Abnahmetermin nicht abschließend sei und eine weitere Prüfung notwendig werde.

Die Abnahme ist auch nicht konkludent durch Bezug der Wohnung erklärt worden. Zwar ist es anerkannt, dass selbst bei vereinbarter förmlicher Abnahme ein Verzicht auf die Förmlichkeit darin liegen kann, wenn die fertige Bauleistung in Benutzung genommen wird (vgl. hierzu die Nachweise bei *Werner/Pastor*, a. a. O., Rdnr. 1820). Hier hat der Kläger jedoch von Beginn an zum Ausdruck gebracht, dass er mit dem Bauwerk der Beklagten nicht einverstanden ist. Er hat dem Geschäftsführer der Beklagten – was sich aus der beigezogenen Akte des LG Potsdam zum Az. 4 O 210/05 ergibt – unter dem 2.2.2005 ein Mangelgutachten des Sachverständigen S zur W vom 31.1.2005 und am 12.2.2005 eine weitere Liste mit insgesamt 113 Mängeln übergeben. Hinzu kommt, dass der Kläger zunächst lediglich 30.000 € auf dem Notaranderkonto belegt hat, was ebenfalls deutlich macht, dass er die Leistung der Beklagten gerade nicht als im Wesentlichen vertragsgerecht ansah.

Daran hat sich auch im Laufe der Zeit und der diversen Rechtsstreitigkeiten nichts geändert. Der Kläger hat auch in diesem Rechtsstreit von Beginn an ausgeführt, dass wesentliche Mängel am Sondereigentum vorhanden seien und sich hierbei auf die vom LG Potsdam in der Entscheidung vom 22.5.2009 (4 O 210/05) festgestellte fehlende Abnahme gestützt.

Das Bauwerk der Beklagten ist auch mit Mängeln behaftet.

Zur Wahrung der Übersichtlichkeit orientiert sich die folgende Darstellung an der Nummerierung, die das LG in der angefochtenen Entscheidung verwendet hat, wobei zu beachten ist, dass sich diese Bezifferung teilweise von der Bezifferung in der Berufungsbegründung beider Parteien unterscheidet.

Hierzu im Einzelnen:

#### I.1.a Schallschutz in Decke und Fußboden

Der Schallschutz in der Wohnung des Klägers ist mangelhaft.

Der Schallschutz in der vom Kläger erworbenen Wohnung Nr. 5 entspricht nicht den Anforderungen an einen erhöhten Schallschutz gemäß den Vorschlägen gemäß Beiblatt 2 (3) der DIN 4109 bzw. der VDI 4100 (5) (SSt II) und dem Entwurf der DIN 4109-10 (4) aus dem Jahr 2000.

Dies steht nach der Durchführung der Beweisaufnahme in dem Rechtsstreit vor dem LG Potsdam 4 O 210/05 fest. Der Dipl.-Ing. H wurde von dem LG Potsdam in dem Verfahren 4 O 210/05 mit der Erstellung eines Schallschutzgutachtens beauftragt. Er hat in seinem Gutachten vom 28.12.2007 (vgl. Anlage K 5), auf die sich der Kläger bezogen hat, ausgeführt, dass der in der Wohnung des Klägers vorhandene Schallschutz weder dem bei Hochbauten üblichen Schallschutz der VDI 4100 (5) (SSt II) noch dem Mindestschallschutz der DIN 4109 entspreche. Diese Feststellungen sind in tatsächlicher Hinsicht zwischen Parteien auch in diesem Verfahren nicht mehr streitig, weshalb der Senat hierzu eigene Feststellungen nicht zu treffen hatte.

Die vom Sachverständigen H festgestellten Defizite im Schallschutz begründen einen Mangel im Sinne von § 633 Abs. 2 BGB. Das Bauwerk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB. Soweit eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist es

mangelfrei, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werkes erwarten kann, vgl. § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB. Bei der Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung ist die berechnete Erwartung des Erwerbers an die Bauleistung von Bedeutung (BGH, NJW 2007, 3275 ff.). Verpflichtet sich ein Bauträger zur umfassenden Modernisierung und Renovierung eines Altbaus, schließt dies im Zweifel alle Maßnahmen ein, die hierfür erforderlich sind (vgl. *Ingenstau/Korbion/Wirth*, VOB-Kommentar, 18. Aufl. VOB/B, § 13 Abs. 1 Rdnr. 70 b). Wenn die Sanierung einer Neuherstellung gleichkommt, haftet der Unternehmer anhand der Gewährleistungsregeln für die gesamte Bausubstanz (vgl. *Ingenstau/Korbion/Wirth*, a. a. O.). Der BGH hat zu den Schallschutzanforderungen beim Kauf sanierter bzw. zu sanierender Altbauwohnungen folgende Auslegungsgrundsätze herausgestellt:

Verspricht der Veräußerer eines Altbauobjekts eine so weitgehende und umfassende Sanierung, darf der Erwerber dies grundsätzlich dahin verstehen, dass der Veräußerer zu diesem Zweck im Rahmen des technisch Möglichen die Maßnahmen angewandt hat, die erforderlich sind, um den Stand der anerkannten Regeln der Technik zu gewährleisten (BGH, NZBau 2005, 216). Etwas anderes kann sich ergeben, wenn die berechnete Erwartung des Erwerbers unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsumstände, insbesondere des konkreten Vertragsgegenstands und der jeweiligen Gegebenheiten des Bauwerks, darauf nicht gerichtet ist (BGH, a. a. O.). Maßgebend sind dabei die im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen von der Qualität des Schallschutzes, also der Beeinträchtigung durch Geräusche. Der Besteller habe zwar insoweit in aller Regel keine Vorstellungen, die sich in Schalldämmmaßen nach der DIN 4109 ausdrücken. Ihm sei es aber wichtig zu wissen, in welchem Maße er Geräuschbelastungen ausgesetzt ist, inwieweit er also Gespräche, Musik oder sonstige Geräusche aus anderen Wohnungen hören oder verstehen kann (vgl. BGH, NZBau 2007, 574 ff.). Entsprechende Qualitätsanforderungen können sich nicht nur aus dem Vertragstext, sondern auch aus erläuternden und präzisierenden Erklärungen der Vertragsparteien, sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, den konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfeldes, dem qualitativen Zuschnitt, dem architektonischen Anspruch und der Zweckbestimmung des Gebäudes ergeben (st. Rspr., vgl. BGH, NZBau 2007, 574 ff.; BGH, BauR 1993, NZBau 2005, 216). Hinzu komme, dass sich häufig Anforderungen an den Schallschutz ergeben, die deutlich über die Mindestanforderungen hinausgehen und es deshalb rechtfertigen, die Vereinbarung eines gegenüber den Schallschutzanforderungen der DIN 4109 erhöhten Schallschutzes anzunehmen (vgl. BGH, NZBau 2007, 574 ff.). Insofern schützten die Anforderungen der DIN 4109/89 nach ihrer in Ziffer 1 zum Ausdruck gebrachten Zweckbestimmung Menschen in Aufenthaltsräumen lediglich vor unzumutbaren Belästigungen durch Schallübertragung. Deshalb handele es sich dabei auch nur um Mindestanforderungen an den Schallschutz im Hochbau (vgl. BGH, NZBau 2007, 574 ff. m. w. N. auf *Locher/Weiß*, BauR 2005, 17, 18). Haben die Parteien einen üblichen Qualitäts- und Komfortstandard vereinbart, muss sich nach dieser Rechtsprechung das einzuhaltende Schalldämmmaß an dieser Vereinbarung orientieren.

Auf dieser Grundlage trifft die vom LG Potsdam in der Sache 10 O 285/10 vertretene Auffassung, die auch hier von der Beklagten aufgegriffen wurde, wonach allenfalls der Mindestschutz der DIN 4109 geschuldet sei, nicht zu. Ausweislich des notariellen Vertrags vom 30.12.2002 war die Baubeschrei-

bung Bestandteil der von der Beklagten zu erbringenden Leistungen. Dort wurde die Deckensanierung beschrieben, in der es unter anderem heißt: „Dieser Einbau und der darauf aufgebraachte schwimmende Zementestrich dient dem Schallschutz. Die vom Architekten mit den Fachingenieuren gewählte Konstruktionsvariante ermöglicht es, unter Einhaltung des geforderten Brandschutzes, die vorhandene tragende Konstruktion sichtbar zu lassen.“ Ein Hinweis darauf, dass bei der Loftsanierung konstruktionsbedingt Abstriche vom üblichen Standard beim Schallschutz zu machen sein werden, ist weder dort noch an anderer Stelle der Vertragsunterlagen enthalten. Auch trifft es nicht zu, dass der Kläger keine darüber hinausgehenden Erwartungen hegen durfte. Aus der Sicht des Klägers konnte auf der Grundlage des ihm zur Verfügung gestellten Prospektes (Anlage K 7) vielmehr davon ausgegangen werden, dass der übliche Schallschutz gewährleistet werde. Dieser Schallschutz geht aber nach der dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung über die Mindestanforderungen der DIN 4109 hinaus.

Entgegen der vom LG Potsdam in der Sache 10 O 285/10 vertretenen Auffassung ist dies auch keine Frage eines der Beklagten eingeräumten Ermessens. Insofern kann dahinstehen, ob auch die dahingehende Vertragsklausel in § 2 („Soweit Einzelheiten hierdurch nicht festgelegt sind, bestimmt sie der Verkäufer nach billigem Ermessen“) eine unangemessene Benachteiligung des Klägers im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB darstellt. Jedenfalls kann diese Klausel nur dahingehend verstanden werden, dass der Beklagten ein Ermessen lediglich hinsichtlich jener gestalterischen Elemente eingeräumt werden sollte, die die technische Funktionsfähigkeit des Bauwerks nicht beeinträchtigen würden (zum Beispiel optische Gestaltungen etc.). Dass der Beklagten ein Ermessen auch hinsichtlich der an sich unzulässigen Über- oder Unterschreitung technischer Standards beigemessen werden sollte, geht schon bei der allgemeinen Vertragsauslegung zu weit. Erst Recht gilt dies bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Insofern kann auch der vom LG vorgenommenen Abwägung zwischen Vorgaben des Denkmalschutzes und der daraus abgeleiteten Behaglichkeit zulasten des Schallschutzes nicht gefolgt werden. Der Sachverständige H hat in seinem Gutachten vom 27.12.2007 hierzu ausgeführt, dass bei Konstruktionen mit sichtbaren Holzbalkendecken eine höhere Schalldämmung als die der Mindestanforderung möglich ist, wenngleich hierfür aber ein „sehr hoher Aufwand“ erforderlich werden wird. Das bedeutet jedenfalls, dass hier eine entsprechende Konstruktion realisierbar gewesen wäre. In diesem Fall ist es jedoch Sache des Bauträgers, darauf hinzuweisen und dies zum Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen zu machen, dass im konkreten Bauobjekt nur ein Mindestschallschutz gewährleistet werden kann. Stellt er jedoch den „üblichen Schallschutz“ in Aussicht und hält er diesen Standard nicht ein, geht dies zu seinen Lasten. Da es sich hierbei auch um eine aus Erwerbersicht zentrale Frage des Wohnkomforts handelt, kommt es auch nicht auf eine Betrachtung des Kostenaufwands an. Eine Minderung des Werklohnanspruchs kommt nach ständiger höchst- und obergerichtlicher Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, nämlich wenn einem objektiv geringen Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und damit vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht, so dass die Forderung auf Vertragserfüllung durch Mängelbeseitigung bzw. Zahlung von Mängelbeseitigungskosten einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (BGH, NZBau 2006, 177; BGH,

NZBau 2002, 338; OLG Hamm, 5.5.2011, 24 U 147/08, I-24 U 147/08, zitiert nach juris, Tz. 70). Dies ist hier bei den erheblichen Schallschutzmängeln, die der Sachverständige H festgestellt hat, nicht gegeben.

(...)

## Anmerkung:

### 1. Abnahme

Das OLG Brandenburg hatte in seiner Entscheidung als Vorfrage für die Zuerkennung von Ansprüchen wegen mangelhafter Bauleistungen unter anderem die Wirksamkeit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu beurteilen. Der Bauträger hatte die Mängel bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.

Der Vertrag sieht – insoweit noch unverfänglich – vor, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Wohnungseigentumsverwalter erfolgen soll. Ob ihm hierzu im Vertrag durch die Erwerber eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt wurde, lässt sich den Angaben zum Sachverhalt zwar nicht entnehmen; davon ist aber aufgrund der Erwägungen in den Entscheidungsgründen auszugehen. Zum ersten Verwalter hat sich der Bauträger selbst bestellt, was wohnungseigentumsrechtlich möglich und für sich genommen auch nicht zu missbilligen ist. In Verbindung mit der Abnahmeklausel im Erwerbsvertrag hat dies aber im Ergebnis dazu geführt, dass die Abnahme vom Bauträger als Verwalter sich selbst gegenüber erklärt wurde. Zutreffend hat das Gericht festgestellt, dass die zugrundeliegende Vertragsgestaltung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Der Erwerber wird unangemessen benachteiligt, weil letztlich nicht der Besteller, sondern der Unternehmer die Abnahme erklärt, also eine Überprüfung des Werks im Interesse des Bestellers nicht gewährleistet ist, sondern dieser hiervon vielmehr ausgeschlossen wird. Diese Beurteilung entspricht der Rechtsprechung des BGH<sup>1</sup> und der diesem Nichtannahmebeschluss vorangegangenen Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>2</sup>: Danach verstoßen Abnahmeklauseln, die die Abnahme durch den Bauträger als Erstverwalter zulassen, gegen § 307 BGB. Diese Rechtsprechung liegt auf der Linie, die durch das OLG München<sup>3</sup> und das OLG Karlsruhe<sup>4</sup> vorgezeichnet wurde. Danach sind Abnahmeklauseln unwirksam, die die Abnahme durch einen vom Bauträger auszuwählenden und zu beauftragenden Abnahmevertreter vorsehen, denn die Neutralität des Abnahmevertreters ist nicht gewährleistet.<sup>5</sup>

Das Gericht weist zusätzlich darauf hin, die Unwirksamkeit ergäbe sich schon aus dem unterlassenen Hinweis darauf, dass die Vollmacht widerrufen ist. Der fehlende Hinweis auf die Widerruflichkeit macht die Klausel intransparent im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das entspricht der Rechtsprechung der Obergerichte;<sup>6</sup> der BGH<sup>7</sup> hat diese Frage in dem

bereits zitierten Nichtannahmebeschluss jedoch offengelassen. Der Auffassung des OLG ist auch in diesem Punkt zuzustimmen:

Wurde eine Vollmacht nicht unwiderruflich erteilt, ist sie widerrufen (§ 168 BGB). Vollmachten können allerdings unter bestimmten Voraussetzungen unwiderruflich erteilt werden, insbesondere dann, wenn das im Interesse des Bevollmächtigten liegt;<sup>8</sup> diese Voraussetzungen sind bei der Bevollmächtigung eines Abnahmevertreters in der hier gegebenen Situation aber nicht gegeben. Im Gegenteil: Die Unwiderruflichkeit der Vollmacht entspricht nur dem Interesse des Bauträgers an einer einheitlichen Abnahme, aus der möglichst kein Erwerber ausscheren soll. Das stellt aber keine Grundlage für eine unwiderrufliche Vollmacht dar; die Vollmacht bleibt widerrufen.<sup>9</sup>

Da dem juristisch nicht vorgebildeten Erwerber nicht geläufig sein wird, dass Vollmachten im vorliegenden Fall widerrufen sind, ist er darauf gesondert hinzuweisen,<sup>10</sup> und zwar selbst dann, wenn sie nicht als unwiderrufliche Vollmacht bezeichnet wurde. Unterbleibt dieser Hinweis, ist die Abnahmefullmacht wegen der sich daraus ergebenden Intransparenz unwirksam.

Selbstverständlich ist die dem Vertrag zugrundeliegende Klausel auch dann unwirksam, wenn ein mit dem Bauträger nicht verbundener Erstverwalter tätig geworden wäre und die Abnahme aufgrund einer (ausdrücklich) widerrufenen Vollmacht erklärt hätte. Die Unwirksamkeit der Abnahmeklausel ergibt sich bereits daraus, dass sie die Möglichkeit einer „In-Sich-Abnahme“ eröffnet. Ob von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, ist für die Beurteilung ihrer Wirksamkeit nicht von Bedeutung.

Sofern bei Vertragsgestaltungen vorgesehen wird, dass der Wohnungseigentumsverwalter (ggf. zusammen mit einem Sachverständigen) namens der Erwerber die Abnahme durchführen und erklären soll, muss also durch die vertraglichen Regelungen gewährleistet sein, dass der Verwalter von den Erwerbern selbst (in der ersten Versammlung der werdenden Wohnungseigentümer) gewählt und bestellt wird und nicht aus dem Lager des Bauträgers stammt oder mit ihm sonstwie verbunden sein kann.

### 2. Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1 BGB

Die Klägerin verlangt mit der Klage die Beseitigung der behaupteten Mängel. Das Gericht spricht ihr wegen Mängeln im Sinne von § 633 Abs. 2 BGB einen Nacherfüllungs- bzw. Mängelbeseitigungsanspruch zu, und zwar gestützt auf § 634 Nr. 1 BGB. Hierzu führt der Senat in aller Kürze aus, dieser Anspruch könne vor der Abnahme im Erfüllungsstadium geltend gemacht werden. Insofern ist der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen, nicht aber mit der – überdies auch nur sehr knappen – Begründung.<sup>11</sup>

Der dem Rechtsstreit zugrundeliegende Vertrag datiert aus dem Jahr 2002; auf ihn ist also das modernisierte Schuldrecht anzuwenden. Es wäre zu prüfen gewesen, ob nach geltendem Recht Mängelansprüche ohne Abnahme geltend gemacht werden können. Das alte Werkvertragsrecht kannte Gewährleistungsansprüche im Erfüllungsstadium (§ 634 BGB a. F.). Diese Regelung ist in das modernisierte Schuldrecht nicht übernommen worden. Der auf Nacherfüllung gerichtete Män-

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 12.9.2013, VII ZR 308/12, NJW 2013, 3360.

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.10.2012, 23 U 112/11, BauR 2013, 470 = IBR 2013, 280.

<sup>3</sup> OLG München, Beschluss vom 15.12.2008, 9 U 4149/08, BauR 2009, 1444.

<sup>4</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 237; vgl. auch OLG Frankfurt, Urteil vom 30.9.2013, 1 U 18/12, NJW-RR 2013, 1487; LG Hamburg, Urteil vom 11.3.2010, 328 O 179/09, BauR 2010, 1953 = IBR 2010, 458.

<sup>5</sup> Vgl. auch Vogel, NZM 2010, 377, 379.

<sup>6</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 237, 239.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 12.9.2013, VII ZR 308/12, NJW 2013, 3360.

<sup>8</sup> MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 168 Rdnr. 20 f.

<sup>9</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 13.5.1971, VII ZR 310/69, WM 1971, 956.

<sup>10</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 237.

<sup>11</sup> Vgl. bereits Jansen, IBR 2013, 543.

gelbeseitigungsanspruch gemäß § 634 Nr. 1, § 635 BGB setzt deshalb die Abnahme voraus. Ob er ausnahmsweise auch vor der Abnahme besteht, ist höchstrichterlich nicht geklärt. Mit dem OLG Köln und der Literatur ist davon auszugehen, dass Mängelrechte vor der Abnahme im Grundsatz nicht geltend gemacht werden können; nur dann, wenn das Werk übergeben wurde und der Unternehmer der Auffassung ist, die Leistung sei fertiggestellt und deshalb abzunehmen, können ausnahmsweise die Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB bestehen.<sup>12</sup> Feststellungen zu diesen Voraussetzungen lassen sich den Urteilsgründen nicht entnehmen. Ein Nacherfüllungsanspruch wegen eines Mangels auf der Grundlage der § 633 Abs. 2, § 634 Nr. 1, § 635 BGB hatte also nicht ohne Auseinandersetzung mit diesen Problemen zuerkannt werden können.

Fraglos hat der Erwerber vor der Abnahme aber einen Erfüllungsanspruch, und zwar bezogen auf die gesamte Leistung, ggf. aber auch bzgl. einer teilweisen Nichterfüllung, weil insoweit mangelhafte Leistung. Dieser Anspruch beruht auf § 631 BGB. Er kann unmittelbar als Herstellungsanspruch – wie im vorliegenden Fall – oder als Schadensersatzanspruch nach § 281 BGB geltend gemacht werden.<sup>13</sup> Das OLG Brandenburg hätte einen Anspruch auf Beseitigung der Mängel also mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch begründen können – und dann natürlich nicht mit § 634 Nr. 1 BGB argumentieren dürfen.

### 3. Verjährung

Da der Bauträger die Einrede der Verjährung erhoben hatte, wäre aber des Weiteren zu prüfen gewesen, ob der geltend gemachte Anspruch verjährt ist.

a) Wären nach den oben skizzierten Grundsätzen Mängelansprüche vor der Abnahme zuzuerkennen gewesen, würden diese mangels Abnahme – bis an die Grenze der Verwirkung – nicht verjähren.<sup>14</sup>

b) Der Erfüllungsanspruch unterliegt auch vor der Abnahme der Verjährung. Der auf die Herstellung gerichtete Erfüllungsanspruch wird mit dem vereinbarten Fertigstellungstermin, sonst zu dem Zeitpunkt fällig, der den Umständen zu entnehmen ist (§ 271 Abs. 1 BGB).<sup>15</sup> Er verjährt zum Schluss des dritten Jahres nach Entstehung und Fälligkeit, spätestens in zehn Jahren (§§ 195, 199 BGB). Für den mangelbedingten Erfüllungsanspruch kommt es neben seiner Entstehung auf die Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB an. Sofern Mängel erst geraume Zeit nach der Fertigstellung entdeckt werden, besteht frühestens zu diesem späteren Zeitpunkt Kenntnis von den den Erfüllungsanspruch begründenden Umständen. Für den Erfüllungsanspruch wegen Schlechtleistung ist deshalb der Zeitpunkt der Entdeckung des konkret gerügten Mangels und nicht der Zeitpunkt der vereinbarten Fertigstellung maßgeblich.<sup>16</sup>

c) Ob der Klage auch unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte stattzugeben gewesen wäre, hängt zunächst davon ab,

ob im konkreten Fall die Voraussetzungen für Mängelansprüche vor der Abnahme vorliegen; im Übrigen lässt sich mangels entsprechender Sachverhaltsangaben nicht sagen, ob der Erfüllungsanspruch wegen Schlechtleistung verjährt wäre.

### 4. Schallschutzmangel – vertragliche Schallschutzanforderungen

Zutreffend stellt das Gericht sodann fest, dass an der sanierten Altbauwohnung u. a. ein Schallmangel besteht. Dazu hebt es zu Recht auf die neuere Rechtsprechung des BGH zu den Anforderungen an Altbausanierungen einerseits und zum Schallschutz andererseits ab.

a) Übernimmt der Bauträger die Sanierung einer Altbausubstanz und kommen die beschriebenen Arbeiten einem Neubau gleich, beurteilt sich die Haftung für die übernommene Sanierung nach Werkvertragsrecht.<sup>17</sup> Die Leistungspflichten für die verwendete Altbausubstanz richten sich dabei allerdings nach dem Inhalt des Vertrages;<sup>18</sup> sie sind im Übrigen im Wege der Auslegung zu ermitteln. Für den geschuldeten Schallschutz ist auf die vertraglichen Vereinbarungen, ansonsten auf den heute üblichen Schallschutz abzustellen. Anhaltspunkt für den heute üblichen Schallschutz geben die Schallschutzstufen II und III der VDI 4100 (2007) und das Beiblatt 2 zur DIN 4109 (erhöhter Schallschutz).<sup>19</sup> Außerdem ist die vereinbarte Bauweise zu berücksichtigen, sofern sich mit dieser ein besserer Schallschutz erreichen lässt.<sup>20</sup>

Bei Anlegung dieser Maßstäbe muss der Bauträger auch bei Altbausanierungen grundsätzlich den heute (bei Neubauten) üblichen Schallschutz einhalten.

b) Der BGH hat in seiner Rechtsprechung betont, dass der Bauträger nicht für jede Fehlfunktion der unberührt gebliebenen Altbausubstanz haftet; für den Haftungsumfang kommt es insoweit auf die vereinbarten Beschaffenheiten an,<sup>21</sup> also auf den Inhalt der Baubeschreibung. Auch darauf geht das OLG Brandenburg zutreffend ein: Es stellt fest, dass aus der zugrundeliegenden Baubeschreibung in Bezug auf den Schallschutz keine gegenüber dem üblichen Schallschutz abweichenden oder einschränkenden Angaben zu entnehmen sind.

c) Tatsächlich stellt die wirksame Beschreibung eines vom üblichen nach unten abweichenden Schallschutzes eine erhebliche Herausforderung für den Gestalter der Baubeschreibung dar. Will der Bauträger vom üblichen Schallschutz abweichen, genügt ein einfacher Hinweis auf die DIN 4109 nicht, da der technische Laie nicht erkennen kann, dass damit unter Abweichung vom heute Üblichen auf den Mindestschallschutz verwiesen werden soll.<sup>22</sup> Der Leistungsinhalt muss transparent dargestellt werden (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im vorliegenden Fall hätte der Bauträger klar und verständlich darauf hinweisen müssen, dass nur der Mindestschallschutz oder nicht einmal dieser eingehalten wird. Dazu

<sup>12</sup> OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 12.11.2012, 11 U 146/12, NJW 2013, 1104; Voit, BauR 2011, 1063, 1073; Krause-Allenstein in Kniffka, *ibr-online-Kommentar*, Stand 29.9.2013, § 634 BGB Rdnr. 11; Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich, 8. Aufl. 2013, § 633 BGB Rdnr. 6; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl. 2012, § 634 Rdnr. 4.; a. A. für den Bauträgervertrag Werner, NZBau 2014, 80, 83.

<sup>13</sup> Pause/Vogel, BauR 2014, 764, 768.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 8.7.2010, VII ZR 171/08, NJW 2010, 3573.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 8.3.2001, VII ZR 470/99, NJW-RR 2001, 806.

<sup>16</sup> Pause/Vogel, BauR 2014, 764, 768 f.; dort auch zur Verjährung des Schadensersatzanspruchs nach § 281 BGB.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, NJW 2007, 3275, Rdnr. 18.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, NJW 2007, 3275, Rdnr. 23.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 14.6.2007, VII ZR 45/06, NZBau 2007, 574, Rdnr. 25.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 14.6.2007, VII ZR 45/06, NZBau 2007, 574, Rdnr. 29.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, NJW 2007, 3275, Rdnr. 23.

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 4.6.2009, VII ZR 54/07, NJW 2009, 2439.

wäre es nötig gewesen, etwa in Anlehnung an die Schallschutzanforderungen der VDI 4100 (2007) oder die Tabelle 10 der DEGA-Empfehlung 103 verständlich zu erläutern, dass zum Beispiel Gehgeräusche aus den Nachbarwohnungen „allgemein störend“ wahrnehmbar sein werden.

Rechtsanwalt Dr. *Hans-Egon Pause*, München

4. BGB § 745 Abs. 1; WEG § 15 Abs. 1, § 43 Nr. 1; ZPO § 522 Abs. 1 Satz 4, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (*Nutzung einzelner Stellplätze bei Doppelstockgarage in Wohnungseigentumsanlage*)

1. **Steht eine Doppelstockgarage in einer Wohnungseigentumsanlage im Bruchteilssondereigentum mehrerer Personen, können die Bruchteileigentümer die Nutzung der einzelnen Stellplätze gemäß § 745 Abs. 1, § 1010 BGB regeln; zulässig ist aber auch eine Zuweisung der Stellplätze mittels Gebrauchsregelung durch Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer gemäß § 15 Abs. 1 WEG.**
2. **Streitigkeiten zwischen Bruchteilssondereigentümern über die Benutzung der Stellplätze sind unabhängig von der Rechtsgrundlage der Benutzungsregelung stets Wohnungseigentumsachen im Sinne von § 43 Nr. 1 WEG.**

BGH, Beschluss vom 20.2.2014, V ZB 116/13

Die Parteien sind Miteigentümer des Sondereigentums an einem Doppelparker in einer Wohnungseigentumsanlage. Die Beklagten nutzen den oberen Stellplatz. Die Klägerin nutzt – wie zuvor ihre Rechtsvorgängerin – den unteren Stellplatz; sie will eine monatlich wechselnde Nutzungsregelung hinsichtlich der beiden Stellplätze erreichen. Der darauf gerichteten Klage hat das AG gestützt auf § 745 Abs. 2 BGB stattgegeben. Das LG Wiesbaden hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen.

Das Berufungsgericht sieht das LG Frankfurt a. M. als das gemäß § 72 Abs. 2 Satz 1 GVG zuständige Gericht an. Es handele sich um eine Wohnungseigentumsache gemäß § 43 Nr. 1 WEG. Denn zwischen sämtlichen Wohnungseigentümern liege eine Gebrauchsregelung im Sinne des § 15 WEG vor, nach der der Klägerin der untere und den Beklagten der obere Stellplatz zugewiesen sei. Dies ergebe sich aus einer Mitteilung des Verwalters, die als Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß § 15 WEG anzusehen sei und die Streitigkeit in der zwischen den Parteien bestehenden Bruchteilsgemeinschaft überlagere.

*Aus den Gründen:*

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

#### I.

Sie ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Ein Zulassungsgrund ist gegeben, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Sinne von § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Das Berufungsgericht hat den Beklagten den Zugang zu dem von der Zivilprozessordnung eingeräumten Instanzenzug in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert. Dies verletzt ihren Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, vgl. BVerfGE 77, 275, 284) und eröffnet die Rechtsbeschwerde nach § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO (Senat, Beschluss vom 23.10.2003, V ZB 28/03, NJW 2004, 367, 368 m. w. N.).

#### II.

Das Rechtsmittel ist auch in der Sache begründet.

1. Allerdings sieht das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht das LG Frankfurt a. M. als das gemäß § 72 Abs. 2 Satz 1 GVG für Wohnungseigentumsachen zuständige Berufungsgericht an.

a) Zu den Wohnungseigentumsachen gehören gemäß § 43 Nr. 1 WEG unter anderem Streitigkeiten über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander; diese Bestimmung ist weit auszulegen (Senat, Beschluss vom 10.12.2009, V ZB 67/09, ZfIR 2010, 187 Rdnr. 7, und Senat, Beschluss vom 8.7.2010, V ZB 220/09, NJW 2011, 384 Rdnr. 7). Ausschlaggebend für die Zuständigkeit des Gerichts ist nicht die jeweilige Rechtsgrundlage, aus der die Ansprüche hergeleitet werden, sondern allein der Umstand, ob das von einem Wohnungseigentümer in Anspruch genommene Recht oder die ihn treffende Pflicht in einem inneren Zusammenhang mit einer Angelegenheit steht, die aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer erwachsen ist (Senat, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 165).

b) Daran gemessen ist der Rechtsstreit als Wohnungseigentumsache im Sinne von § 43 Nr. 1 WEG einzuordnen.

aa) Streitigkeiten, die die internen Rechtsbeziehungen von Bruchteilssondereigentümern betreffen, sind allerdings im Grundsatz keine Wohnungseigentumsachen (BayObLG, NJW-RR 1995, 588, 589; *Klein in Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 43 Rdnr. 65; *Suilmann in Jennißen*, WEG, 3. Aufl., § 43 Rdnr. 25; *Staudinger/Rapp*, 2005, § 5 WEG Rdnr. 14; *Reichel-Scherer* in jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 43 WEG Rdnr. 34; *Spielbauer/Then*, WEG, 2. Aufl., § 43 Rdnr. 15; *Rieckel/Schmid/Abramenko*, WEG, 3. Aufl., § 43 Rdnr. 10). Denn weder bilden die Bruchteileigentümer eine Wohnungseigentümergeinschaft noch sind deren Binnenbeziehungen Gegenstand des Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümer. Maßgeblich ist nicht das Wohnungseigentums-, sondern das allgemeine Zivilrecht. Daher sind die allgemeinen Zivilgerichte zuständig, wenn Wohnungseigentum im Bruchteileigentum mehrerer Personen steht und deren Rechtsbeziehungen untereinander Gegenstand eines Rechtsstreits sind.

bb) Eine Ausnahme bilden jedoch die internen Beziehungen von Bruchteileigentümern, in deren Teileigentum eine Doppelstockgarage (bzw. ein Mehrfachparker) steht.

(1) In dieser Fallgestaltung kommt die Zuweisung fester Stellplätze an die Miteigentümer auf der Grundlage von Sondernutzungsrechten im Sinne von § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG nicht in Betracht (so aber wohl *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2836; *Klein in Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 113; *Langhein*, notar 2012, 290), weil Sondernutzungsrechte nur an gemeinschaftlichem Eigentum bestehen können (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 16). Vielmehr bedarf es einer internen Nutzungsregelung zwischen den Bruchteileigentümern (vgl. Senat, Beschluss vom 10.5.2012, V ZB 279/11, NJW-RR 2012, 1157 Rdnr. 12).

(2) Eine solche auf Dauer angelegte Benutzungsregelung können Bruchteileigentümer gemäß § 745 Abs. 1 BGB treffen; in den Grenzen des § 745 Abs. 3 BGB können sie die Nutzung ihres Eigentums ganz oder in Teilen einem einzelnen Teilhaber überlassen (vgl. BGH, Hinweisbeschluss vom 20.10.2008, II ZR 246/07, NJW 2009, 1270, 1271 m. w. N.). Gemäß § 1010 BGB bedarf eine solche Regelung allerdings der Eintragung in das Grundbuch, wenn sie auch gegenüber

Sondernachfolgern wirken soll. Nach verbreiteter Ansicht, der das Berufungsgericht folgt, ist als weitere Gestaltungsmöglichkeit eine Gebrauchsregelung durch Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer gemäß § 15 Abs. 1 WEG zulässig (BayObLGZ 1994, 195 ff.; OLG Frankfurt, NZM 2001, 527; OLG Jena, ZWE 2000, 232 f.; OLG Nürnberg, ZWE 2011, 419, 420; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., Anh. zu § 3 Rdnr. 31; *Schultzky in Jennißen*, WEG, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 64; *Frank*, MittBayNot 1994, 512, 513; *Schneider*, Rpfleger 1998, 9, 12 f.; v. *Oefe*, MittBayNot 2000, 441 f.; *Schmidt*, ZWE 2000, 207 f.). Zuständig seien insoweit die Wohnungseigentumsgerichte (so BayObLGZ 1994, 195, 199; OLG Frankfurt, NZM 2001, 527). Andere halten derartige Gebrauchsregelungen für unzulässig (*Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 1; *Kümmel in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 15 Rdnr. 1; *Hügel*, NZM 2004, 766 ff.; *Schöner*, Rpfleger 1997, 416 ff.; *Basty*, Rpfleger 2001, 169 ff.).

(3) Der Senat sieht die – seit geraumer Zeit üblichen und von den Grundbuchämtern gebilligten – Gebrauchsregelungen gemäß § 15 Abs. 1 WEG, die die Benutzung von Mehrfachparkern betreffen, als zulässig an. Dagegen spricht allerdings, dass die Binnenbeziehung von Bruchteilseigentümern – wie ausgeführt – im Grundsatz keinen Gemeinschaftsbezug aufweist. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Eigentümer von Mehrfachparkern – anders als Bruchteilseigentümer von Wohnungseigentum – typischerweise nicht in einer persönlichen Verbindung zueinander stehen, sondern eine zufällige Gemeinschaft bilden. Dauerhafte und klare Nutzungsregelungen, die eine Einigung der Bruchteilseigentümer untereinander entbehrlich machen, dienen daher dem Frieden in der Gemeinschaft; hierin ist ein noch ausreichender Gemeinschaftsbezug zu sehen (*Riecke/Schmid/Abramenko*, WEG, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 8). Weil sowohl eine Benutzungsregelung nach § 745 BGB als auch eine Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG zulässig ist, kann dahinstehen, ob und ggf. welche Vor- und Nachteile diese Gestaltungswege jeweils aufweisen.

(4) Für die Einordnung des Rechtsstreits als Wohnungseigentumssache gemäß § 43 Nr. 1 WEG ist es unerheblich, ob die Feststellungen tatsächlich den Schluss erlauben, dass hier eine Gebrauchsregelung gemäß § 15 Abs. 1 WEG besteht oder ob vielmehr – wie das AG gemeint hat – eine Benutzungsregelung gemäß § 745 Abs. 2 BGB zu treffen ist. Denn die Zuständigkeit des Zivil- oder des Wohnungseigentumsgerichts darf aus Gründen der Rechtswegklarheit nicht von der konkreten Ausgestaltung der Benutzungsregelung abhängen. Andernfalls würde der Rechtsschutz erschwert, wenn – wie hier – das Gericht erster Instanz eine Benutzungsregelung gemäß § 745 Abs. 2 BGB trifft, während das Berufungsgericht von dem Vorliegen einer Gebrauchsregelung gemäß § 15 WEG ausgeht und infolgedessen die Wohnungseigentumsgerichte für zuständig hält.

2. Obwohl nach alledem das LG Frankfurt a. M. zuständiges Berufungsgericht ist, hat die Verwerfung der Berufung als unzulässig den Anspruch der Beklagten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes verletzt. Denn nach der Rechtsprechung des Senats kann die Berufungsfrist in Ausnahmefällen auch durch Anrufung des funktionell unzuständigen Berufungsgerichts gewahrt und der Rechtsstreit entsprechend § 281 ZPO an das zuständige Gericht verwiesen werden. So verhält es sich, wenn die Frage, ob eine Streitigkeit im Sinne von § 43 Nr. 1 bis 4 und Nr. 6 WEG vorliegt, für bestimmte Fallgruppen noch nicht höchstrichterlich geklärt ist und man über deren Beantwortung – wie hier – mit guten Gründen unterschiedlicher Auffassung sein kann (näher Senat, Beschluss

vom 10.12.2009, V ZB 67/09, ZfIR 2010, 187 Rdnr. 9 ff.). Aus diesem Grund hätte das Berufungsgericht gemäß § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO darauf hinwirken müssen, dass die Beklagten einen Antrag auf Verweisung an das zuständige LG Frankfurt a. M. in entsprechender Anwendung von § 281 ZPO stellen.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass nach den bislang getroffenen Feststellungen keine Gebrauchsregelung der Wohnungseigentümer gemäß § 15 Abs. 1 WEG besteht, die die Klägerin binden könnte. Dass diese an einer solchen Vereinbarung mitgewirkt hätte, ist nicht ersichtlich. Eine Vereinbarung ist auch nicht im Grundbuch eingetragen (vgl. § 10 Abs. 3 WEG). Dass die Wohnungseigentümer einen Mehrheitsbeschluss gemäß § 15 Abs. 2 WEG gefasst hätten, stellt das Berufungsgericht schon nicht fest; es verweist lediglich auf eine Aufstellung des Verwalters über die Nutzung der Stellplätze, die offenkundig keinen Beschluss der Wohnungseigentümer wiedergibt. Jedenfalls fehlte es an der erforderlichen Beschlusskompetenz. Denn nach der Rechtsprechung des Senats kann ein Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum nur durch Vereinbarung und nicht durch Mehrheitsbeschluss eingeräumt werden (Senat, Beschluss vom 20.9.2000, V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 162 ff.). Nichts anderes gilt für die hier zu beurteilenden Gebrauchsregelungen, weil auch sie – in den Auswirkungen vergleichbar – mit einem Ausschluss vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Teileigentums einhergehen und deshalb keine Konkretisierung des Gebrauchs im Sinne von § 15 Abs. 2 WEG betreffen (vgl. zu diesem Aspekt Senat, Beschluss vom 20.9.2000, V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 167).

#### Anmerkung:

Mit dieser Entscheidung setzt der BGH einen Schlusspunkt zu einem Thema, das im WEG-Recht 35 Jahre virulent war, seit *Ertl* den Gedanken des Sondernutzungsrechts am Sondereigentum in die WEG-Welt setzte.<sup>1</sup> Da fragt man sich schon, wie es geschehen konnte, dass eine Rechtsfrage so lange „ungelöst“ bleiben kann, bei der beide Seiten gewichtige Argumente für ihre Sicht ins Feld führen konnten. Die Antwort gibt die Praxis. Seit der grundlegenden Entscheidung des BayObLG von 1994<sup>2</sup> ist die Rechtsprechung<sup>3</sup> einmütig für die Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG. Auch die Kauterlarpraxis gestaltete in großem Umfang danach.<sup>4</sup> Sie hat sich, insbesondere bei Duplexgaragen, bewährt und gewährt einem Miteigentümer ein sicheres Recht auf alleinige Nutzung eines Stellplatzes. Die Meinungsverschiedenheiten spielen sich eigentlich nur auf der Ebene der Dogmatik ab. Für die Praxis waren sie uninteressant.

Für die dogmatische Sicht stoßen aber zwei Rechtswelten zusammen: das Recht der Bruchteilsgemeinschaft des BGB und das der Wohnungseigentümergeinschaft. Für das Binnenverhältnis von Bruchteilseigentümern untereinander gilt das BGB, auch für mehrere Miteigentümer eines Sondereigentums (Eigentumswohnung). Sie bilden als solche keine Wohnungseigentümergeinschaft, wie der BGH zutreffend ausführt. Dennoch hat das BayObLG im Fall der Duplexgarage WEG-Recht angewandt und die Eintragung einer Nutzungsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG zugelassen.<sup>5</sup> Ihm folgten

<sup>1</sup> Rpfleger 1979, 81.

<sup>2</sup> Beschluss vom 21.7.1994, 2 Z BR 56/94, MittBayNot 1994, 438 mit Anm. *Schmidt* 1995, 115.

<sup>3</sup> Zitiert beim BGH.

<sup>4</sup> In Bayern war sie seit 1995 durch das BayObLG gedeckt.

<sup>5</sup> Auf die Begründung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

weitere Gerichte, die der BGH auch nennt. Es ging dabei immer um Verfahren zur Eintragung der getroffenen Vereinbarungen im Grundbuch als Inhalt des Wohnungs- bzw. Teileigentums, insbesondere der vorgelegten Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung). Es ging nur um die Zulässigkeit nach dem WEG. Dadurch waren es automatisch WEG-Verfahren vor dem WEG-Gericht, dessen Zuständigkeit nicht besonders begründet werden musste. Anders war die Situation beim nunmehrigen BGH-Fall. Hier ging es um einen Konflikt aus der Nutzungsregelung selbst und die Rechtsposition eines Stellplatznutzers. Hier musste erst geklärt werden, welcher Rechtsweg maßgeblich und welches Gericht zuständig ist: Zivilgericht oder WEG-Gericht? Das Gericht entschied sich wohl begründet für das WEG-Verfahren und -Gericht. Es hätte andernfalls eine kaum mehr lösbare, eigentlich eine unlösbare Situation gegeben. Angesichts der unzähligen Eintragungen von Benutzungsregelungen nach § 15 Abs. 1 WEG in den Grundbüchern im ganzen Bundesgebiet wäre bei Verneinung der Zulässigkeit einer solchen Eintragung ein Heilungsgesetz wohl nicht zu umgehen gewesen. Dennoch musste der BGH eine schwierige dogmatische Hürde überwinden.

Den Boden dazu hatte der BGH in seiner Entscheidung vom 10.5.2012 bereitet,<sup>6</sup> wo er entschied, dass ein Sondernutzungsrecht auch einem Miteigentumsanteil an einem Wohnungseigentum zugeordnet werden kann. Nunmehr lag ihm ein Fall vor, der zur Klärung des Rechtsweges eine klare Entscheidung forderte. Das Gericht stellte dabei die dogmatischen Bedenken hintan zugunsten von „dauerhaften und klaren Nutzungsregelungen“, die vor allem dem Frieden in der Gemeinschaft dienen. Einer Abwägung der Vor- und Nachteile bedurfte es dabei nicht. Die Diskussion darüber gehört der Vergangenheit an. Es ist aber kein „Roma locuta“ oder „Basta“ des BGH, sondern ein echter Dienst am Wohnungseigentum. Die Praxis ist erleichtert. Dem BGH sei Dank gesagt. .... 35 Jahre!

Notar a. D. *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

<sup>6</sup> Urteil vom 10.5.2012, V ZB 279/11, MittBayNot 2013, 133, m. Anm. *Kühnlein* = ZWE 2012, 359, m. Anm. *Armbrüster*.

5. BGB § 1170 Abs. 1, §§ 1171, 1960 (*Rechtsschutzbedürfnis für ein Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekanntenen Erben*)

**Das Rechtsschutzbedürfnis für ein Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekanntenen Erben des eingetragenen Gläubigers eines Buchgrundpfandrechts fehlt nicht deshalb, weil für die unbekanntenen Erben ein Nachlasspfleger bestellt und von diesem die Bewilligung der Löschung des Grundpfandrechts verlangt werden könnte.**

BGH, Beschluss vom 14.11.2013, V ZB 204/12

Der Antragsteller ist Eigentümer von zwei im Land Sachsen-Anhalt belegenen, auf dem im Beschlusseingang bezeichneten Grundbuchblatt eingetragenen Grundstücken. Vorheriger Eigentümer der Grundstücke war der 1922 geborene, in den Vereinigten Staaten von Amerika lebende H H, der aufgrund des Ersuchens des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen vom 28.10.1992 als Eigentümer eingetragen worden war. Auf das behördliche Ersuchen wurden zugleich in der Abteilung III des Grundbuchs zwei Grundpfandrechte über 7.000 Goldmark Darlehen und 3.000 Reichsmark Darlehen jeweils nebst 5 % Zinsen für einen Meister He He in das Grundbuch eingetragen.

Mit notariellem Vertrag vom 17.1.1994 verkaufte H H (im Folgenden Veräußerer) den Grundbesitz für 50.000 DM an den Antragsteller. Zu

dem im Grundbuch eingetragenen Belastungen enthält der Kaufvertrag unter anderem folgende Angaben:

„Der Berechtigte der Rechte in Abt. III ... [der beiden vorgenannten Grundpfandrechte] ist der Bruder des Verkäufers, der unverheiratet am 14.10.1944 verstorben ist. Nach gesetzlicher Rechtsfolge ist er von seinen Eltern beerbt worden, die wiederum – wie bereits dargelegt – von dem Verkäufer beerbt worden sind. Der Verkäufer ist somit Berechtigter der Rechte. Er bewilligt und beantragt deren Löschung im Grundbuch.“

Das Eigentum an dem Grundstück wurde im November 2002 auf den Antragsteller umgeschrieben. Die Löschung der Grundpfandrechte im Grundbuch scheiterte daran, dass ein Erbnachweis für den Veräußerer nach dem als Gläubiger eingetragenen He He nicht beigebracht wurde. Im Jahre 2007 brach der Kontakt des Antragstellers zu dem Veräußerer ab.

Im Juli 2010 hat der Antragsteller die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens nach § 1170 BGB mit dem Ziel beantragt, die unbekanntenen Gläubiger der vorgenannten Grundpfandrechte mit ihren Rechten auszuschließen. Das AG hat den Antrag zurückgewiesen. Das OLG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller seinen Antrag weiter.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in FamRZ 2013, 967 ff., veröffentlicht ist, meint, dass der Antrag von dem AG zu Recht zurückgewiesen worden sei. Der Antragsteller habe nämlich kein rechtlich schützenswertes Interesse an einem Gläubigerausschluss nach § 1170 BGB, weil für die unbekanntenen Erben des eingetragenen Gläubigers eine Nachlasspflegschaft nach §§ 1960 ff. BGB eingerichtet werden könne. Diese verfahrensrechtliche Möglichkeit habe aus verfassungsrechtlichen Gründen Vorrang vor der Durchführung eines Aufgebotsverfahrens nach § 1170 Abs. 1 BGB, das für den Gläubiger zu einem vollständigen Verlust eines eingetragenen Rechts ohne geldwerte Kompensation führe. Das Aufgebotsverfahren sei daher auf die Fälle zu beschränken, in denen die Gläubigerrechte weniger beeinträchtigende Möglichkeiten nicht bestünden.

## III.

1. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft (§ 70 Abs. 1 FamFG) und auch im Übrigen zulässig (§ 71 FamFG). Die gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Einleitung eines Aufgebotsverfahrens nach § 434 Abs. 1 FamFG zulässigen Rechtsbehelfe bestimmen sich nach den Vorschriften über die Rechtsmittel in §§ 58 ff. FamFG (*Keidel/Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl., § 439 Rdnr. 7).

2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Der Antrag auf Einleitung eines Aufgebotsverfahrens hätte nicht mangels Rechtsschutzbedürfnisses zurückgewiesen werden dürfen.

a) Das Beschwerdegericht geht zutreffend davon aus, dass der Gläubiger der im Beschlusseingang genannten Grundpfandrechte im Sinne des § 1170 Abs. 1 Satz 1 BGB unbekannt ist. § 1170 BGB stellt das Aufgebotsverfahren bereits dann zur Verfügung, wenn unsicher ist, wem das Grundpfandrecht zusteht (vgl. BGH, Beschluss vom 3.2.2004, IV 38/03, NJW-RR 2004, 664, 665). Bei Buchhypotheken ist deren Inhaber dann unbekannt, wenn der eingetragene Gläubiger verstorben, aber nicht aufzuklären ist, wer ihn beerbt hat (Senat, Beschluss vom 29.1.2009, V ZB 140/08, NJW-RR 2009, 660, 661 Rdnr. 12).

Dass der Veräußerer des belasteten Grundstücks in dem Kaufvertrag angegeben hat, die Grundpfandrechte seien infolge Vereinigung mit dem Eigentum am Grundstück Eigentümer-



grundschulden geworden (§ 1177 Abs. 1 BGB), steht der Einleitung des Aufgebotsverfahrens nicht entgegen. Dem Fall der Unbekanntheit des Gläubigers ist der Fall gleichzustellen, dass die sich als Gläubiger ausgebende Person – wie hier der Veräußerer – ihr Recht nicht nachzuweisen vermag. In diesem Fall ist das Aufgebotsverfahren mit dem Ziel ihrer Ausschließung zulässig, weil mangels Nachweises ihre Gläubigerschaft unbekannt ist (RGZ 67, 95, 99 f.). Diesen Fall meinte der Gesetzgeber im Gesetz deshalb nicht gesondert erwähnen zu müssen, weil hier ungewiss sei, ob das eingetragene Recht einem anderen als dem Prätendenten zustehe, also ebenfalls unbekannt sei, wer der Berechtigte ist (vgl. Stenografische Berichte der Zweiten Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstag, S. 2787 f. = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, S. 1007).

b) Die Zehn-Jahres-Frist seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung ist ebenfalls verstrichen. Ob – wie es das Beschwerdegericht gemeint hat – die letzten Eintragungen im Sinne dieser Vorschrift die in den Jahren 1930 und 1944 erfolgten Buchungen (über die Bestellung und die Abtretung) waren, ist allerdings nicht zweifelsfrei; es spricht nämlich einiges dafür, dass dies die im Jahr 1992 auf Ersuchen des Amts zur Regelung offener Vermögensfragen erfolgten Wiedereintragungen gewesen sind. Selbst wenn man davon ausginge, dass Eintragungen im Sinne des § 1170 Abs. 1 Satz 1 BGB nur diejenigen Buchungen sind, an deren der Gläubiger mitgewirkt hat (so *Erman/Wenzel*, BGB, 13. Aufl., § 1170 Rdnr. 3; *jurisPK-BGB/Reischl*, 6. Aufl., § 1170 Rdnr. 13, *MünchKommBGB/Eickmann*, 6. Aufl., § 1170 Rdnr. 9; *NK-BGB/Krause*, 3. Aufl., § 1170 Rdnr. 8; *Palandt/Bassenge*, 72. Aufl., § 1170 Rdnr. 2; *RGRK-BGB/Thumm*, 12. Aufl., § 1170 Rdnr. 4; *Staudinger/Wolfsteiner*, 2009, § 1170 Rdnr. 16; a. A. *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 1170 Anm. 2b; *Soergel/Konzen*, BGB, § 1170 Rdnr. 2, nach deren Ansicht auch eine von Amts wegen erfolgte Eintragung die Zehn-Jahres-Frist neu laufen lässt), könnte bei den nach § 18 Abs. 1 Satz 1 VermG in der bis zum 21.7.1992 geltenden Fassung (gemäß der Bekanntmachung vom 18.4.1991, BGBl I 957, 966) wieder eingetragenen Grundpfandrechten insofern etwas anderes gelten, weil die Tatbestandswirkung des Restitutionsbescheids nicht nur die restituierte Eigentumslage, sondern auch die Gläubigerstellung der wieder eingetragenen Grundpfandrechte umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 22.3.2006, IV ZR 6/04, NJW-RR 2006, 1091, 1093 Rdnr. 26). In diesem Fall bedarf es jedoch deshalb keiner Entscheidung der Frage, weil auch eine von 1992 an laufende Zehn-Jahres-Frist bei Eingang des Antrags im Jahre 2010 verstrichen war.

c) Ebenfalls verstrichen war die Zehn-Jahres-Frist seit der letzten Anerkennung des Rechts des Gläubigers durch den Grundstückseigentümer. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich auch insoweit als richtig dar.

aa) Die Fristbestimmung in § 1170 Abs. 1 BGB ist so zu verstehen, dass der Eigentümer mit dem Gläubiger in den zehn Jahren vor der Antragstellung nicht durch als Anerkenntnisse zu wertende Handlungen in Verbindung gestanden haben darf (vgl. KG, OLGZ 1970, 323, 324; *Hallermann*, Die Löschung von Reichs- und Goldmarkhypotheken sowie -grundschulden im Grundbuch, S. 77; *MünchKommBGB/Eickmann*, a. a. O., Rdnr. 10). Für die Nichtanerkennung gilt die gleiche Frist wie für die letzte auf das Grundpfandrecht bezogene Eintragung (allg. Meinung: *Erman/Wenzel*, a. a. O.; *jurisPK-BGB/Reischl*, a. a. O.; *MünchKommBGB/Eickmann*, a. a. O., Rdnr. 7; *NK-BGB/Krause*, a. a. O., Rdnr. 9; *Palandt/Bassenge*, a. a. O., Rdnr. 2; *RGRK-BGB/Thumm*, a. a. O., Rdnr. 5; *Soergel/Konzen*, a. a. O., Rdnr. 2; *Staudinger/Wolfsteiner*, a. a. O., Rdnr. 18).

bb) Anerkannt werden kann das Recht des Gläubigers entsprechend § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch Abschlagszahlung, Zinszahlung oder Sicherheitsleistung oder in anderer sonstiger Weise, wobei hier allein Letzteres in Betracht kommt. Als ein Anerkenntnis in anderer Weise ist auch bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1170 Abs. 1 BGB grundsätzlich jedes tatsächliche Verhalten des Grundstückseigentümers gegenüber dem Gläubiger zu verstehen, aus dem sich das Wissen von dem Bestehen der Schuld unzweideutig ergibt (vgl. KG, OLGZ 1970, 323, 325 zu § 1170 BGB sowie allgemein zu dem zum Neubeginn der Verjährung führenden Anerkenntnis im Sinne des § 212 BGB: BGH, Urteil vom 24.1.1972, VII ZR 171/70, BGHZ 58, 103, 104; BGH, Urteil vom 1.3.2005, VI ZR 101/04, NJW-RR 2005, 1044, 1047 m. w. N.). Ein Anerkenntnis nach § 212 BGB muss allerdings gegenüber dem Berechtigten erfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 30.9.1993, VII ZR 136/92, NJW-RR 1994, 373; *BeckOK-BGB/Henrich*, 28. Edition, § 212 Rdnr. 9; *Erman/Schmidt-Rantsch*, BGB, 13. Aufl., § 212 Rdnr. 4; *jurisPK-BGB/Lakkis*, 6. Aufl., § 212 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Grothe*, 6. Aufl., § 212 Rdnr. 11; *Palandt/Ellenberger*, 72. Aufl., § 212 Rdnr. 7; a. A. *PWW/Kessler*, BGB, 8. Aufl., § 212 Rdnr. 3, nach dessen Ansicht ein Anerkenntnis gegenüber dem vermeintlichen Gläubiger genügt). Ob das so war, lässt sich jedoch nicht feststellen, wenn eine Person, die sich als Inhaber des Grundpfandrechts ausgibt, ihr Gläubigerrecht nicht nachzuweisen vermag. Vor dem Hintergrund, dass ein Anerkenntnis des Gläubigerrechts durch den Grundstückseigentümer in den letzten Jahren das Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB im Interesse des unbekannt Gläubigers ausschließen soll, sind als Anerkenntnis im Sinne dieser Vorschrift alle Handlungen des Eigentümers des belasteten Grundstücks anzusehen, aus denen sich ergibt, dass dieser den Handlungsadressaten als Gläubiger des eingetragenen Rechts anerkennt (vgl. *Hartmann*, Die Löschung von Reichs- und Goldmarkhypotheken sowie -grundschulden im Grundbuch, S. 78; *MünchKommBGB/Eickmann*, 6. Aufl., § 1170 Rdnr. 10).

cc) Ein solches Anerkenntnis der Rechte des eingetragenen Gläubigers in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens liegt hier nicht vor. Der Veräußerer hat die eingetragenen Rechte nicht anerkannt. Ein Grundstückseigentümer, der sich selbst als Inhaber der Grundpfandrechte ausgibt, erkennt die Hypotheken oder Grundschulden nicht als Rechte des eingetragenen Gläubigers an. Der Antragsteller hat die Rechte ebenfalls nicht anerkannt. Der Kaufvertrag enthält zwar die Feststellung, dass die Hypotheken sich in Eigentümergrundschulden umgewandelt hätten. Der Verkäufer hatte jedoch deren Löschung bewilligt und beantragt, so dass die Rechte nicht gegenüber dem Antragsteller fortbestehen sollten. Eine Erklärung des Antragstellers, dass er die von dem Verkäufer behauptete Gläubigerstellung in Bezug auf die zur Löschung zu bringenden Grundpfandrechte damit anerkenne, ergibt sich daraus nicht.

d) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Rechtsansicht des Beschwerdegerichts, ein auf § 1170 BGB gestützter Antrag des Grundstückseigentümers, ein Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekannt Erben des eingetragenen Gläubigers eines Buchgrundpfandrechts einzuleiten, sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses zurückzuweisen, weil für die unbekannt Erben ein Nachlasspfleger bestellt werden könne (§§ 1960, 1961 BGB), dem gegenüber Ansprüche auf Bewilligung der Löschung zu verfolgen seien.

aa) Im Schrifttum wird allerdings vertreten, dass dem Aufgebotsverfahren zur Ausschließung des unbekannt Gläubigers das Rechtsschutzbedürfnis fehle, wenn für die unbekannt Erben des eingetragenen Gläubigers ein Nachlasspfleger bestellt

werden könne (*Heinemann*, NotBZ 2009, 300, 306; *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl., § 449 Rdnr. 3; *Prütting/Helms/Holzer*, FamFG, 3. Aufl., § 449 Rdnr. 3). Dies wird einmal damit begründet, dass die Bestellung eines Nachlasspflegers einen das Aufgebotsverfahren ausschließenden einfacheren und schnelleren Weg zur Klärung der Rechtslage darstelle (*Heinemann*, a. a. O.; *Prütting/Helms/Holzer*, a. a. O.). Zum anderen wird argumentiert, dass die unbekannt Erben des eingetragenen Gläubigers vor der gravierenden Rechtsfolge des § 1170 Abs. 2 BGB geschützt werden müssten, die zu einem entschädigungslosen Rechtsverlust führe. Der Umstand, dass die Erben des eingetragenen Gläubigers unbekannt seien, sei deswegen nicht anders zu behandeln als der Fall, in dem lediglich der Aufenthalt des Gläubigers unbekannt sei. In jenen Fällen ist ein Verfahren nach § 1170 BGB unzulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 3.3.2004, IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664, 665), zur Durchsetzung eines Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Bewilligung der Löschung muss ein Abwesenheitspfleger (§ 1913 BGB) bestellt werden (*Keidel/Zimmermann*, a. a. O.).

bb) Dieser Auffassung ist nicht beizutreten.

(1) Ein Vorrang der klageweisen Durchsetzung von Ansprüchen auf Löschung gegen den unbekannt Gläubiger im Verhältnis zu seiner Ausschließung führenden Aufgebot ist weder in den materiellrechtlichen (§§ 1170, 1171 BGB) noch in den verfahrensrechtlichen Vorschriften (§§ 433 ff. und §§ 447 ff. FamFG) angeordnet worden. Der Senat hat zu dem Verhältnis der zur Herbeiführung der Löschung der Grundpfandrechte unbekannter Gläubiger in Betracht kommenden Verfahren bereits entschieden, dass die Aufgebotsverfahren nach §§ 1170 und 1171 BGB selbständig neben der klageweisen Durchsetzung von Ansprüchen auf Bewilligung der Löschung stehen (Senat, Beschluss vom 29.1.2009, V ZB 140/09, NJW-RR 2009, 660, 661 Rdnr. 9).

(2) Die für den Schutz des unbekannt Gläubigers angeführten Gründe für einen Vorrang der Verfolgung der Ansprüche auf Bewilligung der Löschung der Eintragung gegenüber einem zu bestellenden Nachlasspfleger widersprechen den der Vorschrift des § 1170 BGB zugrundeliegenden Entscheidungen des Gesetzgebers. Der danach von dem Grundstückseigentümer im Aufgebotsverfahren herbeizuführende Ausschließungsbeschluss durchbricht das Konsensprinzip, nach dem die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts nur erfolgen kann, wenn sie von demjenigen, den das Grundbuch als den Berechtigten ausweist, bewilligt wird (Motive III, S. 739 = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, S. 412). Das Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB ist auch für die Fälle eröffnet worden, in denen der Grundstückseigentümer das Erlöschen der Forderung (Hypothek) oder des Rechts selbst (Grundschuld) nicht einmal behaupten kann. Dennoch soll der Grundstückseigentümer nach Ablauf der Zehn-Jahres-Frist durch ein Aufgebotsurteil (nunmehr durch einen Beschluss nach § 439 FamFG) in die gleiche Lage versetzt werden, in der er sich befände, wenn der eingetragene Gläubiger ihm eine löschungsfähige Quittung erteilt hätte (Prot. II, S. 4523 ff. = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, S. 856, 857). Allein das Vorliegen der in § 1170 Abs. 1 BGB bestimmten Voraussetzungen führt demnach dazu, dass der Grundstückseigentümer mit der Rechtskraft des auf seinen Antrag hin ergehenden Abschlussbeschlusses das Grundpfandrecht nach § 1170 Abs. 2 Satz 1 BGB erwirbt, und zwar unabhängig davon, ob der Grundstückseigentümer von dem unbekannt Gläubiger die Löschung aus einem anderen Rechtsgrund hätte verlangen können.

Diese Entscheidung des Gesetzgebers würde durchkreuzt, wenn der Grundstückseigentümer trotz Vorliegens der Voraussetzungen für ein Aufgebotsverfahren in § 1170 Abs. 1 BGB darauf verwiesen werden könnte, seine Ansprüche auf Löschung des Grundpfandrechts gegenüber einem zu bestellenden Pfleger geltend zu machen. Die Durchsetzung von Ansprüchen auf Bewilligung der Löschung setzt nämlich den Nachweis des Erlöschens der grundpfandrechlich gesicherten Forderung voraus. Der Grundstückseigentümer müsste gegenüber einem Pfleger entweder nachweisen können, an den Berechtigten (hier an den wahren Erben) geleistet zu haben, oder aber ein zweites Mal nach §§ 1142, 372 BGB zahlen, um die Löschungsbewilligung zu erlangen (so zutreffend *Schaal*, RNotZ 2008, 569, 590). Das widerspräche dem Zweck der Vorschrift des § 1170 BGB, mit dem Aufgebot zugleich die Unsicherheiten über das Bestehen der Gläubigerrechte auszuschließen (*Schaal*, a. a. O.).

(3) § 1170 BGB enthält demnach eine eindeutige gesetzliche Bestimmung der Voraussetzungen für das Aufgebotsverfahren, die die Gerichte aufgrund ihrer Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) zu befolgen haben und nicht durch das Hinzufügen weiterer ungeschriebener Voraussetzungen teilweise außer Kraft setzen dürfen. Die von dem Beschwerdegericht geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Vorschrift teilt der Senat nicht, da die Rechtsinstitute der Verjährung und der Verwirkung ebenfalls zu einem kompensationslosen Rechtsverlust führen und § 1170 BGB eine sachrechtliche Ausformung des Verwirkungsgedankens gegenüber dem sich zehn Jahre lang um sein Recht nicht kümmernden Gläubiger darstellt (vgl. juris PK-BGB/*Reischl*, a. a. O. Rdnr. 1; MünchKommBGB/*Eickmann*, 6. Aufl., § 1170 Rdnr. 1; RGRK-BGB/*Thumm*, 12. Aufl., § 1170 Rdnr. 3). Anders läge es nur, wenn ein Aufgebot zugelassen werden soll, obwohl nicht alle in § 1170 BGB bestimmten Voraussetzungen vorlägen (zur Unzulässigkeit der analogen Anwendung: BGH, Beschluss vom 3.3.2004, IV ZB 38/03, NJW-RR 2004, 664, 666).

#### IV.

1. Der angefochtene Beschluss ist danach aufzuheben (§ 74 Abs. 5 FamFG). Die Sache ist gemäß § 74 Abs. 6 Satz 2 Hs. 2 FamFG an das AG zurückzuverweisen, das erneut über den Antrag auf der Grundlage der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung und ggf. über die Anordnung weiterer Ermittlungen nach § 450 Abs. 3 FamFG zu entscheiden haben wird.

2. Gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG ist klarstellend auszusprechen, dass in den durchgeführten Rechtsmittelverfahren keine Gerichtskosten zu erheben sind. Ansonsten ist über die Kosten nicht zu entscheiden, weil im Verfahren über eine Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Einleitung eines Aufgebotsverfahrens sich der antragsberechtigte Grundstückseigentümer und der mit seinen Rechten im Aufgebotsverfahren auszuschließende unbekannt Gläubiger nicht wie in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüberstehen (vgl. Senat, Beschluss vom 29.1.2009, V ZB 140/08, WM 2009, 756, 759 Rdnr. 30). Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 131 Abs. 4 i. V. m. § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung verdient uneingeschränkte Zustimmung. Ihr ist auch wenig hinzuzufügen. Ich ergänze sie aber um einige Erläuterungen für solche Leser, die mit dem (nicht mehr ganz) neuen Aufgebotsverfahren nach dem FamFG noch nicht so vertraut sind.

Im entschiedenen Fall war für das Aufgebotsverfahren nach § 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 7 GVG das AG zuständig, und zwar gemäß § 466 Abs. 2 FamFG ausschließlich das des Belegenheitsorts des belasteten Grundstücks. Gegen dessen Beschluss fand nach § 58 Abs. 1 FamFG die Beschwerde statt, und zwar gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 1 lit. b GVG (wie auch die Grundbuchbeschwerde) zum OLG. Die Rechtsbeschwerde gegen die Beschwerdeentscheidung des OLG war statthaft, weil das OLG sie zugelassen hatte (§ 70 Abs. 1 FamFG). Im Beschlussverfahren nach dem FamFG ist die der zivilprozessualen Revision entsprechende Rechtsbeschwerde ausschließlich als Zulassungsbeschwerde ausgestaltet. Eine Nichtzulassungsbeschwerde sieht das FamFG nicht vor. Das OLG hatte die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 70 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) zugelassen. Korrekter wäre es wohl gewesen, die Zulassung auf § 70 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 FamFG („Divergenzbeschwerde“) zu stützen, weil das OLG von dem Beschluss des BGH vom 29.1.2009<sup>1</sup> abgewichen ist; der V. Senat des BGH hatte schon in diesem Beschluss – abweichend von dem Beschluss des IV. Zivilsenats vom 3.3.2004<sup>2</sup> – entschieden, dass ein Aufgebotsverfahren nach § 1170 BGB unabhängig davon statthaft ist, ob vorher erfolglos eine Grundbuchberichtigungs- oder eine andere Klage geführt worden war. Das Fehlen einer Nichtzulassungsbeschwerde kann durchaus auch Missstände befördern. Die Praxis der OLG (wie auch der LG in ZPO-Beschwerdesachen) bei der Zulassung der Rechtsbeschwerde ist durchaus unterschiedlich; neben zulassungsfreudigen Senaten gibt es auch solche, die die Zulassung selbst in Fällen ablehnen, in denen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung klar auf der Hand liegen.

Von besonderem Interesse sind die zutreffenden Ausführungen des Senats unter Rdnr. 20, dass nämlich die zivilprozessuale Durchsetzung von Ansprüchen auf Löschung den Nachweis des Erlöschens der grundpfandrechlich gesicherten Forderung voraussetze, ein Nachweis, den das Gesetz für das Aufgebotsverfahren gerade nicht verlange. Das widerspricht in gewissem Sinn der Entscheidung des Senats vom 4.6.2009<sup>3</sup>, dass es für das Aufgebotsverfahren nicht genüge, dass lediglich der Aufenthaltsort des Gläubigers unbekannt ist. Dies hat der Senat nämlich damit begründet, bei nur unbekanntem Aufenthalt sei die Klage aus § 894 BGB mit öffentlicher Zustellung (§ 203 ZPO) möglich; nunmehr muss man ihm entgegenhalten, dass dies den Nachweis oder – wenn der Beklagte säumig bleibt – zumindest die Behauptung voraussetzt, dass die grundpfandrechlich gesicherte Forderung erloschen ist, was vor allem bei Grundschuldensicherheiten häufig gerade nicht der Fall ist (vgl. Einzelheiten zur Kritik bei *Staudinger/Wolfsteiner*, Bearb. 2009, § 1170 BGB Rdnr. 11 und demnächst Bearb. 2014 Rdnr. 13).

Interessant ist, dass der Senat die Sache nicht an das Beschwerdegericht zurückverweist, sondern von der Möglichkeit Gebrauch macht, sie zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 Hs. 2 FamFG). § 577 ZPO sieht eine solche Möglichkeit für das zivilprozessuale Beschwerdeverfahren nicht vor und auch das FGG kannte keine dahingehende Regelung (die Rückverweisung an die erste Instanz unter Überspringen der Beschwerdeinstanz war allerdings häufig geübte Praxis der FGG-Gerichte).

<sup>1</sup> V ZB 140/08, DNotZ 2009, 544.

<sup>2</sup> IV ZB 38/03, NotBZ 2004, 350 m. Anm. Krause.

<sup>3</sup> V ZB 1/09, NJW-RR 2010, 23, dazu *Schmidt-Räntsch*, ZNotP 2011, 2, 8.

Von Interesse für die Beratung ist schließlich der Hinweis unter Rdnr. 23. Während das AG für die Durchführung des Aufgebotsverfahrens regelmäßig vom Antragsteller Kosten nach KV Nr. 15212 des GNotKG in Höhe von 0,5 fordern wird, besteht häufig Anlass, die Beschwerdegebühr von 1,0 nach KV Nr. 15223 und die Gebühr für die Rechtsbeschwerde von 1,5 nach KV Nr. 15233 in Anwendung des § 81 Abs. 1 FamFG nicht zu erheben, wenn kein Fall des Abs. 2 gegeben ist. Jedenfalls setzt die Erhebung von Kosten im nicht kontradiktorischen Aufgebotsverfahren nach Auffassung des Senats immer voraus, dass das Gericht sie dem Antragsteller bzw. Beschwerdeführer ausdrücklich auferlegt hat.

Notar a. D. Dr. *Hans Wolfsteiner*, München

6. GBO § 27; BGB § 2038 (*Keine wirksame Eigentümerzustimmung zur Löschung eines Grundpfandrechts durch mehrere Miterben*)

**Die Eigentümerzustimmung zur Löschung eines Grundpfandrechts bedarf der Zustimmung sämtlicher Miterben; die Entscheidung einer Mehrheit von Miterben reicht zum Nachweis der Berechtigung nicht aus.**

OLG Hamm, Beschluss vom 5.2.2014, I-15 W 1/14, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

*Aus den Gründen:*

(...)

1. Zustimmung sämtlicher im Grundbuch eingetragenen Miterben

Dieses Zustimmungserfordernis ergibt sich grundbuchverfahrensrechtlich aus § 27 Abs. 1 Satz 1 GBO. Die Vorschrift trägt ihrerseits dem materiellrechtlichen Zustimmungserfordernis nach § 1183 BGB Rechnung, das dem Eigentümer das Recht auf Verfügung über die Rangstelle des Grundpfandrechts erhält. Entgegen der Auffassung der Beschwerde bedarf es grundbuchverfahrensrechtlich zum Vollzug der Löschung der Grundschild der Zustimmung sämtlicher als Miterben eingetragenen Eigentümer. Demgegenüber ist nicht ausreichend der Nachweis, dass die Löschung der Grundschild von der Zustimmung einer Mehrheit der Miterben gedeckt ist. Lediglich im Ausgangspunkt ist der Hinweis der Beschwerde berechtigt, dass nach der neueren Rechtsprechung des BGH (BGHZ 183, 131 = NJW 2010, 765, betreffend die Kündigung eines Mietverhältnisses) Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinne des § 2038 Abs. 1 BGB auch Verfügungsgeschäfte umfassen können, diese also auch im Außenverhältnis unmittelbar wirksam werden können. Diese Entscheidung kann indessen für den grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweis einer Zustimmung der Miterben nicht herangezogen werden. Denn auch nach der herangezogenen Entscheidung des BGH ist die Wirksamkeit einer Verfügung einer Mehrheit von Miterben davon abhängig, dass es sich im Einzelfall sachlich um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinne des § 2038 Abs. 1 BGB handelt (vgl. Tz. 32 der Entscheidung). Dies setzt indessen eine Nachprüfung tatsächlicher Verhältnisse voraus, die im Grundbucheintragungsverfahren nicht stattfindet. Wie mit einer nicht mehr valuierten Grundschild zu verfahren ist, ob die Erbengemeinschaft im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung die Verwertung der Rangstelle des Grundpfandrechts (etwa durch Neuvaluierung) einer Löschung des Rechts vorzieht, ist eine Frage, die individuell von den Verhältnissen der jeweiligen

Erbengemeinschaft und dem Stand einer etwa beabsichtigten Auseinandersetzung abhängt. Diese Fragen können im Grundbucheintragungsverfahren keiner tatsächlichen Überprüfung unterzogen werden. Insbesondere kann es nicht Aufgabe des Grundbuchamtes sein, durch Verwertung anderweitiger Verfahrensakten den Stand der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft festzustellen und auf dieser Grundlage zu beurteilen, ob in tatsächlicher Hinsicht überwiegende Gründe für eine Löschung des Grundpfandrechts bestehen.

Grundbuchverfahrensrechtlich muss die Zustimmungserklärung jedes einzelnen Miterben in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, also durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde, nachgewiesen werden. Die lediglich in privatschriftlicher Form vorgelegten Erklärungen der Beteiligten zu 1) bis 4) sind deshalb bereits in formeller Hinsicht nicht ausreichend. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerde findet ersichtlich keine Grundlage in der gesetzlichen Vorschrift. Die materiellrechtliche Befugnis einer Mehrheit von Miterben, Entscheidungen über die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses zu treffen, befreit nicht von den grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweiserfordernissen.

(...)

7. BGB §§ 1581, 1609; BEEG § 11 (*Auswirkungen des unterhaltsrechtlichen Vorrangs des geschiedenen Ehegatten bei der Billigkeitsabwägung*)

1. **Ist der neue Ehegatte des Unterhaltspflichtigen gegenüber dem geschiedenen Ehegatten nach § 1609 Nr. 3 BGB nachrangig, ist dessen Unterhaltsanspruch im Rahmen der Leistungsfähigkeit grundsätzlich nicht als sonstige Verpflichtung zu berücksichtigen; der unterhaltsrechtliche Vorrang des geschiedenen Ehegatten wirkt sich bei der Billigkeitsabwägung nach § 1581 BGB vielmehr in Höhe des vollen Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen aus, da die Rangvorschriften des § 1609 BGB selbst Ausdruck einer gesetzlichen Billigkeitswertung sind.**
2. **Sind ein geschiedener und ein neuer Ehegatte nach § 1609 BGB gleichrangig, ist im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen eine Billigkeitsabwägung in Form einer Dreiteilung des gesamten unterhaltsrelevanten Einkommens rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden (im Anschluss an Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45).**
3. **Steht der neue Ehegatte des Unterhaltspflichtigen im Bezug von Elterngeld, bleibt der nach § 11 Satz 1 BEEG geschonte Sockelbetrag des Elterngeldes bei der Ermittlung des für die Dreiteilung verfügbaren Gesamteinkommens unberücksichtigt (Fortführung von Senat, Urteil vom 21.6.2006, XII ZR 147/04, NJW 2007, 514 Ls.).**
4. **Übt der neue Ehegatte des Unterhaltspflichtigen wegen der Betreuung der im Haushalt lebenden gemeinsamen minderjährigen Kinder keine Erwerbstätigkeit aus, können ihm bei der Ermittlung des Gesamteinkommens fiktive Erwerbseinkünfte zugerechnet werden, wenn und soweit er im hypothetischen Fall einer Scheidung trotz der Kindesbetreuung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verpflichtet wäre; während der ersten drei Lebensjahre des Kin-**

**des kommt dies aber auch dann nicht in Betracht, wenn der Unterhaltspflichtige als Rentner selbst keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht.**

BGH, Beschluss vom 7.5.2014, XII ZB 258/13

Die mittlerweile im Rentenalter stehenden Beteiligten streiten im Rechtsbeschwerdeverfahren um die Abänderung einer Entscheidung zum nahehelichen Unterhalt für den Zeitraum seit dem 7.4.2011.

Der 1942 geborene Antragsteller und die 1946 geborene Antragsgegnerin heirateten am 30.12.1975. Ihre Ehe, aus der eine im Jahre 1978 geborene Tochter hervorgegangen ist, wurde auf einen am 3.4.2008 zugestellten Scheidungsantrag durch Beschluss des AG vom 12.3.2010 rechtskräftig geschieden. Im Scheidungsverbund wurde der Versorgungsausgleich durchgeführt und der Antragsteller zur Zahlung eines nahehelichen Unterhalts an die Antragsgegnerin verurteilt, dessen Höhe im Berufungsverfahren durch Urteil des OLG vom 29.10.2010 rechtskräftig auf monatlich 1.853 € festgesetzt wurde, davon 1.265 € Elementarunterhalt und 588 € Krankenvorsorgeunterhalt.

Die Antragsgegnerin hatte in den 1970er Jahren an der Universität Frankfurt Philosophie, Psychologie und Romanistik studiert. Nach der Heirat mit dem Antragsteller, einem Umzug nach Hamburg und der anschließenden Geburt der gemeinsamen Tochter gab sie ihr Studium und ihr Promotionsvorhaben auf. Während der Ehezeit versorgte sie die Tochter und war daneben als freiberufliche Übersetzerin – hauptsächlich für den während der Ehe als Hochschullehrer tätig gewesenen Antragsteller – beschäftigt.

Der Antragsteller ist seit dem Jahr 2008 pensioniert. Er bezieht seither ein Ruhegehalt nach beamtenrechtlichen Vorschriften und ist noch freiberuflich wissenschaftlich tätig. Am 28.12.2010 heiratete der Antragsteller seine jetzige Ehefrau, eine bei ihm angestellte wissenschaftliche Mitarbeiterin, die das Studium der Geschichte und Philosophie mit dem Magister abgeschlossen hat. Aus der neuen Ehe ging das am 22.7.2011 geborene Kind G hervor. Seit der Geburt des gemeinsamen Kindes übt die im Jahr 1976 geborene Ehefrau des Antragstellers, die zunächst Mutterschaftsgeld und danach bis zum 21.7.2012 Elterngeld i. H. v. monatlich 608,76 € bezogen hatte, keine Berufstätigkeit mehr aus.

Seit dem 1.12.2011 bezieht die Antragsgegnerin eine gesetzliche Altersrente i. H. v. monatlich zunächst 1.449,14 € (zuzüglich eines Zuschusses zu ihrer privaten Krankenversicherung i. H. v. 105,79 €), die ganz überwiegend auf den im Versorgungsausgleich erworbenen Rentenrechten beruht. Das bis dahin aufgrund des Pensionistenprivilegs ungekürzt gezahlte monatliche (Brutto-)Ruhegehalt des Antragstellers, welches zuvor noch 3.877,46 € betragen hatte, wird seit Dezember 2011 wegen des Versorgungsausgleichs um 1.444,24 € gekürzt.

Auf den am 7.4.2011 zugestellten Abänderungsantrag des Antragstellers hat das AG die im Urteil des OLG vom 29.10.2010 festgesetzte Unterhaltspflicht für die Zeit seit dem 7.4.2011 auf monatlich 1.614 € (davon 588 € Krankenvorsorgeunterhalt) und seit dem 20.7.2011 auf monatlich 1.155,16 € (davon 588 € Krankenvorsorgeunterhalt) herabgesetzt; für den Zeitraum seit dem 1.12.2011 hat es den Antragsteller nur noch zur Zahlung eines Krankenvorsorgeunterhalts in monatlicher Höhe von 207 € verpflichtet gehalten.

Mit ihrer dagegen gerichteten Beschwerde hat die Antragsgegnerin erstrebt, den Abänderungsantrag des Antragstellers für den Zeitraum bis zum 14.12.2011 insgesamt abzuweisen und den in der Ausgangsentscheidung titulierten Unterhaltsanspruch für den Zeitraum seit dem 15.12.2011 noch i. H. v. 677,70 € (davon 637,70 € Krankenvorsorgeunterhalt) aufrechtzuerhalten. Der Antragsteller hat Zurückweisung der Beschwerde beantragt und sich der Beschwerde der Antragsgegnerin mit dem Ziel angeschlossen, seine Unterhaltspflicht für den Zeitraum seit dem 1.12.2011 vollständig wegfallen zu lassen. Das OLG hat der Beschwerde weitgehend stattgegeben und die Anschlussbeschwerde zurückgewiesen. Es hat eine Abänderung der Ausgangsentscheidung für die Zeit bis zum 30.11.2011 insgesamt abgelehnt und der Antragsgegnerin für die Zeit seit dem 1.12.2011 (allein) einen Krankenvorsorgeunterhalt i. H. v. 512,27 € bzw. von 506,85 € zuerkant.

Dagegen wendet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers. Er erstrebt für den Zeitraum bis zum 30.11.2011 eine Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung und für die

Zeit seit dem 1.12.2011 weiterhin den vollständigen Wegfall seiner Unterhaltspflicht.

#### Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg, soweit sie den Unterhaltszeitraum vom 7.4.2011 bis zum 21.7.2011 betrifft; im Übrigen führt sie zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

#### I.

1. Das Beschwerdegericht hat eine Abänderung der Ausgangsentscheidung für den Unterhaltszeitraum zwischen Rechtshängigkeit des Abänderungsantrages am 7.4.2011 und der Geburt des Kindes G am (richtig:) 22.7.2011 abgelehnt und seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Das Familiengericht habe den Antragsteller zu Unrecht als nicht (vollständig) leistungsfähig zur Zahlung des mit der Entscheidung vom 29.10.2010 titulierten Unterhalts an die Antragsgegnerin angesehen. Dies könne nicht daraus hergeleitet werden, dass der Antragsteller nach seiner Wiederverheiratung unter Berücksichtigung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der neuen Ehefrau weniger als den eheangemessenen Selbstbehalt zur Verfügung habe. Die Antragsgegnerin sei der neuen Ehefrau des Antragstellers bis zur Geburt des Kindes unterhaltsrechtlich vorrangig. Die Ehe habe bis zur Zustellung des Scheidungsantrages über 31 Jahre gedauert, so dass der Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin wegen der langen Ehezeit im zweiten Unterhaltsrang (§ 1609 Nr. 2 BGB) einzuordnen sei. Bei dem mit einem Geldbetrag zu veranschlagenden Anspruch der neuen Ehefrau auf Gewährung von Familienunterhalt handle es sich demgegenüber um einen Anspruch nach § 1609 Nr. 3 BGB. Es könne deshalb dahinstehen, ob der Antragsteller in diesem Zeitabschnitt zur Zahlung des nahehelichen Unterhalts an die Antragsgegnerin als auch zur Zahlung von Familienunterhalt an seine Ehefrau leistungsfähig gewesen wäre. Wenn der geschiedene Ehegatte vorrangig sei, bestehe keine Veranlassung, den nachrangigen Unterhalt des neuen Ehegatten bei der Bewertung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen.

Auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse sei eine Änderung des Urteils vom 29.10.2010 nicht veranlasst. Der Antragsteller habe Versorgungsbezüge i. H. v. 3.433,05 € netto. Hiervon seien die eigenen Krankenversicherungsbeiträge des Antragstellers i. H. v. 200,11 € und die an die Antragsgegnerin zu zahlende Steuererstattung i. H. v. 74,33 € abzuziehen. Nach weiterem Abzug des titulierten Krankenvorsorgeunterhalts i. H. v. 588 € verblieben noch 2.570,61 €; hiervon die Hälfte ergebe 1.285,30 € und somit mehr, als nach der Ausgangsentscheidung vom 29.10.2010 als Elementarunterhalt geschuldet sei.

2. Dies hält rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

Der Antragsteller hat sein Abänderungsbegehren für diesen Unterhaltszeitraum auf den Umstand seiner Wiederverheiratung am 28.12.2010 sowie auf ein – infolge gestiegener Krankenversicherungsbeiträge und höherer Steuererstattungen an die Antragsgegnerin – gesunkenes unterhaltsrelevantes Einkommen gestützt. Insoweit handelt es sich um neue Tatsachen, die nach der mündlichen Verhandlung im Ausgangsverfahren entstanden sind (§ 238 Abs. 2 FamFG), aber im Ergebnis nicht zu einer wesentlichen Änderung der für die Unterhaltsbemessung maßgeblichen Verhältnisse führen und damit keine Anpassung der Unterhaltsentscheidung vom 29.10.2010 rechtfertigen.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Beschwerdegericht den Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen. Ohne Auswirkung auf den Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen bleibt eine naheheliche Entwicklung, die keinen Anknüpfungspunkt in der Ehe findet. Dies gilt im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG (vgl. BVerfG, FamRZ 2011, 437 Rdnr. 70) insbesondere für die Unterhaltspflicht gegenüber einem neuen Ehegatten, die erst nach der Scheidung der ersten Ehe eintreten kann (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rdnr. 26). Gleiches gilt umgekehrt für die aus der neuen Ehe hervorgehenden finanziellen Vorteile wie den Splittingvorteil (vgl. BVerfG, FamRZ 2003, 1821, 1823 f.; Senat, Urteil vom 11.5.2005, XII ZR 211/02, BGHZ 163, 84, 90 f. = FamRZ 2005, 1817, 1819 und vom 14.3.2007, XII ZR 158/04, FamRZ 2007, 882 Rdnr. 24) oder sonstige, von der neuen Ehe abhängige Einkommenszuschläge (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rdnr. 26 und vom 28.2.2007, XII ZR 37/05, BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rdnr. 44 ff.).

aa) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Beschwerdegericht den Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin zu Recht ohne Berücksichtigung des Splittingvorteils bemessen, welcher der neuen Ehe des Antragstellers vorbehalten bleibt. Es hat allerdings verkannt, dass die Wiederverheiratung des Antragstellers Auswirkungen auf die unterhaltsrechtliche Behandlung des ihm gewährten Familienzuschlages der Stufe 1 hat, der gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeamtVG zu seinen ruhegehaltfähigen Dienstbezügen gehört. Der Berechnung des Ruhegehalts wird nach § 50 Abs. 1 BeamtVG i. V. m. § 40 Abs. 1 BBesG ein Familienzuschlag der Stufe 1 zugrunde gelegt, wenn der Versorgungsempfänger verheiratet ist oder wenn er geschieden und aus der geschiedenen Ehe mindestens in Höhe dieses Zuschlages zum Unterhalt verpflichtet ist. Ist der Versorgungsempfänger daher seinem geschiedenen Ehegatten unterhaltspflichtig und ist er nach der Scheidung eine zweite Ehe eingegangen, wird ein Familienzuschlag der Stufe 1 bei der Berechnung des Ruhegeldes aus zwei alternativen Rechtsgründen (§ 50 Abs. 1 BeamtVG i. V. m. § 40 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BBesG) berücksichtigt, um damit sowohl die Unterhaltsbelastungen aus der geschiedenen Ehe als auch die aus der neuen Ehe herrührenden wirtschaftlichen Belastungen abzumildern (vgl. auch Senat, Beschluss vom 2.2.2011, XII ZB 133/08, FamRZ 2011, 706 Rdnr. 29). Wird der Familienzuschlag der Stufe 1 mithin wegen der bestehenden (zweiten) Ehe und zugleich wegen einer fortdauernden Unterhaltspflicht aus einer früheren Ehe gezahlt, ist er nach seinem Sinn und Zweck bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau nur hälftig zu berücksichtigen (Senat, Urteil vom 28.2.2007, XII ZR 37/05, BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rdnr. 46 f.; vgl. weiterhin *Wend/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 75; *Niepmann/Schwamb*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 12. Aufl., Rdnr. 65).

bb) Im vorliegenden Fall bewirkt allerdings auch dieser Gesichtspunkt kein Absinken der für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs maßgeblichen Einkünfte des Antragstellers gegenüber den in der Ausgangsentscheidung zugrunde gelegten Einkommensverhältnissen. Die gesamten ruhegehaltfähigen Dienstbezüge des Antragstellers betragen in dem hier relevanten Unterhaltszeitraum seit April 2011 monatlich 5.294,30 €. Wird davon die Hälfte (56,52 €) des Familienzuschlages der Stufe 1 abgesetzt, errechnet sich aus den verbleibenden Bezügen von 5.237,78 € ein (fiktives) monatliches Bruttoruhegehalt i. H. v. 3.800,66 € (entspricht

5.237,78 € x 0,96750 Anpassungsfaktor nach § 69e Abs. 3 BeamVG x 75 % Ruhegehaltsatz). Hierauf hätte der Antragsteller – unter Berücksichtigung des von ihm tatsächlich in Anspruch genommenen monatlichen Steuerfreibetrages – nach der Grundtabelle (Steuerklasse I) Lohnsteuer i. H. v. 375,08 € und Solidaritätszuschlag i. H. v. 20,62 € zu zahlen, so dass sich ein monatliches Nettoruhegehalt i. H. v. 3.404,96 € ergibt. Die Feststellungen des Beschwerdegerichts zur Höhe der abzusetzenden Beträge für die private Krankenversicherung des Antragstellers (200,11 €) und für den steuerlichen Nachteilsausgleich im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme des begrenzten Realsplittings (74,33 €) werden von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen und lassen keine Rechtsfehler erkennen. Damit ergibt sich auf Seiten des Antragstellers ein unterhaltsrelevantes Einkommen in bereinigter Höhe von 3.130,52 €; dies übersteigt sogar noch den Betrag, der in der Ausgangsentscheidung als Grundlage für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin herangezogen worden ist (3.118 €).

b) Mit Recht hat das Beschwerdegericht weiter erkannt, dass die Wiederverheiratung des Antragstellers in dem hier interessierenden Unterhaltszeitraum auch auf die Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit (§ 1581 BGB) keinen Einfluss hat.

aa) Allerdings muss der Unterhaltspflichtige nach § 1581 BGB nur insoweit Unterhalt leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht, wenn er nach seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts den vollen Unterhalt der Unterhaltsberechtigten zu zahlen. Die Leistungsfähigkeit gegenüber einzelnen Unterhaltsberechtigten hängt mithin grundsätzlich auch von weiteren Unterhaltsverpflichtungen als sonstigen Verpflichtungen im Sinne des § 1581 BGB ab.

bb) Im Ausgangspunkt ist das Beschwerdegericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin gegenüber der neuen Ehefrau des Antragstellers unter dem Aspekt der langen Ehedauer (§ 1609 Nr. 2 BGB), der in besonderem Maße den Schutz „traditioneller“ Ehemodelle im Blick hat (vgl. *Menne in Büttel/Poppen/Menne*, Unterhaltsrecht, 2. Aufl., § 1609 BGB Rdnr. 17; *MünchKommBGB/Born*, 6. Aufl., § 1609 BGB Rdnr. 20), unterhaltsrechtlich vorrangig gewesen ist. Die Ehe der Beteiligten hat bis zur Zustellung des Scheidungsantrages mehr als 31 Jahre gedauert, und sie war aufgrund der gewählten Rollenverteilung und der Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von einer engen persönlichen und wirtschaftlichen Verflechtung geprägt (vgl. auch Senat, Beschluss vom 2.2.2011, XII ZB 133/08, FamRZ 2011, 706 Rdnr. 70). Diese beruhte auf dem – unstrittig ehebedingten – Abbruch der akademischen Ausbildung der Antragsgegnerin, der Übernahme der Haushaltsführung und Kinderbetreuung und schließlich auch darauf, dass die Antragsgegnerin ihre spätere Tätigkeit als Übersetzerin in der Ehezeit im Wesentlichen für den Antragsteller entfaltete. Demgegenüber war die neue Ehefrau des Antragstellers bis zur Geburt des Kindes G nach § 1609 Nr. 3 BGB nachrangig; gegen diese Beurteilung erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

cc) Ist der neue Ehegatte gegenüber dem geschiedenen Ehegatten nachrangig, ist dessen Unterhaltsanspruch im Rahmen der Leistungsfähigkeit gegenüber dem geschiedenen Ehegatten grundsätzlich nicht als sonstige Verpflichtung zu berücksichtigen. Der unterhaltsrechtliche Vorrang des geschiedenen Ehegatten wirkt sich im Rahmen des § 1581 BGB vielmehr in Höhe des vollen Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen

Lebensverhältnissen aus, so dass der Unterhaltspflichtige in diesem Umfang regelmäßig auch leistungsfähig ist (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rdnr. 49).

Eine abweichende Beurteilung ergibt sich unter den obwaltenden Umständen auch nicht deshalb, weil die im Rahmen des § 1581 BGB gebotene Billigkeitsabwägung auch solche Verteilungsergebnisse erlaubt, die sich neben dem Rang auf weitere individuelle Umstände stützen, und als zusätzliches Billigkeitskriterium insbesondere berücksichtigt werden kann, ob der Mindestbedarf eines Berechtigten gedeckt ist (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rdnr. 50). Denn es ist grundsätzlich zu beachten, dass der sich aus § 1609 BGB ergebende Rang der Unterhaltsansprüche selbst Ausdruck einer gesetzlichen Billigkeitswertung ist, die den – vollständigen – Vorrang des vom Gesetzgeber als schutzbedürftiger angesehenen Unterhaltsberechtigten sichern soll (*MünchKommBGB/Maurer*, 6. Aufl., § 1609 Rdnr. 20; *Gerhardt/Gutdeutsch*, FamRZ 2011, 772, 775). Dies wird in der Regel – und auch hier – dazu führen, dem vorrangigen geschiedenen Ehegatten den nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Bedarf insgesamt zu belassen und die neue Ehe ergänzend auf die durch den nachrangigen Ehegatten erzielten oder erzielbaren Einkünfte sowie auf die der neuen Ehe vorbehaltenen wirtschaftlichen Vorteile – hier also insbesondere den steuerlichen Splittingvorteil und den hälftigen Familienzuschlag der Stufe 1 – zu verweisen.

## II.

1. Das Beschwerdegericht hat eine Abänderung der Ausgangsentscheidung auch für den Unterhaltszeitraum zwischen der Geburt des Kindes G am 22.7.2011 und dem Eintritt der Antragsgegnerin in die gesetzliche Altersrente (und der damit einhergehenden Kürzung der Versorgungsbezüge des Antragstellers) zum 1.12.2011 abgelehnt.

Hierzu hat es im Wesentlichen das Folgende ausgeführt: Mit der Geburt des Kindes sei für den Antragsteller eine Unterhaltsverpflichtung entstanden, die gemäß § 1609 Nr. 1 BGB sowohl dem Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin als auch dem Unterhaltsanspruch seiner Ehefrau vorgehe. Solange der Antragsteller indessen noch die nicht durch den Versorgungsausgleich gekürzten Versorgungsbezüge bezogen habe, sei er zur Leistung von Unterhalt an seinen Sohn und seine Ehefrau als auch zur Zahlung des (titulierten) Unterhalts an die Antragsgegnerin leistungsfähig gewesen. Der „für die Bemessung seiner Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin gegenüber einzusetzende Kindesunterhalt“ errechne sich aus seinem Nettoeinkommen ohne Berücksichtigung des auf der Wiederverheiratung beruhenden Splittingvorteils. Da der Antragsteller insgesamt drei Personen gegenüber unterhaltspflichtig sei, könne der Kindesunterhalt der Düsseldorfer Tabelle nach Herabstufung um eine Einkommensgruppe entnommen werden; daneben sei der Mehrbedarf des Kindes für seine Krankenversicherungsbeiträge zu berücksichtigen. Das i. H. v. 184 € gezahlte Kindergeld sei gemäß § 1612b Abs. 1 Nr. 2 BGB in voller Höhe auf den Barbedarf des Kindes anzurechnen, weil das Kind im Haushalt beider Eltern lebe und deshalb davon auszugehen sei, dass es von beiden Elternteilen gemeinsam betreut werde. Das von der Ehefrau des Antragstellers bezogene Elterngeld sei in voller Höhe, mithin unter Einbeziehung des Sockelbetrages von 300 €, zu berücksichtigen. Das Elterngeld sei als Teil der Mittel anzusehen, die beiden Eltern für die Lebensführung zur Verfügung stünden. Es widerspräche dieser Regelung, diese Mittel nur einem der beiden Elternteile vorzubehalten. Zwar würden

gemäß § 11 BEEG Unterhaltspflichten durch die Zahlung des Elterngeldes nur insoweit berührt, als diese 300 € monatlich überstiegen. Bei dem Anspruch auf Familienunterhalt handele es sich aber um einen gegenseitigen Anspruch der Ehegatten. Beide seien verpflichtet, mit ihrer Arbeit und ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten; es gelte der Halbteilungsgrundsatz. Dem Sinn dieser Regelung entspreche es, das Elterngeld als Teil des Familieneinkommens anzusehen mit der Folge, dass es den Bedarf der Familie zu diesem Anteil decke.

Bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit gemäß § 1581 BGB könne bei gleichrangigen Unterhaltspflichten darauf abgestellt werden, ob auf die gleichrangigen Unterhaltsberechtigten und die Unterhaltspflichtigen je ein Drittel der zur Verfügung stehenden Mittel entfielen. Dabei könnten im vorliegenden Fall die Beiträge des Antragstellers und der Antragsgegnerin zur Krankenvorsorge vorweg abgezogen werden, zumal die Ehefrau des Antragstellers während der Bezugsdauer des Elterngeldes in der gesetzlichen Krankenversicherung beitragsfrei versichert sei. Werde das (um den Splittingvorteil erhöhte) Nettoeinkommen des Antragstellers um sämtliche zu berücksichtigenden Abzugspositionen (Kindesunterhalt, eigener Krankenversicherungsbeitrag, Krankenvorsorgeunterhalt für die Antragsgegnerin in titulierter Höhe, steuerlicher Nachteilsausgleich) bereinigt, ergebe sich unter Berücksichtigung der Elterngeldbezüge seiner Ehefrau im Rahmen der Dreiteilung ein verteilungsfähiges Einkommen i. H. v. 3.213,37 €. Hiervon ein Drittel betrage 1.071,12 €; werde dieser Betrag wegen der in der neuen Ehe des Antragstellers entstehenden Synergieeffekte zugunsten der Antragsgegnerin um 20 % erhöht, ergebe sich ein Betrag von 1.285,34 € und damit mehr, als zu ihren Gunsten titulierte sei.

2. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

a) Das Beschwerdegericht hat allerdings zunächst zutreffend erkannt, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse gegenüber der Ausgangsentscheidung in diesem Unterhaltszeitraum durch das Hinzutreten der nach § 1609 Nr. 1 BGB vorrangigen Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind und die mit der Kinderbetreuung verbundene Rangverschiebung auf Seiten der neuen Ehefrau verändert haben. Ferner ist das Beschwerdegericht ersichtlich davon ausgegangen, dass der Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen auch durch das Hinzutreten der weiteren Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind G nicht nachteilig berührt worden ist. Auch dies ist zutreffend, weil die Unterhaltspflicht für ein naheheilig geborenes Kind weder in der geschiedenen Ehe angelegt noch bei fortbestehender Ehe mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Diese Beurteilung gilt unabhängig davon, ob das nach Rechtskraft der Scheidung geborene Kind in einer neuen Ehe oder außerehelich geboren worden ist (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rdnr. 27). Auch insoweit hat der Senat seine frühere, auf dem Stichtagsprinzip beruhende Rechtsprechung (Senat, Urteil vom 12.7.1990, XII ZR 85/89, FamRZ 1990, 1091, 1094 und vom 25.2.1987, IVb ZR 36/86, FamRZ 1987, 456, 458 f.) wieder aufgegriffen.

b) Auch die rechtlichen Ausgangspunkte zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit (§ 1581 BGB) des Antragstellers bezeugen keinen grundsätzlichen Bedenken.

aa) Steht – wie in dem hier relevanten Unterhaltszeitraum – der Unterhaltsanspruch einer geschiedenen Ehefrau mit dem hinzutretenden Unterhaltsanspruch der Mutter eines naheheilig geborenen Kindes im gleichen Unterhaltsrang, ist im Rahmen der Billigkeitsprüfung des § 1581 BGB grundsätz-

lich auch die hinzugekommene gleichrangige Unterhaltsverpflichtung zu berücksichtigen. Der geschiedene Ehegatte kann dann nicht mehr den vollen Unterhalt im Wege der Halbteilung verlangen, weil dem Unterhaltspflichtigen nur ein gleich hoher Betrag seines Einkommens verbliebe, der für seinen eigenen Unterhalt und den hinzutretenden gleichrangigen Unterhaltsanspruch zu verwenden wäre. Sowohl dem Unterhaltspflichtigen als auch dem gleichrangig hinzutretenden Unterhaltsberechtigten verbliebe dann deutlich weniger als der geschiedene Ehegatte beanspruchen könnte. Dies führt zu einem relativen Mangelfall zwischen dem Unterhaltspflichtigen und dem geschiedenen Ehegatten, der zu einer Kürzung des Unterhaltsanspruchs nach Billigkeit führen muss. Dem Unterhaltspflichtigen muss im Verhältnis zum geschiedenen Ehegatten somit mehr als die Hälfte des Einkommens verbleiben, um auch den hinzugekommenen gleichrangigen Unterhaltsanspruch bedienen zu können. Wenn der Tatrichter dieser wechselseitigen Beeinflussung im Rahmen der nach § 1581 BGB gebotenen Billigkeit bei gleichrangigen Unterhaltsberechtigten grundsätzlich im Wege der Dreiteilung des vorhandenen Gesamteinkommens aller Beteiligten Rechnung trägt, ist dies aus rechtsbeschwerdrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rdnr. 41 ff.; Senat, Beschluss vom 19.3.2014, XII ZB 19/13, juris Rdnr. 38 f.).

bb) Soweit im Rahmen der Leistungsfähigkeit gegenüber einem geschiedenen und einem gleichrangigen neuen Ehegatten bei der Billigkeitsabwägung eine Dreiteilung des vorhandenen Einkommens erfolgt, ist grundsätzlich das gesamte Einkommen aller Beteiligten zu berücksichtigen. Einzubeziehen sind daher auch der steuerliche Splittingvorteil (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rdnr. 47) und der volle Familienzuschlag der Stufe 1 (vgl. auch Senat, Urteil vom 30.7.2008, XII ZR 177/06, BGHZ 177, 356 = FamRZ 2008, 1911 Rdnr. 52 ff.), weil die Dreiteilung regelmäßig schon zu einer Kürzung der Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten führen wird und es deshalb nicht mehr erforderlich ist, bestimmte Einkommensbestandteile für die neue Ehe zu reservieren.

cc) Es ist aus Rechtsgründen ebenfalls nichts dagegen zu erinnern, dass das Beschwerdegericht den Vorteil des Zusammenwohnens für die Ehegatten der neuen Ehe mit einem Abzug von 10 % ihres Gesamtbedarfs in Ansatz gebracht hat (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rdnr. 46; Senat, Beschluss vom 19.3.2014, XII ZB 19/13, juris Rdnr. 38 f.).

c) Die Feststellungen des Beschwerdegerichts zu den im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 1581 BGB zu berücksichtigenden Einkünften und Verbindlichkeiten der Beteiligten sind allerdings in mehrfacher Hinsicht mit Rechtsfehlern behaftet.

aa) Das Beschwerdegericht hat zunächst übersehen, dass dem Antragsteller schon in dem hier interessierenden Unterhaltszeitraum der kindbezogene Anteil des Familienzuschlages (§ 40 Abs. 2 BBesG) zustand, der einem Versorgungsempfänger gemäß § 50 Abs. 1 Satz 2 BeamVG neben dem Ruhegehalt gewährt wird und im Rahmen einer Billigkeitsabwägung nach § 1581 BGB zu den zu berücksichtigenden Einkünften zählt. Hierdurch ist der Antragsteller allerdings nicht beschwert worden.

bb) Rechtlichen Bedenken begegnen die Erwägungen des Beschwerdegerichts zur Bemessung des vorrangigen Kindesunterhalts für das in der neuen Ehe geborene Kind des Antragstellers.

(1) Lebt das unterhaltsberechtigten Kind im Haushalt des Unterhaltspflichtigen und seines neuen Ehegatten, richtet sich sein Unterhaltsanspruch im Rahmen des Familienunterhalts (§ 1360a Abs. 1 BGB) – abgesehen vom Taschengeld – nicht auf eine Geldzahlung, sondern auf die Gewährung von Wohnung, Nahrung, Kleidung und sonstigen Leistungen in Form von Naturalien. Um im Rahmen des § 1581 BGB die damit einhergehende Einschränkung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen bestimmen zu können, ist es erforderlich, den Anspruch des Kindes auf Leistung von Naturalunterhalt zu monetarisieren. Der Geldwert dieses Naturalunterhaltsanspruchs wird dabei mindestens mit dem (hypothetischen) Anspruch auf Barunterhalt zu veranschlagen sein, den das Kind im Falle einer Trennung seiner Eltern gegen den Unterhaltspflichtigen hätte (vgl. auch OLG Hamburg, FamRZ 1993, 1453, 1455). Dies gebietet auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der minderjährigen Kinder aus neuer und geschiedener Ehe. Denn soweit die Lebensstellung aller Kinder des Unterhaltspflichtigen gleichermaßen durch seine Einkommensverhältnisse bestimmt wird, kann sich für das Kind aus neuer Ehe kein geringerer Unterhaltsbedarf ergeben. Daraus folgt auch, dass der als vorrangige Verbindlichkeit im Rahmen des § 1581 BGB abzuziehende (tatsächliche oder hypothetische) Barunterhaltsanspruch der minderjährigen Kinder unter Einbeziehung aller dem Unterhaltspflichtigen zur Verfügung stehenden Mittel und damit – entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts – auch unter Einschluss des steuerrechtlichen Splittingvorteils zu bemessen ist (Senat, Urteil vom 2.6.2010, XII ZR 160/08, FamRZ 2010, 1318 Rdnr. 21 und vom 17.9.2008, XII ZR 72/06, BGHZ 178, 79 = FamRZ 2008, 2189 Rdnr. 30).

(2) Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass der Abzug des vorrangigen Kindesunterhalts bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners für den Ehegattenunterhalt mit dem um das (ggf. anteilige) Kindergeld geminderten Zahlbetrag vorzunehmen ist (Senat, Urteil vom 24.6.2009, XII ZR 161/08, FamRZ 2009, 1477 Rdnr. 21 ff.). Soweit das Beschwerdegericht indessen auf den Unterhaltsanspruch des Kindes G das volle gesetzliche Kindergeld i. H. v. 184 € angerechnet hat, begegnet dies rechtlichen Bedenken.

Nach § 1612b Abs. 1 Nr. 1 BGB ist das auf das Kind entfallende Kindergeld zur Hälfte zur Deckung seines Barbedarfs zu verwenden, wenn ein Elternteil im Sinne von § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB seine Unterhaltungspflicht durch Betreuung des Kindes erfüllt. In allen anderen Fällen erfolgt die Anrechnung des Kindergeldes gemäß § 1612b Abs. 1 Nr. 2 BGB in voller Höhe. Die Anrechnungsregel des § 1612b Abs. 1 Nr. 1 BGB ist auf getrennt lebende Eltern zugeschnitten, in denen (nur) einer der beiden Elternteile das minderjährige Kind betreut, während der nicht betreuende Elternteil zur Zahlung einer Geldrente als Barunterhalt verpflichtet ist. Mit der Auffangvorschrift des § 1612b Abs. 1 Nr. 2 BGB wollte der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs solche Fälle in den Blick nehmen, in denen das Kind entweder wegen Volljährigkeit einer Betreuung nicht mehr bedarf oder die Betreuung eines minderjährigen Kindes (etwa bei Fremdunterbringung) nicht wenigstens durch einen der beiden Elternteile erfolgt und deshalb nur Barunterhalt zu leisten ist (vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 30).

Keine dieser Konstellationen, die der Gesetzgeber den Anrechnungsregeln in § 1612b Abs. 1 BGB zugrunde gelegt hat, liegt hier vor. Aus dem Gesetz lässt sich die Frage, in welcher Höhe das gesetzliche Kindergeld auf den monetari-

sierten Naturalunterhaltsanspruch eines von beiden Eltern teilen im gemeinsamen Haushalt betreuten minderjährigen Kindes anzurechnen ist, nicht unmittelbar beantworten. Die Halbanrechnung des Kindergeldes beruht auf der gesetzgeberischen Erwägung, dass betreuende Elternteile bei der Erbringung ihrer Betreuungsleistungen unterstützt werden sollen (BT-Drucks. 16/1830, S. 30). Dieser Zweck wird auch bei der Betreuung des Kindes in der intakten Familie nicht verfehlt. Wenn – wie hier – der Barunterhaltsbedarf des in der neuen Ehe geborenen Kindes allein nach den Einkommensverhältnissen des Unterhaltspflichtigen bemessen wird, weil der neue Ehegatte keine oder nur sehr geringe Geldbeträge zum Familienunterhalt beisteuern kann, ist es demnach sachgerecht, das Kindergeld auf den so ermittelten hypothetischen Barunterhaltsanspruch des in der Familie betreuten Kindes nur zur Hälfte anzurechnen. Jede andere Handhabung würde den nachrangigen Unterhaltsberechtigten einen zu hohen Anteil an der Verteilungsmasse zur Verfügung stellen und zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung mit minderjährigen Kindern aus geschiedener Ehe des Unterhaltspflichtigen führen.

cc) Rechtsfehlerhaft ist ferner die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass der Sockelbetrag des von der Ehefrau des Antragstellers bezogenen Elterngeldes in die Ermittlung des Gesamteinkommens einzubeziehen sei.

Nach § 11 Satz 1 BEEG werden Unterhaltsverpflichtungen durch die Zahlung des Elterngeldes nur insoweit berührt, als die Zahlung 300 € monatlich übersteigt. § 11 Satz 1 BEEG umschreibt die „Unterhaltsverpflichtungen“ nicht näher, nimmt insoweit aber auch keine Einschränkungen vor, so dass die Schonung des Sockelbetrages von 300 € grundsätzlich Unterhaltsverpflichtungen jeder Art umfasst (*Buchner/Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Aufl., § 11 BEEG Rdnr. 7 m. w. N.). Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts betrifft dies auch Unterhaltspflichten zwischen zusammenlebenden Ehegatten (v. *Koppenfels-Spies* in *Kreikebohm*, Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., § 11 BEEG Rdnr. 2).

Dementsprechend hatte der Senat – unter der Geltung des Bundeserziehungsgeldgesetzes und der früheren unterhaltsrechtlichen Rangvorschriften – entschieden, dass das an die zweite Ehefrau eines den minderjährigen Kindern aus erster Ehe unterhaltspflichtigen Unterhaltsschuldners ausgezahlte Erziehungsgeld auch dann nach § 9 Satz 1 BERzGG a. F. unbeachtlich zu bleiben hatte, wenn der Anspruch der zweiten Ehefrau auf Familienunterhalt mit dem Kindesunterhalt im gleichen Rang stand und die Nichtberücksichtigung des Erziehungsgeldes zu einem absoluten Mangelfall und damit zu einer quotalen Kürzung des geschuldeten Kindesunterhalts führte (Senat, Urteil vom 21.6.2006, XII ZR 147/04, FamRZ 2006, 1182, 1183 f.). Auf der Grundlage dieser Senatsrechtsprechung kommt es – auch mit Blick auf die sozialpolitische Zielsetzung des § 11 Satz 1 BEEG – erst recht nicht in Betracht, den geschonten Sockelbetrag des von der Ehefrau des Antragstellers bezogenen Elterngeldes in eine Billigkeitsentscheidung nach § 1581 BGB einzubeziehen, um im Gefolge der damit einhergehenden Kürzung des monetarisierten Familienunterhaltsanspruchs die für die Bedienung der gleichrangigen Unterhaltsansprüche der Antragsgegnerin verfügbaren Mittel zu erhöhen (vgl. auch OLG Bremen, FamRZ 2009, 343, 344; OLG Hamm, Beschluss vom 13.6.2013, 4 UF 9/13, juris Rdnr. 114). Ein Fall des § 11 Satz 4 BEEG liegt nicht vor und auch die dieser Ausnahmenvorschrift zugrundeliegenden Rechtsgedanken kommen ersichtlich nicht zum Tragen.



## III.

Für den Unterhaltszeitraum seit Rentenbezug der Antragsgegnerin ab dem 1.12.2011 hat das Beschwerdegericht ihr einen Krankenvorsorgeunterhalt in wechselnder Höhe, zuletzt i. H. v. monatlich 506,85 € zugesprochen. Dabei hat es der Ehefrau des Antragstellers im Rahmen der Ermittlung des für die Dreiteilung auf der Ebene der Leistungsfähigkeit zur Verfügung stehenden Gesamteinkommens seit August 2012, d. h. für die Zeit nach dem Ende des Elterngeldbezuges, fiktive Erwerbseinkünfte in monatlicher Höhe von 560 € brutto zugerechnet und diese Entscheidung wie folgt begründet:

1. Die Ehefrau des Antragstellers treffe in dieser Zeit jedenfalls die Verpflichtung zur Ausübung einer Teilzeittätigkeit. Zwar sei ihr gleichrangiger Anspruch auf Familienunterhalt hypothetisch entsprechend dem Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gemäß § 1570 BGB zu ermitteln. Dieser sei grundsätzlich bei einer Betreuung eines noch nicht dreijährigen Kindes gegeben, ohne dass den betreuenden Elternteil eine Erwerbsobliegenheit treffe. Die Monetarisierung diene der Vergleichbarkeit der Ansprüche bei konkurrierenden Ansprüchen mehrerer Unterhaltsberechtigter. Voraussetzung für die Heranziehung der Unterhaltstatbestände sei allerdings die Gleichartigkeit der Lebensverhältnisse, auf die der Unterhaltsanspruch abstelle. Der Unterhaltsanspruch gemäß § 1570 BGB, der allein aus Gründen des Kindeswohls zur Sicherstellung persönlicher Erziehung und Pflege des Kindes in den ersten drei Lebensjahren gewährt werde, betreffe aber nicht die Lebenssituation, in der sich die Ehefrau des Antragstellers befinde. Der Antragsteller und seine Ehefrau seien nicht getrennt. Der Antragsteller sei in seinem Beruf nur noch gelegentlich tätig, so dass der Anspruch des Kindes G auf persönliche Betreuung deshalb teilweise auch durch den Vater erfüllt werden könne. Soweit sich der Antragsteller darauf berufe, dass ihm die Betreuung des Kindes aus Altersgründen nicht mehr zugemutet werden könne, sei dem entgegenzuhalten, dass er sich im „Großvateralter“ befinde und Großeltern häufig einen Teil der Betreuungsaufgaben bei ihren Enkelkindern übernehmen. Da keine besonderen gesundheitlichen Belastungen vorgetragen seien, könne es dem Antragsteller zugemutet werden, seine Ehefrau teilweise von den Betreuungsaufgaben zu entlasten, damit diese beruflich tätig werden und zum eigenen Unterhalt beitragen könne. Es sei zwar nachvollziehbar, dass die Ehefrau des Antragstellers mit ihrem Studienabschluss nur schwierig einen Arbeitsplatz finden könne. Sie müsse sich aber auch auf berufsfremde Tätigkeiten, etwa als Büroangestellte, verweisen lassen, wo es ihr zumutbar und möglich sei, ein monatliches Bruttoeinkommen i. H. v. 560 € zu erzielen.

2. Dies hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

a) Die Ehegatten sind gemäß § 1356 BGB berechtigt, ihre Rollenverteilung in der Ehe frei zu wählen und dadurch Ansprüche auf Familienunterhalt gegeneinander zu begründen. Es ist deshalb grundsätzlich nichts dagegen zu erinnern, wenn die Ehegatten – wie hier – einvernehmlich beschließen, dass der Partner eines bereits aus Altersgründen nicht mehr erwerbstätigen und Alterseinkünfte beziehenden Ehegatten seine Berufstätigkeit aufgeben oder einschränken solle, um sich der persönlichen Betreuung eines gemeinsamen minderjährigen Kindes zu widmen. Im vorliegenden Fall könnte die Rollenwahl in der neuen Familie des Antragstellers schon deshalb nicht dem Verdikt des Rechtsmissbrauchs unterworfen werden, weil die Ehegatten – was das Beschwerdegericht auch grundsätzlich nicht zu bezweifeln scheint („Großvateralter“) – zu der Beurteilung gelangen durften, dass sich die bei

Geburt des Kindes 35-jährige Ehefrau des Antragstellers besser zur Betreuung und Versorgung eines Kleinkindes eignet als der seinerzeit im 70. Lebensjahr stehende Antragsteller.

b) Allerdings muss im Fall der unterhaltsrechtlichen Konkurrenz eines geschiedenen Ehegatten mit dem jetzigen Ehegatten berücksichtigt werden, dass durch die von den Ehegatten der neuen Ehe gewählte Rollenverteilung der bestehende Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten nicht über Gebühr geschmälert werden darf. Dies ergibt sich vor allem aus der gesetzlichen Wertung des § 1609 Nr. 2 BGB, wonach im Falle der Unterhaltskonkurrenz zwischen geschiedenem und neuem Ehegatten beim neuen Ehegatten nicht auf den Familienunterhalt, sondern darauf abzustellen ist, ob er „im Falle einer Scheidung“ wegen Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtigter wäre. Dem liegt die allgemeine Billigkeitserwägung zugrunde, dass der neue Ehegatte des Unterhaltspflichtigen seine Erwerbsmöglichkeiten in gleicher Weise ausschöpfen soll, wie es auch von dem geschiedenen Ehegatten in einer vergleichbaren Lebenssituation erwartet werden würde (vgl. Senat, Urteil vom 18.11.2009, XII ZR 65/09, BGHZ 183, 197 = FamRZ 2010, 111 Rdnr. 49).

c) Die Erwerbsobliegenheit eines kinderbetreuenden Ehegatten bestimmt sich daher auf der Grundlage einer hypothetischen Betrachtung der Verhältnisse, wie sie sich im Falle einer Scheidung der neuen Ehe darstellen würden. Mit der Einführung des Basisunterhalts bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres (§ 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB) hat der Gesetzgeber dem betreuenden Elternteil die freie Entscheidung eingeräumt, ob er das Kind in dessen ersten drei Lebensjahren selbst erziehen oder andere Betreuungsmöglichkeiten – hierzu gehören grundsätzlich auch Betreuungsangebote des anderen Elternteils – in Anspruch nehmen will (Senat, Urteile vom 6.5.2009, XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 Rdnr. 25 und vom 18.3.2009, XII ZR 74/08, BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 20). Eine Erwerbsobliegenheit des betreuenden Ehegatten besteht in diesem Zeitraum nicht, was das Beschwerdegericht im rechtlichen Ausgangspunkt auch erkannt hat. Die vom Beschwerdegericht angeführten Gesichtspunkte rechtfertigen es indessen nicht, die Ehefrau des Antragstellers in Abweichung von den vorgenannten Grundsätzen für erwerbspflichtig zu halten und ihr ein fiktives Erwerbseinkommen zuzurechnen.

aa) Eine Erwerbsobliegenheit im Basisunterhaltszeitraum kann für die Ehefrau des Antragstellers nicht damit begründet werden, dass sie tatsächlich nicht von dem Antragsteller getrennt lebe und sich ihre Lebenssituation daher von einem getrennt lebenden Betreuungselternteil unterscheide. Das Auseinanderfallen von tatsächlichen und gedachten Verhältnissen liegt in der Natur einer hypothetischen Betrachtungsweise.

bb) Es kann ebenfalls nicht ausschlaggebend sein, dass der pensionierte Antragsteller allenfalls noch sporadisch wissenschaftlichen Tätigkeiten nachgeht und deshalb an sich für die Betreuung des Kindes zur Verfügung stehen würde.

Der im Rentenalter stehende Antragsteller ist gegenüber der Antragsgegnerin nicht mehr zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verpflichtet (vgl. Senat, Urteil vom 11.7.2012, XII ZR 72/10, FamRZ 2012, 1483 Rdnr. 28 und vom 12.1.2011, XII ZR 83/08, BGHZ 188, 50 = FamRZ 2011, 454 Rdnr. 20). Die der Rollenwahl in der neuen Ehe des Antragstellers zugrundeliegende Lebenssituation ist schon deshalb nicht mit den Fällen des Rollentausches vergleichbar, auf denen die sog. Hausmann-Rechtsprechung des Senats (vgl. dazu Senat, Urteil vom 5.10.2006, XII ZR 197/02, BGHZ 169, 200, 205 f.

= FamRZ 2006, 1827, 1828 m. w. N.) beruht. Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass in der Ehe des Antragstellers eine Art „umgekehrter Rollentausch“ vorgenommen worden sei, bei dem es der nicht mehr berufstätige Antragsteller seiner neuen Ehefrau (die keine Unterhaltspflichten gegenüber der Antragsgegnerin hat) durch Übernahme von Betreuungsaufgaben ermöglichen müsse, im Unterhaltsinteresse der Antragsgegnerin zeitweise wieder eine Erwerbstätigkeit auszuüben, lässt sich mit den Maßstäben des § 1570 BGB, die kraft gesetzlicher Wertung in § 1609 Nr. 2 BGB für die Rangfolge konkurrierender Unterhaltsansprüche zwischen neuem und geschiedenem Ehegatten maßgeblich sind, nicht in Einklang bringen. Denn unabhängig von der zwischen den Beteiligten streitigen Frage, ob und in welchem Umfang der Antragsteller zur Betreuung seines Kindes (noch) in der Lage ist, müsste sich die Ehefrau des Antragstellers als geschiedener Ehegatte im Basisunterhaltszeitraum bei hypothetischer Beurteilung ihres Unterhaltsanspruches nach § 1570 BGB nicht auf Betreuungsangebote des Antragstellers einlassen, um in dieser Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können. Wäre daher die Auffassung des Beschwerdegerichts richtig, würde damit der Ehefrau des Antragstellers gegenüber der Antragsgegnerin (faktisch) eine stärkere Erwerbsobliegenheit auferlegt, als im Falle der Scheidung gegenüber dem Antragsteller selbst bestünde.

#### IV.

Die angefochtene Entscheidung kann daher für die Unterhaltszeiträume nach der Geburt des Kindes G am 22.7.2011 keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil weitere tatrichterliche Feststellungen und Würdigungen erforderlich sind.

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

a) Das Beschwerdegericht hat sich an die rechtliche Beurteilung durch das Gericht der Ausgangsentscheidung gebunden gesehen, wonach der im Oktober 2010 erfolgte Kirchenbeitritt des Antragstellers nicht als eheprägend zu berücksichtigen sei, und es hat folgerichtig die Belastung der Versorgungsbezüge des Antragstellers mit Kirchensteuern bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Antragsgegnerin unberücksichtigt gelassen. Ob das Beschwerdegericht – was aus Rechtsgründen nicht ausgeschlossen wäre – die von dem Antragsteller aufgrund des nachträglichen Kirchenbeitritts zu zahlende Kirchensteuer gleichwohl als berücksichtigungsfähige „sonstige Verpflichtung“ im Rahmen des § 1581 BGB ansehen will, lässt sich der Beschwerdeentscheidung nicht entnehmen. Denn das Beschwerdegericht hat die in die Dreiteilung eingestellten Einkünfte für einige Unterhaltszeiträume (2012) mit und für andere Unterhaltszeiträume (2013) ohne Abzug von Kirchensteuern ermittelt.

b) Bei der – ggf. fiktiven – Besteuerung der Versorgungsbezüge des Antragsgegners sind für die Unterhaltszeiträume seit dem 22.7.2011 auch die kindbezogenen steuerlichen Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG zu berücksichtigen.

c) Ein Solidaritätszuschlag i. H. v. 5,5 % der Einkommensteuer wird vom Steuerpflichtigen nur erhoben, wenn die als Bemessungsgrundlage herangezogene Einkommensteuer für zusammen veranlagte Ehegatten mehr als 1.944 € beträgt (§ 3 Abs. 3 Nr. 1 SolZG). Dies ist bereits nach den – ohne Berücksichtigung der Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG durchgeführten – fiktiven Steuerberechnungen des Beschwerdegerichts für die Jahre 2012 und 2013 durchgehend nicht der Fall gewesen.

d) Gegen die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass ein verbleibender Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin nicht

nach § 1578b BGB zu begrenzen sei, lassen sich keine rechtlichen Bedenken erheben.

2. Auch das Beschwerdegericht geht offensichtlich – und grundsätzlich auch zu Recht – davon aus, dass die Frage der hypothetischen Erwerbsobliegenheit der Ehefrau des Antragstellers mit Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes G. im Juli 2014 erneut zu beurteilen sein wird. Die Zurückverweisung der Sache gibt dem Beschwerdegericht aber auch Gelegenheit zur Befassung mit dem in der Rechtsbeschwerdeinstanz neu gehaltenen Vortrag des Antragstellers, dass seine Ehefrau wieder schwanger sei.

8. BGB §§ 313, 516 Abs. 1 (*Vermögenszuwendung innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zur Absicherung ist keine Schenkung*)

1. **Die Zuwendung eines Vermögenswerts, die der Absicherung des anderen Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für den Fall dienen soll, dass der Zuwendende während des Bestands der Lebensgemeinschaft verstirbt, ist regelmäßig keine Schenkung, sondern eine gemeinschaftsbezogene Zuwendung.**
2. **Die Zuwendung kann wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückzugewähren sein, wenn die Lebensgemeinschaft nach der Zuwendung scheidet.**

BGH, Urteil vom 6.5.2014, X ZR 135/11

Der Kläger verlangt Rückzahlung einer Zuwendung, die er an die während des Verfahrens verstorbene vormalige Beklagte (nachfolgend die Beklagte) während der Dauer einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geleistet hat.

Die Parteien lebten ab 2003 zunächst in der Wohnung der Beklagten und von Mitte 2005 bis 2008 in der Wohnung des Klägers in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Der Kläger war Inhaber eines Sparbriefs i. H. v. 50.000 €. Im Mai 2007 begaben sich die Parteien auf eine mehrmonatige gemeinsame Europareise. Am 9.5.2007, kurz vor der geplanten Abreise, veranlasste der Kläger die Teilung des Sparbriefs. Ein neuer Sparbrief über einen Betrag von 25.000 € und für eine Laufzeit bis zum 27.10.2009 wurde auf den Namen des Klägers, ein zweiter mit dem gleichen Inhalt auf die Beklagte ausgestellt und ein Zeichnungsschein von ihr unterschrieben. Am 10.5.2007 errichtete der Kläger ein notarielles Testament, in dem er die Beklagte mit einem Vermächtnis von 15.000 € bedachte, verbunden mit der Auflage, ihn orts- und standesüblich zu beerdigen und die Grabstätte in ortsüblicher Weise zu pflegen. Anfang Oktober 2008 zog die Beklagte aus der Wohnung des Klägers aus. Dieser forderte sie nach der Trennung erfolglos auf, den auf ihren Namen lautenden Sparbrief zurückzugeben. Mit der Klage hat er zunächst dessen Herausgabe begehrt und verlangt nunmehr nach Auflösung des Sparbriefs und Gutschrift des Geldbetrags auf einem Konto der Beklagten die Zahlung von 25.000 € zuzüglich Zinsen.

Das LG hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht nach erneuter Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Klägers, mit der er den Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiterverfolgt.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichts und Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils (§ 563 Abs. 3 ZPO).

#### I.

Das Berufungsgericht hat angenommen, es spreche viel dafür, dass es sich bei der Zuwendung des Sparbriefs an die Beklagte um eine Schenkung und nicht um eine unbenannte

Zuwendung unter Lebenspartnern handle. Der Kläger habe nach seinen Angaben die Vorstellung gehabt, mit seiner Zuwendung eine Absicherung der Beklagten vorzunehmen, falls ihm auf der bevorstehenden Europareise etwas zustößen sollte. Danach habe die Zuwendung nicht der Verwirklichung oder Ausgestaltung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dienen und ihm selbst denkbare nicht mehr zugutekommen sollen. Sofern man eine Schenkung bejahen wolle, ließen sich jedenfalls die Voraussetzungen eines Schenkungswiderrufs wegen groben Undanks (§ 530 Abs. 1, § 531 Abs. 2 BGB) nicht feststellen.

Auch wenn die Überlassung des Sparbriefs als unbenannte Zuwendung zu werten sein sollte, bestehe kein Rückforderungsanspruch gegen die Beklagte. Die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs wegen Zweckverfehlung nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB seien nicht erfüllt. Voraussetzung hierfür sei, dass mit dem Empfänger der Leistung eine Willensübereinstimmung über einen mit der Leistung verfolgten Zweck erzielt worden sei. Der Kläger habe den ihm obliegenden Nachweis für eine entsprechende konkrete Zweckvereinbarung zwischen den Parteien nicht erbracht. Auch nach der erneuten Vernehmung der hierzu vom LG gehörten Bankangestellten sei der genaue Ablauf des Geschehens am 9.5.2007 unklar geblieben. Bei der Unterzeichnung des Zeichnungsscheins seien jedenfalls keine näheren Gespräche über den Zweck der Zuwendung an die Beklagte geführt worden. Auch nach dem Vorbringen des Klägers könne nicht angenommen werden, dass er die Zuwendung des Sparbriefs an die Fortdauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft habe knüpfen wollen. Nach seiner Vorstellung hätte die Lebensgemeinschaft während der Europareise durch seinen Tod beendet werden können, und für diesen Fall habe er eine Absicherung der Beklagten gewünscht. Der Kläger könne seinen Rückforderungsanspruch auch nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage stützen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und dem eigenen Vortrag des Klägers lasse sich nicht feststellen, dass Geschäftsgrundlage der Zuwendung des Sparbriefs die für die Beklagte erkennbare Erwartung gewesen sei, die nichteheliche Lebensgemeinschaft werde über die Europareise hinaus dauerhaften Bestand haben. Mit der Zuwendung habe der Kläger vielmehr für eine Absicherung der Beklagten für den Fall seines Todes sorgen wollen. Die Möglichkeit eines späteren Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft habe der Kläger, der bei seiner Anhörung immer wieder betont habe, mit der Beklagten über die Reise hinaus in einer schönen Gemeinschaft gelebt zu haben, erkennbar nicht in seine Überlegungen aufgenommen.

## II.

Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis offen gelassen, ob es sich nach dem Vortrag des Klägers bei der Übertragung des Sparbriefguthabens auf die Beklagte um eine Schenkung oder um eine unbenannte Zuwendung im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft handelte. Die rechtliche Würdigung ergibt, dass Letzteres zutreffend ist.

a) Nach der Rechtsprechung des BGH liegt eine Schenkung unter Ehegatten vor, wenn die Zuwendung nach deren Willen unentgeltlich im Sinne echter Freigiebigkeit erfolgt und nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Ehe geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird. Demgegenüber handelt es sich um eine ehebezogene Zuwendung, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen

Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde. Die Zuwendung führt mithin nicht zu einer frei disponiblen Bereicherung (BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 Rdnr. 16). Dass die Zuwendung in diesem Sinn der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollte, bedarf der tatrichterlichen Feststellung (BGH, Urteil vom 13.11.2012, X ZR 80/11, NJW-RR 2013, 618 = MDR 2013, 138 Rdnr. 8; Urteil vom 28.3.2006, X ZR 85/04, NJW 2006, 2330). Für Zuwendungen zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelten die gleichen Grundsätze.

b) Mit der Übertragung des Sparbriefs, mit der der Kläger der Beklagten zu seinen Lebzeiten einen beträchtlichen Teil seines damaligen Geldvermögens zugewandt hat, wollte er seine Lebensgefährtin für einen denkbaren Unglücksfall absichern. Der zugewandte Betrag war nicht zur freien Verfügung und nicht zum Verbrauch bestimmt, sondern diente der Vorsorge für den Lebensunterhalt seiner Partnerin, sollte die Lebensgemeinschaft unvorhergesehen durch den Tod des Klägers enden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt in einem solchen Fall dem Umstand keine entscheidende Bedeutung zu, dass der Zuwendende nach seinem Ableben an dem zugewandten Vermögenswert nicht mehr partizipieren könnte. Entscheidend ist vielmehr der auf die Lebensgemeinschaft bezogene Zweck, der zum Zeitpunkt der Zuwendung mit dieser verfolgt wird. Dass der Kläger im Streitfall – jedenfalls primär – das Ziel verfolgt hat, die Beklagte für den Fall eines während der unmittelbar bevorstehenden Reise und damit kurzfristig eintretenden Unglücksfalls abzusichern, darf nicht den Blick dafür verstellen, dass der zugewandte Betrag während der bestehenden Lebensgemeinschaft mit dem Kläger in das Vermögen der Beklagten übergehen und sie damit gerade als seine Lebensgefährtin vor den finanziellen Folgen eines die Lebensgemeinschaft treffenden Schicksalsschlages geschützt werden sollte. Ein solches Verhalten ist Ausdruck einer gegenüber der Partnerin empfundenen Fürsorglichkeit und Verantwortung, die auf Vertrauen und auf einer aus der gelebten Beziehung resultierenden besonderen persönlichen Bindung beruht. Die Zuwendung war somit ein Akt der über den für möglich gehaltenen Tod hinausreichenden Solidarität unter den Lebensgefährten und stärkte deren Bindung aneinander. In diesem Sinne kam der zugewandete Gegenstand der Lebensgemeinschaft und auch dem Kläger selbst im Zusammenleben mit der Beklagten zugute.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Geschäftsgrundlage der Zuwendung sei nicht weggefallen, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Nach ständiger Rechtsprechung sind Geschäftsgrundlage eines Vertrages die nicht zum Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien sowie die der einen Partei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242 Rdnr. 18, 24; BGHZ 177, 193 Rdnr. 40, 44 m. w. N.). Ein Ausgleichsanspruch aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt bei gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen sonach in Betracht, soweit diesen die Vorstellung oder Erwartung zugrundeliegt, die Lebensgemeinschaft werde Bestand haben (BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880 Rdnr. 19).

b) Diese Voraussetzung hat das Berufungsgericht zu Unrecht mit der Erwägung verneint, der Kläger, der mit der Zuwendung für eine Absicherung der Beklagten für den Fall seines Todes habe sorgen wollen, habe die Möglichkeit eines Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erkennbar nicht in Betracht gezogen. Dass der Zuwendende die Möglichkeit eines Scheiterns der Ehe oder Lebensgemeinschaft nicht in Betracht zieht, ist gerade typisch für Zuwendungen, die in der Vorstellung einer fortdauernden Lebensgemeinschaft erbracht werden, die erst durch den Tod eines Partners aufgelöst wird. Dementsprechend sollte die Beklagte auch gerade für diesen Fall abgesichert werden.

### III.

Das Berufungsurteil ist hiernach aufzuheben. Da weitere tatsächliche Feststellungen weder erforderlich noch zu erwarten sind und sich die Klage auf Grundlage der getroffenen Feststellungen als begründet erweist, kann der Senat abschließend in der Sache entscheiden und die Berufung der Beklagten zurückweisen.

1. Nach dem im landgerichtlichen Urteil und dem Berufungsurteil wiedergegebenen Vorbringen der Parteien ist der rechtlichen Beurteilung zugrundezulegen, dass der Kläger mit der Zuwendung der Beklagten – für diese erkennbar – einen Betrag zuwenden wollte, der ihr im Falle seines vorzeitigen Ablebens während der gemeinsamen Reise für ihren Lebensunterhalt zur Verfügung stehen sollte. Zwar bezeichnet das Berufungsurteil dies als Vortrag des Klägers. Es nimmt jedoch auch Bezug auf ein Schreiben der Beklagten vom 24.9.2007, das sie in einem anderen Verfahren an das AG K gerichtet hat und in dem sie die Absicht ihrer „finanzielle(n) Absicherung durch einen Sparbrief von 25.000 €, sollte (dem Kläger) alleine was zustoßen, damit ich gut abgesichert bin“, ausdrücklich bestätigt. Ersichtlich hat das Berufungsgericht das Klägervorbringen nur deshalb als streitig dargestellt, weil die Beklagte, wie sich aus dem landgerichtlichen Urteil ergibt, weiter vorgetragen hat, sie sei nahezu fassungslos gewesen, als sie in der Bank erfahren habe, dass der Kläger seinen Sparbrief geteilt habe und ihr eine Hälfte zuwenden wolle, und der Kläger habe nach dem Bankbesuch geäußert, er habe ihr das Geld geschenkt, weil „ihr Geld überall drinstecke“. Diese behauptete Äußerung des Klägers steht jedoch nicht in Widerspruch zum Zweck der Zuwendung, die Beklagte für einen möglichen Unglücksfall abzusichern, sondern bestätigt vielmehr den Zusammenhang mit der Lebensgemeinschaft der Parteien. Denn für eine solche ist es gerade typisch, dass die Partner nach ihren jeweiligen Möglichkeiten zum Lebensunterhalt beitragen. Dass der Kläger die Zuwendung „Schenkung“ genannt hat, besagt nichts gegen ihre rechtliche Qualifikation als gemeinschaftsbezogene Zuwendung.

2. Mit dem Scheitern der Lebensgemeinschaft ist die Grundlage für das weitere Behaltendürfen des Sparbriefguthabens durch die Beklagte weggefallen. Der Kläger konnte von dem Vertrag, mit dem er der Beklagten das Sparguthaben übertragen hat, zurücktreten und die Rückgewähr des Geleisteten und ggf. Ersatz dessen Wertes verlangen (§ 313 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, § 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB).

a) Der gemeinschaftsbezogene Zweck einer Zuwendung hat allerdings nicht notwendig zur Folge, dass die Zuwendung bei Scheitern der Beziehung auszugleichen ist. Insbesondere bei Beiträgen zu laufenden Kosten, die im täglichen Leben regelmäßig anfallen oder durch größere Einmalzahlungen beglichen werden, scheidet ein Ausgleich regelmäßig aus (BGHZ 177, 193 Rdnr. 40). Bei der Abwägung, ob und in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksich-

tigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen unter Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls eine erhebliche Bedeutung zukommt (BGHZ 177, 193 Rdnr. 44; BGH, NJW 2011, 2880 Rdnr. 23).

b) Danach ist im Streitfall eine Rückgewähr geboten. Diente die Zuwendung der Absicherung der Beklagten für den Fall, dass dem Kläger auf der beabsichtigten Reise etwas zustoßen sollte, war sie nicht zur freien Verfügung der Beklagten und insbesondere nicht zum Verbrauch bestimmt, solange der Absicherungsfall nicht eintrat. Demgemäß haben die Parteien auch nach der gemeinsamen Reise es dabei belassen, dass der Betrag von 25.000 € in Form des Sparbriefs fest angelegt war. Der Absicherungszweck galt insoweit fort. Wie bereits das LG zutreffend ausgeführt hat, hätte die Zuwendung bei Fortbestehen der Lebensgemeinschaft bis zum Tod des Klägers der Beklagten weiterhin als Altersvorsorge gedient und bei ihr verbleiben können (vgl. zum Behaltendürfen der Zuwendung beim Tod des Zuwendenden BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242 Rdnr. 26). Nachdem die Lebensgemeinschaft jedoch nicht bis zum Tod des Klägers angedauert hat, ist nicht nur der Anlass für die Zuwendung, die die Lebensgemeinschaft ausgestalten sollte, weggefallen; die Beklagte konnte nach dem Grund für die Zuwendung auch nicht damit rechnen, diese weiterhin behalten zu dürfen.

Die Lebensgemeinschaft hat auch nicht so lange gedauert, dass aus einer langjährigen engen persönlichen Bindung eine moralische Verpflichtung des Klägers hätte resultieren können, der Beklagten den Vermögenswert der Zuwendung auch bei Scheitern der Beziehung zu überlassen. Die Beziehung hat vielmehr nur etwa fünf Jahre gehalten, so dass es unbillig erschiene, der Beklagten den zugewendeten Betrag trotz der Trennung zu belassen und sie auf Kosten des Klägers bereichert aus der gescheiterten Lebensgemeinschaft hervorgehen zu lassen (vgl. MünchKommBGB/Wellenhofer, 6. Aufl., nach § 1302 Rdnr. 65). Dies gilt jedenfalls in Anbetracht des Umstands, dass die Zuwendung einen nicht unerheblichen Teil des Gesamtvermögens des Klägers ausmacht, dem es mit Blick auf sein fortgeschrittenes Alter kaum möglich sein wird, weiteres Vermögen aufzubauen.

9. BGB §§ 138, 215, 242, 398; FamFG § 112 Nr. 2, § 113 Abs. 1 Satz 2; ZPO §§ 265, 302 Abs. 1 (*Modifizierung des Zugewinnausgleichs in einem Ehevertrag*)

1. **Eine Modifizierung des Zugewinnausgleichs in einem Ehevertrag dahingehend, dass das Betriebsvermögen des Ehemannes nur mit dem Stand seiner Kapitalkonten berücksichtigt wird und Firmenwert und stille Reserven unberücksichtigt bleiben, ist wirksam.**
2. **Eine Vereinbarung der Beteiligten, einen einzelnen Vermögensgegenstand bei der Ermittlung des Zugewinns unberücksichtigt zu lassen, ist ebenfalls zulässig.**

OLG Bremen, Beschluss vom 8.5.2014, 5 UF 110/13

Der Antragsteller hat die Antragsgegnerin aus einem Ehevertrag vom 8.6.1983 auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem

Grundstück in Anspruch genommen. Nach dessen Veräußerung verlangt er nunmehr stattdessen den Veräußerungserlös.

Die Beteiligten heirateten am ... 1967. Seit dem ... 2008 sind sie rechtskräftig geschieden.

Der Antragsteller wurde 1977 Gesellschafter der G GmbH & Co. KG. Diese bestand aus vier Gesellschaftern und hatte in der Folgezeit ihren Geschäftsbetrieb auf dem Grundstück B-Straße. Eigentümer dieses Grundstücks waren zu je  $\frac{1}{4}$  die jeweiligen Ehefrauen/Verwandten der vier Gesellschafter. Diese erwarben das Grundstück gemeinsam zu einem Preis von insgesamt 120.000 DM, wobei jeder Gesellschafter seiner Ehefrau/Verwandten 30.000 DM hierfür zur Verfügung stellte. Die Ehefrauen/Verwandten vermieteten das Grundstück an die G GmbH & Co. KG. Die Kosten für die Errichtung des Firmengebäudes wurden mit einem Darlehen finanziert, das mit zwei Grundschulden über insgesamt 990.000 DM auf dem Grundstück abgesichert wurde.

Die Verfahrensbeteiligten lebten im gesetzlichen Güterstand. Am 8.6.1983 schlossen sie vor dem Notar [dem Nebenintervenienten], einen Ehevertrag, mit dem sie den gesetzlichen Güterstand modifizierten. Dieser enthielt folgende Regelungen:

1. Der Zugewinnausgleich wird dahingehend beschränkt, dass im Falle des Zugewinnausgleichs das Betriebsvermögen des (Antragstellers) rechnerisch nur mit dem Stand seiner Kapitalkonten berücksichtigt wird. Firmenwert und stille Reserven bleiben daher unberücksichtigt.
2. Hinsichtlich des  $\frac{1}{4}$  Miteigentumsanteils der Ehefrau an dem im Gewerbebetrieb N-Straße an der B-Straße gelegenen Grundstück, eingetragen im Grundbuch von B (...), sind wir uns einig, dass im Rahmen des Zugewinnausgleichs das Eigentum an diesem Grundstücksteil insoweit ohne rechnerische Berücksichtigung vorab auf den (Antragsteller) von der (Antragsgegnerin) übertragen werden soll. Die Übertragung erfolgt jedoch entgeltlich in der Höhe, in der zum Trennungzeitpunkt noch Belastungen auf dem Privatgrundstück lasten, die auf den Erwerb dieses  $\frac{1}{4}$  Miteigentumsanteils zurückgehen.
3. Für den Fall der Durchführung des Zugewinnausgleiches nach den vorstehenden Bestimmungen erklärt sich die (Antragsgegnerin) bereit, ihr zustehende Ausgleichszahlungen als Darlehen für den Betrieb des (Antragstellers) gegen angemessene Verzinsung zu belassen. Dies gilt jedoch nur, soweit die wirtschaftliche Situation der (Antragsgegnerin) es zulässt.

Wegen des Zugewinnausgleichs ist noch ein Verfahren vor dem Familiengericht Bremen (Gesch.-Nr. 65 F 1090/06) anhängig.

Im Jahre 1986 schied die Miteigentümerin S aus der Miteigentümergeinschaft aus. Die verbliebenen drei Miteigentümer – darunter auch die Antragsgegnerin – erwarben deren  $\frac{1}{4}$  Miteigentumsanteil gegen Übernahme der noch vorhandenen Verbindlichkeiten und Zahlung vom insgesamt 36.000 DM. Der Miteigentumsanteil der verbliebenen Miteigentümer erhöhte sich hierdurch auf jeweils  $\frac{1}{3}$ .

Im Jahre 1989 schied der Antragsteller aus der G GmbH & Co. KG aus. Die Antragsgegnerin blieb Miteigentümerin des von der GmbH weiterhin genutzten Grundstücks. Die von der GmbH gezahlte Miete reichte aus, um die Kosten des Grundstücks und die Darlehensannuitäten zu begleichen. Nach etwa zehn Jahren erzielten die Grundstückseigentümer Erträge aus der Vermietung. Seit der Trennung der Verfahrensbeteiligten vereinnahmte die Antragsgegnerin die ihr anteilig zufließende Miete.

Daneben waren die Beteiligten zunächst zu je  $\frac{1}{2}$  Eigentümer des Grundstücks E-Straße ... in B. Dieser Grundbesitz diente als Sicherheit für einen 1990 aufgenommenen Kredit, den der Antragsteller für die Gründung einer neuen Firma benötigte. Zugunsten der X-Bank, welche zunächst Kreditgeberin war, wurde auf dem Gesamtgrundstück eine Grundschuld i. H. v. 209.000 DM eingetragen. Am 24.4.1997 übertrug der Antragsteller der Antragsgegnerin durch notariellen Vertrag seinen hälftigen Miteigentumsanteil, wobei die Antragsgegnerin die im Grundbuch bestehenden dinglichen Belastungen übernahm. Eine persönliche Haftung der Antragsgegnerin sollte nach dem notariellen Vertrag aber nicht bestehen.

Im Jahre 1999 kündigte die X Bank die Geschäftsverbindung. Die noch bestehende Valuta löste der Antragsteller mit einem Darlehen der Volksbank i. H. v. 175.000 DM ab. Die Antragsgegnerin erklärte sich bereit, nun das Volksbankdarlehen mit dem Grundstück E-Straße

abzusichern. Nach der Trennung veräußerte die Antragsgegnerin im Jahre 2006 das Grundstück E-Straße zu einem Preis von 185.000 €.

Weiterhin hatten die Beteiligten eine Eigentumswohnung in der F-Straße, zunächst ebenfalls zu hälftigem Miteigentum. Im Jahr 1997 übertrug der Antragsteller seinen Anteil ohne Gegenleistung an die Antragsgegnerin. Diese verkaufte die Wohnung zum Preis von 67.500 €. Aus dem Erlös der Veräußerungen der Grundstücke E-Straße und F-Straße wurden verschiedene Bankverbindlichkeiten zurückgeführt, wobei die Einzelheiten zwischen den Beteiligten im Einzelnen streitig sind. Unter Hinweis auf hierauf gestützte Gegenforderungen lehnt die Antragsgegnerin die Erfüllung der Forderung des Antragstellers ab.

Der Antragsteller durchlief des Weiteren ein Insolvenzverfahren.

Der Antragsteller hat in erster Instanz geltend gemacht, Sinn und Zweck des Ehevertrages sei es gewesen, dass der Grundstücksanteil an dem Grundstück B-Straße in dem Umfang, wie er der Antragsgegnerin bei Ende der Ehe gehören würde, auf ihn zu übertragen sei. Soweit noch Darlehensverbindlichkeiten auf dem Grundstück lasten sollten, sei er bereit gewesen, diese Darlehen zu übernehmen. Hilfsweise hat er seinerseits die Aufrechnung mit einer Forderung i. H. v. 110.000 € aus der Übertragung der hälftigen Grundstücksanteile E-Straße und F-Straße erklärt.

In erster Instanz hat der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin aufzugeben, ihren Miteigentumsanteil von  $\frac{1}{3}$  an dem Grundstück B-Straße in B, eingetragen im Grundbuch (...) an den Antragsteller aufzulassen und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, dass der Ehevertrag unwirksam gewesen sei, da er unausgewogen und unter Ausnutzung einer Zwangslage zustande gekommen sei. Sie habe den Vertrag nur geschlossen, da der Antragsteller sie im Zeitraum von 1978 bis 1983 diesbezüglich unter Druck gesetzt und sie daher um den Bestand der Ehe geführt habe. Auch sei der beurkundende Notar nicht neutral gewesen. Dieser habe die Notwendigkeit des Vertragsabschlusses mit unternehmerischen Belangen begründet. Ein neutraler Notar hätte hingegen darauf geachtet, dass ihr ein Ausgleich für die Übertragung des Grundstücks zugebilligt worden wäre. Durch den Ehevertrag werde sie von allem in der Ehe Erwirtschafteten ohne jede Gegenleistung ausgeschlossen. Der Vertrag sei daher nichtig, jedenfalls müsse er angepasst werden.

Auch könne der Antragsteller keinen Anspruch auf Rückübertragung von  $\frac{1}{3}$  des Eigentums am Grundstück geltend machen, weil der Ehevertrag nur vom  $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteil spreche. Eine Anpassungsklausel liege nicht vor. Auch eine ergänzende Vertragsauslegung komme nicht in Betracht. Der Zweck des Vertrages sei mit dem Ausscheiden des Antragstellers als Gesellschafter bei der G GmbH & Co. KG ohnehin entfallen. Die Verfahrensbeteiligten hätten nach dem Ausscheiden des Antragstellers aus der GmbH entschieden, dass die Antragsgegnerin den Grundstücksanteil behalten und dieser der Alterssicherung beider Verfahrensbeteiligten habe dienen sollen. Der Ehevertrag habe somit auch Auswirkungen auf die Altersvorsorge und greife daher in den Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ein.

Überdies stehe ihr ein Zurückbehaltungsrecht zu, da noch Kreditverpflichtungen aus der Anschaffung des Grundstücks bestünden. Daneben habe sie einen Anspruch gegen den Antragsteller auf Gesamtschuldnerausgleich (§ 426 BGB) i. H. v. insgesamt 94.509,63 € aus Zahlungen, die sie an die B.-Bank erbracht habe, da diese Verbindlichkeiten im Innenverhältnis vom Antragsteller allein zu tragen gewesen seien. Auch diesbezüglich stehe ihr ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Das AG Bremen hat der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 7.11.2013, zugestellt an die Verfahrensbeteiligten am 13.11.2013, aufgegeben, die Hälfte ihres Miteigentumsanteils von  $\frac{1}{3}$  an dem Grundstück B-Straße in B, eingetragen im Grundbuch (...) an den Antragsteller aufzulassen und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen Zug um Zug gegen Freistellung von 50 % der noch auf dem zu übertragenden Grundstücksanteil lastenden Verbindlichkeiten durch den Antragsteller. Den weitergehenden Antrag hat es zurückgewiesen.

Das AG hat seine Entscheidung auf eine Anpassung des zwischen den Beteiligten geschlossenen Ehevertrags aus dem Jahre 1983 gestützt. Eine Anpassung habe zu erfolgen, da sich die dem Vertrag zugrundeliegenden Verhältnisse grundlegend geändert hätten. Einerseits sei der Antragsteller nicht mehr Mitgesellschafter der G GmbH & Co. KG, andererseits sei die Antragsgegnerin nicht mehr Miteigentümerin des Grundstücks zu 1/4-Miteigentumsanteil.

Nach Auffassung des AG habe die Regelung im Ehevertrag vom 8.6.1983 ursprünglich dem Erhalt des Gesellschaftsanteils gedient. Der Antragsteller hätte nicht gezwungen sein sollen, den ihm gehörenden Gesellschaftsanteil im Falle der Durchführung eines Zugewinnausgleichs zu veräußern. Sinn sei es daher gewesen, den aus steuerlichen Gründen aus der Gesellschaft ausgelagerten Vermögenswert – Grundstücksanteil – für den Antragsteller „einzufangen“. Zur Umsetzung dessen habe das Eigentum an dem Grundstücksteil insoweit ohne rechnerische Berücksichtigung vorab auf den Antragsteller von der Antragsgegnerin übertragen werden sollen. Firmenwert und stille Reserven hätten ebenfalls vom Ausgleich ausgenommen sein sollen. Andererseits habe die Antragsgegnerin auch nicht über den Zugewinnausgleich von der Wertentwicklung des Unternehmens profitieren sollen. Nach der Vereinbarung habe der an den Antragsteller übertragene Grundstücksanteil mit „0“ im Endvermögen bewertet werden sollen. Das von ihm erwirtschaftete Vermögen, wie es sich in dem Geschäftsanteil und dem Grundstücksanteil manifestiert habe, habe allein und ohne Zugriffsmöglichkeit der Ehefrau ihm erhalten bleiben sollen.

Das AG ist im Rahmen seiner Auslegung des Ehevertrages davon ausgegangen, dass die Beteiligten den Grundstücksanteil behalten hätten, weil sich hieraus Einkünfte hätten erwirtschaften lassen. Wären die Beteiligten verheiratet geblieben, so hätten sie durch den Genuss der Mieterträge ihre Altersvorsorge im Grundsatz gesichert. Altersvorsorgevermögen, soweit während der Ehe erwirtschaftet, sei nach den gesetzlichen Regeln immer hälftig zu teilen. Zu beachten sei aufgrund der Trennung der Verfahrensbeteiligten allerdings nun, dass der Antragsteller nach seinem Ausscheiden aus der G GmbH & Co. KG nicht mehr durch seine Tätigkeit in dieser maßgeblich dazu beigetragen habe, dass die Mieten gezahlt und so letztlich Erträge erzielt worden seien. Vielmehr sei der Vermögenserwerb durch Leistungen Dritter in der Hand der Antragsgegnerin erfolgt. Der Antragsteller sei somit in Bezug auf das Grundstück B-Straße an der Wertschöpfung gerade nicht mehr überwiegend beteiligt gewesen. Die Beteiligten wären bei einer hypothetischen Anpassung der Vereinbarung nicht mehr zu dem Ergebnis gekommen, dass dem Antragsteller hier das Alleineigentum an dem Grundstücksanteil zustehen sollte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände hätten die Beteiligten hinsichtlich des Grundstücksanteils B-Straße wie bei den anderen Objekten gehandelt und wären jeweils hälftig Eigentümer geworden.

Die Übertragung habe jedoch nur Zug um Zug gegen Übernahme der noch verbliebenen anteiligen Verbindlichkeiten erfolgen können, weil die Antragsgegnerin insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen könne. Ein weiteres Zurückbehaltungsrecht wegen der Forderung, die die Antragsgegnerin wegen der Zurückzahlung des Kredites bei der Volksbank geltend macht, stehe dieser allerdings nicht zu, da die Forderungen nicht aus demselben Rechtsverhältnis im Sinne des § 273 BGB resultierten.

Am 9.12.2013 hat der Antragsteller gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 12.2.2014 begründet. Am 13.12.2013 hat auch die Antragsgegnerin Beschwerde gegen diesen Beschluss eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 13.2.2014 begründet.

Der Antragsteller nimmt Bezug auf sein bisheriges Vorbringen. Er ist weiterhin der Auffassung, dass zum einen kein Raum für eine Anpassung des Ehevertrages bestehe. Eine wirksam zustande gekommene Vereinbarung, die nicht den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts betreffe, dürfe nicht nachträglich ausgehebelt werden. Außerdem gehe die vorliegende Anpassung auch einseitig zu seinen Lasten. Insbesondere werde auch außer Acht gelassen, dass die Antragsgegnerin bereits seit Mitte 2005 die Miete in voller Höhe einbehalten habe. Hinsichtlich der Freistellung von den noch auf dem zu übertragenden Grundstücksanteil lastenden Verbindlichkeiten könne eine Zug-um-Zug-Verpflichtung nicht richtig sein, da er nicht einmal wisse, ob nach der Trennung womöglich neue Verbindlichkeiten hinzugekommen seien bzw. um welche Beträge es sich überhaupt handele. Weiterhin wendet er sich gegen die von der Antragsgegnerin zur Auf-

rechnung gestellten Forderungen und rechnet seinerseits mit eigenen Ansprüchen wegen der seitens der Antragsgegnerin seines Erachtens zu Unrecht gezogenen Mieten ab dem Zeitpunkt der Trennung der Verfahrensbeteiligten und insbesondere nach deren rechtskräftiger Scheidung auf.

Der Antragsteller hat zunächst beantragt,

unter Abänderung des am 7.11.2013 verkündeten Beschlusses des AG Bremen – Familiengericht – zur Geschäfts-Nr. 65 F 3205/11 der Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin aufzugeben, ihren Miteigentumsanteil von 1/3 an dem Grundstück B-Straße in B, eingetragen im Grundbuch (...) an den Antragsteller und Beschwerdeführer aufzulassen und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen.

Nachdem die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 13.2.2014 mitgeteilt hat, dass das Grundstück von der Eigentümergemeinschaft bereits am 15.8.2013 mit notariellem Vertrag verkauft und die Eigentumsänderung am 27.1.2014 im Grundbuch eingetragen worden sei und sie in der mündlichen Verhandlung vom 3.4.2014 den Kaufvertrag vorgelegt hat, ausweislich dessen ein Gesamtkaufpreis i. H. v. 620.000 € für das Grundstück B-Straße erzielt worden ist, abzüglich von jedem Miteigentümer getragener Kosten für den Notar F i. H. v. 203,49 € für die Einholung der Löschungsbewilligung der Stadtgemeinde B, für die Löschung selbst i. H. v. 211,67 € und 8,33 €, beantragt der Antragsteller nunmehr,

1. die Antragsgegnerin zur Zahlung von 206.666,67 € nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.4.2014 zu verpflichten,
2. hilfsweise wegen der wechselseitig zur Aufrechnung gestellten Forderungen das Verfahren an das AG zurückzuverweisen.

Die Antragsgegnerin hat zunächst beantragt,

den Beschluss des AG Bremen vom 7.11.2013 zum Aktenzeichen 65 F 3205/11 abzuändern und den Antrag zurückzuweisen.

Nach Umstellung des Antrags des Antragstellers beantragt die Antragsgegnerin nunmehr,

1. den Antrag zurückzuweisen,
2. ebenfalls hilfsweise wegen der wechselseitig zur Aufrechnung gestellten Forderungen das Verfahren an das AG zurückzuverweisen.

Auch die Antragsgegnerin nimmt Bezug auf ihr bisheriges Vorbringen. Insbesondere vertritt sie unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH die Auffassung, dass ein Zurückbehaltungsrecht nicht wegen mangelnder Konnexität der Forderungen durch das AG hätte unberücksichtigt bleiben dürfen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässigen Beschwerden des Antragstellers und der Antragsgegnerin haben in der Sache nur teilweise Erfolg. Der Antragsteller hat einen Anspruch gegen die Antragsgegnerin auf Herausgabe des durch die Veräußerung des Grundstücks B-Straße erzielten Erlöses, jedoch nur i. H. v. 1/4 des erzielten Betrages.

(...)

3. Der Ehevertrag ist auch nicht unter Zugrundelegung der allgemeinen Nichtigkeitsgründe nichtig. Eine Nichtigkeit des Ehevertrages lässt sich insbesondere nicht damit begründen, dass er damals – wie von der Antragsgegnerin behauptet – unter Ausnutzung einer Zwangslage zustande gekommen ist. Diesbezüglich ist der Vortrag der Antragsgegnerin schon nicht hinreichend substantiiert. Eine etwaige Befangenheit des Notars stellt allein keinen Nichtigkeitsgrund dar, sondern allenfalls in Verbindung mit anderen Wirksamkeitshindernissen. Solche liegen nicht vor.

4. Der Ehevertrag ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH zur Prüfung der Wirksamkeit von Eheverträgen nicht unwirksam oder einer Anpassung unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage zugänglich.

a. Soweit die Antragsgegnerin die Regelungen des Ehevertrages für unangemessen erachtet, kann sie hiermit nicht durchdringen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei der Prüfung, ob eine Vereinbarung, in welcher die Ehegatten ihre Scheidungsfolgen abweichend vom gesetzlichen Leitbild regeln, unwirksam (§ 138 BGB) oder die Berufung auf sie unzulässig ist (§ 242 BGB), eine Gesamtwürdigung der getroffenen Regelung, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens vorzunehmen (BGH, FamRZ 2004, 601, 604; *Hahne* in *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl. 2013, VI Rdnr. 544). Dabei ist zu beachten, dass die gesetzlichen Regelungen über Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich grundsätzlich der Privatautonomie der Ehegatten unterliegen (BGH, FamRZ 2004, 601, 604; *Hahne*, a. a. O., Rdnr. 545). Die Disponibilität darf hingegen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch den geschlossenen Vertrag beliebig unterlaufen werden kann. Maßgeblich hierfür ist wiederum, dass die Toleranzschwelle je eher überschritten ist, je stärker die vertragliche Regelung in den sog. Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift (BGH, FamRZ 2004, 601, 605; *Hahne*, a. a. O., Rdnr. 545). Zu letzterem zählen der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB, der Krankheits- und Altersunterhalt (§§ 1572, 1571 BGB) sowie der Versorgungsausgleich, der als vorweggenommener Altersunterhalt zu werten ist (BGH, FamRZ 2004, 601, 605; *Hahne*, a. a. O., Rdnr. 546). Vertragliche Regelungen über den Zugewinnausgleich sind hingegen im weiten Maße zulässig (BGH, FamRZ 2004, 601, 605).

Bei der Prüfung der Wirksamkeit eines Ehevertrages ist auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages abzustellen. Zu prüfen ist hier im Wege einer Gesamtwürdigung unter Einbeziehung der individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss (zum Beispiel Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie geplante Ausgestaltung der Ehe), ob der Vertrag in diesem Zeitpunkt offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihm wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung zu versagen ist (BGH, FamRZ 2004, 601, 606; *Hahne*, a. a. O., Rdnr. 548). Auch sind die mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen (BGH, FamRZ 2005, 185, 186; *Hahne*, a. a. O., Rdnr. 548).

Eine im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahre 1983 offenkundig zulasten der Antragsgegnerin gehende derartige einseitige Lastenverteilung liegt nach Auffassung des Senats nicht vor. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt eine Sittenwidrigkeit nur dann in Betracht, wenn durch die Vereinbarungen Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ganz oder zu erheblichen Teilen ohne Kompensation abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyt oder durch sonstige wichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt werden (BGH, FamRZ 2004, 601, 606). Ein solcher Eingriff liegt bei der getroffenen Regelung im Ehevertrag vom 8.6.1983 jedoch nicht vor. Durch die Regelungen des Ehever-

trages wird der Zugewinnausgleich zwischen den Beteiligten lediglich modifiziert. Ziffer 1 bestimmt dabei, dass das Betriebsvermögen des Antragstellers rechnerisch nur mit dem Stand seiner Kapitalkonten berücksichtigt wird, wobei Firmenwert und stille Reserven unberücksichtigt bleiben. Dies ist nicht zu beanstanden, da grundsätzlich sogar das gesamte Betriebsvermögen vom Zugewinnausgleich ausgenommen werden kann (BGH, NJW 1997, 2239; OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034; siehe auch *Brambring* in Münchener Anwalts-handbuch Familienrecht, 3. Aufl. 2010, § 23 Rdnr. 60).

Des Weiteren betrifft Ziffer 2 des Ehevertrages eine Regelung, welche die Bewertung des streitgegenständlichen Miteigentumsanteils an dem Grundstück B-Straße betrifft. Dieses soll zwar mit dem Wert „0“ bewertet werden. Allerdings führt auch dies im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nicht dazu, den Ehevertrag insgesamt oder die fragliche Klausel allein als sittenwidrig anzusehen. Die bisherige Rechtsprechung des BGH fordert regelmäßig stärkere Eingriffe in das Scheidungsfolgenrecht, um eine Sittenwidrigkeit zu begründen; so etwa den kumulativen Verzicht auf Versorgungsausgleich, Zugewinnausgleich und Aufstockungsunterhalt (BGH, FamRZ 2008, 2011), den Verzicht auf Versorgungsausgleich bei Vereinbarung von Gütertrennung und Verzicht auf weitergehenden Unterhalt (BGH, FamRZ 2009, 1091) oder die Vereinbarung von Gütertrennung, Ausschluss des Versorgungsausgleichs sowie Vereinbarung eines geringfügigen Unterhalts der Ehefrau bei gleichzeitiger entschädigungsloser Übertragung ihres hälftigen Miteigentumsanteils an der Ehwohnung (vgl. BGH, FamRZ 2005, 26; siehe insgesamt auch *Hahne*, a. a. O., Rdnr. 549 f.). Eine solche Kumulation von Regelungen zulasten der Antragsgegnerin liegt hier nicht vor. Weder wird durch die Regelung der Zugewinnausgleich insgesamt ausgeschlossen, noch eine sonstige gesetzliche Scheidungsfolge (wie zum Beispiel der Versorgungsausgleich) insgesamt abbedungen. Der Senat sieht auch sonst keine gewichtigen Gründe, von der Rechtsprechung des BGH insoweit abzuweichen. Vor allem führt die getroffene Regelung auch zunächst einmal dazu, dass die Antragsgegnerin, in deren Zugewinn das fragliche Grundstück fiel, von Ausgleichsansprüchen des Antragstellers freigestellt wurde. Lediglich wegen der (nur unter Umständen) entschädigungslosen Übertragung der anderen Hälfte liegt überhaupt eine Begünstigung des Antragstellers vor.

b. Des Weiteren ist es dem Antragsteller im Rahmen der Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB auch nicht verwehrt, sich auf die Regelungen des Ehevertrages zu berufen. Im Rahmen der Ausübungskontrolle ist zu prüfen, ob sich bezogen auf den Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft aus dem früher vereinbarten Ausschluss von Scheidungsfolgen eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, deren Hinnahme für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen und seines Vertrauens auf den Bestand der getroffenen Abrede unzumutbar ist (BGH, FamRZ 2004, 601, 606; *Hahne*, a. a. O., Rdnr. 553).

Eine solche einseitige Lastenverteilung zulasten der Antragsgegnerin im Falle der Übertragung des Grundstücks B-Straße auf den Antragsteller lässt sich für den Senat jedoch nicht feststellen, da die Antragsgegnerin ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Verfahren nicht dargelegt hat. Gleiches gilt für den nunmehr vom Antragsteller als Surrogat geltend gemachten Zahlungsanspruch.

c. Jedoch kann der Antragsteller, wie bereits oben unter Punkt II. 2. dargelegt, nicht den auf den zuletzt bestehenden  $\frac{1}{3}$  Miteigentumsanteil der Antragsgegnerin entfallenden

Kaufpreis i. H. v. 206.666,67 € verlangen, sondern lediglich eine Zahlung i. H. v. 154.682,39 €.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 286 Abs. 1 Satz 2, § 288 Abs. 1 BGB.

(...)

10. BGB § 1913 Satz 2, § 2113 Abs. 1; GBO § 22 Abs. 1, § 51 (*Löschung von Nacherbenvermerken*)

1. **Ein Nacherbenvermerk ist zu löschen, wenn dem Grundbuchamt nachgewiesen wird, dass das Grundstück aufgrund einer mit Zustimmung des Nacherben vorgenommenen Verfügung des Vorerben aus dem Nachlass ausgeschieden ist.**
2. **Ist der Nacherbe unbekannt, bedarf die Verfügung der Zustimmung eines für ihn bestellten Pflegers. Ein nur abstrakt bestimmter Nacherbe ist im Zweifel ebenso bekannt wie ein namentlich bezeichneter Erbe, wenn feststeht, wer die abstrakte Bestimmung erfüllt und sich daran bis zum Nacherbfall außer durch den Tod der bestimmten Person nichts mehr ändern kann.**

BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12

Der streitgegenständliche Grundbesitz stand ursprünglich im Eigentum des Vaters (Erblasser – E) des Antragstellers zu 1. Nach dessen Tod wurde dem Antragsteller zu 1 1940 aufgrund eines Testaments des E ein Erbschein erteilt, der ihn als alleinigen, nicht befreiten Vorerben ausweist. Er wurde in den Grundbüchern als Eigentümer eingetragen. Zugleich erfolgte in Abt. II die Eintragung eines Nacherbenvermerks, wonach Nacherbe ist, wer nach § 49 der Erb- und Brudereinigung der Fürstlich- und Gräflisch Solmsischen Häuser vom 18.3.1915 (veröffentlicht im Hessischen Regierungsblatt 1915, S. 71; nachfolgend EB-Regelung) als Erbe des Antragstellers zu 1 berufen ist. § 49 EB-Regelung bestimmt, dass sich das Stammgut im Mannesstamme des besitzenden Hauses nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatischen Linearfolge vererbt.

2006 übertrug der Antragsteller zu 1 den Grundbesitz auf seinen Sohn (Antragsteller zu 2), der anschließend als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde.

Die Antragsteller haben die Löschung der Nacherbenvermerke beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung die Löschung davon abhängig gemacht, dass ein für die unbekannt Nacherben zu bestellender Pfleger der Grundstücksübertragung zustimmt und dies betreuungsgerichtlich genehmigt wird. Die Beschwerde der Antragsteller ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen sie ihren Löschantrag weiter.

Das Beschwerdegericht meint, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne von § 22 GBO sei nicht nachgewiesen. Zwar könne ein Vorerbe mit Zustimmung des Nacherben endgültig über ein Grundstück verfügen mit der Folge, dass es aus dem Nachlass ausscheide und der Nacherbenvermerk unrichtig werde. Für unbekannt Nacherben könne die Zustimmung jedoch nur durch einen gemäß § 1913 Satz 2 BGB zu bestellenden Pfleger mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung erteilt werden. Ein solcher Fall liege hier vor. Die Nacherbenstellung sei an die Beerbung des Vorerben geknüpft. Der Nacherbe könne daher erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls bestimmt werden.

Aus den Gründen:

### III.

Die Rechtsbeschwerden der Antragsteller sind zulässig. Ihre Beschwerdebefugnis folgt für das Rechtsbeschwerdeverfahren aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerden. Das gilt auch, soweit die Erstbeschwerde des Antragstellers zu 1 als unzulässig hätte verworfen werden müssen (vgl. Senat, Be-

schluss vom 3.2.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 138). Erfolg hat aber nur die Rechtsbeschwerde des Antragstellers zu 2.

1. Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers zu 1 ist im Ergebnis unbegründet, weil bereits seine Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts mangels Beschwerdeberechtigung unzulässig war.

Im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren folgt die Beschwerdeberechtigung nicht allein daraus, dass das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung formell (auch) gegenüber dem jeweiligen Beschwerdeführer erlassen hat. Hinzukommen muss vielmehr, dass er gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt ist. Geht es – wie hier – um eine Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO, ist antragsberechtigt derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist, also der unmittelbar gewinnende Teil, dem der Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB zusteht, und derjenige, der zu Unrecht eingetragen ist, also der Buchberechtigte, der sein Buchrecht letztlich unmittelbar durch die berichtigende Eintragung verliert (*Lemke/Zimmer/Hirche*, Immobilienrecht, § 22 GBO Rdnr. 56; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 22 Rdnr. 88; vgl. auch BGH, Urteil vom 11.7.1996, IX ZR 81/94, NJW 1996, 3006, 3008). Hieran fehlt es in Bezug auf den Antragsteller zu 1. Der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk betrifft seine dingliche Rechtsposition nicht, da er das Grundstückseigentum auf den Antragsteller zu 2 übertragen hat und es zu einer Unwirksamkeit der Übertragung nach § 2113 BGB erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls kommen kann. Das rechtliche Interesse des Antragstellers zu 1, dass die von ihm mit dem Antragsteller zu 2 getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen, die neben der Übertragung der Grundstücke auch auf eine Löschung der Nacherbenvermerke abzielen, uneingeschränkt vollzogen werden, reicht nicht aus, um eine Antragsberechtigung nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO und die daraus abzuleitende Beschwerdeberechtigung zu begründen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 19.1.1995, 15 W 303/94, juris Rdnr. 14). Da das Beschwerdegericht die Beschwerde des Antragstellers zu 1 gleichwohl als zulässig behandelt und in der Sache beschieden hat, ist dessen Rechtsbeschwerde mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird (vgl. Senat, Beschluss vom 3.2.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 139).

2. Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers zu 2 ist hingegen begründet.

Zu Unrecht meint das Beschwerdegericht, die Löschung der Nacherbenvermerke sei davon abhängig, dass ein für die unbekannt Nacherben zu bestellender Pfleger der Grundstücksübertragung vom 22.12.2006 zustimmt und dies betreuungsgerichtlich genehmigt wird.

a) Ein Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) kann nicht nur dann gelöscht werden, wenn die Löschung von den Nacherben und den Ersatznacherben bewilligt wird, sondern nach § 22 GBO auch dann, wenn der Unrichtigkeitsnachweis geführt wird (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 51 Rdnr. 40 ff. m. w. N.).

aa) Hier ist die Löschung des Nacherbenvermerks wegen Unrichtigkeit beantragt worden. Der Nacherbenvermerk entspricht nicht mehr der Rechtslage, wenn der von ihm erfasste Gegenstand mit Wirkung gegenüber dem Nacherben aus dem Nachlass ausgeschieden ist. Verfügt – wie hier – ein nicht befreiter Vorerbe über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück, so scheidet es dann aus dem Nachlass aus, wenn alle Nacherben, auch bedingt eingesetzte, dem Verfügungsgeschäft zustimmen; einer Zustimmung etwaiger vom Erblasser



bestimmter Ersatznacherben, die nur für den Fall des Wegfalls des Nacherben eingesetzt sind (§ 2096 BGB), bedarf es hingegen nicht (Senat, Urteil vom 25.9.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 115, 119; BayObLG, DNotZ 1993, 404, 406; MünchKommBGB/*Grunsky*, 6. Aufl., § 2102 Rdnr. 12; *Staudinger/Avenarius*, 2013, § 2113 Rdnr. 17; *Lemke/Böttcher*, Immobilienrecht, § 51 GBO Rdnr. 23). Das gilt auch dann, wenn die Verfügung des Vorerben – wie hier – in der Übertragung des Grundstücks auf den Nacherben selbst besteht (BayObLG, NJW-RR 2005, 956; MünchKommBGB/*Grunsky*, 6. Aufl., § 2113 Rdnr. 17; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 51 Rdnr. 42; *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 51 Rdnr. 41).

bb) Ist der Nacherbe noch unbekannt, bedarf es der Zustimmung eines für ihn bestellten Pflegers und einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung, § 1913 Satz 2, § 1915 Abs. 1 Satz 1 und 3, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB (vgl. BGH, Beschluss vom 20.2.1968, V BLw 34/67, LM Nr. 16 zu § 9 LwVG; BayObLG, NJW-RR 1997, 1239; MünchKommBGB/*Grunsky*, 6. Aufl., § 2113 Rdnr. 16 f.; BGB-RGRK/*Johannsen*, 12. Aufl., § 2113 Rdnr. 41). Ein Nacherbe ist allerdings nicht schon deshalb unbekannt, weil ungewiss ist, ob er den Nacherbfall erleben, also den Vorerben überleben wird (vgl. § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB). Auch steht der Annahme, der Nacherbe sei bekannt, nicht entgegen, dass dieser in der letztwilligen Verfügung nur abstrakt bestimmt worden ist (zum Beispiel erstgeborenes Kind). Ein nur abstrakt bestimmter Nacherbe ist im Zweifel ebenso bekannt wie ein namentlich bezeichneter Erbe, wenn feststeht, wer die abstrakte Bestimmung erfüllt und sich daran bis zum Nacherbfall außer durch den Tod der bestimmten Person nichts mehr ändern kann (vgl. *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl., § 1913 Rdnr. 3; BGB-RGRK/*Dickescheid*, 12. Aufl., § 1913 Rdnr. 2). Unbekannt ist ein Nacherbe hingegen insbesondere, wenn er bzw. der Kreis der Nacherben erst im Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls bestimmt werden kann (vgl. BayObLG, FamRZ 2001, 1561, 1562) oder wenn er nur für den Fall als Nacherbe berufen sein soll, dass er den Vorerben überlebt (vgl. RG WarnR 10 [1917], 434, 436; siehe aber auch *Kanzleiter*, DNotZ 1970, 326, 332 f.).

b) Dass der Antragsteller zu 2 hiernach bekannter Nacherbe ist und daher dem Verfügungsgeschäft des Vorerbens – mit der Folge der Unrichtigkeit des Grundbuchs – wirksam zustimmen konnte, ist grundsätzlich durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen (§ 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 GBO; vgl. *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 51 Rdnr. 171). Entbehrlich ist ein solcher Nachweis allerdings bei sog. gerichtskundigen Tatsachen, zu denen insbesondere das aus dem Grundbuch ersichtliche (vgl. *Bauer/v. Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 162), wie der hier in Abt. II eingetragene Nacherbenvermerk, gehört.

Die darin enthaltenen zwingenden (vgl. BayObLG, DNotZ 1984, 502; OLG Schleswig, SchlHA 1958, 178; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1977, 305; *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 51 Rdnr. 101) Angaben, wer Nacherbe ist, kann das Rechtsbeschwerdegericht selbständig auslegen. Dabei ist – wie bei der Auslegung von Grundbucheintragungen allgemein – auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt. Umstände außerhalb der Eintragung können nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 7.7.2000, V ZR 435/98, BGHZ 145, 16, 20 f.; BGH, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, BGHZ 160, 354, 362).

c) Danach hält die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass der Nacherbe erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls bestimmt werden könne und bis dahin unbekannt sei, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

aa) Zwar ist der Wortlaut des Nacherbenvermerks, wonach Nacherbe ist, wer nach § 49 der Erb- und Brudereinigung der Fürstlich- und Gräflisch Solmsischen Häuser vom 18.3.1915 als Erbe des Antragstellers zu 1 berufen ist, nicht ganz eindeutig. Eine Auslegung – wie von dem Beschwerdegericht vorgenommen – dahingehend, dass die Nacherbenstellung an die Beerbung des Vorerben geknüpft ist, der Nacherbe damit erst nach dessen Tod bestimmt werden kann, er also bis dahin unbekannt ist (so OLG Frankfurt, FGPrax 2010, 175), liegt aber eher fern. Nächstliegend ist die Annahme, dass die Bezugnahme auf die Erb- und Brudereinigung der abstrakten Bestimmung des Nacherben dienen und in gleicher Weise wirken soll wie etwa die Einsetzung des „erstgeborenen Kindes“. Wer nach § 49 der Erb- und Brudereinigung als Erbe des Antragstellers zu 1 berufen ist, lässt sich in der gleichen Weise individualisieren; sobald der Antragsteller zu 1 einen männlichen Nachkommen aus einer von der Erb- und Brudereinigung anerkannten Verbindung hat, ist dieser der nach dem Recht der Erstgeburt und der agnatischen Linearfolge bestimmte Erbe des Antragstellers zu 1. Hieran kann sich nichts mehr ändern, denn dieser Nachkomme ist und bleibt der erstgeborene Sohn des Antragstellers zu 1.

bb) Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass § 49 der Erb- und Brudereinigung – abweichend von dem Grundsatz, dass ein abstrakt bestimmter Nacherbe im Zweifel bekannt ist, wenn feststeht, wer die abstrakte Bestimmung erfüllt und sich daran bis zum Nacherbfall außer durch den Tod der bestimmten Person nichts mehr ändern kann – dahin zu verstehen ist, dass die Person des Nacherben erst im Zeitpunkt des Nacherbfalls bestimmt werden soll. § 49 der Erb- und Brudereinigung ordnet eine Vererbung nach dem Recht der Erstgeburt und der agnatischen Linearfolge an, will also erreichen, dass das Vermögen stets dem erstgeborenen männlichen Nachkommen zufällt und dessen erstgeborener männlicher Nachkomme der Nacherbe wird. Dass der danach als Nacherbe Berufene den Nacherbfall möglicherweise nicht erlebt, stellt das Prinzip nicht in Frage. Denn unter der Geltung der Erb- und Brudereinigung kann sein Erbe wiederum nur sein erstgeborener Sohn werden; gibt es einen solchen nicht, kommt wegen der Anordnung der agnatischen Linearfolge der nächste männliche Stamm zum Zuge. Vor allem kann nicht angenommen werden, dass § 49 der Erb- und Brudereinigung dem erstgeborenen Sohn des Familienoberhauptes die Rechte, die einem Nacherben vor dem Eintritt des Nacherbfalls zustehen, entziehen und stattdessen einem gerichtlich bestellten Pfleger übertragen will. Das aber wäre die Konsequenz, wenn zum Nacherben nur ein im Zeitpunkt des Nacherbfalls noch lebender Nachkomme des Erblassers berufen ist. Verfügungen über das Grundvermögen müssten dann unterbleiben oder bedürften der Zustimmung familienfremder Dritter (Pfleger und Betreuungsgericht). Eine solche Beschränkung des Familienoberhauptes liegt insbesondere bei einem Adelsgeschlecht fern; nächstliegend ist vielmehr die Annahme, dass Entscheidungen über Grundstücksverfügungen in der Familie bleiben und mit Zustimmung des (voraussichtlich) künftigen Familienoberhauptes möglich sein sollen.

d) Für den Nachweis der Unrichtigkeit des Nacherbenvermerks aufgrund einer Übertragung der in den Nachlass fallenden Grundstücke an den Nacherben reicht es daher aus, dass der Antragsteller zu 2 belegt (§ 29 GBO), dass er die in § 49 der Erb- und Brudereinigung der Fürstlich- und Gräflisch Solmsischen Häuser vom 18.3.1915 enthaltenen Kriterien er-

füllt. Dass er der erstgeborene Sohn des Antragstellers zu 1 ist, kann er ggf. durch eidesstattliche Versicherung belegen (OLG Frankfurt a. M., OLGZ 1985, 411, 412; KEHE-Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 17).

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von Reimann, MittBayNot 2014, 466 (in diesem Heft).

11. HGB § 12 Abs. 1 Satz 4 (Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister)

1. **Ist bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister die Rechtsnachfolge (Erbenstellung) nachzuweisen, so kann die Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsprotokoll genügen, wenn es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass zur Feststellung der Erbfolge tatsächliche Ermittlungen erforderlich sind.**
2. **Eine Lücke im Nachweis der Erbenstellung lässt sich durch die Beibringung einer geeigneten eidesstattlichen Versicherung jedenfalls dann schließen, wenn zur Feststellung der Erbfolge keine tatsächlichen Ermittlungen erforderlich sind und nach den Umständen kein vernünftiger Zweifel verbleibt, dass das Nachlassgericht im Erbscheinverfahren zu dem gleichen Ergebnis käme wie das Registergericht.**

OLG Bremen, Beschluss vom 15.4.2014, 2 W 22/14

Am 12.7.2013 verstarb Frau A W, Kommanditistin der unter HRA ... HB im Handelsregister des AG Bremen eingetragenen Handelsgesellschaft S Grundstücks KG, ... (Beschwerdeführerin).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Kommanditbeteiligung sei an Herrn M W als Alleinerben nach Frau A W aufgrund der Verfügungen von Todes wegen vom 5.3.1957 und 16.9.1976 (UR-Nr. .../1957 des Notars Dr. jur. H, Bremen, und URNr. .../1976 des Notars S, Bremen, welche von dem AG Bremen am 25.7.2013 erneut eröffnet wurden (Geschäftszeichen 32 IV 496/76), übergegangen. Damit sei Herr M W mit einem Betrag von € 20.451,68 anstelle der bisherigen Kommanditistin in die Kommanditgesellschaft eingetreten.

Am 11./14.11.2013 hat die S B AG im eigenen Namen und aufgrund der ihr erteilten Vollmachten durch die Gesellschafter die vorgenannte Änderung zur Eintragung gemäß § 378 FamFG in das Handelsregister angemeldet.

Mit Zwischenverfügung vom 4.2.2014 hat das AG Bremen – Registergericht – dem Eintragungsantrag nicht entsprochen und ausgeführt, zum Nachweis der Erbfolge nach der verstorbenen Kommanditistin A W sei ein Erbschein erforderlich. Wegen der im letzten notariellen Testament enthaltenen sog. Pflichtteils Klausel sei Herr M W nicht Erbe, wenn er nach dem Tode seines Vaters K W den Pflichtteil geltend gemacht habe. Damit bestünden berechtigte Zweifel an der Erbfolge.

Das Registergericht hat die Beschwerdeführerin aufgefordert, den Erbschein einzureichen und zur Hindernisbeseitigung eine Frist von vier Wochen notiert.

Das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 6.1.2014, erneut eingereicht am 5.2.2014, hat das Registergericht nach Rücksprache mit dem Notar Dr. M als Beschwerde gegen den Beschluss vom 4.2.2014 gewertet. Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Die Beschwerdeführerin meint, das Registergericht könne den Nachweis der Rechtsnachfolge durch eine notariell beurkundete Verfügung von Todes wegen zusammen mit der Niederschrift über deren

Eröffnung nach pflichtgemäßem Ermessen als ausreichend ansehen, soweit sich die Erbfolge hieraus mit hinreichender Deutlichkeit ergebe. Das sei vorliegend der Fall; Bedenken seien allenfalls nur theoretischer Art. Begründete Zweifel dafür, dass der eingesetzte alleinige Schlusserbe sein Pflichtteilsrecht geltend gemacht habe und damit nicht Erbe geworden sei, habe das Registergericht nicht vorgebracht.

Aus den Gründen:

#### II.

1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft (§ 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG) sowie auch gemäß §§ 63, 64 FamFG form- und fristgerecht eingeleitet worden.

2. Die Beschwerde ist teilweise begründet, indem sie dazu führt, dass die Zwischenverfügung des Registergerichts um die Angabe eines weiteren Mittels, durch welches das Eintragungshindernis beseitigt werden kann, ergänzt wird.

Für die nach §§ 107, 143 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB erforderliche Anmeldung und Eintragung des Eintritts des Kommanditisten in die bestehende Gesellschaft ist die Rechtsnachfolge der früheren Kommanditbeteiligung der Kommanditistin A W nach § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.

Anders als in Grundbuchsachen, wo nach § 35 Abs. 1 GBO der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich nur durch einen Erbschein und nur dann, wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde beruht, auch durch Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung geführt werden kann, liegt es hier im pflichtgemäßen Ermessen des Registergerichts, welche öffentlichen Urkunden es für den Nachweis erfordert (*Hopt in Baumbach/Hopt*, HGB, 35. Aufl., § 12 Rdnr. 5). Während bei gesetzlicher Erbfolge wie auch bei privatschriftlichen Testamenten grundsätzlich – ungeachtet des damit verbundenen Kosten- und Zeitaufwandes – der Erbschein (§ 2353 BGB) erforderlich sein wird (siehe KG, NZG 2000, 1167, 116), kann eine öffentlich beurkundete Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsprotokoll in der Regel genügen (*Hopt*, a. a. O., m. w. Hinw.). Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass zur Feststellung der Erbfolge tatsächliche Ermittlungen erforderlich sind. In keinem Fall ist das Registergericht verpflichtet, sich selbst ein Urteil über die Erbfolge zu bilden, sofern diese auch nur zweifelhaft ist. Denn die gerichtliche Prüfung der Erbfolge fällt in den Kompetenzbereich des Nachlassgerichts, das hierüber im Erbscheinsverfahren nach den dort geltenden Bestimmungen zu befinden hat (KG, a. a. O.; OLG Köln, NZG 2005, 37, 38, jeweils m. w. Hinw.).

Vorliegend bestehen hinsichtlich der notariellen Verfügung von Todes wegen vom 16.9.1976 keine Auslegungszweifel. Auch ist der Erbe mit Namensangabe bestimmt, und es sind offenbar auch nicht mehrere letztwillige Verfügungen vorhanden. Allerdings enthält das letzte gemeinschaftliche Testament der Eheleute Wöhler in § 4 eine sog. Pflichtteils Klausel: Nach dieser kann der Schlusserbe, wenn er nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten seinen Pflichtteil geltend gemacht hat, nicht Erbe nach dem Letztversterbenden (hier Ehefrau und Kommanditistin) werden. Diese Pflichtteils Klausel begründet – anders als es die Beschwerdeführerin meint – nicht fernliegende Zweifel an der Erbfolge nach A W. Es ist nicht auszuschließen, dass der testamentarische Schlusserbe, Herr M W, nicht Erbe geworden ist, weil er möglicherweise seinen Pflichtteil verlangt hat. Die insoweit vom Registergericht in seiner angefochtenen Entscheidung zum Ausdruck gebrachten Zweifel sind daher berechtigt.

Im Erbscheinsverfahren wird in einem solchen Fall der Erbschein erst dann erteilt, wenn die Zweifel ausgeräumt sind. Der dortige Antragsteller hat als Voraussetzung seiner Erbenstellung nachzuweisen, dass der Pflichtteil nach dem ersten Erbfall nicht geltend gemacht wurde. Zu Recht hat das Registergericht ausgeführt, dass im Registerverfahren keine geringeren Anforderungen als im Nachlassverfahren gestellt werden können.

Die hier verbleibende Lücke im Nachweis der Erbenstellung kann sich vorliegend allerdings, ohne dass es weiterer Ermittlungen bedarf, schon dadurch schließen lassen, dass Herr M W eine vor dem Notar abgegebene eidesstattlichen Versicherung vorlegt dahingehend, dass er nicht nach dem Tode seines Vaters K W den Pflichtteil verlangt hat. Es handelt sich bei einer solchen eidesstattlichen Versicherung um eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB, die in Verbindung mit der notariellen letztwilligen Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung zum Nachweis der Rechtsnachfolge geeignet ist (ebenso in Fällen des § 35 GBO siehe OLG Bremen, Beschluss vom 28.3.2011, 3 W 1/11; OLG Düsseldorf, NJOZ 2011, 393). Dies gilt umso eher, als es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass zur Feststellung der Erbfolge tatsächliche Ermittlungen erforderlich sind: Es gibt keinen vernünftigen Zweifel, dass das Nachlassgericht bei der Ermittlung der Erbfolge zu dem gleichen Ergebnis käme wie das Registergericht; denn es würde seinerseits auch die eidesstattliche Versicherung des Beteiligten der Erbscheinerteilung zugrundelegen. In einem derartigen Fall erscheint der Verweis auf ein Verfahren vor dem Nachlassgericht als nicht gebotener Umweg (OLG Bremen, a. a. O.).

Ob das Registergericht nach erfolgter Vorlage der eidesstattlichen Versicherung den Nachweis der Erbfolge als erbracht anzusehen hat, ist nicht Gegenstand der Beschwerdeentscheidung. Vielmehr greifen dann die allgemeinen Grundsätze ein, nach denen das Registergericht die Vorlegung eines Erbscheins stets verlangen kann, soweit (nicht lediglich abstrakt) Zweifel hinsichtlich der Erbfolge verbleiben, die nur durch weitere Ermittlungen tatsächlicher Art geklärt werden können.

### Anmerkung:

Der Erbfolgenachweis bereitet seit Jahrzehnten nicht allein im Grundbuch-, sondern auch im Handelsregisterrecht Probleme, wenn ein Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament nach dem sog. „Berliner Modell“ im Sinne des § 2269 BGB eine Pflichtteilssanktionsklausel für den Fall enthält, dass ein Schlusserbe bereits beim ersten Erbfall seinen Pflichtteil geltend macht, einfordert, einklagt usw. Besteht die Sanktionswirkung jedoch allein darin, dass der überlebende Teil des Erbvertrags bzw. gemeinschaftlichen Testaments unter dieser Bedingung seine volle Testierfreiheit wiedererlangt, so kann der Erbnachweis durch Vorlage des gerichtlichen Eröffnungsprotokolls gemäß § 348 Abs. 1 Satz 2 FamFG in Verbindung mit einem öffentlichen Testament oder einem Erbvertrag zweifelsfrei geführt werden, weil es zur Enterbung immer einer weiteren Verfügung von Todes wegen bedarf. Probleme bereiten allerdings jene Pflichtteilssanktionsklauseln in „Berliner Testamenten“, die die enterbende Wirkung mit Erfüllung der Bedingung von selbst eintreten lassen. Über einen solchen Sachverhalt hatte auch der Senat des OLG Bremen zu entscheiden.

Grundbuchämter wie Registergerichte neigten – und neigen noch immer – dazu, ohne Rücksicht auf die horrenden Kosten in diesen Fällen Erbscheine zu verlangen.

Im Grundbuchverfahren bildet § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO die Rechtsgrundlage für die Anforderungen an den Erbnachweis bei Vorhandensein eines öffentlichen Testaments oder Erbvertrags mit einer Pflichtteilssanktionsklausel. Trotzdem war auch hier lange Zeit umstritten, ob es in diesen Fällen der Vorlage eines Erbscheins bedarf.<sup>1</sup> Die obergerichtliche Rechtsprechung der letzten Jahre lässt jedoch in der Regel eine eidesstattliche Versicherung genügen, dass der Pflichtteil beim ersten Erbfall nicht geltend gemacht, eingefordert, eingeklagt usw. worden ist.<sup>2</sup> Die Senate beantworten allerdings die Frage, ob die Versicherung allein vom Antragsteller oder von allen Miterben abgegeben werden muss, unterschiedlich. Einigkeit herrscht jedoch darüber, dass das Grundbuchamt allein wegen der in einem Berliner Testament enthaltenen Pflichtteilssanktionsklausel mit bedingter Enterbung auf den Schlusserbfall keinen Erbschein verlangen kann.

Im Registerrecht fehlt zwar eine dem § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO vergleichbare Norm, doch folgen die Gerichte in dieser Frage den gleichen Regeln. Obergerichtliche Entscheidungen zu dieser speziellen Frage des Erbnachweises bei Berliner Testamenten mit Pflichtteilssanktionsklauseln sind allerdings bislang noch nicht bekannt geworden. Diese Entscheidung des OLG Bremen ist damit im Bereich des Registerrechts wegweisend. Dabei folgt der Senat der obergerichtlichen Rechtsprechung zu § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO ohne jede Einschränkung.

Die obergerichtliche Rechtsprechung zum Grundbuch- wie zum Handelsregisterrecht in dieser Frage ist aus Sicht des Bürgers und der Notare uneingeschränkt zu begrüßen. In diesen Verfahren kann sowohl die Beiziehung der Nachlassakten als auch die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen, insbesondere die Anwendung von Auslegungsregeln, durch den hierfür ausgebildeten Rechtspfleger verlangt werden.<sup>3</sup> Zweifel am Erbrecht des Antragstellers, die auf vollkommen fern liegenden oder abstrakten Möglichkeiten beruhen, rechtfertigen es nach allgemeiner Meinung nicht, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen.<sup>4</sup> Hinzu kommt in den Fällen eines Berliner Testaments mit Pflichtteilssanktionsklausel, dass es sich beim Nichteinfordern des Pflichtteils beim ersten Erbfall um eine sog. „negative Tatsache“ handelt, die sich jedem herkömmlichen Beweis durch Urkunden, Zeugen usw. logischerweise entzieht. Niemand kann „beweisen“, etwas nicht erklärt zu haben! Selbst das Nachlassgericht muss sich deshalb insoweit mit der entsprechenden Negativerklärung des Antragstellers, verbunden mit einer eidesstattlichen Versicherung, zufrieden geben. Scheitert der Erbnachweis allein am Beweis dieser negativen Tatsache, so bringt die Erteilung eines Erbscheins durch das Nachlassgericht dem Registergericht also keinerlei Erkenntnisgewinn. Wegen der damit verbundenen erheblichen Kosten für den Antragsteller muss man ein Verlangen des Registergerichts nach Vorlage eines Erbscheins deshalb sogar als unverhältnismäßig beanstanden.

<sup>1</sup> *Böhringer*, BWNZ 1988, 155, 158 m. w. N.

<sup>2</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.2.2013, 20 W 8/13, BeckRS 2013, 7536; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.1.2013, 20 W 413/12, BeckRS 2013, 6309; OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, 15 W 27/11, NJW-RR 2011, 1097; OLG München, Beschluss vom 11.12.2012, 34 Wx 433/12, BeckRS 2013, 1178; KG, Beschluss vom 6.3.2012, 1 W 10/12, NJW-RR 2012, 847.

<sup>3</sup> OLG Köln, Beschluss vom 5.11.1999, 2 Wx 41/99, BeckRS 1999, 30080598 unter 2.

<sup>4</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, 15 W 27/11, NJW-RR 2011, 1097, 1098; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.6.1998, 20 W 251/98, MittRhNotK 1998, 363, 364; *Völzmann*, RNotZ 2013, 380, 384.

Völlig zu Recht kommt daher der Senat des OLG Bremen zu dem Ergebnis, dass das Registergericht – jedenfalls mit Blick auf die Pflichtteilssanktionsklausel – keinen Erbschein verlangen darf. Es ist zu hoffen, dass die obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage endlich in allen Grundbuch- und Registerverfahren beachtet wird.

Notar Dr. *Wolfgang Litzenburger*, Mainz

12. BGB §§ 1913, 2111, 2113; GBO § 18 Abs. 1 (*Löschung eines Nacherbenvermerks bei Bestimmung von Abkömmlingen des Vorerben zu Nacherben*)

**Zur Auslegung einer notariellen letztwilligen Verfügung, in der der Erblasser seine Töchter zu Vorerbinnen und zu Nacherben je die Abkömmlinge seiner Töchter bestimmt (hier: Notwendigkeit der Zustimmung der durch Pfleger vertretenen Nacherben zur Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks).**

OLG München, Beschluss vom 13.1.2014, 34 Wx 166/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte begehrt im Weg der Grundbuchberichtigung die Löschung von Nacherbenvermerken. Die 1947 geborene Mutter des Beteiligten, Heidemarie H, war als Eigentümerin von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen. Sie ist hinsichtlich dieses Grundbesitzes befreite Vorerbin; ein Nacherbenvermerk ist eingetragen (Abt. II Nr. 7 mit Nr. 11); hiernach sind die Nacherben von Rudolf Sch die Abkömmlinge von Heidemarie H und tritt die Nacherbfolge durch den Tod des Vorerben ein. Das zugrundeliegende notarielle Testament vom 30.1.1990 enthält in Abschnitt ... (unter anderem) die Erbeinsetzung von Heidemarie H und die Bestimmung ihrer Abkömmlinge zu Nacherben bzw. Ersatzerben, ferner in Abschnitt II. 3. folgende – später aufgehobene – Regelung:

„In Anbetracht dessen, dass meine Tochter Heidemarie H, solange als meine Stiefmutter, Frau Anna S, lebt, keinen Ertrag aus dem (gegenständlichen) Anwesen ... hat, erhält diese vermächtnisweise von meiner Tochter, Frau Gertraud H bzw. von den an ihre Stelle tretenden Nach-/Ersatzerben, die Hälfte des Nettojahresertrages aus dem zugewendeten Grundbesitz in E so lange, bis ihr das Alleineigentum an dem (gegenständlichen) Anwesen in M verschafft ist und ihr der volle Ertrag aus diesem Anwesen zusteht.“

Dieser Anspruch steht ersatzweise dem Ehemann der Berechtigten, Herrn Oskar H, zu und zwar so lange, bis seine Kinder aus dieser Ehe als Nach-/Ersatzerben Alleineigentümer des vorgenannten Anwesens werden und in den Genuss des vollen Ertrages aus diesem Anwesen kommen, wobei dieser Anspruch mit Vollendung des 35. Lebensjahres durch das jüngste Kind aus seiner Ehe mit Heidemarie H erlischt.“

Oskar H verstarb am 14.12.2003. Mit notariellem Vertrag vom 22.12.2006, überschrieben mit „Erbauseinandersetzung und Überlassung“ – überließ Heidemarie H dem Beteiligten und dessen Bruder Florian H ausdrücklich unentgeltlich den gegenständlichen Grundbesitz. Die Erwerber wurden aufgrund der Auflassung vom 22.12.2006 am 6.2.2007 als Eigentümer eingetragen und veräußerten am 9.12.2011 das Grundstück an Rainer B, der seit dem 7.12.2012 als Eigentümer eingetragen ist.

Unter dem 18.2.2013 hat der die Auflassung vom 9.12.2011 beurkundende Notar Antrag auf Löschung der Nacherbenvermerke im Weg der Berichtigung gestellt mit der Begründung, dass das Grundstück wirksam aus dem Nachlass ausgeschieden sei. Im Hinblick auf die Schutzwirkung des Vermerks könne es keinen rechtlichen Unterschied machen, ob der Vorerbe mit Zustimmung der Nacherben das Grundstück verkauft oder, wie hier, die Nacherben mit Zustimmung des Vorerben. Es reiche aus, wenn die zum Zeitpunkt des Verkaufs existierenden Nacherben dem Verkauf zustimmten, die Zustimmung von Ersatzerben sei nicht erforderlich. Abkömmlinge im Zeitpunkt des Verkaufs seien aber nur der Beteiligte und sein Bruder. Dies könne durch entsprechende eidesstattliche Versicherungen der Vorerbin oder der Nacherben nachgewiesen werden. Die Vorerbin sei ausdrücklich befreit gewesen und habe den Verkauf auch ohne Zustimmung der Nacherben tätigen können.

Mit Zwischenverfügung vom 11.4.2013 hat das Grundbuchamt Frist zur Beseitigung folgenden Hindernisses gesetzt: Zur Löschung der Nacherbenvermerke sei die Zustimmung der Nacherben erforderlich. Da der Nacherbfall noch nicht eingetreten sei, müsse für unbekannte Nacherben ein Pfleger bestellt werden, der die Löschungsbewilligung für diese abgebe. Der Erblasser habe seine beiden namentlich genannten Töchter zu Vorerbinnen eingesetzt, zu Nacherben je die Abkömmlinge seiner Töchter nach Stämmen. Da sich die Vorerbinnen gemäß der Teilungsanordnung im Testament dergestalt auseinandergesetzt hätten, dass Heidemarie H den betreffenden Grundbesitz zu Alleineigentum erhalte, sei nur noch die Nacherbenanordnung nach ihr relevant. Abkömmlinge seien aber nicht nur die beiden Söhne Florian H und der Beteiligte, sondern alle Personen, die in gerader Linie absteigend miteinander verwandt seien. Zu Lebzeiten der Vorerbin könnten jederzeit Nacherben hinzukommen, da auch adoptierte Kinder Abkömmlinge seien. Der Grundbesitz sei nicht durch die Überlassung an den Beteiligten und Florian H aus der Vorerbschaft ausgeschieden, da es sich zumindest um eine teilweise unentgeltliche Verfügung gehandelt habe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde, die der Notar für den Beteiligten als Grundstücksveräußerer eingelegt hat. Das Rechtsmittel wird damit begründet, dass es sich um eine entgeltliche Verfügung handle und sich daher der Erlös für den Verkauf weiterhin im Sondervermögen der Vor- und Nacherbschaft befinde. Es gehe lediglich um einen „Objektwechsel“. Daher sei nur die Zustimmung aller aktuell eingesetzten Nacherben im Zeitpunkt des Verkaufs erforderlich, weil anstelle des ausgeschiedenen Gegenstands die Gegenleistung als Surrogat zum Nachlass gehöre. Da die Vorerbin im Zeitpunkt des Verkaufs eine Adoption nicht vorgenommen habe und eine solche zumindest zu diesem Zeitpunkt nicht beantragt gewesen sei, seien unbekannte Nacherben nicht vorhanden. Die Zustimmung von Ersatznacherben zum Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge sei nicht erforderlich. Wenn aber schon die Ersatznacherben nicht zustimmen müssten, seien (noch) nicht adoptierte Abkömmlinge keinesfalls schützenswert. Für diese bestehe kein irgendwie geartetes Anwartschaftsrecht. Ein Pfleger könne die Vermögensinteressen eines Kindes, das noch gar nicht adoptiert worden sei, nicht berücksichtigen. Angesichts des hohen Alters der Vorerbin könne auch kein langjähriges Mutter-Kind-Verhältnis als Voraussetzung für eine Adoption mehr entstehen; dies liege weit außerhalb der Lebenserfahrung. Durch die wirksame entgeltliche Verfügung von Nacherben und Vorerbin sei der Grundbesitz aus dem Schutzbereich der Nacherbenvermerke ausgeschieden.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Die Überlassung an den Beteiligten und seinen Bruder stelle sich als eine teilweise unentgeltliche Verfügung dar, die einer unentgeltlichen gleichzusetzen sei. Es könne nicht ohne Weiteres gesagt werden, ob eine gleichwertige Gegenleistung in den Nachlass geflossen sei. Solange der Vermerk eingetragen sei, seien die Nacherben geschützt und alle Verfügungen der Vorerben – auch unentgeltliche – könnten wirksam erfolgen. Der Nacherbenvermerk sei auch ausdrücklich übernommen worden. Weil als Nacherben die Abkömmlinge bestimmt worden seien, kämen neben den bekannten beiden Söhnen unbekannte Nacherben immer in Betracht.

Der Beteiligte führt unter Hinweis auf Abschnitt II. 3. des notariellen Testaments vom 30.1.1990 aus, dass der Erblasser keinesfalls ein von seiner Tochter Heidemarie nach seinem Tod adoptiertes Kind als Nacherben begünstigen wollte. Die Begriffe „Abkömmlinge“ und „Kinder“ seien abwechselnd verwendet worden. Rückschlüsse darauf, dass auch nicht leibliche Abkömmlinge, also einseitig von Heidemarie H adoptierte Kinder, als Nacherben in Frage kommen sollten, seien nicht möglich.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (Art. 18 Abs. 1 GBO), die als Hindernis für die Löschung der Nacherbenvermerke die fehlende Bewilligung der (aller) Nacherben aufzeigt und eine Frist zur Behebung des Hindernisses setzt, ist zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO; vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 71 Rdnr. 1 und 29). Der Beteiligte ist zwar nicht mehr (Mit-)Eigentümer, haftet aber mit für die Lastenfreiheit.

Insoweit ergibt sich die Vertretungsbefugnis des Notars für die wirksame Einlegung des Rechtsmittels aus § 15 Abs. 2 GBO.

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Der befreite Vorerbe kann zwar wirksam (§ 2113 Abs. 1, § 2136 BGB) auch über Grundstücke verfügen. Da von der Beschränkung des § 2113 Abs. 2 BGB aber eine Befreiung nicht möglich ist, benötigt auch der befreite Vorerbe für unentgeltliche Verfügungen die Zustimmung der Nacherben.

a) Unentgeltlich ist eine Verfügung des Vorerben über einen Nachlassgegenstand, wenn dem von ihm aufgegebenen Vermögenswert objektiv keine oder keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und der Vorerbe subjektiv das Fehlen oder die Ungleichwertigkeit der Gegenleistung erkannt hat oder hätte erkennen müssen (BGH, NJW 1984, 366; vgl. *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl., § 2113 Rdnr. 10; *Staudinger/Avenarius*, Neubearb. 2013, § 2113 Rdnr. 61). Unentgeltlich sind Schenkungen des Vorerben und solche Verfügungen, die für ihn persönlich zwar entgeltlich und gegenüber seinem Vertragspartner schuldrechtlich wirksam sind, bei denen aber keine Surrogation (§ 2111 BGB) stattfindet und damit die Gegenleistung dem Vorerben oder einem Dritten, nicht aber dem Nachlass zugute kommt (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2113 Rdnr. 11). Dasselbe gilt, wenn die Gegenleistung statt in den Nachlass in das freie Vermögen eines einzelnen oder einzelner Nacherben gelangt, da durch § 2113 Abs. 2 BGB die Gesamtheit der Nacherben geschützt werden soll (vgl. *Palandt/Weidlich*, a. a. O.).

b) Die Zustimmung der Nacherben beseitigt die Beeinträchtigung und damit die Unwirksamkeit der Verfügung (§ 2113 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 BGB; BGHZ 40, 115; BayObLG, NJW-RR 2005, 956; vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2113 Rdnr. 6 und 12). Notwendig ist die Zustimmung aller Nacherben, nicht jedoch von Ersatzerben. Insoweit hat dies der Senat in seinem Beschluss vom 10.8.2012 (34 Wx 187/12 = DNotZ 2013, 24 mit Anm. *Henn*) nicht in Frage gestellt. Die Ersatznacherbenproblematik taucht hier nicht auf. Für unbekannte Nacherben ist aber ein Pfleger zu bestellen (§ 1913 BGB). Zu diesen gehören auch noch unbestimmte Nacherben (OLG Frankfurt, FGPrax 2010, 175; *Palandt/Weidlich*, § 2113 Rdnr. 6, § 2100 Rdnr. 12; ferner *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3485 und 3512).

Es wird die Meinung vertreten, dass unter bestimmten Umständen die eidesstattliche Versicherung des Vorerben, dass keine weiteren als Nacherben in Frage kommenden Personen existieren, die Notwendigkeit der Pflegerbestellung beseitigt, so zum Beispiel dann, wenn als Nacherben die gemeinsamen Kinder des Erblassers und der Vorerbin bestimmt sind (vgl. OLG Frankfurt, Rpfleger 1986, 51). Sind aber die „Abkömmlinge“ des Vorerben als Nacherben eingesetzt, zu denen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch Adoptivkinder gehören (vgl. etwa MünchKommBGB/*Leipold*, 5. Aufl. § 1924 Rdnr. 3), können, wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Erblasser entgegen dem Wortlaut des Testaments nur leibliche Kinder einsetzen wollte, bis zum Ableben des Vorerben noch jederzeit Nacherben hinzukommen (vgl. BayObLGZ 1959, 501; OLG Stuttgart, ZEV 2010, 94; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 51 Rdnr. 87). Dies entzieht sich naturgemäß einer eidesstattlichen Versicherung.

2. Damit verlangt das Grundbuchamt zu Recht die Zustimmung weiterer – durch einen Pfleger vertretener – unbekannter Nacherben.

a) Der Grundbesitz ist nicht endgültig aus der Nacherbschaft ausgeschieden. Die Vorerbin hat mit notariellem Ver-

trag vom 22.12.2006 dem Beteiligten und dessen Bruder das gegenständliche Grundstück überlassen, und zwar ausdrücklich unentgeltlich. Aus der Vorerbmasse ausgeschieden ist der Grundbesitz aber auch nicht durch die Veräußerung an den derzeit als Eigentümer eingetragenen Rainer B. Hierbei handelte es sich zwar um eine entgeltliche Verfügung. Der Kaufpreis sollte aber an den Beteiligten und dessen Bruder fließen, nicht in den Nachlass (vgl. § 2111 BGB) bzw. an die Vorerbin (vgl. BGH, DNotZ 1985, 482; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3480). Daran ändert auch die Zustimmung der Vorerbin zu diesem Geschäft nichts.

Allerdings handelt es sich bei den Verkäufern um alle derzeit bekannten Nacherben. Dies führt aber nicht dazu, dass eine Beeinträchtigung (aller) Nacherben auszuschließen ist, da noch weitere Nacherben hinzukommen können.

Nacherben sind die Abkömmlinge. Dafür, dass entgegen dem Sprachgebrauch hier lediglich die leiblichen Kinder gemeint sind, enthält das Testament, das dem Senat vorliegt und das dieser selbstständig auszulegen hat (vgl. § 74 GBO), keine Anhaltspunkte. Ob die Vorerbin zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts bereits eine Adoption vorgenommen hatte, kann (vgl. BayObLGZ 1959, 501) schon deshalb keine Rolle spielen, weil eben auch der als solcher noch nicht existierende Nacherbe, der naturgemäß auch vom Kaufpreis seinen Anteil nicht erhalten haben kann, zustimmen muss. Schon deshalb kommt eine eidesstattliche Versicherung nicht in Betracht. Wenn auch – wie der Beteiligte zu Recht anführt – das Merkmal des Abkömmlings bis zum Nacherbfall dem Nacherben nicht verloren gehen kann, ändert dies nichts an dem Umstand, dass weitere Nacherben hinzutreten können. Das „hohe Alter“ der Vorerbin steht jedenfalls dem Hinzukommen weiterer Abkömmlinge durch Adoption nicht entgegen. Der Beteiligte ist der Meinung, dass angesichts des Alters der Vorerbin ein langjähriges Mutter-Kind-Verhältnis nicht mehr entstehen könne. Für die Annahme eines Minderjährigen ist zwar Voraussetzung, dass das Entstehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen dem Annehmenden und dem Kind zu erwarten ist (§ 1741 Abs. 1 BGB). Bei der Adoption Volljähriger wird ein solches (§ 1767 Abs. 1 BGB) im Regelfall vorhanden sein. Das Entstehen eines solchen Verhältnisses muss mindestens für die Zukunft zu erwarten sein (KG, NJW-RR 2013, 774; vgl. *Palandt/Götz*, § 1767 Rdnr. 4). Ein Grund, weshalb dies bei der 1947 geborenen Vorerbin von vornherein nicht mehr in Betracht kommen sollte, ist nicht ersichtlich. Selbst eine geringe Wahrscheinlichkeit genügt nicht, die grundbuchrechtlichen Anforderungen abzuschwächen. Die Berücksichtigung dieser Möglichkeit ist zumindest nicht – wie der Beteiligte meint – „absurd und abstrus“.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der Erblasser im notariellen Testament vom 30.1.1990 die Begriffe Abkömmlinge und Kinder aus der Ehe zwischen Oskar und Heidemarie H abwechselnd verwendet. Auch der Begriff „Kinder“ umfasst Adoptivkinder (vgl. etwa *Palandt/Weidlich*, § 1924 Rdnr. 7 und 10 f.). Wenn an anderer Stelle (nur) von den Kindern aus der Ehe zwischen Oskar H und Heidemarie H die Rede ist, lässt sich daraus nicht zwingend schließen, dass auch die Nacherben lediglich die leiblichen Kinder der genannten Eheleute sein sollen.

Allerdings ist unter Abschnitt II. 3. der letztwilligen Verfügung ursprünglich bestimmt gewesen, Heidemarie H habe zum Ausgleich dafür, dass sie aus dem Anwesen bis zum Tode ihrer Stiefgroßmutter keinen Ertrag hat, vermächtnisweise von einer anderen Tochter Zahlungen zu erhalten, und zwar solange, bis ihr das Alleineigentum an dem gegenständlichen Anwesen verschafft ist und ihr daraus der volle Ertrag zusteht.

Dieser Anspruch steht ersatzweise auch dem Ehemann der Berechtigten (Oskar H) zu, nämlich so lange, bis „seine Kinder aus dieser Ehe“ als Nach-/Ersatzerben Alleineigentümer des Anwesens werden. Daraus könnte der Schluss zu ziehen sein, dass der Erblasser davon ausging, zu irgendeinem Zeitpunkt würden (nur) die Kinder aus der Ehe von Heidemarie und Oskar H Alleineigentümer werden. Trotzdem ergibt sich hieraus nicht zwingend eine Auslegung nur dahin, dass mit dem sonst verwendeten Begriff der Abkömmlinge – entgegen dem Sprachgebrauch – lediglich die leiblichen Kinder von Oskar und Heidemarie H gemeint waren. Abschnitt II. 3. betrifft nämlich eine Situation, in der – nach dem Ableben von Heidemarie H – eine Adoption durch diese ohnehin nicht mehr in Betracht kam. Es konnten nur noch gemeinsame – nicht unbedingt leibliche – Kinder von Oskar und Heidemarie H Alleineigentümer werden. Denn während des Bestehens der Ehe konnten Oskar und Heidemarie H nur gemeinsam ein Kind annehmen (§ 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB). Dass auch bei einem Überleben von Heidemarie H nur gemeinsame – leibliche – Kinder Nacherben sein sollten, folgt daraus nicht zwangsläufig.

Jedenfalls mit den dem Grundbuchamt zur Verfügung stehenden Mitteln lässt sich ein vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichender Erblasserwille nicht sicher ermitteln.

c) Die noch unbekannteten Nacherben müssen, vertreten durch einen Pfleger (§ 1913 BGB), daher der Verfügung zustimmen. Ersatznacherben müssen, wie schon ausgeführt, nicht zustimmen. Daraus lässt sich aber für noch nicht bekannte und als solche nicht existierende Nacherben nichts herleiten. Denn Ersatznacherben kommen nur zum Zug, wenn der eigentliche Nacherbe wegfällt, hingegen treten unbekanntete oder als solche noch nicht vorhandene Nacherben neben die schon bekannten.

Der Nacherbenvermerk dient dazu, die Interessen eines möglicherweise noch hinzukommenden weiteren Nacherben zu wahren. Ob ein weiterer Nacherbe hinzugekommen ist, zeigt sich regelmäßig erst zum Zeitpunkt des Nacherbfalls und wird durch die Vorlage eines Erbscheins dokumentiert.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Der Beschwerdewert ergibt sich aus § 131 Abs. 4 KostO i. V. m. § 30 Abs. 2 KostO sowie § 136 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG.

4. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor, da es sich um die einzelfallbezogene Auslegung einer letztwilligen Verfügung handelt und im Übrigen die Rechtsfragen geklärt sind.

## Anmerkung:

### 1. Die vorweggenommene Nacherbfolge als Gestaltungsproblem

Der in Begründung und Ergebnis richtige Beschluss des OLG München vom 13.1.2014 betrifft einen Fall der vorweggenommenen Nacherbfolge. Die notarielle Praxis kann sich an ihm gut orientieren.

Typisch für solche Sachverhalte ist, dass ein Vorerbe – vorwiegend aus steuerlichen Gründen, etwa um bestehende rechtliche Vergünstigungen und Verschonungsmöglichkeiten mitzunehmen – beabsichtigt, Grundbesitz oder andere Nachlassgegenstände bereits vor Eintritt des bei seinem Ableben eintretenden Nacherbfalls auf den designierten Nacherben zu übertragen, in der Regel unter Vorbehalt von Rechten, wie Nießbrauch etc. Da derartige Übertragungen meistens unentgeltlich oder teilentgeltlich erfolgen, steht ihnen das Schenkungsverbot des § 2113 Abs. 2 BGB entgegen. Dieses gilt

unabhängig davon, ob die Übertragung eines Nachlassgegenstandes auf einen Dritten oder auf den designierten Nacherben erfolgt.<sup>1</sup> Allerdings wird die unentgeltliche Verfügung nach allgemeiner Auffassung<sup>2</sup> uneingeschränkt wirksam, wenn ihr der Nacherbe zustimmt; dies wird aus § 2120 BGB gefolgert. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage, wer als Nacherbe ggf. der unentgeltlichen Verfügung zuzustimmen hat, um diese wirksam werden zu lassen, ist weder der Zeitpunkt des Erbfalls noch derjenige der beabsichtigten Verfügung, sondern der Nacherbfall, also regelmäßig das Ableben des Vorerben.<sup>3</sup> Da zum Zeitpunkt der beabsichtigten Verfügung in vielen Fällen unklar ist, wer bei Eintritt des Nacherbfalls definitiv Nacherbe wird, gelten diese Gestaltungen – wie der Beschluss des OLG München belegt – in der Praxis als heikel.

### 2. Typische Sachverhalte

Geht man davon aus, dass eine unentgeltliche oder teilentgeltliche Verfügung des Vorerben nur mit Zustimmung der zum Zeitpunkt des Nacherbfalls berechtigten Nacherben wirksam wird, stellt sich die Frage, wer im Einzelfall einer vorweggenommenen Nacherbfolge zuzustimmen hat. In Betracht kommen mehrere typische Situationen:

Fallgestaltung 1: Der Erblasser setzt, wie in dem vom OLG München entschiedenen Fall, die Abkömmlinge des Vorerben zu Nacherben ein.

Fallgestaltung 2: Der Erblasser setzt bestimmte Abkömmlinge des Vorerben zu Nacherben ein, ersatzweise deren Abkömmlinge.

Fallgestaltung 3: Der Erblasser ordnet eine gestaffelte Nacherbfolge an, bestimmt also für den ersten oder weiteren Nacherben wiederum einen oder mehrere Nacherben.

Auch weitere Variationen dieser Gestaltungen, etwa im Bereich der Ersatzerbfolge, und andere abstrakte Bestimmungen des Nacherben (zum Beispiel erstgeborenes Kind oder Ähnliches) sind denkbar.

Hat der Erblasser, wie in der Fallkonstellation 1, die Abkömmlinge des Vorerben zu Nacherben eingesetzt, ist im Zeitpunkt der beabsichtigten Verfügung unklar, wer Nacherbe wird, da der Vorerbe weitere Abkömmlinge hinterlassen könnte, etwa durch Adoption. Wie das OLG München zutreffend ausführt, ist für einen noch nicht gezeugten oder erst durch ein künftiges Ereignis bestimmten Nacherben die Zustimmung durch einen für ihn bestimmten Pfleger (§ 1913 BGB) zu erteilen, er bedarf zudem für eine von ihm erteilte Zustimmung der Genehmigung des Gerichts nach §§ 1821, 1812, 1915 BGB.<sup>4</sup> Eine Zustimmung durch den Pfleger und eine Genehmigung durch das Gericht wird dabei in der Regel am Schenkungsverbot der § 1915 Abs. 1, § 1804 BGB scheitern. Auch wenn eine Nacherbenvollstreckung (§ 2222 BGB) angeordnet ist, erspart dies nur die gerichtliche Mitwirkung, das für Testamentsvollstrecker geltende Schenkungsverbot

<sup>1</sup> Vgl. MünchKommBGB/*Grunsky*, 6. Aufl. 2013, § 2113 Rdnr. 17; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2113 Rdnr. 26.

<sup>2</sup> Vgl. *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 2113 Rdnr. 6; *Staudinger/Avenarius*, Bearb. 2013, § 2113 Rdnr. 17; MünchKommBGB/*Grunsky*, a. a. O., Rdnr. 16.

<sup>3</sup> Allg. Meinung, vgl. *Palandt/Weidlich*, a. a. O.; *Soergel/Harder/Wegmann*, BGB, 13. Aufl. 2002/2003, § 2104 Rdnr. 5; soweit erkennbar, hat sich bislang nur *Kanzleiter*, DNotZ 1970, 326, kritisch zu dieser Meinung geäußert.

<sup>4</sup> BayObLG, Urteil vom 17.3.1982, BReg. 2 Z 13/82, DNotZ 1983, 318; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.1.2010, 20 W 251/09, RNotZ 2010, 583.

(§ 2205 Satz 3 BGB) verhindert aber die Zustimmung. Abhilfemöglichkeiten stehen kaum zur Verfügung, da der Erblasser weder den Vorerben (§ 2136 BGB) noch den Testamentsvollstrecker (§ 2107 Satz 2 BGB) vom Schenkungsverbot befreien kann. In einer solchen Situation kann man erwägen, die vorweggenommene Nacherbfolgeregelung gleichwohl zu vollziehen, sie bleibt so lange dinglich wirksam, wie die Vorerbschaft andauert, die Unwirksamkeit tritt gemäß § 2113 Abs. 1 BGB erst „im Falle des Eintritts der Nacherbfolge“, also ex nunc ein. Entweder hat sich bis dahin keine Änderung bei den Nacherben ergeben, weil keine Abkömmlinge hinzugekommen sind, oder man kann versuchen, deren Zustimmung zu erlangen. Allerdings führt nicht jede abstrakte Bezeichnung des Nacherben dazu, dass ein Pfleger für unbekannte Nacherben zu bestellen ist. Ein nur abstrakt bestimmter Nacherbe ist im Zweifel ebenso bekannt wie ein namentlich bezeichneter Erbe, wenn feststeht, wer die abstrakte Bestimmung erfüllt und sich daran bis zum Nacherbfall außer durch den Tod der bestimmten Person nichts mehr ändern kann.<sup>5</sup>

Dies alles gilt dann nicht, wenn die Nacherben – Fallkonstellation 2 – namentlich oder auf andere Weise bestimmt sind. Dann stellt sich lediglich die Frage, in welcher Weise etwaige Ersatzerben zu berücksichtigen sind. Die Ersatzerbfolge würde dann eintreten, wenn die Nacherben den Nacherbfall nicht erleben oder die Nacherbschaft ausschlagen. Für diese Konstellation besteht weitgehende Übereinstimmung darin, dass eine Zustimmung durch Ersatznacherben nicht erforderlich ist.<sup>6</sup>

Bei der Fallkonstellation 3 (gestaffelte Nacherbfolge) müssen weitere Nacherben ebenfalls zustimmen, damit eine unentgeltliche oder teilentgeltliche Verfügung wirksam werden kann. In derartigen Fällen, die meist durch ihre lange Dauer gekennzeichnet sind, bleibt aber zu prüfen, ob weitere Nacherben überhaupt noch berechtigt sein können. § 2109 Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt die Wirksamkeit einer Nacherbfolgeanordnung auf 30 Jahre. Diese Frist beginnt mit dem auf den Tod des Erblassers folgenden Tag und endet 30 Jahre später (§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB). Die 30-jährige Begrenzung der Nacherbfolgeanordnung gilt auch bei der gestaffelten Nacherbfolgeanordnung. Allerdings enthält § 2109 Abs. 1 Satz 2 BGB Ausnahmen von diesem Grundsatz. Hiernach bleibt auch nach Ablauf der 30-Jahres-Frist die Nacherbfolgeanordnung wirksam, wenn „die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, dass in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt“. Das in der Person des Vor- oder Nacherben vorausgesetzte Ereignis kann auch dessen Tod sein. Es ist also zu prüfen, ob die weiteren Nacherben bereits im Zeitpunkt des ursprünglichen Erbfalls gelebt haben. Ist dies nicht der Fall, verliert die Nacherbfolgeanordnung mit dem Ableben des letzten Vorerben, der den ursprünglichen Erbfall erlebt hatte oder zum Zeitpunkt des Erbfalls wenigstens gezeugt war, (§ 1923 Abs. 2 BGB) dann ihre Rechtswirksamkeit. Die Erbschaft verbleibt damit dem letzten Nacherben endgültig. Er unterliegt dann nicht mehr den Bindungen der Nacherbfolgeanordnung, so dass auch das Schenkungsverbot des § 2113 Abs. 2 BGB die möglichen weiteren Ersatzerben dann nicht

mehr schützt, ihre Zustimmung zu einer vorweggenommenen Erbfolgemaßnahme ist dann nicht mehr nötig.<sup>7</sup>

### 3. Formellrechtliche Fragen

Überträgt der Vorerbe Grundbesitz aus dem Nachlass auf den aktuellen Nacherben, scheidet der Übergabegenstand aus dem Nachlass aus. Es fragt sich, wie der Nacherbenvermerk aus dem Grundbuch eliminiert werden kann. Eine Amtslöschung (§§ 84 ff. GBO) kommt nicht in Betracht.<sup>8</sup> Die Löschung des Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls erfolgt gemäß § 13 Abs. 1 GBO auf Antrag durch Löschungsbewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) oder durch Nachweis der Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO). Für die Löschungsbewilligung gemäß § 19 GBO gilt das formelle Bewilligungsprinzip (Abgabe durch den buchmäßig Berechtigten), es ist daher auch die Abgabe der Löschungsbewilligung durch die Ersatzerben erforderlich. Bei einem Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 GBO ist eine Mitwirkung der Ersatzerben nicht nötig, er kann durch Vorlage des materiellrechtlich wirksam gewordenen Vertrages geführt werden, eine Inkongruenz, die durch die Formalisierung des Grundbuchverfahrens bedingt ist.<sup>9</sup>

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

<sup>7</sup> Vgl. Reimann, DNotZ 2007, 579, 582 f.

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 24.9.1971, V ZB 6/71, DNotZ 1972, 90, 93.

<sup>9</sup> Vgl. Henn, DNotZ 2013, 246; Schöner/Stöber, GBO, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3515.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. GmbHG § 53; AktG § 293; BaySpKG Art. 21 Abs. 2 (*Kein Zustimmungserfordernis bei Abschluss und Änderung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags*)

**Der Abschluss und die Änderung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, an denen eine bayerische Sparkasse als herrschendes Unternehmen beteiligt ist, bedarf keiner Zustimmung des Trägers der Sparkasse.**

OLG München, Beschluss vom 3.7.2014, 31 Wx 263/14 und 31 Wx 264/14, mitgeteilt von Margaretha Förth, Richterin am OLG München

Die Beschwerdeführerin beantragte am 28.1.2014 die Eintragung der Neufassung des seit dem 8.12.2004 bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags mit einer bayerischen Sparkasse. Sie ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und eine einhundertprozentige Tochter der erwähnten Sparkasse. Der „Anpassung des Gewinnabführungsvertrags“ hat der Vorstand der Sparkasse am 30.12.2013 mit folgender Änderung zugestimmt:

„Vor notarieller Beurkundung Klärung mit der Prüfungsstelle des ..., ob durch Änderung Auswirkungen auf Beurteilung Konzernrechnungslegung verbunden ist.“

Der Verwaltungsrat hat dem Vorstandsbeschluss einstimmig zugestimmt. Das AG hat zunächst mit Zwischenverfügungen vom 17.2. und 18.3.2014 darauf hingewiesen, dass die endgültige Zustimmung des Vorstands nicht vorliege. Außerdem sei in entsprechender Anwendung von § 293 AktG für die Änderung des Unternehmensvertrages neben dem Vorstands- und Verwaltungsratsbeschluss auch ein zustimmender Beschluss des Gemeinderats der Trägergemeinde erforderlich. Mit Beschluss vom 22.4.2014 wurde der Eintragungsantrag unter Bezugnahme auf vorstehende Gründe zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingelegte Beschwerde. Es handle sich bei dem Abschluss des neugefassten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags um ein laufendes Geschäft der Sparkasse

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, ZEV 2014, 252, 254.

<sup>6</sup> RGZ 145, 316; BGH, Urteil vom 25.9.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 115 = DNotZ 1964, 623; BayObLG, Beschluss vom 22.10.1992, 2 Z BR 85/92, DNotZ 1993, 404; BayObLG, Beschluss vom 1.3.2005, 2 Z BR 231/04, NJW-RR 2005, 956.

im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BaySpKG, die Zustimmung des Trägers sei nicht vorgesehen. Mit Beschluss vom 17.6.2014 hat das AG den Beschwerden nicht abgeholfen und die Akten zur Entscheidung vorgelegt.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 führt zur Aufhebung des Beschlusses des AG und zu der Anweisung, die beantragte Eintragung zu vollziehen. Für die Neufassung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ist die Zustimmung des Trägers der Beteiligten zu 2 nicht erforderlich.

1. Nach herrschender Meinung bedarf ein Unternehmensvertrag auch auf Seiten der herrschenden Gesellschaft der Zustimmung der Gesellschafterversammlung (vgl. BGH, NJW 1989, 295, 297). Mit der Regelung des § 293 Abs. 2 AktG wird zum Ausdruck gebracht, dass es im Interesse der Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft ist, dass sie nicht ohne ihre Zustimmung mit den unternehmerischen Risiken einer Gesellschaft belastet wird, auf deren Geschäftsführung sie keinen unmittelbaren Einfluss hat. Mit dem Abschluss des Unternehmensvertrages ist unlösbar die Verpflichtung verbunden, bei der beherrschten Gesellschaft eintretende Verluste auszugleichen. Das Gesetz macht den Eintritt dieses durch die Änderung der Organisationsstruktur erhöhten Geschäftsrisikos von der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Gesellschafter abhängig. Für die entsprechende Anwendung des § 293 Abs. 2 AktG sind also die Risiken maßgebend, die für die herrschende Gesellschaft mit dem Abschluss des Unternehmensvertrages eintreten (vgl. nochmals BGH, NJW 1992, 1452, 1453). Der Beschluss hat aber auf Seiten der herrschenden Gesellschaft keinen satzungsändernden Charakter (*Ulmer/Habersack/Winter/Casper*, Rdnr. 194 zu § 77 GmbHG m. w. N.; *Scholz-Priester/Veil*, 10. Aufl. 2010, Rdnr. 173 zu § 53 GmbHG; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Rdnr. 56 SchlAnhKonzernR). Deshalb kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Abschluss des Unternehmensvertrages in unmittelbarer Anwendung von Art. 21 Abs. 2 Satz 2 BaySpKG der Zustimmung des Trägers der Sparkasse im Sinne von Art. 4 BaySpKG bedarf. Denn die Zustimmungspflicht ist ausdrücklich nur für Satzungsänderungen vorgesehen.

2. Es besteht ebenso kein Anlass, in entsprechender Anwendung von § 293 Abs. 2 AktG korrespondierend zur Zustimmungspflicht der Haupt- bzw. der Gesellschafterversammlung die Zustimmung des Trägers der Sparkasse zur Neufassung des Unternehmensvertrages zu verlangen. Insofern besteht keine mit einer privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaft bzw. Gesellschaft mit beschränkter Haftung vergleichbare Situation, die es gebieten würde, im Interesse des Trägers der Sparkasse zu verlangen, dass für den Abschluss bzw. die Änderung eines Unternehmensvertrages dessen Zustimmung erforderlich ist. Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BaySpKG werden nur die laufenden Geschäfte der Sparkasse allein vom Vorstand geführt. Dabei wird er gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 BaySpKG vom Verwaltungsrat überwacht, der gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 3 BaySpKG ggf. entscheidet, ob ein Geschäft als laufendes Geschäft anzusehen ist. Im Übrigen wird die Sparkasse gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BaySpKG vom Verwaltungsrat verwaltet. Gemäß Art. 6 Abs. 1 BaySpKG besteht der Verwaltungsrat aus dem Vorsitzenden, drei bzw. sechs weiteren Mitgliedern und dem Vorsitzenden des Vorstands der Sparkasse. Vorsitzender des Verwaltungsrats ist gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. a) der Bürgermeister bzw. Oberbürgermeister der Trägergemeinde; gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 1

BaySpKG werden die weiteren Mitglieder zu  $\frac{2}{3}$  vom Träger, zu  $\frac{1}{3}$  von der Aufsichtsbehörde zum Amt berufen. Nach § 14 Abs. 4 Satz 1 BaySpKO fasst der Verwaltungsrat seine Beschlüsse mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder. Damit ist die maßgebliche Mitwirkung des Trägers der Sparkasse auch hinsichtlich Unternehmensverträgen durch dessen Präsenz im Verwaltungsrat ausreichend gesichert. Im Übrigen unterliegen die Sparkassen im Gegensatz zu den privatrechtlichen Gesellschaften gemäß Art. 13 Abs. 1 BaySpKG der Rechtsaufsicht durch die Bezirksregierungen unter Leitung des Staatsministeriums des Innern.

Soweit sich das LG Aurich in Rpfleger 2006, 132, für eine entsprechende Anwendung von § 293 Abs. 2 AktG auf einen Gewährträger einer (niedersächsischen) Sparkasse ausgesprochen hat, basiert dies lediglich auf dem Gedanken, „die Gewährträger der Sparkasse“ hätten „ein Interesse an der Zustimmung zu einem Vertrag, der für die Sparkasse erhebliche Risiken darstellen“ könne. Die folgende Behauptung, es gäbe keine sachlichen Gründe, die die Gewährträger als weniger schutzbedürftig erscheinen ließen, als die Aktionäre in vergleichbarer Position, ist nicht näher begründet, auch nicht in Auseinandersetzung mit dem am 1.1.2005 in Kraft getretenen niedersächsischen Sparkassengesetz vom 16.12.2004 (Nds., GVBl, S. 609).

Der Senat teilt die Auffassung des AG nicht, dass keine Zustimmung des Vorstands der Sparkasse zu dem Unternehmensvertrag vorliegt. Denn dieser hat nach dem vorliegenden Beschluss „mit folgenden Änderungen ... einstimmig“ den „Beschluss“ gefasst, dem Gewinnabführungsvertrag entsprechend dem vorgelegten Vertragsentwurf zuzustimmen. Soweit es in der Rubrik „mit folgenden Änderungen“ heißt, „Klärung mit Prüfungsstelle ...“ ist dies keine Bedingung für die bereits erteilte Zustimmung, sondern die Anweisung, etwaige Auswirkungen auf die Konzernrechnungslegung abzuklären. Dies sollte vor der gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG erforderlichen notariellen Beurkundung der Gesellschafterversammlung der Beschwerdeführerin geschehen, in der als zwingende Voraussetzung der Handelsregistereintragung des Unternehmensvertrages die einstimmige Zustimmung der Gesellschafter der Beschwerdeführerin, also der Sparkasse, herbeizuführen war. Im Übrigen ist der gefasste Beschluss dem Verwaltungsrat zur Zustimmung bzw. Kenntnisnahme übermittelt worden, auch daraus ergibt sich, dass die vom AG vermisste endgültige Beschlussfassung des Vorstands stattgefunden hat.

14. GmbHG § 9c Abs. 1, § 5a Abs. 2 Satz 2, § 19 Abs. 4 und 5 (*Eintragung einer UG nach Geschäftsübertragung von einem e. K.*)

**Zur Eintragung einer haftungsbeschränkten Unternehmungsgesellschaft, auf die bereits vor der Eintragung die Geschäfte eines einzelkaufmännischen Betriebs übertragen wurden.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.5.2014, 11 Wx 24/14

Der Beteiligte gründete zu Protokoll des Notars vom 17.2.2014 eine haftungsbeschränkte Unternehmungsgesellschaft unter der Bezeichnung W UG (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital von 100 €, das der Beteiligte allein übernehmen sollte. Die Gründungssatzung sieht vor, dass das Stammkapital in bar geleistet werden und sofort zur Zahlung fällig sein soll; der zum Geschäftsführer bestellte Beteiligte wurde bereits im Gründungsstadium ermächtigt, Geschäfte innerhalb des Satzungsgegenstandes zu tätigen. Die Registeranmeldung der Gesellschaft enthält unter anderem die Versicherung, dass



der Geschäftsanteil eingezahlt sei, sich die Einlage endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung befinde und mit Ausnahme der Kosten und Steuern der Gründung nicht mit Verbindlichkeiten vorbelastet sei.

Ebenfalls am 17.2.2014 meldete der Beteiligte zur Eintragung in das Handelsregister an, dass seine unter HRA (...) eingetragene Einzelfirma „W e. K.“ erloschen sei; das unter dieser Firma bisher betriebene Geschäft sei auf die W UG übertragen worden. Unter Bezugnahme auf die letztgenannte Anmeldung teilte der Rechtspfleger des Registergerichts dem für den Beteiligten handelnden Notar mit, eine Eintragung sei nicht möglich, da es sich um eine bei der Unternehmergesellschaft ausgeschlossene Sachgründung handele. Nachdem der Beteiligte an seiner Anmeldung festgehalten hatte, wies das Registergericht diese mit Beschluss vom 20.2.2014 zurück. Bei wirtschaftlicher Betrachtung erhalte die Gesellschaft aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache nur einen Sachwert. Eine verdeckte Sacheinlage sei hier nach § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen.

Gegen die Entscheidung des Registergerichts richtet sich die am 11.3.2014 eingelegte Beschwerde des Antragstellers. Verbindlichkeiten des einzelkaufmännischen Unternehmens seien von der Unternehmergesellschaft nicht übernommen worden. Ein Vorbelastungsverbot und Verbot der Aufnahme der Geschäftstätigkeit vor Eintragung in das Handelsregister bestehe nach allgemeiner Auffassung nicht; etwaige Verluste zwischen der Gründung der Eintragung in das Handelsregister würden durch die Unterbilanzhaftung aufgefangen.

Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist nach § 58 Abs. 1, § 374 Nr. 1 FamFG, § 11 RPfG zulässig; sie hat auch in der Sache Erfolg. Die Eintragung der Unternehmergesellschaft kann nur abgelehnt werden (§ 9c Abs. 1 GmbHG), wenn sie nicht ordnungsgemäß errichtet oder angemeldet worden ist. Beides ist hier nicht der Fall; die Eintragung kann insbesondere nicht mit der Begründung verweigert werden, es liege eine unzulässige (verdeckte) Sacheinlage vor.

1. Im rechtlichen Ausgangspunkt legt das Registergericht seiner Beurteilung zutreffend zugrunde, dass als Stammkapital einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft nach § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht eine Sacheinlage geleistet werden darf. Das ist allerdings auch von der Gründungssatzung nicht vorgesehen – diese verpflichtet in § 3 Abs. 3 zur Barleistung –; es ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bareinlage – entgegen der Versicherung des Anmelders – nicht tatsächlich in bar geleistet worden ist. Es spricht auch nichts dafür, dass die Übertragung des einzelkaufmännischen Geschäfts auf die Unternehmergesellschaft, die sich aus der Anmeldung zu HRA (...) vom 17.2.2014 ergibt, an die Stelle der Leistung der Bareinlage getreten ist oder der Wert des Geschäfts auf die Einlage angerechnet werden sollte.

2. Die vom Rechtspfleger des Registergerichts in dessen Schreiben an den Notar vom 19.2.2014 herangezogenen Vorschriften in § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Annahme einer verdeckten Sacheinlage würde voraussetzen, dass der zugleich zur Bareinlage verpflichtete Einzelkaufmann von der Unternehmergesellschaft ein Entgelt für die Übertragung des bisherigen Geschäfts erhalten hat; nur dann könnte von einem Unterlaufen der Bareinlagevorschriften gesprochen werden. Dafür indes gibt es keine Anhaltspunkte.

3. Die danach wirksame Gründung der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft ist nicht dadurch unwirksam geworden, dass ihr noch vor der Eintragung das Geschäft des Antragstellers als Einzelkaufmann übertragen worden ist.

a) Dies gilt auch dann, wenn die Unternehmergesellschaft – abweichend von der Angabe des Antragstellers – Verbindlichkeiten aus dem einzelkaufmännischen Geschäft übernommen hätte. Auch für die Unternehmergesellschaft, die eine Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, gelten im Grundsatz die Regeln über die Vorbelastungshaftung (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 5a Rdnr. 20). Der Schutz der Gläubiger der Unternehmergesellschaft wird deshalb dadurch gewährleistet, dass die Gesellschafter für Vorbelastungen, die zwischen der Gründung der Unternehmergesellschaft und deren Eintragung entstanden sind – soweit es sich nicht um notwendigen Gründungsaufwand handelt – die persönliche Haftung übernehmen müssen (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 11 Rdnr. 64).

b) Das Registergericht darf bei der Bargründung einer GmbH – und damit auch bei einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft – grundsätzlich auch prüfen, inwieweit das Stammkapital im Zeitpunkt der Eintragung vorbelastet ist; Vorbelastungen können dazu führen, dass die Eintragung der Gesellschaft abzulehnen ist (BayObLG, DNotZ 1999, 439; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1381). Das Registergericht darf bei entsprechenden Anhaltspunkten auch Nachweise verlangen, wenn Hinweise darauf vorliegen, dass erhebliche Vorbelastungen eingetreten sind und die dadurch begründeten Differenzhaftungsansprüche wegen schlechter Vermögenslage der Gesellschafter nicht durchsetzbar erscheinen (BayObLG, a. a. O.). Hinweise dieser Art liegen hier nicht vor. Der Antragsteller hat bei der Anmeldung unter anderem die vorgeschriebene Versicherung abgegeben, dass der Geschäftsanteil nicht vorbelastet sei. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Übernahme des einzelkaufmännischen Geschäfts zu einer Vorbelastung geführt hat, lassen sich aus dem Akteninhalt nicht entnehmen.

15. FamFG § 382 Abs. 4; HGB § 25 Abs. 2 (*Nichteintragung eines Haftungsausschlusses bei Firmenfortführung*)

1. **Zur Aufhebung einer Zwischenverfügung bei nicht behebbarem Hindernis.**
2. **Zur Nichteintragung eines Haftungsausschlusses bei Firmenfortführung (§ 25 Abs. 2 HGB), wenn die Bekanntmachung nicht unverzüglich nach dem Wechsel des Unternehmensträgers vorgenommen wird.**

OLG Hamm, Beschluss vom 27.2.2014, I-27 W 9/14

Die Beteiligten haben mit Anmeldung vom 25.11.2013 unter anderem die Eintragung eines Haftungsausschlusses gemäß § 25 Abs. 2 HGB in das Handelsregister angemeldet. Das zuvor von der Beteiligten zu 1 unter der Firma „M-Apotheke e. Kfr.“ geführte Handelsgeschäft ist von der Beklagten zu 2 zum 1.1.2011 übernommen worden und wird nunmehr von dieser unter der Firma „M-Apotheke Dr. M e. K.“ geführt.

Eine frühere Anmeldung zur Eintragung eines Haftungsausschlusses vom 17.12.2010 wurde nach Beanstandung durch das Registergericht mit Schriftsatz vom 6.1.2011 zurückgenommen.

Das Registergericht hat mit Verfügung vom 8.1.2014 die nunmehrige Anmeldung ebenfalls beanstandet und um Rücknahme gebeten. Es liege kein Fall der Firmenfortführung vor, weil Firmenkern „M-Apotheke“ sei. Dieser Kern werde nicht fortgeführt. Außerdem fehle es an einem zeitlichen Zusammenfallen von Firmeneintragung und Bekanntmachung des Haftungsausschlusses. Das Registergericht hat diese Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

Hiergegen wenden sich die Beteiligten im Wege der Beschwerde. Sie halten eine Firmenfortführung für gegeben und meinen, dass eine rechtzeitige Antragstellung erfolgt sei.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat – vorläufig – Erfolg.

Allerdings ist die amtsgerichtliche Verfügung unglücklich gefasst, da sie inhaltlich den Eindruck erweckt, ein nicht behebbares Eintragungshindernis zu beanstanden, was nur im Wege eines nicht anfechtbaren Hinweises, nicht aber durch Zwischenverfügung möglich wäre (vgl. § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG). Mit Rücksicht auf die der Verfügung beigefügte Rechtsmittelbelehrung geht der Senat jedoch vom Vorliegen einer anfechtbaren Zwischenverfügung aus.

Für eine solche Zwischenverfügung war in Folge der Beanstandung eines für nicht behebbar gehaltenen Hindernisses vorliegend kein Raum (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 11, 42 und 772).

Das Registergericht wird mithin nun über die Anmeldung zu entscheiden haben. Dafür weist der Senat auf Folgendes hin:

Eine Eintragung des angemeldeten Haftungsausschlusses kann vorliegend nicht erfolgen.

Zwar teilt der Senat die Auffassung des Registergerichts, wonach vorliegend kein Fall der Firmenfortführung vorliege, nicht. Die Beteiligte zu 2 führt die Firma der Beteiligten zu 1 fort. Insoweit ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Verkehrsauffassung maßgeblich (BGH NJW 82, 577; NJ 86, 581; NJW 06 1001). Es kommt nicht darauf an, dass die bisherige Firma unverändert fortgeführt wird; vielmehr genügt es, dass der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird. Der prägende Teil der alten Firma „M-Apotheke e. Kfr.“ war „M-Apotheke“. Dieser prägende Bestandteil findet sich auch in der Firma der Beteiligten zu 2 wieder, die „M-Apotheke Dr. M e. K.“ lautet. Das reicht zur Annahme einer Firmenfortführung aus.

Gleichwohl kommt eine Eintragung aus anderen Gründen nicht in Betracht. Der Haftungsausschluss kann nur dann Außenwirkung haben, wenn die Bekanntmachung unverzüglich nach dem Wechsel des Unternehmensträgers vorgenommen wird. Die Handelsregistereintragung und die Bekanntmachung müssen daher alsbald nach diesem Wechsel bewirkt werden (RGZ 75, 139; RG, HRR 1932, Nr. 256; BGHZ 29, 1, 4 = NJW 1959 241; OLG Frankfurt, OLGZ 1978, 30, 31 f.; BayObLG, WM 1984, 1533, 1534 f.). Das Risiko einer verzögerten Eintragung und Bekanntmachung trifft den neuen Unternehmensträger. Es kommt dabei weder auf dessen Verschulden, insbesondere nicht auf die Frage einer rechtzeitigen Anmeldung, noch auf ein solches des Registergerichts an (RGZ 131, 12, 14; OLG Frankfurt, OLGZ 1978, 30 ff.; BayObLG, WM 1984, 1533 ff. m. w. N.). In der älteren Rechtsprechung sind die Wirkungen eines Haftungsausschlusses verneint worden, wenn zwischen dem Wechsel des Unternehmensträgers und der Eintragung sechs oder zehn Wochen verstrichen sind (RGZ 75, 139, 140; RG, HRR 1932, Nr. 256). Der BGH (NJW 1984, 1186, 1187) hat eine Eintragung des Haftungsausschlusses neun Monate nach der Geschäftsübernahme keinesfalls für ausreichend erachtet.

Grundsätzlich hat zwar das Registergericht nicht nachzuprüfen, ob der Haftungsausschluss noch rechtzeitig genug eingetragen werden kann, um gegenüber den Gläubigern wirksam werden zu können (KG, JFG 18, 70, 75). Ist jedoch – wie hier – offensichtlich, dass wegen der langen Zeit zwischen dem Wechsel des Unternehmensträgers und der Eintragung und Bekanntmachung ein nach außen wirkender Haftungsausschluss nicht mehr herbeigeführt werden kann, so muss die Eintragung versagt werden (KG, DR 1941, 1537;

OLG Frankfurt, OLGZ 1978, 30, 31 f.; BayObLG, WM 1984, 1533, 1534 f.).

Im vorliegenden Fall ist der Zeitraum, in dem ein Haftungsausschluss durch Eintragung und Bekanntmachung mit Außenwirkung noch wirksam werden könnte, offensichtlich verstrichen. Er ist zu berechnen vom Zeitpunkt der Ersteintragung der neuen Firma, die am 31.1.2011 erfolgt ist. Seit diesem Zeitpunkt sind bislang bereits über drei Jahre verstrichen. Im Hinblick darauf, dass eine rechtzeitige Anmeldung des Haftungsausschlusses als solche hier erfolgt ist, ist zwar im Hinblick auf die Unverzüglichkeit der Bekanntmachung kein zu strenger Maßstab anzulegen. Andererseits hat sich (das Vorliegen der Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB in diesem Zusammenhang unterstellt) die an die tatsächliche Geschäftsübernahme anknüpfende Verkehrsauffassung, der neue Unternehmensträger sei zur Übernahme der Verbindlichkeiten des früheren Inhabers bereit (BGHZ 29, 1, 3 = NJW 1959, 241, 242), zwischenzeitlich bereits so verfestigt, dass dieser Tatbestand durch eine nunmehr erfolgende Bekanntmachung eines Haftungsausschlusses nicht mehr beseitigt werden kann. Wie bereits ausgeführt, ist in diesem Zusammenhang unerheblich, auf welche Ursachen die Verzögerung der Eintragung und Bekanntmachung zurückzuführen ist, zumal die ursprüngliche Anmeldung unter dem 6.1.2011 zurückgenommen wurde (vgl. hierzu insgesamt OLG Hamm, NJW-RR 94, 1119).

## Internationales Privatrecht

16. BGB § 1385; EGBGB Art. 14 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1; FamFG § 119 Abs. 2; ZPO § 916 Abs. 1, § 917 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, § 920 Abs. 2 (*Anwendung des aktuell geltenden ausländischen Rechts im Rahmen von Art. 15 Abs. 1 EGBGB*)

**Ist nach Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 EGBGB ausländisches Güterrecht anzuwenden, kommt es auf das aktuell geltende Recht an.**

OLG Celle, Beschluss vom 31.3.2014, 15 UF 186/13

Die Beteiligten haben am 18.1.1986 in der damaligen UdSSR, in der Ortschaft K in der M S, der heutigen Republik M, geheiratet. Sie waren damals russische Staatsangehörige. Zwischenzeitlich sind beide deutsche Staatsangehörige.

Die Beteiligten leben seit ca. 2010 getrennt. Das Scheidungsverfahren ist seit dem 5.4.2012 rechtshängig. Der Antragsgegner hat ein in seinem Alleineigentum stehendes, mit einem Doppelhaus bebautes Grundstück in S. mit notariellem Vertrag vom 25.4.2013 veräußert. Er ist außerdem Eigentümer eines Einfamilien-/Bootshauses am S in L (Russische Föderation) und eines Sportbootes.

Die Antragstellerin behauptet, der Antragsgegner habe seinen Lebensmittelpunkt nach Russland verlegt, habe dort eine Freundin und einen Sohn. Sie errechnet sich einen Zugewinnausgleichsanspruch von 118.855,79 €. Wegen der weiteren Einzelheiten der Berechnung wird auf die Beschwerdebegründung vom 18.10.2013 Bezug genommen (Bl. 118 ff.).

Nachdem das AG zunächst ohne Anhörung des Antragsgegners mit Beschluss vom 15.5.2013 den dinglichen Arrest wegen eines Betrages von 68.853,54 € angeordnet hatte, hat es nach dessen Widerspruch den Antrag der Antragstellerin in dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren erstinstanzlichen Antrag weiter.

Die Antragstellerin hat vor dem Kreisgericht T in der Region K (Russische Föderation) einen Antrag auf Zugewinnausgleich gestellt und beantragt, ihr die Hälfte an dem Eigentum an dem (näher bezeichneten) Bootshaus zu übertragen. Das Verfahren endete mit einer Abweisung der Anträge der Antragstellerin, nachdem im Termin vom 26.12.2013 niemand erschienen war.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

1. Es ist deutsches Recht anzuwenden. Der Senat hat von Amts wegen zu prüfen, welches materielle Recht anzuwenden ist, wenn die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt (BGH, NJW 1998, 1321).

Gemäß Art. 15 Abs. 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. Nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB ist für die allgemeinen Wirkungen der Ehe zunächst auf das Recht des Staates abzustellen, dem beide Ehegatten angehörten. Beide Ehegatten waren zum Zeitpunkt der Eheschließung russische Staatsangehörige, so dass sich die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe nach russischem Recht richten. Da ausschließlich auf den Zeitpunkt der Eheschließung abzustellen ist („Unwandelbarkeit“), ist es unerheblich, dass die Beteiligten inzwischen beide die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen.

In der Rechtsprechung ist umstritten, auf welchen Rechtsstand bei dem nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB anzuwendenden ausländischen Recht abzustellen ist. Nach der sog. Versteinerungstheorie werden Rechtsänderungen des fremden Rechts von der Verweisung nicht erfasst, so dass es ausschließlich auf das zum Zeitpunkt der Eheschließung geltende ausländische Recht ankommt (BGH, NJW 1963, 1975, 1976 f.; OLG Nürnberg, FamRZ 2011, 1509, 1510). Wesentliches Argument hierfür war der Schutz vor politisch motivierten Rechtsänderungen, die häufig der Fluchtgrund waren (BGH, a. a. O.) und die Gesetzesbegründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts (OLG Nürnberg, a. a. O., unter Hinweis auf BT-Drucks. 10/504, S. 57 f.).

Nach der wohl herrschenden Meinung ist auf das heute geltende ausländische Recht abzustellen (OLG Hamm, FamRZ 2010, 975, 976; OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 1510, 1512 m. w. N., zu beiden Auffassungen).

Der Senat folgt der Auffassung, dass sich die Verweisung auf das aktuell geltende Recht des fremden Staates bezieht.

So handelt es sich bei der Verweisung in Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB um eine Gesamtverweisung, die auch das ausländische Internationale Privatrecht umfasst. Enthält dies eine Rückverweisung auf das deutsche Recht, wird diese nach Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB akzeptiert.

Soweit nun das ausländische Kollisionsrecht eine wandelbare Anknüpfung beinhaltet, etwa auf den jeweiligen Aufenthalt oder die Staatsangehörigkeit abstellt, handelt es sich um eine bewegliche Rückverweisung. Damit akzeptiert das deutsche Kollisionsrecht, dass sich aus der Veränderung maßgeblicher Anknüpfungstatsachen eine Wandlung des Güterrechtsstatuts ergeben kann.

Dies spricht gegen die Auffassung, wonach es auf das Recht des fremden Staates allein zum Zeitpunkt der Eheschließung ankommt, weil sich bereits aus dem fremden Kollisionsrecht eine Wandelbarkeit ergeben kann. Es wäre daher wenig überzeugend, unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes die Änderungen des Rechts des fremden Staates unberücksichtigt zu lassen. Denn so wie die Beteiligten in der Lage sind, die güterrechtlichen Folgen von Veränderungen ihrer Lebensverhältnisse nach Maßgabe des internationalen Privatrechts zu überblicken, werden sie dies auch hinsichtlich der Rechtsentwicklung ihres vormaligen Heimatrechts können (OLG Hamm, FamRZ 2010, 975, 976).

Das von der Gegenauffassung herangezogene Argument des Schutzes vor politisch motivierten Änderungen ist aufgrund des Gesetzes über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen vom 4.8.1969 und der weiteren historischen Entwicklung überholt (OLG Hamm, FamRZ 2010, 975, 976; OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 1510, 1512). Auch trägt der Hinweis der Gegenauffassung auf die Gesetzesbegründung nicht, weil diese lediglich die Frage der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts zum Gegenstand hat und sich nicht mit der Frage der Wandelbarkeit des ausländischen Rechts befasst.

Als weiteres Argument für die Auffassung, dass auf das derzeit geltende ausländische Recht abzustellen ist, tritt hinzu, dass auch Ehen, für deren allgemeine Wirkungen bei Eheschließung deutsches Recht gilt, an der Rechtsentwicklung des deutschen Güterrechts teilhaben. Es wäre daher kaum nachvollziehbar, warum nicht das jeweils geltende ausländische Recht zur Anwendung gelangen sollte, ist doch bei Ehen, für deren güterrechtliche Verhältnisse das deutsche Recht gilt, ebenso das jeweils geltende deutsche Recht anzuwenden. So entwickelt der Gesetzgeber das Güterrecht auch für bereits geschlossene Ehen fort und belässt es bei punktuellen Übergangsvorschriften, wie Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB belegt.

Daher ist das Recht der Russischen Föderation anzuwenden. In dessen internationalen Kollisionsrecht findet sich eine (wandelbare) Rückverweisung auf das deutsche Recht. Nach Art. 161 Nr. 1 S. 1 des Familiengesetzbuches der Russischen Föderation vom 29.12.1995 (Lorenz in *Bergmann/Feridl/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil „Russische Föderation“, Stand 10.7.2013) bestimmen sich die vermögenswerten Rechte und Pflichten der Ehegatten nach der Gesetzgebung des Staates, auf dessen Gebiet sie ihren gemeinsamen Wohnsitz haben oder ihren letzten gemeinsamen Wohnsitz hatten. Da die Beteiligten zumindest ihren letzten gemeinsamen Wohnsitz in Deutschland hatten, ist nach dem russischen Kollisionsrecht deutsches Güterrecht anzuwenden.

Der Umstand, dass die Antragstellerin vor dem Kreisgericht T in der Region K (Russische Föderation) ein Verfahren geführt hat, hat keine Auswirkung auf das anzuwendende Recht, weil dies nicht der Disposition der Antragstellerin unterliegt.

Das Verfahren vor dem Kreisgericht T führt auch nicht zur Unzulässigkeit des vorliegenden Verfahrens. Einerseits ist das dortige Verfahren durch Abweisung des Antrags der Antragstellerin im Termin vom 26.12.2013 beendet, andererseits hätte das hiesige Verfahren nach dem Prioritätsprinzip (vgl. *Zöller/Geimer*, ZPO, 30. Aufl. 2014, IZPR Rdnr. 96) Vorrang vor dem dortigen Verfahren, da es früher eingeleitet wurde.

(...)

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. BGB §§ 1030, 1147; ZPO §§ 325, 727, 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800; ZVG §§ 146, 150 Abs. 2 (*Erteilung einer titelerweiternden Klausel: Urkunde ist ausreichender Vollstreckungstitel für unbeschränkte Anordnung der Zwangsverwaltung*)

**Hat sich der Grundstückseigentümer in einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterworfen, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen**

**Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll, kann gegen den Berechtigten eines im Rang nach der Grundschuld in das Grundbuch eingetragenen Nießbrauchs eine die eingeschränkte Rechtsnachfolge ausweisende Vollstreckungsklausel erteilt werden (titelerweiternde Klausel). Die mit ihr versehene Urkunde ist ein für die unbeschränkte Anordnung der Zwangsverwaltung ausreichender Vollstreckungstitel.**

BGH, Beschluss vom 26.3.2014, V ZB 140/13

Die Schuldnerin ist Eigentümerin der in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücke. Diese sind mit einer am 26.10.1990 in die Grundbücher jeweils in Abteilung III Nr. 2 eingetragenen Gesamtgrundschuld über 100.000 DM und mit einer im Jahr 1995 jeweils in Abteilung III Nr. 15 eingetragenen Gesamtgrundschuld über 1.000.000 DM belastet. In den Eintragungsvermerken heißt es:

„Vollstreckbar nach § 800 ZPO.“

Inhaberin der Grundschulden ist nunmehr die Gläubigerin. Im Jahr 2002 wurde zugunsten der Nießbrauchsberechtigten ein Nießbrauch in die Grundbücher eingetragen. Die Gläubigerin erwirkte die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen der Grundschuldbestellungsurkunden mit Rechtsnachfolgeklauseln auch gegen die Nießbrauchsberechtigten.

Mit Beschluss vom 5.8.2010 hat das AG den Beitritt der Gläubigerin aus dem jeweils in Abteilung III Nr. 15 der Grundbücher eingetragenen Gesamtrecht zu einem damals aus dem jeweils in Abteilung III Nr. 2 eingetragenen Gesamtrecht betriebenen, später aufgehobenen Zwangsverwaltungsverfahren zugelassen. Den Antrag der Schuldnerin und der Nießbrauchsberechtigten, diesen Beschluss aufzuheben, hat das AG mit Beschluss vom 28.11.2011 zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde ist erfolgreich gewesen. Das LG hat die Beschlüsse vom 5.8.2010 und vom 28.11.2011 aufgehoben und den Antrag der Gläubigerin auf Zulassung des Beitritts zurückgewiesen.

Am 15.4.2011 hat das AG den Beitritt der Gläubigerin aus dem jeweils in Abteilung III Nr. 2 der Grundbücher eingetragenen Gesamtrecht zu dem aus dem jeweils in Abteilung III Nr. 15 eingetragenen Recht betriebenen Zwangsverwaltungsverfahren zugelassen. Auch die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldnerin und der Nießbrauchsberechtigten ist erfolgreich gewesen. Das LG hat den Beitrittsbeschluss aufgehoben und den Antrag der Gläubigerin auf Zulassung des Beitritts zurückgewiesen.

(...)

*Aus den Gründen:*

### III.

(...)

a) Nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 14.3.2003, IXa ZB 45/03, NJW 2003, 2164 f.) hat der die Zwangsvollstreckung betreibende Grundschuldgläubiger für die – wie hier – unbeschränkte Anordnung der Zwangsverwaltung bei einem – ebenfalls wie hier – nachrangig eingetragenen Nießbrauch einen auf den Nießbrauchsberechtigten lautenden Duldungstitel vorzulegen. Dies ist deshalb erforderlich, weil sich der von dem Vollstreckungsgericht bestellte Zwangsverwalter den Besitz an dem der Zwangsverwaltung unterliegenden Grundstück verschaffen muss, damit er den betreibenden Gläubiger aus den Erträgen des Grundstücks befriedigen kann (§§ 146, 150 Abs. 2, § 152 Abs. 1 ZVG), dem Nießbrauchsberechtigten jedoch ebenfalls das Besitz- und Nutzungsziehungsrecht an dem Grundstück zusteht (§ 1030 Abs. 1, § 1036 Abs. 1 BGB). Da die Zwangsvollstreckung nur gegen denjenigen betrieben werden darf, der in dem Vollstreckungstitel oder in der Vollstreckungsklausel (§ 727 ZPO) als Vollstreckungsschuldner namentlich benannt

ist, und da bei der Zwangsverwaltung allein diesem die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen werden (§ 148 Abs. 2 ZVG), betrifft die in den Grundschuldbestellungsurkunden enthaltene Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 800 Abs. 1 ZPO) lediglich den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, nicht jedoch einen Nießbrauchsberechtigten. Diesen kann der Zwangsverwalter nur dann aus seinem Besitz setzen und an dessen Stelle die Nutzungen ziehen, wenn die Zwangsverwaltung aufgrund eines auf die Duldung der Zwangsvollstreckung auch gegen den Nießbrauchsberechtigten gerichteten Titels angeordnet worden ist.

(...)

2. Zu Unrecht meint das Beschwerdegericht jedoch, dass die auch mit Vollstreckungsklauseln gegen die Nießbrauchsberechtigten versehenen Grundschuldbestellungsurkunden keine für die unbeschränkte Anordnung der Zwangsverwaltung ausreichenden Duldungstitel seien.

a) Auf die Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtete Titel sind nicht nur solche, welche in einem Klageverfahren ergangen sind, sondern auch notarielle Urkunden, in denen sich der Grundstückseigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterworfen hat, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO). Zur Vollstreckung aus diesen Urkunden ist es notwendig, dass sie mit einer Vollstreckungsklausel (§ 725 ZPO) versehen sind und beides vor oder spätestens bei dem Beginn der Zwangsvollstreckung dem Schuldner zugestellt wird (§ 750 Abs. 1 und 2, § 795 Satz 1 ZPO).

b) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die notariellen Grundschuldbestellungsurkunden enthalten Vollstreckungsunterwerfungen gemäß § 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Unterwerfung ist in den Grundbüchern eingetragen. Von den Urkunden wurden vollstreckbare Ausfertigungen erteilt (§ 724 Abs. 1, § 795 Satz 1, § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die Gläubigerin als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Grundschuldgläubigerin erhielt Vollstreckungsklauseln (§ 727, § 795 Satz 1 ZPO). Auch gegen die Nießbrauchsberechtigten wurden Vollstreckungsklauseln erteilt, allerdings mit der – zutreffenden – Einschränkung, dass die Zwangsvollstreckung auf die Duldung der Zwangsverwaltung der mit dem Nießbrauch belasteten Grundstücke gerichtet ist. Schließlich fehlt es auch nicht an der Zustellung der Urkunden nebst Vollstreckungsklauseln an die Schuldnerin und an die Nießbrauchsberechtigten.

c) Die Erteilung der gegen die Nießbrauchsberechtigten gerichteten – eingeschränkten – Vollstreckungsklauseln beruht auf § 727 ZPO i. V. m. §§ 325, 795 Satz 1 ZPO. Danach kann unter bestimmten, hier gegebenen Voraussetzungen eine vollstreckbare Ausfertigung gegen denjenigen erteilt werden, der nach der Errichtung der Grundschuldbestellungsurkunde Rechtsnachfolger des in der Urkunde bezeichneten Schuldners geworden ist (BGH, Urteil vom 9.12.1992, VIII ZR 218/91, NJW 1993, 1396, 1397 m. w. N.). Rechtsnachfolger in diesem Sinn ist nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur nicht nur derjenige, der in die volle Rechtsstellung seines Vorgängers eingetreten ist, sondern auch derjenige, der eine mindere Rechtsstellung erworben hat, wie zum Beispiel ein Nießbrauchsberechtigter (RGZ 82, 35, 38; OLG Dresden, Rpfleger 2006, 92, 93; Hk-ZPO/Saenger, 5. Aufl., § 325 Rdnr. 9; MünchKommZPO/Gottwald, § 325 Rdnr. 28; Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 325 Rdnr. 7; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 325 Rdnr. 21; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., Rdnr. 20). Hat dieser – wie hier

– den Nießbrauch im Rang nach der Grundschuld erlangt, kann gegen ihn eine – die eingeschränkte Rechtsnachfolge ausweisende – Vollstreckungsklausel erteilt werden (titel-erweiternde Klausel). Die mit ihr versehene Grundschuldbestellungsurkunde ist der für die unbeschränkte Anordnung der Zwangsverwaltung notwendige Duldungstitel (OLG Dresden, Rpfleger 2006, 92, 93; *Staudinger/Wolfsteiner*, Bearb. 2009, § 1124 Rdnr. 22; *Engels in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeier*, ZVG, 14. Aufl., § 145 Rdnr. 8; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 145 Rdnr. 11; *Deprel/Mayer*, Die Praxis der Zwangsverwaltung, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 66; *Harmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen*, Zwangsverwaltung, 5. Aufl., § 146 ZVG Rdnr. 12).

(...)

18. BGB § 242; InsO § 159 (*Anspruch eines Insolvenzverwalters gegen einen Gläubiger des Insolvenzschuldners auf Erteilung einer Löschungsbewilligung für eine auf dem Schuldnergrundstück eingetragene nachrangige Zwangssicherungshypothek*)

1. **Ein Insolvenzverwalter kann von einem Gläubiger des Insolvenzschuldners verlangen, dass dieser der Löschung einer zu seinen Gunsten auf einem Grundstück des Schuldners eingetragenen nachrangigen Zwangssicherungshypothek zustimmt, wenn das Grundstück durch vorrangige Grundpfandrechte derart wertausschöpfend belastet ist, dass eine Verwertung offensichtlich nicht zu einer auch nur teilweisen Befriedigung dieses Gläubigers führen kann und das Grundstück nur durch die Löschungsbewilligung im Insolvenzverfahren wirtschaftlich sinnvoll verwertbar ist. Dies gilt auch dann, wenn zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen bestehen.**
2. **Der Gläubiger kann die Erteilung der Löschungsbewilligung nicht von der Zahlung einer Lästigkeitsprämie abhängig machen.**

OLG Nürnberg, Urteil vom 19.11.2013, 4 U 994/13

Der Kläger fordert als Insolvenzverwalter über das Vermögen des Schuldners von dem Beklagten die Bewilligung der Löschung einer Zwangssicherungshypothek, die auf einem im Miteigentum des Schuldners stehenden Wohnungs- und Teileigentum an einem Hausgrundstück im Grundbuch eingetragen ist.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des Schuldners. Der Schuldner war zunächst Eigentümer zu 1/4 an dem Grundstück, vorgetragen in dem Grundbuch des AG ... für ..., Band ..., Blatt in ..., mit einer Gesamtfläche von 610 m<sup>2</sup>. Mit Notarvertrag vom 27.11.1989 und Nachtrag zum Überlassungsvertrag vom 26.7.1990 wurde an dem Grundstück Wohnungs- und Teileigentum begründet. Die Schwester des Schuldners bekam von den Eltern die Hälfte an Grundbuch Flur-Nr. ... überlassen. Die andere Grundstücksfläche mit dem darauf stehenden Gebäude aus dem Jahr 1955 beträgt circa 305 m<sup>2</sup>. Eine Vermessung des Grundstücks fand nicht statt. An diesem hälftigen Anteil des Gesamtgrundstücks verbunden mit dem Sondereigentum (Altbau) hatte der Schuldner ursprünglich ein Viertel Miteigentumsanteil. Dieser Viertel Miteigentumsanteil ist im Grundbuch auf den ersten drei Rangstellen mit Zwangssicherungshypotheken zugunsten des Freistaates Bayern in Höhe von insgesamt 222.204,19 € belastet. An vierter Rangstelle im Grundbuch ist wegen Steuerschulden des Schuldners eine Zwangssicherungshypothek zugunsten des Beklagten in Höhe von 31.616,82 € eingetragen.

An diesem, nach der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum verbliebenen Grundstück mit einer Fläche von circa 305 m<sup>2</sup> hat der

Schuldner im Wege der Erbfolge einen weiteren Miteigentumsanteil in Höhe eines weiteren Viertels erlangt und ist somit neben seiner Schwester Miteigentümer zu je 1/2. Der während des Insolvenzverfahrens aufgrund Erbschaft hinzugewonnene Miteigentumsanteil von einem Viertel ist belastungsfrei und Teil der Insolvenzmasse.

Der Kläger beabsichtigt nunmehr, den hälftigen Miteigentumsanteil des Schuldners an dem belasteten Grundstück zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger freihändig an die Schwester des Schuldners zu veräußern. Diese hat Interesse daran bekundet, den hälftigen Miteigentumsanteil ihres Bruders für 40.000 € zu erwerben. Zur Ermöglichung des freihändigen Verkaufs bemühte sich der Kläger darum, Lastenfreistellungserklärungen der Gläubiger zu erreichen. Der vorrangig gesicherte Freistaat Bayern erklärte sich für den Fall der freihändigen Veräußerung des Miteigentumsanteils bereit, hinsichtlich der drei erstrangig zu seinen Gunsten im Grundbuch eingetragenen Zwangssicherungshypotheken Lastenfreistellung zu erteilen und bot dem Beklagten eine Abstandszahlung zur Lastenfreistellung in Höhe von 200 € an, was von dem Beklagten abgelehnt wurde. Der Beklagte wurde mit Schreiben des Klägers vom 19.7.2011 ergebnislos zur Lastenfreistellung oder Löschungsbewilligung aufgefordert.

(...)

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Berufung hat im Hauptsacheanspruch Erfolg. Der Kläger kann von dem Beklagten gemäß § 242 BGB verlangen, dass dieser unter Freistellung von den hiermit verbundenen Kosten der Löschung der zugunsten des Beklagten im Grundbuch eingetragenen Zwangssicherungshypothek zustimmt.

(...)

2. Der Kläger als Insolvenzverwalter über das Vermögen des Schuldners, der gemäß § 159 InsO zu einer unverzüglichen Verwertung des Schuldnervermögens verpflichtet ist, kann von dem Beklagten aus § 242 BGB die Bewilligung der Löschung der Zwangssicherungshypothek verlangen. Die Verweigerung der Löschung ist im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich, da die Zwangssicherungshypothek offensichtlich wertlos ist und die Verweigerung der Löschung der wertlosen Sicherung einer wirtschaftlich sinnvollen Verwertung des Sicherungsgutes im Wege steht.

a) Nach gefestigter obergerichtlicher Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, entsteht durch den Vollstreckungseingriff zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und dem Vollstreckungsschuldner eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art, die den Gläubiger verpflichtet, auch die Interessen des Schuldners zu wahren (vgl. BGH, Urteil vom 10.2.2005, NJW 2005, 1121; BGH, Urteil vom 30.10.1984, NJW 1985, 3080; zustimmend auch *Zöller/Stöber*, ZPO, 30. Aufl., vor § 704 Rdnr. 12a m. w. N.). Selbst zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und einem Drittberechtigten kann sich aus der Gestaltung des Vollstreckungsrechts eine solche gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art ergeben, aus der Rücksichtnahmepflichten des Gläubigers gegenüber dem Dritten folgen (vgl. BGH, Urteil vom 7.3.1972, NJW 1972, 1048 und Festhaltung in BGH, Urteil vom 30.10.1984, NJW 1985, 3080).

b) Diese privatrechtliche Sonderbeziehung wird bereits durch den Vollstreckungseingriff als solchen begründet, den der Beklagte hier durch die Eintragung der Zwangssicherungshypothek auf dem im Miteigentum des Schuldners stehenden Grundstück betrieben und verwirklicht hat. Dass der Beklagte derzeit keine weiteren Vollstreckungsaktivitäten entfaltet, lässt die einmal entstandene Sonderbeziehung nicht entfallen, denn der Vollstreckungseingriff dauert noch an. Bei Eintragung einer Zwangshypothek endet die Zwangs-

vollstreckung erst mit der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück (vgl. *Zöller/Herget*, a. a. O., § 771 Rdnr. 7 m. w. N.).

c) Die aus der Sonderbeziehung folgende Pflicht, auf die Interessen des Schuldners Rücksicht zu nehmen, führt im vorliegenden Fall bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise dazu, dass der Beklagte sein wertloses Sicherungsrecht aufgeben muss, um dem Kläger dadurch Gelegenheit zu einer wirtschaftlich sinnvollen Verwertung des Schuldnervermögens und dadurch zu einem möglichst weitreichenden Abbau der Verbindlichkeiten des Schuldners zu geben.

aa) Aufgrund der vorliegenden Fakten steht für den Senat fest, dass die für den Beklagten eingetragene Zwangssicherungshypothek offensichtlich wertlos ist und der Beklagte wegen seines Nachrangs bei keiner der in Betracht kommenden Verwertungsarten eine Aussicht auf auch nur teilweise Befriedigung hat.

Der Kläger hat den derzeitigen Verkehrswert des Gesamtgrundstücks mit circa 80.000 € angegeben, der Beklagte hat nach dem Hinweis des Senats das Bestreiten des Wertes ausdrücklich aufgegeben. Für den mit der Zwangssicherungshypothek des Beklagten belasteten  $\frac{1}{4}$ -Grundstücksanteil ergibt sich damit ein Verkehrswert in der Größenordnung von circa 20.000 €. Anhaltspunkte dafür, dass durch freihändigen Verkauf oder Zwangsversteigerung ein wesentlich höherer Betrag zu erzielen wäre, sind weder vorgetragen noch ersichtlich, insbesondere auch aufgrund des Umstandes, dass ein außenstehender Käufer oder Ersteigerer nicht das Alleineigentum an einem Grundstück erhalte, sondern neben der Schwester des Schuldners nur Miteigentümer würde und sich über die weitere Verwendung des Grundstücks mit der Schwester des Schuldners auseinandersetzen müsste.

Dem Verkehrswert des  $\frac{1}{4}$ -Grundstücksanteils in Höhe von circa 20.000 € stehen vorrangige Zwangssicherungshypotheken des Freistaates Bayern in Höhe von insgesamt 222.204,19 € gegenüber, die ausweislich der amtlichen Mitteilung des Finanzamts Sch vom 22.6.2009 (Anlage K 9) noch zu 200.240,03 € valuiert sind. Selbst wenn es dem Kläger gelingen sollte, den belasteten Grundstücksteil zu einem Mehrfachen seines Verkehrswertes zu verwerten, ginge der Beklagte dennoch bei einer Verteilung des Erlöses in jedem Falle leer aus. Derartige offensichtlich wertlose Grundpfandrechte werden in der insolvenzrechtlichen Literatur auch als „Schornsteinhypotheken“ bezeichnet (vgl. die Anmerkung von *Rein* zu BGH, Beschluss vom 20.3.2008, NZI 2008, 365 m. w. N.).

bb) Der Senat ist davon überzeugt, dass der belastete Miteigentumsanteil an dem Grundstück im vorliegenden Fall nur dann einer wirtschaftlich sinnvollen Verwertung zugeführt werden kann, wenn die eingetragenen Grundschulden gelöscht werden. Da der vorrangig gesicherte Freistaat Bayern einer derartigen Lösung zugestimmt hat, scheidet der vom Kläger beabsichtigte freihändige Verkauf an die Schwester des Schuldners alleine an der Weigerung des Beklagten, seine offensichtlich wertlose Zwangssicherungshypothek löschen zu lassen. Die Verweigerung verstößt deshalb gegen die vom Vollstreckungsgläubiger zu wahren Interessen des Schuldners und ist daher rechtsmissbräuchlich.

(1) Ein freihändiger Verkauf unter Aufrechterhaltung der Grundstücksbelastungen kommt hier alleine schon deshalb nicht in Betracht, weil der Erwerber in diesem Falle die Grundpfandrechte mit übernehmen müsste, die – wie bereits ausgeführt – den Verkehrswert des Grundstücks um ein Vielfaches übersteigen.

(2) Die wirtschaftlich sinnvolle Verwertung des Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung scheidet daran, dass die auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte gemäß §§ 44, 45 Abs. 1 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen sind und deshalb bei Erteilung des Zuschlags bestehen bleiben, § 52 Abs. 1 ZVG. Zwar besteht nach derzeitiger Gesetzeslage für den Kläger die Möglichkeit, gemäß § 174a ZVG zu verlangen, dass bei der Feststellung des geringsten Gebots nur die den Ansprüchen aus § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG vorgehenden Rechte berücksichtigt werden. Gegen diese Vorgehensweise sprechen jedoch zum einen verfassungsrechtliche Bedenken (vgl. hierzu zum Beispiel *Stöber*, NJW 2000, 3600), zum anderen ist das Zwangsversteigerungsverfahren im Vergleich zum freihändigen Verkauf mit nicht unerheblichen Verfahrenskosten verbunden (obligatorische Einholung eines Verkehrswertgutachtens gemäß § 74a Abs. 5 ZVG; weitere Kosten der Versteigerung etc.), wodurch der erzielbare Versteigerungserlös zumindest teilweise aufgezehrt würde. Dem steht im Vergleich zu dem vom Kläger beabsichtigten freihändigen Verkauf kein Vorteil gegenüber. Auch für den Beklagten wäre mit dieser Vorgehensweise nichts gewonnen, da er wegen der wertauschöpfenden vorrangigen Rechte des Freistaates Bayern an dem Versteigerungserlös nicht partizipieren würde, die Zwangssicherungshypothek des Beklagten aber in diesem Falle dennoch mit dem Zuschlag erlöschen würde, §§ 174a, 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZVG.

cc) Die dargestellte Interessenlage führt bei wertender Betrachtungsweise dazu, dass sich das Beharren des Beklagten auf einer formal bestehenden, wirtschaftlich jedoch wertlosen Rechtsposition aufgrund der damit verbundenen geschilderten Nachteile für den Schuldner als rechtsmissbräuchlich darstellt. Der Kläger hat deshalb aus § 242 BGB Anspruch auf Abgabe der Löschungsbewilligung. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit mehreren obergerichtlichen Entscheidungen zur Freigabe von Sicherheiten aus Treu und Glauben (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 23.2.2011, WM 2011, 1128; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.9.2009, BeckRS 2009, 27250; OLG Köln, Urteil vom 12.6.1995, WM 1995, 1801) und der Kommentarliteratur (vgl. zum Beispiel MünchKommInsO, 2. Aufl., § 165 Rdnr. 107, 179). Zwar wird die Pflicht des Gläubigers zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners dort aus schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger abgeleitet. Wie ausgeführt begründet jedoch bereits der bloße Vollstreckungszugriff eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art zwischen Schuldner und Gläubiger und löst Rücksichtnahmepflichten aus. Auch die Interessenlage des vorliegenden Falles ist mit denjenigen in den zitierten Entscheidungen zumindest vergleichbar.

d) Der Beklagte kann die von ihm zu erklärende Löschungsbewilligung auch nicht von der Zahlung einer „Lästigkeitsprämie“ durch den Kläger als Insolvenzverwalter abhängig machen. Die Vereinbarung einer derartigen Geldleistung wäre nichtig (so ausdrücklich BGH, Beschluss vom 20.3.2008, NZI 2008, 365. Der hierzu veröffentlichte „Praxishinweis“ in NJW-Spezial 2008, 406, begrüßt die Entscheidung, sanktioniere sie doch mit Recht die schon als unlauter zu bezeichnenden Bemühungen von Gläubigern, deren Grundpfandrechte offensichtlich wertlos seien, durch Ausnutzung formaler Rechtspositionen eine vorrangige Befriedigung bloßer Insolvenzforderungen in ersichtlich dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung widersprechender Weise zu erreichen).

(...)

## Beurkundungs- und Notarrecht

19. BNotO § 19 Abs. 1 Satz 1; BeurkG § 17 Abs. 1; BGB § 242 (*Notarielle Belehrungspflicht über die rechtlichen Folgen einer Änderung der bei Vertragsschluss gegebenen Umstände*)

**Zur notariellen Belehrungspflicht über die rechtlichen Folgen einer Änderung der bei Vertragsschluss gegebenen Umstände (hier: Verzicht auf den Versorgungsausgleich in einem vor dem Jahr 2001 geschlossenen Ehevertrag).**

BGH, Urteil vom 15.5.2014, III ZR 375/12

Der Kläger begehrt von der Beklagten als Erbin des Notars G S in M Schadensersatz wegen Verletzung notarieller Amtspflichten bei der Beurkundung eines Ehevertrags vom 25.10.2000.

In dem Ehevertrag schlossen der Kläger und seine spätere Ehefrau für den Fall der Scheidung den Versorgungsausgleich aus. Unter Ziffer 4 Abs. 2 Satz 1 des Ehevertrags heißt es:

„Wir wollen unsere Versorgung entsprechend unseren Vermögensgrenzen auch getrennt beibehalten und fortsetzen.“

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war der Kläger als Zahnarzt tätig. Seine Ehefrau betrieb zwei Einzelhandelsgeschäfte. Die Eheleute planten keine gemeinsamen Kinder und gingen davon aus, jeweils mit ihrer eigenen Erwerbstätigkeit ihre Altersvorsorge aufbauen zu können.

Im Jahr 2003 meldete die Ehefrau des Klägers mit ihren Einzelhandelsgeschäften Insolvenz an. Sie gab ihre Berufstätigkeit auf und begann – in Absprache mit dem Kläger – ein Studium. Am 13.1.2004 wurde eine gemeinsame Tochter geboren. Anschließend kümmerte sich die Ehefrau des Klägers ausschließlich um die Betreuung der gemeinsamen Tochter und die Pflege ihres erkrankten Vaters.

Mit Urteil des Familiengerichts R vom 24.2.2009 wurde die Ehe geschieden. Das Familiengericht stellte fest, wegen der offensichtlich einseitigen Benachteiligung der Ehefrau bei Abschluss der Vereinbarung über den Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs in dem notariellen Ehevertrag vom 25.10.2000 gingen beide Parteien davon aus, dass die Vereinbarung unwirksam sei.

Der Kläger kann die durch die Durchführung des Versorgungsausgleichs eintretende Kürzung seiner Rentenanwartschaft durch die Zahlung von 58.457,04 € an das Versorgungswerk der Zahnärztekammer abwenden. Er begehrt im Wege des Schadensersatzes von der Beklagten als Erbin des den Ehevertrag vom 25.10.2000 beurkundenden Notars Zahlung dieses Betrags an das Versorgungswerk. Er hat die Auffassung vertreten, der Notar habe amtspflichtwidrig weder auf die Bedeutung des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs und eine mögliche Unwirksamkeit des Ehevertrags hingewiesen noch Sorge dafür getragen, dass bei der Ausformulierung des Ehevertrags dieser einer richterlichen Inhaltskontrolle standhalte. Insbesondere habe der Notar es unterlassen, Gründe in den Ehevertrag aufzunehmen, weshalb die Vereinbarung zum Versorgungsausgleich für beide Seiten interessengerecht sei. Bei Aufklärung durch den Notar darüber, dass der – ebenfalls vereinbarte – Unterhaltsverzicht und der Ausschluss des Versorgungsausgleichs möglicherweise unwirksam seien, hätte er, der Kläger, von der Eheschließung abgesehen. Die Amtspflichtverletzung des Notars sei daher kausal für den ihm entstandenen Schaden.

Die Beklagte hat eine Amtspflichtverletzung des Notars bestritten.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen die Beklagte verurteilt, an das Versorgungswerk der Zahnärztekammer Nordrhein zu der Mitgliedsnummer des Klägers einen Betrag von 58.457,04 € zu zahlen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Beklagten.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Revision der Beklagten führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung.

## I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts haftet die Beklagte dem Kläger als Erbin des beurkundenden Notars gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO i. V. m. § 1922 BGB aus Amtspflichtverletzung. Der Notar habe gegen seine aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG folgende Pflicht verstoßen, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, indem er sie nicht darüber belehrt habe, dass der vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei einem späteren Wegfall der Geschäftsgrundlage unwirksam oder dem Kläger eine Berufung hierauf nach Treu und Glauben verwehrt sein könne. Zwar habe sich die Rechtsprechung des BGH zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen erst nach dem Ehevertrag herausgebildet. Auch vorher sei indes in der Rechtsprechung anerkannt gewesen, dass sich die Berufung auf einzelne Klauseln eines Ehevertrags als treuwidrig darstellen könne und im Wege der Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Unwirksamkeit einzelner Regelungen in Betracht komme. Zudem habe der Notar unter Ziffer 4 des Ehevertrags sogar die Geschäftsgrundlage für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs aufgenommen, so dass es auf der Hand gelegen habe, dass es – beispielsweise durch berufliche Veränderungen oder die Geburt eines Kindes – zu Änderungen habe kommen können.

Der Notar habe auch schuldhaft gehandelt, da ihm die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage und der Einwand treuwidrigen Verhaltens als allgemeine Rechtsgrundsätze hätten bekannt sein müssen. Angesichts der ausdrücklich in den Vertrag aufgenommenen Geschäftsgrundlage habe deren Wegfall im Bereich des Möglichen gelegen. Auch habe dem Notar die obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung zu Eheverträgen, die der Fachpresse zu entnehmen gewesen sei, bekannt sein müssen.

Die Pflichtverletzung sei für den geltend gemachten Schaden kausal geworden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hätte der Kläger bei ordnungsgemäßer Belehrung durch den Notar von der Eheschließung abgesehen mit der Folge, dass er dem durchgeführten Versorgungsausgleich nicht ausgesetzt gewesen wäre. Durch die Übertragung der Anwartschaften des Klägers auf seine frühere Ehefrau sei das Anwartschaftsrecht des Klägers beeinträchtigt worden. Die Klageforderung entspreche dem Betrag, der zu zahlen sei, damit der Kläger so gestellt werde, wie er stünde, wenn nicht zugunsten seiner früheren Ehefrau auf seine Kosten Anwartschaften übertragen worden wären.

## II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Eine Amtspflichtverletzung des den Ehevertrag vom 25.10.2000 beurkundenden Notars liegt nicht vor. Der Notar war insbesondere nicht verpflichtet, die Parteien des Ehevertrags darüber zu belehren, dass der vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei einem späteren Wegfall der Geschäftsgrundlage unwirksam oder dem Kläger eine Berufung hierauf nach Treu und Glauben verwehrt sein könnte.

1. a) Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 BeurkG soll der Notar unter anderem die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und dabei darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Die nach der Rechtsprechung des BGH zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen nach § 138 BGB und § 242 BGB (BGH, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, BGHZ 158, 81, 94 ff.; Beschluss vom 6.10.2004, XII ZB 110/99, FamRZ 2005, 26, 27) sich bei einem ehevertraglichen Ausschluss des

Versorgungsausgleichs im Einzelfall ergebenden Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs oder der Vertragsanpassung betreffen grundsätzlich die „rechtliche Tragweite des Geschäfts“ im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, über die der Notar die Beteiligten zu belehren hat (vgl. zum Begriff der rechtlichen Tragweite des Geschäfts im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, BGH, Urteil vom 2.6.2005, III ZR 306/04, NJW 2005, 2495).

Das Berufungsgericht geht jedoch zutreffend davon aus, dass sich die vorgenannte Rechtsprechung des BGH erst als Folge der Entscheidungen des BVerfG vom 6.2.2001 (NJW 2001, 957) und vom 29.3.2001 (NJW 2001, 2248) herausgebildet hat (vgl. BGH, Urteil vom 11.2.2004, a. a. O., 86, nach bisheriger Rechtsprechung grundsätzlich volle Vertragsfreiheit; vgl. zu den aus der neuen Rechtsprechung folgenden Belehrungspflichten des Notars *Bredthauer*, NJW 2004, 3072, 3073 ff.; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2004, 185, 188; *Mayer*, FPR 2012, 563, 564 f.; *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rdnr. 519; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl., § 14 Rdnr. 178). Sie kann dementsprechend nicht zur Begründung einer Belehrungspflicht des Notars zum Zeitpunkt der Beurkundung des Ehevertrags vom 25.10.2000 herangezogen werden.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bestand – zeitlich vor der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen – keine Belehrungspflicht des beurkundenden Notars darüber, dass sich die Berufung auf den im Ehevertrag vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs als treuwidrig darstellen kann oder im Wege der Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage die Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs in Betracht kommt.

aa) Die (geänderten) Umstände, die dazu führen können, dass sich die Berufung auf einzelne Klauseln eines notariellen Vertrags (später) als rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) darstellt, können sehr vielgestaltig sein; welche Anforderungen sich aus Treu und Glauben ergeben und wie sie sich auf der Rechtsfolgenseite auswirken, lässt sich hinreichend zuverlässig nur beantworten, wenn die gesamten Umstände des Einzelfalls zum maßgeblichen Zeitpunkt gewürdigt werden. Es würde die notariellen Pflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG weit überspannen, wenn der Notar stets alle denkbaren zukünftigen Entwicklungen in den Blick nehmen und rechtlich bewerten müsste. Dies könnte zudem im Einzelfall Belehrungen in einem Umfang notwendig machen, der dem Sinn und Zweck der Belehrungspflicht, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts – verständlich – zu belehren und Irrtümer zu vermeiden, widerspricht. Für die Belehrung darüber, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Vertragsklausel in Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage hinfällig werden könnte, gilt nichts anderes.

Eine solche notarielle Belehrung kann indes erforderlich sein, wenn im Einzelfall zum Zeitpunkt der Beurkundung die vertragliche Regelung erkennbar auf einer bestimmten Grundlage beruht, es nach der Lebenserfahrung als möglich erscheint, dass diese Grundlage künftig entfallen könnte, und nach der bei der Beurkundung bestehenden Rechtslage oder einer zu diesem Zeitpunkt sicher absehbaren Änderung der Rechtslage der Wegfall dieser vertraglichen Grundlage dazu führen kann, dass die vereinbarte Rechtsfolge nicht eintritt.

bb) Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben.

Zwar ist, wie das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt hat, aus Ziffer 4 Abs. 2

Satz 1 des notariellen Vertrags vom 25.10.2000 erkennbar, dass die Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausgingen, ihre bisher getrennte Versorgung beizubehalten und weiterhin getrennt aufzubauen. Die Fortsetzung des getrennten Versorgungsaufbaus lag mithin dem vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs zugrunde. Angesichts des Alters der Vertragsparteien von 45 Jahren (Kläger) bzw. 35 Jahren (Ehefrau des Klägers) mag es zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch nicht ausgeschlossen erschienen sein, dass – entgegen der Planung der Eheleute – infolge der Erziehung künftiger gemeinsamer Kinder die Grundlage des fortgesetzten getrennten Versorgungsaufbaus entfallen könnte.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war jedoch bei der Beurkundung des Ehevertrags am 25.10.2000 weder aufgrund der seinerzeitigen Gesetzeslage und der dazu ergangenen (höchstrichterlichen) Rechtsprechung noch (insbesondere) aufgrund einer zu diesem Zeitpunkt bereits sicher absehbaren Änderung der Rechtsprechung erkennbar, dass im Fall einer Änderung der – in Gestalt eines getrennten Versorgungsaufbaus geplanten – ehelichen Verhältnisse sich die Berufung auf den im Ehevertrag vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs als treuwidrig darstellen oder der Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Wege der Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage unwirksam sein könnte.

(1) In dem vom Berufungsgericht angeführten Urteil des BGH vom 28.11.1990 (XII ZR 16/90, NJW 1991, 913, 914) war lediglich für einen ehevertraglich vereinbarten Unterhaltsverzicht festgestellt worden, dass die Berufung darauf gemäß § 242 BGB für die Zeit ausgeschlossen sein könne, in der wegen der Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit eines Ehegatten nicht möglich sei und der Verzichtende mangels anderer Mittel auf Sozialhilfe angewiesen wäre. Ob eine solche Ausübungskontrolle auch in Bezug auf einen vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs in Betracht zu ziehen sein kann, ergibt sich aus der Entscheidung nicht. Der BGH hat es vielmehr in seinem Beschluss vom 18.9.1996 (XII ZB 206/94, NJW 1997, 126, 128) als zweifelhaft bezeichnet, ob die Grundsätze zum befristeten Ausschluss der Berufung auf einen vereinbarten Unterhaltsausschluss auf den Fall des Verzichts auf den Versorgungsausgleich übertragen werden können. Er hat dies damit begründet, dass das Wohl gemeinschaftlicher Kinder im Allgemeinen nicht berührt werde und eine Prognose der Bedürfnislage des verzichtenden Ehegatten im Rentenalter mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sei. Angesichts dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung bestand eine Belehrungspflicht des beurkundenden Notars zu einer möglicherweise eingeschränkten rechtlichen Wirksamkeit des in dem Ehevertrag vom 25.10.2000 vereinbarten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs nicht.

(2) Gleiches gilt für die von dem Berufungsgericht angeführte Entscheidung des OLG München vom 2.5.1994 (FamRZ 1995, 95, 96). Danach war mit der Geburt des gemeinsamen Kindes dort die Geschäftsgrundlage für den ehevertraglich vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs entfallen mit der Folge der Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs. Die Entscheidung betraf zwar einen im Ansatz mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Sachverhalt, wenn auch die Vertragsparteien in dem dortigen Ehevertrag die Grundlagen für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs etwas deutlicher zum Ausdruck gebracht hatten. Sie ist jedoch vereinzelt geblieben und lag zum Zeitpunkt der Beurkundung am 25.10.2000 bereits längere Zeit zurück. Eine Belehrungspflicht des beurkundenden



Notars mit dem vom Berufungsgericht angenommenen Inhalt wurde durch sie – zumal angesichts des zeitlich nachfolgenden Beschlusses des BGH vom 18.9.1996 (a. a. O.) – nicht ausgelöst.

(3) Etwas anderes folgt auch nicht aus dem von der Revisionserwiderung angeführten Beschluss des BGH vom 27.10.1993 (XII ZB 158/91, NJW 1994, 579). Der dort hinsichtlich des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs angenommene Wegfall der Geschäftsgrundlage war in den besonderen und nahezu einzigartigen Umständen des dortigen Einzelfalls begründet. Der Entscheidung kommt daher keine Bedeutung für den Umfang notarieller Belehrungspflichten bei ihr zeitlich nachfolgenden Beurkundungen von Eheverträgen zu.

Nach alledem war zum Zeitpunkt der Beurkundung am 25.10.2000 aufgrund der seinerzeitigen Rechtslage oder sicher absehbarer Änderungen der Rechtslage nicht erkennbar, dass im Fall der Änderung der in Gestalt eines getrennten Versorgungsaufbaus geplanten ehelichen Verhältnisse der in dem Ehevertrag vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 242 BGB nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfang wirksam war. Eine dahingehende Belehrungspflicht des beurkundenden Notars nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG bestand mithin nicht.

2. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn der beurkundende Notar mit der unterlassenen Belehrung über die rechtliche Tragweite des vereinbarten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs objektiv gegen die ihm nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG obliegenden Belehrungspflichten verstoßen hätte, – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – ein schuldhaftes Handeln des Notars zu verneinen wäre.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist es erforderlich, dass sich der Notar über die Rechtsprechung der obersten Gerichte, die in den amtlichen Sammlungen und den für seine Amtstätigkeit wesentlichen Zeitschriften veröffentlicht ist, unterrichtet und die üblichen Erläuterungsbücher auswertet (BGH, Urteile vom 28.9.2000, IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 275 f. und vom 9.7.1992, IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3239). Aus einer Lektüre der Entscheidungen der obersten Gerichte ergaben sich vorliegend – wie ausgeführt – zum Zeitpunkt der Beurkundung am 25.10.2000 keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Wirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs bei Änderung der Verhältnisse der Ehegatten gemäß § 242 BGB entfallen oder eingeschränkt sein könnte. Gleiches gilt hinsichtlich der seinerzeitigen Erläuterungsliteratur (vgl. etwa *Riegel in Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Rdnr. 1028 ff. [Versorgungsausgleich]; *Jochheim*, FPR 1999, 271, 273 f., „Checkliste: Belehrung über den Versorgungsausgleich“). Soweit darin vertreten wurde, die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage seien auf einen Verzicht auf den Versorgungsausgleich anwendbar, was dazu führen könne, dass trotz eines vertraglichen Ausschlusses eine gerichtliche Entscheidung über den Versorgungsausgleich ergehe (*Grziwotz* in Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl., Kap. B I Rdnr. 140), erfolgte dies unter ausdrücklichem Hinweis auf die – einen nahezu einzigartigen Sonderfall betreffende – Entscheidung des BGH vom 27.10.1993 (siehe oben zu 1 b) bb) (3)). Für den vorliegenden Ausschluss des Versorgungsausgleichs konnte hieraus keine notarielle Belehrungspflicht abgeleitet werden. Für den Notar war nach alledem – wie indes für ein schuldhaftes Handeln erforderlich – die Notwendigkeit einer entsprechenden Belehrung zum Zeitpunkt der Beurkundung nicht erkennbar.

## Kostenrecht

20. GBO § 39 Abs. 1, § 40 Abs. 1; GNotKG Nr. 1410 Anm. I Satz 2 (*Gebühren für die Eintragung des verbleibenden Erben im Grundbuch; Vollzug des Ausscheidens eines Erben aus der Erbengemeinschaft im Wege der sog. Abschichtung*)

- 1. Die Gebührenbefreiung nach Anmerkung I Satz 2 zu Nr. 14110 KV GNotKG gilt nur dann, wenn ein Miterbe ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft eingetragen wird. Wurde zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen, ist damit die gebührenbefreite Tätigkeit des Grundbuchamtes abgeschlossen und die danach folgende weitere Eintragung eines oder mehrerer einzelner Erben aufgrund Erbauseinandersetzung nicht mehr gebührenbefreit.**
- 2. Es stellt keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG dar, wenn das Grundbuchamt im Falle des einverständlichen Ausscheidens von Miterben aus der Erbengemeinschaft im Wege der sog. Abschichtung die Eintragung der verbliebenen Erben als Eigentümer erst nach Voreintragung der Erbengemeinschaft vornimmt; dies gilt auch dann, wenn infolge der Abschichtung nur ein einziger Erbe verbleibt. Dabei kann offen bleiben, ob in derartigen Fällen in entsprechender Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO die Voreintragung der Erbengemeinschaft entbehrlich ist.**

OLG Köln, Beschluss vom 19.3.2014, 2 Wx 73/14

Als Eigentümerin des vorbezeichneten Grundstückes war in Abt. I lfd. Nr. 2 des Grundbuchs die am 17.12.2012 verstorbene Mutter des Beteiligten zu 1, Frau M K, eingetragen. Diese ist aufgrund notariellen Erbvertrages vom 5.7.1977 (URNr. ... des Notars K in ...) zu je ½-Anteil von dem Beteiligten zu 1 und dessen Bruder, Herr W K, beerbt worden. Herr W K hat in einem notariell beglaubigten Abschichtungsvertrag vom 5.9.2013 (URNr. ... des Notars O in ...) gegen Zahlung eines Abfindungsbetrages auf seinen Anteil am Nachlass verzichtet. Mit Schriftsatz vom 6.9.2013 beantragte der Beteiligte zu 1 unter Vorlage der vorbezeichneten Urkunden seine Eintragung als Alleineigentümer im Grundbuch. Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes wies den Beteiligten zu 1 mit Zwischenverfügung vom 16.9.2013 darauf hin, dass seine Eintragung als Alleineigentümer erst nach vorheriger Eintragung der Erbengemeinschaft erfolgen könne. Es werde daher angeregt, den Antrag vom 6.9.2013 dahingehend abzuändern, dass zunächst die Eintragung der Erbengemeinschaft und sodann die Berichtigung durch Eintragung der Abschichtung in das Grundbuch beantragt wird. Zugleich wurde der Beteiligte darauf hingewiesen, dass für die Eintragung der Berichtigung Gerichtskosten entstünden.

Mit Schriftsatz vom 24.9.2013 erklärte der Beteiligte zu 1 sein Einverständnis mit der vorgeschlagenen Abänderung seines Antrages; zugleich bat er – unter Mitteilung mehrerer nach seiner Auffassung für ihn günstiger gerichtlicher Entscheidungen – um Überprüfung der Frage, ob durch die Eintragung Gerichtskosten entstehen.

Nachdem das Grundbuchamt am 4.12.2013 zunächst die aus dem Beteiligten zu 1 und seinem Bruder bestehende Erbengemeinschaft sodann den Beteiligten zu 1 als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen hatte, setzte es mit Beschluss ebenfalls vom 4.12.2013, erlassen am 5.12.2013 den Geschäftswert „für die Eintragung der Anwachsung infolge der Abschichtung“ auf 100.000 € fest. Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz vom 25.12.2013, beim AG K am 28.12.2013 eingegangen, Beschwerde eingelegt. Die Geschäftswertfestsetzung sei ohne Grundlage erfolgt, weil die Eintragung der mit dem Abschichtungsvertrag bewirkten „Erbauseinandersetzung“ aus den in der vorangegangenen Korrespondenz dargelegten Gründen gebührenfrei sei.

Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes hat der Beschwerde nach Anhörung des Beteiligten zu 2 nicht abgeholfen und diese dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

## II.

(...)

2. In der Sache selbst ist das Rechtsmittel unbegründet.

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass der Beteiligte den vom Grundbuchamt zugrunde gelegten Wert des betroffenen Grundstücks nicht in Frage stellt. Die Beschwerde wird vielmehr allein darauf gestützt, dass die Eintragungstätigkeit des Grundbuchamtes, für die mit dem angefochtenen Beschluss der Geschäftswert festgesetzt worden ist, von vornherein keine Gebühren ausgelöst hat.

Das so verstandene Rechtsmittel hat – unbeschadet der Frage, ob dieser Einwand überhaupt im Rahmen der Beschwerde nach § 83 GNotKG oder allein im Rahmen einer Erinnerung gegen den Kostenansatz nach § 81 GNotKG von Bedeutung sein kann – im Ergebnis jedenfalls deshalb keinen Erfolg, weil die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Alleineigentümer entgegen der von ihm vertretenen Auffassung gebührenpflichtig ist.

a) Gemäß Nr. 14110 des Kostenverzeichnisses zum Gerichts- und Notarkostengesetz (KV GNotKG) wird für die Eintragung eines Eigentümers im Grundbuch eine volle Gebühr erhoben. Nach Anmerkung I zu Nr. 14110 KV GNotKG wird die Gebühr allerdings nicht für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers erhoben, wenn der Eintragungsantrag – wie hier – binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Die Gebührenbefreiung gilt auch dann, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden (Anmerkung I Satz 2 zu Nr. 14110 KV GNotKG). Ein nach diesen Vorschriften gebührenbefreiter Sachverhalt liegt hier jedoch nicht vor.

Mit dem ersten Satz 1 der Anmerkung I zu Nr. 14110 KV GNotKG hat der Gesetzgeber die schon bisher in § 60 Abs. 4 KostO a. F. enthaltene Privilegierung für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers übernommen. Satz 2 der Anmerkung ist hingegen neu und soll die bisher umstrittene Frage klären, ob Erben, die infolge einer Erbauseinandersetzung im Grundbuch eingetragen werden, noch an der Gebührenvergünstigung teilnehmen (vgl. hierzu den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts, BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 206). Die Frage, ob die Gebührenfreiheit nach § 60 Abs. 4 KostO a. F. auch die Fälle einer Erbauseinandersetzung umfasst oder auf die berichtige Eintragung des Erben bzw. der Erbengemeinschaft als Gesamtrechtsnachfolger des verstorbenen früheren Eigentümers beschränkt ist, war nämlich vor Inkrafttreten des GNotKG in der Rechtsprechung der OLG stark umstritten. Zum Teil wurde hier die Auffassung vertreten, dass nur die berichtige Eintragung von Erben begünstigt ist (so zuletzt etwa OLG Celle, Beschluss vom 24.4.2013, 4 W 26/12, FGPrax 2012, 179; *Wedewer/Waldner*, Kostenordnung, Stand Dezember 2012, § 60 Rdnr. 16c m. w. N.), während nach der Gegenauffassung die Gebührenbefreiung auch dann zum Tragen kommen sollte, wenn ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft sofort die Erben, die nach der Erbauseinandersetzung das jeweilige Grundstück erhalten, als dessen Eigentümer eingetragen wurden (so etwa OLG Köln, Beschluss vom 12.6.2003, 2 Wx 15/03, NJW-RR 2003, 1726, 1727; OLG München, Beschluss vom 2.2.2006, 32 Wx 142/05, NJW-RR 2006, 648; *Korintenberg/Lappel/Bengell/Reimann/Lappe*, Kostenordnung, 18. Aufl., § 60 Rdnr. 60 ff. m. w. N.). Der Gesetzgeber hat sich für die letztgenannte Auffassung entschieden (BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 206).

Vor diesem Hintergrund kann die Gebührenbefreiung in Anmerkung I zu Nr. 14110 KV GNotKG im vorliegenden Fall nicht zum Tragen kommen. Denn schon zum alten Recht bestand Einigkeit darin, dass eine Anwendung der Vorgängervorschrift des § 60 Abs. 4 KostO nur dann in Betracht kam, wenn der jeweilige Miterbe ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft aufgrund der Auseinandersetzung als Eigentümer des ihm zugewiesenen Grundstücks eingetragen wurde. Wurde hingegen zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen, so ist die danach folgende weitere Eintragung eines oder mehrerer einzelner Erben nach entsprechender Erbauseinandersetzung keine Eintragung „von Erben des eingetragenen Eigentümers“ mehr; vielmehr ist mit der Voreintragung der Erbengemeinschaft die gebührenbefreite Tätigkeit des Grundbuchamtes abgeschlossen (OLG Köln, Beschluss vom 12.6.2003, 2 Wx 15/03, NJW-RR 2003, 1726, 1727; *Korintenberg/Lappel/Bengell/Reimann/Lappe*, a. a. O., § 60 Rdnr. 63; auch aus der Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 2.2.2006, 32 Wx 142/05, Rpfleger 2006, 288 f., ergibt sich entgegen der Darstellung bei *Hartmann*, Kostengesetze, 43. Aufl., Nr. 14110 KV GNotKG Rdnr. 19, nichts anderes). Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber, der erklärtermaßen die zuvor dargestellte Auffassung übernommen hat, insoweit eine abweichende Regelung treffen wollte. Dementsprechend verbleibt es auch nach neuem Recht dabei, dass die Gebührenbefreiung für die Eintragung des erwerbenden Miterben nicht mehr eingreift, wenn zuvor die Erbengemeinschaft eingetragen worden ist.

b) Die Beschwerde kann schließlich auch nicht etwa deshalb Erfolg haben, weil das Grundbuchamt die Entstehung der Gebühr pflichtwidrig selbst verursacht hat, indem es die Voreintragung der Erbengemeinschaft vorgenommen hat und zuvor auf einen entsprechenden Antrag des Beteiligten hingewirkt hatte. Zwar werden gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, nicht erhoben; ein solcher Fall kann insbesondere auch dann gegeben sein, wenn das Grundbuchamt eine Voreintragung vornimmt, obwohl eine Ausnahme von der Voreintragungspflicht vorlag (*Schulz* in Leipziger Kommentar zum GNotKG, 1. Aufl., Nr. 14110 KV Rdnr. 6; *Korintenberg/Lappel/Bengell/Reimann/Lappe*, a. a. O., § 60 Rdnr. 63). Eine unrichtige Sachbehandlung in diesem Sinne liegt aber hier – wie auch sonst – nur dann vor, wenn das Gericht gegen eine klare gesetzliche Regelung verstoßen hat, insbesondere einen schweren Verfahrensfehler begangen hat, der offen zutage tritt (BGH, Beschluss vom 10. 3.2003, IV ZR 306/00; OLG Hamburg, MDR 2013, 424, zu den inhaltsgleichen Regelungen in § 8 GKG a. F. bzw. § 21 GKG; *Hartmann*, Kostengesetze, 43. Aufl., § 21 GNotKG Rdnr. 4 m. w. N.). Ein derartiger Fall liegt indes nicht vor; die Tätigkeit des Grundbuchamtes beruht vielmehr auf einer jedenfalls vertretbaren Rechtsauffassung.

Gemäß § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist; dies gilt auch für eine berichtige Eintragung nach § 22 GBO (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 22 Rdnr. 48). Dieser Regelungslage entspricht die vom Grundbuchamt vertretene Auffassung, dass vor der Eintragung des Beteiligten zu 1 als Alleineigentümer zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen werden musste.

Von dem in § 39 Abs. 1 GBO geregelten Voreintragungsgrundsatz ordnet allerdings § 40 Abs. 1 GBO dann eine Ausnahme an, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist

und die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts eingetragen werden soll. Vollzieht sich die Rechtsänderung allerdings – zum Beispiel durch Erbteilsübertragung gemäß § 2033 Abs. 1 BGB oder wie im vorliegenden Fall durch eine sog. Abschichtung (zu deren Zulässigkeit BGH, Urteil vom 21.1.1998, IV ZR 346/96, NJW 1998, 1557 f.) – außerhalb des Grundbuchs, liegt keine „Übertragung“ im Sinne des § 40 Abs. 1 GBO vor. Nach hergebrachter und verbreiteter Auffassung bedarf es deshalb auch dann der Voreintragung der Erbengemeinschaft, wenn nach erfolgter Erbteilsübertragung oder Abschichtung nur noch ein Erbe verbleibt (vgl. hierzu etwa BayObLG, Beschluss vom 9.6.1994, 2 Z BR 52/94, NJW-RR 1995, 272; OLG Hamm, OLGR 1999, 27; *Demharter*, Grundbuchordnung, 29. Aufl., § 40 Rdnr. 3; *MeikellBöttcher*, Grundbuchordnung, 10. Aufl., § 40 Rdnr. 6; *Schönerl Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 142; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2008, 552, 563). Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Konstellation auch von der in Anmerkung I zu Nr. 14110 KV GNotKG angesprochenen Erbauseinander-  
setzung.

Der Umstand, dass von einer im Vordringen befindlichen Auffassung eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf Fälle der vorliegenden Art befürwortet wird (so etwa OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.9.2013, 15 W 1799/13, Rpfleger 2014, 12; LG Nürnberg-Fürth, Rpfleger 2007, 657; stillschweigend vorausgesetzt auch von OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19.6.2012, 3 W 50/1, Rpfleger 2013, 57 = ZEV 2012, 416, und OLG München, Rpfleger 2006, 288 f.; ebenso *Simon*, Rpfleger 2007, 659 und OLG München, Beschluss vom 11.7.2013, 34 Wx 271/13, Rpfleger 2014, 14; *Bauerlv. Oefe*, Grundbuchordnung, 3. Aufl., § 40 Rdnr. 9; *Schulz* in Leipziger Kommentar zum GNotKG, 1. Aufl., Nr. 14110 KV GNotKG Rdnr. 6), ändert dies – unabhängig von der Frage, welche Auffassung im Ergebnis Zustimmung verdient – nichts daran, dass das Grundbuchamt auf der Grundlage einer in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Schrifttum verbreiteten Auffassung tätig geworden ist und deshalb nicht gegen eine eindeutige gesetzliche Regelung verstoßen hat. Es stellte deshalb keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG dar, die Eintragung des Beteiligten zu 1 im Wege der Grundbuchberichtigung von einer Voreintragung der Erbengemeinschaft abhängig zu machen und auf einen entsprechenden Antrag hinzuwirken.

(...)

## Öffentliches Recht

21. SGB II § 12 Abs. 1, 3 Satz 1 Nr. 4 und 6; SGB XII § 90 Abs. 2 Nr. 8 (*Anspruch auf Grundsicherung für Arbeitsuchende; Berücksichtigung eines im Alleineigentum stehenden Hausgrundstücks als verwertbarer Vermögensgegenstand*)

- Für die angemessene Größe eines Hausgrundstücks ist auf die gesamte Wohnfläche des Hauses abzustellen, auch wenn nur ein Teil des Hauses vom Antragsteller und den mit ihm in Bedarfs- oder Haushaltsgemeinschaft lebenden Personen bewohnt wird.**
- Eine besondere Härte für die Vermögensverwertung nach dem SGB II kann daraus folgen, dass der Vermögensgegenstand nach dem SGB XII vor seiner Verwertung geschützt wäre.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BSG, Urteil vom 12.12.2013, B 14 AS 90/12 R

Die Beteiligten streiten um die Ablehnung des Antrags der Klägerin auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts – hier Arbeitslosengeld II (Alg II) – nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – (SGB II) für die Zeit ab 12.11.2008. Im Streit ist insbesondere die Berücksichtigung eines in ihrem Alleineigentum stehenden Hausgrundstücks.

Die im Jahr 1953 geborene, alleinstehende Klägerin ist Eigentümerin des Hausgrundstücks in N, Gemarkung B, Flur 13, Flurstück 364, Lagebezeichnung H-Straße. Auf dem 471 m<sup>2</sup> großen Grundstück befindet sich eine 1963 erbaute Doppelhaushälfte mit einem Zweifamilienhaus und einer Gesamtwohnfläche von 129 m<sup>2</sup>. Im Erdgeschoss und im Dachgeschoss befinden sich jeweils eigene Wohnungen, die baulich nicht voneinander abgeschlossen sind. Die Erdgeschosswohnung hat eine Wohnfläche von 70 m<sup>2</sup> und die Dachgeschosswohnung von 59 m<sup>2</sup>. Das Hausgrundstück stand ursprünglich im Eigentum der Eltern der Klägerin, die die Erdgeschosswohnung bewohnten. Die mittlerweile geschiedene Klägerin wohnte seinerzeit zusammen mit ihrem Ehemann und ihrer Tochter in der Dachgeschosswohnung. Im Jahr 2001 übertrugen die Eltern der Klägerin dieser unentgeltlich und lastenfrei das Alleineigentum an dem Grundstück. Dabei war zur Bestimmung der Kosten des Grundbuchamts von einem Verkehrswert von 210.000 DM ausgegangen worden. Nunmehr – nach dem Tod ihrer Eltern – wohnt die Klägerin allein in der Dachgeschosswohnung und in der Erdgeschosswohnung wohnen in einem eigenen Haushalt die Tochter der Klägerin, ihr Ehemann und deren mittlerweile drei Kinder. Im Oktober 2008 wies das Grundstück einen Verkehrswert von 140.000 € und zuletzt, im Zeitpunkt der Entscheidung des LSG Nordrhein-Westfalen, einen Verkehrswert von gut 130.000 € auf. Auf dem Grundstück lastet eine Grundschuld über 75.000 €, die der Sicherung eines von der Tochter der Klägerin und ihrem Ehemann Ende 2007 aufgenommenen Darlehens i. H. v. 75.000 € dient. Das Darlehen wird in monatlichen Raten von 495,63 € getilgt. Zum 31.12.2011 bestand die Darlehensforderung noch i. H. v. 65.073,46 €.

Die Klägerin bezog vom 1.9.2008 bis zum 11.11.2008 Arbeitslosengeld. Sie beantragte am 20.10.2008 bei dem Beklagten Alg II für die Zeit ab 12.11.2008. Die ARGE V als Rechtsvorgängerin des beklagten Jobcenters lehnte den Antrag der Klägerin ab (Bescheid vom 9.1.2009, Widerspruchsbescheid vom 15.6.2009). Die Klägerin sei nicht hilfebedürftig. Sie verfüge über zu berücksichtigendes Vermögen, weil das Hausgrundstück für sie allein unangemessen groß sei. Für die Angemessenheitsprüfung sei nur auf die Klägerin und nicht auch auf die Familie ihrer Tochter abzustellen, denn es bestünde keine Bedarfsgemeinschaft und auch keine Haushaltsgemeinschaft im Sinne des SGB II. Die Möglichkeit einer darlehensweisen Hilfestellung sei von der Klägerin abgelehnt worden.

Die Klage vor dem SG Düsseldorf (Urteil vom 27.1.2012) und die Berufung der Klägerin zum LSG (Urteil vom 22.10.2012) blieben erfolglos. Das LSG hat zur Begründung ausgeführt, das im Alleineigentum der Klägerin stehende Hausgrundstück sei nicht vor einer Berücksichtigung als zu verwertendes Vermögen geschützt, denn für die Klägerin allein sei nur ein Hausgrundstück mit einer Wohnfläche bis zu 90 m<sup>2</sup> angemessen. Der Umstand, dass die Familie ihrer Tochter in einem eigenen Haushalt auch in dem Haus wohne, sei für die Frage nach dem Schonvermögen der Klägerin im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II unbeachtlich. Aus einem Vergleich mit der abweichenden Regelung in § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII folge nichts anderes.

Mit ihrer vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II. Entgegen der Auffassung des LSG sei ihr Hausgrundstück als „Familienheim“ und „Mehrgenerationenhaus“ vor der Berücksichtigung als zu verwertendes Vermögen geschützt. Zudem müsse, da das mit Angehörigen bewohnte Hausgrundstück bei Anwendung des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII geschützt wäre, es vorliegend auch im Rahmen des SGB II geschützt sein.

(...)

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Revision der Klägerin ist im Sinne der Aufhebung des Berufungsurteils und der Zurückverweisung an

das LSG begründet (§ 170 Abs. 2 Satz 2 SGG). Die Feststellungen des LSG reichen nicht aus, um abschließend entscheiden zu können, ob die Klägerin einen Anspruch auf Alg II hat. (...)

2. Rechtsgrundlage für das von der Klägerin begehrte Alg II ist § 19 i. V. m. §§ 7, 9 und §§ 20, 21 und 22 SGB II in der im streitbefangenen Zeitraum jeweils geltenden Fassung, denn in Rechtsstreitigkeiten über in der Vergangenheit liegende Zeiträume ist das zum damaligen Zeitpunkt geltende Recht anzuwenden.

Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 und 3 SGB II (in der Fassung der Neubekanntmachung vom 13.5.2011, BGBl I, S. 850) erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte als Alg II Leistungen, die den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung umfassen. Erwerbsfähige Leistungsberechtigte sind nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben (Nr. 1), die erwerbsfähig (Nr. 2) und hilfebedürftig (Nr. 3) sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (Nr. 4).

3. Die Klägerin erfüllt nach den von den Beteiligten nicht gerügten und deshalb den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) die Voraussetzungen hinsichtlich des Lebensalters, der Erwerbsfähigkeit und des gewöhnlichen Aufenthalts nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 und 4 SGB II. Anhaltspunkte für das Eingreifen eines Ausschlussstatbestands (§ 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 und 5 SGB II) sind nicht ersichtlich.

4. Allerdings fehlen ausreichende Feststellungen des LSG zur Hilfebedürftigkeit der Klägerin. Hilfebedürftig im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II ist nach § 9 Abs. 1 SGB II (in der Fassung der Neubekanntmachung vom 13.5.2011, BGBl I, S. 850), wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Hilfebedürftig ist nach § 9 Abs. 4 SGB II auch derjenige, dem der sofortige Verbrauch oder die sofortige Verwertung von zu berücksichtigendem Vermögen nicht möglich ist oder für den dies eine besondere Härte bedeuten würde; in diesem Fall sind die Leistungen als Darlehen zu erbringen. Darlehensweise Leistungen hat die Klägerin jedoch ausdrücklich nicht begehrt; sie sind nicht Streitgegenstand dieses Verfahrens.

Für die Prüfung der Hilfebedürftigkeit im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 9 Abs. 1 SGB II der Klägerin ist zunächst festzustellen, ob sie mit anderen Personen eine Bedarfsgemeinschaft bildet (dazu unter a) und sind sodann ihrem nach dem SGB II in Betracht kommenden Bedarf (dazu unter b) die zu dessen Deckung zu berücksichtigenden und zur Verfügung stehenden Bedarfsdeckungsmöglichkeiten der Klägerin (dazu unter c) gegenüberzustellen.

a) Die Klägerin ist geschieden und lebt in ihrem Haushalt allein. Sie ist in Anwendung der Vorgaben des § 7 Abs. 3 SGB II dazu, welche Personen zu einer Bedarfsgemeinschaft gehören, eine alleinstehende Person. Es besteht auch keine Bedarfsgemeinschaft im Sinne des § 7 Abs. 3 SGB II zwischen ihr und den Mitgliedern der Familie ihrer Tochter, die in einem eigenen Haushalt lebt. In den beiden Wohnungen des Zweifamilienhauses wird von der Klägerin in ihrer Wohnung und von der Familie ihrer Tochter in deren Wohnung jeweils ein eigener Haushalt geführt.

b) Nach § 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II umfasst das Alg II den Regelbedarf (§ 20 SGB II), Mehrbedarfe (§ 21 SGB II) und den Bedarf für Unterkunft und Heizung (§ 22 SGB II).

Zum Bedarf der Klägerin fehlen nähere Feststellungen des LSG. Feststellen lassen sich im Revisionsverfahren nur die für die Klägerin im streitbefangenen Zeitraum jeweils geltenden Höhen der Regelleistung (bis 31.12.2010) und des Regelbedarfs (ab 1.1.2011) zur Sicherung des Lebensunterhalts. Anhaltspunkte dafür, dass für die Klägerin daneben auch Mehrbedarfe beim Lebensunterhalt (§ 21 SGB II) in Betracht kommen könnten, sind nicht ersichtlich. Unbekannt ist, in welcher Höhe im streitbefangenen Zeitraum welche Bedarfe für Unterkunft und Heizung bei ihr bestehen und zu berücksichtigen sind.

c) Auch zum zu berücksichtigenden Einkommen im Sinne der §§ 11 bis 11b SGB II sind die Feststellungen des LSG unvollständig. Nach diesen bezog die Klägerin seit September 2009 ein monatliches Erwerbseinkommen von im Schnitt anfänglich gut 300 €, mittlerweile knapp 500 €. Das LSG nahm hierfür auf eine Aufstellung der Klägerin Bezug, in der diese ihre monatlichen Einkünfte aufgelistet hatte. In welcher Höhe genau im streitbefangenen Zeitraum Einkommen zu berücksichtigen ist, ist damit nicht festgestellt, weil unbekannt ist, in welcher Höhe jeweils zu berücksichtigende Einkommensabsetzbeträge in den einzelnen Monaten des streitbefangenen Zeitraums die Höhe des zur Bedarfsdeckung einzusetzenden Einkommens verringern.

Keine Feststellungen enthält das Urteil des LSG schließlich dazu, ob bei der Klägerin Einkommen auch deshalb zu berücksichtigen ist, wenn und weil ihre Tochter und ihr Schwiegervater für die Klägerin Tilgungsleistungen mit Blick auf das Ende 2007 von ihnen aufgenommene Darlehen übernommen haben.

Die Feststellungen des LSG reichen auch nicht aus, um abschließend entscheiden zu können, ob die Klägerin über zu berücksichtigendes Vermögen im Sinne des § 12 SGB II verfügte (dazu im Einzelnen unter 5.). Das (auch) von der Klägerin bewohnte Hausgrundstück hat das LSG zwar zu Recht als nicht durch § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II geschütztes Vermögen angesehen (dazu unter 5. a). Allerdings kommt ein Vermögensschutz nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II in Betracht (dazu unter 5. b).

5. Als Vermögen sind alle verwertbaren Vermögensgegenstände mit ihrem Verkehrswert zu berücksichtigen (§ 12 Abs. 1 und 4 SGB II, deren Wortlaut seit dem Inkrafttreten des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl 2954 I, am 1.1.2005 unverändert geblieben ist). Als ein berücksichtigungsfähiger verwertbarer Vermögensgegenstand kommt auch ein Hausgrundstück in Betracht, wie sich bereits aus der Ausnahmeregelung in § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II ergibt; denn danach sind als Vermögen nicht zu berücksichtigen ein selbst genutztes Hausgrundstück von angemessener Größe oder eine entsprechende Eigentumswohnung. Vermögensgegenstände, die einen Ausnahmetatbestand nach § 12 Abs. 3 SGB II (dessen Wortlaut seit dem Inkrafttreten des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl 2954 I, am 1.1.2005 unverändert geblieben ist) erfüllen, sind von vornherein als sog. Schonvermögen nicht zu berücksichtigen. Bei der Ermittlung des Werts des Vermögens bleiben sie außen vor (vgl. *Mecke in Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 75).

Vorliegend scheidet zwar ein Vermögensschutz für das Hausgrundstück nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 SGB II aus, weil dieses von unangemessener Größe ist (dazu unter a). Doch kommt sein Schutz nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II in Betracht, weil hier eine besondere Härte daraus folgen kann, dass das Grundstück der Klägerin nach dem SGB XII vor Verwertung geschützt wäre (dazu unter b).

a) Mit dem Vermögensschutz für ein Hausgrundstück nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II zielt das Gesetz insbesondere auf das Haus selbst und stellt maßgeblich auf dessen Wohnfläche ab (vgl. BSG, Urteil vom 16.5.2007, B 11 b AS 37/06 R, BSGE 98, 243 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 4, Rdnr. 24; *Geiger* in LPK-SGB II, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 55; *Mecke* in *Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 90).

Nach den bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) ist die Klägerin Alleineigentümerin eines 471 m<sup>2</sup> großen Hausgrundstücks, das mit einer Doppelhaushälfte bebaut ist, in der sich zwei eigentumsrechtlich nicht voneinander getrennte und baulich nicht voneinander abgeschlossene Wohnungen (Zweifamilienhaus) mit einer Gesamtwohnfläche von 129 m<sup>2</sup> befinden. Nur diese Wohnfläche ist vorliegend näher auf ihre Angemessenheit zu prüfen, während die Grundstücksgröße von 471 m<sup>2</sup> einer eigenen Angemessenheitsprüfung nicht zu unterziehen ist. Denn Grundstücksgrößen bis zu 500 m<sup>2</sup> werden schon im städtischen Bereich in aller Regel als angemessen anerkannt, im ländlichen Bereich sogar bis zu 800 m<sup>2</sup> (vgl. *Geiger* in LPK-SGB II, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 57; *Mecke* in *Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 93). Da beide als Anhaltspunkte dienende Werte hier unterschritten werden, bedarf es keiner näheren Auseinandersetzung mit der Angemessenheit von Grundstücksgrößen im Rahmen des Vermögensschutzes nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II.

aa) Das von der Klägerin nur zum Teil selbst genutzte Hausgrundstück ist mit seiner Gesamtwohnfläche auf seine Angemessenheit zu prüfen. Zwar nutzt die Klägerin die Gesamtwohnfläche ihres Hauses nur zum Teil selbst, denn sie wohnt nur in einer der beiden Wohnungen. Doch steht die Nutzung der anderen Wohnung, in der die Tochter der Klägerin, deren Ehemann und ihre Kinder wohnen und einen eigenen Haushalt führen und in der nicht auch die Klägerin wohnt, der Anwendung der Vermögensschutzregelung des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II nicht entgegen. Vielmehr genügt es insoweit, dass die Klägerin das Hausgrundstück selbst nutzt und keinen rechtlichen Grenzen einer uneingeschränkten tatsächlichen Nutzung der gesamten Wohnfläche des Hauses unterliegt. Denn mit dem Tatbestandsmerkmal der Selbstnutzung des Hausgrundstücks in § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II („selbst genutztes Hausgrundstück“) geht es nach dem Zweck dieser Regelung nicht um den Schutz der Immobilie als Vermögensgegenstand, sondern allein um den Schutz der eigenen Wohnung im Sinne der Erfüllung des Grundbedürfnisses des Wohnens und als räumlicher Lebensmittelpunkt (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, BSGE 97, 203 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3, Rdnr. 13; BSG, Urteil vom 15.4.2008, B 14/7 b AS 34/06 R, BSGE 100, 186 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 10, Rdnr. 35; *Geiger* in LPK-SGB II, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 54; *Mecke* in *Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 90). In diesem Sinne ist eigene Wohnung auch das selbst genutzte Haus, das von der Leistungen beanspruchenden Person allein oder zusammen mit anderen Personen bewohnt wird.

In Fällen des Zusammenwohnens mit anderen Personen ist für die Prüfung des verwertbaren Vermögens die gesamte Wohnfläche eines Hauses, selbst im Falle einer vermieteten Einliegerwohnung, nicht lediglich der vom Eigentümer selbst bewohnte Anteil zu berücksichtigen (vgl. BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 18 Rdnr. 16 ff.). Der 4. Senat des BSG hat diese Einbeziehung der gesamten Wohnfläche in die Prüfung der angemessenen Größe eines Hausgrundstücks mit der Überlegung gerechtfertigt, dass der Eigentümer kraft seines Eigentums, dessen Verwertbarkeit als Vermögen im Streit stehe, keinen rechtlichen Beschränkungen hinsichtlich dessen tatsächlicher Nutzung

unterliege. Ausnahmen hat der 4. Senat für möglich gehalten bei eigentumsrechtlichen Beschränkungen durch Miteigentumsanteile. Auch der erkennende Senat hat bereits entschieden, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit von der Gesamtwohnfläche des Hauses und nicht nur der vom Eigentümer bewohnten Fläche auszugehen sei, wenn dieser in seiner Stellung als Eigentümer des gesamten Hausgrundstücks zwar durch ein Wohnrecht zugunsten seiner Eltern hinsichtlich der Nutzung, nicht aber der Verwertung des Grundstücks eingeschränkt sei. Nur wenn das Eigentum der Leistungen beanspruchenden Person auf den von ihr benutzten Teil des Hauses beschränkt wäre, käme eine andere Prüfung in Betracht (BSG, Urteil vom 12.7.2012, B 14 AS 158/11 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 20 Rdnr. 13).

Solange eine Teilung des Eigentums nicht vorliegt, ist ein Hausgrundstück danach in seiner Gesamtheit zu bewerten und muss für die Beurteilung der Angemessenheit auf die gesamte Wohnfläche eines Hauses und nicht nur auf die von der Leistungen nach dem SGB II beanspruchenden Person selbst bewohnte Fläche abgehoben werden (vgl. so bereits zur Arbeitslosenhilfe, BSG, Urteil vom 17.12.2002, B 7 AL 126/01 R, juris Rdnr. 35).

bb) Nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II bezieht sich die Angemessenheit nur auf die Größe des Hausgrundstücks („Hausgrundstück von angemessener Größe“). Auf andere die Angemessenheit bestimmende Faktoren und dabei insbesondere auf den Wert des Hausgrundstücks wird nach diesem Wortlaut – im Unterschied zu § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII – nicht abgestellt. Die durch diese isolierte Orientierung des Gesetzgebers des SGB II an der Größe der Immobilie bewirkte Privilegierung der Leistungsberechtigten nach dem SGB II gegenüber denen nach dem SGB XII, soweit Letztere Immobilien von angemessener Größe verwerten müssen, wenn deren wirtschaftlicher Wert dies fordert, hat das BSG bislang unbeanstandet gelassen (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, BSGE 97, 203 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3, Rdnr. 16). Auch vorliegend zählt die Klägerin, die Leistungen nach dem SGB II begehrt, zur Gruppe der privilegierten Leistungsberechtigten und ist insoweit eine Prüfung der Regelungsunterschiede zwischen § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II und § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG hier nicht erforderlich. Auf eine möglicherweise unterschiedliche Wirkung der unterschiedlichen Regelungen im hier zu entscheidenden Fall kommt es insoweit nicht an.

(1) Die Gesamtwohnfläche des auch von der Klägerin bewohnten Hauses überschreitet die angemessene Größe eines selbst genutzten Hausgrundstücks im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II, weil im Rahmen dieser Angemessenheitsprüfung nur auf die Klägerin allein abzustellen ist.

Der unbestimmte Rechtsbegriff der Angemessenheit, der der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt, ist durch die Rechtsprechung der für die Grundsicherung für Arbeitssuchende zuständigen Senate des BSG – in Anlehnung an die Rechtsprechung des BSG zur Arbeitslosenhilfe, die ihrerseits auf das Sozialhilferecht nach dem BSHG Bezug nahm (vgl. BSG, Urteil vom 17.12.2002, B 7 AL 126/01 R, juris Rdnr. 24 ff.) – dahin konkretisiert worden, dass die angemessene Größe eines Hausgrundstücks mit Blick auf seine Gesamtwohnfläche und insoweit bundeseinheitlich nach den Wohnflächengrenzen des zum 1.1.2002 außer Kraft getretenen Zweiten Wohnungsbaugesetzes (II. WobauG), differenziert nach der Anzahl der Personen, zu bestimmen ist (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, BSGE 97, 203 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3, Rdnr. 21 f.; BSG, Urteil vom

16.5.2007, B 11 b AS 37/06 R, BSGE 98, 243 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 4, Rdnr. 23; BSG, Urteil vom 19.9.2008, B 14 AS 54/07 R, juris Rdnr. 16; BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R – SozR 4-4200 § 12 Nr. 18, Rdnr. 19; vgl auch BSG, Urteil vom 19.5.2009, B 8 SO 7/08 R – SozR 4-5910 § 88 Nr. 3 Rdnr. 19; BSG, Urteil vom 23.8.2013, B 8 SO 24/11 R, juris Rdnr. 29).

Für Familienheime mit nur einer Wohnung und bis zu vier Personen sah das II. WobauG eine Wohnflächengrenze von 130 m<sup>2</sup> vor (§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 II. WobauG). Auf diese Grenze ist auch vorliegend abzustellen. Denn zwar sah § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 II. WobauG für Familienheime mit zwei Wohnungen eine Wohnflächengrenze von 200 m<sup>2</sup> vor, aber nur dann, wenn die zweite Wohnung als abgeschlossene Wohnung anzusehen war (§ 39 Abs. 1 Satz 3 II. WobauG). Dies setzte nach der Rechtsprechung des BVerwG voraus, dass beide Wohnungen in der Weise durch objektive bauliche Gestaltungsmerkmale dauerhaft vollkommen voneinander getrennt sind, wie dies für Mietwohnungen in Mehrfamilienhäusern typisch ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 20.8.1986, 8 C 23/84, juris Rdnr. 7 ff.). Diese Voraussetzungen einer baulichen Abgeschlossenheit sind nach den den Senat bindenden Feststellungen des LSG vorliegend nicht erfüllt. Es kann daher offen bleiben, ob auf § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 II. WobauG, anders als noch in § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung, für die Angemessenheitsprüfung überhaupt zurückzugreifen wäre. Die danach hier maßgebliche Wohnflächengrenze von 130 m<sup>2</sup> ist nach der eben wiedergegebenen Rechtsprechung des BSG bei einer Belegung mit weniger als vier Personen um jeweils 20 m<sup>2</sup> pro Person zu reduzieren; typisierend ist diese Reduzierung jedoch auf eine Belegung mit bis zu zwei Personen zu begrenzen (vgl. nur BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, BSGE 97, 203 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3, Rdnr. 22).

Hieraus ergibt sich für den Einpersonenhaushalt der Klägerin allein ein Grenzwert von 90 m<sup>2</sup> (130 m<sup>2</sup> – 2 x 20 m<sup>2</sup> = 90 m<sup>2</sup>). Dieser wird mit der vom LSG für den Senat bindend festgestellten Gesamtwohnfläche des Hauses von 129 m<sup>2</sup> deutlich überschritten. Auf die Berücksichtigung von Besonderheiten der Flächenberechnungen von Häusern einerseits und Eigentums- und Mietwohnungen andererseits, die angesichts der im Regelfall bestehenden baulichen Besonderheiten eines Hauses eine Erhöhung der angemessenen Größe eines Hauses gegenüber einer Eigentumswohnung gerechtfertigt erscheinen lassen können (vgl. BSG, Urteil vom 15.4.2008, B 14/7 b AS 34/06 R, BSGE 100, 186 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 10, Rdnr. 27), kommt es angesichts dieser deutlichen Überschreitung nicht an. Auch die Anwendung einer gewissen Toleranz, wie sie bei Überschreiten der Wohnflächengrenze um nicht mehr als zehn vom Hundert mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erwogen worden ist (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, BSGE 97, 203 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3, Rdnr. 23), würde vorliegend an der unangemessenen Größe des Hausgrundstücks der Klägerin nichts ändern.

(2) Von diesen im Regelfall anzuwendenden Wohnflächengrenzwerten kann ausnahmsweise nach den besonderen Umständen des Einzelfalls abgewichen werden. Denn es muss ein Entscheidungsspielraum für außergewöhnliche, vom Regelfall abweichende Bedarfslagen bestehen bleiben, die zu einer Anpassung der Grenzwerte je nach den Umständen des Einzelfalls nach oben, ggf. aber auch nach unten führen können (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, BSGE 97, 203 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3, Rdnr. 22; BSG, Urteil vom 19.9.2008, B 14 AS 54/07 R, juris Rdnr. 16).

Ein besonderer Umstand des Einzelfalls, der ein Abweichen von der Grenze von 90 m<sup>2</sup> rechtfertigt, ist allerdings nicht, dass das in ihrem Alleineigentum stehende Haus der Klägerin zwei eigentumsrechtlich nicht voneinander getrennte und baulich nicht voneinander abgeschlossene Wohnungen aufweist und die Familie der Tochter der Klägerin in der Erdgeschosswohnung des Hauses, die Klägerin aber allein in der 59 m<sup>2</sup> großen Dachgeschosswohnung wohnt und in beiden Wohnungen ein jeweils eigener Haushalt geführt wird.

Zwar würde die Gesamtwohnfläche des Hauses die sich aus der Anwendung der Vorgaben des II. WobauG ergebenden Grenzwerte nicht überschreiten, wenn für die Beurteilung der Angemessenheit des Hausgrundstücks nicht nur auf die Klägerin allein, sondern auf alle im Haus wohnenden Personen abzustellen wäre. Denn schon im Zeitpunkt der Antragstellung auf Alg II bestand die Familie der Tochter der Klägerin aus vier Personen (Tochter, Ehemann, zwei Kinder). Der Wohnflächengrenzwert von 130 m<sup>2</sup> für vier Personen, den die Gesamtwohnfläche des Hauses von 129 m<sup>2</sup> ohnehin nicht überschreitet, würde mithin wegen der Belegung mit seinerzeit fünf und nunmehr sechs Personen sogar noch um jeweils 20 m<sup>2</sup> zu erhöhen sein. Indes sind maßgebliche Personen für die Bestimmung der angemessenen Wohnfläche eines Hauses bei der Prüfung nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II neben den Bedarfsgemeinschaftsmitgliedern im Sinne des § 7 Abs. 3 SGB II grundsätzlich nur die mit der Leistungen beanspruchenden Person für längere Zeit in einer Haushaltsgemeinschaft im Sinne des § 9 Abs. 5 SGB II lebenden weiteren Personen (vgl. BSG, Urteil vom 16.5.2007, B 11 b AS 37/06 R, BSGE 98, 243 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 4, Rdnr. 23 f.; *Mecke in Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 92).

Eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne des § 7 Abs. 3 SGB II besteht – wie oben dargestellt – zwischen der Klägerin und den Mitgliedern der Familie ihrer Tochter indes nicht. Nach den bindenden Feststellungen des LSG ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin mit der Familie ihrer Tochter in einer Haushaltsgemeinschaft im Sinne des § 9 Abs. 5 SGB II lebt. Insoweit fehlt es schon am Leben in einem Haushalt. Denn die beiden Wohnungen des Zweifamilienhauses sind zwar eigentumsrechtlich nicht voneinander getrennt und baulich nicht voneinander abgeschlossen, aber sie sind jeweils eigene Wohnungen, in denen von der Klägerin in ihrer Wohnung und von der Familie ihrer Tochter in deren Wohnung jeweils ein eigener Haushalt geführt wird.

Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung des BSG bislang allein die Situation des Zusammenlebens von Pflegeeltern mit Pflegekindern in einem Haushalt anerkannt, die bei der Prüfung der Angemessenheit der Wohnfläche eines Hauses zu einer Gesamtbetrachtung mit Blick auf die Zwecksetzung des Sozialgesetzbuch Achten Buch – Kinder- und Jugendhilfe –, die Aufnahme von Pflegekindern in Pflegefamilien zu fördern, führt (BSG, Urteil vom 29.3.2007, B 7 b AS 12/06 R, SozR 4-4200 § 11 Nr. 3 Rdnr. 23). Diese oder auch nur eine wertungsmäßig vergleichbare Situation liegt hier ersichtlich nicht vor.

Andere normative Anknüpfungspunkte dafür, für die Frage der Angemessenheit im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II des im Alleineigentum der Klägerin stehenden Hausgrundstücks darauf abzustellen, dass in dem Haus nicht nur die Klägerin lebt, sondern in einem eigenen Haushalt auch Angehörige leben, bietet das Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende nicht.

(3) Nichts anderes folgt entgegen dem Revisionsvorbringen insoweit aus einem Vergleich von § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II mit § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII (in der seit dem Inkraft-

treten des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003, BGBl 3022 I, am 1.1.2005 unverändert gebliebenen Fassung). Nach dieser Vorschrift darf die Sozialhilfe nicht abhängig gemacht werden vom Einsatz oder von der Verwertung eines angemessenen Hausgrundstücks, das von der nachfragenden Person oder einer anderen in § 19 Abs. 1 bis 3 SGB XII genannten Person allein oder zusammen mit anderen Angehörigen ganz oder teilweise bewohnt wird und nach ihrem Tod von ihren Angehörigen bewohnt werden soll. Die Angemessenheit bestimmt sich hierbei nach der Zahl der Bewohner, dem Wohnbedarf (zum Beispiel behinderter, blinder oder pflegebedürftiger Menschen), der Grundstücksgröße, der Hausgröße, dem Zuschnitt und der Ausstattung des Wohngebäudes sowie dem Wert des Grundstücks einschließlich des Wohngebäudes (§ 90 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 SGB XII).

Ersichtlich unterscheidet sich der hierdurch geregelte Vermögensschutz von dem des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II. Anders als § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII kennt § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II das Kriterium des Zusammenwohnens eines Hauses mit Angehörigen (außerhalb von Bedarfsgemeinschaft und Haushaltsgemeinschaft) nicht. Der Gesetzgeber des SGB II hat sich insoweit – ebenso wie zum Beispiel bei der Verwertung von Geldvermögen – nicht für eine Harmonisierung der Regelungen zur Verwertung von selbst genutzten Immobilien im Sozialhilferecht nach dem SGB XII einerseits und dem Grundsicherungsrecht nach dem SGB II andererseits entschieden (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, BSGE 97, 203 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 3, Rdnr. 16).

Dieser Unterschied zwischen beiden Leistungssystemen lässt sich nicht durch eine Berücksichtigung der so nur im Sozialhilferecht gesetzlich fixierten Angemessenheitskriterien des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII auch bei der Angemessenheitsprüfung nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II einebnen (so aber *Mecke in Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 91; ähnlich auch *Hengelhaupt in Hauck/Noftz*, SGB II, Stand IX/2008, K § 22 Rdnr. 210). Dagegen spricht bereits, dass – wie oben dargestellt – § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II seinerseits für Leistungsberechtigte nach dem SGB II insoweit typischerweise privilegierend wirkt, als dort nur auf die Angemessenheit der Größe des Hausgrundstücks und nicht auch auf dessen Wert abgestellt wird, während nach § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII Hausgrundstücke von angemessener Größe verwertet werden müssen, wenn deren wirtschaftlicher Wert dies erfordert. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nach Maßgabe der oben dargestellten Rechtsprechung auch im Rahmen des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II eine Differenzierung der angemessenen Gesamtwohnfläche nach der Anzahl der zu einem Haushalt gehörenden Personen erfolgt. Darüber hinaus bestimmt § 12 Abs. 3 Satz 2 SGB II mit Blick auf die Vermögensschutzatbestände des § 12 Abs. 3 Satz 1 SGB II, dass für die Angemessenheit die Lebensumstände während des Bezugs der Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitsuchende maßgebend sind und ermöglicht dadurch im Einzelfall eine Einbeziehung weiterer Gesichtspunkte als nur der angemessenen Größe eines selbst genutzten Hausgrundstücks. Nicht zuletzt ermöglicht für Härtefälle § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II noch eine Korrektur unbilliger Ergebnisse auch im Rahmen des SGB II (siehe dazu unten b).

Dass darüber hinaus die Unterschiedlichkeit der Regelungen zur Verwertung von Hausgrundstücken in § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II und § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII zu einer benachteiligenden Andersbehandlung der Leistungen nach dem SGB II beanspruchenden Personen führt, obwohl zwischen ihnen und den Leistungen nach dem SGB XII beanspruchenden

Personen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können (vgl. zu diesem Maßstab des BVerfG für eine im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung, BVerfGE 112, 368, 401; 116, 229, 238), ist nicht ersichtlich. Aus Gleichbehandlungsgründen ist eine Anwendung der Kriterien des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII im Rechtsbereich des SGB II nicht erforderlich. Dagegen spricht schon, dass die vor- und nachteiligen Wirkungen der unterschiedlichen Regelungen in § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II und § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII zur Verwertung von Hausgrundstücken nicht für alle Fallkonstellationen bereits unmittelbar aus den Regelungsunterschieden selbst folgen, sondern einzelfallspezifisch durchaus unterschiedlich ausfallen können. Typischerweise ist sogar die Regelung im SGB II privilegierend im Vergleich zum SGB XII. Wirkt sich diese Privilegierung im Einzelfall nicht aus, zwingt dies nicht aus Gleichbehandlungsgründen zur Anwendung der Regelung im SGB XII. Zudem sind auch die jeweils unterschiedlichen Entstehungshintergründe beider Leistungssysteme, die typisierte Unterschiedlichkeit der Anspruchsberechtigten für die Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII sowie die konzeptionellen Unterschiede beider Gesetze zu beachten (vgl. dazu nur *Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl., Einleitung Rdnr. 1 f., 14 ff., 19 ff., 33 ff.), an denen der Gesetzgeber seither im Wesentlichen festgehalten hat und die einer Harmonisierung beider Leistungssysteme durch die Rechtsprechung unter Vernachlässigung ihrer unterschiedlichen Normtexte Grenzen setzen (vgl. zum Argument der Harmonisierung – in jeweils anderen Zusammenhängen – BSG, Urteil vom 11.12.2007, B 8/9 b SO 23/06 R, BSGE 99, 262 = SozR 4-3500 § 82 Nr. 3, Rdnr. 21; BSG, Urteil vom 23.3.2010, B 8 SO 17/09 R, BSGE 106, 62 = SozR 4-3500 § 82 Nr. 6, Rdnr. 37 ff.; BSG, Urteil vom 9.6.2011, B 8 SO 20/09 R, BSGE 108, 241 = SozR 4-3500 § 82 Nr. 8, Rdnr. 24; BSG, Urteil vom 9.6.2011, B 8 SO 11/10 R, juris Rdnr. 21; BSG, Urteil vom 25.8.2011, B 8 SO 19/10 R, juris Rdnr. 18; BSG, Urteil vom 6.9.2007, B 14/7 b AS 16/07 R, BSGE 99, 88 = SozR 4-4200 § 7 Nr. 7, Rdnr. 15; vgl. allgemein zur Harmonisierung von SGB II und SGB XII *Stöltzing/Greiser*, SGB 2010, 631).

Auch eine vergleichende Betrachtung für jeden Einzelfall, ob die Anwendung des Angemessenheitsbegriffs von § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II oder von § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII für die Leistungen beanspruchende Person günstiger wäre, ist nicht angezeigt. Soweit die Regelungen zur Verwertungspflicht von unangemessenen Hausgrundstücken in beiden Leistungssystemen unterschiedlich sind, sind sie in ihrer Unterschiedlichkeit im jeweiligen Leistungssystem anzuwenden, weil ihre Harmonisierung verfassungsrechtlich nicht geboten ist. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet keine Identität der Rechtsfolgen in vergleichbaren Lebenslagen. Für unbillige Ergebnisse im Einzelfall sehen beide Gesetze Korrekturmöglichkeiten durch eine Härtefallregelung vor (§ 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II, § 90 Abs. 3 Satz 1 SGB XII).

Allerdings führt vorliegend nicht bereits die Anwendung von § 12 Abs. 3 Satz 2 SGB II zu einem anderen, für die Klägerin günstigeren Ergebnis. Denn für eine Einbeziehung weiterer Gesichtspunkte, die mit Blick auf die Lebensumstände der Klägerin während des (begehrten) Bezugs der Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitsuchende, insbesondere im Vergleich zu dem üblichen Lebenszuschnitt anderer Leistungsberechtigter (zu dieser Gegenüberstellung vgl. *Mecke in Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 79), für eine Angemessenheit des Hausgrundstücks streiten könnten, ergibt sich kein Anhalts-

punkt. Der von der Klägerin formulierte Wunsch, das seit 2001 in ihrem Alleineigentum stehende Hausgrundstück als Familienheim und Mehrgenerationenhaus zu erhalten, ist bei der Prüfung der Angemessenheit nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 und Satz 2 SGB II kein rechtlich maßgeblicher Gesichtspunkt. Denn eine Lebensstandardsicherung ist mit den existenzsichernden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, anders als mit der früheren Arbeitslosenhilfe, nicht bezweckt. Für das SGB II enthält danach zwar § 12 Abs. 3 Satz 2 SGB II eine für alle Vermögensschutzatbestände geltende nähere Konturierung des Angemessenheitsbegriffs, die sich aber von der spezifisch die Verwertung von Immobilienvermögen betreffenden Konkretisierung durch § 90 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 SGB XII für das SGB XII unterscheidet und vorliegend nicht zugunsten der Klägerin wirkt.

Das stimmt auch mit dem oben bereits dargestellten Schutzzweck des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II überein. Zwar ist vom Tatbestandsmerkmal der Selbstnutzung des Hausgrundstücks das Haus als Ganzes erfasst, das von der Leistungen beanspruchenden Person allein oder zusammen mit anderen Personen bewohnt wird. Für die Frage der Angemessenheit der Größe des Hausgrundstücks – genauer: der Gesamtwohnfläche des Hauses – aber ist auf den Haushalt abzustellen, in dem die Leistungen beanspruchende Person wohnt und lebt. Denn bezogen auf die durch die Familie der Tochter der Klägerin genutzte Wohnung im Erdgeschoss, in der diese Familie einen eigenen Haushalt führt, geht es für die Klägerin nicht um den Schutz der eigenen Wohnung im Sinne der Erfüllung ihres Grundbedürfnisses des Wohnens und als räumlicher Lebensmittelpunkt. Sie wohnt und lebt allein in ihrem eigenen Haushalt in der von ihr genutzten Wohnung im Dachgeschoss.

Soweit die Revision aus der Entwicklung der Vorschriften und der Rechtsprechung zum Schutz von Immobilienvermögen vor Verwertung von der Arbeitslosenhilfe zur Grundsicherung für Arbeitsuchende und aus einem Vergleich mit dem Sozialhilferecht vorliegend einen weitergehenden Schutz zugunsten der Klägerin abzuleiten sucht, steht dem der normative Befund entgegen, dass § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II – wie zuvor § 1 Abs. 3 Nr. 5 Arbeitslosenhilfe-Verordnung (AlhiVO), an den der Gesetzgeber des SGB II anknüpfte (vgl. BT-Drucks. 15/1516, S. 53) – allein auf das selbst genutzte Hausgrundstück von angemessener Größe abstellt. Ist das Hausgrundstück – wie hier für die Klägerin als allein in ihrem Haushalt lebende Ein-Personen-Bedarfsgemeinschaft – von unangemessener Größe, scheidet ein Vermögensschutz nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II aus.

Soweit dagegen mit der Revision der Schutz eines angemessenen „kleinen Familienheimes“ geltend gemacht wird, steht dahinter die Überlegung, das Haus der Klägerin als Ganzes für die Klägerin und die Familie ihrer Tochter zu erhalten. Der damit formulierte Schutzgedanke hat daher schon zur Voraussetzung, was im Revisionsverfahren noch im Streit war, nämlich dass die Familie der Tochter in die Angemessenheitsprüfung der Größe des Hausgrundstücks der Klägerin nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II einzubeziehen ist. Die begehrte Einbeziehung kommt jedoch aus den vorstehenden Gründen nicht in Betracht. § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II stellt – anders als § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII mit seiner Kombination mehrerer die Angemessenheit eines Hausgrundstücks bestimmender Faktoren, mit der der Gesetzgeber des SGB XII an die Vorgängerregelung in § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG anknüpfte (vgl. BT-Drucks. 15/1514, S. 66) – für die Angemessenheit der Größe eines Hausgrundstücks eben nicht (auch) auf die Zahl der Bewohner „unter einem Dach“

ab (zum Begriff „unter einem Dach“, vgl. nur *Geiger* in LPK-SGB XII, 9. Aufl., § 90 Rdnr. 45; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 17.1.1980, 5 C 48/78, BVerwGE 59, 294, 298, Berücksichtigung derer, um deren „Dach über dem Kopf“ es geht), sondern knüpft allein an den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten und die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 SGB II, in einer Haushaltsgemeinschaft nach § 9 Abs. 5 SGB II oder zumindest – wie bei Pflegeeltern und Pflegekindern – in einem gemeinsamen Haushalt lebenden Personen an. Anlass, von dieser Begrenzung abzusehen und eine Ausnahme beim Wohnen von Angehörigen in jeweils eigenen Haushalten in zwei Wohnungen eines Hauses zu formulieren, besteht nicht.

b) Obwohl hier, wovon auch das LSG zu Recht ausgegangen ist, ein Vermögensschutz nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II wegen unangemessener Größe des Hausgrundstücks ausscheidet, hält der Senat in der vorliegenden Fallkonstellation eine besondere Härte im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II für möglich. Nach dieser Vorschrift, deren Wortlaut seit dem Vierten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 (BGBl. 2954 I) unverändert geblieben ist, sind als Vermögen nicht zu berücksichtigen Sachen und Rechte, soweit ihre Verwertung für den Betroffenen eine besondere Härte bedeuten würde. § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II kommt die Funktion eines Auffangtatbestands und einer allgemeinen Härteklausele zu, die die atypischen Fälle erfassen soll, die nicht durch die ausdrücklichen Ausnahmetatbestände des § 12 Abs. 3 Satz 1 SGB II und die Absetzungsbeträge nach § 12 Abs. 2 SGB II erfasst werden (vgl. *Mecke* in *Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 76, 118, m. w. N.).

aa) Erforderlich für die Annahme einer besonderen Härte sind außergewöhnliche Umstände des Einzelfalls, die dem Betroffenen ein deutlich größeres Opfer abverlangen als eine einfache Härte und erst recht als die mit der Vermögensverwertung stets verbundenen Einschnitte (vgl. BSG, Urteil vom 16.5.2007, B 11 b AS 37/06 R, BSGE 98, 243 = SozR 4-4200 § 12 Nr. 4, Rdnr. 31 ff.; BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 15 Rdnr. 25; BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 18 Rdnr. 28; BSG, Urteil vom 23.5.2012, B 14 AS 100/11 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 19 Rdnr. 27). Als ein solcher Umstand kommt vorliegend in Betracht, dass ein Hausgrundstück nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II nicht geschützt ist, das nach § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII geschützt wäre, weil dort die „unter einem Dach“ wohnenden Angehörigen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung einbezogen werden, im SGB II aber (außerhalb von Bedarfsgemeinschaft und Haushaltsgemeinschaft) nicht. Im Rahmen der Prüfung der besonderen Härte im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II kann ein vergleichender Blick auf § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII eine Orientierung bieten.

Denn sowohl bei dem SGB II als auch bei dem SGB XII handelt es sich hinsichtlich ihrer Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ungeachtet der unterschiedlichen Entstehungshintergründe, der typisierten Unterschiedlichkeit der Anspruchsberechtigten sowie der konzeptionellen Unterschiede beider Gesetze um der Existenzsicherung dienende, auf Bedarfsdeckung angelegte und bedürftigkeitsabhängige Leistungssysteme, die mit ihren voneinander getrennten leistungsberechtigten Personenkreisen zwar an verschiedene Lebenslagen anknüpfen (§ 5 Abs. 2 SGB II, § 21 SGB XII), aber jeweils der Verwirklichung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG) dienen. Ungeachtet ihrer



Unterschiede stehen beide Leistungssysteme hinsichtlich ihrer Existenzsicherungsleistungen nicht in einem Vorrang-Nachrang-Verhältnis, sondern gleichrangig und selbständig nebeneinander in einem Ausschließlichkeitsverhältnis (vgl. *Voelzke* in *Hauck/Noftz*, SGB II, Stand IX/2013, Einleitung Rdnr. 234 ff.; *Grube* in *Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 1 ff.). Dieses Nebeneinander rechtfertigt es, in vergleichbaren Fallkonstellationen die für diese einschlägigen Regelungen des SGB II und des SGB XII vergleichend in den Blick zu nehmen. Unterscheiden sich die Regelungen in ihren Wirkungen, kann hieraus im Einzelfall ein Anlass zu Harmonisierung zugunsten der Leistungen beanspruchenden Person folgen, die im jeweils anderen Leistungssystem begünstigt wäre.

Hierfür spricht mit Blick auf die Regelungen zur Verwertung von Immobilienvermögen auch eine Würdigung der Rechtsentwicklung: Die Existenzsicherungsleistungen der Arbeitslosenhilfe und der Sozialhilfe standen bis zum 31.12.2004 noch in einem Vorrang-Nachrang-Verhältnis (vgl. nur *Voelzke* in *Hauck/Noftz*, SGB II, Stand IX/2013, Einleitung Rdnr. 46). Nur wer keinen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe hatte oder dessen Bedarf sie nicht vollständig deckte, konnte Anspruch auf Sozialhilfe haben; dies war verbunden mit der Geltung der unterschiedlichen Regelungen zur Verwertung von Immobilienvermögen in § 1 Abs. 3 Nr. 5 AlhVO und § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG, die das SGB II und das SGB XII jeweils tradieren. Wer Sozialhilfe statt oder neben Arbeitslosenhilfe bezog, für den galt in einer der vorliegenden vergleichbaren Fallkonstellation die im Einzelfall günstigere Regelung des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG, die das Wohnen von Angehörigen „unter einem Dach“ berücksichtigte. Seit 1.1.2005 stehen mit ihren leistungsberechtigten Personenkreisen und hinsichtlich ihres Umfangs die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II und dem SGB XII nebeneinander. Das SGB XII ist mit seinen Leistungen insoweit kein „unterstes Netz“ für die Leistungsberechtigten nach dem SGB II, vielmehr bilden beide Leistungssysteme innerhalb des sozialen Sicherungssystems das „unterste Netz“ (vgl. *Voelzke* in *Hauck/Noftz*, SGB XII, Stand VI/2011, K § 21 Rdnr. 9; zur Sozialhilfe als Referenzsystem für Leistungen nach dem SGB II, vgl. BT-Drucks. 15/1514, S. 52, wo in diesem Zusammenhang von der Sozialhilfe als das „unterste Netz“ der sozialen Sicherung die Rede ist). Der Umstand, dass seither für eine Leistungen nach dem SGB II beanspruchende Person in einer der vorliegenden vergleichbaren Fallkonstellation ein Hausgrundstück nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II nicht vor Verwertung geschützt ist, das zuvor nach § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG geschützt sein konnte und nunmehr durch § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII geschützt wäre, kann Anlass für die Annahme einer besonderen Härte im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II sein.

Vorliegend wäre nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG und der Aktenlage das Hausgrundstück der Klägerin im Leistungssystem des SGB XII vor seiner Verwertung geschützt. Denn in dem Haus wohnt neben der Klägerin auch die Familie ihrer Tochter, sind diese mit der Klägerin das Haus zusammen bewohnenden Angehörigen nach § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII in die Angemessenheitsprüfung hinsichtlich der Größe des Hauses einzubeziehen, ist das Haus danach mit seiner Gesamtwohnfläche von 129 m<sup>2</sup> nicht unangemessen groß und überschreitet es auch im Übrigen und insbesondere hinsichtlich seines Wertes nicht die sozialhilferechtlichen Angemessenheitskriterien. Vielmehr handelt es sich um das typische geschützte „Familienheim“, das über die Generationen weitergegeben werden soll (vgl. zur Novellierung der Vorgängerregelung in § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG so

bereits BT-Drucks. 11/391, S. 5), und dessen Schutz auch der Sinn und Zweck des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII ist (BT-Drucks. 15/1514, S. 66), das aber in der vorliegenden Fallkonstellation nicht durch § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II geschützt ist.

bb) Für die Annahme einer besonderen Härte im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II genügt indes nicht diese unterschiedliche Regelungswirkung unterschiedlicher Regelungen. Vielmehr sind für diese Härtefallprüfung ergänzend die konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse in den Blick zu nehmen. Die Einbeziehung auch von Angehörigen, die mit der Leistungen nach dem SGB II beanspruchenden Person „unter einem Dach“ wohnen, aber nicht mit ihr in einer Bedarfsgemeinschaft oder Haushaltsgemeinschaft oder auch nur in einem gemeinsamen Haushalt leben, liegt jedenfalls nahe, wenn diese Angehörigen ihrerseits hilfebedürftig sind. Andererseits kann die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der „unter einem Dach“ mitwohnenden Angehörigen zum Ausschluss einer besonderen Härte führen, weil das Haus durch ihre Einbeziehung größer und wertvoller sein darf, verglichen mit einem Abstellen allein auf die Leistungen beanspruchende Person (hier die tatsächlichen 129 m<sup>2</sup> statt der für die Klägerin allein angemessenen 90 m<sup>2</sup>). Sinn und Zweck eines Vermögensschutzes für ein Hausgrundstück aus Härtefallgründen ist es nicht, wirtschaftlich leistungsfähigen Angehörigen einer Leistungen nach dem SGB II beanspruchenden Person ein kostenfreies Mitwohnen in einem Haus, dessen Schutz vor Berücksichtigung bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit begehrt wird, zu ermöglichen. Eine besondere Härte läge danach nicht vor, wenn wirtschaftlich leistungsfähige Angehörige mit der Leistungen beanspruchenden Person „unter einem Dach“ wohnen, ohne einen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Beitrag für das Wohnen zu leisten.

Diese modifizierte Übertragung des Vermögensschutzes für ein Hausgrundstück nach § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII auf eine vergleichbare Fallkonstellation im Rahmen der Härtefallprüfung nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II wahrt die Besonderheiten des SGB II und schützt vor missbräuchlichen Leistungsansprüchen, ohne den Gedanken einer Harmonisierung beider Leistungssysteme aus den Augen zu verlieren. Einzubeziehen in die Härtefallprüfung sind die Wertungen des SGB II, die sich unter anderem aus dem Subsidiaritätsgedanken des § 9 Abs. 1 SGB II ergeben (vgl. zu Facetten des Nachranggrundsatzes *Voelzke* in *Hauck/Noftz*, SGB II, Stand IX/2013, Einleitung Rdnr. 306 ff.; *Siebel-Huffmann* in *Berlit/Conradis/Sartorius*, Handbuch Existenzsicherungsrecht, 2. Aufl., Kap. 9 Rdnr. 28; *Mecke* in *Eicher*, SGB II, 3. Aufl., § 9 Rdnr. 9, 21), und ein Vergleich von § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II und § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII, der zeigt, dass der Vermögensschutz für ein Hausgrundstück nach dem SGB II die typischerweise privilegierende Regelung ist. Die Unbilligkeit, die daraus zu folgen vermag, dass nach den besonderen Umständen des Einzelfalls die Vermögensschutzregelung nach dem SGB XII für eine Leistungen nach dem SGB II beanspruchende Person günstiger wäre, kann die Annahme einer besonderen Härte im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II rechtfertigen, ohne zu einer Anwendung der Kriterien des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII im Rahmen der Prüfung der Hilfebedürftigkeit nach dem SGB II zu zwingen, die Modifikationen nicht zulässt. Die Berücksichtigung sozialhilferechtlicher Angemessenheitskriterien nach dem SGB XII im Rahmen der grundsicherungsrechtlichen Härtefallprüfung nach dem SGB II lässt vielmehr Raum für Modifikationen, wie hier eine mit dem ergänzenden Prüfkriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der mitwohnenden

Angehörigen formuliert worden ist, um den Sinn und Zweck des Vermögensschutzes für ein Hausgrundstück nach dem SGB II zu wahren. Dieser besteht im Schutz der eigenen Wohnung im Sinne der Erfüllung des Grundbedürfnisses des Wohnens und als räumlicher Lebensmittelpunkt der Leistungen beanspruchenden Person, nicht aber im Schutz eines in getrennten Haushalten zusammen ein Haus bewohnenden Familienverbandes um jeden Preis.

6. Ausgehend von diesen Maßgaben wird das LSG zu prüfen haben, ob hier eine besondere Härte vorliegt. Dafür spricht, dass die Tochter und der Schwiegersohn der Klägerin ein Darlehen über 75.000 € aufgenommen haben und Beiträge für die Tilgung dieses Darlehens leisten, dessen Mittel zumindest teilweise zur Finanzierung von Arbeiten am und im Haus der Klägerin verwandt worden sein sollen. Die näheren Umstände von Darlehensaufnahme, -verwendung, -tilgung und -sicherung wird das LSG aufzuklären haben.

Daneben liegt es nahe, die jeweiligen Beiträge der Klägerin und der Familie ihrer Tochter zu den Kosten des Hausgrundstücks und den Kosten des eigenen Wohnens im Haus zu betrachten sowie diese Kostenbeiträge in ein Verhältnis zur jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu setzen.

Sollte das LSG zu dem Ergebnis gelangen, dass eine besondere Härte zu bejahen ist, ist das Hausgrundstück der Klägerin vor Verwertung geschützt und im Rahmen der Prüfung ihrer Hilfebedürftigkeit nicht zu berücksichtigen. Das LSG wird in diesem Fall noch Feststellungen zum Bedarf der Klägerin, insbesondere zu ihren Aufwendungen für Unterkunft und Heizung, und zu ihrem zu berücksichtigenden Einkommen, ggf. auch aus Leistungen seitens der Tochter und ihres Ehemanns an die Klägerin, zu treffen haben. Erst auf dieser Grundlage kann für die einzelnen Monate des streitbefangenen Zeitraums abschließend entschieden werden, ob und ggf. in welcher Höhe die Klägerin einen Anspruch auf Alg II hat.

Wenn das LSG dagegen zu der Überzeugung gelangt, dass auch nach den Maßgaben des Senats eine besondere Härte nicht vorliegt, ist das wirtschaftlich verwertbare, bislang nicht verwertete Hausgrundstück der Klägerin mit seinem Verkehrswert zu berücksichtigen und schließt dies ihre Hilfebedürftigkeit und damit den geltend gemachten Anspruch auf Alg II im streitbefangenen Zeitraum aus. Dies hat das LSG in seinem angefochtenen Urteil, ausgehend von seiner rechtlichen Wertung des Nichtvorliegens einer besonderen Härte, bereits festgestellt und zutreffend begründet.

(...)

22. BauGB §§ 24, 25, 26 Nr. 1, § 28 Abs. 1; GBO §§ 29, 47 (Umfang des gemeindlichen Vorkaufsrechts)

**§ 26 Nr. 1 BauGB ist nicht einschlägig, wenn Käufer des Grundstücks eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist, deren Gesellschafter ausschließlich (natürliche) Personen sind, die ihrerseits dem Anwendungsbereich des § 26 Nr. 1 BauGB unterfallen.**

OLG Celle, Beschluss vom 21.11.2013, 4 W 201/13

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in RPflegler 2014, 191, sowie abrufbar unter BeckRS 2013, 21107.

## Steuerrecht

23. GrEStG § 1 Abs. 3 Nr. 1 (*Erbengemeinschaft als selbständiger Rechtsträger im Grunderwerbsteuerrecht*)

1. **Vereinigen sich mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft in der Hand einer Erbengemeinschaft, wird diese nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG Grunderwerbsteuerrechtlich so behandelt, als habe sie das Grundstück von der Gesellschaft erworben.**
2. **Reicht der vom Grunderwerbsteuerbescheid erfasste Lebenssachverhalt nicht aus, um den Tatbestand, an den das GrEStG die Steuerpflicht knüpft, zu erfüllen, ist der Bescheid rechtswidrig. Der im Bescheid bezeichnete – nicht steuerbare – Lebenssachverhalt kann nicht durch einen anderen – steuerbaren – ersetzt werden.**
3. **Sind die Anteile an einer Gesellschaft bereits aufgrund eines vorausgegangenen Rechtsgeschäfts in einer Hand vereinigt, weil das nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erforderliche Quantum von 95 % der Anteile erfüllt ist, unterliegt der Erwerb der restlichen Anteile nicht zusätzlich der Besteuerung.**

BFH, Urteil vom 12.2.2014, II R 46/12

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine aus zwei Miterben bestehende ungeteilte Erbengemeinschaft nach dem am 24.8.2007 verstorbenen K. K war im Zeitpunkt seines Todes mit einem Anteil von 85 % an einer GmbH beteiligt. Die übrigen 15 % der Anteile standen im Eigentum des P. Zum Gesellschaftsvermögen der GmbH gehört umfangreicher Grundbesitz.

Am 10.9.2007 (URNr. 1175/2007) beschloss die Gesellschafterversammlung der GmbH eine Kapitalerhöhung um 400.000 €, an der die Gesellschafter im Verhältnis ihrer bisherigen Anteile zur Übernahme zugelassen waren. Danach sollten auf K 340.000 € und auf P 60.000 € entfallen. Falls ein Gesellschafter die Übernahme seines Anteils an der Kapitalerhöhung innerhalb einer bestimmten Frist nicht erklärt, sollte der andere Gesellschafter zur Übernahme der Anteile berechtigt sein.

Am 24.9.2007 erklärte ein Bevollmächtigter des K, dessen Vollmacht auch nach dem Tod fortbestand, die Übernahme der auf K entfallenden Anteile aus der Kapitalerhöhung. Am 18.10.2007 erklärte er auch die Übernahme des Anteils des P, nachdem dieser innerhalb der Frist keine Übernahmeerklärung abgegeben hatte. Nach der Kapitalerhöhung entfiel auf K eine Beteiligung i. H. v. 485.000 € (97 %) und auf P eine solche i. H. v. 15.000 € (3 %). Am 27.2.2008 (URNr. 247/2008) übertrug P seinen Geschäftsanteil von 15.000 € auf die Klägerin.

Mit Bescheid vom 23.3.2009 setzte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) gegenüber einer Miterbin als Testamentvollstreckerin für die Klägerin Grunderwerbsteuer i. H. v. 226.500 € unter dem Vorbehalt der Nachprüfung fest. In dem Bescheid ist als besteuertes Sachverhalt die Kapitalerhöhung mit dem Datum 10.9.2007 und der URNr. 1175/2007 bezeichnet. Als Bemessungsgrundlage wurde zunächst ein geschätzter Bedarfswert für die der GmbH gehörenden Grundstücke i. H. v. 6.471.444 € angesetzt. Dagegen legte die Klägerin Einspruch ein.

Mit Bescheid vom 3.6.2009 stellte das Lagefinanzamt den Grundbesitzwert auf den 27.2.2008 auf 9.748.500 € fest. Über den hiergegen erhobenen Einspruch hat das Lagefinanzamt noch nicht entschieden. Das Verfahren ruht im Hinblick auf die beim BVerfG unter den Aktenzeichen 1 BvL 13/11 und 1 BvL 14/11 anhängigen Verfahren (BFH, Vorlagebeschluss vom 2.3.2011, II R 23/10, BFHE 232, 358, BStBl II 2011, 932, und vom 2.3.2011, II R 64/08, BFH/NV 2011, 1009) wegen der möglichen Verfassungswidrigkeit der Ermittlung des Grundbesitzwerts nach § 138 BewG.

Am 25.11.2009 erließ das Finanzamt einen auf § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO gestützten Änderungsbescheid und setzte unter Berücksichtigung des festgestellten Grundbesitzwerts die Steuer auf 341.197 €

fest. In dem Bescheid ist als besteuertes Sachverhalt die Vereinigung aller Anteile bei der GmbH mit dem Datum 27.2.2008 und den URNrn. 1175/2007 und 247/2008 bezeichnet. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin ebenfalls Einspruch ein.

Mit Einspruchsentscheidung vom 5.10.2011 erklärte das Finanzamt die Festsetzung der Grunderwerbsteuer wegen der Frage, ob die Heranziehung der Grundbesitzwerte im Sinne des § 138 BewG als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer verfassungsgemäß ist, nach § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO für vorläufig und wies den Einspruch als unbegründet zurück. Die Einspruchsentscheidung erging zu „Grunderwerbsteuer 2008; Vereinigung aller Anteile zum 10.9.2007“.

Die dagegen erhobene Klage hatte keinen Erfolg. Das FG vertrat die Auffassung, die Klage sei unzulässig, soweit sie sich gegen die Ermittlung des Grundbesitzwerts wende. Die insoweit erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken seien im Verfahren gegen den Bescheid über die gesonderte Feststellung des Grundbesitzwerts geltend zu machen. Zudem sei der Bescheid nach § 165 AO vorläufig, so dass der Klage insoweit auch das Rechtsschutzinteresse fehle. Im Übrigen sei die Klage unbegründet. Eine Erbengemeinschaft könne in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Erwerberin im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG sein. Der Tatbestand dieser Vorschrift sei dadurch erfüllt, dass die Klägerin insgesamt 97 % der Anteile an der GmbH durch die auf K entfallende Kapitalerhöhung erlangt habe.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin. In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügt sie, dass die Klage als unzulässig abgewiesen worden sei, soweit ihre Einwendungen sich gegen die Zugrundelegung des Grundbesitzwerts richteten. Das FG hätte trotz des Vorläufigkeitsvermerks das Verfahren bis zur Entscheidung des BVerfG in den dort anhängigen Verfahren ruhen lassen oder durch Teilurteil entscheiden müssen. In materieller Hinsicht rügt die Klägerin die Verletzung des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Für die Frage, wer Erwerber im Sinne dieser Vorschrift sei, müsse darauf abgestellt werden, wer in bürgerlich-rechtlichem Sinne Rechtsträger der Anteile sei. Nach dem Tod des K habe nicht die Klägerin als Erbengemeinschaft die Anteile geerbt, sondern die einzelnen Erben. Eine Erbengemeinschaft sei keine durch einen gemeinsamen Zweck verbundene, sondern eine auf Auflösung gerichtete Gemeinschaft.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung, den Grunderwerbsteuerbescheid vom 23.3.2009, den Änderungsbescheid vom 25.11.2009 und die Einspruchsentscheidung vom 5.10.2011 aufzuheben.

Das Finanzamt beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, der Einspruchsentscheidung und beider Grunderwerbsteuerbescheide (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zwar zutreffend angenommen, dass die Klägerin als Erbengemeinschaft in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Erwerberin im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG sein kann. Es hat jedoch nicht erkannt, dass weder durch die Kapitalerhöhung vom 10.9.2007 noch durch den Erwerb des Geschäftsanteils des P durch die Klägerin am 27.2.2008 ein der Grunderwerbsteuer unterliegender Erwerbsvorgang verwirklicht wurde.

1. Eine Erbengemeinschaft kann in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Erwerberin im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG sein.

a) Nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG unterliegt ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft begründet, der Grunderwerbsteuer, wenn durch die Übertragung unmittelbar oder mittelbar mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft in der Hand des Erwerbers vereinigt werden würden. Mit dem Anteilserwerb wird Grunderwerbsteuerrechtlich derjenige, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, so behandelt, als habe er die Grundstücke von der Gesellschaft erwor-

ben, deren Anteile sich in seiner Hand vereinigen (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urteil vom 2.4.2008 II R 53/06, BFHE 220, 550, BStBl II 2009, S. 544; Urteil vom 23.5.2012, II R 21/10, BFHE 237, 466, BStBl II 2012, S. 793, Rdnr. 12; Urteil vom 11.6.2013 II R 52/12, BFHE 241, 419, BStBl II 2013, S. 752, Rdnr. 10). Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass demjenigen, der mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft in seiner Hand vereinigt, eine dem zivilrechtlichen Eigentum an einem Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit an dem Gesellschaftsgrundstück zuwächst (BFH, Beschluss vom 15.12.2006, II B 26/06, BFH/NV 2007, 500; Fischer in *Boruttau*, Grunderwerbsteuergesetz, 17. Aufl., § 1 Rdnr. 906).

b) Anteile an einer Gesellschaft können sich im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG in der Hand einer Erbengemeinschaft vereinigen.

Die Erbengemeinschaft ist selbständiger Rechtsträger im Sinne des Grunderwerbsteuerrechts (vgl. BFH, Urteil vom 15.5.1957, II 102/56 U, BFHE 65, 14, BStBl III 1957, S. 238; Urteil vom 13.11.1974 II R 26/74, BFHE 114, 288, BStBl II 1975, S. 249, jeweils m. w. N.; Fischer in *Boruttau*, a. a. O., § 1 Rdnr. 73; *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 51). Sie kann ein Grundstück aus dem Nachlass veräußern oder für den Nachlass erwerben. Dem steht nicht entgegen, dass die Erbengemeinschaft nicht auf Dauer angelegt, sondern auf Auseinandersetzung gerichtet ist (BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 37/08, BFHE 228, 172, BStBl II 2010, S. 489). Unschädlich ist auch, dass sie über keine eigenen Organe verfügt, durch die sie im Rechtsverkehr handeln könnte, und kein eigenständiges, handlungsfähiges Rechtssubjekt ist (vgl. Beschluss des BGH vom 17.10.2006, VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715 m. w. N.). Die Grunderwerbsteuerrechtliche Selbständigkeit der Erbengemeinschaft nach außen folgt aus deren bürgerlich-rechtlicher Selbständigkeit als Zurechnungssubjekt des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens (*Pahlke/Franz*, a. a. O., § 1 Rdnr. 51). Auch wenn jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verlangen kann (§ 2042 Abs. 1 BGB), sind die Miterben während des Bestehens der Erbengemeinschaft zum gemeinsamen Handeln verpflichtet (§ 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB; *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl., Einf. v. § 2032 Rdnr. 2).

Nichts anderes gilt im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Diese Vorschrift stellt Rechtshandlungen, die auf die Vereinigung von Anteilen in einer Hand gerichtet sind und zu einem Wechsel der Rechtsträgerschaft an diesen Anteilen führen, dem zivilrechtlichen Grundstückserwerb gleich (vgl. Fischer in *Boruttau*, a. a. O., § 1 Rdnr. 906). Es handelt sich um einen Ergänzungstatbestand, der Vorgänge auf gesellschaftsrechtlicher Ebene erfasst, die ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nach dem Erwerb eines Grundstücks gleichstehen. Mit dem Erwerb von mindestens 95 % der Anteile an der Gesellschaft wird deren Inhaber so behandelt, als habe er die zum Aktivvermögen der Gesellschaft gehörenden Grundstücke von der Gesellschaft erworben, deren Anteile sich in seiner Hand vereinigen (vgl. oben II.1. a). Erlangt eine Erbengemeinschaft mindestens 95 % der Anteile an der grundbesitzenden Gesellschaft, wird sie gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG Grunderwerbsteuerrechtlich so behandelt, als habe sie das Grundstück von der Gesellschaft erworben. Den Miterben steht nur gemeinschaftlich und nicht etwa jedem einzelnen Miterben entsprechend seinem Erbanteil der Anteil an der grundbesitzenden Gesellschaft zu. Beträgt dieser mindestens 95 %, hat die Erbengemeinschaft insgesamt eine dem zivilrechtlichen Eigentum an einem Grundstück vergleichbare

Rechtszuständigkeit an dem Grundstück. Alle Entscheidungen, die den Anteil und damit auch das Grundstück betreffen, können die Miterben bis zu deren Auseinandersetzung nur gemeinsam als Erbengemeinschaft treffen.

2. Das FG hat jedoch nicht erkannt, dass das Finanzamt sowohl dem Ausgangs- als auch dem Änderungsbescheid keine grunderwerbsteuerbaren Sachverhalte zugrunde gelegt hat. Weder der im Grunderwerbsteuerbescheid vom 23.3.2009 als Rechtsvorgang benannte Kapitalerhöhungsbeschluss vom 10.9.2007 noch die im Bescheid vom 25.11.2009 als Rechtsvorgang benannte Vereinigung aller Anteile am 27.2.2008 erfüllt den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist vielmehr durch die Erklärung des Bevollmächtigten des K vom 18.10.2007, den Anteil des P an der Kapitalerhöhung zu übernehmen, erfüllt worden.

a) Durch den Beschluss über die Kapitalerhöhung vom 10.9.2007 haben sich die Anteile nicht in der Hand der Klägerin vereinigt.

Der Beschluss über die Kapitalerhöhung begründete für sich genommen noch keinen Anspruch auf Übertragung von Gesellschaftsanteilen, aufgrund dessen mindestens 95 % in der Hand der Klägerin vereinigt waren. Die Gesellschafter haben hierin ausdrücklich vereinbart, dass die bisherigen Gesellschafter in demselben Umfang, in dem sie bislang an der Gesellschaft beteiligt waren, an der Kapitalerhöhung teilnehmen durften. Durch den Beschluss hat die Klägerin keinen Anspruch auf eine höhere Beteiligung als die bis dahin gehaltenen 85 % der Anteile erlangt. Erst durch die Erklärung vom 18.10.2007, auch den auf den Gesellschafter P entfallenden Anteil an der Kapitalerhöhung zu übernehmen, ist der Anteil der Klägerin auf 97 % angewachsen. Es kann dahinstehen, ob bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung am 10.9.2007 faktisch feststand, dass der Gesellschafter P sich nicht an der Kapitalerhöhung beteiligen werde, denn rechtlich war ihm dies innerhalb der eingeräumten Frist noch möglich. Bis dahin war der Anspruch auf Übereignung der Anteile sowohl hinsichtlich der Ausübung des Übernahmerechts durch P als auch hinsichtlich der Erklärung der Klägerin, auch den Anteil des P zu übernehmen, aufschiebend bedingt.

b) Der Erwerb der restlichen Anteile des Gesellschafters P am 27.2.2008 unterliegt ebenfalls nicht der Besteuerung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG.

Sind die Anteile an einer Gesellschaft bereits aufgrund eines vorausgegangenen Rechtsgeschäfts in einer Hand vereinigt, weil das nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erforderliche Quantum von 95 % erfüllt ist, unterliegt der Erwerb der restlichen Anteile nicht zusätzlich der Besteuerung. Insoweit gilt nichts anderes, als wenn der Anteilseigner das notwendige Quantum bereits zuvor teils unmittelbar und teils mittelbar hält und nachfolgend alle Anteile unmittelbar in der Hand des Anteilseigners vereinigt werden (vgl. BFH, Urteil vom 20.10.1993, II R 116/90, BFHE 172, 538, BStBl II 1994, S. 121; Urteil vom 12.1.1994, II R 130/91, BFHE 173, 229, BStBl II 1994, S. 408; Fischer in Boruttau, a. a. O., § 1 Rdnr. 881, 980).

Mit der Erklärung des Bevollmächtigten vom 18.10.2007, auch den Anteil des Gesellschafters P an der Kapitalerhöhung zu übernehmen, waren bereits zu diesem Zeitpunkt 97 % der Anteile an der GmbH in der Hand der Klägerin vereinigt. Der nachfolgende Erwerb der restlichen 3 % der Anteile führte lediglich zu einer Verstärkung der Beteiligung und erfüllte nicht (nochmals) den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG.

c) Weder der Grunderwerbsteuerbescheid vom 23.3.2009 noch der als Änderungsbescheid bezeichnete Grunderwerb-

steuerbescheid vom 25.11.2009, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 5.10.2011, können dahingehend ausgelegt werden, dass das Finanzamt die Steuer für den zu treffenden Rechtsvorgang habe festsetzen wollen.

Gemäß § 119 AO muss ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Steuerbescheide müssen die festgesetzte Steuer nach Art und Betrag bezeichnen und angeben, wer die Steuer schuldet (§ 157 Abs. 1 Satz 2 AO). Bei Grunderwerbsteuerbescheiden ist die Angabe des zu steuernden Erwerbsvorgangs unerlässlich (BFH, Urteil vom 13.9.1995, II R 80/92, BFHE 178, 468, BStBl II 1995, S. 903; Urteil vom 22.8.2007, II R 44/05, BFHE 218, 494, BStBl II 2009, S. 754). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Entscheidend sind der erklärte Wille der Behörde und der sich daraus ergebende objektive Erklärungsinhalt der Regelung, wie ihn der Betroffene nach den ihm bekannten Umständen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen konnte (BFH, Urteil vom 21.7.2011, II R 7/10, BFH/NV 2011, 1835 m. w. N.).

Ein Grunderwerbsteuerbescheid ist zwar nicht allein deshalb rechtswidrig, weil der der Besteuerung unterworfenene Rechtsvorgang nicht an dem in dem Steuerbescheid genannten, sondern an einem anderen Tage zustande gekommen ist (BFH, Beschluss vom 17.3.2006, II B 157/05, BFH/NV 2006, 1341, m. w. N.). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Behörde einen anderen als den im Steuerbescheid benannten Erwerbsvorgang besteuern wollte (vgl. Pahlke/Franz, a. a. O., Vorb. § 15 Rdnr. 3). Reicht der vom Grunderwerbsteuerbescheid erfasste Lebenssachverhalt nicht aus, um den Tatbestand, an den das GrEStG die Steuerpflicht knüpft, zu erfüllen, ist der Bescheid rechtswidrig, ohne dass die Behörde – etwa im Einspruchsverfahren (vgl. BFH, Urteil vom 28.7.1993, II R 50/90, BFH/NV 1993, 712) – den im Bescheid bezeichneten – unzutreffenden – Erwerbsvorgang durch einen anderen – zutreffenden – ersetzen könnte (vgl. Pahlke/Franz, a. a. O., Vorb. § 15 Rdnr. 3). Das gilt insbesondere für Erwerbsvorgänge, bei denen mangels Vereinbarung einer Gegenleistung eine Bewertung des Grundstücks gemäß § 8 Abs. 2 GrEStG vorzunehmen ist, denn die Bewertung hat auf den zutreffenden Zeitpunkt zu erfolgen. Dieser muss im Wege der Auslegung unmissverständlich dem Grunderwerbsteuerbescheid zu entnehmen sein.

Im Streitfall bezeichnen die beiden angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheide vom 23.3.2009 und vom 25.11.2009 jeweils Rechtsvorgänge, die den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG nicht erfüllen. Die Rechtsvorgänge, die der Besteuerung unterworfen wurden, sind im Einzelnen jeweils unter Angabe von Datum und UR-Nr. genau bezeichnet. Sie können gegen ihren Wortlaut nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie statt der bezeichneten Rechtsvorgänge die durch die Erklärung vom 18.10.2007 aufgelöste Anteilsvereinigung erfassen sollten. Die Vorentscheidung war aus diesen Gründen aufzuheben (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

3. Die Sache ist spruchreif.

Die mit der Klage angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheide vom 23.3.2009 und vom 25.11.2009, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 5.10.2011, sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten. Sie unterwerfen Rechtsvorgänge der Besteuerung, die nicht den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllen (siehe oben unter II.2.). Es kann daher dahinstehen, ob das FG trotz des Vorläufigkeitsvermerks das Verfahren bis zur Entscheidung

des BVerfG in den dort anhängigen Verfahren zur Grundbesitzbewertung hätte ruhen lassen müssen.

24. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*Schenkungssteuerpflicht bei Gewährung eines zinslosen Darlehens an Lebensgefährtin*)

**Gewährt ein Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft dem anderen Partner ein zinsloses Darlehen, so stellt dies eine der Schenkungssteuer unterliegende freigebige Zuwendung unter Lebenden dar, die grundsätzlich mit einem Kapitalisierungszinssatz von 5,5 % anzusetzen ist, unabhängig davon, dass das zinslose Darlehen im Zusammenhang mit der Eingehung der Lebensgemeinschaft gewährt wurde.**

BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 25/12 (NV)

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erhielt im Mai 2002 von ihrem damaligen Lebensgefährten L ein Darlehen i. H. v. ... €, das sie absprachegemäß zur Tilgung eines Bankdarlehens verwendete und auf Aufforderung des L im Mai 2008 zurückzahlte. Der Forderung des L, „gesetzliche Zinsen“ i. H. v. 4 % für das Darlehen zu zahlen, kam sie nicht nach.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) war der Ansicht, der sich aus der unentgeltlichen Überlassung des Darlehens ergebende Zinsvorteil unterliege als freigebige Zuwendung der Schenkungssteuer und setzte gegen die Klägerin demgemäß Schenkungssteuer fest. Das Finanzamt ging dabei von einem Jahreswert der Zinsen von ... € (5,5 % von ... €), von einer Laufzeit des Darlehens von sechs Jahren und einem Kapitalisierungsfaktor von 5,133 aus. Der Einspruch der Klägerin blieb erfolglos.

Das FG wies die Klage durch das in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 1950, veröffentlichte Urteil mit der Begründung ab, die Gewährung des zinslosen Darlehens erfülle die Voraussetzungen einer freigebigen Zuwendung des L an die Klägerin. Das Finanzamt sei auch zu Recht von einem Kapitalisierungszinssatz von 5,5 % ausgegangen.

Mit der Revision rügt die Klägerin Verletzung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 und § 12 ErbStG 2002 i. V. m. § 13 und § 15 Abs. 1 BewG. Die zinslose Darlehensgewährung sei nicht freigebig erfolgt. L habe sie – die Klägerin – nicht bereichern, sondern sie von der darlehensgewährenden Bank und ihrem damaligen Ehemann unabhängig machen wollen. Sie habe zudem im unmittelbaren Zusammenhang mit der Darlehensgewährung gegenüber ihrem damaligen Ehemann auf sämtliche Ansprüche aus ihrem Ehevertrag verzichtet sowie wegen der Eingehung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit L ihre Tätigkeit als ... reduziert. Davon abgesehen habe das Finanzamt den Zinsvorteil unzutreffend bewertet. Der marktübliche Zinssatz für eine Kapitalanlage habe im Zeitraum der Darlehensgewährung bei durchschnittlich 2,12 % gelegen.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung vom 14.9.2010 und den Schenkungssteuerbescheid vom 23.3.2010 aufzuheben.

Das Finanzamt beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht angenommen, dass eine der Schenkungssteuer unterliegende freigebige Zuwendung des L an die Klägerin vorliege und das Finanzamt den Wert dieser Zuwendung zutreffend bestimmt habe.

1. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Eine freigebige Zuwendung setzt in objekti-

ver Sicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung (objektiv) unentgeltlich ist, und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12, BFHE 240, 178, BStBl II 2013, S. 930 Rdnr. 11, und BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 21/11, BFHE 241, 390, BStBl II 2013, S. 922 Rdnr. 9, je m. w. N.).

a) Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstands, auf den kein Rechtsanspruch besteht, ist unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers. Dabei kommen als rechtliche Abhängigkeit, welche die Unentgeltlichkeit ausschließt und die Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages (synallagmatische Verknüpfung) als auch durch Setzung einer Bedingung (konditionale Verknüpfung) oder eines entsprechenden Rechtszwecks (kausale Verknüpfung) in Betracht (BFH, Urteil vom 2.3.1994, II R 59/92, BFHE 173, 432, BStBl II 1994, S. 366, und BFH, Urteil vom 11.4.2006, II R 13/04, BFH/NV 2006, 1665).

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, steht es dem Vorliegen einer freigebigen Zuwendung nicht entgegen, wenn zivilrechtlich keine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB gegeben ist (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil in BFHE 173, 432, BStBl II 1994, S. 366).

b) Der zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestands der freigebigen Zuwendung erforderliche (einseitige) Wille des Zuwendenden zur Unentgeltlichkeit liegt vor, wenn sich der Zuwendende der Unentgeltlichkeit der Zuwendung derart bewusst ist, dass er seine Leistung ohne Verpflichtung (und sei es auch nur in Bezug auf eine Naturalobligation) und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung (oder einem Gemeinschaftszweck) erbringt, wenn er also in dem Bewusstsein handelt, zu der Vermögenshingabe weder rechtlich verpflichtet zu sein noch dafür eine mit seiner Leistung in einem synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Zusammenhang stehende Gegenleistung zu erhalten, und auch einen rechtlichen Zusammenhang seiner Leistung mit einem Gemeinschaftszweck nicht als gegeben ansieht (BFH, Urteil in BFHE 173, 432, BStBl II 1994, S. 366; BFH, Urteil vom 24.8.2005, II R 28/02, BFH/NV 2006, 63, unter II.1. b aa, und BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 53/05, BFHE 218, 409, BStBl II 2008, 256, unter II.3. a). Eine exakte juristische Subsumtion ist dabei nicht erforderlich (BFH, Urteil in BFHE 173, 432, BStBl II 1994, S. 366, und BFH, Urteil in BFH/NV 2006, 63, unter II.1. b aa und bb).

2. Diese Voraussetzungen einer freigebigen Zuwendung sind im Streitfall erfüllt.

a) Wie der BFH in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, liegt in der zinslosen Gewährung eines Darlehens bei Fehlen einer sonstigen Gegenleistung eine freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (grundlegend BFH, Urteil vom 12.7.1979, II R 26/78, BFHE 128, 266, BStBl II 1979, S. 631; zuletzt BFH, Urteil vom 27.10.2010, II R 37/09, BFHE 231, 223, BStBl II 2011, S. 134 m. w. N.). Der Empfänger eines zinslosen Darlehens erfährt durch die Gewährung des Rechts, das als Darlehen überlassene Kapital unentgeltlich zu nutzen, eine Vermögensmehrung, die der Schenkungssteuer unterliegt. Die Minderung des Vermögens des Zuwendenden besteht dabei darin, dass er auf einen Ertrag verzichtet, den er bei verkehrsbüblichem Verhalten gezogen hätte. Der Verzicht auf die zum Vermögen des Darlehensgebers gehörende Nutzungsmöglichkeit ist eine Vermögensminderung (BFH, Urteil vom 30.3.1994, II R 105/93, BFH/NV 1995, 70; BFH, Beschluss vom 20.9.2010, II B 7/10, BFH/

NV 2010, 2280, Rdnr. 10). Dabei ist es unerheblich, dass zivilrechtlich in der bloßen vorübergehenden Gebrauchsüberlassung einer Sache in der Regel keine das Vermögen mindernde Zuwendung liegt, wie sie für eine Schenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB erforderlich ist (BFH, Urteil in BFHE 231, 223, BStBl II 2011, S. 134 Rdnr. 20).

Gegenstand der Zuwendung bei einer zinslosen Darlehensgewährung ist der kapitalisierte Nutzungsvorteil und nicht der Teilbetrag des Kapitals, dessen Zuwendung nicht durch die gemäß § 12 Abs. 3 oder Abs. 1 BewG abgezinsten Rückzahlungspflicht ausgeglichen wird (BFH, Urteil vom 21.2.2006, II R 70/04, BFH/NV 2006, 1300). Der Jahreswert des Nutzungsvorteils beträgt nach § 15 Abs. 1 BewG 5,5 %, wenn kein anderer Wert feststeht (BFH, Urteil in BFHE 231, 223, BStBl II 2011, S. 134 Rdnr. 18).

b) Dem Vorliegen einer freigebigen Zuwendung steht es nicht entgegen, dass L und die Klägerin Partner einer nichtehelichen (eheähnlichen) Lebensgemeinschaft waren und L das zinslose Darlehen der Klägerin im Zusammenhang mit der Eingehung der Lebensgemeinschaft gewährt hat.

aa) Eine eheähnliche Lebensgemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass sie auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen (BVerfG, Urteil vom 17.11.1992, 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234, unter C. II.1.; BGH, Urteil vom 13.1.1993, VIII ARZ 6/92, BGHZ 121, 116).

Eine eheähnliche Lebensgemeinschaft zeichnet sich somit durch vielfältige persönliche und materielle Beziehungen aus. Zuwendungen zwischen den Lebensgefährten, die der Verwirklichung der eheähnlichen Lebensgemeinschaft dienen, haben demgemäß zivilrechtlich nach denselben Grundsätzen, wie sie für Zuwendungen zwischen Ehegatten gelten, keinen Schenkungscharakter (BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193).

bb) Schenkungssteuerrechtlich ist dies ebenso wenig maßgebend wie die zivilrechtliche Beurteilung von Zuwendungen zwischen Ehegatten. Sog. unbenannte (ehebefindete) Zuwendungen sind nicht deswegen von der Schenkungssteuer ausgenommen, weil sie – wegen ihres spezifisch ehebezogenen Charakters – zivilrechtlich keine Schenkungen im Sinne der §§ 516 ff. BGB darstellen. Die Schenkungssteuerpflicht unbenannter Zuwendungen beurteilt sich vielmehr – nicht anders als bei sonstigen Zuwendungen – nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Die danach unter anderem erforderliche objektive Unentgeltlichkeit der Leistung kann nicht allein deswegen verneint werden, weil der unbenannten Zuwendung besondere ehebezogene Motive zugrunde liegen (BFH, Urteil in BFHE 173, 432, BStBl II 1994, S. 366; vgl. auch BFH, Urteil in BFH/NV 2006, 63, unter II.1. a cc).

Dies gilt gleichermaßen auch für die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Wendet ein Lebensgefährte aus Anlass der Eingehung der eheähnlichen Gemeinschaft dem anderen freigebig etwas zu, ist diese Zuwendung keine Gegenleistung für die Eingehung der Gemeinschaft und die Eingehung der Gemeinschaft auch keine Gegenleistung für die Zuwendung. Allenfalls kann es sich um eine belohnende Schenkung handeln, die nach § 7 Abs. 4 ErbStG der Steuerpflicht der freigebigen Zuwendung nicht entgegensteht. Davon abgesehen kann die Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch nicht in Geld veranschlagt werden und muss daher nach § 7 Abs. 3 ErbStG bei der Feststellung,

ob eine Bereicherung des Empfängers der Zuwendung vorliegt, unberücksichtigt bleiben.

c) Die Unverzinslichkeit des Darlehens war auch im Übrigen weder synallagmatisch noch konditional oder kausal mit einer Gegenleistung der Klägerin an L verknüpft. Das Vorbringen der Klägerin, sie habe im Zusammenhang mit der Eingehung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit L auf ehevertragliche Ansprüche gegen ihren seinerzeitigen Ehemann verzichtet und ihre berufliche Tätigkeit als ... eingeschränkt, kann schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil das FG dazu keine Feststellungen (§ 118 Abs. 2 FGO) getroffen und die Klägerin keine Verfahrensrüge (§ 120 Abs. 3 Nr. 2 lit. b FGO) erhoben hat. Davon abgesehen können ein Verzicht der Klägerin auf Ansprüche gegen ihren damaligen Ehemann und eine (etwaige) Einschränkung ihrer Berufstätigkeit deshalb nicht als die Freigebigkeit ausschließende Gegenleistungen der Klägerin für die Gewährung des zinslosen Darlehens angesehen werden, weil L hiervon keinen schenkungssteuerrechtlich zu berücksichtigenden, in Geld zu veranschlagenden Vorteil (§ 7 Abs. 3 ErbStG) hatte.

d) Der subjektive Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG wurde ebenfalls verwirklicht. L kannte die Umstände, die das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung an die Klägerin begründen. Er wusste, dass er zu der zinslosen Darlehensgewährung weder rechtlich verpflichtet war noch eine mit der Zinslosigkeit in einem synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Zusammenhang stehende (gleichwertige) Gegenleistung erhielt. Eine exakte juristische Subsumtion durch L war für den Willen zur Freigebigkeit nicht erforderlich.

3. Das Finanzamt hat die Steuer auch der Höhe nach zutreffend festgesetzt. Es ist zu Recht von dem in § 15 Abs. 1 BewG bestimmten Zinssatz von 5,5 % je Jahr und von einem Kapitalisierungsfaktor von 5,133 ausgegangen.

a) Ein anderer Jahreswert des Nutzungsvorteils als 5,5 % steht im Sinne dieser Vorschrift nicht bereits dann fest, wenn der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer bei einer verzinslichen Anlage des Darlehensbetrags bei einem Kreditinstitut zu marktüblichen Bedingungen lediglich eine niedrigere Rendite als 5,5 % im Jahr hätte erzielen können. Vergleichsmaßstab ist vielmehr der marktübliche Zinssatz, der bei der Gewährung oder Aufnahme eines Darlehens zu abgesehen von der Zinslosigkeit vergleichbaren Bedingungen zu entrichten gewesen wäre.

Von diesem Verständnis des § 15 Abs. 1 BewG geht auch der im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangene Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 20.1.2000, S 3104/06 (DStR 2000, 204), aus. Nach diesem Erlass kommt es für die Frage, wie der Nutzungsvorteil eines unverzinslichen oder niedrig verzinslichen Darlehens zu bewerten ist, darauf an, ob der marktübliche Zinssatz für ein derartiges Darlehen unter 5,5 % liegt. Weise ein Steuerpflichtiger nach, dass der marktübliche Zinssatz für eine gleichartige Kapitalanlage unter dem gesetzlich festgelegten Zinssatz von 5,5 % liege, könne für die Bewertung des Nutzungsvorteils von dem nachgewiesenen Zinssatz ausgegangen werden.

Diese Beurteilung entspricht auch der auf § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG beruhenden Bewertung des Vorteils eines Arbeitnehmers aus der Gewährung eines zinsverbilligten Arbeitgeberdarlehens. Der einkommensteuerrechtlich zu berücksichtigende Vorteil des Arbeitnehmers liegt dabei im Unterschied zwischen dem vom Arbeitgeber geforderten Zins und dem marktüblichen Zins für das Darlehen (BFH, Urteil vom 4.5.2006, VI R 28/05, BFHE 213, 484,

BStBl II 2006, S. 781). Auf die Rendite, die der Arbeitnehmer bei einer verzinslichen Anlage des Darlehens erzielen könnte, kommt es nicht an (ebenso Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 1.10.2008, IV C 5-S 2334/07/0009, BStBl I 2008, S. 892).

b) Das Feststehen eines anderen Werts kann demgemäß nicht damit begründet werden, dass L oder die Klägerin bei einer verzinslichen Anlage des Darlehensbetrags bei einem Kreditinstitut zu marktüblichen Bedingungen lediglich eine niedrigere Rendite als 5,5 % im Jahr hätten erzielen können. Vielmehr kommt es darauf an, ob der marktübliche Zinssatz für die Aufnahme eines Darlehens über ... € im Mai 2002 durch die Klägerin zu abgesehen von der Zinslosigkeit vergleichbaren Bedingungen, also insbesondere ohne die Vereinbarung von Sicherheiten, niedriger als 5,5 % gewesen wäre. Dass dies der Fall gewesen wäre, hat weder das FG festgestellt noch bringt das die Klägerin vor.

c) Bei der Kapitalisierung des Nutzungsvorteils nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 13 Abs. 1 Satz 1 BewG sind das FG und das Finanzamt zutreffend von der tatsächlichen Laufzeit des Darlehens ausgegangen (vgl. BFH, Urteil in BFHE 128, 266, BStBl II 1979, S. 631). Der Kapitalisierungsfaktor von 5,133 ergibt sich aus § 13 Abs. 1 Satz 1 BewG i. V. m. Anlage 9a zum BewG.

#### Anmerkung:

Mit dem Besprechungsurteil bestätigt der II. Senat des BFH seine Rechtsprechung zur schenkungsteuerrechtlichen Behandlung zinsloser bzw. niedrigverzinslicher Darlehen sowie zur unbenannten Zuwendung. Die Rechtsgrundsätze werden auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ausgedehnt. Trotz der Verfestigung der Rechtsprechung sind einige grundsätzliche Bemerkungen zu machen. Im Einzelnen:

1. Die unentgeltliche Gewährung eines zinslosen oder zinsgünstigen Darlehens wird von der Rechtsprechung bezüglich des Zinsvorteils als freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG qualifiziert.<sup>1</sup> Im Gegensatz zur bürgerlichrechtlichen Dogmatik des § 516 Abs. 1 BGB soll § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG keine substantielle Vermögensminderung des Zuwendenden voraussetzen. Das ist nicht zwingend, da von der Entstehungsgeschichte her der Unterschied zwischen § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG einerseits zu § 516 Abs. 1 BGB andererseits allein auf der subjektiven Seite liegt; § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG verlangt keine Einigung über die Unentgeltlichkeit.<sup>2</sup> Da das ErbStG und damit auch § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an die bürgerlichrechtliche Situation anknüpft, wäre es durchaus vertretbar, die unverzinslichen oder niedrigverzinslichen Darlehen aus dem Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG herauszunehmen. Bürgerlichrechtlich liegt es nämlich so, dass zwar auch die Leihe und das unverzinsliche Darlehen unentgeltliche Rechtsgeschäfte darstellen, dass ihre Eigenart aber darin besteht, dass der wirtschaftlich Entreicherte nichts aus seiner Vermögenssubstanz hergibt, demgegenüber bei der Schenkung des § 516 Abs. 1 BGB eine derartige substantielle Vermögensminderung vorausgesetzt wird. Letztlich ist die Subsumtion der Darlehenskonstellation unter

§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG eine Spielart der steuerrechtlichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

2. Der zweite grundsätzliche Themenbereich der Entscheidung handelt von den unbenannten Zuwendungen zwischen Ehegatten. Derartige unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten werden von der zivilrechtlichen Dogmatik als Rechtsgeschäfte eigener Art zur Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft betrachtet.<sup>3</sup> Die hier vorliegende Entscheidung bestätigt die Rechtsprechung, dass das Rechtsinstitut der unbenannten Zuwendung schenkungsteuerrechtlich unerheblich ist und überträgt ihre Grundsätze auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Das ist konsequent, wenn man dem Ansatz der Rechtsprechung folgt. Trotzdem könnte man auch zu diesem Punkt einwenden, dass der materielle Ansatzpunkt für die Sonderbehandlung unbenannter Zuwendungen unter Ehegatten die fehlende Einigung über die Unentgeltlichkeit ist. Hier „hilft“ dann allerdings wieder die von § 516 Abs. 1 BGB abweichende Fassung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, wonach der einseitige Zuwendungswille ausschlaggebend sein kann.

3. Den einseitigen Bereicherungswillen sieht der BFH in seiner Besprechungsentscheidung verwirklicht, weil der Lebensgefährte alle Umstände kannte, die das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung begründen. Das Urteil ist in dieser Passage relativ knapp gehalten, bestätigt aber die Rechtsprechung,<sup>4</sup> dass der Zuwendende nicht exakt zu subsumieren hat, vielmehr die Kenntnis der Umstände ausreicht, um den Bereicherungswillen für § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu bejahen. Ein möglicher Subsumtionsirrtum kann danach also nicht tatbestandsausschließend sein.

4. Der BFH weist zusätzlich auf § 7 Abs. 3 ErbStG hin, wonach Gegenleistungen, die nicht in Geld veranschlagt werden können, bei einer potentiellen schenkungsteuerrechtlichen Bereicherung nicht zu berücksichtigen sind. Zwar mag man darüber streiten, ob § 7 Abs. 3 ErbStG realitätsfern ist,<sup>5</sup> doch drückt nach hier vertretener Auffassung § 7 Abs. 3 ErbStG eine pure Selbstverständlichkeit aus, weil bei der Ermittlung der schenkungsteuerrechtlich maßgebenden Bereicherung (§ 10 Abs. 1 ErbStG) allein geldwerte Positionen eine Rolle spielen können. § 7 Abs. 3 ErbStG kann aber auch so verstanden werden, dass auch wirtschaftlich entgeltliche Vorgänge steuerbar sein sollen, wenn die Gegenleistung nicht in Geld ausdrückbar ist.<sup>6</sup>

5. Schließlich noch ein Aperçu: Ausweislich des Tatbestandes des Urteils hatte der Lebensgefährte von der Steuerpflichtigen für das Darlehen die gesetzlichen Zinsen verlangt. Dem war die Steuerpflichtige dann aber nicht nachgekommen. Sollte es tatsächlich so gelegen haben, dann könnte das nachfolgende Nichteinfordern der Darlehenszinsen als Verzicht zu qualifizieren sein. Das wäre dann zweifelsfrei ein Fall des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, weil dann nämlich der Lebensgefährte eine vermögenswerte Position, die in seiner Person substantiell vorhanden war, aufgegeben hätte.

Prof. Dr. Georg Crezelius, München

<sup>1</sup> BFH, Entscheidung vom 30.3.1994, BFH/NV 1995, 70; BFH, Entscheidung vom 27.10.2010, BStBl II 2011, S. 134.

<sup>2</sup> Vgl. *Meincke*, ErbStG, 16. Aufl. 2012, § 7 Rdnr. 9 ff.

<sup>3</sup> Zum Beispiel *Jauernig/Mansel*, BGB, 14. Aufl. 2011, § 516 Rdnr. 20 m. w. N.

<sup>4</sup> Vgl. näher *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, Stand September 2013, § 7 Rdnr. 278 ff.

<sup>5</sup> *Heinrichshofen*, ErbStB, 2014, 90.

<sup>6</sup> Zum Meinungsstand *Meincke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 119 f.

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Notar a. D. Wilhelm Then, Landshut,  
verstorben am 1.7.2014

Notar a. D. Dr. Helmut Roßner, Bayreuth,  
verstorben am 2.7.2014

Notar a. D. Dr. Helmut Wirner, München,  
verstorben am 26.7.2014

Amtfrau i. N. Christine Kleinschmidt, Wörth am Rhein,  
verstorben am 11.7.2014

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.9.2014:

Dr. Franz Zechiel, Kempten

#### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.8.2014:

Ottobeuren dem Notar  
Christian Seger  
(bisher in Waldmünchen)

Mit Wirkung zum 1.9.2014:

Deggendorf dem Notarassessor  
Dr. Holger Sagmeister  
(bisher in München  
Notarstellen Kirchner/Thiede)

Kempten dem Notarassessor  
Karl Büringer  
(bisher in München  
Notarstellen Dr. Kössinger/  
Dr. Bräu)

München der Notarin  
Birgit Birnstiel  
(bisher in Moosburg)

München dem Notar a. D.  
Sebastian Herrler  
(bisher in Würzburg, DNotI)

München dem Notar  
Dr. Andreas Nachreiner  
(bisher in Mühldorf a. Inn)

Weiden i. d. Opf. der Notarassessorin  
Dr. Claudia Greipl  
(bisher in München  
Notarstellen Dr. Schemmann/  
Dr. Ludewig)

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.7.2014:

Judith Ulshöfer, Annweiler a. Tr.  
(Notarstelle Spall)

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarin Eleonore Traugott, München, ab 1.9.2014  
in Sozietät mit Dr. Andreas Nachreiner, München

Mit Wirkung zum 1.9.2014 wurde die Verbindung  
zur gemeinsamen Büroausübung der Notare Dieter Ellert  
und vormals Dr. Peter Baltzer in München beendet.

Notarassessor Michael Brockmann, Rosenheim,  
wurde mit Wirkung vom 8.7.2014 promoviert.

Notarassessorin Kathrin Ramspeck, Starnberg  
(Notarstellen Klöcker/Volmer), ab 15.6.2014 in  
München (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer)

Notarassessor Maximilian Hain, Amberg  
(Notarstelle Dr. Frank), ab 1.8.2014 in München  
(Notarstellen Dr. Basty/Haasen)

Notarassessor Marcel Neumair, Bayreuth  
(Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber), ab 1.8.2014  
in Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

Notarassessor Stefan Künkele, Trostberg  
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling), ab 1.9.2014  
in München (Landesnotarkammer Bayern)

Inspektorin i. N. Claudia Geisenberger, München  
(Notarstelle vormals Dr. Baltzer), ab 1.8.2014  
in München (Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß)

Amtmann i. N. Volker Bitzer, Kempten (Notarstellen  
Dr. Bülow/Hoffmann), ab 1.9.2014 in Immenstadt  
(Notarstellen Dr. Nagel/Dr. Pfundstein)

Inspektorin i. N. Heike Geyermann, Trostberg  
(derzeit im Sonderurlaub), ab 1.9.2014 in Traunstein  
(Notarstellen Jenewein/Gleißner)

#### 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtmann i. N. Winfried Danzl, München  
(Notarstellen Barth/Brunner), zum 30.9.2014 ausgeschieden

Oberinspektorin i. N. Andrea Deil, Augsburg  
(Notarstellen Michlfeit/Dr. Moes), zum 30.9.2014  
ausgeschieden

Amtsrat i. N. Harald Bihlmaier, Heilsbronn  
(Notarstellen Füller/Dr. Maniak), ab 1.10.2014 im Ruhestand

Amtmann i. N. Josef Kaiser, Augsburg  
(Notarstellen Feist/Kristic), ab 1.10.2014 im Ruhestand

#### 7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.7.2014:

*Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 14):*

Josef Ehrnsperger, Nürnberg (Notarstellen  
Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner)

Johann Friedrich, Kempten (Notarstellen  
Dr. Bülow/Hoffmann)

*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N.  
(Entgeltgruppe 12):*

Jutta Gremmer, Landshut (Notarstelle Steer)

Irmgard Hasselbacher, Gunzenhausen  
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Wolfgang Proksch, Garmisch-Partenkirchen (Notarstelle Ochs)

Edmund Tomatschek, Kaufbeuren (Notarstelle Gürtler)



*Zum Amtsrat i. N./zur Amträtin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Hermann Bloß, Altdorf b. Nürnberg  
(Notarstellen Dr. Limpert/Dr. Burkhardt)

Elke Eger, Pappenheim (Notarstelle Pulyer)

Katharina Enzensberger, Buchloe (Notarstelle Knerr)

Michael Leonbacher, Fürstenfeldbruck  
(Notarstellen Siller/Krebs)

Helmut Mladek, Kempten (Notarstelle Dr. Seifert)

Heike Sterk, Kitzingen  
(Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter)

Roman Weichenberger, Wolfratshausen  
(Notarstellen Huber/Grauel)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10)*

Margit Eckl, Vohenstrauß (Notarstelle Lang)

Simone Gimpl, Amberg (Notarstellen Hantke/Engelhardt)

Petra Helchenberg, Ottobeuren  
(Verwalter der Notarstelle Braun)

Katrin Hoffmann, Bad Staffelstein  
(Notarstelle Dr. Fackelmann)

Inge Jäger, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Dörnhöfer)

Silvia Königseder, Freyung (Notarstelle Massinger)

Doris Mandlmeier, Neuburg a. d. Donau  
(Notarstellen Dr. Krist/Dr. Grimm)

Gabriele Plattner, Bad Griesbach i. Rottal  
(Notarstelle Dr. Forthauer)

Hans-Ulrich Reitenauer, Weilheim i. OB  
(Notarstellen Dr. Reisnecker/Dr. Selbherr)

Kerstin Rohowski, Hengersberg  
(Notarstelle Dr. Hecht)

Christian Schwürzinger, Ebersberg  
(Notarstellen Griebel/Dr. Baumhof)

Simone Seidel, Bamberg (Notarstellen  
Dr. Reißig/Dr. Eigner)

Verena Sommer, München (Notarstellen  
Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

Angelika Wettengel, Beilngries (Notarstelle Lindner)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.  
(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):*

Annette Albert, Haßfurt (Notarstelle Dr. Müller)

Sabine Dechert, Zweibrücken  
(Notarstellen Vogel/Dr. Schmitz)

Iris Griebmeier, Nürnberg  
(Notarstellen Dr. Kornexl/Dr. Herrler)

Daniela Hock, Wörth am Rhein (Notarstelle Schneider)

Susanne Hummel, Wörth am Rhein (Notarstelle Schneider)

Katja Jobst, Wörth a. d. Donau (Notarstelle Eicher)

Marcel Maue, Pirmasens (Notarstelle Neumann)

Sebastian Müller, München  
(Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Jochen Ott, Landau i. d. Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)

Sandy Peer, Passau (Notarstellen Braun/Paulöhr)

Mit Wirkung zum 1.8.2014:

*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N.  
(Entgeltgruppe 12):*

Gertrud Niggel, Rosenheim  
(Notarstellen Dr. Leiß/Wartenburger)

Robert Schuster, Fürstenfeldbruck  
(Notarstellen Siller/Krebs)

Reinhard Ulherr, Altdorf b. Nürnberg  
(Notarstellen Dr. Limpert/Dr. Burkhardt)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amträtin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Susanne Bachmann-Barham, Aschaffenburg  
(Notarstellen Schiller/Holzheu)

Siegfried Baldauf, München (Notarstellen  
Dr. Wenner/Dr. Riemenschneider)

Ingeborg Gabriel, Memmingen  
(Notarstellen Erber-Faller/Voran)

Claus Voith, München (Notarstellen  
Dr. Götte/Lautner)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amträtin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Jochen Dubau, Würzburg  
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Tanja Grebler, Mallersdorf-Pfaffenberg  
(Notarstelle Matheis)

Christine Huhn, München  
(Notarstelle Dr. Budnick)

René Wittkowski, Würzburg  
(Notarstelle Dr. Neie)

**Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Münchberg, Notarstelle Schnabel  
E-Mail: info@notar-schnabel.de

München, Notarstelle Dr. Pfisterer  
Marstallstraße 11 (Hofgartenpalais)  
80539 München

Nürnberg, Notarstelle Dr. Geßner  
Telefon: 0911 99286610, Telefax: 0911 992866199  
E-Mail: kanzlei@notarin-gessner.de  
Homepage: www.notarin-gessner.de

## SONSTIGES

### „Der digitale Nachlass“

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 19.11.2014, 16.30 Uhr s. t.  
Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

**Referenten:** **Professor Dr. Ansgar Ohly**  
**(Ludwig-Maximilians-Universität München)**

**Notar Dr. Stefan Gloser, Naila**

Die Themen der Vorträge stehen noch nicht fest.

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

#### **Anmeldung und Information:**

Forschungsstelle für Notarrecht,  
Prof.-Huber-Platz 2,  
80539 München,  
Tel: 089 2180-1420,  
Fax: 089 2180-13981,  
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen. de

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von € 50 in bar persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).



---

Schriftleitung: Notarassessorin Anja Schaller  
Notarassessorin Stefanie Tafelmeier

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.mediengruppe-universal.de/notarkammer](http://www.mediengruppe-universal.de/notarkammer).

**Veranstaltungen des DAI**

1. Neuere Entwicklungen bei den Rechten in Abteilung II und III – Schwerpunkt Dienstbarkeiten für Photovoltaikanlagen  
(*Sikora*)  
5.9.2014 in Köln
2. Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis  
(*Hartmann, Piltz*)  
6.9.2014 in Kiel
3. 12. Jahresarbeitsstagung des Notariats  
11.–13.9.2014 in Berlin
4. Intensivkurs Gesellschaftsrecht  
(*Heckschen, Heidinger, Kirschstein*)  
26.–27.9.2014 in Düsseldorf
5. Update Grundstückskaufvertrag  
(*Krauß*)  
27.9.2014 in Heusenstamm, 11.10.2014 in Berlin
6. Erfahrungen mit dem GNotKG in der Praxis  
(*Tiedtke*)  
2.10.2014 in Kassel
7. 21. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung  
6.–11.10.2014 in Bochum
8. Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats  
(*Tondorf*)  
6.–10.10.2014 in Bochum
9. Einführung in die Mediation für Notare  
(*Bensmann, Plassmann*)  
10.10.2014 in Oldenburg
10. Erfahrungen mit dem GNotKG in der Praxis  
(*Schmidt, Tiedtke*)  
10.10.2014 in Kiel
11. Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis  
(*Priester, Crezelius, Hertel, Limmer, Wachter*)  
10.10.2014 in Hamburg
12. Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare  
(*Weiler*)  
18.10.2014 in Bochum, 25.10.2014 in Heusenstamm
13. Die Gestaltung von Eheverträgen  
(*Reetz*)  
18.10.2014 in Berlin
14. 22. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung  
20.–25.10.2014 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](mailto:notare@anwaltsinstitut.de).

**Neuerscheinungen**

1. Albrecht/Roggenkamp (Hrsg.): VereinsG. Beck, 2014. 309 S., 85 €
2. Braun (Hrsg.): InsO. 6. Aufl., Beck, 2014. 1594 S., 119 €
3. Diehn: Notarkostenberechnungen. 3. Aufl., Beck, 2014. 391 S., 34,90 €
4. Goebel/Ungemach (Hrsg.): Praktiker-Kommentar Umwandlung von Unternehmen. HDS-Verlag, 2014. 664 S., 119,90 €
5. Hüffer: Aktiengesetz. 11. Aufl., Beck, 2014. 2212 S., 159 €
6. Ingenstau/Hustedt (Hrsg.): ErbbauRG. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar. 10. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 632 S., 114 €
7. Marcks: Makler- und Bauträgerverordnung. 9. Aufl., Beck, 2014. 324 S., 49 €
8. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, EWIV. 4. Aufl., Beck, 2014. 2121 S., 159 €
9. Seebach/Dahlkamp (Hrsg.): Praxis des Notariats. 11. Aufl., Deubner, 2014. 648 S., 79 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F