

6 MittBayNot

Begründet 1864

November/Dezember 2012 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Dr. Bernadette Bord,
Notarassessorin

Boris Pulyer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Bracker: Notaraufsicht und Berufsfreiheit nach dem Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 429

Rapp: Gemeinschaftsordnung und Bauträgervertrag bei Betreutem Wohnen 432

Franck: Zwangsversteigerungsrecht – Probleme der Vertragsgestaltung (Teil II) 439

Keller: Gesicherte Praxis und neue Wege der Rechtsnachfolge bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten 446

Spernath: Übergeberrechte und Altersdemenz 449

Rechtsprechung

Unangemessen lange Annahmefrist bei Bauträgerverträgen (OLG Nürnberg, Urteil vom 31.1.2012, 1 U 1522/11) 461
mit Anmerkung *Kanzleiter* 464

Testamentsvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.1.2012, I-3 Wx 217/11) 468
mit Anmerkung *Reimann* 469

Betreuerbestellung trotz Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 7.3.2012, XII ZB 583/11) 473
mit Anmerkung *Volmer* 474

Pflichtteilsberechtigung eines weiter entfernten Abkömmlings (BGH, Urteil vom 27.6.2012, IV ZR 239/10) 475
mit Anmerkung *Müller* 478

Schenkungs vollzug durch Zuwendung einer Unterbeteiligung (BGH, Urteil vom 29.11.2011, II ZR 306/09) 479
mit Anmerkung *Lutz* 482

Unterbilanzhaftung bei wirtschaftlicher Neugründung (BGH, Urteil vom 6.3.2012, II ZR 56/10) 484
mit Anmerkung *Vedder* 490

Nichtanmeldung nicht benötigter Grundschuldzinsen (BGH, Urteil vom 3.2.2012, V ZR 133/11) 493
mit Anmerkung *Kessler* 495

Berichtigung bei offensichtlicher Unrichtigkeit (OLG München, Beschluss vom 27.6.2012, 34 Wx 184/12) 502
mit Anmerkung *Regler* 504

Hinweise für die Praxis

Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 BGB (*Falkner*) 519

Inhalt

Aufsätze

- Bracker*: Notaraufsicht und Berufsfreiheit nach dem Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 **429**
- Rapp*: Gemeinschaftsordnung und Bauträgervertrag bei Betreutem Wohnen **432**
- Franck*: Zwangsversteigerungsrecht – Probleme der Vertragsgestaltung (Teil II) **439**
- Keller*: Gesicherte Praxis und neue Wege der Rechtsnachfolge bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten **446**
- Spernath*: Übergeberrechte und Altersdemenz **449**

Buchbesprechungen

- Hinz/Junker/v. Rechenberg/Sternel: Formularbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht (*Gloser*) **455**
- Lemke (Hrsg.): Immobilienrecht (*Meininghaus*) **456**
- Riemenschneider/Farely (Hrsg.): Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und -vertrag (*Soutier*) **456**
- Riedel (Hrsg.): Praxishandbuch Unternehmensnachfolge (*Schreindorfer*) **458**
- Schwedhelm: Die Unternehmensumwandlung (*Gutfried*) **459**
- Hüffer: Aktiengesetz (*Sikora*) **460**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Unangemessen lange Annahmefrist bei Bauträgerverträgen (OLG Nürnberg, Urteil vom 31.1.2012, I U 1522/11) **461**
mit Anmerkung *Kanzleiter* **464**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Erfordernis mehrerer Vormerkungen zur Sicherung von Ansprüchen auf Einräumung von Photovoltaikdienstbarkeiten für den Berechtigten und für Dritte (OLG München, Beschluss vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12) **466**
3. Reichweite der Testamentsvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.1.2012, I-3 Wx 217/11) **468**
mit Anmerkung *Reimann* **469**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

4. Kontrollbetreuung bei Vorliegen einer General- und Vorsorgevollmacht nur bei Erforderlichkeit
(BGH, Beschluss vom 1.8.2012, XII ZB 438/11) **469**
5. Kontrollbetreuung bei wirksamer Generalvollmacht nicht schon bei Befreiung des Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB
(BGH, Beschluss vom 21.3.2012, XII ZB 666/11) **471**
6. Betreuerbestellung trotz Vorsorgevollmacht
(BGH, Beschluss vom 7.3.2012, XII ZB 583/11) **473**
mit Anmerkung *Volmer*
(zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 1.8.2012, XII ZB 438/11, und zu BGH, Beschluss vom 21.3.2012, XII ZB 666/11) **474**

Erbrecht

7. Pflichtteilsberechtigung eines Abkömmlings trotz Pflichtteilsverzicht des näheren Abkömmlings
(BGH, Urteil vom 27.6.2012, IV ZR 239/10) **475**
mit Anmerkung *Müller* **478**
8. Schenkungsvollzug durch Zuwendung einer Unterbeteiligung
(BGH, Urteil vom 29.11.2011, II ZR 306/09) **479**
mit Anmerkung *Lutz* **482**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. Unterbilanzhaftung bei unterbliebener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung
(BGH, Urteil vom 6.3.2012, II ZR 56/10) **484**
mit Anmerkung *Vedder* **490**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

10. Nichtanmeldung nicht benötigter Grundschuldzinsen
(BGH, Urteil vom 3.2.2012, V ZR 133/11) **493**
mit Anmerkung *Kessler* **495**

Beurkundungs- und Notarrecht

11. Verfassungsmäßigkeit eines Weisungsrechts im Rahmen der Dienstaufsicht über Notare
(BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09) **497**
12. Rechtmäßigkeit der Altersgrenze für Notare
(BGH, Beschluss vom 23.7.2012, NotZ (Brfg) 15/11) **502**
13. Berichtigung bei offensichtlicher Unrichtigkeit
(OLG München, Beschluss vom 27.6.2012, 34 Wx 184/12) **502**
mit Anmerkung *Regler* **504**

Inhalt (Fortsetzung)

Kostenrecht

14. Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Einholung einer IHK-Stellungnahme vor GmbH-Gründung, nicht aber für die Erstellung einer Gesellschafterliste nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG
(BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10) **506**
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.* **509**
15. Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Erstellung einer Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG in der Fassung des MoMiG
(OLG Hamm, Beschluss vom 31.5.2012, 15 W 687/10) **510**

Öffentliches Recht

16. Verbot der Unterwertveräußerung gemeindlichen Grundbesitzes in Baden-Württemberg
(*nur Leitsatz*)
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4.4.2012, 11 Wx 111/11) **513**
mit Anmerkung *Grziwotz* **513**

Steuerrecht

17. Anwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG bei teilweiser Rückgängigmachung von Erwerbsvorgängen im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG
(BFH, Urteil vom 18.4.2012, II R 51/11) **513**
18. Änderung im Gesellschafterbestand einer grundbesitzenden Personengesellschaft
(BFH, Urteil vom 29.2.2012, II R 57/09) **516**

Hinweise für die Praxis

- Das Vorkaufsrecht des Mieters einer Eigentumswohnung nach § 577 BGB (*Falkner*) **519**

Standesnachrichten **522**

Sonstiges **III**

6 | **MittBayNot** Begründet 1864

November/Dezember 2012 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

AUFSÄTZE

Notaraufsicht und Berufsfreiheit nach dem Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011

– zugleich Anmerkung zu dem Beschluss des BVerfG vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09¹ –

Von Notar Dr. Ulrich Bracker, Weilheim i. OB

Unmittelbar nach dem Urteil des EuGH vom 24.5.2011, C 54/08, mit dem der Staatsangehörigkeitsvorbehalt für deutsche Notare nach § 5 BNotO alter Fassung als unvereinbar mit der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit erklärt wurde, sind zahlreiche literarische Beiträge erschienen, die unterschiedlichste Konsequenzen aus der Entscheidung und ihrer Begründung ziehen wollen. Mit seinem Beschluss vom 19.6.2012 äußert sich nun erstmals das BVerfG zu den Folgen des EuGH-Urteils für die deutsche Notariatsverfassung. Es kommt zu dem Ergebnis, dass der Notar unverändert nach innerstaatlichem deutschen Recht Träger eines öffentlichen Amtes ist, dem Aufgaben übertragen sind, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sein müssen. Wegen der dadurch bedingten Nähe der Amtstätigkeit des Notars zum öffentlichen Dienst sind Sonderregelungen für die Berufsausübung gemäß Art. 33 Abs. 5 GG möglich. Hieraus ergibt sich der Tenor der Entscheidung: Die Bestimmungen der DONot sind für die Notarinnen und Notare als Ausfluss des in § 93 BNotO normierten Rechtes und der Pflicht zur Aufsicht über die Amtsführung der Notare verbindlich.

1. Zwischen der Beratung über Fiskalpakt und Europäischen Rettungsschirm und dem Urteil über die menschenwürdige Alimentierung von Asylbewerbern hat das BVerfG auch über die seit November 2009 anhängige Verfassungsbeschwerde zu § 10 Abs. 3 Satz 1 DONot beraten und entschieden. Ein schleswig-holsteinischer Anwaltsnotar wollte festgestellt wissen, dass er in seinen Grundrechten verletzt sei, wenn ihm im Wege einer Aufsichtsmaßnahme – nicht durch förmliches Gesetz – auferlegt wird, Buchungen im Verwahrungsbuch und im Massenbuch unter dem Datum einzutragen, an dem ihm der Kontoauszug zugeht, und nicht unter dem Wertstellungsdatum.

Zu diesem „bemerkenswerten“ Anliegen, mit welchem sich neben dem aufsichtsführenden Landgerichtspräsidenten insgesamt 13 Berufsrichter und drei ehrenamtliche Richter im Notarsenat des OLG, dem Notarsenat des BGH sowie im ersten Senat des BVerfG beschäftigten, ist nun eine tatsächlich bemerkenswerte Entscheidung des BVerfG ergangen.

2. Im Rahmen der Zulässigkeit hatte das BVerfG zunächst zu prüfen, ob die Aufforderung des Landgerichtspräsidenten, sich entsprechend der einschlägigen Vorschrift der Dienstordnung für Notarinnen und Notare (DONot) zu verhalten, überhaupt eine belastende Wirkung hat. Hierzu stellt das BVerfG fest, für den Beschwerdeführer ergebe sich aus der an ihn gerichteten – die Anordnung der DONot wiederholenden – Einzelweisung eine spezifische Belastung und eigenständige rechtliche Beschwer, da die erteilte Weisung ohne Anfechtung in Bestandskraft erwachse. Das BVerfG hält die Verfassungsbeschwerde jedoch für unbegründet, weil die Weisung den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten verletzt. Dabei lässt das BVerfG offen, ob angesichts der nur geringfügigen Eingriffswirkung eine Berufung auf den Schutz der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG überhaupt durchgreifen könne. Jedenfalls genüge der Eingriff verfassungsrechtlichen Anforderungen. Insbesondere gebe es eine ausreichende gesetzliche Grundlage.

Die Auffassungen zur Rechtsnatur der DONot und der Grundlage ihres Geltungsanspruches haben sich im Laufe der Zeit

¹ MittBayNot 2012, 497 (in diesem Heft).

gewandelt. Stellte der BGH früher nur auf die Organisationsgewalt des Staates ab,² so setzte sich im Laufe der Zeit die Auffassung durch, die Vorschriften der Dienstordnung seien Ausfluss des Aufsichtsrechtes, welches in der Bundesnotarordnung in §§ 92 ff. geregelt ist.³ Diesen Ansatz vollzieht das BVerfG nunmehr nach und stellt fest, dass das in § 93 BNotO normierte Aufsichtsrecht nicht nur Einzelmaßnahmen rechtfertigt, sondern auch die Möglichkeit eröffnet, Sachverhalte durch allgemeine Weisung zu regeln. Die DONot als ein Mittel zur Kontrolle notarieller Amtsführung kann ihre Verbindlichkeit als Aufsichtsmaßnahme mit generellem Geltungsanspruch somit aus § 93 BNotO herleiten.

Auch den Einwand, die Vorschriften der DONot seien in den einschlägigen Materien deshalb unbeachtlich, weil der Satzungscompetenz der Notarkammern nach § 67 Abs. 2 Satz 3 BNotO eine Sperrwirkung für abweichende Regelungen im Rahmen der Aufsicht zukomme,⁴ lässt das BVerfG nicht gelten. Die berufliche Selbstverwaltung der Notare darf nicht dazu führen, dass die unmittelbare staatliche Aufsicht über die notarielle Amtsführung eingeschränkt oder behindert wird.⁵ Das gilt unabhängig davon, ob eine den Buchungsanforderungen der DONot widersprechende Satzungsregelung besteht, was derzeit nicht der Fall ist.

3. Der Beschluss des BVerfG betrifft unmittelbar nur die Buchungsvorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 1 DONot. Das Aufsichtsrecht und die Pflicht zur Prüfung der Amtsführung umfassen gemäß § 93 Abs. 2 BNotO ausdrücklich die Führung und Aufbewahrung der Bücher, Verzeichnisse und Akten. Wenn das Gesetz von der Führung von Büchern ausgeht, so lassen die Aufsichtsbefugnisse auch Anweisungen zu Aufbau, Inhalt und sonstigen Details der Führung dieser Bücher zu. Daraus folgt umgekehrt, dass der Befund des BVerfG nicht unbesehen auf sämtliche Vorschriften der DONot übertragen werden kann, die sich nicht mit der Führung von Büchern und Verzeichnissen befassen. Solche anderen Vorschriften der DONot stützen sich zwar als generelle Anordnungen auf die Befugnis zur Aufsicht, finden aber ihre materielle Grundlage nicht unmittelbar darin, sondern in anderen Bestimmungen der Bundesnotarordnung oder des Beurkundungsgesetzes, die einer Ausformung bedürfen.⁶ Das BVerfG bestätigt in diesem Zusammenhang nochmals seine ständige Rechtsprechung, dass es den Fachgerichten weder durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG noch durch Art. 20 Abs. 3 GG verwehrt ist, gesetzliche Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen und auf diese Weise eine dem Gesetzesvorbehalt genügende Rechtsgrundlage zu gewinnen.

4. Die Bedeutung des Beschlusses des BVerfG geht über die entschiedene Sachfrage weit hinaus und kann für den Status des Notars im System der deutschen Rechtspflege nicht hoch genug eingeschätzt werden. Das Gericht nimmt die

Verfassungsbeschwerde zum Anlass, seine Einschätzung der Auswirkungen darzustellen, die das Urteil des EuGH vom 24.5.2011, C-54/08,⁷ auf die deutsche Notariatsverfassung hat. Schon der EuGH selbst betont, dass er nur über die ihm vorgelegte Rüge zu entscheiden hatte, wonach die Beschränkung des Zugangs zum Notarberuf auf deutsche Staatsangehörige mit Unionsrecht nicht vereinbar sei. Dieser Rüge hat er stattgegeben. Im Übrigen entnimmt das BVerfG dem Urteil des EuGH nichts, was die Schlussfolgerung zuließe, dass der Notar als Amtsträger tot ist.⁸ Denn der EuGH trifft ausdrücklich keine Aussage über die Einordnung der Berufsausübung von Notaren nach den Maßstäben der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.

Wenn das BVerfG in dem Beschluss vom 19.6.2012 die Stellung des Notars im deutschen Rechtssystem beschreibt, bezieht es sich auf früheste Entscheidungen zur deutschen Notariatsverfassung unmittelbar nach Erlass der Bundesnotarordnung im Jahr 1961 und macht auf diese Weise die durch das Urteil des EuGH vom 24.5.2011 ungebrochene Kontinuität seiner Rechtsprechung deutlich. Danach ist die Notartätigkeit Amtstätigkeit, die eine sachliche Nähe zum öffentlichen Dienst bedingt und Sonderregelungen für die Berufsausübung und den Berufszugang im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG ermöglicht. Solche Sonderregelungen können nicht nur die Zahl der verfügbaren Stellen, sondern auch die Bedingungen zur Ausübung des Berufes betreffen. Das BVerfG nimmt damit die Aussage des EuGH in dem genannten Urteil ernst, wonach die Entscheidung weder den Status und die Organisation des Notariats in der deutschen Rechtsordnung betrifft noch die Voraussetzungen, die neben der Staatsangehörigkeit für den Zugang zum Beruf des Notars in Deutschland bestehen.⁹

Die Ausgestaltung des Notarberufs in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ist Aufgabe des deutschen Gesetzgebers. Dieser hat einen staatlich gebundenen Beruf geschaffen. Dem Notar ist ein öffentliches Amt übertragen, mit der Ausübung des Amtes sind Aufgaben im Bereich vorsorgender Rechtspflege verbunden, die als Staatsaufgaben anzusehen und nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sind. Hieran ändert sich nichts dadurch, dass die hoheitlichen Aufgaben des Notars keine Befugnisse vermitteln, die als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV anzusehen wären, wie der EuGH in seinem Urteil vom 24.5.2011 festgestellt hat. Ausgehend von seiner europafreundlichen Grundeinstellung legt der EuGH dieses Tatbestandsmerkmal äußerst restriktiv aus. Es muss wohl so verstanden werden, dass Mindestvoraussetzungen für die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV die Ausübung unmittelbaren Zwanges und das Tätigwerden ohne Zutun des von dem hoheitlichen Handeln betroffenen Bürgers sind. Neben der Amtsausübung der Notare fallen dann weite Teile unmittelbaren staatlichen Handelns aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift heraus. Das BVerfG bestätigt den auch aus früherer Rechtsprechung des EuGH abzuleitenden Befund, dass es Tätigkeiten gibt, die zwar hoheitlich sind, die aber dennoch die spezifische Schwelle des Art. 51 AEUV nicht überschreiten.¹⁰

5. Welche Schlussfolgerungen sind nun aus der besprochenen Entscheidung über die Tatsache hinaus, dass der Tag der

² Ähnlich noch *Harborth/Lau*, DNotZ 2002, 428; ihnen folgend *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 5. Aufl., vor § 1 DONot Rdnr. 17.

³ Grundlegend *Kanzleiter*, DNotZ 1972, 519; BGH in der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung NotZ 6/09, ZNotP 2010, 37 m. w. N.; *Schippel/Bracker*, BNotO, 9. Aufl., vor § 1 DONot Rdnr. 2; *Eylmann/Vaasen/Wilke*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., vor § 1 DONot Rdnr. 1.

⁴ *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 6. Aufl., § 14 Rdnr. 24, im Anschluss an *Maaß*, ZNotP 2002, 217, 330; einschränkend aber ähnlich *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 5. Aufl., vor § 1 DONot Rdnr. 18, 19; *Weingärtner/Gassen*, DONot, 11. Aufl., Einl. Rdnr. 3.

⁵ Ebenso *Schippel/Bracker*, BNotO, 9. Aufl., vor § 1 DONot Rdnr. 6.

⁶ Vgl. auch *Schippel/Bracker*, BNotO, 9. Aufl., vor § 1 DONot Rdnr. 4.

⁷ U. a. abgedruckt in DNotZ 2011, 462, und NJW 2011, 2941; ausführliche Analyse dazu bei *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481.

⁸ So wörtlich aber *Heinz*, AnwBl 2011, 664.

⁹ EuGH, Rs C-54/08, Rdnr. 75.

¹⁰ So schon *Fuchs*, EuZW 2011, 468, 476 m. w. N.

Buchung von Zahlungsein- und -ausgängen im Aufsichtswege dem Notar ohne Verletzung seiner Grundrechte vorgeschrieben werden darf, für das sonstige Berufsrecht zu ziehen?

Die ausschließlich die Berufsausübung des Notars regelnden Vorschriften des notariellen Berufsrechtes behalten auch nach der Entscheidung des EuGH vom 24.5.2011 uneingeschränkt ihre Geltungskraft. Das ergibt sich aus dem unveränderten Eingebundensein des Notaramtes in die innerstaatliche Rechtspflege. In die ungebrochene Kontinuität seiner rechtlichen Beurteilung bezieht das BVerfG ausdrücklich die die Berufsausübung regelnden gesetzlichen Vorschriften und die darüber hinausgehenden generellen aufsichtlichen Weisungen ein.

Ein Konflikt der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit mit Vorschriften, die lediglich die Ausübung eines Berufes betreffen, ist ohnehin kaum denkbar. Sie binden jedermann, der den Beruf zulässigerweise ausübt, auch den Berufsträger, dem der Zugang zu dem Beruf aufgrund Unanwendbarkeit beschränkender nationalstaatlicher Vorschriften im Gegensatz zu früher gewährt werden muss. Zu den die Berufsausübung regelnden Bestimmungen gehören die einschlägigen Bestimmungen der Bundesnotarordnung, des Beurkundungsgesetzes, ggf. der Ausführungsverordnungen der Länder und der in Ausübung ihrer Satzungsautonomie von den Notarkammern erlassenen Richtlinien. Als Ausfluss des Rechtes – und der Pflicht – zur Aufsicht über die Notare gehören zu den die Berufsausübung betreffenden Regelungen aber auch, so der Beschluss des BVerfG, die allgemeinen Weisungen zur formalen Abwicklung von Amtsgeschäften und zur Organisation des Bürobetriebes, die in der DONot niedergelegt sind. Das gilt selbstverständlich nur, soweit diese allgemeinen Weisungen als Elemente der Aufsicht verstanden werden können oder die entsprechende Vorschrift der DONot sich auf eine andere Bestimmung des Gesetzesrechtes zurückführen lässt.

Mit der Feststellung, dass das Notariat in der deutschen Rechtsordnung unverändert als Teil der Rechtspflege anzusehen ist und seine Aufgaben richterlichen Funktionen nahe kommen, stellt die besprochene Entscheidung darüber hinaus auch für den Berufszugang und die Notariatsverfassung klar, dass sie wie die Berufsausübung mithin aus europarechtlicher Sicht der alleinigen Organisationshoheit des Mitgliedstaates unterliegen.¹¹ Hierbei stehen dem Mitgliedstaat weite Ermessens- und Wertungsspielräume zur Ausgestaltung seines nationalen Systems zu.¹² Ebenso wie die Anzahl, Verteilung und Größe der staatlichen Gerichte der alleinigen Organisationsentscheidung des Mitgliedstaates überlassen sind, kann und darf dieser allein auch darüber befinden, an welchen Standorten und wie viele Notare er bestellen will. Die staatliche Organisationshoheit für die Rechtspflege schließt einen Konflikt mit europarechtlichen Grundfreiheiten in diesen Fragen auch bezüglich der Niederlassungsfreiheit aus.

Die Einordnung der Notartätigkeit als Erfüllung von Staatsaufgaben und ausschließlich hoheitliche Tätigkeit – vom BVerfG aufgrund des Streitgegenstandes ausdrücklich nur für die Verwahrungstätigkeit bestätigt – zwingt weiter zu der Schlussfolgerung, dass die Notartätigkeit auf die Grenzen des Staates beschränkt ist, von dem sich die Hoheitsaufgaben des Notars ableiten. Die Abwicklung von Verwahrungsgeschäften und die Errichtung von öffentlichen Urkunden sind dem deutschen Notar außerhalb des deutschen Staatsgebietes verwehrt.

¹¹ Vgl. BVerfG, 2 BvE 2/08 (Lissabon-Vertrag), Rdnr. 368 = NJW 2009, 2267.

¹² Nachweise bei *Fuchs*, EuZW 2011, 468, 476.

Ebenso kann die deutsche Rechtsordnung die Ausübung von Notartätigkeit durch einen in einem anderen Mitgliedstaat bestellten Notar im Inland nicht als Ausübung deutscher Staatsgewalt ansehen, so dass derartigen Urkunden zumindest im deutschen Rechtsraum die Anerkennung als öffentliche Urkunden versagt bleiben muss. Hierin liegt keine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit deutscher oder ausländischer Notare im Sinne von Art. 56 AEUV, da die Ausdehnung einer Befugnis der öffentlichen Gewalt über das nationale Hoheitsgebiet hinaus nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt.¹³

6. Nach Analyse des besprochenen Beschlusses stellt sich die Frage, ob es den Aufwand wert war, sich über mehr als ein Dezennium dafür einzusetzen, dass die aus der Sicht der deutschen Rechtsordnung hoheitliche Amtstätigkeit des Notars auch im Sinne des Art. 51 AEUV als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen ist, nachdem sich die unmittelbaren Auswirkungen der gegenteiligen Auffassung des EuGH auf den Wegfall des Staatsangehörigkeitsvorbehaltes beschränken. Die Antwort – ein uneingeschränktes Ja – gibt der EuGH in seinem Urteil vom 24.5.2011 selbst. Er betont und stellt mehrfach ausdrücklich fest, dass seine Entscheidung sich auf die Frage des Staatsangehörigkeitsvorbehaltes beschränkt. Dazu hätte wenig Veranlassung bestanden ohne die vehemente und ausdauernde Erläuterung und Verteidigung des Amtscharakters der Notartätigkeit durch alle Regierungen der Länder mit lateinischem Notariat und die Berufsorganisationen. Demnach könnte man den Entscheidungstenor des Urteils vom 24.5.2011 auch so fassen:

(1) „Einen Staatsangehörigkeitsvorbehalt soll es nicht mehr geben, und zwar so weitestgehend wie irgend möglich.“ Um das zu erreichen, wird das Tatbestandsmerkmal des Art. 51 AEUV, dass eine Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei, auf das Engste begrenzt. Besonders deutlich wird das für die österreichischen Notare, weil selbst deren Aufgaben als Gerichtskommissär im Verlassenschaftsverfahren nicht darunter fallen sollen. Es umfasst wohl im Wesentlichen nur noch die Steuererhebung, die Zwangsvollstreckung – schon bei der Titulierung beginnen die Zweifel –, die Strafvollstreckung, Polizei und Militär.

(2) „Im Übrigen kann jeder Mitgliedstaat sein Rechtspflegesystem und damit auch sein Notariat nach eigener Tradition und Wertung organisieren.“ Denn außerhalb des Staatsangehörigkeitserfordernisses für den Berufszugang tangiert es die europarechtliche Niederlassungsfreiheit nicht, wenn der Beruf des Notars mit Beschränkungen im Zugang, im Ort der Amtsausübung, in der Freiheit der Ausgestaltung der Tätigkeit und auch beim Entgelt verbunden ist, weil nach innerstaatlichem Recht der Notar Hoheitsaufgaben des Mitgliedstaates erfüllt. Alle diese Regelungen müssen nur gleichermaßen für die Angehörigen aller Mitgliedstaaten gelten. Wenn der EuGH ausdrücklich betont, ohne dass der Streitgegenstand dazu gezwungen hätte, zwingende Gründe des Allgemeininteresses könnten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgrund der Besonderheiten der notariellen Tätigkeit rechtfertigen,¹⁴ so setzt er allerdings etwas voraus, was erst noch zu beweisen wäre und durchaus zweifelhaft ist, nämlich dass die Vorschriften des Berufsrechtes grundsätzlich geeignet wären, die Niederlassungsfreiheit einzuschränken.¹⁵

¹³ So wörtlich für KFZ-Prüfstellen EuGH, Rs. C-55/93, Rdnr. 16; vgl. auch *Preuß*, ZNotP 2011, 322, 326, *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481, 484.

¹⁴ EuGH, Rs C-54/08, Rdnr. 98.

¹⁵ Hierzu zweifelnd *Preuß*, ZNotP 2011, 322, 324 f.

Jedenfalls zählt auch nach der Rechtsprechung des EuGH die Sicherung einer qualitativ hochwertigen Rechtspflege zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses.¹⁶ Es ist Aufgabe des innerstaatlichen Gesetzgebers, Staatsaufgaben so auszugestalten, dass sie im Rahmen der Verfassungsordnung im Dienste des Allgemeinwohls bestmöglich erfüllt werden. Wenn die Rechtsordnung einerseits bestimmt, dass bestimmte Rechtsgeschäfte nur unter Mitwirkung eines Notars wirksam vorgenommen werden können, so schafft sie andererseits mit der Ausgestaltung ihres Notariates die Voraussetzungen, die dem Bürger die Einhaltung des Gesetzesbefehls ermöglichen. Hierzu muss das Notariat so organisiert sein, dass die Leistung eines Notars von jedermann zu angemessenen Preisen in zumutbarer Entfernung eingefordert werden kann. Durch strenge Auswahlkriterien und die permanente Aufsicht über die Amtsführung der Notare sowie durch ihre Bindung an den Amtsbereich, für dessen Versorgung mit notariellen Leistungen sie jeweils bestellt sind, stellt der Staat sicher, dass die Aufgaben des Notars im ganzen Staatsgebiet von qualifizierten Amtsträgern wahrgenommen werden, auf deren korrekte und unparteiliche Amtsführung der Bürger vertrauen darf. Gerade die laufende Aufsicht über die Amtsführung der Notare und das Wissen um ihre sorgfältige Auswahl rechtfertigen das Vertrauen des Bürgers auf deren Leistungserbringung und im Übrigen auch das Vertrauen anderer Staaten auf die inhaltliche Richtigkeit notarieller Urkunden, die weitgehend gegenseitig anerkannt werden.¹⁷ Dass Regeln, die den Berufszugang, Ort und Art der Berufsausübung einschränken, gleichzeitig die Freiheit nehmen, sich auch anders, sozusagen beliebig zu verhalten, ist Regeln immanent. Sie

sind aber unverzichtbar, soweit sie dazu dienen, die sachgerechte Erfüllung der den Notaren übertragenen Staatsaufgaben sicherzustellen. Ein vergleichbarer Freiraum in der Berufsausübung wie für klassische freie Berufe kann dem Notar nicht gewährt werden, ohne die Funktionsfähigkeit der Rechtspflegeeinrichtung Notariat zu gefährden.

7. Der besprochene Beschluss des BVerfG bestätigt zusammenfassend die Einschätzung, dass nach dem Urteil des EuGH vom 24.5.2011 keine Veranlassung besteht, die innerstaatliche Einordnung der Notartätigkeit als staatlich gebundenen Beruf aufzugeben und Sonderregelungen für die Berufsausübung in Anlehnung an Art. 33 Abs. 5 GG nicht mehr für gerechtfertigt zu halten.¹⁸

Mit oder ohne EuGH-Urteil und BVerfG-Beschluss bleibt die zeitlich unbegrenzte Aufgabe, das Berufsrecht an allgemeine gesellschaftliche und rechtliche Entwicklungen und die Herausforderungen veränderter Lebensverhältnisse und Techniken dort anzupassen, wo es den Entwicklungen und Veränderungen nicht mehr gerecht wird. Das kann ohne den Druck eines Unwirksamkeitsurteils oder europarechtliche Diskriminierungsvorwürfe geschehen und dadurch zu besseren Ergebnissen führen. Aufgabe der berufsständischen Organisationen des Notariates wird es unverändert sein, an der Prüfung, Anpassung und Fortentwicklung des Berufsrechtes mitzuwirken und sich bei Einschränkungen grundrechtlich geschützter Freiheiten durch berufsrechtliche Regulierung auf den Umfang zu beschränken, der für die Funktionsgewährleistung der Rechtspflegeeinrichtung Notariat erforderlich ist.

¹⁶ EuGH, Rs. C-3/95, insbesondere Rdnr. 36

¹⁷ Zu Recht betont von *Fuchs*, EuZW 2011, 468, 476.

¹⁸ So in unmittelbarer Reaktion auf das Urteil des EuGH aber *Ritter*, EuZW 2011, 707; *Hamacher*, AnwBl 2011, 913; *Schmidt/Pinkel*, NJW 2011, 2928.

Gemeinschaftsordnung und Bauträgervertrag bei Betreutem Wohnen*

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

Die demografische Entwicklung macht sich auch in den Wohnformen bemerkbar: Viele Senioren benötigen eine Wohnung, in der sie vollständig versorgt werden und in der ihnen auch die erforderliche Pflege gewährt werden kann. Andere wiederum können nach wie vor einen eigenen Haushalt führen, brauchen hierfür jedoch diverse Hilfen zur Aufrechterhaltung der Selbständigkeit. Für diesen Personenkreis hat sich das Konzept des „Betreuten Wohnens“ herausgebildet. Es wird vielfach auch in der Rechtsform des Wohnungseigentums angeboten. Die Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer erfordert hierfür besondere Inhalte, wie auch der Bauträgervertrag ergänzende Regelungen benötigt.

I. Zielsetzung und Abgrenzung des Betreuten Wohnens zum „Heimgesetz“

1. Homogene Bewohnerstruktur im Betreuten Wohnen

Als eine neue und immer populärer werdende Form des Wohnens hat sich in den letzten Jahren das „Betreute Wohnen“ herausgebildet. Ziel dieser Wohnform ist es, den Umzug älterer Menschen in Alten- und Pflegeheime zu verhindern oder jedenfalls so lange als möglich hinauszuschieben. Wichtigstes Kennzeichen des betreuten Wohnens ist, dass der Bewohner

nach wie vor einen eigenen Haushalt führt.¹ Weiteres Kennzeichen des betreuten Wohnens ist, dass für die Bewohner ständige Hilfe verfügbar ist oder jedenfalls vermittelt werden kann. Dies wird über eine rund um die Uhr besetzte Notruf-einrichtung erreicht. Zu den Standardleistungen gehören täg-

* Dem Aufsatz liegt das Manuskript zu Grunde, das der Verfasser bei seinem Vortrag anlässlich des Symposiums des Institutes für Notarrecht an der Universität Würzburg am 3. Mai 2012 verwendet hat.

¹ *Drasdo* in *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 5. Aufl. 2010, Rdnr. A 1002; vgl. *Harsch*, MietRB 2007, 302; *Forst*, RNotZ 2003, 293 rechte Spalte; *Pauly*, ZMR 2008, 864.

liche Wohlbefindlichkeitskontrollen, Vermittlung von Handwerker, Beratung in sozialen Angelegenheiten, Vermittlung von Pflegehilfsmitteln und von Hausbesuchen durch Pflegepersonal, Lieferung von „Essen auf Rädern“ oder gastronomische Dienstleistungen, reinigen von Wohnung und Wäsche sowie barrierefreie Bauweise der Wohnanlage.² Um diese Leistungen erbringen zu können, sind in den Gebäuden umfangreiche Räumlichkeiten für medizinische, sportliche, kulturelle oder freizeitmäßige Gemeinschaftseinrichtungen erforderlich. Sie werden diversen Dienstleistern (meist auf mietvertraglicher Basis) zur Nutzung überlassen (z. B. Montag Arzt, Dienstag Physiotherapeut etc.). Ferner müssen Pflegedienste zur Verfügung stehen.

Der finanzielle Aufwand für alle Betreuungseinrichtungen und Betreuungsunternehmen ist für den einzelnen Bewohner umso günstiger, je mehr Personen die Leistungen in Anspruch nehmen. Die Initiatoren von Anlagen für das Betreute Wohnen wünschen deshalb, dass eine solche Bewohnerstruktur rechtlich gesichert wird, welche die angebotenen Leistungen zumindest potentiell benötigt,³ wobei darüber hinaus im Interesse einer Kostenoptimierung auch eine Abnahmepflicht angestrebt wird. Eine gesetzliche Regelung, wie das „Betreute Wohnen“ ausgestaltet wird, gibt es nicht.

2. Differenzierung Betreutes Wohnen/Bewohner eines Heimes

Das Heimgesetz (in der Fassung der Bekanntmachung vom 5.11.2001, BGBl I, S. 2970) war zunächst ein Bundesgesetz. Es enthielt in § 1 Abs. 2 eine Ausschlussregelung für Rechtsverhältnisse, auf die es nicht anwendbar ist. Danach begründete die Tatsache, dass ein Vermieter von Wohnraum durch Verträge mit Dritten oder auf andere Weise sicherstellt, dass den Mietern Betreuung und Verpflegung angeboten werden, für sich allein nicht die Anwendung des Heimgesetzes. Dies galt auch dann, wenn die Mieter vertraglich verpflichtet sind, allgemeine Betreuungsleistungen wie Notrufdienste oder Vermittlung von Dienst- und Pflegeleistungen von bestimmten Anbietern anzunehmen und das Entgelt hierfür im Verhältnis zur Miete von untergeordneter Bedeutung ist. Nach § 1 Abs. 2 Satz 3 war das Gesetz jedoch anzuwenden, wenn die Mieter vertraglich verpflichtet sind, Verpflegung und weitergehende Betreuungsleistungen von bestimmten Anbietern anzunehmen.⁴ Durch die Föderalismusreform ist das Recht der „Heimunterbringung“ auf die Länder übergegangen. Gemäß Art. 125a Abs. 1 GG galt das bisherige Heimgesetz als Bundesrecht in den Bundesländern fort, konnte aber dort durch eigene Gesetze ersetzt werden. Hiervon hat z. B. Bayern mit dem Pflege- und Wohnqualitätsgesetz vom 8.7.2008 (GVBl, S. 346) Gebrauch gemacht. In Art. 2 Abs. 2 dieses Gesetzes ist der Begriff des „Betreuten Wohnens“ erstmals in einem Gesetz verwendet. Die Vorschrift besagt, dass das Gesetz nicht anzuwenden ist, wenn ein Mieter oder ein Käufer vertraglich lediglich dazu verpflichtet wird, allgemeine Betreuungsleistungen wie Notrufdienste, die Vermittlung von Dienst- und Pflegeleistungen oder Informationen und Beratungsleistungen (Grundleistungen) von bestimmten Anbietern anzunehmen und die über die Grundleistungen hinausgehenden Betreuungs- und Pflegeleistungen (Zusatzleistungen) von den Bewohnern frei wählbar sind. Zwischenzeitlich hat jedoch der Bundesgesetzgeber wieder von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht und das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz vom

29.7.2009 (BGBl I, S. 2319) erlassen.⁵ Nach § 1 Abs. 1 Satz 3 des WBVG ist das Gesetz jedoch nicht anzuwenden, wenn der Vertrag neben der Überlassung von Wohnraum ausschließlich die Erbringung von allgemeinen Unterstützungsleistungen sowie die Vermittlung von Pflege- oder Betreuungsleistungen, Leistungen der hauswirtschaftlichen Versorgung oder Notrufdiensten zum Gegenstand hat.

Sachlich hat sich an dem Begriff des „Betreuten Wohnens“ durch die genannten verschiedenen Gesetze nichts geändert. Entscheidendes Kriterium für Betreutes Wohnen ist nach wie vor die Selbständigkeit des Bewohners, die sich in der Führung eines eigenen Haushaltes ausdrückt. Eine vertragliche Verpflichtung der Bewohner zur Abnahme von allgemeinen Betreuungsleistungen wie Notrufdiensten oder Vermittlung von Dienst- und Pflegeleistungen von bestimmten Anbietern oder hausmeisterlichen Diensten unterfällt nicht der Gesetzgebung über Heime, weder nach Bundesrecht noch nach Landesrecht.⁶ Es wird erst anwendbar, wenn die Eigentümer/Mieter vertraglich verpflichtet sind, Verpflegung und weitergehende Betreuungsleistungen von bestimmten Anbietern anzunehmen.⁷ Das Heimgesetz setzt eine erhöhte Abhängigkeit des Bewohners vom Leistungsspektrum des Heimbetreibers voraus, wobei faktisch der gesamte Lebensbedarf des Bewohners betroffen sein muss.

II. Wohnungseigentumsrechtliche Umsetzung

Wichtigstes Kennzeichen einer Anlage, die dem Betreuten Wohnen dient, ist, dass eine rechtlich gesicherte homogene Bewohnerstruktur vorhanden ist.

1. Gebrauchsregelung bezüglich Sonder- und Gemeinschaftseigentum

Wohnungseigentumsrechtlich kann dies folgendermaßen erreicht werden: Nach § 15 Abs. 1 WEG kann der Gebrauch des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums durch Vereinbarung (über § 8 WEG auch durch den teilenden Eigentümer allein) geregelt werden. Regelungsinhalt kann bezüglich des Gebrauchs alles sein, was nicht gegen höherrangiges Recht oder die guten Sitten verstößt.⁸ Danach kann die Benutzung der Einheiten Personen ab einem bestimmten Alter oder einer bestimmten Betreuungsbedürftigkeit vorbehalten bleiben.⁹ Für Eigentümer, die nicht zu diesem Personenkreis gehören, kann als Regelung zur Benutzung des Sondereigentums eine Vermietungspflicht begründet werden, auch an einen gewerblichen Zwischenmieter.¹⁰ In Betracht kommt auch ein Vormietrecht für Personen, die zur Nutzung der Anlage berechtigt sind.

⁵ Abgedruckt und kommentiert in *Palandt/Weidenkaff*, 71. Aufl. 2012, S. 2801 ff.

⁶ *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 194.

⁷ DNotI-Report 2002, 7.

⁸ *Staudinger/Kreuzer*, § 15 WEG Rdnr. 9.

⁹ BGH, NJW 2007, 213; *Klein*, ZWE 2007, 470; *Kahlen*, ZMR 2007, 671; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 193; *Hügel/Scheel*, Rechts-handbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 6 Rdnr. 25 ff.; *Klein in Bärmann*, WEG, 11. Aufl. 2010, § 10 Rdnr. 20; *Forst*, RNotZ 2003, 295 linke Spalte; *Pauly*, ZMR 2008, 866.

¹⁰ *BayObLG*, DNotI-Report 1998, 140 – Nutzung als Ferienhäuser mit Vermietungsverpflichtung; *BayObLG*, WuM 1994, 156 – Studentenheim –; *Staudinger/Kreuzer*, § 10 WEG Rdnr. 129, § 15 Rdnr. 72; *MünchKommBGB/Commichau*, § 10 WEG Rdnr. 31. Zur Regelung mittels einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit siehe *BGH*, DNotZ 2003, 533.

² *Pauly*, ZMR 2008, 864.

³ *Pauly*, ZMR 2008, 865 rechte Spalte.

⁴ Vgl. hierzu auch BGH, NJW 2005, 2008.

2. Öffnungsklausel bezüglich Gebrauchsregelung

Nutzungsfestschreibungen, die für ewige Zeiten gelten, wie hier das Betreute Wohnen, können im Laufe der Zeit wirtschaftlich problematisch werden. Es können Umstände eintreten, die ein der Nutzungsfestschreibung entsprechendes Angebot als nicht konkurrenzfähig aussehen lassen. Es empfiehlt sich deshalb, eine Öffnungsklausel für andere Nutzungen vorzusehen, falls sich die vorgesehene Nutzung nicht mehr realisieren lässt. Erwägenswert ist es auch, dem Eigentümer der leer stehenden Einheit nach einer gewissen Zeit eine zeitlich befristete Entschädigung für weiteren Leerstand zu gewähren. Danach sollte die Einheit für eine andere Nutzung, die das Betreute Wohnen am wenigsten stört, freigegeben werden.¹¹ Erwägenswert ist es auch, für den Fall, dass die Einheit von mehreren Personen bewohnt wird und nur eine von ihnen das Anforderungsprofil des Betreuten Wohnens erfüllt, der anderen Person das weitere Wohnen zu ermöglichen.¹²

Zu überlegen ist auch, ob die Zweckbestimmung für das Betreute Wohnen insgesamt durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss aufgehoben werden kann, wenn gemäß der vorstehend empfohlenen Öffnungsklausel bereits eine bestimmte Anzahl von Einheiten der allgemeinen Wohnnutzung dienen.¹³ Ein solcher Beschluss sollte jedoch mit Rücksicht auf diejenigen Bewohner, die nach wie vor „Betreutes Wohnen“ wünschen, nicht sofort in Kraft treten, sondern für diesen Personenkreis eine angemessene Übergangsfrist vorsehen, in der sich dieser neu orientieren kann.

Formulierungsvorschlag:

Die Wohnanlage dient dem seniorengerechten Wohnen mit der Zielsetzung, im Falle der Pflegebedürftigkeit eines Bewohners auf dessen Wunsch hin den Umzug in ein Pflegeheim nach Möglichkeit auszuschließen. Jedes Sondereigentum darf deshalb nur von Personen genutzt werden, die das 60. Lebensjahr vollendet haben oder die in Folge Erwerbsunfähigkeit Versorgungsbezüge erhalten – bei mehreren nutzenden Personen muss dies bei mindestens einer Person zutreffen – oder die pflegebedürftig im Sinne des Pflegeversicherungsgesetzes sind. Nutzt ein Wohnungseigentümer seine Einheit nicht persönlich, ist er verpflichtet, diese einer Person zur Nutzung zu überlassen, die einer der vorstehend beschriebenen Personengruppen angehört.

Ist eine nutzungsberechtigte Person verstorben, so ist eine andere Person, die mit dem Verstorbenen einen gemeinsamen Haushalt geführt hat, berechtigt, die Nutzung fortzusetzen, auch wenn in ihrer Person die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen.

Steht eine Einheit seit mindestens drei Monaten leer, weil eine Nutzung durch eine nutzungsberechtigte Person zu hausüblichen Bedingungen trotz nachgewiesener Bemühungen des Eigentümers nicht vereinbart wurde, so ist der Eigentümer berechtigt, die Einheit für allgemeine Wohnzwecke zu nutzen. Der Eigentümer hat die Voraussetzungen für diese Ausnahme dem Verwalter glaubhaft zu machen. Die Verpflichtung zur Kostentragung, auch soweit sie auf dem Betreuten Wohnen beruht, bleibt hiervon unberührt.

Die Wohnungseigentümer können mit einer Mehrheit von drei Viertel aller vorhandenen Stimmen beschließen, dass

die Zweckbestimmung der Wohnanlage für das Betreute Wohnen aufgehoben wird und diese zukünftig dem allgemeinen Wohnen dient. Der Beschluss wird erst wirksam nach Ablauf von zwei Jahren, nachdem er unanfechtbar wurde. Voraussetzung für eine dementsprechende Beschlussfassung ist, dass in der Wohnanlage aufgrund der vorstehenden Öffnungsklausel bereits mindestens die Hälfte aller Wohnungen für das allgemeine Wohnen freigegeben wurde.

Zur Herstellung und Erhaltung einer homogenen Bewohnerstruktur wird auch empfohlen, dem Betreuungsunternehmen ein Wohnungsbesetzungsrecht als beschränkt persönliche Dienstbarkeit einzuräumen oder zu dessen Gunsten eine dienstbarkeitsgesicherte Unterlassungsverpflichtung zu statuieren, die den Verpflichteten faktisch dazu zwingt, die Dienste eines bestimmten Unternehmens in Anspruch zu nehmen.¹⁴ Hiervon ist jedoch abzuraten, da diese Rechtseinräumungen zu einer Abhängigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft vom Betreuungsunternehmen führen. Wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeiten, wie sie durch eine Öffnungsklausel ermöglicht werden, werden durch solche Rechtseinräumungen zugunsten eines Außenstehenden unmöglich.

3. Gebrauchsregelung durch Beschluss

In Einrichtungen des Betreuten Wohnens sind häufig Räumlichkeiten vorgehalten, deren Benutzung durch die Eigentümer geregelt werden soll. Dabei handelt es sich meistens um Räumlichkeiten, die für verschiedene Dienstleistungen geeignet sind. Eine Festlegung der Nutzung durch Vereinbarung ist in diesen Fällen unzweckmäßig, da sie nicht flexibel genug ist, um entweder Bedürfnissen der Bewohner oder Möglichkeiten der Anbieter gerecht zu werden. Hier bietet § 15 Abs. 2 WEG die Möglichkeit der Beschlussfassung durch die Eigentümer zur Benutzungsregelung. Zuständig sind dabei die einzelnen Eigentümer, die eine Willensbildung in der Versammlung herbeiführen. Die Wohnungseigentümer beschließen dabei über das „Ob und Wie“, während der Vertragsschluss mit dem Anbieter von Dienstleistungen durch die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft erfolgt.¹⁵ Die Überlassung der Räume erfolgt regelmäßig auf mietvertraglicher Basis.

Formulierungsvorschlag:

Die im Aufteilungsplan dargestellten, im Erdgeschoss gelegenen Räume mit den Bezeichnungen „diverse Dienstleistungen“ stehen im gemeinschaftlichen Eigentum. Die Wohnungseigentümer beschließen, welche Dienstleistungsangebote zur Nutzung in diesen Räumen zugelassen werden. Es sollen nur solche Angebote zugelassen werden, für die voraussichtlich ein Bedarf durch die Bewohner der Anlage besteht, z. B. für eine Arztprechstunde, Physiotherapeut, Friseur, Bankberatung oder Unterhaltungsangebote. Nach Beschlussfassung durch die Eigentümerversammlung schließt der Verwalter namens der Eigentümergemeinschaft die entsprechenden Verträge mit den Anbietern ab.

III. Kostentragung, Abnahmepflicht?

Die Kostentragungspflicht für das erweiterte Gemeinschaftseigentum ergibt sich aus § 16 WEG. Danach können beispielsweise die Kosten der Notrufeinrichtung in gleicher

¹¹ Heinemann, MittBayNot 2002, 71 rechte Spalte, 72 linke Spalte; Forst, RNotZ 2003, 295 linke Spalte.

¹² Drasdo in Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 5. Aufl. 2010, Rdnr. 1022.

¹³ Zurückhaltend hier Forst, RNotZ 2003, 295 linke Spalte.

¹⁴ Forst, RNotZ 2003, 295.

¹⁵ Palandt/Bassenge, § 15 WEG Rdnr. 11.

Weise umgelegt werden wie die Kosten sonstiger Gemeinschaftseinrichtungen ohne Rücksicht darauf, ob die Einrichtung durch den einzelnen Eigentümer tatsächlich benutzt wird. Die Notrufeinrichtung unterfällt dem gemeinschaftlichen Eigentum, ausgenommen von der Abzweigung in die einzelne Wohnung hinein, die gemäß § 5 Abs. 1 WEG im Sondereigentum steht. Jeder Wohnungseigentümer ist verpflichtet, die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile (oder nach dem sonst vereinbarten Kostentragungsschlüssel) zu tragen, wobei die Nichtbenutzung einer Gemeinschaftseinrichtung durch einen Wohnungseigentümer nicht zu einer Kostenbefreiung führt.¹⁶ Da die Notrufeinrichtung in keinem Bezug zur Wohnungsgröße steht, bietet es sich an, ihre Kosten nach der Anzahl der angeschlossenen Wohnungen zu verteilen, also auf jede Wohnung einen gleich hohen Betrag. Vertragspartner für den Notrufservice ist die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Auf welche Weise die rechtsfähige Gemeinschaft Vertragspartner wird, wird im Abschnitt „Der Betreuungsvertrag“ dargestellt. Die Einrichtung dient der vereinbarten Nutzung der einzelnen Einheiten; ihre Vorhaltung im Gemeinschaftseigentum ist deshalb eine Verwaltungsmaßnahme.

Werden Betreuungs- und Pflegeleistungen im gemeinschaftlichen Eigentum angeboten (z. B. Essen in einem Restaurant), kommt eine Zahlungspflicht nur bei tatsächlicher Inanspruchnahme aufgrund Einzelvertrages in Betracht. Durch § 15 I WEG kann nur der *Gebrauch* des gemeinschaftlichen Eigentums geregelt werden, nicht jedoch eine Verbrauchs- und/oder Abnahmeverpflichtung statuiert werden. Insoweit wäre lediglich eine schuldrechtliche Abnahmeverpflichtung denkbar.

IV. Der Betreuungsvertrag

1. Verpflichtende Leistungen und Angebote

Zum Merkmal des Betreuten Wohnens gehört es, dass solche Leistungen angeboten werden oder Einrichtungen vorhanden sind, die den Bewohnern auch im Falle der Pflegebedürftigkeit das Weiterleben in dem Gebäude ermöglichen und keinen Umzug in ein Pflegeheim erzwingen (vgl. oben I.). Hierzu schließt der Bauträger mit einem Wohlfahrtsverband oder einem anerkannten Pflegedienst einen Betreuungsvertrag für die Anlage ab. Der Betreuungsvertrag enthält Leistungen der Grundversorgung, vor allem den Betrieb einer Notrufeinrichtung rund um die Uhr, die für alle Eigentümer verbindlich ist. Darüber hinaus enthält er ein Angebot an alle, auch künftigen Bewohner der Anlage, zum Bezug weiterer Leistungen, z. B. Pflegeleistungen nach dem Pflegeversicherungsgesetz oder „Essen auf Rädern“. Dieses Angebot ist für die Bewohner fakultativ; es kann, muss aber nicht angenommen werden.

2. Betreuungsvertrag und Nutzungsüberlassungsvertrag

Der Vertragsschluss erfolgt vor Verkaufsbeginn der Wohnungseigentumseinheiten, da den Kaufinteressenten das Leistungsprogramm bezüglich der Betreuung vorgestellt werden soll, da es für den Kaufentscheid mitbestimmend ist. Die Leistungen und Angebote aus dem Betreuungsvertrag werden dabei von dem Betreuungsunternehmen unter Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums erbracht. Dieses wird dem Betreuungsunternehmen mittels Überlassungsvertrages zur Nutzung zur Verfügung gestellt. Der Überlassungsvertrag

sollte dabei von dem Betreuungsvertrag abhängig gemacht werden, d. h. er endet, wenn, aus welchen Gründen auch immer, der Betreuungsvertrag endet.¹⁷

Als Vertragspartner des Betreuungsunternehmens kommen sowohl die einzelnen Wohnungseigentümer als auch die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft in Betracht. Vor der gesetzgeberischen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft – das war der 1.7.2007 – wurde angenommen, dass als dinglicher Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden kann, dass die Wohnungseigentümer zum Abschluss eines Betreuungsvertrages verpflichtet sind, um auf diese Weise die Grundlage für eine möglichst kostengünstige Betreuung zu schaffen.¹⁸ Der Betreuungsvertrag wurde danach als Komponente einer Gebrauchsregelung gemäß § 15 Abs. 1 WEG betrachtet, vergleichbar z. B. einer Vermietungsverpflichtung. Nach der gesetzlich festgeschriebenen Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft in § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG stellt sich die Frage, ob sich hieran etwas geändert hat. Zweifelsohne stellt der Abschluss des Betreuungsvertrages eine Verwaltungsmaßnahme dar. § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG bestimmt in diesem Zusammenhang, dass die Wohnungseigentümergeinschaft die gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer ausübt und die gemeinschaftsbezogenen Pflichten derselben wahrnimmt, ebenso sonstige Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer, soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können oder zu erfüllen sind. Bei den gemeinschaftsbezogenen Rechten und Pflichten der Wohnungseigentümer besteht dabei eine zwingende, die einzelnen Wohnungseigentümer verdrängende gesetzliche Zuständigkeit der Gemeinschaft. Man nennt dies auch eine „geborene Ausübungsbefugnis“.¹⁹ Dabei ist zu beachten, dass mit dieser Ausübungsbefugnis keine Rechtsübertragung einhergeht; Rechtsinhaber bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums sind nach wie vor die Wohnungseigentümer selbst. Nur die Ausübung der Eigentümerrechte geht bei der geborenen Ausübungsbefugnis kraft Gesetzes auf die rechtsfähige Gemeinschaft über. Durch den Betreuungsvertrag in Verbindung mit dem dazugehörigen Nutzungsüberlassungsvertrag wird die Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums entsprechend der Zweckbestimmung der Wohnanlage für das Betreute Wohnen geregelt. Das Interesse der Wohnungseigentümer verlangt eine einheitliche Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums zum Zwecke der Erreichung der Ziele des Betreuten Wohnens. Es liegt deshalb eine Gemeinschaftsbezogenheit gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG vor, aus der sich eine zwingende Zuständigkeit der rechtsfähigen Gemeinschaft ergibt.²⁰

3. Der Betreuungsvertrag als Verwaltungsmaßnahme der WEG

Seit der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist deshalb davon auszugehen, dass der Betreuungsvertrag von dieser abgeschlossen wird.²¹ Dies folgt aus § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG, da es sich bei der Frage der Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums um die Ausübung gemeinschaftsbezogener Rechte der Wohnungseigentümer handelt.

¹⁷ Heinemann, MittBayNot 2002, 76; Forst, RNotZ 2003, 298.

¹⁸ Klein in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 104; BGH, NJW 2007, 215 Rdnr. 15; Forst, RNotZ 2003, 295 f.; Pauly, ZMR 2008, 864.

¹⁹ Wenzel, NJW 2007, 1907.

²⁰ Vgl. Klein in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 248.

²¹ Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 6 Rdnr. 26.

¹⁶ BGHZ 184, 88 Rdnr. 31; BGHZ 92, 18; Staudinger/Bub, § 16 WEG Rdnr. 194 ff.; Palandt/Bassenge, § 16 WEG Rdnr. 2.

Das gemeinschaftliche Eigentum gemäß § 1 Abs. 5 WEG steht den Wohnungseigentümern persönlich zu (§ 10 Abs. 1 WEG) und nicht der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft. Diese verwaltet jedoch gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG das gemeinschaftliche Eigentum auf eigene Rechnung; die Mieterträge stehen ihr zu. Zur Nutzungsüberlassung an einen Dritten bedarf es zunächst eines Beschlusses der Wohnungseigentümerversammlung und alsdann auf dessen Grundlage des Abschlusses des Nutzungsvertrages.

Formulierungsvorschlag:

Die rechtsfähige Gemeinschaft nimmt diejenigen Rechts-handlungen vor, die zur Umsetzung des Zweckes der Wohnanlage als einer solchen, die dem „Betreuten Wohnen“ dient, erforderlich oder zweckmäßig sind. Dazu gehören der Abschluss und auch die Beendigung eines Betreuungsvertrages mit einem Betreuungsunternehmen, in dem die Dienstleistungen desselben zugunsten der Bewohner der Wohnanlage und auch evtl. weitere Angebote desselben geregelt werden. Der Abschluss eines Betreuungsvertrages erfolgt nach einer Ausschreibung der Leistungen, die in einer vorhergehenden Eigentümerversammlung definiert werden. Über die Vergabe entscheidet die Eigentümerversammlung.

4. Anfängliche Vertragsparteien des Betreuungsvertrages

Allerdings existiert diese rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durch den Bauträger einerseits und das Betreuungsunternehmen andererseits noch nicht. Zu diesem Zeitpunkt ist, wenn die Wohnungseigentumsbegründung gemäß § 8 WEG bereits durchgeführt ist, der Bauträger noch Alleineigentümer aller Einheiten. Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn man eine „Ein-Personen-Gemeinschaft“ als rechtsfähige Einheit auch im Gründungsstadium für möglich halten würde.²² Dieser Auffassung sollte jedoch nicht beigetreten werden. § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG bestimmt, dass das Verwaltungsvermögen des Verbandes der Wohnungseigentümergeinschaft auf den Eigentümer des Grundstücks übergeht, wenn sich sämtliche Einheiten in einer Person vereinigen. Damit geht das Gesetz davon aus, dass es keinen Verband mehr gibt, wenn er nicht mehrere Mitglieder hat.²³

Die rechtsfähige Gemeinschaft entsteht nach herrschender Meinung mit Eintragung einer anderen Person als den Bauträger als neuen Eigentümer bei zumindest einer Einheit; bis dahin kann, nach Invollzugsetzung der Wohnungseigentümergeinschaft, eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft bestehen. Das Fehlen eines rechtsfähigen Vertragspartners auf Seiten der Wohnungseigentümer schließt jedoch den Vertragsschluss nicht aus. Hier hilft die Rechtsfigur des Vertrages zugunsten Dritter gemäß § 328 Abs. 1 BGB. Hier ist anerkannt, dass die Rechte für die dritte Person auch erst eine geplante juristische Person betreffen können.²⁴ Es bestehen deshalb keine Bedenken, einen solchen Vertrag auch für eine künftig entstehende rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft abzuschließen. Der Vertrag zugunsten eines Dritten macht diesen nicht zum Vertragspartner, sondern

räumt ihm das Recht ein, die vereinbarte Leistung zu verlangen. Der Bauträger würde also bei dieser Konstellation auch nach einer Betriebsaufnahme in der Anlage des Betreuten Wohnens nach wie vor Vertragspartner des Betreuungsunternehmens bleiben. Dies ist weder vom Bauträger noch vom Betreuungsunternehmen und erst recht nicht von der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft gewollt.

5. Vertragsübernahme durch die WEG

Es ist deshalb in den Bauträgervertrag (Kaufvertrag) eine Regelung des Inhalts aufzunehmen, dass die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft Vertragspartner des Betreuungsunternehmens werden soll. Es ist eine Vertragsübernahme²⁵ (und nicht nur eine Forderungsabtretung) vorzusehen. Der Käufer verpflichtet sich deshalb bereits im Kaufvertrag gegenüber dem Verkäufer, in der ersten Eigentümerversammlung einer Beschlussfassung, die eine Vertragsübernahme durch die Eigentümergeinschaft vorsieht, zuzustimmen.²⁶ Der Verwalter ist gleichzeitig zu ermächtigen, in Ausführung dieses Beschlusses mit dem Betreuungsunternehmen die Vertragsübernahme zu vereinbaren. Zweckmäßigerweise nimmt er bereits bei seinem Vertragsabschluss mit dem Betreuungsunternehmen dessen Zustimmung zur Vertragsübernahme auf. Damit ist auch der Bauträger aus den diesbezüglichen Verpflichtungen entlassen. Dem Bauträger kommt also im Verhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft vorübergehend eine treuhänderische Funktion zu.

6. Der Betreuungsvertrag als Verbrauchervertrag

Für die möglichen Inhalte des Betreuungsvertrages ist es maßgebend, ob ein Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) vorliegt oder nicht. Entscheidend hierfür ist, ob die Wohnungseigentümergeinschaft Verbraucher (§ 13 BGB) oder Unternehmer (§ 14 BGB) ist. Die weit überwiegende Meinung nimmt an, dass die WEG als Verbraucher zu behandeln ist.²⁷ Zur Begründung wird (wieder einmal) eine Anleihe bei der Rechtslage zur GbR genommen. Dabei wird auf BGHZ 149, 82 ff. verwiesen, wo die Verbrauchereigenschaft der GbR bejaht wurde. Dies gelte auch für die Wohnungseigentümergeinschaft nach Anerkennung ihrer Teilrechtsfähigkeit.²⁸ Voraussetzung ist dabei sowohl bei der GbR als auch bei der Wohnungseigentümergeinschaft, dass das Rechtsgeschäft zu privaten Zwecken vorgenommen wurde, die nicht einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Diese Voraussetzung ist in Bezug auf den Betreuungsvertrag gegeben. Vergleicht man allerdings die WEG mit dem Idealverein, der stets Unternehmer ist,²⁹ so ist das Ergebnis auf den ersten Blick verwunderlich. Die WEG und die GbR sind jedoch in einem für die Interessenlage entscheidenden Gesichtspunkt vergleichbar: Ihre Mitglieder haften für die Verbindlichkeiten ihres Verbandes unbeschränkt (bei der WEG zwar nur teilschuldnerisch, § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG). Darin liegt der maßgebliche Unterschied

²⁵ Palandt/Grüneberg, 71. Aufl. 2012, § 398 Rdnr. 41.

²⁶ Zur Rechtslage vor der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft siehe Forst, RNotZ 2003, 298.

²⁷ Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 10 Rdnr. 432; Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 61, unter Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen Auffassung; Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., § 13 Rdnr. 2; Staudinger/Rapp, WEG, Bearbeitung 2005, Einl. Rdnr. 73a; OLG München, NJW 2008, 3574; LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2008, 831; a. A. LG Rostock, NZM 2007, 370.

²⁸ BGH, NJW 2005, 2061, wo auf die Entscheidung zur GbR (BGH, NJW 2001, 1056) verwiesen wurde.

²⁹ EuGH, NJW 2002, 205.

²² So Becker in FS Seuß, 2007, S. 19, 21 f.; F. Schmidt, ZMR 2009, 741.

²³ Riecke/Schmid/Elzer, WEG, § 8 Rdnr. 55, § 10 Rdnr. 377a; Jennißen/Elzer, vor §§ 23-25 Rdnr. 132 ff.; Klein in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 12 ff.; Timme/Dötsch, WEG 2010, § 10 Rdnr. 527-532; Wenzel in FS Bub, 2007, S. 263 ff.

²⁴ BGHZ 129, 305; OLG München, NJW 2000, 1423.

zum Idealverein: Dessen Mitglieder haften seinen Gläubigern nicht. Dies ist der Grund für die erhöhte Schutzwürdigkeit des Verbandes, die sich durch den Verbraucherschutz ergibt. Der Betreuungsvertrag unterliegt damit der Inhaltskontrolle.³⁰ Für den abzuschließenden Kaufvertrag zwischen dem Bauträger und dem einzelnen Käufer empfiehlt sich deshalb folgendes

Formulierungsbeispiel:

Der Verkäufer hat bereits mit der Firma „Seniorengerechtes Leben GmbH“ einen Betreuungsvertrag für die vertragsgegenständliche Wohnanlage abgeschlossen. Der Vertrag ist als Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB für die künftige rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft zustande gekommen. Der Käufer hat Kenntnis von diesem Vertrag; er wurde ihm in einfacher Ablichtung vor Beurkundung ausgehändigt. Er wird diesem Kaufvertrag als (lediglich) informatorische Anlage beigefügt. Der Käufer verpflichtet sich, in einer Eigentümerversammlung einer diesbezüglichen Vertragsübernahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft zuzustimmen.

7. Betreuungsvertrag und Beurkundungsrecht

Der Inhalt der angebotenen Betreuungsleistungen und der diesbezügliche Leistungserbringer werden bereits bei der Vermarktung der Objekte als Werbung instrumentalisiert und sind vielfach kaufentscheidend. Dies gilt vor allem dann, wenn der Käufer eine Eigennutzung der Einheit im Rahmen des Betreuten Wohnens anstrebt. Damit stellt sich die Frage, ob zwischen dem Kaufvertrag über die Immobilie und dem Betreuungsvertrag eine rechtliche Einheit der Gestalt besteht, dass eine Beurkundungspflicht beider Verträge besteht.³¹ Es genügt ein dementsprechender Wille des Käufers, wenn der Verkäufer diesen erkennt und aufgrund seines Werbeangebotes auch weiß, dass die angebotene Betreuungsleistung den Kaufabschluss mitbestimmt.³² Bei dieser Ausgangslage müsste eine Beurkundungspflicht des Betreuungsvertrages zusammen mit dem Immobilienkaufvertrag bejaht werden.³³ Für den vergleichbaren Fall des Wärme-Contractings wird dies in der Tat angenommen;³⁴ dem sollte jedoch nicht gefolgt werden. Zum einen ist der grundsätzlich formfreie Betreuungsvertrag zwischen dem Bauträger und dem Betreuungsunternehmen bereits vor dem Abschluss des Kaufvertrages über die Immobilie abgeschlossen. Es ist ausgeschlossen, dass ein zunächst formwirksam formfrei abgeschlossener Vertrag nachträglich formpflichtig wird. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Schutzfunktion der notariellen Beurkundung in Ansehung des Betreuungsvertrages wirksam werden könnte, nachdem diese bereits für den Immobilienkaufvertrag gilt. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BGH.³⁵ Wird danach beim Kauf von Wohnungseigentum vom Käufer eine Verbindlichkeit des Verkäufers aus einem anderen Schuldverhältnis (§ 415 BGB) übernommen, so muss nicht nach § 311b BGB der Inhalt der übernommenen Verpflichtungen mitbeurkundet werden. Die Vereinbarungen im Kaufvertrag beziehen sich auf die Übernahme schon rechtsgeschäftlich begründeter Verpflichtungen und legen diese nicht erst fest. Die Bezeichnung der zu übernehmenden Verbindlichkeit hat deshalb nur die Bedeutung eines Identifizierungsmittels für den Gegenstand der Schuldübernahme.³⁶

³⁰ Forst, RNotZ 2003, 297.

³¹ BGHZ 101, 396; BGH, NJW 2004, 3330.

³² Vgl. BGHZ 76, 49; BGH, NJW-RR 2009, 953.

³³ So auch Forst, RNotZ 2003, 307.

³⁴ Kruse, RNotZ 2011, 65, 72 ff.

³⁵ BGHZ 125, 235, 238.

³⁶ BGHZ 125, 235, 238.

Auch die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft führt in diesem Punkt zu einer veränderten Beurteilung der Rechtslage. Vertragspartner des Betreuungsvertrages sind zunächst der Bauträger/Initiator des Projektes und das Betreuungsunternehmen. Mit Betriebsaufnahme findet, entsprechend den bereits bei Vertragsabschluss getroffenen Vereinbarungen, eine Vertragsübernahme auf der Basis einer entsprechenden Beschlussfassung durch die Wohnungseigentümergeinschaft statt. Um diesen rechtlichen Erfolg auch im Interesse des Verkäufers herbeizuführen, muss sich der Käufer lediglich verpflichten, in der Versammlung der Wohnungseigentümer für die Vertragsübernahme zu stimmen. Der Käufer erwirbt durch den Kaufvertrag weder eigene Rechte und Ansprüche gegenüber dem Betreuungsunternehmen noch geht er diesem gegenüber Verpflichtungen ein. Seine Verpflichtungen in Ansehung des Betreuungsvertrages bestehen vielmehr aufgrund seiner Mitgliedschaft in der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Eine Pflicht zur (Mit-)Beurkundung besteht deshalb nicht.³⁷ Die Situation ist damit vergleichbar, dass die rechtsfähige Gemeinschaft Verträge mit Dritten abgeschlossen hat, z. B. Versorgungsverträge oder Wartungsverträge, die Leistungen auch zugunsten der einzelnen Wohnungseigentümer enthalten. Auch hier ist der Käufer nur mittelbar von diesen Verträgen betroffen, wenn der Vertragspartner in deren Erfüllung Leistungen zu seinen Gunsten erbringt. Es verbleibt deshalb in Ansehung des Betreuungsvertrages bei dem allgemeinen Grundsatz, dass ein anderweitig bereits bestehender Vertrag nicht der Beurkundungspflicht unterliegt, wenn der Käufer eine Verbindlichkeit aus diesem Vertrag übernimmt.³⁸

Beurkundungsrechtlich bedeutet dies, dass es sich nicht um eine verlesungspflichtige Anlage gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 BeurkG handelt. Der Betreuungsvertrag begründet für Verkäufer und Käufer keine unmittelbaren Vertragspflichten. Er gehört deshalb auch nicht zum „Vertrag“ im Sinne von § 311b Abs. 1 BGB. Es fehlt somit an der formellen und an der materiellen Beurkundungspflicht. Gleichwohl sollte der Notar im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in den notariellen Vertrag eine Erklärung des Käufers aufnehmen, dass dieser den Betreuungsvertrag inhaltlich kennt,³⁹ weshalb eine informatorische Beifügung empfehlenswert ist.

8. Betreuungsvertrag und Verbraucherschutz

Das Betreuungsunternehmen ist Unternehmen im Sinne des § 14 BGB.⁴⁰ Der Vertrag hat ja gerade Leistungen zum Gegenstand, die das Betreuungsunternehmen im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit erbringt (§ 14 Abs. 1 BGB). Auf der anderen Vertragsseite befindet sich die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Diese ist jedoch nicht Unternehmer, da sie ausschließlich der Verwaltung des eigenen Vermögens der Wohnungseigentümer und damit privaten Zwecken dient. Die Rechtsgeschäfte, welche die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer abschließt, unterfallen damit den allgemeinen Verbraucherschutzbestimmungen des Zivilrechts.⁴¹ Der Betreuungsvertrag ist damit ein Verbrauchervertrag gemäß § 310 Abs. 3 BGB. Für seine Laufzeit

³⁷ Für Beurkundungspflicht dagegen Forst, RNotZ 2003, 307; seine Ausführungen betreffen jedoch die Rechtslage zu der Zeit, als die Wohnungseigentümergeinschaft noch nicht rechtsfähig war.

³⁸ Palandt/Grüneberg, 71. Aufl., § 311b Rdnr. 25.

³⁹ Forst, RNotZ 2003, 308.

⁴⁰ Forst, RNotZ 2003, 297.

⁴¹ Staudinger/Rapp, Einl. zum WEG Rdnr. 73 a.

gelten deshalb § 310 Abs. 3 Nr. 2, § 309 Nr. 9a BGB. Danach ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat, eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrages.⁴² Allerdings hat der BGH eine längere Laufzeit dann nicht beanstandet, wenn die Länge der Vertragszeit durch ein anerkanntes Interesse gerechtfertigt ist, insbesondere hohe Entwicklungs- und Vorhaltekosten, die sich nur bei einer längeren Vertragsdauer amortisieren.⁴³ Eine direkte Übertragung dieser Gesichtspunkte auf das Betreute Wohnen scheitert daran, dass hohe Investitionsleistungen für das Betreuungsunternehmen nicht gegeben sind. Ein Betreuungsvertrag kann deshalb wirksam nur auf maximal zwei Jahre Dauer abgeschlossen werden. Ein längerer Vertrag verstößt gegen § 309 Nr. 9a BGB mit der Folge der Unwirksamkeit der Klausel.⁴⁴ An die Stelle der zu langen Frist treten bei Dienstverträgen gemäß § 306 Abs. 2 BGB die § 620 Abs. 2, § 621 BGB. Die Kündigung erfolgt durch die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft nach einem entsprechenden Beschluss der Eigentümersammlung, der durch den Verwalter zu vollziehen ist.

V. Weiterveräußerung von Einheiten des Betreuten Wohnens

Da Vertragspartner des Betreuungsvertrages die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft ist, bedarf es bei der Veräußerung eines Wohnungseigentums keines Vertragseintritts des Erwerbers in denselben. Es gilt hier dasselbe wie beispielsweise für den Verwaltervertrag oder für Versorgungsverträge.

Zur Sicherstellung der Zweckbindung einer Wohnungseigentumsanlage für Betreutes Wohnen ist es sinnvoll, zur Veräußerung die Verwalterzustimmung vorzusehen.⁴⁵ Dies ist rechtlich gesehen die einzige wirksame Möglichkeit, den Eigentumserwerb von Personen zu behindern, welche die Zweckbindung nicht einhalten wollen. Die vereinbarungswidrige Nutzungsabsicht ist ein wichtiger Grund gemäß § 12 WEG, der es rechtfertigt, die Verwalterzustimmung zu versagen.⁴⁶

VI. Zusammenfassung

Das Betreute Wohnen erfordert, nicht zuletzt aus wirtschaftlichen Gründen, eine homogene Bewohnerstruktur in der Wohnanlage, die zumindest potentiell die dort angebotenen Dienste benötigt. Wohnungseigentumsrechtlich ist dies dadurch zu regeln, dass sowohl für das Sondereigentum als auch für das Gemeinschaftseigentum eine Gebrauchsregelung gemäß § 15 Abs. 1 WEG festgelegt wird, welche die Verwirklichung dieses Nutzungszweckes ermöglicht. Um einer Versteinerung dieser Gebrauchsregelung entgegenzuwirken, ist es sinnvoll, eine vorsichtige Öffnungsklausel vorzusehen. Für Räumlichkeiten, deren Nutzung noch nicht vorgegeben ist,

empfiehlt es sich, für die Wohnungseigentümer eine Beschlusskompetenz zum Gebrauch derselben anzufügen. Damit wird den Mehrheitswünschen der Wohnungseigentümer Rechnung getragen. Außerdem kann bei veränderten Wünschen flexibler als bei einer Vereinbarung auf Mehrheitswünsche eingegangen werden.

Diese wohnungseigentumsrechtliche Umsetzung des Betreuten Wohnens ist in der Gemeinschaftsordnung vorzusehen und als Inhalt des Sondereigentums zur Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen (§ 8 Abs. 2 Satz 1, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG). Damit wird die Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern sichergestellt (§ 10 Abs. 3 WEG).

Die Wohnungseigentümer haben die Kosten eines erweiterten Gemeinschaftseigentums, das mit dem Betreuten Wohnen einhergeht, zu tragen und zwar auch dann, wenn sie einzelne Einrichtungen für sich selbst nicht benötigen. Für die Kostentragepflicht maßgeblich ist nicht die tatsächliche Nutzung, sondern die Nutzungsmöglichkeit. Abnahmepflichten können jedoch in der Gemeinschaftsordnung nicht festgesetzt werden.

Die Dienstleistungen bzw. die Angebote dieserhalb, die das Betreute Wohnen charakterisieren, werden mittels eines Betreuungsvertrages sichergestellt. Die einzelnen Dienstleister benötigen zur Erbringung ihrer Dienste häufig die Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums. Mit dem Betreuungsvertrag ist deshalb eine Nutzungsüberlassung – entgeltlich oder unentgeltlich – bezüglich Teilen, Anlagen oder Einrichtungen des gemeinschaftlichen Eigentums verbunden. Weil der Initiator des Betreuten Wohnens zusammen mit dem Wohnungseigentum auch das Dienstleistungsprogramm anbieten will, wird der Betreuungsvertrag vor der Entstehung einer Wohnungseigentümergeinschaft zwischen ihm und dem Betreuungsunternehmen abgeschlossen. Dabei wird ein Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich zugunsten der künftigen rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft geschlossen. Im Bauträger-Kaufvertrag verpflichtet sich der Käufer, in einer ersten Eigentümersammlung einer Vertragsübernahme bezüglich des Betreuungsvertrages durch die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft (oder auch durch die rechtsfähige werdende Wohnungseigentümergeinschaft) zuzustimmen. Zweckmäßigerweise nimmt der Initiator bei dem ursprünglichen Vertragsschluss bereits die Zustimmung des Betreuungsunternehmens zu der Vertragsübernahme auf.

Die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft ist Verbraucher gemäß § 13 BGB, nicht Unternehmer gemäß § 14 BGB. Der abgeschlossene Betreuungsvertrag ist daher regelmäßig ein Verbrauchervertrag gemäß § 310 Abs. 3 BGB. Bei Beurkundung des Kaufvertrages muss der Betreuungsvertrag nicht als verlesungspflichtige Anlage beigefügt werden. Es genügt, wenn dem Käufer vorher durch Aushändigung einer Ablichtung Kenntnis von ihm verschafft worden ist. Die Klassifizierung als Verbrauchervertrag führt zur Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften der §§ 305 ff. BGB. Für den Betreuungsvertrag bedeutsam ist dabei die Laufzeit; sie darf zwei Jahre nicht überschreiten.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass das Betreute Wohnen durch entsprechende Gestaltung der Gemeinschaftsordnung und des Bauträgervertrages rechtlich sicher umgesetzt werden kann.

⁴² BGH, NJW 2007, 213; *Jennißen*, WEG, 2. Aufl. 2010, § 10 Rdnr. 50.

⁴³ BGH, NJW 1993, 1134.

⁴⁴ *Forst*, RNotZ 2003, 297; *Pauly*, ZMR 2008, 866 rechte Spalte.

⁴⁵ *Forst*, RNotZ 2003, 296.

⁴⁶ *Staudinger/Kreuzer*, WEG, 2005, § 12 Rdnr. 49.

Zwangsversteigerungsrecht – Probleme der Vertragsgestaltung (Teil II)

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

Der in MittBayNot 2012, 345 begonnene Beitrag wird hiermit fortgesetzt.

8. Eintragung nachrangiger Rechte

Werden nach Eintragung der Vormerkung weitere Rechte im Grundbuch eingetragen (z. B. eine Zwangssicherungshypothek), ist der Käufer auf den ersten Blick optimal gesichert: Gemäß § 883 Abs. 2 BGB sind nachrangige Rechte dem Käufer gegenüber relativ unwirksam. Auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung kann der vormerkungsberechtigte Käufer auch schon vor Eigentumsumschreibung auf ihn vom Gläubiger des nachrangigen Rechts die Zustimmung zur Löschung verlangen (§ 888 BGB).¹ Wurde der Ersteigerer bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, kann der Käufer vom Ersteigerer die Zustimmung zur erneuten Auflassung des Grundstücks vom Verkäufer an sich (§ 888 BGB) und nach Eigentumsumschreibung die Herausgabe verlangen (§ 985 BGB). Auch verfahrensrechtlich ist der Käufer geschützt: Sobald der Käufer als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, ist das Verfahren von Amts wegen einzustellen (§ 28 ZVG, vgl. unten Ziffer IV. 1.).

Gleichwohl ist aber die Lastenfreistellung nicht gewährleistet, zu der sich der Verkäufer im Regelfall kaufvertraglich verpflichtet hat. Dabei handelt es sich um eine Hauptleistungspflicht des Verkäufers. Der Käufer kann aus § 888 BGB vorgehen, muss dies aber nicht. Vielmehr kann er den Verkäufer darauf verweisen, die Lastenfreistellung herbeizuführen. Folgerichtig hat der BGH geurteilt, dass nachrangige Belastungen ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB begründen.² Darüber hinaus trifft den Käufer auch ein echtes Kostenrisiko. Zwar trägt der Gläubiger des nachrangigen Rechts die Kosten der Löschungsbewilligung, ohne dass ihm ein Zurückbehaltungsrecht zustünde;³ die Kosten des grundbuchrechtlichen Vollzugs hingegen trägt der Vormerkungsberechtigte, i. e. der Käufer. Der dem Käufer zustehende Kostenersatzanspruch gegen den Verkäufer (§ 435 BGB) wird zumeist wertlos sein.

Für die Lösung dieses Problems bieten sich in der Praxis drei Wege an:

a) Zum Ersten könnte man vertraglich schlichtweg nichts regeln. Der Notar wird in diesem Fall trotz bestehender nachrangiger Belastungen den Kaufpreis fällig stellen,⁴ allerdings mit dem Hinweis auf das Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB. In der Praxis wird sich der Käufer freilich oftmals

¹ BGH, Urteil vom 2.7.2010, V ZR 240/09, BGHZ 186, 130 ff. = DNotZ 2011, 125 ff. = MittBayNot 2011, 135 ff.; zum näheren Inhalt des Zustimmungsanspruchs vgl. *Muthorst*, DNotZ 2011, 729 ff.

² BGH, Urteil vom 5.12.2003, V ZR 341/02, DNotZ 2004, 464 m. Anm. *Oppermann* = MDR 2004, 471 = NotBZ 2004, 104 = ZfIR 2004, 394 = RNotZ 2004, 228 m. Anm. *Kemp*.

³ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1526; DNotI-Report 2012, 2 ff.

⁴ Die Kaufpreisfälligkeit sollte richtigerweise nicht pauschal davon abhängen, dass die Lastenfreistellung gesichert ist. Dies wird erst nach Eigentumsumschreibung der Fall sein, so dass der Notar den Kaufpreis nie fällig stellen könnte. *Arte legis* wird die Kaufpreisfälligkeit so gestaltet sein, dass der Notar den Kaufpreis fällig stellen muss, sobald Lastenfreistellungsunterlagen hinsichtlich der Vormerkung gleich- oder besserrangiger Belastungen vorliegen.

nicht auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen und selbst gegen nachrangige Gläubiger nach § 888 BGB vorgehen, um einen schnellen Kaufvertragsvollzug herbeizuführen. Für diesen Fall könnte das Zurückbehaltungsrecht (im Rahmen der §§ 305 ff. BGB) sogar ausgeschlossen werden. Finanziert der Käufer allerdings, darf das Zurückbehaltungsrecht nur für den Fall ausgeschlossen sein, dass ein Finanzierungsgrundpfandrecht vor etwaigen nachrangigen Belastungen im Grundbuch eingetragen ist. Andernfalls läuft der Käufer Gefahr, dass die finanzierende Bank den Kredit nicht auszahlt.

Formulierungsvorschlag Kaufpreisfälligkeitsmitteilung bei nachrangig eingetragenen Belastungen:⁵

Betreff: Kaufvertrag vom ..., URNr. ..., Kaufpreisfälligkeit
Sehr geehrte ...,

zum vorbezeichneten Kaufvertrag teile ich Ihnen mit, dass die in § ... Ziffer ... genannten Voraussetzungen nunmehr vorliegen. Damit ist der Kaufpreis i. H. v. ... EUR (in Worten: ... Euro) zur Zahlung fällig. Da ich von den für die Lastenfreistellung des Vertragsobjekts erforderlichen Löschungunterlagen der ... Bank nur Gebrauch machen darf, wenn die von dieser Bank angemeldete Forderung beglichen wird, muss der geforderte Betrag von ... EUR zuzüglich Tageszinsen i. H. v. ... EUR ab dem ... bis zum voraussichtlichen Zahlungseingang aufgrund der in der Urkunde enthaltenen Vollmacht und Anweisung unmittelbar an diese Gläubigerin und der verbleibende Restkaufpreis an den Verkäufer auf dessen in § ... der Urkunde genanntes Konto bezahlt werden. Kopie der Forderungsanmeldung finden Sie anbei.

Wichtiger Hinweis: Im Rang nach der zu Ihren Gunsten eingetragenen Vormerkung ist eine Belastung ... zugunsten von ... i. H. v. ... EUR eingetragen. Die Rechtslage stellt sich für Sie wie folgt dar: Sie können von ... (Inhaber des nachrangigen Rechts) die Löschung seines Rechts auch schon vor Eigentumsumschreibung auf Sie verlangen. Unabhängig davon bleibt aber der Verkäufer verpflichtet, das Vertragsobjekt lastenfrei zu stellen. Aus diesem Grund haben Sie das Recht, den Kaufpreis zurückzubehalten, bis die Löschung dieses Rechts sichergestellt ist. Erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung kann ich allerdings die Eigentumsumschreibung veranlassen. Ich würde Sie bitten, schnellstmöglich mit dem Verkäufer Kontakt aufzunehmen, um das weitere Vorgehen zu besprechen. Gerne biete ich an, dem Verkäufer und Ihnen die Rechtslage persönlich zu erläutern. Von diesem Schreiben erhält der Verkäufer eine Kopie.

Mit freundlichen Grüßen

b) Zum Zweiten könnte der Käufer ermächtigt werden, einen Teil des Kaufpreises einzubehalten. Problematisch ist hieran

⁵ In Anlehnung an *Amann*, Vortragskript 54. Bielefelder Notarlehrgang, 2.6.2011; das Formulierungsbeispiel kann entsprechend verwandt werden, wenn persönliche Gläubiger nachrangig zur Vormerkung dem Versteigerungsverfahren beitreten.

freilich, dass die eventuellen Löschungskosten im Zeitpunkt des Vertragsabschluss noch nicht kalkulierbar sind.

c) Schließlich könnte die Lastenfreistellung im Rahmen der Kaufpreisfälligkeit davon abhängig gemacht werden, dass dem Notar die Löschungsunterlagen auch von im Zeitpunkt der Absendung der Fälligkeitsmitteilung nachrangig eingetragenen Gläubigern vorliegen. Sofern der Kaufvertrag keine Regelung hierzu enthält, wird der Notar im Regelfall nicht berechtigt sein, derartige Löschungsunterlagen von sich aus einzuholen.⁶ Zwar ist der Verkäufer zur Lastenfreistellung verpflichtet. Der Auftrag an den Notar zur Lastenfreistellung beschränkt sich in einem „normalen“ Kaufvertrag jedoch auf die im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses eingetragenen Belastungen. Hinsichtlich nachrangiger Belastungen bedarf es eines eigenen Auftrags.

Formulierungsvorschlag Lastenfreistellung nachrangiger Gläubiger als Fälligkeitsvoraussetzung:

... Der Kaufpreis wird fällig nach einer Erklärung des Notars, dass ...

dem Notar die Lastenfreistellungsunterlagen für die vom Verkäufer zu beseitigenden Belastungen in grundbuchmäßiger Form vorliegen, wobei der Kaufpreis für etwa geforderte Ablösebeträge ausreichen muss. Für den Fall, dass im Zeitpunkt der Absendung der Fälligkeitsmitteilung Belastungen im Rang nach der zur Eintragung gelangenden Vormerkung im Grundbuch eingetragen sind, darf der Notar die Mitteilung nur absenden, wenn ihm auch insoweit die erforderlichen Lastenfreistellungsunterlagen vorliegen. Der Notar wird bevollmächtigt, die Unterlagen zur Lastenfreistellung anzufordern ... (weiter mit üblichen Formulierungen zur Lastenfreistellung).

9. Teilflächenverkauf

Besondere vertragsgestalterische Anforderungen stellt der Verkauf einer Teilfläche aus einem zwangsversteigerungsbehafteten Grundstück, falls der Käufer an der nicht verkauften Restfläche Dienstbarkeiten benötigt.

Beispiel:

Über das mit Grundschulden belastete Grundstück des Verkäufers V ist die Zwangsversteigerung angeordnet. Um die Zwangsversteigerung abzuwenden, möchte V lediglich eine Teilfläche aus diesem Grundstück an den Käufer K verkaufen. K benötigt an der Restfläche Dienstbarkeiten (z. B. Geh- und Fahrrechte sowie Leitungsrechte – „Hinterliegergrundstück“).

An der verkauften Teilfläche kann für K eine Auflassungsvormerkung eingetragen werden, die jedoch lediglich den Eigentumsverschaffungsanspruch, nicht aber den Erwerb der Dienstbarkeiten sichert. Für den Käufer besteht also eine Sicherungslücke, falls zwischen Kaufvertrag und Eigentumsumschreibung (i. e. Eintragung der Dienstbarkeiten) noch weitere Gläubiger dem Verfahren beitreten oder Zwangssicherungshypotheken im Grundbuch eingetragen werden. Die Sicherungslücke ist hier besonders groß, da zwischen Verkauf und Eigentumsumschreibung aufgrund der noch zu erfolgenden Vermessung ein besonders langer Zeitraum liegen wird. Um dieses Risiko auszuschließen, kann zugunsten des Käufers eine Dienstbarkeitsvormerkung am Gesamtgrundstück

bestellt werden.⁷ Bereits im Kaufvertrag kann beantragt werden, die Dienstbarkeitsvormerkung zugunsten des Käufers am Gesamtgrundstück mit Eigentumsumschreibung (d. h. bei der Messungsanerkennung und Auflassung) in eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers der verkauften Fläche (herrschendes Grundstück) „umzuschreiben“. Für den Fall, dass das Grundstück im Zeitpunkt des Verkaufs bereits vermessen ist, kann auch sofort eine Eigentümer-Grunddienstbarkeit bestellt und eingetragen werden.

Formulierungsvorschlag Dienstbarkeitsvormerkung:

(Im Anschluss an die Vormerkung bezüglich der Teilfläche) Zur Sicherung des Erwerbs der in § ... dieser Urkunde bestellten Grunddienstbarkeiten bewilligen und beantragen die Vertragsbeteiligten, zugunsten des Käufers – bei mehreren im angegebenen Berechtigungsverhältnis – je eine entsprechende Vormerkung im Rang nach der vorbestellten Vormerkung bezüglich der Teilfläche einzutragen. Weiter beantragt der Käufer, die Dienstbarkeitsvormerkungen mit Eigentumsumschreibung in die in § ... dieser Urkunde bestellten Grunddienstbarkeiten umzuschreiben.

Da die Dienstbarkeiten am verbleibenden Restgrundstück des Schuldners eingetragen werden sollen, ist darüber hinaus sicherzustellen, dass die das Zwangsversteigerungsverfahren betreibenden Grundpfandrechtsgläubiger mit ihren Rechten hinter die Dienstbarkeitsvormerkung zurücktreten, andernfalls droht das Erlöschen der Vormerkung mit Zuschlag (§ 91 Abs. 1, §§ 52, 45 Abs. 1, § 44 Abs. 1 ZVG).⁸ Die (regelmäßig mit Auflagen versehene) Rangrücktrittserklärung sollte zur Fälligkeitsvoraussetzung erhoben werden. Ein Rangrücktritt hinter die mit Eigentumsumschreibung zur Eintragung gelangende Grunddienstbarkeit ist hingegen nicht notwendig, da die Vormerkung insoweit den Rang wahrt (§ 883 Abs. 3 BGB).

Für den Fall, dass auch persönliche Gläubiger das Verfahren betreiben, ist ein Rangrücktritt freilich kein gangbarer Weg. Der Käufer kann in diesen Fällen spätestens im Versteigerungstermin beantragen, dass die Vormerkung ins geringste Gebot fällt und damit nicht erlischt (§ 59 Abs. 1 ZVG, sog. abweichende Versteigerungsbedingungen). Voraussetzung dafür ist aber, dass entweder die Rechte anderer Beteiligter nicht beeinträchtigt werden oder diese zustimmen. Eine Beeinträchtigung liegt schon immer dann vor, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass durch das Bestehenbleiben der Dienstbarkeit ein geringerer Versteigerungserlös erlangt wird und damit Rechte, die der Vormerkung im Rang vorgehen, weniger erhalten. Da dies offensichtlich nie ausgeschlossen werden kann, müssen vorrangige persönliche Gläubiger den abweichenden Versteigerungsbedingungen, d. h. der Einordnung der Dienstbarkeit ins geringste Gebot, zustimmen.⁹ Diese Zustimmung der der Vormerkung vorrangigen persönlichen Gläubiger zu den abweichenden Versteigerungsbedingungen sollte zur Fälligkeitsvoraussetzung erhoben werden. Eine Zustimmung der der Vormerkung nachrangigen dinglichen oder persönlichen Gläubiger ist hingegen nicht erforderlich, da insofern eine Beeinträchtigung im Sinne des § 59 Abs. 1 ZVG ausgeschlossen ist.

⁷ Sogleich eine Dienstbarkeitsvormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers der verkauften Teilfläche eintragen zu lassen, ist nicht möglich, solange die Teilfläche noch nicht als selbständiges Grundstück im Grundbuch gebucht ist; vgl. hierzu ausführlich *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 261i, 1494 f., 1123.

⁸ BGH, NJW 1993, 2741 = DNotZ 1993, 752; hierüber hat der Notar zu belehren (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG).

⁹ *Jursnik*, MittBayNot 1999, 125, 142 f.; ist die Beeinträchtigung zweifelhaft, kann diese durch ein sog. „Doppelausgebot“ festgestellt werden, wonach der Grundbesitz mit und ohne die abweichenden Versteigerungsbedingungen ausgeteilt wird.

⁶ *Hansmeyer*, MittRhNotK 1989, 149, 165.

Beim Verkauf eines noch nicht vermessenen Hinterliegergrundstücks aus der Zwangsversteigerung muss die Kaufpreisfälligkeit also über die üblichen Voraussetzungen hinaus folgendes beinhalten: a) Eintragung von Dienstbarkeitsvormerkungen bezüglich des Vorderliegergrundstücks im Grundbuch, b) Freigabeerklärungen statt Löschungsbewilligungen der eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger bezüglich des Hinterliegergrundstücks, c) Rangrücktritt der die Zwangsversteigerung betreibenden dinglichen Gläubiger mit ihren Rechten hinter die Dienstbarkeitsvormerkung sowie d) Zustimmung der vorrangigen persönlichen Gläubiger, dass die Dienstbarkeitsvormerkung ins geringste Gebot fällt (abweichende Versteigerungsbedingungen).

10. Rücktrittsrecht des Käufers

Beim Verkauf aus der Zwangsversteigerung besteht ein erhöhtes Risiko, dass die Lastenfreistellung nicht erreicht wird. Für diesen Fall sollte dem Käufer ein Rücktrittsrecht eingeräumt werden. Die gesetzlichen Regelungen bieten aus Sicht des Käufers keinen umfassenden Schutz. Zwar stellt die fehlende Lastenfreistellung einen Rechtsmangel im Sinne des § 435 BGB dar, der ein Rücktrittsrecht nach § 437 Nr. 2, § 323 BGB begründet. Das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB setzt allerdings grundsätzlich eine Fristsetzung voraus, die einen rechtsunkundigen Käufer möglicherweise überfordern wird. Im Übrigen hat der Käufer über die §§ 346 ff. BGB keinen Anspruch auf Erstattung der Notarkosten oder sonstiger Aufwendungen, z. B. der Grundbuchkosten für die Eintragung der Vormerkung bzw. etwaiger Kosten für die Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts.¹⁰ Vor diesem Hintergrund sollte ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart werden für den Fall, dass der Kaufpreis mangels Sicherung der Lastenfreistellung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig gestellt werden kann. Zweifelhaft ist hingegen, ob darüber hinaus auch weitergehende Schadensersatzansprüche des Käufers (z. B. entgangener Gewinn) festgesetzt werden sollen. Der Verkauf einer Immobilie aus der Zwangsversteigerung ist zwar kein aleatorisches Rechtsgeschäft, wohl aber eines, dessen Vollzug angesichts der vielen Unwägbarkeiten (z. B. Beitritt weiterer Gläubiger) deutlich ungewisser ist als bei einem Standard-Kaufvertrag. Die Vereinbarung von Schadensersatzansprüchen erscheint daher nicht interessengerecht, zumal deren Realisierung im Regelfall mehr als zweifelhaft sein wird. Im Gegenteil sollten Schadensersatzansprüche ausgeschlossen werden, sofern den Verkäufer an der fehlenden Lastenfreistellung kein Verschulden trifft.

Formulierungsvorschlag Rücktrittsrecht bei fehlender Lastenfreistellung:

Für den Fall, dass die Voraussetzungen der Kaufpreisfälligkeit nicht bis zum ... vorliegen, sind Verkäufer und Käufer berechtigt, vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrags zurückzutreten. Der Verkäufer trägt für diesen Fall sämtliche Kosten dieses Vertrags, der Rückabwicklung, des Vollzuges sowie der Finanzierung. Auf Sicherstellung, etwa durch eine Bankbürgschaft, wird trotz Belehrung durch den Notar verzichtet. Weitergehende Schadensersatzansprüche stehen dem Käufer nicht zu, es sei denn, der Verkäufer hat das Scheitern der Lastenfreistellung zu vertreten. Der Notar ist vom Rücktritt zu informieren. Ein noch nicht ausgeübtes Rücktrittsrecht erlischt, sobald die Voraussetzungen der Kaufpreisfälligkeit erfüllt sind. Im Übrigen gelten die §§ 346 ff. BGB entsprechend.

¹⁰ Jursnik, MittBayNot 1999, 125, 141 f., mit dem Verweis auf Anspruchsgrundlagen außerhalb des Rücktrittsrechts.

11. Briefgrundschulden

Wird aus einer Briefgrundschuld das Zwangsversteigerungsverfahren betrieben, ergibt sich folgende Problemstellung: Der die Versteigerung betreibende Gläubiger hat die für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlichen Urkunden dem Versteigerungsantrag beizufügen (§ 16 Abs. 2 ZVG). Hierzu gehören zwar nicht Grundschuldbriefe, da der Gläubiger bereits durch den Titel ausgewiesen wird. Allerdings muss der Gläubiger den Brief zumindest auf Verlangen des Vollstreckungsschuldners dem Versteigerungsgericht vorlegen.¹¹ Wird demgemäß der Grundschuldbrief beim Versteigerungsgericht verwahrt, wird der Notar den Kaufpreis nicht fällig stellen können. Denn die Lastenfreistellung ist nur gesichert, wenn dem Notar neben der Löschungsbewilligung des Briefgläubigers auch der Grundschuldbrief vorliegt. Eine Rechtsgrundlage, wonach der Notar vom Versteigerungsgericht die Herausgabe des Grundschuldbriefes an sich verlangen könnte, ist nicht ersichtlich (wenngleich es in der Praxis hier eigentlich nicht zu Problemen kommt). Lediglich der Gläubiger kann vom Versteigerungsgericht nach Verfahrensordnung die vorübergehende Rückgabe des Briefes an sich verlangen.¹² Diesen Anspruch könnte der Gläubiger an den Notar abtreten, wobei die Abtretungserklärung konkludent in der Erteilung der Löschungsbewilligung gesehen werden kann. Vorsorglich könnte man auch bei der Kaufpreisfälligkeit eine Regelung aufnehmen, wonach es ausreichend ist, wenn das Versteigerungsgericht den Brief nur an den Notar bzw. nach Antragsrücknahme an das Grundbuchamt aushändigen darf.

Formulierungsvorschlag Kaufpreisfälligkeit bei Briefgrundschuld:

(Im Anschluss an Lastenfreistellung als Kaufpreisfälligkeitsvoraussetzung) Für den Fall, dass das Versteigerungsgericht dem Notar die Grundschuldbriefe zu den Grundschulden ... nicht aushändigen sollte, ist es für die Kaufpreisfälligkeit ausreichend, wenn dem Notar eine Erklärung des Versteigerungsgerichts vorliegt des Inhalts, dass das Versteigerungsgericht die Grundschuldbriefe auf unwiderprüfliche Weisung des Gläubigers nur an den Notar bzw. nach Antragsrücknahme (§ 29 ZVG) an das Grundbuchamt aushändigen darf.

12. Zwangsverwaltung, §§ 146 ff. ZVG

Über § 146 Abs. 1 ZVG gelten für die Zwangsverwaltung die Vorschriften zur Zwangsversteigerung, soweit sich nicht aus den §§ 147 bis 151 ZVG etwas anderes ergibt. Insbesondere führt die angeordnete Zwangsverwaltung ebenso wie die angeordnete Zwangsversteigerung zur Beschlagnahme der Immobilie (§ 20 ZVG) mit relativem Verfügungsverbot (§ 23 ZVG). Auf die Ausführungen zum Zwangsversteigerungsrecht kann insoweit verwiesen werden. Folgende Besonderheiten sind jedoch beim Verkauf aus der Zwangsverwaltung im Vergleich zum Verkauf aus der Zwangsversteigerung zu berücksichtigen:

Der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger kann alternativ oder zusätzlich die Anordnung der Zwangsverwaltung beantragen. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung sind zwei eigenständige Verfahren. Im Rahmen der Kaufpreisfälligkeit ist folglich darauf zu achten, dass der Notar Rücknahmeerklärungen (§ 29 ZVG) nicht nur hinsicht-

¹¹ Stöber, ZVG, § 16 Rdnr. 4.4.

¹² Stöber, ZVG, § 16 Rdnr. 4.3; dieser Anspruch ergibt sich sachenrechtlich bereits aus der Tatsache, dass der Grundschuldläubiger Eigentümer des Briefes ist.

lich der Zwangsversteigerung, sondern auch bezüglich der Zwangsverwaltung einholt. Mit Rücknahme des Antrags (genauer: Zugang des konstitutiven Aufhebungsbeschlusses des Versteigerungsgerichts) endet die Zwangsverwaltung (§ 161 Abs. 4, § 29 ZVG).

Über § 150 Abs. 2 ZVG erlangt der Verwalter den Besitz am Vertragsobjekt und alle für die Tätigkeit als Zwangsverwalter notwendigen Gegenstände, z. B. Urkunden über Miet- und Pachtverhältnisse oder Kautionen.¹³ Beim kaufvertraglichen Besitzübergang ist folglich darauf zu achten, dass nicht der Verkäufer, sondern der Zwangsverwalter dem Käufer den Besitz verschaffen muss. Der Verkäufer kann dem Käufer lediglich seinen Anspruch gegen den Zwangsverwalter auf Freigabe des Vertragsobjekts nach Ende der Beschlagnahme abtreten. Bei vermieteten/verpachteten Objekten (dem Regelfall einer Zwangsverwaltung) besteht dabei folgendes Dilemma: Nach der neuen Rechtsprechung des BGH (vgl. Teil I Ziffer II. 5.) endet die Beschlagnahmewirkung erst mit Zustellung des konstitutiven Aufhebungsbeschlusses (§ 161 Abs. 1 ZVG). Solange aber das Vertragsobjekt noch beschlagnahmt ist, stehen die Miet- und Pachteinahmen den Gläubigern zu. Wenn die Parteien also standardmäßig einen Besitz-, Nutzen-, Lastenübergang mit Kaufpreiszahlung vereinbaren, gilt das nur inter partes. Die Verfügung des Schuldners, i. e. des Verkäufers, über Miet- und Pachteinahmen zum Zeitpunkt der noch fortdauernden Beschlagnahme ist den betreibenden Gläubigern gegenüber relativ unwirksam (§ 23 ZVG, §§ 136, 135 BGB). Den Käufer trifft damit eine echte Vorleistungspflicht, über die der Notar belehren muss. Das Vorleistungsrisiko kann allenfalls dadurch vermieden werden, dass die betreibenden Gläubiger der vorzeitigen Verfügung des Schuldners über die Miet- und Pachteinahmen zustimmen (§§ 185, 182 ff. BGB). Der Zwangsverwalter müsste zugleich angewiesen werden, die Miet- und Pachteinahmen ab diesem Zeitpunkt an den Käufer auszukehren. Alternativ könnte ein Kaufpreisteilbetrag auf Notaranderkonto hinterlegt werden mit der Maßgabe, dass der Teilbetrag an den Käufer ausgekehrt wird, soweit ihm ab dem vereinbarten Stichtag nicht die Nutzungen zugeflossen sind. Bei vermieteten/verpachteten Objekten ist im Übrigen zu regeln, dass dem Käufer mit Nutzungsübergang auch etwaige Ansprüche des Verkäufers gegen den Zwangsverwalter auf getätigte oder empfangene Heiz- und Betriebskostenvorauszahlungen des Mieters/Pächters abgetreten werden. Das Gleiche gilt für den Anspruch auf Übertragung und Herausgabe von Miet- bzw. Pachtsicherheiten.

Formulierungsvorschlag Besitzübergang bei Zwangsverwaltung:

Besitz, Nutzungen, Lasten, Gefahr, Haftung und Verkehrssicherungspflichten gehen mit vollständiger Kaufpreiszahlung über. Der Notar erläuterte das Wesen der Beschlagnahme und wies darauf hin, dass der vorgenannte Stichtag nur zwischen den Vertragsbeteiligten, nicht aber gegenüber den die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigern gilt. Diesen gegenüber tritt Nutzen- und Lastenübergang erst mit dem Ende der Beschlagnahme ein. Dieser Zeitpunkt kann deutlich später liegen als der vorvereinbarte Stichtag. Den Käufer trifft also ein Vorleistungsrisiko. Dies kann durch Hinterlegung eines Kaufpreisteilbetrags auf Notaranderkonto bzw. Zustimmung der die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger zu vorstehendem Besitz-, Nutzen-, Lastenübergang vermieden werden. Die Vertragsbeteiligten wünschen Beurkundung in vorliegender Form. Der Notar

wies weiter darauf hin, dass aufgrund der angeordneten Zwangsverwaltung der Zwangsverwalter Besitzer des Vertragsobjekts ist. Der Verkäufer tritt daher dem dies annehmenden Käufer seinen Anspruch gegen den Zwangsverwalter auf Freigabe des Vertragsobjekts nach Ende der Beschlagnahme zu dem vorgenannten Zeitpunkt ab. Weiter tritt der Verkäufer dem dies annehmenden Käufer sämtliche Ansprüche gegen den Zwangsverwalter im Zusammenhang mit getätigten oder empfangenen Heiz- und Betriebskostenvorauszahlungen zum Zeitpunkt des Nutzungsübergangs ab. Das Gleiche gilt für die Übertragung und Herausgabe von etwaigen Mietsicherheiten.¹⁴ Es obliegt ausschließlich dem Käufer, den Freigabeanspruch bzw. Herausgabe- und Übertragungsanspruch gegen den Zwangsverwalter durchzusetzen; den Verkäufer trifft insofern keinerlei Verpflichtung.

Da der Verkäufer den Besitz am Vertragsobjekt mit Beginn der Zwangsverwaltung verliert, kann er etwaige Beschaffensvereinbarungen, Garantien oder sonstige Wissenserklärungen (z. B. bezüglich des Vermietungsstands) nur für den Zeitraum bis zum Beginn der Zwangsverwaltung abgeben. Der Zwangsverwalter seinerseits muss sich nur gegenüber Gläubigern und dem Schuldner, nicht aber gegenüber dem Käufer erklären.¹⁵ Besonders gefährlich kann das für den Käufer werden, wenn das Grundstück unvermietet/unverpachtet veräußert wird. Der Verkäufer haftet für diesen Zustand nur bis zum Zeitpunkt des Beginns der Zwangsverwaltung. Vermietet anschließend der Zwangsverwalter das Vertragsobjekt, tritt der Käufer in diesen Mietvertrag ein (§§ 566, 578 BGB). Seine Vormerkung schützt den Käufer nicht, da § 883 Abs. 2 BGB nicht, auch nicht analog, auf eine Vermietung oder Verpachtung anwendbar ist.¹⁶

Schließlich ist vertraglich zu regeln, wem ein etwaiger Überschuss der Verwaltungserträge zusteht. Im Regelfall wird der Verkäufer diesen Anspruch dem Käufer abtreten. Ein Anspruch auf Rechnungslegung (§ 154 Satz 2 ZVG) steht dem noch nicht als Eigentümer eingetragenen Käufer gegen den Zwangsverwalter jedoch nicht zu.¹⁷

Formulierungsvorschlag Abtretung Verfahrensüberschuss:

(Im Anschluss an vorstehenden Formulierungsvorschlag Besitzübergang bei Zwangsverwaltung) Der Verkäufer tritt dem dies annehmenden Käufer mit Wirkung zum Besitzübergang sämtliche Ansprüche auf einen etwaigen verbleibenden Verfahrensüberschuss der Zwangsverwaltung gegen den Zwangsverwalter ab.

III. Veräußerung von Grundbesitz nach Erteilung des Zuschlags

Mit Erteilung des Zuschlags wird der Ersteher kraft Gesetzes Eigentümer des Grundstücks (§ 90 Abs. 1 ZVG), ohne dass zugleich das Grundbuch berichtigt wird (vgl. § 130 Abs. 1 ZVG). Veräußert der Vollstreckungsschuldner also nach Zuschlag den Grundbesitz, handelt er als Nichtberechtigter mit

¹⁴ Zu den Nebenkosten vgl. auch den ausführlichen Formulierungsvorschlag bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1754.

¹⁵ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1755.

¹⁶ BGH, NJW 1989, 451; BVerwG, NJW-RR 1986, 756, 757; str., vgl. Palandt/Bassenge, § 883 Rdnr. 20.

¹⁷ Vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 30.1.1986, NJW-RR 1986, 1186, 1187, zum bereits als Eigentümer eingetragenen (aber nicht nach § 9 Nr. 2 ZVG angemeldeten) Käufer.

¹³ BGH, Beschluss vom 14.4.2005, V ZB 6/05.

der Konsequenz, dass die §§ 892 ff. BGB unmittelbar anwendbar sind. § 23 Abs. 2 Satz 2 ZVG steht einem gutgläubigen Erwerb seinem Wortlaut nach nicht entgegen. Dieses Ergebnis kann aber nicht überzeugen. Wenn ein Käufer schon in der Phase der Beschlagnahme wegen Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks nicht gutgläubig erwerben kann, so muss dies erst recht gelten, sobald der Vollstreckungsschuldner nach Zuschlag nicht mal mehr Eigentümer ist. § 23 Abs. 2 Satz 2 ZVG ist daher analog anzuwenden.

IV. Anordnung der Zwangsversteigerung nach Veräußerung des Grundbesitzes

1. Stand des Kaufvertragsvollzugs

Wird die Zwangsversteigerung angeordnet, nachdem der Schuldner den Grundbesitz veräußert hat, hängt der weitere Ablauf des Verfahrens davon ab, wie weit der Kaufvertragsvollzug bereits gediehen ist. § 17 Abs. 1 ZVG bestimmt, dass das Versteigerungsgericht die Zwangsversteigerung nur anordnen darf, wenn der Schuldner als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist. Wird also der Käufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen und erst anschließend Antrag auf Zwangsversteigerung gestellt (§ 15 ZVG), wird das Gericht keinen Anordnungsbeschluss mehr erlassen. Darüber hinaus legt § 28 ZVG fest, dass das Versteigerungsgericht ein laufendes Verfahren sofort aufheben bzw. einstellen muss, wenn ihm ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht grundbuchmäßig nachgewiesen wird.¹⁸ Nach dem Stand der Kaufvertragsabwicklung und der Natur der betreibenden Gläubiger (persönlich oder dinglich) ist demgemäß zu unterscheiden:

- Der Antrag auf Zwangsversteigerung ist gestellt, die Eigentumsumschreibung auf den Käufer ist aber bereits vollzogen, bevor die Beschlagnahme wirksam wird (vgl. Teil I Ziffer I. 1.). Das Versteigerungsgericht wird das Verfahren von Amts wegen aufheben. Anders ist dies nur, wenn der Käufer ein dingliches Recht (z. B. eine Grundschuld) übernommen hat und aus dieser vollstreckt wird. In diesem Fall wird das Verfahren lediglich einstweilig eingestellt, um dem Gläubiger die Gelegenheit zu geben, den Vollstreckungstitel gegen den Schuldner auf dessen Rechtsnachfolger, i. e. den Käufer, umzuschreiben (§§ 325, 727 Abs. 1 ZPO).¹⁹ Nach fruchtlosem Ablauf einer gesetzten Frist wird das Vollstreckungsgericht das Zwangsversteigerungsverfahren aufheben.
- Die Beschlagnahme erfolgt, bevor das Eigentum auf den Käufer umgeschrieben wird. Das Verfahren ist nicht gemäß § 28 ZVG aufzuheben. Zwar könnte der Käufer materiellrechtlich wirksam über § 878 BGB oder gutgläubig nach § 892 BGB erworben haben (vgl. Teil I Ziffer I. 1.), dies ist dem Versteigerungsgericht aber allenfalls aus den Grundakten, nicht aus dem Grundbuch ersichtlich. Der Käufer als neuer Eigentümer muss daher zur Verteidigung seiner Rechte Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben.²⁰ Das Verfahren wird dann erst nach Vorlage eines Einstellungsbeschlusses (§ 771 Abs. 3 Satz 1, §§ 769, 775 Nr. 2 ZPO) oder der Entscheidung des Prozessgerichts über die Drittwiderspruchsklage (§ 775

Nr. 1, § 776 ZPO) eingestellt.²¹ Einen Sonderfall regelt § 26 ZVG: Wird das Zwangsversteigerungsverfahren aus einem stehengebliebenen dinglichen Recht (z. B. aus einer vom Käufer übernommenen Grundschuld) betrieben, wird das Verfahren weder aufgehoben noch einstweilig eingestellt, auch wenn die Voraussetzungen des § 878 BGB oder eines gutgläubigen Erwerbs vorliegen.²² Der Käufer kann die Zwangsversteigerung auch nicht durch Erhebung einer Drittwiderspruchsklage verhindern.

- Die Vormerkung zugunsten des Käufers war im Grundbuch eingetragen, bevor die Beschlagnahme zugunsten eines persönlichen Gläubigers wirksam wird. Die Vormerkung ist kein die Versteigerung hinderndes Recht im Sinne des § 28 ZVG.²³ Wird jedoch das Eigentum auf der Grundlage der Vormerkung vor Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses auf den Käufer umgeschrieben, wird das Versteigerungsgericht das Verfahren aufheben (§ 28 ZVG) oder den Zuschlag versagen (§ 33 ZVG).²⁴ Das Eigentum als entgegenstehendes Recht ist aus dem Grundbuch ersichtlich, da die Eigentumsumschreibung auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung zurückwirkt (§ 883 Abs. 3 BGB). Vor Vollzug des Eigentumswechsels hat der Käufer gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Rücknahme des Zwangsversteigerungsantrags (analoge Anwendung des § 888 Abs. 1 BGB).²⁵ Erfolgt der Zuschlag vor Eigentumsumschreibung, fällt die Vormerkung in das geringste Gebot und bleibt bestehen.²⁶ Der Käufer kann vom Ersteigerer die Zustimmung zur erneuten Auflassung des Grundstücks vom Verkäufer (i. e. Schuldner) an sich als Käufer (§ 888 BGB) und nach Eigentumsumschreibung die Herausgabe verlangen (§ 985 BGB).²⁷
- Die Vormerkung zugunsten des Käufers war im Grundbuch eingetragen, bevor die Beschlagnahme zugunsten eines dinglichen Gläubigers wirksam wird. Sofern der dingliche Anspruch (z. B. eine Sicherungshypothek) nach Wirksamwerden der Auflassungsvormerkung entstanden ist, gilt Vorstehendes zur Rechtslage bei einem persönlichen Gläubiger entsprechend. Sofern die Vormerkung nach dem dinglichen Recht aber vor Eintritt der Beschlagnahmewirkung entsteht, kann der Käufer wirksam Eigentum erwerben. Da das dingliche Recht aber nicht vormerkungswidrig ist, kann der dingliche Gläubiger nach richtiger, aber umstrittener Ansicht das Zwangsversteigerungsverfahren auch nach Eigentumsumschreibung auf den Käufer ohne Weiteres fortsetzen (§ 26 ZVG). Die Umschreibung des Vollstreckungstitels gegen den Käufer als neuen Eigentümer (§ 727 ZPO) und dessen Neuzustellung (§ 750 Abs. 2 ZPO) ist nicht erforderlich.²⁸ Mit Zuschlagserteilung erlischt die Vormerkung,

²¹ Jursnik, MittBayNot 1999, 433, 434, 438; erfolgt die Eigentumsumschreibung erst nach dem Versteigerungstermin, wird das Versteigerungsgericht den Zuschlag nicht erteilen (§§ 33, 83 Nr. 5, § 86 ZVG); wird der Zuschlag dennoch erteilt, kann der Käufer gegen die Zuschlagsentscheidung Beschwerde einlegen, §§ 95 ff. ZVG.

²² Stöber, ZVG, § 26 Rdnr. 2.1., 2.6.

²³ OLG Frankfurt, DNotZ 1986, 244; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1725.

²⁴ Stöber, ZVG, § 28 Rdnr. 4.8; Palandt/Bassenge, § 883 BGB Rdnr. 26; sehr kritisch Kesseler, DNotZ 2010, 404, 406 f.

²⁵ Böttcher, ZVG, § 28 Rdnr. 7.

²⁶ BGH, Urteil vom 28.10.1966, BGHZ 46, 124 ff.

²⁷ Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 299.

²⁸ BGH, Rpfleger 2010, 207; Stöber, ZVG, § 28 Rdnr. 4.8.c.; a. A. Böttcher, ZVG, § 28 Rdnr. 9.

¹⁸ Jursnik, MittBayNot 1999, 433, 434.

¹⁹ Stöber, ZVG, § 28 Rdnr. 4.7.b.

²⁰ Stöber, ZVG, § 28 Rdnr. 4.5.; a. A. LG Freiburg, KTS 1975, 133.

da sie nicht in das geringste Gebot fällt (§ 44 Abs. 1, § 52 Abs. 1 ZVG). Der Käufer kann einen Ersatzbetrag (§ 92 Abs. 1 ZVG) für die erloschene Vormerkung spätestens im Verteilungstermin anmelden. Die Höhe des Ersatzbetrags bestimmt sich dabei nach dem Grundstückswert abzüglich der der Vormerkung vorgehenden Ansprüche, allerdings ohne Abzug des geschuldeten Kaufpreises. Dieser ist an den Verkäufer, i. e. Schuldner, zu erbringen.²⁹

- Die Beschlagnahme erfolgt, bevor die Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist. Zwar könnte der Käufer wiederum die Vormerkung über § 878 BGB (analog) oder gutgläubig nach §§ 892, 893 BGB erworben haben, dies ist dem Versteigerungsgericht aber zumindest aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. Der Käufer ist auf Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zu verweisen. Wird die Zwangsversteigerung aus einem im Verhältnis zur Vormerkung vorrangigen dinglichen Recht betrieben, helfen auch die §§ 878, 892 f. BGB nicht.
- Das Eigentum wird erst nach dem Versteigerungstermin auf den Käufer umgeschrieben. Sofern der Zuschlag noch nicht erteilt ist (z. B. weil der Zuschlag erst in einem später angesetzten Verkündungstermin erteilt werden soll, § 87 Abs. 2 ZVG), muss das Versteigerungsgericht die Erteilung des Zuschlags versagen, wenn die Voraussetzungen des § 28 ZVG gegeben sind (§§ 33, 83 Nr. 5). Andernfalls muss der Käufer Drittwiderspruchsklage erheben (§ 771 ZPO). Wird dem Ersteher trotz Eigentumsumschreibung auf den Käufer der Zuschlag erteilt, muss der Käufer gegen die Erteilung des Zuschlags Beschwerde einlegen (§§ 95 ff. ZVG).³⁰ Erfolgt die Eigentumsumschreibung hingegen erst nach Erteilung des Zuschlags, kann der Käufer diese Entscheidung nicht mehr mittels Beschwerde anfechten.

2. Vorzeitige Löschung der Vormerkung

Noch nicht endgültig geklärt sind die Rechtsfolgen, wenn die Vormerkung mit Eigentumsumschreibung auf den Käufer gelöscht wird, obwohl der Versteigerungsvermerk noch eingetragen ist. Denkbar wäre etwa, dass nachrangig zur Vormerkung aber noch vor Eigentumsumschreibung weitere Gläubiger beitreten. Wenn dann später das Eigentum auf den Käufer umgeschrieben wird, ist das Eigentum streng formal betrachtet kein der Versteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 ZVG, da dessen Eintragung nach der Beschlagnahmewirkung zugunsten der beitretenden Gläubiger erfolgte.³¹ Darüber hinaus wäre der Käufer seine Vormerkung los, da diese mit Eigentumsumschreibung gelöscht wurde. Diese Ansicht überzeugt nicht.³² Die Löschung der Vormerkung wird im Grundbuch vermerkt, so dass die Eigentumsumschreibung nachvollziehbar die Vormerkung gleichsam „ersetzt“. Darüber hinaus ist nach Ansicht des BGH der Antrag auf Löschung der Vormerkung so auszulegen, dass die Löschung nur erfolgen soll, wenn keine Zwischenrechte eingetragen sind bzw. solche gleichzeitig gelöscht werden.³³ Das Gleiche gilt für die der Löschungsbewilligung zugrundeliegende materiellrechtliche

Aufhebungserklärung (§ 875 BGB). Da diese Ansicht aber nicht unumstritten ist, sollte der Notar die Löschung der Vormerkung erst dann beantragen, wenn a) beeinträchtigende Zwischenverfügungen sowie b) der Versteigerungsvermerk gelöscht sind. Die Löschung des Versteigerungsvermerks erfolgt, wenn das Versteigerungsverfahren aufgehoben wird (§ 34 ZVG). Dazu ist nach aktueller Rechtsprechung des BGH die Zustellung des Aufhebungsbeschlusses erforderlich.³⁴

Formulierungsvorschlag Antrag auf Eintragung der Vormerkung bei Verkauf einer versteigerungsbehafteten Immobilie:

Zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Übertragung des Eigentums bewilligt der Verkäufer und beantragt der Käufer die Eintragung einer Vormerkung am Vertragsobjekt zugunsten des Käufers im angegebenen Beteiligungsverhältnis in das Grundbuch. Der Käufer bewilligt und beantragt, die Vormerkung wieder zu löschen. Der Käufer weist den Notar an, diese Löschungsbewilligung erst dann dem Grundbuchamt vorzulegen, wenn das Eigentum am Vertragsobjekt ohne beeinträchtigende Zwischenverfügungen auf den Käufer umgeschrieben und das Zwangsversteigerungsverfahren aufgehoben wurde.

3. Mitwirkung des Notars am gutgläubigen Erwerb

Erlangt der Notar nach Beurkundung eines Kaufvertrags Kenntnis von der Anordnung eines Versteigerungsbeschlusses, könnte er durch zeitnahe Vorlage der Vormerkung einen gutgläubigen Erwerb des Käufers ermöglichen (§§ 892 ff. BGB; vgl. Teil I Ziffer I. 1.). Dies wäre dann der Fall, wenn der maßgebliche Zeitpunkt für den gutgläubigen Erwerb (Antragstellung, § 892 Abs. 2 BGB) vor dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Beschlagnahme (Zustellung beim Schuldner oder Antrag auf Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks beim Grundbuchamt) läge. Legt der Notar den Antrag auf Eintragung der Vormerkung als Vertreter des Käufers vor, so muss sich dieser die Kenntnis des Notars zurechnen lassen (arg. e. § 166 BGB). Ein gutgläubiger Erwerb käme daher nur dann in Betracht, wenn der Notar den Antrag als Bote für den Käufer beim Grundbuchamt einreicht und das Grundbuchamt entsprechend § 17 GBO die Vormerkung vor dem Zwangsversteigerungsvermerk in das Grundbuch einträgt. Das Grundbuchamt wiederum könnte einen gutgläubigen Erwerb dadurch vereiteln, dass es unter Missachtung des § 17 GBO die Vormerkung erst nach dem Zwangsversteigerungsvermerk einträgt. Eine ganz andere Frage ist freilich, ob der Notar sich an einem solchen gutgläubigen Erwerb beteiligen darf. Richtigerweise ist ein solches Verhalten mit den Amtspflichten nach § 14 Abs. 2 BNotO unvereinbar.³⁵

V. Finanzierung des Meistgebots

Gelegentlich wird der Notar gebeten, die Bestellung einer Grundschuld zur Finanzierung eines Meistgebots zu beurkunden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Ersteher zwar mit Erteilung des Zuschlags materiell berechtigt ist, über das Grundstück zu verfügen, mithin eine Grundschuld zu bestellen, die Eintragung der Grundschuld im Grundbuch allerdings erst dann erfolgen kann, wenn auch der Ersteher unter anderem nach Ausführung des Teilungsplans im Grundbuch einge-

²⁹ RGZ 144, 281, 283; *Böttcher*, ZVG, § 92 Rdnr. 25; a. A. *Weirich*, DNotZ 1989, 143, 144.

³⁰ Vgl. hierzu *Jursnik*, MittBayNot 1999, 433, 438.

³¹ So im Ergebnis LG Stade, DNotZ 1968, 636 = Rpfleger 1968, 284; siehe auch *Hansmeyer*, MittRhNotK 1989, 153, 162.

³² *Stöber*, ZVG, § 28 Rdnr. 4.8b); *Stöber*, ZVG-Handbuch, Rdnr. 161a; *Böttcher*, ZVG, § 28 Rdnr. 6.

³³ BGH, NJW 1973, 323; siehe hierzu auch *Jursnik*, MittBayNot 1999, 433, 437.

³⁴ BGH, Beschluss vom 10.7.2008, V ZB 130/07, DNotZ 2009, 43 ff.

³⁵ *Jursnik*, MittBayNot 1999, 433, 436 m. w. N.; *Volhard*, DNotZ 1987, 523, 535.

tragen wird (§ 130 Abs. 1, 3 ZVG, vgl. näher Teil I Ziffer I. 4.). Wird der Teilungsplan nicht durch Berichtigung des Bargebots ausgeführt, überträgt das Vollstreckungsgericht den Zahlungsanspruch gegen den Ersteher auf die Gläubiger und lässt zu deren Absicherung Sicherungshypotheken im Grundbuch eintragen (§ 118 Abs. 1, § 128 ZVG).³⁶ Aus Sicht des Finanzierungsinstituts besteht also die zumindest theoretische Gefahr, dass das Bargebot nicht ordnungsgemäß berichtigt wird und deshalb im Rang vor dem Finanzierungsgrundpfandrecht Sicherungshypotheken der befriedigungsberechtigten Gläubiger im Grundbuch eingetragen werden. Die Finanzierung des Meistgebots kann darüber hinaus durch sog. „Liegenbelassungsvereinbarungen“ torpediert werden (§ 91 Abs. 2 ZVG).³⁷ Danach kann der Ersteher mit einem Grundpfandrechtsgläubiger vereinbaren, dass dessen Recht, das eigentlich nach § 91 Abs. 1 ZVG mangels Aufnahme in das geringste Gebot erlöschen würde, bestehen bleibt (z. B. zur Finanzierung des Meistgebots).³⁸ Diese Liegenbelassungsvereinbarung muss entweder im Verteilungstermin erklärt oder spätestens vor Berichtigung des Grundbuchs dem Vollstreckungsgericht durch öffentlich beglaubigte Erklärung nachgewiesen werden (§ 91 Abs. 2 ZVG). Das Finanzierungsinstitut läuft also Risiko, dass der Ersteher, ggf. sogar nach Bestellung der Grundschuld, eine solche vorrangige Liegenbelassungsvereinbarung trifft.

Vor diesem Hintergrund bietet auch eine notarielle Rangbestätigung dem Finanzierungsinstitut keine vollumfängliche Sicherheit.³⁹ Zwar kann der Notar bestätigen, dass er den Antrag auf Eintragung der Grundschuld dem Grundbuchamt vorgelegt hat.⁴⁰ Der Notar kann aber nicht bestätigen, dass nicht zwischenzeitlich Sicherungshypotheken nach Maßgabe der §§ 125, 128 ZVG eingetragen oder Liegenbelassungsvereinbarungen getroffen wurden. Die Praxis zeigt allerdings, dass Banken trotz der vorbeschriebenen Gefahren oftmals bereit sind, das Darlehen auszuzahlen, wenn der Notar eine (beschränkt aussagekräftige) Rangbestätigung ausstellt und der Bank eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuld hinsichtlich der persönlichen Haftung aushändigt.

Formulierungsvorschlag Hinweis in Grundschuldbestellungsurkunde bei Finanzierung eines Meistgebots:

Der Besteller erklärt, dass er das Belastungsobjekt im Wege der Zwangsversteigerung (AZ ...) erworben hat. Der Zuschlag wurde am ... erteilt. Der Notar wies darauf hin, dass die Grundschuld erst mit Eintragung des Bestellers im Grundbuch eingetragen werden kann. Die Eintragung des Bestellers im Grundbuch erfolgt unter anderem erst dann, wenn die Grunderwerbsteuer und das Bargebot (ggf. zzgl. etwaiger Zuzahlungen) geleistet wurden. Der Notar wird angewiesen, die Grundschuld bereits jetzt dem Grundbuchamt vorzulegen. Auf die Gefahr von etwaigen Liegenbelassungs-

³⁶ Das Gleiche gilt, wenn sog. Zuzahlungen nach §§ 50, 51 ZVG nicht geleistet werden (§ 125 ZVG).

³⁷ Vgl. hierzu *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1765 f.

³⁸ Die Vereinbarung führt dazu, dass der Gläubiger als befriedigt gilt (§ 91 Abs. 3 Satz 2 ZVG); die persönliche Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner erlischt und der Sicherungsvertrag mit dem bisherigen Sicherungsgeber endet, BGH, NJW 1985, 388 = MDR 1985, 405 = RPfleger 1985, 74; das abstrakte Schuldanerkenntnis im Verhältnis Grundschuldgläubiger und persönlicher Schuldner bleibt hingegen bestehen.

³⁹ *Sickinger*, MittRhNotK 1996, 241, 252.

⁴⁰ Diesen Antrag darf das Grundbuchamt auch nicht als nach § 18 GBO unvollziehbar zurückweisen bzw. mit einer Zwischenverfügung beantworten (§ 130 Abs. 3 ZVG, vgl. hierzu näher Teil I Ziffer I. 4.).

vereinbarungen oder Zwischeneintragungen (z. B. Sicherungshypotheken, § 128 ZVG) wurde hingewiesen.

Formulierungsvorschlag notarielle Rangbestätigung bei Finanzierung des Meistgebots:

Betreff: Rangbestätigung zur Grundschuld URNr. ... vom ...

Sehr geehrte ...,

ich übersende Ihnen eine Ausfertigung der o. g. Urkunde zur Herstellung der Bindungswirkung nach § 873 BGB. In meiner Eigenschaft als Notar bestätige ich Ihnen das Folgende:

1. Am ... habe ich dem zuständigen Grundbuchamt die vorgenannte Urkunde zum Vollzug der darin gestellten Anträge vorgelegt, gemäß § 15 GBO auch im Namen des Gläubigers.

2. Durch Grundbucheinsicht – nicht Einsicht in die Grundakten ... – vom gleichen Tage habe ich für das Pfandobjekt folgende Eintragungen festgestellt:

Eigentümer: ...

Abteilung II: ...

Abteilung III: ...

3. Auf der Grundlage meiner Akten und am Tag der Urkundenvorlage durchgeführten Einsicht des Grundbuchs – nicht der Grundakten ... – habe ich weiterhin festgestellt, dass insoweit keine Umstände der Eintragung des Grundpfandrechts entsprechend der zu meiner Urkunde abgegebenen Bewilligung entgegenstehen.

4. Auf der Grundlage der mir am ... erteilten unverbindlichen Auskunft des Geschäftsstellenbeamten des Vollstreckungsgerichts ... zu AZ ... bestätige ich, dass die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts (nicht) vorliegt und Liegenbelassungsvereinbarungen nicht getroffen wurden. Ich weise darauf hin, dass bei Nichtbezahlung der Grunderwerbsteuer Ihr Grundpfandrecht nicht eingetragen wird. Weiter weise ich darauf hin, dass Ihr Grundpfandrecht bei etwa später erfolgenden Liegenbelassungsvereinbarungen nicht ranggerecht eingetragen wird.

5. Weitere Vollzugsvoraussetzungen, abgesehen von der Bezahlung der Gerichtsgebühren, sind mir nicht bekannt.

Mit freundlichen Grüßen

VI. Fazit

Die Zwangsversteigerung stellt Gläubiger vor kaum überschaubare rechtliche und tatsächliche Probleme. Daher nimmt es kaum Wunder, dass Gläubiger nach Alternativen zur Zwangsversteigerung suchen, um einen freihändigen Verkauf zu ermöglichen. Manche Kreditinstitute sind dabei auf die Idee gekommen, sich vom Schuldner Verkaufsvollmachten für das Pfandobjekt geben zu lassen. Ein solcher Versuch ist aber äußerst skeptisch zu betrachten. Sofern die Vollmacht nicht schon nach §§ 1149, 1192 BGB nichtig ist, da die dem Grundpfandrecht zugrundeliegende Forderung noch nicht fällig ist,⁴¹ droht ein Verstoß gegen AGB-Recht (§§ 307, 310 Abs. 3 BGB). Eine unangemessene Benachteiligung wird wohl nur dann zu verneinen sein, wenn die Vollmacht einen (im Verhältnis zum Marktwert nicht außer Verhältnis stehenden) Mindestkaufpreis enthält und die wesentlichen Vertragsbedingungen (z. B. Besitzübergang, Gewährleistung, Erschließung) vorgibt. Kurzum: Zwangsversteigerungsrechtliche Probleme werden auch in Zukunft ein ständiger Begleiter des Notars sein.

⁴¹ BGH, NJW 2003, 1041 = DNotZ 2003, 127; *Staudinger/Wolfsteiner*, § 1149 Rdnr. 1, 5 ff., 14.

Gesicherte Praxis und neue Wege der Rechtsnachfolge bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12¹ –

Von Notar Dr. Hilmar Keller, Ebermannstadt

Die Regelung der Rechtsnachfolge bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten spielt in der Praxis inzwischen eine große Rolle. Vor allem bei langlebigen wertvollen Energiegewinnungsanlagen (z. B. Photovoltaikanlagen, Windkraftträdern und Solarparks) kann bezüglich des Nutzungsrechts eine Rechtsnachfolgeregelung sinnvoll sein. Rechtsprechung, Literatur und Gestaltungspraxis befassen sich zunehmend mit dieser Problematik.

I. Gesicherte Gestaltungspraxis

1. Die Bestellung selbständiger (ggf. aufschiebend bedingter) beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten Rechtsnachfolger ist nur möglich, wenn der Nachfolger schon individuell bestimmt ist.² Dies ist aber in der Regel bei Abschluss der Verträge noch nicht der Fall. Das OLG München hat mit Beschluss vom 24.11.2010³ entschieden, dass die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für „die Erben“ einer noch lebenden Person unwirksam und von Amts wegen im Grundbuch zu löschen ist, da die Erben erst mit dem Erbfall bestimmbar sind. Diese Grundsätze müssen in gleicher Weise bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Energiegewinnungsanlage gelten. Denn der Sonderrechtsnachfolger ist vor der Singularsukzession genauso unbestimmt wie die Erben vor dem Erbfall.⁴

2. Da die Rechtsnachfolger bei Abschluss der Verträge in der Regel noch nicht feststehen, weichen die Vertragspartner auf die schuldrechtliche Ebene aus. Der Eigentümer kann sich gegenüber dem derzeitigen Anlagenbetreiber verpflichten, zugunsten dessen Rechtsnachfolger eine inhaltsgleiche beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu bestellen. Dies kann sowohl zugunsten von Gesamtrechtsnachfolgern (insbesondere Erben) als auch Sonderrechtsnachfolgern (Erwerber der Anlage) und auch zugunsten mehrerer Rechtsnachfolger hintereinander vereinbart werden.⁵

3. Diese schuldrechtliche Lösung bietet nur dann eine ausreichende Sicherheit, wenn der obligatorische Anspruch auf Bestellung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten der Rechtsnachfolger durch eine Vormerkung (§ 883 BGB) im Grundbuch abgesichert werden kann. Beim echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) wäre es denkbar, unmittelbar zugunsten des Rechtsnachfolgers eine Vormerkung zu bestellen. Da die Vormerkung nicht als dingliches Recht zu qualifizieren ist, sondern nur als Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs, gilt für die Vormerkung nicht der strenge sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz.⁶ Aufgrund der erforderlichen Eintragung der Vormerkung im Grundbuch ist aber dennoch der grundbuchrechtliche Spezialitätsgrundsatz zu beachten.⁷ Danach muss – anders als bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – der Gläubiger zwar noch nicht

individuell bestimmt sein, aber nach sachlichen Merkmalen bestimmbar sein. Diese sachlichen Kriterien müssen jedoch eindeutig sein. Das OLG Hamm hat kürzlich dazu entschieden,⁸ dass der Eintritt in den schuldrechtlichen Dachnutzungsvertrag kein geeignetes sachliches Kriterium für die Bestimmbarkeit des Vormerkungsberechtigten ist. Denn es hänge vom Belieben des Versprechensempfängers ab, an wen er das Vertragsverhältnis über die Dachnutzung überträgt. Aufgrund dieses überzeugend begründeten Beschlusses scheidet eine Vormerkung unmittelbar zugunsten des Sonderrechtsnachfolgers aus.⁹ Auch zugunsten „der Erben“ des ursprünglichen Anlagenbetreibers kann keine Vormerkung eingetragen werden.¹⁰ Die Erbfolge ist kein geeignetes Kriterium für die Bestimmbarkeit des Vormerkungsberechtigten, da sie insbesondere bei privatschriftlichen Testamenten oft unklar ist. Es verbleibt daher beim noch unbestimmten Rechtsnachfolger nur die Möglichkeit, zugunsten des Versprechensempfängers eine Vormerkung einzutragen. Der obligatorische Bestellungsanspruch des derzeitigen Vertragspartners (§ 335 BGB) kann durch Vormerkung im Grundbuch gesichert werden. Versprechensempfänger und damit Vormerkungsberechtigter kann sowohl der erste Anlagenbetreiber als auch seine die Anlage finanzierende Bank sein.¹¹

4. Bei langlebigen Energiegewinnungsanlagen besteht ein praktisches Bedürfnis, auch mehrere Rechtsnachfolger hintereinander abzusichern. Es stellte sich die Frage, ob der schuldrechtliche Anspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB) auf Bestellung mehrerer Dienstbarkeiten für mehrere Rechtsnachfolger als einheitlicher Anspruch ausgestaltet werden kann und ob dieser einheitliche obligatorische Anspruch durch eine einzige Vormerkung im Grundbuch gesichert werden kann. Diese Frage wurde unterschiedlich beantwortet.¹² Der 27. Senat des OLG München¹³ hat kürzlich entschieden, dass die Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Versprechensempfänger, mehrere inhaltsgleiche Dienstbarkeiten zugunsten mehrerer aufeinanderfolgender Personen zu bestellen, durch nur eine Vormerkung gesichert werden kann. Der Beschluss hat in der Literatur Zustimmung

1 MittBayNot 2012, 466 (in diesem Heft).

2 Staudinger/Mayer, Neubearb. 2009, § 1090 Rdnr. 2.

3 RNotZ 2011, 245.

4 Keller, DNotZ 2011, 99, 102; zustimmend Böttcher, NJW 2012, 822, 825.

5 Keller, ZfIR 2011, 705, 706, 707.

6 RGZ 128, 246, 248; BayObLG, DNotZ 1979, 502, 504.

7 RGZ 128, 246, 250; MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl. 2009, § 883 Rdnr. 30.

8 MittBayNot 2011, 299.

9 Ebenso Böttcher, NJW 2012, 822, 825; Klühs, RNotZ 2012, 28, 29 und Keller, MittBayNot 2011, 301.

10 Palandt/Bassenge, 70. Aufl. 2011, § 883 Rdnr. 11; Keller, ZfIR 2011, 705, 707; ebenso Böttcher, NJW 2012, 822, 825; a. A. Staudinger/Gursky, Neubearb. 2008, § 883 Rdnr. 72.

11 OLG Hamm, MittBayNot 2011, 299, 300; Reymann, DNotZ 2010, 84, 103; Keller, ZfIR 2011, 705, 707; Böttcher, NJW 2012, 822, 825.

12 Bejahend Keller, DNotZ 2011, 99, 108 ff.; verneinend Reymann, DNotZ 2010, 84, 104 ff.

13 MittBayNot 2011, 231.

gefunden.¹⁴ Der 34. Zivilsenat des OLG München hat durch Beschluss vom 18.4.2012¹⁵ diese Rechtsprechung nicht nur im Ergebnis bestätigt, sondern auch dogmatisch überzeugend wie folgt begründet. Angesichts der Kontinuität des Anspruchsinhalts handelt es sich um einen Daueranspruch des Versprechensempfängers, um einen einheitlichen Anspruch, der auf mehrere Leistungen an unterschiedliche Leistungsempfänger gerichtet ist. Der Daueranspruch erlischt nicht bereits mit der erstmaligen Benennung eines Dritten, sondern erst dann, wenn nach den zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen keine weiteren Benennungen mehr möglich sind.¹⁶

5. Die Vereinbarung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Bestellung von mehreren Dienstbarkeiten für Sonder- und Gesamtrechtsnachfolger, der zugunsten des Versprechensempfängers durch eine Vormerkung gesichert wird, führt nur dann zum Ziel, wenn der vorgemerkte Bestellaanspruch abtretbar und vererblich ist. Wäre der Anspruch nicht vererblich, würde er beim Tod des Versprechensempfängers erlöschen, also vor seiner Erfüllbarkeit wegfallen. Wäre der Bestellaanspruch nicht übertragbar, könnte der Sonderrechtsnachfolger den Anspruch nicht erfolgreich durchsetzen, da die akzessorische Vormerkung (§ 401 Abs. 1 BGB) nicht auf ihn überginge. Außerdem muss der Anspruch auf Bestellung von Dienstbarkeiten zugunsten weiterer Rechtsnachfolger auf den Sonderrechtsnachfolger übergehen, damit er seinerseits den Bestellaanspruch vererben und übertragen kann. Es wäre sinnlos, wenn der Bestellaanspruch beim ursprünglichen Versprechensempfänger verbliebe, da dieser die Anlage nicht mehr betreibt und an dem Bestellaanspruch kein Interesse mehr hat. In der Literatur ist umstritten, ob und inwieweit der schuldrechtliche Anspruch auf Bestellung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten abtretbar ist.¹⁷

Das OLG München hat mit dem oben genannten Beschluss vom 18.4.2012 dazu ausgeführt, dass der Anspruch des Versprechensempfängers auf Bestellung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für Rechtsnachfolger übertragbar ist. Dies ist aus Sicht der Praxis zu begrüßen, da von etlichen Grundbuchämtern bezweifelt wurde, dass der obligatorische Bestellaanspruch übertragbar ausgestaltet werden kann.¹⁸

II. Neuer Gestaltungsvorschlag: Selbstbenennungsrecht des Versprechensempfängers

1. In dem vom OLG München entschiedenen Fall sollte der Versprechensempfänger (eine Sparkasse) das Recht haben, nicht nur für von ihm benannte Dritte Dienstbarkeiten bestellen zu lassen, sondern auch sich selbst als „Dritter in diesem Sinne“ zu benennen und demgemäß für sich selbst als Gläubiger eine Dienstbarkeit eintragen zu lassen. Zur Sicherung dieses Bestellaanspruches mit Selbstbenennungsrecht sollte nur eine einzige Vormerkung im Grundbuch eingetragen werden. Das Grundbuchamt und das OLG München haben dies abgelehnt. Für den Anspruch des Versprechensempfängers,

selbst Berechtigter der Dienstbarkeit zu werden, müsse eine zusätzliche Vormerkung eingetragen werden. Denn es handle sich nicht um einen einheitlichen Anspruch, sondern um mehrere unterschiedliche Ansprüche. Der Anspruch des Versprechensempfängers aus einem Vertrag zugunsten Dritter auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten einer anderen Person sei nicht inhaltsgleich mit dem Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Versprechensempfänger selbst. Dass unterschiedliche Ansprüche vorliegen, ergebe sich auch daraus, dass der Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine bestimmte Person, anders als der Anspruch des Versprechensempfängers auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten eines Dritten, nach der zwingenden Regelung des § 1092 Abs. 1 BGB nicht übertragbar sei. Die Unübertragbarkeit gelte auch für den schuldrechtlichen Bestellaanspruch, wie aus § 1092 Abs. 3 Satz 3 BGB zu folgern sei, sich aber auch als § 399 Alt. 1 BGB ableiten lasse. Einer anderweitigen schuldrechtlichen Vereinbarung stehe die eingeschränkte „Gestaltungsfreiheit im Sachenrecht“ entgegen. Deshalb komme es auch nicht darauf an, dass die Dienstbarkeit nicht auf das persönliche Bedürfnis der Berechtigten zugeschnitten ist, was üblicherweise ihre Bindung an eine bestimmte Person erklärt, die Sparkasse vielmehr nur wie eine dritte Person in der „Kette“ möglicher Rechtsinhaber stehen soll.

2. Diese Ausführungen überzeugen nicht. Dass der Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine andere Person als den Versprechensempfänger aufgrund eines Vertrages zugunsten Dritter nicht inhaltsgleich ist mit dem Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit unmittelbar zugunsten des Versprechensempfängers, ist zwar richtig, betrifft aber lediglich den Gläubiger der zu begründenden Dienstbarkeit, also den Begünstigten einer Teilleistung. Dass die Gläubiger der zu bestellenden Dienstbarkeiten unterschiedliche Personen sind, steht aber einem einheitlichen Gesamt- oder Daueranspruch nicht entgegen.¹⁹ Wenn die Berechtigten der zu bestellenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten derzeit noch unbestimmte Dritte sein können, ist nicht einzusehen, warum es nicht auch daneben der Versprechensempfänger selbst sein kann, wenn er sich selbst als Rechtsnachfolger benennt. Dass Teilleistungen teilweise an Dritte und an den Vertragspartner selbst zu erbringen sind, steht einem einheitlichen Gesamtanspruch nicht entgegen. Dies zeigt z. B. ein Grundstückskaufvertrag, bei dem Grundschuldgläubiger aus dem Kaufpreis abzulösen sind. Ist der Käufer verpflichtet, den Kaufpreis an die Grundschuldgläubiger zu zahlen, soweit diese Ablösebeträge verlangen, und den Restkaufpreis an den Verkäufer selbst, handelt es sich dennoch um einen einheitlichen Kaufpreisanspruch. Dass die Einzel- bzw. Teilleistungen an unterschiedliche Personen erbracht werden, steht der einheitlichen Rechtsnatur des Gesamtanspruchs nicht entgegen. Denn maßgebend ist die Einheitlichkeit des Lebenssachverhaltes, auf dem die Verpflichtung beruht.²⁰ Ein solcher einheitlicher Lebenssachverhalt ist zu bejahen, da ein einheitlicher Vertrag geschlossen wird, die Vertragspartner identisch sind und die Nutzung einer konkreten Anlage durch inhaltsgleiche Dienstbarkeiten gesichert werden soll.²¹ An diesem einheitlichen Lebenssachverhalt ändert das Selbstbenennungsrecht des Ver-

¹⁴ *Preuß*, MittBayNot 2011, 231, 232; *Keller*, ZfIR 2011, 705, 708; *Böttcher*, NJW 2012, 822, 826; *Klühs*, RNotZ 2012, 28 ff., der die revolvierende Dienstbarkeitsbestellungsformerkung als Fall der Sukzessivberechtigung sieht; *Kappler*, ZfIR 2012, 264, 272.

¹⁵ MittBayNot 2012, 466 (in diesem Heft).

¹⁶ Ebenso *Böttcher*, NJW 2012, 822, 826; *Preuß*, MittBayNot 2011, 231, 232; *Keller* DNotZ 2011, 99, 108 ff.

¹⁷ Vgl. *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285 ff. und *Keller*, DNotZ 2011, 99, 103 ff.; *ders.*, ZfIR 2011, 705, 709 f.

¹⁸ Vgl. dazu mit Formulierungsvorschlag *Kappler*, ZNotP 2007, 257, 262; *ders.*, ZfIR 2012, 264, 271 ff.

¹⁹ BayObLG, DNotZ 2002, 293, 294; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 23; *Giehl*, MittBayNot 2002, 158 ff.

²⁰ BayObLG, a. a. O. (Fn. 19); *Giehl*, a. a. O. (Fn. 19); *Keller*, DNotZ 2011, 99, 109; *Kappler*, ZfIR 2012, 264, 272.

²¹ *Kappler*, a. a. O. (Fn. 20).

sprechensempfängers nichts.²² Für einen einheitlichen Daueranspruch im Falle eines Selbstbenennungsrechtes des Versprechensempfängers spricht auch folgende Überlegung:

Mit der Abtretung des schuldrechtlichen Bestellsungsanspruchs an den ersten Rechtsnachfolger geht auch das Benennungsrecht für weitere Rechtsnachfolger auf den ersten Nachfolger über. Dieser könnte die Anlage wieder an den ursprünglichen Anlagenbetreiber veräußern und diesem den Dienstbarkeitsbestellungsanspruch abtreten. Der ursprüngliche Anlagenbetreiber wäre dann als Rechtsnachfolger wieder Gläubiger des obligatorischen Bestellsungsanspruchs. Ihm den Anspruch zu versagen, nur weil er ursprünglich schon Vertragspartner gewesen ist, wäre nicht interessengerecht. Wenn aber der ursprüngliche Versprechensempfänger weiterer Rechtsnachfolger werden kann, nachdem vorher eine andere Person Rechtsnachfolger wurde, ist nicht einzusehen, warum es nicht möglich sein soll, dass der Versprechensempfänger (hier eine finanzierende Bank) sich selbst als ersten Rechtsnachfolger der Anlage benennen kann.

Die Problematik der Übertragbarkeit des Bestellsungsanspruchs zwingt entgegen der Ansicht des OLG München nicht zu einer Aufspaltung des Daueranspruchs in zwei Ansprüche, falls ein Selbstbenennungsrecht vorgesehen ist. Maßgeblich für die Frage, ob der schuldrechtliche Bestellsungsanspruch abtretbar ist, ist allein die Vorschrift des § 399 Alt. 1 BGB.²³ Es handelt sich um eine Vorschrift des allgemeinen Schuldrechts. § 1092 Abs. 1 BGB ist auf den obligatorischen Bestellsungsanspruch ebenso wenig anwendbar wie der Grundsatz der eingeschränkten „Gestaltungsfreiheit im Sachenrecht“. Der BGH verzichtet zu Recht auf einen Umkehrschluss aus § 1092 Abs. 3 Satz 3 BGB und aus § 1092 Abs. 2 i. V. m. §§ 1059a bis 1059d BGB.²⁴ Gemäß § 399 Alt. 1 BGB ist die Abtretung des Anspruchs ausgeschlossen, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger zu einer Veränderung des Anspruchsinhalts führt. Ob dies der Fall ist, ist eine Frage des Einzelfalls.²⁵ Im Falle der Selbstbenennung findet aber gar kein Gläubigerwechsel statt. Denn Gläubiger der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist ja im Falle der Selbstbenennung der schon ursprünglich vorgesehene

Versprechensempfänger (hier die Sparkasse). Ein Gläubigerwechsel, der eine Veränderung des Leistungsinhaltes bedingen könnte, ist im Falle der Selbstbenennung ausgeschlossen. Das Selbstbenennungsrecht führt demgemäß nicht zu einem Ausschluss der Übertragbarkeit des Bestellsungsanspruchs nach § 399 BGB. Mit der Übertragung des Anspruchs an einen Dritten erledigt sich nur das Selbstbenennungsrecht des Versprechensempfängers, da das Benennungsrecht auf den Zessionar mit übergeht und damit eine Selbstbenennung des Versprechensempfängers ausscheidet. Der Gesamtanspruch ist abtretbar, da ein Gläubigerwechsel durch die Übertragung des Bestellsungsanspruchs im Hinblick auf die einzelnen Teilleistungen (Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für die jeweiligen Rechtsnachfolger der Anlage) nicht stattfindet.²⁶ Schon von vornherein stehen die Gläubiger der Dienstbarkeiten, nämlich die jeweiligen Rechtsnachfolger der Anlage fest. Daran ändert sich nichts, wenn sich der Versprechensempfänger als Rechtsnachfolger der Anlage auch selbst benennen kann.

Entgegen der Ansicht des OLG München hätte deshalb ein einheitlicher Dauerbestellungsanspruch mit Selbstbenennungsrecht des Versprechensempfängers durch eine einzige Vormerkung abgesichert werden können.²⁷ Damit würde auch das Grundbuch übersichtlicher werden.

III. Fazit

Aus Sicht der Praxis ist zu begrüßen, dass das OLG München bestätigt, dass der schuldrechtliche Anspruch des Versprechensempfängers auf Bestellung mehrerer beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten mehrerer Rechtsnachfolger hintereinander als einheitlicher Anspruch ausgestaltet, durch eine einzige Vormerkung im Grundbuch abgesichert und auch abgetreten werden kann, soweit der Anspruch auf einem Vertrag zugunsten Dritter beruht. Die Ablehnung eines einheitlichen, durch eine einzige Vormerkung sicherbaren Anspruchs im Falle eines Selbstbenennungsrechtes des Versprechensempfängers überzeugt jedoch weder im Ergebnis noch in der Begründung.

²² Kappler, ZfIR 2012, 602, 603.

²³ BGHZ 28, 99; BGH, NJW 2010, 1074 ff.

²⁴ BGH, a. a. O. (Fn. 22); dazu Keller, ZfIR 2011, 705, 709, 710 m. w. N.

²⁵ BGHZ 28, 99, 102.

²⁶ Kappler, ZfIR 2012, 264, 271.

²⁷ Ebenso Kappler in seiner ablehnenden Anmerkung, ZfIR 2012, 602, 603.

Übergeberrechte und Altersdemenz

Von Notarassessor Dr. Valentin Spernath, Passau

Der Beitrag behandelt am Beispiel von Rückforderungs- und Wohnungsrecht die Nachteile und Gefahren, die aus im Grundbuch eingetragenen Rechten bei einer späteren Demenz des Übergebers erwachsen; er sucht nach Möglichkeiten der Vermeidung und Minimierung dieser Risiken durch alternative Gestaltungen und Ansätze, welche die spätere Löscharbeit solcher Rechte sichern.

I. Hinführung

Dem Übergeber einer Immobilie vorbehalten Rechte, die im Grundbuch eingetragen werden, erfreuen sich in der notariellen Praxis großer Beliebtheit, ja sie gehören geradezu zum Standardrepertoire des Notars.¹ Lediglich hinsichtlich der Rückforderungsrechte, die im Grundbuch durch Vormerkung abgesichert werden, gibt es unterschiedliche Ansichten. Während für *Langenfeld* die „spürbare Erleichterung des Übergebers“ angesichts der Möglichkeit von Rückforderungsrechten im Vordergrund steht,² wird von anderer Seite Kritik laut: Das Rückforderungsrecht führe beim Erwerber zu dem Gefühl, dass ihm „das übertragene Vermögen doch ‚nicht richtig gehört‘“,³ sowie zu einem „Rückschritt in das Zeitalter der ‚Rektrat- und Rückfallsrechte‘, die einer ganz anderen Wirtschaftsordnung entsprachen“.⁴

Relativ wenig Beachtung findet dagegen bisher der hier zu untersuchende Aspekt, der allerdings nicht nur bei Rückforderungsrechten, sondern bei allen zugunsten des Veräußerers im Grundbuch eingetragenen, lebenslangen Rechten Probleme bereitet: das Risiko der gestiegenen Lebenserwartung und des damit einhergehenden Risikos dementiell bedingter Geschäftsunfähigkeit.⁵ Während im Jahr 1960 ein sechzigjähriger Mann noch eine Restlebenserwartung von durchschnittlich 15 Jahren besaß,⁶ beträgt dieser Wert derzeit 21 Jahre⁷ und wird sich bis zum Jahr 2060 voraussichtlich auf 26,5 bis 29 Jahre⁸ erhöhen, was insgesamt einer Verdopplung gleichkommt. Mit der „bloßen“ Verdopplung der Restlebenserwartung geht eine Potenzierung der Fälle von Altersdemenz einher, da mit jedem Lebensjahr das Risiko der Altersdemenz steigt. Während bei 75- bis 79-Jährigen, also in der Altersklasse, die frühere Übergeber in der Regel gerade noch erreichten, die Demenzrate nur gute fünf Prozent erreicht,⁹ sind

mehr als 30 %(!) der über 90-Jährigen dement.¹⁰ Die Verdopplung der Restlebenserwartung führt also, kurz gesagt, zu einer Versechsfachung des Demenzrisikos.

Folge der höheren Lebenserwartung ist damit nicht nur, dass der Erwerber für einen deutlich längeren Zeitraum für Verfügungen über den überlassenen Grundbesitz der Mitwirkung des Übergebers bedarf, sondern dass diese in vielen Fällen zu Lebzeiten des Übergebers wegen der erforderlichen Mitwirkung eines Betreuers, vor allem aber wegen der notwendigen betreuungsgerichtlichen Genehmigung, nicht mehr möglich sind.¹¹ Dabei kann es durchaus Fälle geben, in denen eine Verfügung des Erwerbers – auch aus Sicht des Veräußerers – berechtigt oder sogar wünschenswert ist, z. B. wenn durch den Verkauf einer Wohnimmobilie der Erwerb einer höherwertigen Immobilie für die Familie mitfinanziert werden soll, wenn Landwirtschaftsflächen zu Bauland geworden sind und aus der Veräußerung dieser Flächen Anschaffungen für den landwirtschaftlichen Betrieb finanziert werden sollen, aber auch, wenn bei unverschuldeten finanziellen Notlagen (Arbeitslosigkeit) auf die Immobilie zurückgegriffen werden muss.

Hinzu kommt, dass in dem Fall, in welchem ein 60-Jähriger seinem 30-jährigen Sohn eine Immobilie unter Eintragung von Rechten im Grundbuch übergibt, der Erwerber selbst wieder im besten „Übergeberalter“ steht, wenn der Übergeber im Alter von 90 Jahren verstirbt und die Rechte erlöschen.¹² Übergibt dann der Erwerber, der selbst bisher durch Rechte zugunsten des Übergebers gebunden war, seinerseits unter Vorbehalt solcher Rechte, kommt es im Ergebnis zu einer Perpetuierung von Grundbuchlasten, d. h. es tritt dauerhaft eine Situation ein, in welcher der jeweilige Grundstückseigentümer nicht frei über „seinen“ Grundbesitz verfügen kann. Diese Art der „Absicherung im Alter“ widerspricht der Eigentumsordnung des BGB. Sie erinnert fast an römische Zeiten, als lediglich der „pater familias“, der Familienälteste, an einer Sache berechtigt sein konnte.¹³ Ein Umdenken erscheint daher erforderlich, um die geschilderte Situation nicht eintreten zu lassen, um der gestiegenen Lebenserwartung gerecht zu werden und insbesondere um das „Demenzrisiko“ in den Griff zu bekommen.

Hierzu sind verschiedene Strategien denkbar: Zuallererst ist an die Vermeidung von Grundbuchbelastungen zugunsten des

¹ *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Rdnr. 683.

² *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge, 6. Aufl., Kap. 3 Rdnr. 84.

³ *Waldner*, Vorweggenommene Erbfolge, 2. Aufl., Rdnr. 103.

⁴ *Mayer*, Der Übergabevertrag, Rdnr. 121; zur Kritik siehe auch *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl., Rdnr. 1778; *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 732.

⁵ *Sikora/Mayer*, Kautelarjuristische Klausuren im Zivilrecht, 2. Aufl., Rdnr. 514; *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 732 (mit Lösungsvorschlag), und *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 1778, gehen auf diese Problematik ein. In einigen Standardwerken der notariellen Praxis findet sich jedoch hierzu nichts.

⁶ Statistisches Bundesamt, Allgemeine Sterbetafel 1960–1962 (früheres Bundesgebiet), Wiesbaden 2004.

⁷ Statistisches Bundesamt, Sterbetafel 2008–2010, Wiesbaden 2011.

⁸ Statistisches Bundesamt, Sterbetafel 2060, Basisannahme, sowie Sterbetafel 2060, Starker Anstieg, Wiesbaden 2009.

⁹ Robert-Koch-Institut, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 28, Altersdemenz, November 2005, S. 11 f.

¹⁰ Robert-Koch-Institut, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 28, Altersdemenz, November 2005, S. 11 f.

¹¹ *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 732.

¹² Was im Falle von Vormerkungen nicht ohne Weiteres gesichert ist, da hier die Löschungserleichterung nach § 23 Abs. 2 GBO bekanntlich nicht möglich ist, so die Rechtsprechung seit BGH, NJW 1992, 1683 = MittBayNot 1992, 193. Allenfalls kommt eine auflösende Bedingung (Todeseintritt) in Betracht.

¹³ *Girard*, Geschichte und System des römischen Rechtes, übers. von R. v. Mayr, Berlin 1908, S. 150 ff.; *Martin, Bleicken/H.-J. Gehrke*, Das alte Rom, Gütersloh 1994, S. 167 ff.

Übergebers zu denken (II.). Ist die Eintragung von solchen Grundbuchrechten unvermeidlich, ist darüber nachzudenken, wie diese „im Ernstfall“ zum Erlöschen gebracht werden können, wobei zwischen dem „automatischen“ Erlöschen über Befristungen und auflösende Bedingungen (III.) und Vollmachtlösungen (IV.) zu differenzieren ist.

II. Vermeidung von Grundbuchbelastungen

Soweit Grundbucheintragungen zugunsten des Veräußerers durch andere Gestaltungen ersetzt oder mit ihnen so kombiniert werden können, dass der Erwerber weniger in seiner Verfügungsmacht beschränkt wird, stellt sich das Problem der Lösbarkeit nicht.

1. Aufteilung nach WEG statt am ganzen Objekt lastendes Wohnungsrecht

Soll der Übergeber in der Weise abgesichert sein, dass er in einer in sich abgeschlossenen Wohnung wohnen bleiben kann, beschränkt den Erwerber ein an der ganzen Immobilie bestelltes Wohnungsrecht, dessen Ausübungsbereich auf die Wohnung beschränkt ist, in unnötiger Weise. Will der Erwerber die restliche Immobilie oder Teile davon veräußern oder anderweitig über sie verfügen, steht er vor dem Problem der Lastenfreistellung. Auch die Vorschrift des § 1026 BGB hilft oft nicht weiter. Zum einen ist schon strittig, ob § 1026 BGB auch auf eine Aufteilung nach WEG oder aber nur auf eine vertikale reale Grundstücksteilung Anwendung findet.¹⁴ Zum anderen stellt sich das Problem des Nachweises der Beschränkung des Ausübungsbereichs gerade beim Wohnungsrecht wegen der Befugnis des Berechtigten zur Mitbenutzung der dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienenden Anlagen.¹⁵ Dem Interesse des Übergebers, in der Wohnung bleiben zu können, ist in gleicher Weise gedient, wenn zunächst die Immobilie in Wohnungseigentum aufgeteilt wird und der Übergeber dann eine Einheit zurückbehält oder – falls der Übergeber nichts zurückbehalten will – die Immobilie aufgeteilt wird und alle Einheiten auf den Erwerber übertragen werden, wobei zugleich an lediglich einer Einheit ein Wohnungsrecht zugunsten des Veräußerers begründet wird.¹⁶ Für den Erwerber hat dies den Vorteil, dass er die Mitwirkung des Veräußerers hinsichtlich der übrigen Einheiten nicht benötigt, für den Übergeber reduziert sich das Risiko, hinter neu einzutragende Grundschulden zurücktreten zu müssen – diese können ja ebenso an den anderen Sondereigentumseinheiten eingetragen werden. Angesichts der bereits erwähnten langen Lebenserwartung des Übergebers (die ja im Einzelfall durchaus 40 Jahre betragen kann!) ist dieser Weg auch nicht etwa zu um-

ständig, sondern aus Sicht des Verfassers die sachgerechte Lösung.¹⁷

2. Alternativen zum Rückforderungs- oder Rücktrittsrecht

Schwieriger stellt sich die Suche nach Alternativen zum vertraglichen Rückforderungs- oder Rücktrittsrecht dar. Hier muss, soweit möglich, nach den einzelnen klassischen Rückforderungsgründen differenziert werden. Klassische Rückforderungsgründe aus der Sphäre des Erwerbers sind Vorversterben (a), Verfügung ohne Zustimmung (b), Scheidung (c) und Insolvenz bzw. Zwangsvollstreckung (d).¹⁸

a) Erbvertrag anstelle eines Rückforderungsrechts für den Fall des Vorversterbens

Durch Rückforderungsrechte soll häufig gesichert werden, dass der Grundbesitz „in der Familie bleibt“. So wird etwa vereinbart, dass der Vertragsgegenstand zurückgefordert werden könne, wenn der Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt, ohne dass gewährleistet ist, dass die Immobilie erbrechtlich auf die Abkömmlinge übergeht.¹⁹ Hier stellt sich die Frage, ob dieser Intention nicht durch den Abschluss eines Erbvertrages zwischen Übergeber und Erwerber, in dem der Erwerber vertragsmäßig seine Kinder einsetzt, besser Genüge getan wird. Zwar trifft es zu, dass dieser Verfügungen unter Lebenden nicht einschränkt und zudem auch keine grundbuchmäßige Absicherung bietet. Andererseits ist hier der Erwerber auch und gerade über den Tod des Übergebers hinaus gebunden, während er sich bei der Sicherung durch Rückkauflassungsvormerkung mit dem Ableben des Übergebers erbrechtlich frei entscheiden kann.

Freilich schließen sich diese beiden Sicherungen nicht aus, vielmehr kann sowohl das Rückforderungsrecht bestellt als auch ein Erbvertrag geschlossen werden, um das Interesse, den Besitz in der Familie zu erhalten, bestmöglich abzusichern. Damit wäre aber das Dilemma der Grundbuchlasten wieder gegeben. Das Problem des Vorversterbens ist meines Erachtens alleine mit dem Erbvertrag lösbar.²⁰ Die grundbuchmäßige Sicherung dient eher wiederum dem Schutz gegen lebzeitige Verfügungen. Hierfür gibt es aber in der Regel einen eigenen Rückforderungsgrund, dessen Alternativen separat zu erörtern sind.

b) Rechte zugunsten der Abkömmlinge anstelle eines unbefristeten Rückforderungsrechts für den Fall der Veräußerung ohne Zustimmung

aa) Sollen die Abkömmlinge nur in wirtschaftlicher Hinsicht abgesichert werden, ohne dass es konkret um den Grundbesitz geht, bieten sich den Erwerber weniger beschränkende Siche-

¹⁴ Für die Anwendung auf die Aufteilung nach WEG z. B. *Staudinger/Mayer*, ErbbauRG; §§ 1018-1112 BGB, § 1026 Rdnr. 9; dagegen *Bamberger/Roth/Wegmann*, BGB, Band 2, 2. Aufl., § 1026 Rdnr. 2.

¹⁵ *Staudinger/Mayer*, § 1026 Rdnr. 9.

¹⁶ Die Eintragung eines Wohnungsrechts an einer Einheit im Ganzen ist möglich, vgl. *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 23; a. A. BayObLG, NJW 1965, 1484; *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen, Kap. 4 Rdnr. 24 (nur Nießbrauch möglich); vorsichtshalber kann ein zum Wohnungseigentum gehörender Raum vom Wohnungsrecht ausgenommen werden. Denkbar ist auch, dass der Übergeber eine Einheit zurückbehält und sich hieran zusätzlich ein Wohnungsrecht eintragen lässt. Für die Eintragung von Rechten zugunsten des Eigentümers selbst ist ein besonderes Interesse des Eigentümers nicht (mehr) erforderlich, vgl. BGH, Beschluss vom 14.7.2011, V ZB 271/10, DNotI-Report 2011, 152 = DNotZ 2012, 137.

¹⁷ Zu Recht handeln *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 685 ff., zunächst die Realteilung, die Aufteilung nach WEG und andere Möglichkeiten ab, ehe auf das Wohnungsrecht eingegangen wird. Siehe auch *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen, Kap. 9 Rdnr. 10 ff.

¹⁸ *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, § 2 Rdnr. 91 ff.; zu weiteren Fällen vgl. *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 1918; *Holland* in *Limmer/Hertel u. a.*, Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 2 Kap. 7 Rdnr. 94.

¹⁹ Vgl. *Jerschke* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., A V Rdnr. 232.

²⁰ Freilich stellt sich die Frage, ob eine Absicherung der Erbfolge vor dem Hintergrund, dass die künftige Entwicklung der Kinder des Erwerbers unbekannt ist, überhaupt sinnvoll ist. Das hängt jedoch nicht mit der Frage zusammen, ob diese Absicherung erbvertraglich oder durch einen Rückforderungsgrund zu gewährleisten ist.

rungsmöglichkeiten an. Es kann z. B. – neben einem erbvertraglichen Vermächtnis zugunsten der Abkömmlinge des Erwerbers – vereinbart werden, dass die Abkömmlinge im Falle einer Veräußerung einen bestimmten Betrag erhalten. Dies kann dann durch eine (Höchstbetrags-)Sicherungshypothek zugunsten der Abkömmlinge gesichert werden. Die Hypothek ist freilich mit einem Rangvorbehalt zur Grundschuldbestellung zu versehen.

bb) Ebenso kann auch den Abkömmlingen oder einigen von ihnen ein Forderungsrecht auf Übertragung des Grundbesitzes eingeräumt und durch Vormerkung gesichert werden. Dann ist das Grundstück im Grundbuch zwar belastet, aber eine Löschung des Rechts nicht durch eine spätere Altersdemenz des Übergebers gefährdet.

Sollen die Abkömmlinge vor Eintritt der Volljährigkeit keine Grundbuchrechte erhalten, kann auch „zweigleisig“ gefahren werden: Dem Übergeber wird ein durch Vormerkung gesichertes, zeitlich auf ein Datum, zu dem alle bei Beurkundung lebenden Abkömmlinge des Erwerbers volljährig sind, auflösend befristetes Rückforderungsrecht gewährt, den Abkömmlingen ein auf dasselbe Datum aufschiebend befristetes und bis zum Eintritt des Fristablaufs durch Ausübung oder Verzicht durch den Übergeber auflösend bedingtes Recht. Dann geht das Recht im Ergebnis auf die Abkömmlinge zu einem gewissen Zeitpunkt, zu dem die Abkömmlinge volljährig sind, über, wenn nicht der Übergeber bis dahin das Recht in grundbuchmäßiger Form ausgeübt oder auf das Recht in grundbuchmäßiger Form verzichtet hat.

Die Komplexität dieser Lösung weckt freilich Zweifel; überdies können sich die eigenen Abkömmlinge des Erwerbers ungünstig entwickeln oder selbst betreuungsbedürftig werden; möglicherweise ist aber der Versuch der perfekten und nahtlosen Absicherung des Interesses des Übergebers, den Besitz in der Familie zu erhalten, an sich das Problem, insbesondere wenn hierbei auf vormerkungsgesicherte (Rück-) Forderungsrechte zurückgegriffen werden soll. Schließlich stehen hierfür, etwa in Form der Familienstiftung, bessere Gestaltungen zur Verfügung.

Jedenfalls gewährleistet eine eigene Berechtigung der Abkömmlinge des Erwerbers aber mehr als das unbefristete Rückforderungsrecht des Übergebers den Erhalt in der Familie, ohne dass eine Löschung der Vormerkung bei Demenz bis zum Tod des Übergebers oder darüber hinaus faktisch unmöglich würde. Umgekehrt wird es aber bei unerwarteter Entwicklung der Abkömmlinge unmöglich, deren Rechte zu besitzigen.

c) Ehevertrag anstelle eines Rückforderungsrechts bei Scheidung

Selbstverständlich kann ein Erwerber im Zusammenhang mit der Übergabe nicht zum Abschluss eines Ehevertrages genötigt werden. Auch ist dieser ohne Mitwirkung des Übergebers änderbar. Dennoch stellt sich die Frage, ob es nicht im Regelfall einfacher ist, insoweit auf ein unbefristetes Rückforderungsrecht zu verzichten und stattdessen auf den Abschluss eines Ehevertrages hinzuwirken, der den übergebenen Gegenstand aus dem Zugewinn ausnimmt. Dass eine Konstellation eintritt, in der eine solche ehevertragliche Bestimmung zunächst wieder aufgehoben wird und dann die Scheidung eintritt, ist möglich, im Vergleich zum Eintritt der Demenz aber ein überschaubares Risiko. Auch stellt sich gerade bei diesem Rückforderungsgrund aus Sicht des Verfassers die Frage, inwieweit den Vorstellungen des Übergebers voll entsprochen werden sollte. Dem Verfasser ist in der Praxis aufgefallen,

dass die Übergeber häufig selbst in Gütergemeinschaft leben, sich aber für den Fall der Scheidung des Erwerbers ohne Modifizierung des Güterstandes ein unbefristetes Rückforderungsrecht einräumen lassen – ein Paradoxon, das meines Erachtens durchaus einmal in der Beurkundung angesprochen werden kann.

Anders verhält es sich freilich in den Fällen, in denen der Erwerber selbst verhindert sehen möchte, dass der Vertragsgegenstand dem Zugewinnausgleich unterliegt, aber bei seinem Ehegatten keine Bereitschaft zum Abschluss eines Ehevertrages vorfindet. Hier ist ein Rückforderungsrecht des Übergebers – oder das in Ziffer b) bb) angesprochene Forderungsrecht der Abkömmlinge – das Mittel der Wahl.

d) Absicherung gegen Insolvenz oder Zwangsvollstreckung?

Für die Absicherung gegen eine Beschlagnahme des Vertragsgegenstandes aufgrund Insolvenz oder Einzelzwangsvollstreckung scheint das Rückforderungsrecht das probateste Mittel zu sein. Die Zulässigkeit einer solchen Absicherung ist mittlerweile geklärt.²¹

Allerdings ist auch hier meines Erachtens Zurückhaltung angezeigt. Ein lebenslanges Rückforderungsrecht für diesen Fall ohne Anhaltspunkte für ein Insolvenzrisiko entspricht der Strategie „mit Kanonen auf Spatzen schießen“. Welches Insolvenzrisiko hat ein Beamter, dem ein Wohnhaus übergeben wird?

Überdies kann das Rückforderungsrecht sogar kontraproduktive Wirkungen zeitigen: Zum einen besteht bekanntermaßen das nicht abschließend auszuschließende Risiko der Pfändung des Rückforderungsanspruchs durch Gläubiger des Übergebers.²² Zum anderen können sich neue Gefahren auch auf Erwerberseite ergeben. Will etwa ein unternehmerisch tätiger Erwerber ein ihm übertragenes Wohnhaus aus der Haftungsmasse herausnehmen, indem er es im Wege der „Güterstandsschaukel“, also der vorübergehenden Vereinbarung der Gütertrennung zur Durchführung des Zugewinnausgleichs, seiner Frau überträgt, sieht er sich hieran möglicherweise durch die „gut gemeinte“ Absicherung mittels Rückforderungsrecht gehindert. Denn die Durchführung des Zugewinnausgleichs unter Übertragung des Vertragsgegenstands ist oft als Rückforderungsgrund sanktioniert, entweder weil es sich um eine Verfügung handelt oder weil das Objekt in den Zugewinnausgleich einbezogen wird. Das Rückforderungsrecht hat dann im Extremfall das Risiko einer Vollstreckung in das Vertragsobjekt erst geschaffen, das anschließend durch den Rückforderungsgrund „Insolvenz oder Zwangsvollstreckung“ wieder beseitigt werden soll.

Insofern besteht die in vielen Fällen sinnvollere Alternative zum Rückforderungsrecht wegen Insolvenz oder Zwangsvollstreckung darin, die Absicherung gegen diese Fälle dem Erwerber selbst zu überlassen, da dieser ebenso wie der Übergeber ein eigenes Interesse daran hat, dass das Vertragsobjekt nicht seinen Gläubigern als Haftungsmasse dient und somit insoweit ein Interessengleichlauf von Übergeber und Erwerber gegeben ist. Für den Schutz vor dem Gläubigerzugriff (die „asset protection“) bestehen bei Bedarf neben der erwähnten Güterstandsschaukel andere, der Rückauffassungsvormerkung überlegene Gestaltungsmöglichkeiten (z. B. Familien-

²¹ Beschluss des IX. Zivilsenats vom 13.3.2008, IX ZB 39/05, DNotZ 2008, 518 = MittBayNot 2008, 312.

²² Hierzu eingehend *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen, Kap. 3 Rdnr.145 ff.; *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 1796 ff.

stiftungen).²³ In bestimmten Fällen kann freilich das Rückforderungsrecht – etwa wegen des Anfechtungsrisikos bei der Verschiebung von Vermögen durch den Erwerber – tatsächlich sinnvoll sein; dies sollte aber im Einzelfall abgewogen werden.

e) Zusammenfassung

Rückforderungsrechte können in bestimmten Fällen sinnvoll oder sogar notwendig sein, etwa wenn die Ehe des Erwerbers bereits in der Krise steckt, ein hoher Wertzuwachs der Immobilie in naher Zukunft zu erwarten ist und vermieden werden soll, dass dieser dem Zugewinnausgleich unterliegt, oder bei realem Insolvenzrisiko des Erwerbers, dem nicht anderweitig begegnet werden kann. Für den Fall des Vorversterbens kann, insbesondere wenn Abkömmlinge des Erwerbers vorhanden sind, der Abschluss eines Erbvertrages sinnvoller sein. Soweit durch Vormerkung gesicherte Erwerbsrechte unvermeidlich erscheinen, stellt sich aber – insbesondere wenn die primäre Intention der Erhalt in der Familie ist – die Frage, ob das Ziel nicht sogar effektiver durch die Einräumung von Rechten z. B. zugunsten der Abkömmlinge des Erwerbers verwirklicht werden kann. Eine pauschale Vereinbarung von Rückforderungsrechten bei jeder Übergabe erscheint nicht angezeigt, wenn man zugleich das Risiko bedenkt, dass dann über die Immobilie auch bei hypothetischem Einverständnis des geschäftsunfähigen Übergebers nicht mehr verfügt werden kann. Auch soweit das grundbuchmäßig abgesicherte Rückforderungsrecht nicht durch andere, weniger belastende Gestaltungen ersetzt werden kann, ist meines Erachtens Zurückhaltung angezeigt. Es ist nicht Pflicht des Notars, dem Übergeber den Übergabeentschluss zu erleichtern. Im Gegenteil: Ist sich der Übergeber seiner Sache noch nicht sicher, mag ein Abwarten der weiteren Entwicklung des Erwerbers für einige Jahre sinnvoller sein als eine Absicherung durch Grundbuchrechte, die dann möglicherweise bis zum Rentenalter des Erwerbers bestehen bleiben. Andererseits besteht freilich die Gefahr, dass der Übergeber vor Realisierung des Übergabeentschlusses dement wird.

III. Auflösende Befristungen und Bedingungen

Entscheidet man sich dafür, Rechte zur Absicherung des Veräußerers zu bestellen, ist daran zu denken, wie diese Rechte wieder zur Löschung gebracht werden können.²⁴

1. Auflösende Befristungen

Die einfachste und sicherste Möglichkeit, die Lösbarkeit eingetragener Rechte zu gewährleisten, ist die im Grundbuch eingetragene auflösende Befristung. So kann es sein, dass der Übergeber zunächst für eine gewisse Zeit noch eine „Letztentscheidungskompetenz“ aufgrund eines Rückforderungsrechts behalten möchte, dem Erwerber aber ab einem gewissen Alter freie Hand lassen möchte. Hier sollte nicht nur das Rückforderungsrecht, sondern auch die Vormerkung befristet werden²⁵ – ggf. kann die Vormerkung auf einen späteren Zeit-

punkt befristet werden, z. B. ein Jahr nach Erlöschen des Rückforderungsrechts.

2. Auflösende Bedingungen

Bei einem Wohnungsrecht, einer Reallast oder anderen Rechten erscheint eine Befristung dagegen nicht unbedingt sachgerecht. Hier kommt nur die auflösende Bedingung in Frage. Diese muss allerdings so ausgestaltet sein, dass ein Nachweis des Eintritts der Bedingung in grundbuchmäßiger Form möglich ist,²⁶ da sonst eine „Berichtigungsbewilligung“ des Übergebers bzw. von dessen Betreuer erforderlich wäre.

a) Als auflösende Bedingung, die speziell auf das Demenzrisiko gemünzt ist, wird die Bestellung eines Betreuers mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge empfohlen.²⁷

Hierbei handelt es sich um eine klar definierte, in grundbuchmäßiger Form nachweisbare Bedingung. Nachteil ist aber, dass zunächst ein Betreuer bestellt werden muss, damit die Bedingung eintritt. Ist die Betreuung im Übrigen gar nicht erforderlich, z. B. weil der Übergeber seine Angelegenheiten von einem Generalbevollmächtigten verwalten lässt, tritt die Bedingung nicht ein. Nicht immer zutreffend ist die These, in solchen Fällen sei der fehlende Bedingungseintritt nicht nachteilig, da ja die Löschungsbewilligung vom Bevollmächtigten eingeholt werden könne.²⁸ Denn es gibt Fälle, in denen der Erwerber zwar damit einverstanden ist, dass er für Verfügungen den Übergeber um Zustimmung bitten muss, in denen aber die Vorstellung, im Falle von dessen Geschäftsunfähigkeit bei den Bevollmächtigten, also z. B. den Geschwistern des Erwerbers, anfragen zu müssen, verständlicherweise auf wenig Zustimmung von Seiten des Erwerbers stößt.²⁹

Dieses Problem lässt sich allenfalls dadurch lösen, dass der Übergeber eine Betreuungsverfügung dahingehend trifft, dass im Falle seiner Geschäftsunfähigkeit trotz der Erteilung von Generalvollmachten der Erwerber zum Betreuer bestellt werden soll, jedoch nur mit dem Aufgabenkreis, die Löschung einer zu seinen Gunsten eingetragenen Rückkauflassungsvormerkung, deren zugrundeliegender Anspruch, das Rückforderungsrecht, ja mit der Betreuerbestellung materiellrechtlich erlischt, zu bewilligen.³⁰ Ob eine solche Betreuerbestellung, die ja den in grundbuchmäßiger Form nachweisbaren Bedingungseintritt herbeiführen und so die Betreuung auch für diesen Aufgabenkreis wieder überflüssig machen würde, dann tatsächlich erfolgt, erscheint aber ungewiss. Außerdem bleibt diese auflösende Bedingung ungeeignet im Falle eines Wohnungsrechts, das ja möglicherweise auch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ausgeübt werden soll. Sie kommt aber als zusätzliche Sicherung neben der Befristung in Frage.

b) Gerade für das Wohnungsrecht wird vorgeschlagen, dass dieses dann erlöschen soll, wenn die weitere Wohnnutzung

²³ Nicht übersehen werden sollte auch das Risiko einer Pfändung des aufschiebend bedingten Rückforderungsanspruchs durch Gläubiger des Veräußerers, die eine spätere Löschung der Rückkauflassungsvormerkung erschwert.

²⁴ Vgl. Mayer, Übergabevertrag, Rdnr. 138: „wichtiger Gestaltungsauftrag“.

²⁵ Die Vormerkung sollte ohnehin zumindest auf den Tod des Übergebers (oder einen Zeitpunkt kurz nach dem Todeseintritt) befristet sein, wenn nicht der Erwerber zur Löschung der Mitwirkung der – möglicherweise rivalisierenden! – Erben des Übergebers bedürfen soll, vgl. zu dieser Problematik Mayer, Übergabevertrag, Rdnr. 138; Spiegelberger, Vermögensnachfolge, Rdnr. 104; BGH, NJW 1996, 59 = DNotZ 1996, 453.

²⁶ Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 1969.

²⁷ Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 732; Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 1856, 1857.

²⁸ So aber Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 732.

²⁹ Vgl. dazu auch unten IV. zu den „Vollmachtlösungen“.

³⁰ Hierin dürfte kein unzulässiges Insichgeschäft und auch kein Interessenkonflikt im weiteren Sinne liegen, da ja nach der Betreuerbestellung der zu sichernde Anspruch erloschen ist und damit ein Anspruch auf Abgabe der Löschungsbewilligung besteht; die Abgabe der Löschungsbewilligung ist dann nur die „Erfüllung einer Verbindlichkeit“. Vorsichtshalber kann ein Außenstehender als Betreuer bestimmt werden.

durch den Übergeber dauerhaft nicht mehr möglich ist.³¹ Auch dieser Fall hängt freilich häufig mit dem Eintritt einer Altersdemenz zusammen, da gerade in Fällen des geistigen Verfalls die angemessene Pflege und Betreuung in der eigenen Wohnung oft kaum mehr möglich bzw. zumutbar ist. Da die Unmöglichkeit der weiteren Wohnnutzung nicht in grundbuchmäßiger Form nachweisbar ist, ist diese auflösende Bedingung ohne zusätzliche Vollmachtserteilung jedoch nicht geeignet, die Löschung des eingetragenen Rechts im Grundbuch herbeizuführen.³²

3. Zusammenfassung

Auflösende Befristungen und Bedingungen kommen grundsätzlich in Frage, um die Lösbarkeit von im Grundbuch zugunsten des Übergebers eingetragenen Rechten zu gewährleisten. Dies gilt in besonderem Maße für Rückkauflassungsvormerkungen. Im Fall der Bedingungen besteht stets das Problem, diese nicht nur so eindeutig zu formulieren, dass der Bedingungseintritt eindeutig feststellbar ist, sondern auch noch darauf zu achten, dass der Bedingungseintritt in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden kann. Bei Wohnungs- oder gar Leistungsrechten ist zusätzlich stets zu prüfen, ob und wann ein automatisches Erlöschen sachgerecht sein kann.

IV. Vollmachtlösungen

Mehr Flexibilität versprechen Vollmachtlösungen. Zum einen sind hier bei entsprechender Gestaltung die Anforderungen des § 29 GBO für die Nachweisbarkeit des Eintritts des „Löschungsfalles“ nicht zu beachten, zum anderen kann dem Bevollmächtigten ein gewisses Ermessen bei der Beurteilung, ob ein die Löschung eines eingetragenen Rechts rechtfertigender Sachverhalt vorliegt, eingeräumt werden. Unschärfen in der Formulierung der Lösungsgründe führen dann nicht zu Schwierigkeiten mit dem Grundbuchamt. Andererseits ist freilich das Missbrauchs- und Streitpotential größer.

1. Die Generalvollmacht unter Ehegatten-übergebern

Sind zwei Ehegatten Übergeber oder erhält der Ehegatte des alleinigen Übergebers aufgrund des Übergabevertrages Rechte, empfiehlt es sich in jedem Fall, dass sich die Übergaberehegatten wechselseitig Generalvollmacht (oder zumindest Vollmacht zur Erteilung erforderlicher Zustimmungen und zur Abgabe der Löschungsbewilligung, des Verzichts und der Pfandfreigabe) erteilen. Die dementiell bedingte Geschäftsunfähigkeit eines einzelnen der Übergaberehegatten hindert dann die Abgabe erforderlicher Erklärungen nicht, solange der andere Ehegatte lebt. Da regelmäßig Rechte bis zum Tod des Längerlebenden der Übergaberehegatten bestellt werden, ist die wechselseitige Vollmachtserteilung der Übergaberehegatten meines Erachtens eine zwar notwendige, aber nicht hinreichende Begleitmaßnahme, wenn beide Ehegatten aus dem Übergabevertrag berechtigt werden.

2. Die Generalvollmacht für Dritte

Zum Teil wird die Generalbevollmächtigung Dritter als Lösung der Demenzproblematik empfohlen.³³ Als Dritte kommen insbesondere weitere Kinder der Übergeber in Betracht. Diese können dann bei Demenz der Übergeber deren Rechte wahrnehmen.

Meines Erachtens werden durch diese Art der Absicherung für den Demenzfall innerfamiliäre Streitigkeiten geschürt. Je nach familiärer Situation kann es für den Erwerber frustrierend sein, bei seinen Geschwistern – um wegen der Übergabe an ihn vielleicht weniger erhalten haben – um Erlaubnis nachsuchen zu müssen, wenn er etwa die Immobilie zur Kreditaufnahme belasten will. Noch dazu kann diese Erlaubnis ebenso wie eine Löschungsbewilligung ohne Angabe von Gründen versagt werden. Diese Generalbevollmächtigten teilen auch nicht unbedingt die Interessenlage der Übergeber, insbesondere spielt es für sie nicht zwingend eine Rolle, ob der Familienbesitz den Enkeln der Übergeber erhalten bleibt oder ob eine Kreditaufnahme einer sinnvollen Investition in die Immobilie dient, die ihnen ohnehin vorenthalten worden war. Auch das Bewusstsein, dass sie als Bevollmächtigte die Interessen der Vollmachtgeber wahrzunehmen haben, dürfte unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Somit kann die Generalbevollmächtigung Dritter zwar eine sinnvolle Begleitmaßnahme sein, ersetzt aber eine klare Regelung hinsichtlich der Lösbarkeit eingetragener Rechte in keinem Fall.

3. Vollmachten für den Erwerber

Auf den ersten Blick mag es paradox erscheinen, demjenigen, der mit einem Recht belastet ist, Vollmacht zur Löschung dieser Rechte zu erteilen. Eine unbeschränkte Generalvollmacht für den Erwerber kommt damit wohl nur in den Fällen in Betracht, in denen etwaige Rechte des Übergebers ausschließlich dem Schutz gegen den Zugriff Dritter dienen (Rückforderungsrecht für den Fall der Scheidung sowie bei Zwangsvollstreckung und Insolvenz). Anders verhält es sich aber mit beschränkten Vollmachten. Hier können Bedingungen, die sich in grundbuchmäßiger Form schlecht nachweisen lassen, zu Beschränkungen der Vollmacht im Innenverhältnis erhoben werden, die nicht vom Grundbuchamt zu überprüfen sind. Um diesen Beschränkungen auch nach außen hin eine gewisse Geltung zu verschaffen, kann vereinbart werden, dass von der Vollmacht nur vor dem beurkundenden Notar Gebrauch gemacht werden kann, und eine Anweisung an den Notar ergehen, Beurkundungen und Beglaubigungen nur bei Bedingungseintritt vorzunehmen. Dabei muss allerdings vermieden werden, dass der Notar in eine unangenehme und haftungsrechtliche Schiedsrichterrolle gedrängt wird.

a) Vollmacht zur Löschung eines Wohnungsrechts bei dauerhafter Unmöglichkeit der Wohnnutzung

Wird vereinbart, dass das Wohnungsrecht erlischt, wenn die Wohnnutzung durch den Übergeber dauerhaft nicht mehr möglich ist, kann dem Erwerber Vollmacht erteilt werden, im Namen des Übergebers schuldrechtlich auf das Wohnungsrecht zu verzichten und dinglich die Löschung des im Grundbuch eingetragenen Wohnungsrechts zu bewilligen, wenn die Nutzung der Wohnung durch den Übergeber dauerhaft nicht möglich ist und dies durch ärztliches Attest nachgewiesen ist.³⁴ Diese Bedingung sollte dabei die Vollmacht nur im Innenverhältnis beschränken. Soll ein Missbrauch ausge-

³¹ Langenfeld/Günther, Grundstückszuwendungen, Kap. 4 Rdnr. 54 ff.; Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 697.

³² Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 1018 ff.

³³ Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 732.

³⁴ In diese Richtung auch Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 1023.

geschlossen werden, ergeht zusätzlich eine Anweisung an den die Löschung unterschriftsbeglaubigenden Notar, die Unterschriftsbeglaubigung nur vorzunehmen, wenn ihm das ärztliche Attest im Original vorgelegt wird.³⁵

b) Vollmacht zur Löschung eines Rückforderungsrechts bei dauerhafter Geschäftsunfähigkeit

Ähnlich kann bei der Löschung von Rückkauflassungsvormerkungen bei Geschäftsunfähigkeit verfahren werden. Während gegenüber dem Grundbuchamt nur die Betreuerbestellung in gehöriger Form nachgewiesen werden kann, kann auch hier die Bedingung für die Ausübung der Vollmacht weiter gefasst werden. Es reicht aus, wenn die nicht nur vorübergehende Geschäftsunfähigkeit in irgendeiner Weise erwiesen ist, sei es aufgrund gerichtlicher Betreuerbestellung, sei es aufgrund eines ärztlichen Attests.

c) Zusammenfassung

Im Innenverhältnis beschränkte Vollmachten an den Erwerber ermöglichen es, auch nicht grundbuchmäßig nachweisbare Ereignisse zur Bedingung für die Löschung des eingetragenen Rechts zu machen. Diese Bedingungen können zudem ganz individuell ausgestaltet werden, so dass der Ausgleich zwischen dem Interesse des Übergebers am Fortbestand seiner Rechte und dem Interesse des Erwerbers an deren Löschung fallweise vorgenommen werden kann. Allerdings besteht stets ein Missbrauchsrisiko; diesem kann z. B. durch Anweisungen an den Notar begegnet werden, die allerdings so klar formuliert sein sollten, dass der Notar keine Schiedsrichterrolle übernehmen muss.³⁶ Insgesamt erscheinen mir aber beschränkte Vollmachten für den Erwerber in Kombination mit einer wechselseitigen Generalvollmacht der Übergeberehegatten und ggf. einer auflösenden Befristung als das richtige Mittel, um die praktische Lösbarkeit eingetragener Rechte zu gewährleisten.

³⁵ Zu dem Weg über die notarielle Eigenurkunde siehe *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 1025.

³⁶ Bei der von *Krauß* (siehe Fn. 32) vorgeschlagenen Lösung über die notarielle Eigenurkunde scheint mir der Notar eine noch größere Verantwortung zu übernehmen; in diesem Fall kann nicht einmal dem Erwerber ein Missbrauch seiner Befugnisse angelastet werden, so dass der Notar alleine dafür geradestehen muss, wenn eine Löschung ohne Eintritt der vereinbarten Bedingungen erfolgt.

V. Ergebnis und Zusammenfassung

Angesichts der zunehmenden Lebenserwartung und der stark wachsenden Zahl der Demenzfälle ist die standardmäßige lebenslange Rundumabsicherung des Übergebers nach dem „Gießkannenprinzip“ ohne Gewährleistung der Lösbarkeit eingetragener Rechte oft nicht sachgerecht.³⁷ Vielmehr sind die Interessen des Übergebers an seiner Absicherung und der Beibehaltung von Kontrollbefugnissen mit dem Interesse des Erwerbers, über den Grundbesitz verfügen zu können und Investitionssicherheit zu genießen, (wieder) in einen angemessenen Einklang zu bringen. Ein einfaches Patentrezept für die Durchführung dieses Interessenausgleichs besteht nicht, vielmehr ist der individuellen Situation der Beteiligten Rechnung zu tragen. Folgende Grundsätze können jedoch zugrundegelegt werden:

1. Jede einzutragende Belastung ist auf ihre Sinnhaftigkeit zu überprüfen.
2. Dauerhaften Belastungen des gesamten Vertragsobjekts sind auf Teilobjekte beschränkte, zeitlich befristete und auflösend bedingte Rechte vorzuziehen, soweit hierdurch für eine sinnvolle Absicherung des Übergebers gesorgt ist.
3. Die Lösbarkeit von Rechten des Übergebers gerade für den Fall von dessen Geschäftsunfähigkeit ist so weit wie möglich zu gewährleisten, was freilich nur im Einvernehmen mit dem Übergeber gelöst werden kann. Hierfür bieten sich insbesondere Generalvollmachten, insbesondere der Übergeber untereinander, an, aber auch beschränkte Vollmachten an den Erwerber, damit dieser bei Vorliegen sachgerechter Gründe selbst und ohne Beteiligung vertragsfremder Dritter eine Lastenfreistellung durchführen kann.

³⁷ Eine Ausnahme mögen Fälle bilden, in denen dem Erwerber aus rein schenkungsteuerlichen Gründen alle zehn Jahre Miteigentumsanteile an einer Immobilie, deren Wert den steuerlichen Freibetrag bei Weitem überschreitet, übertragen werden, wenn zugleich für alle Beteiligten feststeht, dass der Erwerber bis zur vollen Übertragung der Immobilie keine Nutzungs- oder Verwertungsrechte haben soll. Hier ist eine rein formale Eigentümerstellung des Erwerbers ja gerade von allen Beteiligten gewollt.

BUCHBESPRECHUNGEN

Hinz/Junker/v. Rechenberg/Sternel: Formularbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht. 2. Aufl., Luchterhand, 2012. 1090 S., 119 €

Gestaltungen im Bereich des Wohnungseigentumsrechts gehören zum notariellen Standardrepertoire, mietrechtliche Fragen zumindest in Teilbereichen – als Beispiele seien das Mietervorkaufsrecht gemäß § 577 BGB oder der gesetzliche Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber einer vermieteten Immobilie (§ 566 BGB) genannt.

Um es vorweg zu nehmen: Die gut 1000 Seiten starke Neuauflage des „Formularbuchs des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ richtet sich in weiten Teilen an die in seinem Titel genannte Zielgruppe. Neben vor allem für Rechtsanwälte und Hausverwalter interessanten Mustern wie Kündigungsschreiben, Ausfüllhilfen für Mietverträge und Beschlussvorlagen für Eigentümerversammlungen, enthält das Werk aber auch einige für die notarielle Praxis interessante Muster und Erläuterungen, die nachfolgend kurz vorgestellt werden sollen.

Das Werk sieht sich als Ergänzung zum „Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ und gliedert sich in insgesamt neun Hauptabschnitte (I.-IX.), von denen die Musterformulierungen zum Mietrecht (Abschnitt I., ca. 580 Seiten) und zum Wohnungseigentumsrecht (Abschnitt II., ca. 260 Seiten) den Löwenanteil ausmachen. Der Aufbau der insgesamt 51 (Unter-)Kapitel ist ähnlich: Zumeist beginnt ein Kapitel mit einer kurzen Einführung, in welcher Grundbegriffe und -probleme besprochen werden. Anschließend folgen die Muster zum jeweiligen Themenbereich samt Kommentierung. In den Mustern wird die zugehörige Kommentierung nicht durch klassische Fußnoten, sondern durch fett gedruckte Randnoten auf der Höhe der zu kommentierenden Formulierung deutlich gemacht. Die Bezeichnung neben der Randnote entspricht dabei der jeweiligen Überschrift in der Kommentierung. Das ist sehr übersichtlich und erleichtert die praktische Handhabung des Werkes.

Von den im ersten Hauptabschnitt „Mietrecht“ enthaltenen Mustern können in der notarielle Praxis diejenigen zur „Ausfüllung von Mietvertragsformularen“ (Kapitel 1) von Nutzen sein, welche – anders, als man bei bloßer Lektüre der Kapitelüberschrift meinen könnte – als Einzelbausteine bei der Gestaltung (mit) zu beurkundender Mietverträge Verwendung finden können. Behandelt werden sowohl Mietverhältnisse über Wohnraum wie auch solche über Gewerberaum.

Zum notarrelevanten Mietervorkaufsrecht (§ 577 BGB; vgl. Ziffer 10.9, S. 433 ff.) werden zunächst dessen Voraussetzungen ausführlich erläutert. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass es bei sog. „ungeschützten Mietverhältnissen“ im Sinne des § 549 Abs. 2 und 3 BGB (z. B. Wohnraum in Studentenwohnheim) nicht besteht, ebenso wenig bei einer Veräußerung an Familienangehörige des Vermieters oder Angehörige seines Haushalts (Ziffer 10.9, S. 433), sehr wohl allerdings in entsprechender Anwendung des § 577 BGB bei einer Realteilung eines mit vermieteten Reihenhäusern bebauten Grundstücks (vgl. BGH, VIII ZR 325/09, MittBayNot 2010, 465 = NZM 2010, 821). Anschließend folgt unter anderem in Ziffer 10.9.1 ein Muster einer Mitteilung eines Verkäufers/Vermieters an den Mieter gemäß § 577 Abs. 2 BGB. Abgesehen davon, dass diese Mitteilung in der Regel zusammen mit einer Ausfertigung der Kaufurkunde (im Hinblick

auf § 174 BGB, vgl. *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl., Teil 2 Kap. 8 Rdnr. 76) direkt vom Notar aufgrund Vollmacht dem Mieter übersandt wird (vgl. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl., Rdnr. 1741), wäre der praktische Hinweis nützlich gewesen, dass sich hier eine Übersendung mittels Einschreiben mit Rückschein und in „kritischen“ Fällen eine Zustellung mittels Gerichtsvollzieher (§ 132 BGB) anbietet – schließlich beginnt mit Zugang der Mitteilung gemäß § 577 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 469 Abs. 2 BGB eine Zweimonatsfrist zu laufen, deren Beginn es im Streitfall nachzuweisen gilt.

Bei den Erläuterungen zu Muster 8.1.4 findet sich auf S. 341 eine Übersicht, welche Bundesländer von der Verordnungsermächtigung des § 577a Abs. 2 Satz 2 BGB (Verlängerung der Frist der Kündigungsbeschränkung nach Wohnungsumwandlung auf zehn Jahre) Gebrauch gemacht haben. Dabei wird nur angegeben, dass dies in Bayern 116 Gemeinden betreffe – hier wäre es nützlicher gewesen, diese namentlich zu benennen. Die zitierte Rechtsverordnung lässt sich über das Internet recherchieren.

Kurze Ausführungen zu § 566 BGB findet man in der Einführung zum vierten Kapitel (S. 182). Es wird beispielsweise darauf hingewiesen, dass die Vorschrift bei Gesellschafterwechseln innerhalb einer Vermieter-GbR nicht anwendbar ist, weil Vermieter weiterhin die (identische) GbR ist (KG, 8 REMiet 1/01, NZM 2001, 520). Auf die Verweisungsvorschrift des § 1056 BGB (Übergang des Mietverhältnisses vom Nießbraucher auf den Eigentümer bei Beendigung des Nießbrauchs) wird nicht eingegangen, auch nicht im Kapitel 38 („Nießbrauch“).

Im zweiten Hauptabschnitt („Wohnungseigentumsrecht“) sind die von *Langhein* vorgeschlagenen Muster zu Teilungserklärungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (Kapitel 15) hervorzuheben. Hier findet man unter anderem Muster zu häufigen Gestaltungsvarianten wie Kleinstaufteilungen gemäß § 3 WEG (Muster 15.1.1, S. 587 ff.), „Quasi-Realteilungen“ bei Doppel- und Reihenhäusern (Muster 15.1.2, S. 591 ff.) und Aufteilungen gemäß § 8 WEG bei Miethäusern („Zinshaus“; Muster 15.1.3.1, S. 597 ff.). In letztgenannter Teilungserklärung wird auch der nachträgliche Einbau eines Fahrstuhls geregelt (§ 17). Zutreffend stellt *Langhein* – im Vorgriff auf die Entscheidung des BGH vom 9.2.2012, V ZB 95/11, DNotI-Report 2012, 58 = MittBayNot 2012, 286 m. Anm. *Kreuzer* – fest, dass entgegen der Auffassung von *Kessler* (NJW 2010, 2317) bei der Aufteilung gemäß § 8 WEG keine Veranlassung besteht, die Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern einzuholen (Ziffer 15.1.3.1, Bemerkung 4, S. 612).

Auch Spezialfragen, wie etwa die unterschiedliche Nutzung der Einheiten zu Wohn- und Gewerbe Zwecken, Ferienhausanlagen und Betreutes Wohnen, werden behandelt (Ziffer 15.1.4, S. 627 ff.); darüber hinaus findet man ein (seltenes) Muster für die Bestellung eines Dauerwohnrechts (§§ 31 ff. WEG; Muster 15.4, S. 633 ff.). Ziffer 15.5 (S. 636 ff.) ist den Sondernutzungsrechten gewidmet, in den Folgeziffern werden Formulierungsvorschläge für Hausordnung, Zuordnung von Tiefgaragenstellplätzen, Bildung von Untergemeinschaften und Veränderungen (beispielsweise Kellertausch) gegeben.

Ziffer 16.3 (S. 671 ff.) enthält ein Muster für eine Verwalterzustimmung gemäß § 12 Abs. 1 WEG. In der zugehörigen Bemerkung 5 werden Beispiele für eine Versagung der Zu-

stimmung aus wichtigem Grund gegeben. Auf die Problematik des Verwalterwechsels zwischen Abgabe der Zustimmungserklärung und der Grundbucheintragung (vgl. OLG Düsseldorf, I-3 Wx 70/11, MittBayNot 2011, 484; OLG München, 34 Wx 135/11, MittBayNot 2011, 486) wird, vermutlich aufgrund des Erscheinungsdatums, nicht eingegangen.

Zu nennen sind weitere Abschnitte zum Bauträgerrecht (III.; einschließlich eines Musters eines Bauträgerkaufvertrags über eine Eigentumswohnung) und zum „Immobilienrecht“ (VI.), worunter Musterformulierungen für Wohnungsrecht, Nießbrauch und Erbaurecht zusammengefasst werden.

Anstatt eine CD-ROM beizulegen, geht der Verlag einen anderen Weg, um dem Praktiker die Übernahme der Muster

in die eigene EDV zu ermöglichen: Man muss sich auf der Homepage des Verlages mit Name, E-Mail- sowie Postadresse registrieren und einen im Buch abgedruckten Zugangscode eingeben. Anschließend erhält man Zugriff auf die Musterdatenbank und kann die Muster im RTF-Format auf seinen Rechner laden.

Auch wenn sich das vorgestellte Werk, wie eingangs schon genannt, in erster Linie an die Anwaltschaft wendet, hat es auch für den Notar seinen Nutzen und kann als ergänzende Anschaffung empfohlen werden, wenngleich sich dieser Nutzen auf einen – vom Umfang her betrachtet – kleinen Teil des Gesamtwerkes beschränkt.

Notarassessor Dr. *Stefan Gloser*, Regensburg

Lemke (Hrsg.): Immobilienrecht. Carl Heymanns, 2011. 1888 S., 139 €

Der Kommentar „Immobilienrecht“ ist 2011 in Herausgeberschaft von *Lemke*, Stellvertretender Vorsitzender Richter am BGH (V. Zivilsenat), erschienen. Das Werk richtet sich dabei ausdrücklich an einen sehr weiten Adressatenkreis. Jeder, der mit Fragen des Grundstücksrechts in Berührung kommt, wird zur Nutzung ermuntert; so sollen nicht nur Richter, Rechtspfleger, Rechtsanwälte und Notare, sondern auch Eigentümer, Verkäufer und Käufer von Grundstücken, Architekten oder Makler künftig zu diesem Band greifen.

Bei der Konzeption bestand die schwierige Aufgabe darin, eine Auswahl der zu kommentierenden Vorschriften dahingehend zu treffen, dass die für die Querschnittsmaterie Immobilienrecht wesentlichen Normen erörtert werden, gleichzeitig aber der Rahmen eines einbändigen Werkes nicht gesprengt wird. Dies ist vorliegend gut gelungen. GBO, ErbbauRG und WEG werden vollumfänglich besprochen. Beim BGB werden alle relevanten Vorschriften kommentiert. Einen Schwerpunkt bilden dabei die Vorschriften aus dem Kaufrecht. Daneben werden auch die Abschnitte betreffend die Belastung von Grundbesitz wie etwa Nießbrauch, Dienstbarkeit und Grundschuld behandelt.

Das Werk beschränkt sich bei der Darstellung aber keineswegs auf die zivilrechtlichen Fragen des Immobilienrechts und beweist damit zugleich die Ernsthaftigkeit des Ansatzes, für alle Praxisfragen griffbereit zu sein: Der Band wird abgerundet mit einer Kommentierung zentraler Vorschriften der KostO und einer systematischen Darstellung der Besteuerung von Immobilien. Wünschenswert wäre es, wenn in Folgeauflagen auch eine Erläuterung der Besonderheiten des Bauträgervertrages integriert werden könnte. Interessant erschiene

es ferner, in diesem breit angelegten Kommentar auch auf in der Praxis relevante Fragen der Immobilienvermittlung einzugehen. Etwa könnten Ausführungen rund um die Gestaltung von Reservierungsentgelten beim Erwerb von Immobilien oder sog. Maklerklauseln für die Leserschaft ansprechend sein.

Den einzelnen Autoren gelingt bei der Bearbeitung durchgängig der Spagat zwischen Knappheit und Praxisorientierung auf der einen sowie wissenschaftlicher Genauigkeit auf der anderen Seite. Der Kommentar liest sich dabei zügig und gibt in prägnanter Form zu den wichtigsten Fragen des Grundstücksrechts Auskunft. Wird im Einzelfall eine vertiefte Analyse eines Problems notwendig, weist einem der Kommentar den Weg zu einschlägiger Rechtsprechung und weiterführender Literatur. Die Arbeit mit diesem Werk gestaltet sich dabei sehr übersichtlich. Das Auffinden relevanter Passagen gelingt dank des umfangreichen Stichwortverzeichnisses und des sehr übersichtlichen Druckbilds schnell. Anschaulich sind die im Bereich des Grundbuchrechtes optisch hervorgehobenen Eintragungsbeispiele.

Insgesamt verfolgt das Werk den interessanten Ansatz eines einbändigen Kommentars zu dem zentralen Thema notarieller Tätigkeit. Sind in der täglichen Praxis Fragen zu klären, reicht oft schon für den ersten Zugriff ein einzelner Kommentar nicht aus. Rasch wird es nötig, die Kommentierung zu Vorschriften unterschiedlicher Gesetze und damit auch – herkömmlicherweise – verschiedene Werke heranzuziehen. Der neu erschienene Band „Immobilienrecht“ hilft hier geschickt ab und kann deshalb als schnelle Nachschlagelhilfe uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor Dr. *Florian Meininghaus*, München

Riemenschneider/Farely (Hrsg.): Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und -vertrag. Finanz Colloquium Heidelberg, 2012. 899 S., 95 €

Das neu erschienene Werk möchte nach eigener Angabe „den gesamten Lebenszyklus der komplexen Bauträgerfinanzierung“ darstellen. Anders als die meisten anderen zu diesem Gebiet erschienenen Bücher beschränkt es sich hierbei nicht auf die Darstellung der rechtlichen Anforderungen an die Ge-

staltung des Bauträgervertrags. Vielmehr unternimmt es den Versuch, alle Phasen der Realisierung und Finanzierung eines Bauträgerobjektes zu untersuchen und zwar nicht nur aus rechtlicher, sondern auch aus wirtschaftlicher Sicht.

Der erste Teil des Werks beschäftigt sich mit der grundstücksrechtlichen Ausgangssituation für den Bauträger bei Planung seines Objekts, nämlich mit der Baulandentwicklung und Bebauung. In diesem Kapitel werden insbesondere die öffent-

lichrechtlichen Fragen des Baurechts behandelt. Ein Schwerpunkt liegt hierbei auf dem Bauplanungsrecht, aber auch Fragen des Baugenehmigungsverfahrens werden erörtert. Insgesamt gesehen befasst sich dieser erste Abschnitt des Werks mit der Frage, wie der Bauträger das für die Realisierung seines Objekts notwendige öffentliche Baurecht schaffen kann.

Im weiteren Verlauf des Buches leiten die Autoren auf Rechtsgebiete über, die dem mit dem Bauträgerrecht befassten Notar häufig vertrauter sind, nämlich den steuerrechtlichen, gewerblichen und insbesondere den zivilrechtlichen Anforderungen an den Bauträger. Nachdem zunächst der allgemeine Rechtsrahmen des Bauträgerrechts dargestellt wird, widmet sich das mit gut 450 Seiten längste Kapitel des Werks dem Bauträgervertrag und dessen rechtlichen Besonderheiten. In diesem Abschnitt findet der Leser das, was er von einem Praktikerhandbuch zum Bauträgerrecht erwarten kann, nämlich Antworten auf die wichtigsten Fragen zur Gestaltung von Bauträgerverträgen, angefangen von der Darstellung der beiderseitigen Vertragspflichten über die besonderen Anforderungen der MaBV und des BGB zur Sicherung des Käufers bis hin zu den Besonderheiten der Abnahme des Gewerks. Man merkt deutlich, dass dieser Teil des Buchs von einem Notar für Notare geschrieben wurde, denn alle in der notariellen Praxis regelmäßig auftretenden Probleme und Fragen im Bereich des Bauträgervertrags werden behandelt und einer praxisgerechten Lösung zugeführt. Auch eine Vertragsmustersammlung für Standardsituationen wie dem Erwerb eines Reihenhauses oder dem Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum mit diversen Varianten ist enthalten und erleichtert die Arbeit des Praktikers mit dem Buch. Vermisst habe ich hingegen, dass das Buch kein Stichwortverzeichnis enthält, so dass es mitunter etwas mühsam sein kann, die Stelle zu finden, an der ein bestimmtes Problem behandelt wird.

Der Autor kann aufgrund der Aufmachung des Werks naturgemäß nicht die Tiefe anderer Bücher zum Bauträgervertrag erreichen, da jener hier nur ein Themengebiet von mehreren ist. Dennoch gibt das Kapitel einen sehr guten Überblick über die wirklich relevanten Fragen, ohne sich in Details zu verlieren. Der Autor scheut sich auch nicht, an einigen Stellen von der Rechtsprechung abweichende Ansichten zu vertreten und zu begründen. So wird beispielsweise dafür plädiert, die Veräußerung einer Einheit bei bereits vollständig fertiggestellten Werken (sog. Nachzüglerfall) als reinen Kaufvertrag zu behandeln ohne Anwendung des Werkrechts, also insbesondere ohne Heranziehung der Vorschriften über die Abnahme. Persönlich hätte ich mir indes eine etwas breitere Darstellung der Schnittstellen zum WEG und zum Erbbaurecht gewünscht. Beide Themen werden zwar behandelt, doch gerade der Abschnitt zum Erbbaurecht ist sehr kurz. Auch das Thema Teilungserklärung wird nur knapp dargestellt, klassische Probleme wie beispielsweise die Aufteilung aufgrund vorläufiger Aufteilungspläne oder die abschnittweise Aufteilung des Objekts werden nicht behandelt, obwohl sie häufig im Zusammenhang mit Bauträgerverträgen auftauchen. Es ist allerdings zuzugeben, dass es sich um Fragen handelt, die nicht unmittelbar mit dem Bauträgervertrag als solchem zu tun haben, so dass deren Behandlung nicht zwingend war und den Umfang des Werks wohl gesprengt hätte.

Das letzte Drittel des Buchs führt sodann weg von streng juristischen Fragen des Bauträgervertrags und beschäftigt sich mit den Themen Bauträgerfinanzierung und Risikomanagement. Das erste Kapitel widmet sich dem Thema „Bonitätsanalyse von mittelständischen Bauträgern“ und untersucht die Frage, wie die Kreditwürdigkeit eines Bauträgerunternehmens bewertet werden kann. Es richtet sich hierbei in erster Linie an Kreditinstitute und versucht, Kriterien aufzustellen, anhand derer Banken ihre Kreditentscheidung treffen können. Für den insoweit außenstehenden Notar ist es durchaus interessant, die Mechanismen kennenzulernen, die der Analyse des Unternehmens und des Objekts aus Sicht eines Kreditinstituts zugrundeliegen.

Das anschließende Kapitel beschäftigt sich mit der Durchführung der Finanzierung für den Bauträger. Hierbei geht es schon wieder deutlich juristischer zu, denn nach Darstellung der allgemeinen Kreditarten und -modalitäten wird auf die verschiedenen Formen der Kreditsicherung eingegangen, insbesondere die Besonderheiten der Globalgrundschuld, der Zession der Kaufpreisansprüche im Bauträgervertrag, der Bürgschaft oder der Verpfändung des Kaufpreiseingangskontos. Auch die Probleme bei Vorliegen eines verbundenen Vertrags gemäß §§ 358 ff. BGB werden dargestellt. Naturgemäß fühlt sich der Notar in diesem Bereich wieder eher heimisch. Die Lektüre des Kapitels ist dennoch lohnend, da es einerseits einen guten Überblick über das Thema gibt und zum anderen nicht aus Sicht des Vertragsjuristen, sondern aus Bankensicht geschrieben ist und somit einen interessanten Blick „hinter die Kulissen“ ermöglicht.

Das letzte Kapitel des Buchs beschäftigt sich mit dem Thema „Risikomanagement und Krisenerkennung“. Hier werden Möglichkeiten des Kreditinstituts aufgezeigt, wie dieses einen möglichen Sanierungsfall – oder wie formuliert wird „Intensivbetreuungsfall“ – erkennen kann und welche Möglichkeiten und Rechte die Bank zur Sanierung und im Falle des Scheiterns in einer Insolvenz des Bauträgers hat. Für die praktische Arbeit des Notars dürfte dieser Abschnitt wohl die geringste Relevanz aufweisen. Er richtet sich eindeutig an finanzierende Banken. Da dieses Kapitel jedoch keinen großen Umfang hat und zudem erneut die Gelegenheit gibt, einen bekannten Sachverhalt einmal aus einer anderen Perspektive zu sehen, fällt der fehlende Praxisbezug nicht besonders ins Gewicht.

Insgesamt betrachtet stellt das Werk eine interessante Alternative zu den etablierten Werken im Bauträgerrecht dar. Ein vollwertiger Ersatz für jene ist es nicht, da die wirklich notarrelevanten Probleme der Gestaltung des Bauträgervertrags nicht in derselben Breite erörtert werden können. Sie stellen nur den (wenn auch seitenzahlenmäßig größten) Mittelteil des Buches dar. Der erste Teil des Werks zur Baulandentwicklung richtet sich in erster Linie an den Bauträger selbst. Der letzte Teil zur Bauträgerfinanzierung ist aus Bankensicht geschrieben. In diesem Konzept liegt aber zugleich auch die Stärke des Buchs. Wer eine komprimierte und aufs Wesentliche konzentrierte Darstellung des für den Notar relevanten Bauträgerrechts sucht und gleichzeitig interessiert daran ist, dieses Thema auch einmal aus anderer Sicht zu erleben, dem kann das Werk uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar *Martin Soutier*, Roth

Riedel (Hrsg.): Praxishandbuch Unternehmensnachfolge. Zerbst, 2012. 936 S., 99 €

Christopher Riedel hat sich mit dem „Praxishandbuch Unternehmensnachfolge“ das Ziel gesetzt, einen Überblick über die rechtlichen und steuerlichen Gesichtspunkte zu vermitteln, die bei der Gestaltung einer Unternehmensnachfolge Bedeutung erlangen. Hierzu hat er einen Kreis von ausgewiesenen Praktikern (insbesondere Rechtsanwälte und Steuerberater) um sich versammelt. Wenn auch freilich hiermit fachlich kein Neuland betreten wird, so gebührt dem Vorhaben dennoch großer Respekt schon angesichts des ambitionierten Gesamtkonzeptes, sämtlichen an einer Übergabe beteiligten Beratern aus den verschiedenen Fachrichtungen (Recht, Steuern, Bewertung, Finanzberatung, Mediation, Familienstrategie etc.) die jeweils für sie relevanten Werkzeuge bereitzustellen.

Das Buch ist grob in zwei Teile (Grundlagen und Einzelaspekte der Unternehmensnachfolge) gegliedert, die wiederum in von unterschiedlichen Autoren bearbeitete Paragraphen unterteilt sind. Im Hinblick auf die Titulierung als „Praxishandbuch“ erscheint insoweit der erste Teil mancherorts etwas zu ausführlich geraten. So mutet beispielsweise die Darstellung der gesetzlichen Erbfolge in § 4 (Rechtliche Grundlagen) über gut vier Seiten hinweg (S. 44-48) doch eher entbehrlich an. Von größerem Nutzen auch für den Notar dürften hingegen die in qualitativer und auch quantitativer Hinsicht als vorzüglich zu bewertenden Passagen zum Handels- und Gesellschaftsrecht (S. 81 ff.) sein sowie – trotz ihrer Ausführlichkeit – die §§ 5 und 6, um die steuerlichen Grundlagen sowie die Grundsätze und Methoden der Unternehmensbewertung nachzuschlagen. Überzeugen können des Weiteren beispielsweise die Erläuterungen zum Nießbrauch (insbesondere an Unternehmen und Gesellschaftsanteilen) auf den Seiten 277-283 – wengleich ein unbefangener Leser diese eher unter § 25 (Gestaltung von Nießbrauchverträgen) vermuten würde, wo sich stattdessen hauptsächlich steuerrechtliche Ausführungen und nicht die vom Kautelarjuristen zuvorderst erhofften Formulierungsvorschläge finden. Parallel hierzu handelt auch § 26 (Gestaltung von Versorgungsleistungen) lediglich von den insoweit zu beachtenden steuerlichen Regelungen, nicht aber von den für die notarielle Vertragsgestaltung relevanten zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten und enthält ebenfalls keine Muster. Ein diesbezüglicher Formulierungsvorschlag versteckt sich hingegen in § 28 (Kleine und mittlere Unternehmen und Handwerksbetriebe) auf Seiten 744 f. Die hiermit angedeuteten Kritikpunkte – die doch manchmal ein wenig verwirrende Anordnung bzw. Wiederholung ähnlicher Ausführungen in verschiedenen Kapiteln sowie die für ein Praxishandbuch recht geringe Anzahl an Formulierungsvorschlägen – durchziehen leider große Teile des Werkes und schmälern dadurch dessen Brauchbarkeit aus notarieller Sicht etwas.

Die positiven Gegenbeispiele seien selbstverständlich nicht unterschlagen: So finden sich in § 10 (Testamentsvollstreckung und Unternehmensnachfolge) nicht nur gleichsam prägnant formulierte wie gut dimensionierte theoretische Ausführungen über den genannten Themenbereich, sondern auch eine Reihe von ebenfalls äußerst gut verwendbaren

Mustern zu den verschiedenen Spielarten der Testamentsvollstreckung im Rahmen der Unternehmensnachfolge. Gleiches gilt beispielsweise für § 15 (Eheverträge zur Sicherung von Unternehmensnachfolgemodellen), wo die besagte Problematik umfassend dargestellt und anhand von zahlreichen Formulierungsbeispielen die denkbaren Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. Die §§ 17 (Familienholding), 18 (Unterbeteiligung), 19 (Poolvereinbarungen) und 27 (Betriebsverpachtung) stellen im Einzelfall durchaus in Erwägung zu ziehende Sonderformen vor. § 20 (Strategische Vermögensplanung als Teil der Unternehmensnachfolgeplanung) und § 21 (Familienstrategie – „Grundgesetz für die Familie“) berühren freilich die notarielle Vertragsgestaltungstätigkeit allenfalls am Rande, stellen aber dennoch interessante Exkurse dar. Es folgen einige Kapitel zu Spezialfragen, bevor schließlich § 33 (Auslandsvermögen) und § 34 (Schiedsverfahren) das Werk passend abrunden.

Ein Manko stellt – neben manchen für die praktische Tauglichkeit eher zu vernachlässigenden terminologischen Ungenauigkeiten (z. B. Vermischung von „Wohnungsrecht“ und „Wohnrecht“, S. 283 f.) – allerdings die vereinzelt fehlende Aktualität im Hinblick auf einige auch für die Praxis nicht unerhebliche Entwicklungen in der jüngeren Rechtsprechung dar. So wird auf Seite 73 (entgegen BGH, XII ZR 189/06, NJW 2010, 2202 = MittBayNot 2011, 138; BGH, XII ZR 180/09, NJW 2010, 2884) behauptet, auf Leistungen von Eltern an Schwiegerkinder seien die für unbenannte Zuwendungen entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden, und auf Seite 400 postuliert, die Rechtsprechung beurteile die Wirksamkeit von Schenkungen an Minderjährige stets anhand der Gesamtbetrachtungslehre, was jedenfalls in dieser Pauschalität bekanntlich seit BGH, V ZB 13/04, NJW 2005, 415 = MittBayNot 2005, 408, schlicht nicht (mehr) zutrifft.

Dass das Werk generell nicht auf den Notar ausgerichtet ist, offenbart sich schließlich unzweideutig dadurch, dass er zum einen bezeichnenderweise in der Auflistung der bei einem Unternehmensverkauf beteiligten Personen auf Seiten 821 ff. nicht genannt wird, zum anderen durch das Fehlen der für den Grundbuchamtlichen Vollzug wichtigsten Passage (Bewilligung und Antrag) bei dem ansonsten wirklich brauchbaren Muster zum Wohnungsrecht auf Seiten 284.

Zusammenfassend betrachtet bildet den inhaltlichen Schwerpunkt des Buches – schon in quantitativer Hinsicht – eindeutig das Steuerrecht. Tiefergehende zivilrechtliche Ausführungen einschließlich Formulierungsvorschlägen bleiben aufgrund dieser Gewichtung leider zum großen Teil auf der Strecke. Das Fazit lautet daher, dass das „Praxishandbuch Unternehmensnachfolge“ ein durchaus interessantes Nachschlagewerk für jeden an der Gestaltung der Unternehmensnachfolge beteiligten Berater darstellt und insbesondere auch den Notar anregen kann, über den ansonsten hauptsächlich zivilrechtlich fokussierten Tellerrand hinauszublicken. Als zwingender Bestandteil des notariellen Handapparats drängt es sich jedoch aufgrund der fehlenden Fokussierung auf die primären notariellen Belange nicht auf.

Notarassessor Dr. *Benedikt Schreindorfer*, Kulmbach

**Schwedhelm: Die Unternehmensumwandlung.
7. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2012. 518 S., 89,80 €.**

Schwedhelms „Die Unternehmensumwandlung“ ist mittlerweile in der siebten Auflage erschienen, was dafür spricht, dass sich das Buch als wertvoller Ratgeber am Markt etabliert hat. Seinem eigenen Anspruch nach will das Werk keinen vertieften wissenschaftlichen Beitrag zum Umwandlungs(steuern) recht liefern oder Streitfragen zu Einzelproblemen systematisch aufbereiten. Ziel ist es vielmehr, auch dem nicht täglich mit Umwandlungsfragen betrauten Rechtspraktiker einen Leitfaden in die Hand zu geben, anhand dessen sich dieser einen Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten des Umwandlungsrechts verschaffen kann, um Einzelprobleme anschließend mit Hilfe der in den Fußnoten angegebenen Literaturhinweise zu vertiefen.

Dass dies gelingt, ist zum einen dem Aufbau des Buches zu verdanken. Dieser folgt nicht der Systematik des Umwandlungsgesetzes mit dessen Unterteilung in einzelne Umwandlungsarten. Vielmehr gliedert sich der Inhalt alphabetisch nach der Rechtsform der möglichen Ausgangsrechtsträger und listet potentielle Zielrechtsträger einschließlich der zulässigen Umwandlungsformen auf. Dabei werden für jeden Umwandlungsvorgang nicht nur die gesellschaftsrechtlichen, sondern auch die steuerrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen erläutert. Dieser Aufbau kommt der Beratungspraxis entgegen, gibt doch der Mandant meist nur das Ziel vor (etwa die Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine GmbH), ohne sich über den dahin führenden Weg (Ausgliederung, Einbringung, Verpachtung, Verkauf etc.) vertieft Gedanken zu machen. Mit Fortschreiten des Buches leidet darunter jedoch bisweilen die Lesbarkeit, da sich einige Umwandlungsvorgänge dem Grundsatz nach ähneln und *Schwedhelm* dadurch zu zahlreichen Verweisungen gezwungen wird. Für jeden beschriebenen Umwandlungsvorgang werden die erforderlichen Verträge, Beschlüsse, Erklärungen, Registeranmeldungen, einschließlich der dafür jeweils anfallenden Notarkosten aufgezählt und ihrem wesentlichen Inhalt nach kurz erläutert. Streitfragen und Gestaltungsschwierigkeiten werden erwähnt, wobei der Autor kenntlich macht, wenn die von ihm vertretene Auffassung nicht rechtlich abgesichert ist, etwa bei der von ihm bejahten Möglichkeit des Formwechsels einer Personen- in eine Unternehmersgesellschaft trotz Sachgründungsverbot. Wer allerdings detaillierte Gestaltungsempfehlungen oder Mustertexte erhofft, wird enttäuscht werden. Die Erläuterung der nach dem Umwandlungsgesetz erforderlichen Schritte geht bisweilen nicht wesentlich über den Inhalt des Gesetzestexts hinaus. Der Mehrwert des Buches liegt hier vielmehr darin, die wesentlichen Umwandlungsmöglichkeiten sowohl innerhalb als auch außerhalb des Umwandlungsgesetzes komprimiert darzustellen. Als Beispiel hierfür sei der Abschnitt über die Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine GmbH genannt (Rdnr. 1550 ff.). Hier führt *Schwedhelm* neben den Möglichkeiten des Umwandlungsgesetzes (Formwechsel, Verschmelzung, Spaltung) auch das Anwachsungsmodell und das Einbringungsmodell an und er-

läutert die sich hieraus jeweils ergebenden steuerlichen und kostenrechtlichen Folgen, was ihn zu einer abschließenden Empfehlung des Einbringungsmodells führt. Innerhalb der einzelnen Umwandlungsformen sind Erläuterungen zu Gestaltungsmöglichkeiten jedoch rar. So erwähnt *Schwedhelm* zwar (Rdnr. 1551), dass die vermögensmäßig meist nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligte Komplementär-GmbH-Gesellschafterin des Zielrechtsträgers werden muss, auf die gängige Gestaltungsmethode (treuhänderische Übernahme eines Mini-Geschäftsanteils mit anschließender Abtretung) wird jedoch nicht hingewiesen. Ein im Umwandlungsgesetz bewandelter Notar wird in den gesellschaftsrechtlichen Erläuterungen insgesamt nicht allzu viel Neues finden.

Dass das Buch dennoch auch dem umwandlungsrechtlich beschlagenen Notar zur Anschaffung empfohlen werden kann, liegt in den steuerlichen Ausführungen begründet, ist der Notar hier doch meist nicht Experte und kann die steuerlichen Folgen der von ihm gewählten Vertragsgestaltung nur eingeschränkt überblicken. Selbstverständlich kann das Buch den Gang zum Steuerberater nicht ersparen, jedoch hilft es dem Vertragsgestalter, bestimmte zivilrechtlich unproblematische Gestaltungen wegen ihrer steuerlichen Folgen von vornherein auszuklammern, sowie Bedenken und Wünsche des Steuerberaters zu verstehen und mit diesem auf Augenhöhe zu diskutieren. Die steuerlichen Ausführungen, die neben den einkommens- und körperschaftsteuerlichen Folgen auch auf Grunderwerbsteuer und Schenkungsteuer eingehen, sind stets knapp, pointiert und auch für den steuerlich interessierten Laien verständlich. Die siebte Auflage bringt den „*Schwedhelm*“ dabei auf den Stand des Umwandlungssteuererlasses vom 11.11.2011, der vollständig eingearbeitet ist, so dass die Anschaffung der siebten Auflage auch für den von Interesse ist, der bereits eine Altauflage im Regal stehen hat. Dass trotz der hohen Aktualität schon wieder manche Änderung eingetreten sein kann (etwa die mittlerweile vom BFH, Urteil vom 9.11.2011, X R 60/09, MittBayNot 2012, 326 m. Anm. *Wendt*, entschiedene Frage, dass es für die Einbringung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Überganges ankommt), ist der Schnellebigkeit des Steuerrechts geschuldet. Die Datenbank, auf die der Käufer des Buches kostenlos zugreifen kann, erfasst wichtige Gerichtsentscheidungen anscheinend nur, wenn diese vor Redaktionsschluss des Buches veröffentlicht wurden.

Insgesamt kann und will das Buch weder den Blick in den Kommentar, noch in die Mustertextsammlung ersetzen. Wer sich jedoch zunächst einen komprimierten Überblick über die wesentlichen Weichenstellungen verschaffen will, bevor er sich in den Weiten des *Widmann/Mayer* verliert, der ist mit diesem Buch bestens bedient. Wer darüber hinaus auch die steuerlichen Folgen eines Umwandlungsvorgangs dem Grundsatz nach verstehen und übersichtlich zusammengefasst haben möchte, der wird an diesem Buch ebenfalls seine Freude haben. Ihm sei die Anschaffung wärmstens ans Herz gelegt.

Notarassessor *Michael Gutfried*, M. Jur. (Oxford), Berlin

**Hüffer: Aktiengesetz. 10. Aufl., Beck, 2012.
2066 S., 139 €**

Zwei Jahre nach Erscheinen der letzten Auflage ist die Kommentierung von *Hüffer* zum Aktiengesetz in diesem Jahr in der 10. Auflage erschienen. Sie bildet seit Jahren das Standardwerk für sämtliche Fragen rund um das Aktien- und Konzernrecht. Auch wenn der *Hüffer* in der Beck'schen Reihe der „Kurz-Kommentare“ erscheint, bildet das Werk doch vollständig den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur zum Aktienrecht ab. Der *Hüffer* informiert wissenschaftlich fundiert, erlaubt aber zugleich für den Praktiker den sicheren Problemzugriff durch eine systematische Darstellung und ein beeindruckendes Verzeichnis der Rechtsprechung (ab S. 1909), das neben aktienrechtlich relevanten Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte auch solche des EuGH, des Schweizer Bundesgerichts sowie des Österreichischen Gerichtshofs enthält.

Die Neuauflage zeichnet die Entwicklung im Aktienrecht der vergangenen zwei Jahre nach. Nach den vielfältigen Gesetzesänderungen in den Jahren 2008 und 2009 (erwähnt seien nur das ARUG, das BilMOG, das FGG-Reformgesetz und vor allem das MoMiG), die allesamt Gegenstand der Voraufgabe waren, lässt sich eine gewisse Zurückhaltung des Gesetzgebers erkennen. Geändert wurden namentlich § 93 Abs. 6 und § 142 Abs. 2 Satz 1 AktG durch das Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute

und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung vom 9.12.2010 (BGBl I, S. 1900). Dieses Gesetz ist jedoch für den Notar kaum von Bedeutung. Anders verhält es sich hingegen mit den allermeisten der 49 aktienrechtlichen Entscheidungen des BGH sowie der 157 von *Hüffer* in die Kommentierung eingearbeiteten Urteile und Beschlüsse der Oberlandesgerichte. Hierbei fällt auf, dass weiterhin die Oberlandesgerichte Frankfurt und München eine Vorreiterrolle einnehmen.

Auch wenn insoweit keine Neukomentierung erfolgt ist, sind nach wie vor die Hinweise von *Hüffer* zu den Anforderungen an eine notarielle Niederschrift einer Hauptversammlung (§ 130 Rdnr. 7 ff.) ein wertvoller Leitfaden für den Notar im Rahmen eines ersten Zugriffs. Zu Recht weist *Hüffer* in diesem Zusammenhang (§ 130 Rdnr. 8 und § 121 Rdnr. 16) darauf hin, dass eine Auslandsbeurkundung von Hauptversammlungsbeschlüssen nur anerkannt wird, wenn sie der Niederschrift durch deutsche Notare gleichwertig ist. Etwa mögliche Kostenvorteile einer Auslandsversammlung seien dabei mit den Verzögerungsrisiken, besonders bei der Eintragung von Grundlagenbeschlüssen, abzuwägen.

Die Frage schließlich, ob die Anschaffung der Neuauflage des *Hüffers* lohnt, lässt sich am besten mit der Aussage *Dieckmanns* (NJW 2011, 586), wonach der „*Hüffer*“ nach wie vor der „*Palandt*“ unter den aktienrechtlichen Kommentaren sei, mit einem klaren „Ja“ beantworten.

Notar a. D. Dr. Markus Sikora, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 448 Abs. 2, § 306 Abs. 2, § 305 Abs. 1, §§ 278, 195, 146, 308 Nr. 1, § 147 Abs. 2, §§ 242, 181, 812 Abs. 1 Satz 1, § 310 Abs. 3 Nr. 1 und 2, § 150 Abs. 1, § 818 Abs. 3; EStG § 7i (*Unangemessen lange Annahmefrist bei Bauträgerverträgen*)

- 1. Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers von noch zu sanierenden Eigentumswohnungen verstößt regelmäßig gegen § 308 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam, wenn sich der Verkäufer eine Annahmefrist von mehr als vier Monaten vorbehält; das gilt insbesondere, wenn sie zum 31.12. endet und Kapitalanlegern damit die Möglichkeit nimmt, aus Steuerersparnisgründen eine andere Beteiligungsmöglichkeit wahrzunehmen.**
- 2. Auch bei Bauträgerverträgen kann der Käufer unter regelmäßigen Umständen eine Annahme innerhalb von längstens sechs bis acht Wochen erwarten.**
- 3. Zur Frage der Verwirkung des Rückforderungsanspruchs.**

OLG Nürnberg, Urteil vom 31.1.2012, 1 U 1522/11

Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages. (...)

Aus den Gründen:

III.

(...) Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises zu, weil er ihn ohne Rechtsgrund gezahlt hat (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zwischen den Parteien ist kein Kaufvertrag über die Eigentumswohnung in P. zustande gekommen.

1. Die Beklagte hat zwar das Angebot des Klägers vom 17.8.2004 innerhalb der darin bestimmten Annahmefrist bis zum 31.12.2004 angenommen. Die Annahme war aber unwirksam, weil das Angebot des Klägers am 18.10.2004 bereits erloschen war (§ 146 BGB).

a) Die im Vertragsangebot vom 17.8.2004 festgelegte Bindungsfrist ist unangemessen lang und wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB unwirksam.

aa) Bei der Annahmefrist im Angebot des Klägers handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB.

Die Beklagte hatte – wie auch der Hinweis auf die Aufteilung des Grundbesitzes nach dem WEG auf Seite 1 der Anlage zur Angebotsurkunde zeigt – das gesamte Anwesen erworben und die Wohneinheiten an Anleger verkauft. Nach den Angaben der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat war in zwölf der Kaufangebote die Bindungsfrist bis zum 31.12.2004 enthalten; lediglich im ersten und letzten Vertragsangebot wurden abweichende Fristen festgelegt. Die Voraussetzung, dass eine Bestimmung „für eine Vielzahl von Verträgen“ vorformuliert ist (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), kann schon bei drei Verwendungen erfüllt sein (*Palandt/Grüneberg*, 70. Aufl., § 305 Rdnr. 9). Unabhängig davon ergibt sich die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Inhaltskontrolle auch aus § 310 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BGB (ebenso BGH, NJW

2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49, für einen gleichgelagerten Sachverhalt).

bb) Zwar erstreckt sich die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen typischerweise auf den Inhalt eines Vertrages; die Bestimmung des § 308 Nr. 1 BGB unterstellt aber auch bestimmte Vertragsabschlussklauseln – die nicht den Inhalt, sondern eine Modalität des Vertragsabschlusses betreffen – der Inhaltskontrolle (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49; OLG Dresden, BauR 2005, 559 = MittBayNot 2005, 300).

cc) Welche Bindungsfrist angemessen ist, ist unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände durch die Abwägung der Interessen der Verhandlungspartner zu beurteilen (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49; NJW 1986, 1807; *Palandt/Grüneberg*, a. a. O., § 308 Rdnr. 4). Der Zeitraum ergibt sich aus der für die Übermittlung der Erklärungen notwendigen Zeit zuzüglich einer angemessenen Bearbeitungs- und Überlegungsfrist – insbesondere auch für typischerweise durchzuführende Nachforschungen, Kalkulationen oder Verhandlungen – einerseits, dem schutzwürdigen Interesse des Vertragspartners an einem baldigen Wegfall der Bindung andererseits (BGH, NJW 1986, 1807). Dabei wiegt bei Immobilienkäufen das Interesse des Käufers erheblich, weil er während bestehender Bindung von günstigeren Angeboten regelmäßig keinen Gebrauch machen kann, während der Verkäufer in jeder Hinsicht frei bleibt (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49). Auch bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften kann der Eingang der Annahmeerklärung regelmäßig innerhalb von vier Wochen erwartet werden; eine längere Frist stellt nur dann keine unangemessene Beeinträchtigung dar, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter dem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen muss (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49). Eine Bindungsfrist von vier Monaten und drei Wochen für die Annahme des Angebots über den Kauf einer bereits fertig gestellten Wohnung ist unangemessen, auch wenn der Verkäufer dem Käufer bei der Finanzierung behilflich ist und dazu eine Bonitätsprüfung durchgeführt werden muss, ferner der Verkäufer seine eigene Erfüllungsfähigkeit etwa unter dem Blickwinkel einer bei Zustandekommen des Vertrages notwendig werdenden Pfandfreistellung abklären muss (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49).

Diese vom Kläger und vom LG herangezogene Entscheidung des BGHs vom 11.6.2010 (NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49) bezieht sich allerdings auf einen nicht vollständig vergleichbaren Sachverhalt. Anders als dort handelt es sich im vorliegenden Fall um eine noch nicht fertiggestellte Wohnung, deren Sanierung noch nicht begonnen hatte; für die Beklagte stellte sich vor der Annahme des Angebots die Frage, ob die Durchführung des Sanierungsvorhabens finanziell gesichert und gewinnbringend sei, wozu insbesondere der Verkauf eines entsprechenden Teils der Wohnungen gehörte. Die Anleger können die erstrebten Steuervorteile auch nur für nach Vertragsschluss durchgeführte Baumaßnahmen in Anspruch nehmen (§ 7i Abs. 1 Satz 5 EStG). Der Beklagten war deshalb eine „Platzierungsfrist“ zuzubilligen.

Das OLG Dresden hat beim Verkauf einer noch nicht sanierten Wohnung eine Bindungsfrist von zehn Wochen für zu lang

und sechs Wochen als angemessen angesehen; die Entscheidung beruht darauf, dass eine Abklärung der Finanzierungsfragen bereits vor der Beurkundung des Angebots erfolgt war, so dass lediglich eine bankinterne Bearbeitungsfrist von vier Wochen anzuerkennen war, dass nach dem Vortrag der dortigen Verkäuferin ein Bautenstand von 75 % erreicht war und die Verkäuferin einen Baubeginn vor Ablauf der bankinternen Prüfungsfrist zugesagt hatte (OLG Dresden, BauR 2005, 559 = MittBayNot 2005, 300).

Auch unter dem Gesichtspunkt der „Platzierungsfrist“ erscheint eine Bindungsfrist von über vier Monaten im vorliegenden Fall als zu lang. Denn es ist dabei nicht lediglich das Interesse der Beklagten zu berücksichtigen, einen möglichst langen Zeitraum für den Absatz und die wirtschaftliche Sicherung ihres Vorhabens zur Verfügung zu haben, sondern auch das Interesse der Anleger, ggf. ein anderes Angebot wahrnehmen zu können. Der Anleger kann davon ausgehen, dass Rentabilität und Finanzierung vor Vermarktungsbeginn geprüft wurden, und dass die Wohnungen gleichzeitig anderen Interessenten angeboten werden oder auch zuvor schon angeboten wurden. Ein weiterer Zeitraum für die Klärung dieser Voraussetzungen ist der Beklagten deshalb nicht zuzubilligen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass zum Absatz zumindest eines erheblichen Teils der Wohnungen ein Zeitraum von mehr als vier Monaten notwendig gewesen wäre. Es handelte sich um insgesamt 14 Wohnungen. Nach Angaben der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat wurden die Kaufangebote im Zeitraum Juli bis Oktober 2004 abgegeben, davon im Oktober 2004 die letzten zwei. Zum Nachteil der Käufer fällt ferner ins Gewicht, dass die von der Beklagten vorgesehene Frist bis zum Jahresende lief und dem Anleger damit die Möglichkeit verwehrt blieb, aus Steuerersparnisgründen eine andere Beteiligungsmöglichkeit wahrzunehmen. Die Frist begünstigte damit einseitig die Beklagte und trug den Interessen ihrer Vertragspartner nicht ausreichend Rechnung. Schutzwürdige Interessen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen würden, legt die Beklagte nicht dar.

dd) Die durch die Unwirksamkeit der Bindungsfrist entstandene Lücke kann nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden, weil die Bindungsklausel als Vertragsabschlussklausel nicht Gegenstand eines Vertrages war. Eine sinnentsprechende Anwendung dieser Grundsätze scheidet schon daran, dass deren lückenschließende Heranziehung nur in Betracht kommt, wenn das nach § 306 Abs. 2 BGB zugrunde zu legende Gesetzesrecht das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschöbe. Das ist jedoch nicht der Fall; denn mit der Regelung des § 147 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber den Interessenkonflikt auch für Konstellationen der vorliegenden Art angemessen austariert (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49).

b) Das Angebot des Klägers ist auch nicht innerhalb der nach § 147 Abs. 2 BGB geltenden regelmäßigen Frist angenommen worden.

Die nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB setzt sich zusammen aus der Zeit für die Übermittlung des Antrages an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie der Zeit der Übermittlung der Antwort an den Antragenden. Sie beginnt daher schon mit der Abgabe der Erklärung und nicht erst mit deren Zugang bei dem Empfänger (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49). Zu den regelmäßigen Umständen im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB gehören dabei solche verzögernden Umstände, die der Antragende kannte oder kennen musste (BGH, NJW 2008, 1148; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 147 Rdnr. 32). Auch bei finanzierten und beurkundungsbe-

dürftigen Verträgen, deren Abschluss regelmäßig eine Bonitätsprüfung vorausgeht, kann der Eingang der Annahmeerklärung jedenfalls innerhalb eines Zeitraumes von vier Wochen erwartet werden (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49). Ob eine längere Bindungsfrist bei Bauträgerverträgen anzuerkennen ist, hält der BGH für zweifelhaft (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49). Das OLG Dresden hat eine Bindungsfrist von sechs Wochen beim Angebot zum Erwerb einer nicht sanierten Wohnung für angemessen gehalten (OLG Dresden, BauR 2005, 559 = MittBayNot 2005, 300).

Selbst wenn man der Beklagten für die erforderliche „Platzierung“ ihres Angebots eine Frist zur Prüfung zubilligt, ob eine für die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens ausreichende Anzahl von Kaufangeboten eingeht, kann diese nicht länger als mit sechs bis maximal acht Wochen angenommen werden. Denn es ging nicht darum, dass die Beklagte erst nach dem Angebot des Klägers abzuklären begann, ob das Vorhaben tragfähig war; die Anleger konnten regelmäßig erwarten, dass die Beklagte bei sorgfältigem Vorgehen die Finanzierung und Rentabilität des Vorhabens schon vor Verkaufsbeginn so weit geklärt hatte, dass sie bei Erreichen der zur Wirtschaftlichkeit erforderlichen Zahl von Angeboten die Kaufverträge umgehend zustande bringen konnte. Selbst wenn einzelne Wohnungen noch nicht verkauft waren, blieb der Beklagten die Möglichkeit, den Beginn der Umbauarbeiten zumindest hinsichtlich der noch nicht verkauften Wohnungen hinauszuzögern, soweit dies notwendig war, um deren Käufern die Steuervorteile zu erhalten. Im Unterschied etwa zu einem Immobilienfonds handelte es sich auch um ein Vorhaben von überschaubarem Umfang. Die Anleger wiederum hatten für die Beklagte erkennbar Interesse an einer zügigen Abwicklung des Anlagegeschäfts und an der Vermeidung eines Schwebezustandes, bei dem er gebunden, die Beklagte in ihrer Entscheidung aber frei war und währenddessen sie weder auf die Anlage verzichten noch sich für eine Alternative entscheiden konnten. Sie konnten davon ausgehen, dass die Wohnungen gleichzeitig auch anderen Interessenten angeboten wurden. Der Kläger konnte daher, selbst wenn er einer der ersten Anleger gewesen sein sollte, regelmäßig erwarten, dass die Beklagte in einem Zeitraum von sechs bis höchstens acht Wochen entschieden hatte, ob sie sein Angebot annehmen wollte. Dass konkret Verzögerungen absehbar gewesen wären, die der Kläger in Rechnung stellen musste, trägt die Beklagte nicht vor.

Das Angebot des Klägers ist deshalb spätestens mit Ablauf des 13.10.2004 erloschen, so dass die Annahme am 18.10.2004 verspätet erfolgte.

c) Der Vertrag ist auch nicht dadurch zustande gekommen, dass der Kläger die als neues Angebot geltende Annahmeerklärung der Beklagten seinerseits angenommen hätte. Der Kläger hat keine ausdrückliche Annahme erklärt; sein Verhalten bei der Abwicklung des Vertrages ist auch nicht als konkludente Annahmeerklärung oder eine Annahme durch Schweigen zu werten.

Eine Annahme der nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung durch Schweigen kommt bei besonders bedeutsamen Rechtsgeschäften, wozu beurkundungsbedürftige Grundstücksgeschäfte gehören, nicht in Betracht (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49). Zwar entspricht es gerade bei dem in einer verspäteten Annahme liegenden, nur formell neuen Angebot häufig der Verkehrsübung, das bloße Schweigen auf die verspätete Annahmeerklärung als Annahme der neuen Offerte aufzufassen; das gilt insbesondere, wenn keine Umstände vorliegen, die die Möglichkeit einer Änderung seiner sachlichen Entscheidung nahelegen (BGH, NJW-RR 1994, 1163; NJW 1986, 1807; NJW 1951, 313). Dies gilt aber nicht für außerge-

wöhnliche und besonders bedeutsame, insbesondere beurkundungsbedürftige Geschäfte (BGH, NJW-RR 1994, 1163; NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49) wie den Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung zu mehr als 100.000 € im vorliegenden Fall.

In der Zahlung des Kaufpreises, der Erklärung der Auflassung und der Durchführung des Vertrages in der Folgezeit liegt auch keine stillschweigende Annahme des neuen Angebots. Die fehlende Einhaltung der notariellen Beurkundung (§ 311b BGB) wäre zwar durch die Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch geheilt (§ 311b Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Qualifizierung eines Verhaltens als schlüssige Annahmeerklärung setzt aber das Bewusstsein voraus, dass für das Zustandekommen des Vertrages zumindest möglicherweise noch eine Erklärung erforderlich ist; der Erklärende muss zumindest Zweifel an dem Zustandekommen des Vertrages haben (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49). Soweit einem tatsächlichen Verhalten auch ohne ein solches Erklärungsbewusstsein oder ohne einen Rechtsbindungswillen die Wirkungen einer Willenserklärung beigelegt werden, geschieht dies zum Schutze des redlichen Rechtsverkehrs und setzt einen Zurechnungsgrund voraus. Ein solcher liegt nur vor, wenn ein sich in missverständlicher Weise Verhaltender bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass die in seinem Verhalten liegende Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49). Danach scheidet eine Würdigung der Zahlung ebenso wie die Vertragsdurchführung seitens des Klägers als eine auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung aus. Beide Parteien gingen bei Zahlung des Kaufpreises von einem Vertragsschluss und damit davon aus, dass der Kläger mit der Zahlung lediglich den vermeintlich zustande gekommenen Vertrag erfüllen wollte. Erst mit der Veröffentlichung der Entscheidung des BGH vom 11.6.2010 wurde erkennbar, dass ein Vertrag nicht zustande gekommen sein könnte; dies ist erstmals mit Schreiben vom 5.8.2010 geltend gemacht worden. Dass der Kläger schon zuvor davon ausgegangen sei, dass ein Vertrag nicht zustande gekommen sei, oder zumindest dahingehende Zweifel hatte, bestreitet er; ausreichende Anhaltspunkte dafür sind von der Beklagten nicht substantiiert dargelegt worden. Dass der Kläger sich schon 2004 zu lang an das Angebot gebunden gefühlt habe, reicht dafür nicht aus; die weitere Abwicklung des Vertrages durch ihn könnte nur dann als konkludente Willenserklärung verstanden werden, wenn dem Kläger außerdem bewusst gewesen wäre, dass er an das Angebot möglicherweise rechtlich nicht mehr gebunden war oder dass ein Vertrag nicht zustande gekommen war. Indizien dafür fehlen. Aus den gleichen Gründen hat der Kläger auch nicht in zurechenbarer Weise den Anschein hervorgerufen, er wolle an dem als (möglicherweise) unwirksam erkannten Vertrag festhalten; es fehlt auch an der Grundlage für ein entsprechendes Vertrauen der Beklagten.

2. Die Ansprüche des Klägers sind nicht verjährt oder sonst ausgeschlossen. (...)

3. Dem Kläger stehen Ansprüche i. H. v. 94.744,44 € zu.

a) Der Kläger kann Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Wohnung fordern.

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge hat nach den Grundsätzen der sog. Saldotheorie zu erfolgen. Danach ist der Bereicherungsanspruch bei beiderseits ausgeführten gegenseitigen nichtigen Verträgen ein von vornherein in sich beschränkter einheitlicher Anspruch auf

Ausgleich aller mit der Vermögensverschiebung zurechenbar zusammenhängender Vorgänge in Höhe des sich dabei ergebenden Saldos. Es ist deshalb durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile zu ermitteln, für welchen Beteiligten sich ein Überschuss ergibt. Leistung und Gegenleistung sind dabei in Fortgeltung des bei Vertragsschluss gewollten Austauschverhältnisses für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung entsprechend § 818 Abs. 3 BGB grundsätzlich zu saldieren. Dies bedeutet bei ungleichartigen Leistungen, dass der Bereicherungsschuldner die erlangte Leistung nur Zug um Zug gegen seine volle Gegenleistung herauszugeben braucht, ohne dass es der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bedarf (BGH, NJW 2001, 1863; ähnlich NJW 2000, 3064; NJW 2005, 884).

b) Der Kläger muss sich auf den Kaufpreis den erzielten Mietertrag anrechnen lassen. Eine Saldierung dieses Vermögensvorteils mit Vermögensnachteilen, die im Zusammenhang mit der Abwicklung des Kaufvertrages eingetreten sind, findet nicht statt. Der Kläger muss sich aber auch nicht die erzielten Steuervorteile anrechnen lassen.

aa) Im Rahmen der Saldierung sind auf Seiten des Klägers die Mieteinnahmen als gezogene Nutzungen zu berücksichtigen (§ 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB; so auch BGH, NJW 2000, 3064). Im Rahmen von §§ 812, 818 BGB kommt es auch nicht darauf an, ob der Kläger weitere Nutzungen hätte ziehen können.

bb) Der Kläger kann diesen Vermögensvorteil nicht mit den Belastungen aus Beurkundungskosten, Grunderwerbsteuer und Finanzierungskosten saldieren. Diese Aufwendungen sind im Rahmen der Saldierung nicht ansatzfähig.

Erforderlich für eine Berücksichtigung von Aufwendungen ist jedenfalls ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem rechtsgrundlosen Vermögenszuwachs und dem Vermögensverlust (BGH, NJW 1992, 2415). Darüber hinaus ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit das (jeweilige) Entreicherungsrisiko gemäß § 818 Abs. 3 BGB nach den Vorschriften zu dem fehlgeschlagenen Geschäft oder nach dem Willen der Vertragsschließenden jeweils der einen oder anderen Partei zugewiesen sein sollte (BGH, NJW 1992, 1037).

Beurkundungs- und Grundbuchkosten ebenso wie die Grunderwerbsteuer hat auch bei der Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge der Käufer zu tragen; das folgt aus der Wertung des § 448 Abs. 2 BGB (BGH, NJW 2010, 2873 Tz. 21 – zitiert nach juris) und aus dem Umstand, dass diese Kosten an den Abschluss des Grundgeschäftes anknüpfen, nicht an den rechtsgrundlosen Erwerb (MünchKommBGB/Schwab, 5. Aufl., § 818 Rdnr. 143).

Auch die Kosten der Finanzierung des Vertrages und die Sicherung der Darlehen liegen nach der Rechtsprechung des BGH allein im Risikobereich und im wirtschaftlichen Interesse des Käufers (BGH, NJW 1992, 1037; NJW 2000, 3064). Denn sonst entstünde ein Widerspruch zu § 818 Abs. 1 BGB: Dem Käufer gebühren danach die Nutzungen der Verkäuferseite aus der rechtsgrundlos erbrachten Kaufpreis- und Nebenleistung. Wenn der Kaufpreis finanziert ist, kann der Käufer daher nicht sowohl seinen Kreditaufwand von der rückgewährpflichtigen Leistung abziehen als auch seine eigene Leistung uneingeschränkt herausverlangen und zusätzlich die Nutzungen des Verkäufers in Anspruch nehmen; denn dann stünde er besser, als wenn überhaupt kein Leistungsaustausch stattgefunden hätte. Auch beruhen die Finanzierungskosten nicht auf dem rechtsgrundlosen Erwerb. Das Finanzierungsdarlehen nimmt der Erwerber auf, weil er sich zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet hat; die Aufwendungen beruhen also auf dem nichtigen Kausalgeschäft, nicht

dem rechtsgrundlosen Erwerb (MünchKommBGB/Schwab, 5. Aufl., § 818 Rdnr. 132; ähnlich *Staudinger/Lorenz*, 2007, § 818 Rdnr. 37). Die Ansicht des LG, im vorliegenden Fall fehle eine solche doppelte Begünstigung des Klägers, weil er keinen Nutzungersatz für den hingegebenen Kaufpreis verlange, überzeugt nicht: denn es kommt auf die generelle Rechtslage an, nicht darauf, ob der Kläger im konkreten Fall tatsächlich Ersatz der aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen verlangt. Der Kläger hätte sonst ein Wahlrecht, welches Vorgehen für ihn günstiger ist – je nachdem, ob die Finanzierungsaufwendungen höher sind oder der Nutzungersatz und die erzielten Steuervorteile.

cc) Der Kläger muss sich die erzielten Steuervorteile nicht anrechnen lassen.

Hier will nicht der Kläger einen Abzug von dem zurückzuzahlenden Betrag vornehmen, sondern der Beklagte ihn durch Anrechnung von dem Kläger entstandenen Vorteilen mindern. Dafür bietet § 818 Abs. 3 BGB keine Grundlage: er schränkt nämlich die Haftung des Bereicherungsschuldners auf die noch in dessen Vermögen vorhandene Bereicherung ein, begründet aber keine selbständige Anspruchsgrundlage (*Schwab*, a. a. O., § 818 Rdnr. 119, 130). Die Steuervorteile beruhen ferner auf dem Abschluss des Kausalgeschäfts, nicht auf dem rechtsgrundlosen Erwerb. Und schließlich erhält der Kläger die Finanzierungszinsen nicht erstattet; dann wäre es aber inkonsequent, dem Beklagten den Vorteil aus der steuerlichen Abzugsfähigkeit dieser Zinsen zukommen zu lassen.

dd) Gegen dieses Ergebnis lässt sich nicht einwenden, dass es die durch das – allerdings nicht näher bekannte – Anlagemodell geschaffene Verknüpfung zwischen Mietzinsen und den nicht zu berücksichtigenden Positionen Finanzierungskosten und Steuervorteile außer Acht lässt. Letztlich entspricht es dem Zweck des § 818 Abs. 3 BGB, den Bereicherten davor zu schützen, dass er über den Betrag einer wirklichen (bestehen gebliebenen) Bereicherung hinaus zur Herausgabe oder zum Wertersatz verpflichtet werden soll (vgl. BGH, NJW 1992, 2415). Die Beklagte steht nicht schlechter, als sie ohne die Vermögensverschiebung gestanden hätte; das Risiko, den finanzierten Gegenstand nicht wie geplant nutzen zu können und die angestrebten Steuervorteile zu erzielen, gehört dagegen zum Bereich des Erwerbers und kann bereicherungsrechtlich nicht auf den Veräußerer verschoben werden.

ee) Der Abzugsbetrag für die Mieterträge beläuft sich auf 8.755,56 €.

Das Mietverhältnis ab 1.12.2006 und dessen Beendigung zum 28.2.2010 mit den erzielten Nettomieten von 10.764 € (276 € für 39 Monate) sind vom Kläger dargelegt. Zur Ermittlung der gezogenen Nutzungen ist die Nettomiete um die nicht umlagefähigen Kosten zu kürzen, weil es insoweit an einem Ertrag des Klägers fehlt. Die umlagefähigen Kosten bleiben außer Betracht, weil sie mit den Mietern abgerechnet werden; zu ihnen gehört nach 7.1, 7.2 des Mietvertrages auch die Grundsteuer.

Die nicht umlagefähigen Kosten sind für die Zeit vom 1.9.2007 bis 31.8.2010 durch Vorlage der Abrechnungen nachgewiesen. Aus der Abrechnung für den Zeitraum 1.9.2009 bis 31.8.2010 ist dabei nur der vom 1.9.2009 bis zum Ende des Mietverhältnisses am 28.2.2010 anfallende Teil anzusetzen, was 181 Tagen entspricht. Für den Zeitraum vom 17.11.2006 bis 31.8.2007 ergibt sich der vom Kläger zu tragende Betrag von 363,27 €, von dem nur der auf die Zeit ab 1.12.2006 entfallende Teil (274 von 288 Tagen) zu berücksichtigen ist, was 345,61 € ergibt.

Für die Dauer des Mietverhältnisses (1.12.2006 bis 28.2.2010) fallen demnach an: 615,95 € + 691,57 € + 355,31 € +

345,61 €. Von den Mieteinnahmen sind deshalb 2008,44 € nicht umlagefähiger Nebenkosten in Abzug zu bringen, so dass 8.755,56 € verbleiben.

4. Der Kläger hat Anspruch auf Ersatz seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten. Weitergehende Schadensersatzansprüche stehen ihm nicht zu.

a) Es kann dahinstehen, ob der Kläger gegen die Beklagte Ansprüche aus einem Vermittlungs- oder Beratungsvertrag geltend machen kann oder ob derartige Verträge nur mit dem Vermittler selbst oder der Fa. A AG zustande gekommen sind. Eine Haftung der Beklagten könnte jedenfalls auf die Grundsätze des Verschuldens bei Vertragsschluss gestützt werden. Zwar handelt es sich nicht um einen Fall der sog. uneigentlichen Prospekthaftung, weil ein Prospekt über das Vorhaben nicht zum Einsatz kam. Der künftige Vertragspartner des Anlegers haftet jedoch nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss auch für andere falsche oder unvollständige Angaben, etwa Angaben bei einer Verkaufspräsentation (BGH, WM 2008, 1545). Der Vermittler ist dabei Erfüllungsgehilfe der Beklagten, wenn und weil sie sich seiner zum Vertrieb der Wohnungen bedient (§ 278 BGB); sie haftet für sein Verhalten (BGH, NJW 1986, 2677; NJW-RR 1991, 804). Die Beklagte hat aber den Vortrag des Klägers zu der vorvertraglichen Beratung und die Richtigkeit der Zahlen zulässigerweise mit Nichtwissen bestritten; zu ersterem hat der Kläger keinen Beweis angeboten, so dass eine Pflichtverletzung nicht erwiesen ist.

b) Nach der Rechtsprechung des BGH kann die Verwendung unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss führen. Zu erstatten sind jedoch nur Schäden, die gerade durch die Unwirksamkeit der Klausel verursacht worden sind. Denn ersatzfähig sind nur solche Schäden, deren Realisierung die verletzte Norm verhindern soll (Schutzzweck der Norm). Durch § 308 Nr. 1 BGB soll der Vertragspartner lediglich vor den Nachteilen bewahrt werden, die sich aus einer zu langen Annahmefrist ergeben; von dem Schutzzweck der Regelung erfasst sind daher nur solche Schäden, die gerade und lediglich durch die überlange Bindung des Vertragspartners verursacht worden sind (BGH, NJW 2010, 2873 = MittBayNot 2011, 49).

Der Kläger hat damit Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten; denn sie sind durch die Verwendung der unwirksamen Regelung über die Bindungsfrist in der notariellen Angebotsurkunde veranlasst.

Dagegen fallen weder der Abzug der Mietbelastungen noch die Finanzierungskosten des Klägers unter den Schutzzweck des § 308 Nr. 1 BGB, weil sie nicht aus der zu langen Bindungsfrist resultieren.

(...)

Anmerkung:

1. Einleitung

Nach dem Urteil des BGH vom 11.6.2010, MittBayNot 2011, 49, überrascht das Urteil des OLG Nürnberg nicht, wie es nach meiner kritischen Anmerkung zur Entscheidung des BGH nicht überrascht, dass ich auch über die Entscheidung des OLG Nürnberg nicht glücklich bin. Noch wesentlich weniger glücklich ist die beklagte GmbH, ihre Gesellschafter und Geschäftsführer dürften der Überzeugung sein, dass sich alles gegen sie verschworen hatte:

Das beginnt (insofern mit guten Gründen) mit der Feststellung, dass die von der Beklagten initiierte Bindungsfrist unan-

gemessen lang und damit unwirksam war, setzt sich fort mit der vom OLG gerade so bemessenen äußersten Annahmefrist, dass die Annahme fünf Tage zu spät erfolgte, setzt sich weiter fort mit der Feststellung in einem knappen Satz, dass das Stillschweigen des Klägers auf die verspätete Annahme der Beklagten nicht zum Vertragsschluss führte, und endet mit der langen Verjährungsfrist entweder nach § 196 BGB oder wegen des späten Beginns nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

2. Die zu lange Bindungsfrist

Keine Kritik verdient die Feststellung des Gerichts, dass die vereinbarte Bindungsfrist von viereinhalb Monaten bei Abwägung¹ der legitimen Interessen der Beklagten mit denen des Klägers² zu hoch gegriffen war. Zu befürchten ist, dass sich zum damaligen Zeitpunkt gerade vorsichtige Bauträgerunternehmen ähnliche Bindungsfristen einräumen ließen.

3. Die unbestimmte Annahmefrist

Auch gegen die Erwägungen zur Annahmefrist, die sich dann nach § 147 Abs. 2 BGB richtet, ist nichts einzuwenden, wenn sie auch deutlich machen, dass die Feststellung des Fristendes letztlich ziemlich willkürlich ist.

4. Die überlange Verjährungsfrist

Dass die zehnjährige Verjährungsfrist nach § 196 BGB – vorgesehen für „Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ... sowie die Ansprüche auf die Gegenleistung“ – auch für die Rückabwicklungsansprüche gelten soll, wenn der Vertrag nicht zustande gekommen ist, überrascht. Die in der grundlegenden Entscheidung des BGH in NJW-RR 2008, 824, 826 Tz. 20, mitgeteilten Erwägungen des Gesetzgebers gelten jedenfalls für solche Rückabwicklungsansprüche nicht. Zweifel weckt auch, dass nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB die Verjährung des Bereicherungsanspruchs erst mit der Kenntnis des Klägers von der Nichtigkeit seines Kaufvertrages begonnen hat. (Gehört das zu den anspruchsbegründenden Umständen?³ Gilt für alle, die das Urteil des BGH vom 11.6.2010 nicht kennen, die zehnjährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 4 BGB? Beginnt für alle die Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erst mit Veröffentlichung dieses Urteils?) Jedenfalls dient eine so lange Verjährungsfrist nicht dem Rechtsfrieden und macht die Rückabwicklung recht mühsam: Von den Entscheidungsgründen im Urteil des OLG Nürnberg entfallen gut zwei Siebtel auf die Einzelheiten des Rückabwicklungsverhältnisses mit Mieten, Zinsen, Aufwendungen, Kosten und Steuervorteilen, die – nur, es hätte viel schlimmer kommen können – für dreieinhalb Jahre abzurechnen waren (oder auch nicht: Der Kläger darf sich freuen, dass ihm die Steuervorteile verbleiben, falls die steuerliche Abrechnung nicht auch rückabgewickelt werden sollte).

¹ MünchKommBGB/Wurmnest, 6. Aufl., § 308 Rdnr. 6 ff.; NK/Kollmann, BGB, 2. Aufl., § 308 Rdnr. 5; Palandt/Grüneberg, 71. Aufl., § 308 Rdnr. 4.

² Die Kreditinstitute machen bei solchen Vorhaben im eigenen Interesse, aber auch im Interesse des Bauträgers und der Kaufinteressenten, die Finanzierung von der Basis verkaufter Einheiten abhängig und das Einholen von Angeboten ist die sachgerechte Vorgehensweise, um festzustellen, ob das Bauvorhaben auf das notwendige Interesse am Markt stößt. Im konkreten Fall kam hinzu, dass es aus steuerlichen Gründen ratsam war, erst nach Verkauf aller 14 Wohnungen mit den Baumaßnahmen zu beginnen. Siehe zu der Problematik nur Basty, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl., Rdnr. 172 m. N.; Staudinger/Coester-Waltjen, Bearb. 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 11.

³ Siehe nur Staudinger/Peters/Jacoby, Neubearb. 2009, § 199 Rdnr. 62, 64.

Die Verwirkung wurde im konkreten Fall zu Recht abgelehnt; in anderen Fällen könnte sie helfen, den unerfreulichen Schwebezustand zu beenden.

5. Der entscheidende Punkt: Der Vertrag war zustande gekommen!

a) Die überlange Verjährungsfrist verlängert nur die unbefriedigende Situation, ihr Ausgangspunkt ist die Unsicherheit über den Ablauf der Annahmefrist – so wie im konkreten Fall kann es um Tage gehen – und die Feststellung des Gerichts, das Stillschweigen des Klägers nach der verspäteten Annahme durch die Beklagte habe nicht zum Vertragsschluss geführt.⁴ (Dass die Annahme durch den Kläger, wie immer sie erfolgt wäre, nicht beurkundet war, wurde durch § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt).

Dass das in der verspäteten Annahme der Beklagten liegende Angebot durch Schweigen des Klägers angenommen worden sein könnte, lehnt das OLG Nürnberg mit der lapidaren Behauptung ab, bei einem „außergewöhnlichen und besonders bedeutsamen, insbesondere beurkundungsbedürftigen Geschäft“ wie dem Kauf einer Eigentumswohnung für über 100.000 € komme eine Annahme des Angebots durch Schweigen „nicht in Betracht“. Es kann sich dazu auf das Urteil des BGH vom 11.6.2010 (MittBayNot 2011, 49, mit meiner abl. Anm.) berufen; und dort wird ebenfalls ohne weitere eigene Begründung weiter verwiesen auf das Urteil vom 1.6.1994.⁵

Der Verweis auf das Urteil vom 1.6.1994 ist unvollständig und deshalb als Begründung dafür, dass auch ein in der verspäteten Annahme liegendes Angebot bei einem besonders bedeutsamen Rechtsgeschäft, insbesondere einem beurkundungsbedürftigen Grundstücksgeschäft, nicht durch Schweigen angenommen werden könne, nicht nur ungeeignet, sondern falsch:

Im Urteil vom 1.6.1994 beginnt die Begründung mit dem Obersatz „Schweigen bedeutet im Rechtsverkehr grundsätzlich keine Zustimmung“, dem folgt die Feststellung, „soweit davon Ausnahmen gemacht werden, gelten sie insbesondere nicht bei besonders bedeutsamen Geschäften“. Dann erst folgt die Ausnahme – also als Ausnahme vom Obersatz! –, der BGH habe „ausgesprochen, dass es bei einer verspäteten Annahmeerklärung ... regelmäßig naheliegt, das Schweigen des Empfängers als konkludente Annahme zu werten“. Auch in diesen Fällen sei „aber anderes anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die die Möglichkeit einer Änderung seiner sachlichen Entscheidung nahelegen.“ Derartige Umstände lagen in dem 1994 entschiedenen Fall vor, in dem Fall, der dem Urteil des BGH vom 11.6.2010 zugrunde lag, und in dem vom OLG Nürnberg entschiedenen Fall hatten diejenigen, die vom Vertrag loskommen wollten, es nicht einmal behauptet.

Erstmals der BGH im Urteil vom 17.2.2010 und ihm nun folgend das OLG Nürnberg ändern die frühere Argumentations-

⁴ Zunächst aus der Sicht der Beteiligten als juristischen Laien formuliert der BGH in LM § 150 BGB Nr. 1 Bl. 2 = NJW 1951, 313: „Die Beteiligten nehmen es häufig mit der Wahrung der Annahmefrist nicht so genau und verlassen sich darauf, dass der andere Teil sich mit der verzögerten Annahmeerklärung zufrieden gibt.“ (Das gilt umso mehr bei der Unsicherheit über das Ende der Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB). Der BGH setzt dann fort: „Dann kann aber nach Treu und Glauben das Schweigen des anderen Teils regelmäßig nur dahin aufgefasst werden, dass er mit dieser Annahme einverstanden ist, so dass also durch sein Schweigen der Vertrag zustande kommt.“

⁵ NJW-RR 1994, 1163, 1165; dort wird dann unter „vgl. schon“ weiter verwiesen; die Verweise beziehen sich auf Fälle des Schweigens als Annahme im Allgemeinen, nicht auf Fälle der Annahme eines Angebots aufgrund verspäteter Annahme.

reihe durch ihre Verkürzung grundlegend ab: Bei ihnen ist nun das „bedeutsame, insbesondere beurkundungsbedürftige Geschäft“ die Ausnahme vom „Schweigen als Annahme des Angebots aufgrund verspäteter Annahme“. Im Übrigen: In dem als „Grundfall“ für das „Schweigen als Annahme nach verspäteter Annahme des ersten Angebots“ zitierten Urteil des BGH vom 6.3.1986⁶ ging es um ein Darlehen in Höhe von 1,3 Mio DM. Im Urteil des RG vom 7.10.1921,⁷ einem der „Ur-ahnen“ einer langen Reihe von Entscheidungen, ging es um den Kauf einer maschinellen Anlage zum Preis von 8.500 Mark (der Kaufvertrag war 1919, also vor der galoppierenden Inflation geschlossen worden, als 8.500 Mark noch ein beträchtlicher Wert waren).

Mit der lapidaren Feststellung, es habe sich um ein besonders bedeutsames, beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft gehandelt, lässt sich also nicht begründen, dass das Schweigen auf eine verspätete Annahme des Angebotsempfängers nicht als Annahme gewertet werden kann. Mit ihrem neuen (!) Rechtsgrundsatz kämen der BGH und das OLG Nürnberg ganz schnell in Teufels Küche, wenn sie ihn trotz der Unsicherheit bei Bestimmung der Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB konsequent anwenden wollten. Ich möchte werten, der Vertrag ist schon geschlossen, bei dem ein Vertragsteil unter Berufung auf diesen Rechtsgrundsatz die Flucht ergreifen möchte. Im Gegenteil kann der, der verspätet annimmt, gerade bei einem bedeutsamen Rechtsgeschäft doch erst recht eine Reaktion des Anbieters erwarten, wenn er den Vertrag nicht mehr schließen will (anders nur, wenn seine Annahme so erheblich verspätet war, dass er eine Antwort nicht mehr erwarten durfte).

b) Natürlich kann man das „Schweigen als Annahme des Angebots aufgrund verspäteter Annahme“ problematisieren, etwa mit der Erwägung, dem schweigenden Käufer fehle das Erklärungsbewusstsein, weil er den Vertrag ja bereits als geschlossen ansehe.⁸ Diese Überlegung würde dem Schweigen als Annahme des in der verspäteten Annahme liegenden Angebots insgesamt in aller Regel die Grundlage entziehen. Aber die Interessenlage dessen, der den Willen hat zu kaufen und dessen Schweigen diesen Willen ausdrückt, ist doch nicht anders zu beurteilen, wenn ihm das Bewusstsein fehlt, jetzt einen Kaufvertrag abzuschließen, weil er davon ausgeht, der Vertrag sei schon geschlossen, obwohl sein Angebot vor fünf Tagen erloschen war.

Anderes gilt, wenn Umstände vorliegen, „die die Möglichkeit einer Änderung seiner sachlichen Entscheidung nahelegen“⁹. Das liegt im konkreten Fall fern und wurde vom Käufer nicht behauptet. Es liegt umso näher, je länger die Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB bereits verstrichen ist. Da der Verkäufer den Irrtum des Käufers verursacht hat, der meint, wegen der von ihm eingegangenen, zu langen und unwirksamen Bindungsfrist gebunden zu sein, ist es gerechtfertigt, dem Käufer für seine Darlegung, er habe gar nicht mehr annehmen wollen, Beweiserleichterungen zu gewähren. Will man zugunsten des Käufers darüber hinausgehen, muss man das entweder als Sanktion daran knüpfen, dass der Verkäufer den Käufer zu der zu langen Bindungsfrist veranlasst (und damit den Grund für die unsichere Rechtslage geschaffen) hat, oder den Grundsatz

⁶ NJW 1986, 1807 = JR 1986, 459 m. Anm. Lindacher.

⁷ RGZ 103, 11.

⁸ So Lindacher in seiner Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.3.1986, JR 1986, 462, 463. In seinem Urteil vom 11.6.2010 stellt der BGH solche Überlegungen an, aber erst bei der Erörterung, ob die späteren Erfüllungshandlungen zum Vertragsschluss geführt haben könnten; ebenso auch das OLG Nürnberg.

⁹ BGH, NJW-RR 1994, 1163, 1165.

aufgeben, dass das Schweigen des Anbieters auf die verspätete Annahme regelmäßig als Annahme des darin liegenden Angebots zu werten ist. Beides halte ich nicht für gerechtfertigt.

6. Ergebnis

Mit der Feststellung, es handle sich um ein wichtiges, beurkundungsbedürftiges Grundstücksgeschäft, kann das Zustandekommen eines Kaufvertrages durch das Schweigen des Käufers auf die verspätete Annahme seines Angebots durch den Verkäufer nicht ausgeschlossen werden.

Die – zu Recht – in erster Linie an den Interessen des Verbrauchers orientierte Abwägung bei der Kontrolle der Dauer der Bindung des Klägers an sein Angebot nach § 308 Nr. 1 BGB, die Unsicherheiten bei der Feststellung der Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB, die Weigerung des Gerichts, selbst darüber nachzudenken, ob der Käufer das in der verspäteten Annahme des Verkäufers nach § 150 Abs. 1 BGB liegende Angebot durch Stillschweigen angenommen hat, statt sich in eine Verweiskette einzureihen, deren Ausgangspunkt nicht stimmt, und die lange Verjährungsfrist für Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis führen in der Summe für die Beteiligten zu unangemessenen Rechtsfolgen und aus der Sicht der Rechtsordnung zu einer unerfreulichen Rechtsunsicherheit über lange Zeit.

Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Ulm

2. BGB § 883 Abs. 1, § 1090 Abs. 1, § 1092 Abs. 1 und 3; GBO § 18 Abs. 1 (*Erfordernis mehrerer Vormerkungen zur Sicherung von Ansprüchen auf Einräumung von Photovoltaikdienstbarkeiten für den Berechtigten und für Dritte*)

1. **Mit Zwischenverfügung kann nicht aufgegeben werden, wegen mehrerer Ansprüche eine weitere Vormerkung zu bewilligen.**
2. **Die Verpflichtung des Bestellers einer Eigentümerdienstbarkeit zum Betrieb einer Photovoltaikanlage gegenüber einem Berechtigten, mit unmittelbarer Drittwirkung für den Fall, dass dieser einen Dritten benenne, der den Betrieb einer Photovoltaikanlage übernehmen solle, dem jeweiligen Übernehmer das gleiche Recht einzuräumen und die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen, kann dann nicht durch eine (einzige) Vormerkung gesichert werden, wenn Dritter auch der Versprechensempfänger selbst sein soll.**

OLG München, Beschluss vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12; eingeklagt von Notar *Arnold Voran*, Memmingen, und mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Zu notarieller Urkunde vom 27.7.2011 (Abschnitt II) bestellte der Beteiligte zu 1 als Eigentümer an seinem Grundstück zu seinen Gunsten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Form eines Errichtungs-, Betriebs- und Nutzungsrechts für die auf dem Grundstück bzw. auf dem Dach des auf dem Grundstück gelegenen Gebäudes installierten bzw. zu installierenden Photovoltaikanlage einschließlich aller Nebeneinrichtungen. Hierzu ist festgehalten, dass der Berechtigte beabsichtige, auf dem Grundstück eine Photovoltaikanlage zu betreiben. Die nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz garantierte Einspeisevergütung bleibe nur so lange erhalten, wie die Anlage auf dem vorgenannten Objekt betrieben werde. Die Einspeisevergütung solle zum Zweck der Kreditsicherung eingesetzt werden, weshalb das besondere Bedürfnis bestehe, den dauerhaft ungehinderten Betrieb der Anlage insbesondere für den Fall der Zwangsversteigerung und damit die Einspeisevergütung als solche sicherzustellen.

Gemäß Abschnitt III der Urkunde verpflichtete sich der Beteiligte zu 1 gegenüber der Beteiligten zu 2, einer Sparkasse, mit unmittelbarer Drittwirkung für den Fall, dass diese einen Dritten benenne, der den Betrieb der Photovoltaikanlage übernehmen solle, dem jeweiligen Übernehmer das gleiche Recht einzuräumen und die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen, wie in Abschnitt II bewilligt. Dritter in diesem Sinne könne auch die Sparkasse selbst sein. Diese Verpflichtung gelte für eine beliebige Anzahl von Betreiberwechseln. Neben dem Dritten sei auch die Sparkasse als Versprechensempfängerin berechtigt, die Leistung an den Dritten zu fordern. Die Ansprüche seien vererblich und an die genannten Dritten veräußerlich.

Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hat der Beteiligte zu 1 zugunsten der Beteiligten zu 2 die Eintragung einer Vormerkung auf Bestellung der Dienstbarkeit vorstehenden Inhalts im gleichen Rang wie die für den Eigentümer bestellte Dienstbarkeit bewilligt und beantragt.

Auf den die Vormerkung betreffenden Eintragungsantrag hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 13.10.2011 unter Fristsetzung folgendes Hindernis aufgezeigt:

Die Eintragung der beantragten Vormerkung sei mit dem vereinbarten Inhalt nicht möglich. Es seien zwei Vormerkungen, nämlich für die Sparkasse selbst und für die Sparkasse, die einen Dritten benenne, zu bewilligen und zu beantragen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung könne eine Vormerkung auf Eintragung einer Dienstbarkeit dergestalt bewilligt werden, dass ein Berechtigter Dritte – auch mehrere aufeinanderfolgende – als Begünstigte benenne. Jedoch müssten der ursprüngliche Gläubiger und derjenige, für den die Dienstbarkeit bestellt werden solle, von vorneherein verschiedene Personen sein. Das Kreditinstitut könne sich nicht selbst als Begünstigten bestimmen; dies sei in einer (einzigen) Vormerkung nicht sicherbar.

Der Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 19.1.2012 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das nach § 71 Abs. 1, § 73 sowie § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO zulässige Rechtsmittel hat – vorläufigen – Erfolg.

1. Die auf der Grundlage von § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung ist unabhängig davon aufzuheben, ob die Rechtsansicht des Grundbuchamts, der beabsichtigte Zweck sei nicht mit einer Vormerkung allein erreichbar, in der Sache zutrifft. Denn folgt man dieser Ansicht, liegt kein behebbares Eintragungshindernis vor, so dass der Antrag sofort zurückzuweisen wäre (BayObLG, Rpfleger 1986, 176; vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 18 Rdnr. 12 und 32; st. Rspr. des Senats, z. B. Beschluss vom 18.10.2011, 34 Wx 341/11). Erforderlich wäre nämlich die Bewilligung einer zusätzlichen Vormerkung für den Anspruch der Sparkasse, selbst Berechtigter der Dienstbarkeit zu werden. Inhalt einer Zwischenverfügung kann es jedoch nicht sein, auf den Abschluss eines anderen (oder gar eines zusätzlichen) als des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts hinzuwirken. Die mit der Zwischenverfügung bewirkte Rangwahrung findet in einem derartigen Fall nicht statt (etwa BayObLGZ 1983, 181, 183).

2. In der Sache ist indessen – insoweit unverbindlich – anzumerken, dass der Rechtsansicht des Grundbuchamts beizutreten ist.

a) Bei Energiegewinnungsanlagen, zu denen Photovoltaikanlagen gehören, besteht oftmals ein praktisches Bedürfnis, auch mehrere Rechtsnachfolger hintereinander abzusichern. Herrschender Meinung zufolge kann sich der Grundstückseigentümer demnach schuldrechtlich gegenüber seinem Vertragspartner verpflichten, mehreren Sonderrechtsnachfolgern hintereinander jeweils eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 Abs. 1 BGB zu bestellen (*Keller*, ZfIR 2011, 705, 707; *ders.*, DNotZ 2011, 99, 110; *Böttcher*, NJW

2012, 822, 825 f.). Eine derartige Verpflichtung gegenüber dem Versprechensempfänger lässt sich nach überwiegender Ansicht durch eine (einzige) Vormerkung (§ 883 Abs. 1 BGB) im Grundbuch absichern (BGHZ 28, 99, 103; OLG München, MittBayNot 2011, 231; BayObLG, NJW-RR 2002, 885; a. A. *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 104), weil es sich angesichts der Kontinuität des Anspruchsinhalts um einen Daueranspruch des Versprechensempfängers handelt und der einheitliche Anspruch auf mehrere Leistungen an unterschiedliche Leistungsempfänger gerichtet ist. Der Daueranspruch erlischt nicht bereits mit der erstmaligen Benennung eines Dritten, sondern erst dann, wenn nach den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen keine weiteren Benennungen mehr möglich sind (vgl. *Böttcher*, a. a. O.; auch *Keller*, ZfIR 2011, 705, 708; *ders.*, DNotZ 2011, 99, 110).

b) Mit dem Grundbuchamt ist davon auszugehen, dass der Anspruch der Sparkasse, selbst Berechtigter der Dienstbarkeit zu werden, nicht durch dieselbe, den Anspruch als Versprechensempfängerin zugunsten mehrerer (dritter) Rechtsnachfolger sichernde Vormerkung abgesichert werden kann. Denn der Anspruch der Sparkasse, die Bestellung eines solchen Rechts für eine andere Person zu verlangen, mithin der Anspruch aus einem mit dieser abgeschlossenen Vertrag zugunsten Dritter (siehe auch *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285, 286), ist nicht inhaltsgleich mit einem eigenen Anspruch der Sparkasse gegen den Besteller, selbst Berechtigter der Dienstbarkeit zu werden. Dieser Anspruch ist kein Anspruch zugunsten Dritter, sondern beruht auf einem unmittelbaren Recht der Sparkasse, ihr selbst und unmittelbar – ggf. bedingt (§ 158 BGB) – das Recht als solches einzuräumen. Mehrere Ansprüche sind indessen nur durch mehrere Vormerkungen sicherbar (vgl. BayObLG, Rpfleger 2002, 135; BayObLG, NJW-RR 2003, 450; *Demharter*, Anhang zu § 44 Rdnr. 108; *Giehl*, MittbayNot 2002, 158). Dass es sich um unterschiedliche Ansprüche handelt, macht auch die Überlegung deutlich, dass derjenige auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine bestimmte Person – anders als der Anspruch des Versprechensempfängers gemäß a) – nach der zwingenden (vgl. BayObLGZ 1980, 176, 178) Regelung in § 1092 Abs. 1 BGB nicht übertragbar ist. Die Ausnahmen in Abs. 3 sind hier nicht einschlägig. Die Unübertragbarkeit gilt auch für den Anspruch auf Bestellung, wie aus § 1092 Abs. 3 Satz 3 BGB zu folgern ist, sich aber auch aus § 399 Alt. 1 BGB ableiten lässt (*Staudinger/J. Mayer*, Bearb. 2008, § 1092 Rdnr. 4; *Zeiser*, Rpfleger 2009, 285, 286; ferner BGHZ 28, 99, 102; BGH, NJW 2010, 1074, 1076 f.). Einer anderweitigen schuldrechtlichen Vereinbarung steht die eingeschränkte Gestaltungsfreiheit im Sachenrecht entgegen (BayObLG, a. a. O.). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, dass die Dienstbarkeit hier nicht – wie sonst üblich – auf das persönliche Bedürfnis der Berechtigten zugeschnitten ist, was üblicherweise ihre Bindung an eine bestimmte Person erklärt (vgl. BGH, NJW 2010, 1074, 1076), die Sparkasse vielmehr nur wie eine dritte Person in der „Kette“ möglicher Rechtsinhaber stehen soll.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Keller*, MittBayNot 2012, 446 (in diesem Heft).

3. BGB §§ 2222, 2368; GBO §§ 29, 71 Abs. 1, §§ 72, 73 Abs. 1, 2 Satz 1, § 75 (*Reichweite der Testamentsvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft*)

Wird bei Vor- und Nacherbschaft im Testamentsvollstreckerzeugnis lediglich allgemein verlaubar, dass Testamentsvollstreckung angeordnet sei, besagt dies gemäß § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass diese auch nicht in zeitlicher Hinsicht begrenzt sei, also auch nicht auf die Zeit der Vorerbschaft, mithin einheitlich für Vor- und Nacherbschaft gilt. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.1.2012, I-3 Wx 217/11

Als Eigentümer des im Beschlusseingang bezeichneten Grundbesitzes waren in Blatt ... die Beteiligte zu 1 und ihr im Jahre 2008 verstorbener Ehemann, in Blatt ... allein letzterer verzeichnet. Ausweislich des gemeinschaftlichen Erbscheins vom ... 2008 ist der Ehemann beerbt worden von der Beteiligten zu 1 sowie von seinen vier Kindern zu je 1/5 Anteil. Des Weiteren verlaubar der Erbschein, bezüglich der vier Kinder sei Nacherbfolge angeordnet, die mit dem Tode der Vorerben eintrete; Nacherben seien die Abkömmlinge der Kinder und ersatzweise die noch lebenden Kinder zu gleichen Teilen; Testamentsvollstreckung sei angeordnet. Das der Beteiligten zu 1 erteilte Testamentsvollstreckerzeugnis gleichfalls vom ... 2008 lautet dahin, die Beteiligte zu 1 sei zur Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des (mit Personaldaten näher bezeichneten) Ehemannes ernannt worden. Als Eigentümer des hier in Rede stehenden Grundbesitzes sind gegenwärtig in Blatt ... die Beteiligte zu 1 zu 1/2 Anteil sowie diese und die vier Kinder in Erbengemeinschaft zur anderen Hälfte, in Blatt ... die fünf Miterben in Erbengemeinschaft eingetragen. In Abt. II ist in beiden Blättern jeweils unter lfd. Nr. 4 ein Testamentsvollstreckervermerk und unter lfd. Nr. 5 ein Nacherbenvermerk eingetragen.

Mit notariell beurkundetem Vertrag von ... 2011 veräußerte die Beteiligte zu 1, handelnd als Miteigentümerin und Erbin sowie als Testamentsvollstreckerin für den Nachlass ihres verstorbenen Ehemannes, den Grundbesitz an den Beteiligten zu 2.

Mit Schrift vom ... 2011 hat der vertretende Notar (unter anderem) die Eigentumsbeschreibung und die Löschung der vorbezeichneten Vermerke beantragt.

Daraufhin hat das Grundbuchamt mit als Zwischenverfügung bezeichnetem Schreiben vom ... 2011 mitgeteilt, den Anträgen könne nicht entsprochen werden, da nach Aktenlage die Verfügungsbefugnis der Testamentsvollstreckerin auch für die Nacherben nicht feststehe; sollte sie nicht auch nachweislich für die Nacherben gemäß § 2222 BGB handeln können, würden die Verfügungsbeschränkungen der im vorliegenden Fall nicht befreiten Vorerben auch für sie gelten, so dass die Nacherben, ggf. nach Bestellung eines Ergänzungspflegers, in der Form des § 29 GBO dem Vertrag zustimmen müssten, anderenfalls die Löschung des Nacherbenvermerks nicht erfolgen könne. Des Weiteren hat das Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung unter Bezugnahme auf das vorstehend wiedergegebene Schreiben ausgeführt, nach dem erteilten Erbschein seien die Nacherben nicht durch eine Testamentsvollstreckung beschränkt und könnten daher nicht durch die Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstreckerin vertreten werden; um die Anträge erledigen zu können, sei entweder die Ausfertigung eines Erbscheins, aus dem sich ergebe, dass Testamentsvollstreckung auch für die Nacherben angeordnet sei, oder eine Zustimmungserklärung der Nacherben in der Form des § 29 GBO zum Veräußerungsvertrag einzureichen. (...)

Aus den Gründen:

II.

Das gemäß § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 Abs. 1 und 2 Satz 1 GBO als Beschwerde der Beteiligten zulässige Rechtsmittel, das nach der vom Grundbuchamt ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe gemäß § 75 GBO beim Senat zur Entscheidung angefallen ist, hat auch in der Sache Erfolg. Die angegriffene Zwischenverfügung kann – ungeachtet formeller Bedenken – jedenfalls deshalb keinen Bestand haben, weil das vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis nicht besteht.

Erklärt – wie hier – ein Testamentsvollstrecker als Veräußerer die Auflassung, hat das Grundbuchamt wegen § 20 GBO seine Verfügungsbefugnis zu prüfen (BayObLG, Rpfleger 1986, 470 f. = MittBayNot 1986, 266). Diese ist gemäß § 35 Abs. 2 GBO, § 2368 BGB bei einem privatschriftlichen Testament, wie es im vorliegenden Fall gegeben ist, nur aufgrund eines Testamentsvollstreckerzeugnisses als nachgewiesen anzunehmen. Ist ein derartiges Zeugnis erteilt, ist das Grundbuchamt zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügungen von Todes wegen nicht berechtigt (OLG München, ZEV 2010, 195 ff. m. w. N.; BayObLG, Rpfleger 1999, 25 f. = MittBayNot 1999, 82; BayObLG, FamRZ 1991, 984 ff.).

Im Falle der Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft gelten die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB für den Testamentsvollstrecker anerkanntermaßen jedenfalls dann nicht, wenn er zugleich für Vorerben und Nacherben eingesetzt ist; insbesondere sind dann ungeachtet des § 2113 Abs. 1 BGB entgeltliche Grundstücksverfügungen gegenüber dem Nacherben ohne dessen Zustimmung wirksam. Denn in diesem Fall vereinigen sich in der Person des Testamentsvollstreckers die beschränkte Verfügungsbefugnis des Vorerben und das Zustimmungsrecht des Nacherben (BGHZ 40, 115 ff.; BayObLG, Rpfleger 1986, 470 f. sowie FamRZ 1991, 984 ff.; MünchKommBGB/Zimmermann, 5. Aufl. 2010, § 2205 Rdnr. 64 und § 2222 Rdnr. 9; Soergel/Damrau, BGB, Stand 2002/2003, § 2205 Rdnr. 58; Staudinger/Reimann, Neubearb. 2003, § 2205 Rdnr. 60, jeweils m. w. N.).

Im Einzelnen ist das Testamentsvollstreckerzeugnis so zu fassen, dass in ihm jeder von den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 2203 ff. als Regelinhalt abweichende Inhalt der konkret angeordneten Testamentsvollstreckung angegeben wird, soweit er für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Dritten bedeutsam ist (BayObLG, Rpfleger 1999, 25 f. = MittBayNot 1999, 82 m. w. N.; MünchKommBGB/J. Mayer, a. a. O., § 2368 Rdnr. 36). Deshalb ist zwar die besondere Form der Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB im Testamentsvollstreckerzeugnis gesondert anzugeben; denn dessen Rechtsstellung unterscheidet sich vom „Normaltypus“ der Testamentsvollstreckung, weil sich seine Rechte und Pflichten im Wesentlichen nicht aus den §§ 2203 ff. BGB, sondern als Beschränkung auf die Rechte des Nacherben gegenüber dem Vorerben aus den §§ 2216 ff. BGB ergeben (MünchKommBGB/Zimmermann, a. a. O., § 2222 Rdnr. 2 und MünchKommBGB/J. Mayer, a. a. O., § 236 Rdnr. 37; Soergel/Damrau, a. a. O., § 2222 Rdnr. 1 und Soergel/Zimmermann, a. a. O., § 2368 Rdnr. 9; Staudinger/Reimann, a. a. O., § 2205 Rdnr. 156, 159, § 2222 Rdnr. 1 f., 4). Anderes gilt jedoch bei der Anordnung einer „gewöhnlichen“ Testamentsvollstreckung für die Vor- und Nacherbschaft, bei der es sich im Grundsatz um zwei aufeinanderfolgende „ganz normale“ Testamentsvollstreckungen handelt (eingehend Staudinger/Reimann, a. a. O., Rdnr. 158). Diese Form der Testamentsvollstreckung kann auch in einem einheitlichen Testamentsvollstreckerzeugnis verlaubar werden (BayObLGZ 1959, 128 ff., dort auch zur Abgrenzung von § 2222 BGB; Staudinger/Herzog, Neubearb. 2010, § 2368 Rdnr. 9; Bamberger/Roth/Siegmann/Höger, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2368 Rdnr. 16). Wird mit anderen Worten bei Vor- und Nacherbschaft im Zeugnis allgemein verlaubar, dass Testamentsvollstreckung angeordnet sei, besagt dies gemäß § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass sie auch nicht in zeitlicher Hinsicht begrenzt sei, also auch nicht auf die Zeit der Vorerbschaft, mithin einheitlich für Vor- und Nacherbschaft (BayObLG, FamRZ 1991, 984 ff.).

Im hier gegebenen Fall lässt das Testamentsvollstreckerzeugnis – im Übrigen ebenso wie der Erbschein – zwar nicht das

Bestehen einer Testamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB erkennen. Darauf kommt es aber, wie gezeigt, nicht maßgeblich an. Denn dem Testamentsvollstreckerzeugnis (wie auch dem Erbschein) kann infolge des Fehlens jeglicher Beschränkungen das Bestehen einer „gewöhnlichen“ Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherbschaft entnommen werden. Anhaltspunkte für die Beschränkung der Testamentsvollstreckung entweder auf die Vorerbschaft oder die Nacherbschaft sind dem Zeugnis (und auch dem Erbschein) nicht zu entnehmen.

(...)

Anmerkung:

1. Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3.1.2012 betrifft den Vollzug der Auflassung eines Nachlassgrundstücks, das vom Testamentsvollstrecker an einen Dritten veräußert wurde. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass der Erblasser nicht nur Testamentsvollstreckung, sondern auch Nacherbfolge angeordnet hatte. Das Grundbuchamt verlangte für den Vollzug der Auflassung im Hinblick auf die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB die Zustimmung der Nacherben. Der Fall ist typisch für die bei solchen Gestaltungen auftretenden grundbuchamtlichen Vollzugsprobleme.

2. Hat der Erblasser Vor- und Nacherbfolge angeordnet, wirkt sich dies auf das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers je nach der gegebenen Sachlage unterschiedlich aus. Es gibt folgende Gestaltungsmöglichkeiten (vgl. *Staudinger/Reimann*, Bearb. 2012, § 2205 Rdnr. 156 ff.):

- Testamentsvollstreckung nur für die Vorerbschaft,
- Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherbschaft,
- Testamentsvollstreckung für Vorerbschaft und Nacherbenvollstreckung gemäß BGB,
- Testamentsvollstreckung nur für die Nacherbschaft,
- nur Nacherbenvollstreckung (§ 2222 BGB).

a) Ist die Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben angeordnet, beruht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers in Bezug auf den Nachlass auf den Rechten, die der Erbe selbst hätte, wenn keine Testamentsvollstreckung bestünde. Der Testamentsvollstrecker kann im Verhältnis zum Nacherben nicht mehr Rechte haben, als der Vorerbe. Er unterliegt also ggf. den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben, ihm kommen bei der befreiten Vorerbschaft auch die Befreiungen zugute. Ist also der Vorerbe nicht von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB befreit, so kann auch der Testamentsvollstrecker nicht frei über die Nachlassgegenstände verfügen (*Palandt/Weidlich*, Rdnr. 24; a. A. *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, Rdnr. 4; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rdnr. 215; die von der Gegenmeinung zitierte Entscheidung RG JW 1938, 1454 betrifft jedoch nur den Fall eines befreiten Vorerben). Will der Erblasser bei Vor- und Nacherbschaft den Testamentsvollstrecker von den §§ 2113 ff. BGB befreien, muss er den Vorerben befreien. Auch die zusätzliche Ernennung ein und desselben Testamentsvollstreckers zum Nacherbentestamentsvollstrecker nach § 2222 BGB kann (in Grenzen, vgl. *Staudinger/Reimann*, § 2222 Rdnr. 13) zum erstrebten Erfolg führen.

b) Ist die Testamentsvollstreckung für die Vor- und Nacherbschaft angeordnet, handelt es sich im Grundsatz um zwei aufeinanderfolgende „ganz normale“ Testamentsvollstreckungen. Zunächst werden die Rechte des Vorerben, danach

die Rechte des Nacherben von der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers verdrängt. Ist der Testamentsvollstrecker zugleich für den Nacherben eingesetzt, ist er jedoch wegen dieser Doppelfunktion während der Vorerbschaft nur gemäß § 2205 Satz 3 BGB in der Verfügung beschränkt, nicht dagegen nach den weitergehenden §§ 2113 ff. BGB, selbst wenn der Vorerbe nicht von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB befreit ist (BGHZ 40, 115; BayObLG, MittBayNot 1983, 229; FamRZ 1991, 985; OLG Stuttgart, BWNtZ 1980, 92).

c) Besonderheiten ergeben sich, wenn eine Testamentsvollstreckung für den Vorerben und zugleich eine Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB angeordnet ist. Die Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB besteht während der Dauer der Vorerbschaft, sie beschwert nicht den Vorerben, sondern den Nacherben. Der Testamentsvollstrecker hat hier für die Dauer der Vorerbschaft die Kontroll-, Sicherungs- und Mitwirkungsrechte anstelle des künftigen Nacherben auszuüben und dessen Pflichten zu erfüllen. Durch eine derartige Kombination kann die Position des Testamentsvollstreckers weiter verstärkt werden.

d) Ist Testamentsvollstreckung nur für die Nacherbschaft angeordnet, tritt diese mit dem Eintritt der Nacherbfolge in Kraft. Es handelt sich insoweit um eine ganz normale Verwaltungsvollstreckung, für die keine Besonderheiten gelten.

3. Wird die Verfügung von Todes wegen, in der vom Erblasser zugleich Testamentsvollstreckung und Nacherbfolge angeordnet wird, notariell beurkundet, ist besondere Sorgfalt geboten, da die Verfügung in Verbindung mit einer beglaubigten Abschrift des Protokolls der Nachlassverhandlung für den grundbuchamtlichen Vollzug einen Erbschein und ein Testamentsvollstreckerzeugnis entbehrlich macht (§ 35 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GBO). Ist die Anordnung unklar formuliert und lässt sie Zweifel zu, kann das Grundbuchamt gleichwohl einen Erbschein verlangen (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39). Die mit der notariellen Beurkundung des Testamentes für den Grundbuchverkehr einhergehende Kostenersparnis könnte damit wieder hinfällig werden. Ist das Testament privatschriftlich errichtet worden, ist der Erbschein in Verbindung mit dem Testamentsvollstreckerzeugnis Grundlage der Nachlassberichtigung. Die Vorlage eines Erbscheins reicht allein nicht aus, weil er zwar einen Testamentsvollstreckervermerk enthält (§ 2364 Abs. 1 BGB), dieser aber nur die gegenständlichen Beschränkungen, nicht aber solche des Verwaltungsrechtes ausweist (*Palandt/Weidlich*, § 2364 Rdnr. 1; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rdnr. 241).

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

4. BGB § 1896 Abs. 3 (*Kontrollbetreuung bei Vorliegen einer General- und Vorsorgevollmacht nur bei Erforderlichkeit*)

Zu den Voraussetzungen einer Kontrollbetreuung bei Vorliegen einer wirksamen General- und Altersvorsorgevollmacht.

BGH, Beschluss vom 1.8.2012, XII ZB 438/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Betroffene wendet sich gegen die Anordnung einer Kontrollbetreuung.

Die Betroffene erteilte mit notarieller Urkunde vom 10.2.2003 ihrem Ehemann, ihrem Sohn und ihrer Tochter, der Beteiligten zu 1, eine umfassende General- und Altersvorsorgevollmacht, die auch die Be-

rectigung zur Erteilung von Untervollmachten enthält. Der Ehemann der Betroffenen verstarb im September 2009. Da es im Rahmen der Nachlassabwicklung zu Unstimmigkeiten zwischen der Beteiligten zu 1 und ihrem Bruder kam, erteilte dieser einer Rechtsanwältin (nachfolgend: Unterbevollmächtigte) im Namen der Betroffenen eine Untervollmacht, um mögliche Schadensersatzansprüche gegen die Beteiligte zu 1 geltend zu machen bzw. Schaden abzuwenden.

Der Sohn der Betroffenen verstarb im Januar 2011. Im Februar 2011 beantragte die Unterbevollmächtigte unter Berufung auf die ihr erteilte Vollmacht im Namen der Betroffenen die Bestellung eines Betreuers, hilfsweise eines Kontrollbetreuers für Rechts- und Vermögensangelegenheiten, weil die Beteiligte zu 1 nicht willens oder in der Lage sei, die finanziellen Angelegenheiten der Betroffenen sorgfältig zu regeln.

Ohne der Betroffenen oder der Beteiligten zu 1 die Möglichkeit zu geben, zu den von der Unterbevollmächtigten behaupteten Beanstandungen Stellung zu nehmen, hat das Notariat II Marbach am Neckar – Betreuungsgericht – die Beteiligte zu 2 zur Kontrollbetreuerin bestellt. Die gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

1. Das LG hat, im Wesentlichen gestützt auf das Vorbringen der Unterbevollmächtigten, die Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB damit begründet, dass die Beteiligte zu 1 zur Geschäftsführung ungeeignet sei. Schon der Umstand, dass die Beteiligte zu 1 in einem für die Betroffene abgeschlossenen notariellen Grundstückskaufvertrag nicht die Kontonummer der Betroffenen, sondern ihre eigene angegeben habe, zeige, dass die Beteiligte zu 1 mit der Vertretung der Betroffenen überfordert sei. Dieser Vorgang belege, dass die Beteiligte zu 1 das Vermögen der Betroffenen nicht klar von ihrem eigenen Vermögen zu trennen vermöge. Außerdem habe die Beteiligte zu 1 keine Erklärung dafür gegeben, warum es nachfolgend nicht zur Eröffnung eines Gemeinschaftskontos der Generalbevollmächtigten gekommen sei, auf das der restliche Kaufpreis für das Grundstück hätte überwiesen werden können, obwohl dies zwischen ihr und ihrem Bruder vereinbart worden sei. Außerdem bestehe ein erheblicher Interessenkonflikt. Die Beteiligte zu 1 habe von der ersten Kaufpreisrate des Grundstücksgeschäfts einen Betrag von 100.000 € als Pflichtteil am Nachlass ihres verstorbenen Vaters einbehalten und sich aus dem Vermögen der Betroffenen ein Darlehen i. H. v. 20.000 € zu einem Zinssatz von monatlich 20 € gewährt. Außerdem verlange sie aus dem Vermögen der Betroffenen einen Geldbetrag von 120.000 € als vorweggenommenes Erbe mit der Begründung, dass sie und ihr Bruder als Generalbevollmächtigte der Mutter sich jeweils einen Betrag in dieser Höhe zugewandt hätten.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

a) Nach § 1896 Abs. 3 BGB kann ein Betreuer zur Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestellt werden. Mit dieser sog. Kontrollbetreuung kann im Falle einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht für eine Kontrolle des Bevollmächtigten gesorgt werden, wenn der Vollmachtgeber aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen und ggf. die Vollmacht zu widerrufen (vgl. Senatsbeschluss vom 13.4.2011, XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 Rdnr. 26 = MittBayNot 2012, 40).

Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, darf eine Kontrollbetreuung jedoch – wie jede andere Betreuung (vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB) – nur dann eingerichtet werden, wenn sie erforderlich ist. Da der Vollmachtgeber die Vorsorgevollmacht gerade für den Fall erteilt hat, dass er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst regeln kann, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen. Denn der Wille des Vollmachtgebers ist auch bei der Frage der Errichtung einer Kontrollbetreuung zu beachten (vgl. § 1896 Abs. 1a BGB). Daher müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Errichtung einer Kontrollbetreuung erforderlich machen. Notwendig ist der konkrete, d. h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird (Senatsbeschluss vom 21.3.2012, XII ZB 666/11, FamRZ 2012, 871 Rdnr. 11 = MittBayNot 2012, 471 [in diesem Heft] m. w. N.).

Dies kann der Fall sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil die zu besorgenden Geschäfte von besonderer Schwierigkeit und/oder besonderem Umfang sind oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht ist nicht erforderlich. Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt (vgl. Senatsbeschluss vom 30.3.2011, XII ZB 537/10, FamRZ 2011, 1047 Rdnr. 10 m. w. N.).

b) Ausgehend von diesen rechtlichen Grundsätzen hat das LG zu Unrecht die Voraussetzungen für die Errichtung einer Kontrollbetreuung bejaht. Denn die vom LG getroffenen Feststellungen beruhen – wie die Rechtsbeschwerde zu Recht rügt – auf einem nicht hinreichend ermittelten Sachverhalt und sind demnach verfahrensfehlerhaft. Das LG hat entscheidungserhebliches Vorbringen der Betroffenen, das Anlass zu einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts gegeben hätte, übergangen. Damit hat es gegen die Amtsermittlungspflicht gemäß § 26 FamFG verstoßen.

aa) Gemäß § 26 FamFG hat das Gericht von Amts wegen alle zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Dabei entscheidet der Tatrichter über Art und Umfang seiner Ermittlungen nach pflichtgemäßem Ermessen. Dem Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob die Tatsachengerichte alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen haben und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (Senatsbeschlüsse BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rdnr. 29 m. w. N.; vom 15.12.2010, XII ZB 165/10, FamRZ 2011, 285 Rdnr. 13 und vom 13.4.2011, XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 Rdnr. 11 = MittBayNot 2012, 40).

bb) Diesen Anforderungen ist das LG nicht ausreichend nachgekommen.

Die Betroffene hat in ihrer Beschwerdebegründung umfassend zu den Behauptungen der Unterbevollmächtigten, aus denen das LG die Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung hergeleitet hat, Stellung genommen. Die Betroffene hat dort ausgeführt, dass die Angabe der Kontonummer in dem notariellen Grundstückskaufvertrag auf einem Versehen beruht

habe und die Beteiligte zu 1 sofort, nachdem die von ihrem Bruder beauftragte Rechtsanwältin dies beanstandet hatte, eine entsprechende Änderung der Kontoverbindung bei dem zuständigen Notar veranlasst habe. Die Betroffene hat in der Beschwerdebegründung auch erläutert, weshalb die mit der Unterbevollmächtigten besprochene Eröffnung eines Gemeinschaftskontos, auf das der restliche Kaufpreis aus dem Grundstücksgeschäft einbezahlt werden sollte, unterblieben sei und hierzu ein Schreiben der Bank vorgelegt, bei der das Konto eingerichtet werden sollte. Das LG hat sich auch nicht mit den von der Betroffenen vorgelegten Schreiben der Beteiligten zu 1 vom 22.9.2010 und des Notars B vom 19.11.2010 auseinandergesetzt. Aus diesen Schreiben ergibt sich, dass die Beteiligte zu 1 unmittelbar nach einer Besprechung mit der Unterbevollmächtigten dem beurkundenden Notar mitgeteilt hat, dass die ausstehende Kaufpreisrate aus dem Grundstücksgeschäft auf das Girokonto der Betroffenen überwiesen werden solle. Dass es hierzu nicht gekommen ist, weil die Unterbevollmächtigte zwischenzeitlich den Restkaufpreis auf ihr Rechtsanwaltsanderkonto überweisen ließ, zieht das LG ebenfalls nicht in seine Überlegungen mit ein.

Soweit das LG meint, die Beteiligte zu 1 befinde sich in einem Interessenkonflikt, weil sie sich aus der ersten Kaufpreisrate des Grundstücksgeschäfts eine Betrag von 100.000 € als Pflichtteil am Nachlass ihres verstorbenen Vaters einbehalten habe, setzt sich das LG nicht mit dem Vorbringen der Betroffenen auseinander, dass dies im Einverständnis mit der Unterbevollmächtigten erfolgt sei und sich der Sohn der Betroffenen im Wege eines Insichgeschäfts ebenfalls einen Geldbetrag von 100.000 € aus dem Vermögen der Betroffenen zugewendet habe. Schließlich ist nach dem Vorbringen der Betroffenen auch die Darlehensgewährung im Einverständnis mit der Unterbevollmächtigten erfolgt. Hierüber hat die Betroffene sogar ein Gesprächsprotokoll vom 20.9.2010 vorgelegt, das vom LG ebenfalls nicht gewürdigt worden ist.

Da das Beschwerdevorbringen geeignet war, die Voraussetzungen für die Errichtung einer Kontrollbetreuung in Frage zu stellen, hätte das LG vor einer Entscheidung über das Rechtsmittel den Sachverhalt weiter aufklären müssen. Der Amtsermittlungsgrundsatz gilt auch im Beschwerdeverfahren, weil das Beschwerdegericht vollständig an die Stelle des erstinstanzlichen Gerichts tritt (vgl. *Keidel/Sternal*, FamFG, 17. Aufl., § 36 Rdnr. 82 m. w. N.).

3. Die angefochtene Entscheidung kann danach nicht bestehen bleiben. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden, da weitere tatsächliche Ermittlungen erforderlich sind. Die Sache ist daher an das LG zurückzuverweisen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Volmer*, MittBayNot 2012, 474 (in diesem Heft).

5. BGB §§ 181, 1896 Abs. 1a, 3 (*Kontrollbetreuung bei wirksamer Generalvollmacht nicht schon bei Befreiung des Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB*)

Zu den Voraussetzungen einer Kontrollbetreuung bei Vorliegen einer wirksamen Generalvollmacht, in der der Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde (im Anschluss an Senat, NJW 2011, 2137 = FamRZ 2011, 1047).

BGH, Beschluss vom 21.3.2012, XII ZB 666/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Beteiligte zu 1 wendet sich gegen die Anordnung einer Kontrollbetreuung.

Der Betroffene erteilte mit notarieller Urkunde vom 12.10.2010 dem Beteiligten zu 1, seinem Sohn, eine Generalvollmacht zur Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten, in der der Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde. Am 26.10.2010 erlitt der Betroffene einen Schlaganfall. Seitdem leidet er an einem hirnrorganischen Psychosyndrom mit Verlust des Sprachvermögens und der Kommunikationsfähigkeit.

Am 28.10.2010 schloss der Beteiligte zu 1 in Ausübung der ihm erteilten Generalvollmacht einen notariell beurkundeten Kaufvertrag, mit dem das Hausgrundstück des Betroffenen an den Beteiligten zu 1 veräußert wurde. Dem Betroffenen wurde in diesem Kaufvertrag ein lebenslanges Wohnrecht eingeräumt. Der Betroffene hatte bereits vor der Erteilung der Generalvollmacht einen Entwurf des notariellen Kaufvertrages erhalten und war mit diesem einverstanden. Zu der ursprünglich geplanten persönlichen Unterzeichnung des Kaufvertrages durch den Betroffenen kam es aufgrund dessen plötzlicher Erkrankung nicht.

Mit Beschluss des AG vom 17.3.2011 ist der Beteiligte zu 1 zum Betreuer für den Betroffenen bestellt worden.

Mit Beschluss vom 10.8.2011 hat das AG den Beteiligten zu 2 zum Vollmachtsüberwachungs- bzw. Kontrollbetreuer mit dem Aufgabenkreis „Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen gegenüber dem Bevollmächtigten, insbesondere Überprüfung des Grundstücksgeschäfts in Bezug auf die Angemessenheit der vereinbarten Gegenleistung, eventuell Anfechtung des Grundstücksgeschäfts, Prüfung und eventuell Widerruf der Vollmacht“ bestellt.

Die gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit seiner Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

1. Das LG hat die Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB damit begründet, dass angesichts der in der notariell beurkundeten Generalvollmacht erteilten Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB von vornherein die Gefahr eines Fehlgebrauchs der Vollmacht bestehe. Deshalb sei ein Bedürfnis für eine Vollmachtsüberwachung gegeben. Der Beteiligte zu 1 habe bei Abschluss des Grundstücksobertragungsvertrages von der Erlaubnis des Insichgeschäfts Gebrauch gemacht und ein Geschäft geschlossen, das zugleich wirtschaftlich gravierende Auswirkungen für den Betroffenen gehabt und wesentliche Eigeninteressen des Beteiligten zu 1 berührt habe. Die mit der Erkrankung des Betroffenen eingetretene Veränderung der Situation erfordere ebenfalls die Einrichtung einer Kontrollbetreuung. Zwar habe der Betroffene mit der Vorbereitung des Grundstücksobertragungsvertrages beabsichtigt, seine finanzielle und persönliche Unabhängigkeit zu gestalten, indem er bestehende Schulden gegenüber seinem Sohn tilgen und sich ein Wohnrecht einräumen lassen wollte. Mit dem Eintritt der Pflegebedürftigkeit habe der Betroffene jedoch sowohl seine persönliche als auch seine finanzielle Unabhängigkeit verloren, so dass jetzt Anlass zur Prüfung bestehe, ob er den Vertrag auch unter den veränderten Umständen noch geschlossen hätte bzw. ob unter den gegebenen Umständen der Vertrag noch seinem Interesse und mutmaßlichen Willen entsprochen habe. Deshalb habe der Kontrollbetreuer zu prüfen, wie hoch der Verkehrswert des Grundstücks gewesen sei, welche Darlehensverpflichtungen gegenüber dem Beteiligten zu 1 bestanden haben und ob der Betroffene auf eine anderweitige Verwertung seines Grundstücks angewiesen sei, um seinen Pflegebedarf decken zu können.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Nach § 1896 Abs. 3 BGB kann ein Betreuer auch zur Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestellt werden. Mit dieser sogenannten Kontrollbetreuung kann im Falle einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht für eine Kontrolle des Bevollmächtigten gesorgt werden, wenn der Vollmachtgeber aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen und ggf. die Vollmacht zu widerrufen (BayObLG, FGPrax 2005, 151, 152 = MittBayNot 2006, 242).

Eine Kontrollbetreuung darf jedoch, wie jede andere Betreuung (vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB), nur dann eingerichtet werden, wenn sie erforderlich ist. Da der Vollmachtgeber die Vorsorgevollmacht gerade für den Fall bestellt hat, dass er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst regeln kann, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen. Denn der Wille des Vollmachtgebers ist auch bei der Frage der Errichtung einer Kontrollbetreuung zu beachten (vgl. § 1896 Abs. 1a BGB). Daher müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Errichtung einer Kontrollbetreuung erforderlich machen. Notwendig ist der konkrete, d. h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird (BayObLG, FGPrax 2005, 151, 152 = MittBayNot 2006, 242; NK-BGB/Heitmann, § 1896 Rdnr. 78).

Dies kann der Fall sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil die zu besorgenden Geschäfte von besonderer Schwierigkeit und/oder besonderem Umfang sind oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht ist nicht erforderlich. Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt (vgl. Senatsbeschluss vom 30.3.2011, XII ZB 537/10, FamRZ 2011, 1047 Rdnr. 10 m. w. N.).

b) Ausgehend von diesen rechtlichen Grundsätzen hat das Beschwerdegericht den Beteiligten zu 2 zu Unrecht zum Kontrollbetreuer bestellt. Denn die getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Errichtung einer Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB nicht.

aa) Die Notwendigkeit für eine Kontrollbetreuung ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass der Betroffene in der notariell beurkundeten Generalvollmacht den Beteiligten zu 1 von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit hat. Zwar weist das Beschwerdegericht zutreffend darauf hin, dass die Möglichkeit eines Bevollmächtigten, auch Insihgeschäfte abschließen zu können, zu der Gefahr eines Fehlgebrauchs der Vollmacht führen kann. Damit beschreibt das Beschwerdegericht jedoch nur eine abstrakte Gefahr, die jeder Befreiung eines Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB innewohnt. Die bloße Möglichkeit, dass es zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten zu Interessenkonflikten kommen kann, genügt aber als solche nicht, um die Errichtung einer Kontrollbetreuung zu rechtfertigen.

Erst wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Bevollmächtigte von der ihm eingeräumten Befugnis zum Nachteil des Vollmachtgebers Gebrauch macht, kann eine Kontrollbetreuung erforderlich werden.

Solche Feststellungen hat das Beschwerdegericht jedoch nicht getroffen. Der Beteiligte zu 1 hat bislang nur einmal von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein Insihgeschäft abzuschließen zu können, indem er den von dem Betroffenen in die Wege geleiteten Grundstückskaufvertrag abgeschlossen hat. Anhaltspunkte dafür, dass die Mitwirkung des Beteiligten zu 1 an diesem Geschäft Zweifel an seiner Redlichkeit begründen könnte, sind nicht festgestellt. Weitere Insihgeschäfte hat der Beteiligte zu 1 nicht getätigt. Das Beschwerdegericht hat auch nicht festgestellt, dass er in Zukunft von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird. In diesem Zusammenhang ist schließlich auch zu berücksichtigen, dass der Betroffene selbst in Kenntnis des abzuschließenden Grundstückskaufvertrages in der Generalvollmacht den Beteiligten zu 1 von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und damit sein Vertrauen in den Beteiligten zu 1 zum Ausdruck gebracht hat.

bb) Die Errichtung einer Kontrollbetreuung kann auch nicht mit der Erwägung begründet werden, dass sich die wirtschaftliche Situation des Betroffenen aufgrund seiner Erkrankung wesentlich geändert habe und er deshalb den Grundstückskaufvertrag möglicherweise nicht abgeschlossen hätte. Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass der Betroffene wenige Tage bevor er den Schlaganfall erlitten hat, einen Notar aufsuchte, um sich hinsichtlich der Vollmachterteilung und der Übertragung des Grundstücks auf den Beteiligten zu 1 beraten zu lassen. Im Anschluss an dieses Gespräch erstellte der Betroffene die Generalvollmacht zugunsten des Beteiligten zu 1 und ließ diese notariell beglaubigen. Zu diesem Zeitpunkt lag ihm zudem schon der Entwurf des notariellen Grundstückskaufvertrages vor, mit dessen Inhalt er sich ausdrücklich gegenüber dem beurkundenden Notar einverstanden erklärte. Damit hat der Betroffene vor seiner plötzlichen Erkrankung eindeutig seinen Willen zum Ausdruck gebracht, wie er in Zukunft seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse gestalten möchte. Dieser Wille des Betroffenen ist grundsätzlich zu respektieren. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene den Grundstückskaufvertrag letztlich doch nicht abschließen wollte, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Der Beteiligte zu 1 hat somit mit der Unterzeichnung des Kaufvertrages als Vertreter des Betroffenen nur den erklärten Willen des Betroffenen umgesetzt. Dass der Beteiligte dabei nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers gehandelt hat, ist nicht festgestellt.

cc) Schließlich kann die Errichtung einer Kontrollbetreuung auch nicht damit begründet werden, dass aufgrund der Erkrankung des Betroffenen nunmehr Anlass für eine Prüfung bestehe, ob der Betroffene den Vertrag auch unter den veränderten Umständen abgeschlossen hätte. Der Betroffene, der im Oktober 2010 bereits das 77. Lebensjahr vollendet hatte, wollte durch die Erteilung der Generalvollmacht und den beabsichtigten Grundstücksüberlassungsvertrag offensichtlich Vorsorge für sein weiteres Leben treffen. Insbesondere aufgrund seines Alters kann davon ausgegangen werden, dass er auch die Möglichkeit einer schweren Erkrankung und der Pflegebedürftigkeit in seine Überlegungen miteinbezogen hat. Dafür spricht insbesondere die Erteilung der Generalvollmacht, die dem Bevollmächtigten gerade dann die Möglichkeit gibt, für den Betroffenen rechtsgeschäftlich tätig zu werden, wenn dieser selbst dazu nicht mehr in der Lage ist. Aber auch das in dem Grundstückskaufvertrag enthaltene

unentgeltliche Wohnrecht für den Betroffenen lässt auf dessen Absicht schließen, Vorsorge auch für den Krankheitsfall zu treffen, zumal der Betroffene nach Auskunft des beurkundenden Notars beabsichtigte, zugunsten des Beteiligten zu 1 eine Vorsorgevollmacht zu errichten.

Dieser klar erkennbare Wille des Betroffenen kann nicht durch die Einrichtung einer Kontrollbetreuung in Frage gestellt werden, die ohne entsprechende konkrete Anhaltspunkte nur auf die Prüfung ausgerichtet ist, ob der Grundstückskaufvertrag dem objektiven Interesse oder dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entsprechen würde. Mit den weiteren Vorgaben des Beschwerdegerichts an den Kontrollbetreuer, den Verkehrswert des Grundstücks und den Umfang der Darlehensverpflichtungen des Betroffenen gegenüber dem Beteiligten zu 1 zu überprüfen sowie zu ermitteln, ob der Betroffene auf eine anderweitige Verwertung seines Grundstücks angewiesen ist, um seinen Pflegebedarf zu decken, will das Beschwerdegericht in der Sache durch den Kontrollbetreuer prüfen lassen, ob das Grundstücksgeschäft einem Drittvergleich stand hält. Dies ist jedoch nicht Aufgabe eines Kontrollbetreuers. Außerdem hat das Beschwerdegericht nicht berücksichtigt, dass dem Betroffenen der Inhalt des Vertrages bekannt und er mit diesem einverstanden war. Aufgrund der familiären Beziehung zwischen dem Betroffenen und dem Beteiligten zu 1 kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Betroffene den Vertrag mutmaßlich nicht abgeschlossen hätte, wenn dieser einem Drittvergleich nicht Stand hielte oder der Betroffene auf eine anderweitige Verwertung des Grundstücks angewiesen wäre, um seine Pflegekosten zu decken.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Volmer*, MittBayNot 2012, 474 (in diesem Heft).

6. BGB § 1896 Abs. 1, 2 (*Betreuerbestellung trotz Vorsorgevollmacht*)

1. **Eine Vorsorgevollmacht steht der Bestellung eines Betreuers dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen (im Anschluss an Senat, NJW 2011, 2135 = FamRZ 2011, 964 Rdnr. 15).**
2. **Die Bestellung eines Betreuers muss verhältnismäßig sein, weshalb weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen dürfen; dabei gilt der Grundsatz der Erforderlichkeit auch im Bereich der Vermögenssorge (im Anschluss an Senat, NJW-RR 2011, 1506 = FamRZ 2011, 1391 Rdnr. 9).**
3. **Der Begriff „Aufgabenkreis“ im Sinne des § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB schließt nicht aus, dem Betreuer ggf. nur eine einzige Angelegenheit zuzuweisen (BayObLG, NJWE-FER 2001, 151).**

BGH, Beschluss vom 7.3.2012, XII ZB 583/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Anordnung der Betreuung.

Mit notarieller Urkunde vom 25.1.2005 erteilte der Betroffene dem Beteiligten zu 1 Generalvollmacht und damit Vollmacht und Auftrag, ihn in allen Angelegenheiten gegenüber jedermann, insbesondere Gerichten, Behörden, Privaten, Banken und Sparkassen zu vertreten.

Im Dezember 2010 hat ein Gerichtsvollzieher beim AG die Bestellung eines Betreuers für den Betroffenen beantragt und dies damit begründet, dass gegen den Betroffenen ein Vollstreckungstitel bestehe und der Beteiligte zu 1 neben der Liquidation der Forderung auch die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verhindere, weshalb bereits Haftbefehl ergangen sei.

Durch Beschluss vom 31.8.2011 hat das AG die Beteiligte zu 2 zur Betreuerin des Betroffenen bestellt mit dem Aufgabenkreis der Vermögenssorge, Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post im Rahmen der übertragenen Aufgabenkreise und Vertretung gegenüber Behörden, Versicherungen, Renten- und Sozialleistungsträgern, wobei die Entscheidung spätestens bis zum 31.8.2018 zu überprüfen sei. Die Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich der Betroffene und der Beteiligte zu 1 mit ihrer Rechtsbeschwerde.

Der Senat hat auf Antrag der Beschwerdeführer mit Beschluss vom 7.12.2011 die Vollziehung des amtsgerichtlichen Beschlusses ausgesetzt.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet.

1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

2. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

a) Das LG hat seine Entscheidung damit begründet, infolge der unstreitig bei dem Betroffenen wegen seiner Demenzerkrankung vorliegenden Betreuungsbedürftigkeit sei er nicht in der Lage, die Aufgabenbereiche der Vermögenssorge und Vertretung gegenüber Behörden usw. sowie Entgegennahme der entsprechenden Post selbständig zu regeln. Die Bestellung einer Betreuerin für die im Beschluss des AG aufgeführten Bereiche sei trotz bestehender Vollmacht für den Beteiligten zu 1 auch erforderlich. Dieser verhindere bzw. verzögere die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bzw. die Liquidation eines rechtskräftigen Titels des AG. Es bedürfe daher der Bestellung eines Betreuers, um die ordnungsgemäße Abwicklung der entsprechenden Vorgänge zu gewährleisten.

b) Diese Ausführungen halten einer rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung nicht stand.

aa) Gemäß § 1896 Abs. 2 BGB darf ein Betreuer nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

Eine – wie hier zugunsten des Beteiligten zu 1 erteilte – Vorsorgevollmacht steht der Bestellung eines Betreuers allerdings dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründen. Dies ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte wegen erheblicher Bedenken an seiner Redlichkeit als ungeeignet erscheint (Senatsbeschluss vom 13.4.2011, XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 Rdnr. 15 = MittBayNot 2012, 40 m. w. N.).

Die Bestellung eines Betreuers muss zudem verhältnismäßig sein, weshalb weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen dürfen; dabei gilt der Grundsatz der Erforderlichkeit auch im Bereich der Vermögenssorge (Senatsbeschluss vom 6.7.2011, XII ZB 80/11, FamRZ 2011, 1391 Rdnr. 9). Der Begriff „Aufgabenkreis“ im Sinne des § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB schließt nicht aus, dem Betreuer ggf. nur eine einzige Angelegenheit zuzuweisen (BayObLG, NJWE-FER 2001, 151).

Der Tatrichter entscheidet über Art und Umfang seiner Ermittlungen nach pflichtgemäßem Ermessen. Dem Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob die Tatsachengerichte alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen haben und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (Senatsbeschluss vom 13.4.2011, XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 Rdnr. 16 = MittBayNot 2012, 40 m. w. N.).

bb) Gemessen hieran kann die angegriffene Entscheidung keinen Bestand haben.

(1) Das LG hat sich bei seiner Entscheidung auf die Feststellung beschränkt, dass der Beteiligte zu 1 die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bzw. die Liquidation eines rechtskräftigen Titels des AG verhindere bzw. verzögere. Weitere Feststellungen zu der Frage, ob der Bevollmächtigte ungeeignet ist, finden sich weder in der landgerichtlichen noch in der amtsgerichtlichen Entscheidung. Erwägungen zu der Frage, warum der Beteiligte zu 1 nicht kooperativ ist, lassen sich der Begründung nicht entnehmen. Nach der Entscheidung bleibt offen, ob es möglicherweise berechnete Einwendungen seitens des Bevollmächtigten gegen die Forderung bzw. Vollstreckung gibt. Jedenfalls lässt die Begründung nicht erkennen, ob der Beteiligte zu 1 tatsächlich ungeeignet ist und ob das Beschwerdegericht alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen hat sowie seine Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht.

(2) Im Übrigen ist die vom AG angeordnete Betreuung mit den uneingeschränkten Aufgabenkreisen Vermögenssorge, Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post im Rahmen der übertragenen Aufgabenkreise und Vertretung gegenüber Behörden, Versicherungen, Renten- und Sozialleistungsträgern bei einer Überprüfung erst zum 31.8.2018 unverhältnismäßig. Anlass für die Einrichtung der Betreuung war der „Antrag“ des Gerichtsvollziehers, den er gestellt hat, um die Zwangsvollstreckung aus einem bestimmten Titel sicherzustellen, der sich auf eine Gesamtforderung von rund 39 € beläuft. Demgemäß ist der Begründung der Beschwerdeentscheidung zu entnehmen, dass es der Bestellung eines Betreuers allein deshalb bedürfe, um die ordnungsgemäße Abwicklung der entsprechenden Vorgänge zu gewährleisten. Ob es hier angezeigt gewesen wäre, einen Betreuer nur zur Sicherstellung der genannten Zwangsvollstreckung zu bestellen, seine Bestellung mithin auf diese konkrete Maßnahme zu beschränken, kann dahinstehen. Denn ein Bedürfnis hierfür ist entfallen, weil die titulierte Forderung mittlerweile beglichen worden ist, was bereits in der Rechtsbeschwerde ausgeführt sowie von der Betreuerin bestätigt wurde und demgemäß vom Senat zu berücksichtigen ist (vgl. *Musielak/Ball*, ZPO, 8. Aufl., § 559 Rdnr. 10).

(...)

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu BGH, MittBayNot 2012, 469, und zu BGH, MittBayNot 2012, 471 (je in diesem Heft) –

1. Während bei der Beurkundung von Vorsorgevollmachten alle anderen Nachfragen durch die jeweiligen individuellen Familienverhältnisse und persönlichen Wünsche veranlasst und deswegen ohne statistische Aussagekraft sind, kommen besorgte Einwände mit signifikanter Wiederholung an zwei Stellen: einerseits beim Hinweis auf die Genehmigungspflicht gemäß § 1904 Abs. 4, § 1906 Abs. 5 BGB auch gegenüber Bevollmächtigten, andererseits bei der vorsorglichen Benennung des Bevollmächtigten als Betreuer. Motiviert wird die Erteilung einer Vorsorgevollmacht nämlich unter anderem durch die

Befürchtung, sonst einer Fremdbestimmung durch kontrollierendes Gericht und – bedrohlicher noch – agierenden Fremdbetreuer ausgeliefert zu sein. Möglicherweise wird diese Gefahr angesichts der Auswahlkriterien des § 1897 Abs. 5 BGB überschätzt. Gleichwohl prägen diejenigen Betreuungsverfahren im Bekanntenkreis die Wahrnehmung, in denen die Familie bei der Auswahl des Betreuers übergangen wurde (selbst wenn die Gründe – z. B. heilloser Streit in der Familie – für Außenstehende unmittelbar nachvollziehbar sind).

Nun kann eine Betreuung nicht kategorisch ausgeschlossen, sondern nur faktisch überflüssig gemacht werden (§ 1896 Abs. 2 BGB). Damit aber hängt die Durchsetzung dieser Motivation, letztlich auch die Wirksamkeit der Urkunde im Sinne ihrer praktischen Akzeptanz ganz entscheidend davon ab, wie die Betreuungsgerichte mit Vorsorgevollmachten umgehen. Und an dieser Stelle nun liefern die Beschlüsse des BGH gegenüber den Beteiligten in der Beurkundung Beruhigung, gegenüber womöglich zu kontrollbedachten Betreuungsgerichten gutes Argumentationsmaterial, beides zugunsten der Aufrechterhaltung einer Vorsorgevollmacht. Dies gilt vor allem dann, wenn man sich von den abstrakten Leitsätzen löst und den Umgang des BGH mit dem ihm unterbreiteten Tatsachenmaterial ins Auge fasst.

2. Dann zeigt sich Folgendes:

a) Auch der Vorsorgebevollmächtigte hat ein eigenes Beschwerderecht gegen die Anordnung einer Betreuung und kann damit selbst, nicht nur abgeleitet vom Betreuten, die Richtigkeitsgewähr sicherstellen.

b) Eine Betreuung (ggf. zunächst auch nur als Kontrollbetreuung) kann bei fehlender Redlichkeit oder anderer Ungeeignetheit des Vorsorgebevollmächtigten durchaus angeordnet werden. Aber: Selbst eine augenscheinliche Missachtung/Verzögerung gesetzlicher Pflichten (in Verfahren XII ZB 583/11 die Pflicht zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung) begründet die fehlende Eignung noch nicht aus sich heraus. Das Betreuungsgericht muss vielmehr die Motivationslage des Bevollmächtigten darauf hin erforschen, ob nachvollziehbare Gründe für die Beibehaltung der Pflichtverletzung bestehen. Und eine bloß punktuell (d. h. bezüglich einzelner Rechtsakte) bejahte Ungeeignetheit darf auch nur durch eine bloß punktuelle – und eben nicht sogleich allgemeine – Betreuung kuriert werden. (Ebenso die Argumentation im Beschluss des BGH vom 1.8.2012, XII ZB 438/11).

c) Die Ungeeignetheit des Vorsorgebevollmächtigten kann selbstverständlich auch weiterhin mit einer erst drohenden Schädigung des Vollmachtgebers begründet werden; eine Schädigung muss nicht schon eingetreten sein, der Schadensfall nicht abgewartet werden. Aber: Für eine drohende Schädigung müssen konkrete Anhaltspunkte im individuellen Fall bestehen, d. h. in genau diesem Verhältnis von Vollmachtgeber zu Bevollmächtigtem. Die Vermögensgefährdung darf nicht allein mit abstrakt-generellen Gesichtspunkten begründet werden, die in gleicher Weise auch bei anderen, vielleicht bei jedem Vorsorgefall bejaht werden können.

Allein Gesichtspunkte wie

- die Befreiung des Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB oder
- der eingetretene Kontrollverlust infolge Demenz oder Krankheit

vermögen gegenüber einer erteilten Vollmacht noch keinen Betreuungsbedarf zu begründen.

d) Und schließlich ruft der Beschluss im Verfahren XII ZB 666/11 in Erinnerung, dass die Wünsche des Betreuten nicht

nur in persönlichen Angelegenheiten regelmäßige Richtschnur des Handelns von Betreuer und Bevollmächtigten sind (dazu eingehend nun § 1901a BGB), sondern überhaupt in allen Angelegenheiten (§ 1901 Abs. 3 BGB), damit auch hinsichtlich Vermögenswirtschaft (vgl. bereits BGH, NJW 2009, 2814 = BGHZ 182, 116 = DNotI-Report 2009, 163).

3. Insgesamt handelt es sich also um zwei in vollem Umfang zustimmungswürdige Umsetzungen der in § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB enthaltenen gesetzlichen Wertung durch den BGH.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

7. BGB § 2309 Alt. 2 (Pflichtteilsberechtigung eines Abkömmlings trotz Pflichtteilsverzicht des näheren Abkömmlings)

Als „hinterlassen“ im Sinne des § 2309 Alt. 2 BGB gelten nicht letztwillige oder lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an den näheren, trotz Erb- und Pflichtteilsverzichts zum gewillkürten Alleinerben bestimmten Abkömmling, wenn dieser und der entferntere Abkömmling demselben, allein bedachten Stamm gesetzlicher Erben angehören.

BGH, Urteil vom 27.6.2012, IV ZR 239/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin macht gegen die Beklagte, ihre Mutter, Pflichtteilsansprüche nach deren am 20.2.2005 verstorbenem Vater (Erblasser) in Höhe der Hälfte des Nachlasswertes geltend.

Der Erblasser und die Mutter der Beklagten errichteten am 23.11.1987 ein gemeinschaftliches Testament in notarieller Form, mit dem sie sich gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Erben einsetzen und in Ziffer III. ihre Enkelkinder zu Schlusserben bestimmten. Dem Überlebenden des Erstversterbenden wurde das Recht vorbehalten, „... über seine Beerbung neue von Ziffer III. dieser Urkunde abweichende Bestimmungen zu treffen; er darf dabei aber letztwillig immer nur solche Personen bedenken, die zum Kreis unserer gemeinschaftlichen Abkömmlinge oder deren Abkömmlinge gehören.“

Am selben Tag verzichtete die Beklagte gegenüber ihren Eltern allein für ihre Person, nicht aber für ihre Abkömmlinge auf das ihr zustehende gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht.

Nach dem Tod seiner Ehefrau setzte der Erblasser mit notariellem Testament vom 17.10.2000 die Beklagte zu seiner alleinigen und ausschließlichen Erbin ein und bestimmte die Klägerin zur Ersatzerbin. Die Parteien sind die einzigen Abkömmlinge des Erblassers und seiner vorverstorbenen Ehefrau.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Zahlung i. H. v. 85.000 € nebst Zinsen sowie Auskunft über den Bestand des Nachlasses und Einholung eines Wertermittlungsgutachtens bezüglich dem Nachlass zugehörigen Grundvermögens. Die Parteien streiten darüber, ob § 2309 BGB einer Pflichtteilsberechtigung der Klägerin entgegensteht.

Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur teilweisen Aufrechterhaltung des Teil-Versäumnisurteils des LG Augsburg vom 15.3.2006, im Übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Dieses hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin sei infolge des Erb- und Pflichtteilsrechtsverzichts der Beklagten an deren Stelle zur gesetzlichen Erbin

berufen gewesen und von dem Erblasser wirksam enterbt worden. Den deswegen ihr an sich gemäß § 2303 BGB zustehenden Pflichtteilsanspruch habe sie nach § 2309 Alt. 2 BGB verloren. Der darin geregelte Ausschluss des entfernteren Abkömmlings „im Falle der gesetzlichen Erbfolge“ beziehe sich nicht auf die konkrete Situation, sondern auf die abstrakte Erbenstellung des näheren Abkömmlings, hier der Beklagten, die gemäß § 1924 Abs. 2 BGB die Klägerin grundsätzlich von der gesetzlichen Erbfolge verdränge. Infolge der Annahme der Erbschaft durch die Beklagte sei die „Vorversterbensfiktion“ des § 2346 Abs. 1 BGB gegenstandslos geworden.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung im wesentlichen Punkt nicht stand. Das Berufungsgericht hat versäumt, den Anwendungsbereich des § 2309 Alt. 2 BGB nach einer an Sinn und Zweck der Regelung gemessenen Auslegung zu bestimmen. Dadurch hat es zu Unrecht in der Annahme des testamentarisch zugewendeten Erbes eine auf den Pflichtteilsanspruch anzurechnende Entgegennahme des der Beklagten „Hinterlassenen“ im Sinne dieser Vorschrift gesehen.

1. Nach dem auf das Pflichtteilsrecht zu übertragenden Prinzip der Erbfolge nach Klassen und Stämmen im Sinne der §§ 1924 ff. BGB ist die Klägerin pflichtteilsberechtigt gemäß § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zwar ist die Beklagte der nähere und als solcher nach § 1924 Abs. 2 BGB grundsätzlich vorrangige Abkömmling des Erblassers. Jedoch gilt sie infolge ihres Erb- und Pflichtteilsverzichts gemäß § 2346 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB als vorverstorben, so dass ihre Tochter, die Klägerin, an ihrer Stelle in die gesetzliche Erb- und Pflichtteilsfolge eingerückt ist (vgl. *Erman/Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 1; *Heisel*, HK-PflichtteilsR, § 2309 Rdnr. 1; *Planck/Greif*, BGB, Bd. V., 4. Aufl., § 2309 Anm. I 1, II 1; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Bearb., § 9 Ziffer I 1 d; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. I, Rdnr. 2386, Bd. II, Rdnr. 4101, 4103; *Kropfenberg*, JZ 2011, 1177, 1178). Diese Position als gesetzliche Erbin ihres Großvaters wurde der Klägerin durch dessen Testament vom 17.10.2000 entzogen. Der Erblasser war durch den Erbverzicht nicht daran gehindert, die Beklagte als Erbin einzusetzen (vgl. Senatsurteil vom 13.4.2011, IV ZR 204/09, BGHZ 189, 171 Rdnr. 13-15 = MittBayNot 2012, 133; BGH, Beschluss vom 13.7.1959, V ZB 4/59, BGHZ 30, 261, 267; *Heisel*, HK-PflichtteilsR, a. a. O., Rdnr. 23; *MünchKommBGB/Frank*, 3. Aufl., § 2309 Rdnr. 14; *MünchKommBGB/Lange*, 5. Aufl., § 2309 Rdnr. 16; *Planck/Greif*, a. a. O., Anm. II 1; *Staudinger/Haas*, Stand 2006, § 2309 Rdnr. 26; *Muscheler*, a. a. O., Bd. I, Rdnr. 2418). Dadurch ist der Klägerin ein originäres Pflichtteilsrecht erwachsen.

2. Dieses Pflichtteilsrecht kann gemäß § 2309 BGB wieder ausgeschlossen sein. Danach sind entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.

a) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Fiktion des § 2346 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB dem Vorrang des näheren Abkömmlings im Rahmen der von § 2309 BGB geforderten fiktiven gesetzlichen Erbfolge nicht entgegensteht (vgl. RGZ 93, 193, 194 f.; *Heisel*, HK-PflichtteilsR, a. a. O., Rdnr. 1, 7; *Muscheler*, a. a. O., Bd. I, Rdnr. 2400 ff., Bd. II, Rdnr. 4103; a. A. *MünchKommBGB/Frank*, a. a. O.; *Planck/Greif*, a. a. O., Anm. I 1, II 1; *Strohal*, Das deutsche Erbrecht, Bd. 1, 3. Aufl., § 50 III 1 Fn. 7). Mit dem Verweis auf die „gesetzliche Erbfolge“ legt das Gesetz den Kreis der Personen fest, deren Pflichtteilsrechte die Berechtigung des entfernteren Abkömmlings ausschließen

oder einschränken können (vgl. *Kramm*, Entstehung und Beseitigung der Rechtswirkungen eines Erbverzichts, S. 58). Die Rangfolge der hypothetischen gesetzlichen Erben bestimmt sich nicht nach den konkreten Umständen im jeweiligen Erbfall, sondern – abstrakt – nach den Regelungen der §§ 1924 ff. BGB (vgl. Senatsurteil, a. a. O., Rdnr. 36; RGZ, a. a. O., 195; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 12. Aufl., § 2309 Rdnr. 10 f.). Dies folgt aus dem insoweit im Konjunktiv gefassten Wortlaut der Norm („ausschließen würde“). Zudem begründet allein § 2303 BGB das – selbständige, nicht von dem vorrangigen Erben abgeleitete – Pflichtteilsrecht des entfernteren Abkömmlings als Ausgleich für ein ihm „gewissermaßen [geschehenes] Unrecht“ (Motive V, 388, 426; Protokolle V, 606; RGZ, a. a. O.; *Planck/Greif*, a. a. O., Anm. I; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 37 IV 2. b); *Ebbecke*, LZ 1919, 505, 506, 508, 509, 510 f.; *Kroppenberg*, a. a. O.; vgl. *Muscheler*, a. a. O., Bd. I, Rdnr. 2390, Bd. II, Rdnr. 4098). § 2309 BGB enthält hingegen einen Beschränkungstatbestand, dessen Anwendbarkeit das Ausscheiden des näheren Berechtigten aus der gesetzlichen Erbfolge und das Nachrücken des entfernteren mit der Folge des § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt (Senatsurteil, a. a. O., Rdnr. 35 m. w. N.; OLG Köln, FamRZ 2000, 194, 195; *Erman/Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 1; *Heisel*, HK-PflichtteilsR, a. a. O., Rdnr. 1; MünchKommBGB/*Lange*, 5. Aufl., § 2309 Rdnr. 2; *Planck/Greif*, a. a. O.; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, a. a. O., Rdnr. 3; *Bestmeyer*, FamRZ 1997, 1124, 1125; v. *Jacubezky*, Das Recht 1906, 281; *Kroppenberg*, a. a. O.; *Mayer*, ZEV 1998, 433 f.). Käme es für die „gesetzliche Erbfolge“ im Sinne des § 2309 BGB auf ihre Ausgestaltung im Einzelfall an, wäre die Norm ihres Anwendungsbereichs im Wesentlichen beraubt.

b) Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften zum Pflichtteil und zum Erbverzicht folgt nichts Gegenteiliges. Die 2. Kommission hat die im 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs in § 2023 geregelten Pflichten zur Ausgleichung und Anrechnung von für den Verzicht gewährten Gegenleistungen nach Stämmen gestrichen, ohne hierdurch im Rahmen des § 1983 BGB-E (§ 2309 BGB) jegliche Beeinflussung des Pflichtteils durch Zuwendungen aus Anlass eines Erbverzichts auszuschließen (vgl. Motive V, 402; Protokolle V, 512, 608).

§ 1983 BGB-E lautete:

„Ist für einen Abkömmling des Erblassers der Pflichtteilsanspruch begründet oder in Folge einer Zuwendung ausgeschlossen, so steht den Abkömmlingen dieses Abkömmlinges sowie den Eltern des Erblassers ein Pflichtteilsrecht nicht zu.“

Anlass für diese Regelung waren die Vorversterbensfiktion des § 1972 BGB-E, der zufolge der gesetzliche Erbe hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge unter anderem bei Ausschluss von der Erbschaft durch Erbverzicht als vor dem Erblasser gestorben anzusehen sein sollte (für den Erbverzicht § 2346 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB), sowie die Vererb- und Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs nach § 1992 Abs. 2 BGB-E (§ 2317 Abs. 2 BGB). Im Hinblick auf Letztere sollte verhindert werden, dass „demselben Stamme ... zweimal ein Pflichttheil gewährt“ und „die auf dem Nachlasse ruhende Last, entgegen dem Zwecke des Pflichttheilsinstitutes, vervielfacht“ wird (Motive V, 401, 402; vgl. Senatsurteil, a. a. O., m. w. N.; RGZ, a. a. O., 196; MünchKommBGB/*Lange*, a. a. O. Rdnr. 1; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, a. a. O., Rdnr. 4; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Bearb., § 9 Ziffer I 1 d; *Bestmeyer*, a. a. O., 1124 f.; *Kramm*, a. a. O., S. 56 f., 58 f.; *Kroppenberg*, a. a. O.; *Maenner*, Das Recht 1920, 134, 135; *Mayer*, a. a. O.). § 1983

BGB-E verneinte übereinstimmend für alle in § 1972 BGB-E genannten Gründe eines Ausscheidens des näheren Berechtigten ein Pflichtteilsrecht des nachrückenden Abkömmlings, falls der ausgeschiedene gesetzliche Erbe „wegen seines gesetzlichen Erbrechtes befriedigt ist, sei es durch den ihm erworbenen Pflichtteilsanspruch, sei es durch die ihm zum Zwecke seiner Befriedigung wegen des Pflichttheiles gemachten Zuwendungen“ (Motive V, 402; Protokolle V, 512). Im weiteren Beratungsverlauf wurde § 2023 BGB-E unter bewusster Durchbrechung des Grundsatzes der Eigenständigkeit der Pflichtteilsrechte der Abkömmlinge durch § 2214 BGB-E (§ 2349 BGB) ersetzt; die die gesetzliche Erbfolge unmittelbar betreffenden Auswirkungen eines Erbverzichts wurden, unabhängig von etwaigen Zuwendungen des Erblassers und vorbehaltlich anderweitiger Regelungen im Verzichtsvertrag, wegen der „Bedürfnisse des Lebens“ auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt (Protokolle V, 607). Ihnen sprach § 1983 BGB-E ungeachtet des Grundes ihres Einrückens in die gesetzliche Erbenstellung ein Pflichtteilsrecht unverändert ab, falls der ausgeschiedene nähere Erbe „wegen seines Pflichtteilsrechts in dem Pflichtteilsanspruch oder in den ihm gemachten Zuwendungen seine Befriedigung erhalten hat“ (Protokolle V, 512; vgl. Protokolle V, 606).

Mit dem überarbeiteten Wortlaut des § 2309 BGB ist der Gesetzgeber auch für den Fall des verzichtsbedingten Aufrückens eines entfernteren Abkömmlings in die gesetzliche Erb- und Pflichtteilsfolge nicht von dem Prinzip abgekehrt, Doppelbegünstigungen des Stammes des ausgeschiedenen, nach § 1924 Abs. 2, § 1930 BGB grundsätzlich vorrangigen Berechtigten sowie Vervielfältigungen der auf dem Nachlass liegenden Pflichtteilslast auszuschließen. Für die Abkömmlinge des Erblassers bedeutet dies, dass „demselben Stamm nicht zwei Pflichtteile, aber auch nicht [ein] Pflichtteil neben einer Zuwendung“ gewährt werden dürfen bzw. darf (*Erman/Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 1; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Bearb., § 9 Ziffer I. 1. d); vgl. *Heisel*, HK-PflichtteilsR, § 2309 Rdnr. 1; *Planck/Greif*, BGB, Bd. V, 4. Aufl., § 2309 Anm. I. 4.; *Kramm*, Entstehung und Beseitigung der Rechtswirkungen eines Erbverzichts; *Kroppenberg*, JZ 2011, 1177, 1178; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. II, Rdnr. 4102).

3. Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht zu Unrecht einen Ausschluss der Pflichtteilsberechtigung der Klägerin angenommen. Aufgrund des verzichtsbedingten Wegfalls des Pflichtteilsrechts der Beklagten ist § 2309 Alt. 1 BGB nicht einschlägig (vgl. *Heisel*, HK-PflichtteilsR, a. a. O., Rdnr. 17; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 12. Aufl., § 2309 Rdnr. 51; *Muscheler*, a. a. O., Bd. II, Rdnr. 4103; a. A. *Staudinger/Haas*, Stand 2006, § 2309 Rdnr. 20 f.). Die Voraussetzungen des § 2309 Alt. 2 BGB sind ebenfalls nicht erfüllt. Unzutreffend hat das Berufungsgericht die der Beklagten zur Verfügung von Todes wegen zugewandte Erbschaft als „Hinterlassenes“ angesehen.

a) Der Begriff des „Hinterlassenen“ im Sinne des § 2309 Alt. 2 BGB ist in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt. Nach allgemeiner Ansicht können letztwillige Zuwendungen des Erblassers an den näheren Abkömmling als „hinterlassen“ gelten. Dies wird überwiegend auch für den Fall bejaht, dass der nähere Abkömmling auf sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht verzichtet (*Staudinger/Ferid/Cieslar*, a. a. O., Rdnr. 20, 51; *Heisel*, HK-PflichtteilsR, a. a. O., Rdnr. 23; MünchKommBGB/*Lange*, 5. Aufl., § 2309 Rdnr. 15-17; MünchKommBGB/*Frank*, 3. Aufl., § 2309 Rdnr. 12 i. V. m. Rdnr. 14, wonach aber für den Erbverzicht des näheren Abkömmlings eine Ausnahme gelten soll; ebenso *Planck/Greif*, a. a. O., Anm. II 1, III 1 b-e,

und *Staudinger/Haas*, a. a. O., Rdnr. 22 a. E.; *Muscheler*, a. a. O., Bd. II, Rdnr. 4103; *Ebbecke*, LZ 1919, 505, 513; *Mayer*, ZEV 1998, 433, 434; einschränkend *Muscheler*, a. a. O., Bd. I, Rdnr. 2404 f.; vgl. *Soergel/Dieckmann*, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 9, 23). Wegen des allgemeinen Gesetzeswortlauts sei eine einengende Auslegung auf das zur Befriedigung oder Abwendung eines sonst bestehenden Pflichtteilsanspruches letztwillig Zugewendete ebenso abzulehnen wie eine Differenzierung nach den verschiedenen Gründen, aus denen der nähere Abkömmling weggefallen ist. Eine einengende Auslegung könne zudem nicht mit dem § 2309 BGB beherrschenden Grundsatz vereinbart werden, dass ein Stamm lediglich einen Pflichtteil und diesen nicht neben einer Zuwendung erhalten solle (*Staudinger/Ferid/Cieslar*, a. a. O., Rdnr. 20; differenzierend *Maenner*, Das Recht 1920, 134, 137 f.; ebenso wohl auch *Soergel/Dieckmann*, a. a. O., Rdnr. 23). Die herrschende Meinung befürwortet darüber hinaus eine Ausdehnung dieses Verständnisses auf lebzeitige Zuwendungen – etwa in Form von Abfindungen für den Verzicht (OLG Celle, NJW 1999, 1874; *Heisel*, HK-PflichtteilsR, a. a. O., Rdnr. 24 f.; *Mayer*, a. a. O.; *Muscheler*, a. a. O., Bd. II, Rdnr. 4103; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, a. a. O., Rdnr. 21; *Staudinger/Haas*, a. a. O., Rdnr. 23).

b) Dieser Meinungsstreit bedarf jedoch keiner abschließenden Klärung. Mit der hier in Rede stehenden besonderen Konstellation setzen sich die vorstehend wiedergegebenen Auffassungen nicht auseinander. Der Erblasser hat den gemäß § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB – beschränkt auf seine Person – aus der gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsfolge ausgeschiedenen näheren Abkömmling durch Verfügung von Todes wegen zum gewillkürten Alleinerben bestimmt. Dieser gehört gemeinsam mit dem in seine gesetzliche Erbenstellung nachgerückten, aufgrund der Erbeinsetzung mit der Folge des § 2303 BGB enterbten entfernteren Abkömmling dem einzigen Stamm gesetzlicher Erben nach dem Erblasser an. Für diesen Fall einer ausschließlich auf einen Stamm bezogenen Erbfolge ist § 2309 Alt. 2 BGB einschränkend auszulegen. Danach können – letztwillige oder lebzeitige – Zuwendungen an den näheren Abkömmling nicht als anrechnungspflichtiges „Hinterlassenes“ im Sinne des § 2309 Alt. 2 BGB gelten, weil eine davon nur erfasste Doppelbelastung des Nachlasses nicht ausgelöst wird.

aa) Maßgeblich für die Auslegung ist der in § 2309 Alt. 2 BGB zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt. Dem Ziel, dem im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers Rechnung zu tragen, dienen die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, ihrem Sinnzusammenhang, ihrem Zweck sowie aus den Gesetzgebungsmaterialien und der Entstehungsgeschichte (Senatsurteile vom 7.12.2011, IV ZR 50/11, VersR 2012, 219, und IV ZR 105/11, VersR 2012, 304, jeweils Rdnr. 14 m. w. N.).

bb) Der Wortlaut des § 2309 Alt. 2 BGB ist nicht eindeutig. Aufschluss geben aber Sinn und Zweck der Norm sowie die Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens (siehe vorstehend Ziffer II. 2.). Danach soll § 2309 BGB den eigenständigen und vererbaren Anspruch der Abkömmlinge, Eltern und Ehegatten des Erblassers auf den Pflichtteil, der gemäß § 2303 BGB an die Stelle ihres mit Verfügung von Todes wegen entzogenen gesetzlichen Erbrechts tritt, beschränken, um zu vermeiden, dass demselben Stamm zweimal ein Pflichtteilsrecht gewährt und die auf dem Nachlass ruhende Pflichtteilslast erhöht wird.

(1) Die Erbfolge nach dem Vater bzw. Großvater der Parteien wird von diesem Normzweck nicht erfasst. Gehören der trotz Erb- und Pflichtteilsverzichts zum gewillkürten Alleinerben bestimmte nähere Abkömmling und der entferntere Pflichtteilsberechtigte dem einzigen Stamm gesetzlicher Erben an, berühren die Zuwendungen des Erblassers an den näheren Berechtigten einschließlich der Erbeinsetzung lediglich ihr auf diesen Stamm beschränktes Innenverhältnis. Bleiben solche Zuwendungen bei der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen unberücksichtigt, droht dem Nachlass keine unbillige Vervielfältigung der Pflichtteilslast. Es besteht keine Gefahr, dass der Stamm zum Nachteil weiterer Beteiligter einen höheren Pflichtteil erhalten könnte.

(2) Schuldner der Pflichtteilsansprüche des entfernteren Berechtigten ist der nähere Abkömmling als gewillkürter Erbe. Er profitiert von der Entlastung des Nachlasses durch § 2309 BGB. Darüber hinaus ist er Empfänger derjenigen den Nachlass mindernden Leistungen des Erblassers, deren Zuordnung zu § 2309 Alt. 2 BGB in Frage steht. Wäre eine solche Zuordnung zu bejahen und könnte der gewillkürte Erbe dem seinem Stamm angehörenden entfernteren Abkömmling dies mit pflichtteilsreduzierender Wirkung entgegenhalten, verringerte sich die auf dem Nachlass ruhende Pflichtteilslast allein zu seinen Gunsten; er wäre insoweit, ohne dass der Normzweck dies erforderte, mehrfach begünstigt.

(3) Die Testierfreiheit des Erblassers gebietet keine abweichende Beurteilung. Sie ist ein wesentliches Element der von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als Individualgrundrecht und als Rechtsinstitut verfassungsrechtlich geschützten Erbrechtsgarantie (BVerfGE 67, 329, 340 f.; 91, 346, 358). Ihr Inhalt und ihre Schranken werden gesetzlich bestimmt. Durch das Pflichtteilsrecht, das dem aufgrund Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossenen Abkömmling, Eltern teil oder Ehegatten des Erblassers eine Mindestbeteiligung am Nachlass gewähren soll, wird sie in verfassungskonformer Weise beschränkt (vgl. BVerfGE, a. a. O., 341 bzw. 359 f.; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. II, Rdnr. 3022; ähnlich *Schlitt* in *Schlitt/Müller*, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 1 Rdnr. 2, 5). Auch wenn der auf die Person des näheren Abkömmlings bezogene Erb- und Pflichtteilsverzicht den Erblasser in die Lage versetzen soll, über seinen Nachlass frei und durch das Pflichtteilsrecht des Verzichtenden ungehindert zu verfügen (vgl. *Ebbecke*, LZ 1919, 505, 510), ist diese Freiheit unter den vorstehend genannten Voraussetzungen durch den originär dem entfernteren Abkömmling entstandenen Pflichtteilsanspruch wiederum eingeschränkt.

Dies entspricht der in § 2349 Hs. 2, § 2351 BGB zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Wertung. Resultiert die Pflichtteilsberechtigung des entfernteren Abkömmlings aus einem Erb- und Pflichtteilsverzicht des näheren, steht sie allenfalls über einen – zweiseitigen – Aufhebungsvertrag im Sinne der §§ 2351, 2348 BGB zur Disposition des Erblassers und des Verzichtenden. Dabei braucht die Frage nicht entschieden zu werden, ob ein solcher Vertrag der Zustimmung des Berechtigten bedarf, falls durch den Verzicht zu seinen Gunsten ein Anwartschaftsrecht auf den Pflichtteil entstanden sein sollte (vgl. *MünchKommBGB/Frank*, 3. Aufl., § 2309 Rdnr. 14; *Planck/Greif*, BGB, Bd. V, 4. Aufl., § 2309 Anm. II 1; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 12. Aufl., § 2309 Rdnr. 51; *Muscheler*, a. a. O., Bd. I, Rdnr. 2405, 2418). Die einseitige testamentarische Verfügung des Erblassers vom 17.10.2000 kann einen Aufhebungsvertrag nicht ersetzen. Ohnehin hat der Erblasser ausdrücklich erklärt, er wolle „weitere Bestimmungen“ – als die Einsetzungen der Beklagten zur Erbin und der Klägerin zur Ersatzerbin – „nicht treffen“. Dies

legt nahe, dass er den Erbverzichtsvertrag vom 23.11.1987 fortbestehen lassen wollte (vgl. BGH, Beschluss vom 13.7.1959, V ZB 4/59, BGHZ 30, 261, 267).

(...)

Anmerkung:¹

1. § 2309 BGB ist die wohl schwierigste Norm des Pflichtteilsrechts und sicher auch eine der schwierigsten Normen des Erbrechts überhaupt.² Von daher ist es nicht verwunderlich, dass viele Fragen nach wie vor umstritten sind. In einer derartigen Situation ist es immer wünschenswert, wenn der BGH Gelegenheit zur Klärung einer umstrittenen Rechtsfrage erhält. In Bezug auf § 2309 BGB war dies zuletzt der Fall in seinem Urteil vom 13.4.2011 zur Pflichtteilsberechtigung des entfernteren Abkömmlings bei Enterbung des näher Berechtigten, das überwiegend positiv aufgenommen worden ist.³

Um das Ergebnis gleich vorwegzunehmen: der Klärung einer umstrittenen Rechtsfrage dient die hier zu besprechende Entscheidung des BGH vom 27.6.2012 nicht. Ganz im Gegenteil: der BGH eröffnet mit seiner teleologischen Reduktion des § 2309 Alt. 2 BGB einen neuen „Kriegsschauplatz“ und verstärkt damit beim Rechtsanwender bzw. Rechtsgestalter das Gefühl, sich im Rahmen des § 2309 BGB auf unsicherem Terrain zu bewegen.

Schon das vom BGH gefundene Ergebnis überrascht, wenn man sich den Gesetzeswortlaut des § 2309 BGB mit gesundem Menschenverstand durchliest: § 2309 BGB bestimmt, dass der entferntere Berechtigte den Pflichtteil nicht verlangen kann, wenn der näher Berechtigte den Pflichtteil fordern kann oder das ihm Hinterlassene annimmt. Wieso sollte der entferntere Abkömmling (hier: Enkelin des Erblassers) also seinen Pflichtteil geltend machen können, wenn der nähere Abkömmling (hier: Tochter des Erblassers und Mutter der Enkelin) trotz Enterbung und Erbverzicht später Alleinerbe wurde, also sogar mehr als seinen Pflichtteil erhalten hat? Auch die allgemeine Ansicht in der Literatur ging bislang im Übrigen davon aus, dass zu dem „Hinterlassenen“ im Sinne von § 2309 Alt. 2 BGB (zumindest) alles gehört, was durch Verfügung von Todes wegen zugewandt wurde, sei es als Erbschaft oder Vermächtnis,⁴ so dass vom Standpunkt der allgemeinen Ansicht aus im konkreten Fall die Pflichtteilsklage der Enkelin hätte abgewiesen werden müssen.

2. Gleichwohl billigt der BGH der Enkelin – entgegen dem Wortlaut der Vorschrift – einen Pflichtteilsanspruch zu. Zu diesem Ergebnis gelangt er im Wege einer teleologischen Reduktion der Vorschrift, da der nähere und der entferntere Abkömmling demselben, allein bedachten Stamm gesetzlicher Erben angehörten und so eine von § 2309 BGB nur erfasste „Doppelbegünstigung eines Stammes“ bzw. „Doppelbelastung des Nachlasses“ nicht einträte.

Mich überzeugt diese einschränkende Auslegung des Wortlauts und die hierzu gelieferte Begründung des BGH nicht. Zugegeben: eine Doppelbegünstigung eines Stammes und

eine damit einhergehende Benachteiligung anderer Stämme kann nicht eintreten, wenn der Erblasser nur ein Kind bzw. Enkelkind als nächsten Verwandten hinterlassen hat. Eine Verdoppelung der Pflichtteilslast (bzw. Doppelbelastung des Nachlasses in der Diktion des BGH) ist aber nicht allein ein Problem im Hinblick auf eine etwaige Ungleichbehandlung verschiedener Stämme von Abkömmlingen, sondern vor allem im Hinblick auf den Erblasser, der hierdurch übermäßig und von daher ggf. unzulässig in seiner nach Art. 14 Abs. 2 GG grundgesetzlich geschützten Testierfreiheit eingeschränkt wird. Denn zum Normzweck des § 2309 BGB gehört es auch (wenn nicht sogar vor allem), zu verhindern, dass das Gesamtvolumen der allen Pflichtteilsberechtigten insgesamt zufließenden Vermögenswerte erhöht wird⁵ (wobei diese Gefahr unter anderem daraus resultiert, dass § 2303 Abs. 1 BGB allen enterbten Abkömmlingen des Erblassers – gleich welchen Grades – ein Pflichtteilsrecht zubilligt). Dieser Normzweck ist auch tangiert, wenn – wie hier – nur ein Stamm von Abkömmlingen vorhanden ist. Es bestand daher kein überzeugender Grund für eine einschränkende Auslegung des Begriffs des „Hinterlassenen“ angesichts des Vorhandenseins nur eines Stammes von Abkömmlingen.

In diesem Zusammenhang bleibt zu bemerken, dass eine teleologische Reduktion ohnehin nur zurückhaltend vorgenommen werden sollte, da sie ein Ergebnis postuliert, das dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmbar ist (was der Rechtssicherheit nicht sehr dienlich ist). Dies ist gerade bei Normen wie § 2309 BGB problematisch, deren Anwendungsbereich sich – selbst für Juristen – nur schwer erschließt. Der BGH hat unlängst begrüßenswerter Weise selbst eine äußerst umstrittene teleologische Reduktion aufgegeben und zwar in Bezug auf die Pflichtteilsberechtigung im Rahmen der Pflichtteilsergänzung, indem er sich von seiner äußerst umstrittenen Theorie der Doppelberechtigung verabschiedet hat.⁶ Leider liegt nun mit der Entscheidung vom 27.6.2012 zu § 2309 BGB wieder eine sehr problematische teleologische Reduktion einer Norm vor, für die aus meiner Sicht ebenso wenig eine Notwendigkeit bestand, da die getroffene Differenzierung von der Wertung her nicht erforderlich war.⁷

3. Für den Rechtsanwender ist tröstlich, dass die praktischen Auswirkungen dieser Rechtsprechung eher gering sein dürften, da der hier entschiedene Fall in der Praxis eigentlich nicht vorkommt (oder zumindest nicht vorkommen sollte). Zum einen werden in der Praxis – vor allem wegen § 2310 Satz 2 BGB – kaum noch Erbverzichtsverträge beurkundet, sondern allenfalls reine Pflichtteilsverzichtsverträge, die keine Vorversterbensfiktion hinsichtlich des Verzichtenden gemäß § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB auslösen. Zum anderen werden erbrechtliche Verzichtsverträge in der Regel mit Wirkung zulasten der Abkömmlinge im Sinne von § 2349 BGB abgeschlossen (was hier ganz ausnahmsweise nicht der Fall war, ohne dass der Grund hierfür mitgeteilt worden ist).

Schließlich hätte das entstandene pflichtteilsrechtliche Problem (abgesehen von der Beschränkung des Verzichts auf das Pflichtteilsrecht und der Erstreckung der Verzichtswirkung auf die Abkömmlinge) im konkreten Fall auch dadurch verhindert werden können, dass bei Errichtung des neuen Testa-

¹ Ich danke meinem sehr geschätzten Kollegen Dr. *Christoph Röhl* für die angeregte Diskussion zum Thema.

² Vgl. zur Kritik an der Fassung der Vorschrift nur *Lange*, DNotZ 2011, 872 m. w. N.

³ BGH, Urteil vom 13.4.2011, IV ZR 204/09, BGHZ 189, 171 ff. = DNotZ 2011, 866 ff. m. Anm. *Lange* = ZEV 2011, 366 ff. m. Anm. *Haas/Hoßfeld* = JuS 2011, 1127 m. Anm. *Wellenhofer* = MittBayNot 2012, 133 ff. m. Anm. *Keim*. Vgl. dazu auch *Röhl*, DNotZ 2012, 724.

⁴ BeckOK-BGB/J. *Mayer*, Stand 1.8.2012, § 2309 Rdnr. 10; MünchKommBGB/*Lange*, 5. Aufl. 2010, § 2309 Rdnr. 16; *Staudinger/Haas*, Neubearb. 2006, § 2309 Rdnr. 22.

⁵ MünchKommBGB/*Lange*, 5. Aufl. 2010, § 2309 Rdnr. 16.

⁶ BGH, Urteil vom 23.5.2012, IV ZR 250/11, DNotI-Report 2012, 134 = FD-ErbR 2012, 333067 m. Anm. *Litzenburger* = FD-ErbR 2012, 336179 m. Anm. *Litzenburger* = ZNotP 2012, 311 ff. = NJW 2012, 2730 ff.

⁷ Vgl. zum Anwendungsbereich der teleologischen Reduktion *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 210 ff.

ments zugunsten der Tochter der mit dieser abgeschlossene Erbverzicht gemäß § 2351 BGB wieder aufgehoben worden wäre. Warum dies nicht der Fall war, ließ sich nachträglich nicht ermitteln. Vielleicht ist die Aufhebung des Erbverzichtsvertrages – die zusätzliche Gebühren ausgelöst hätte – aber gerade unterblieben, weil die Beteiligten nach Studium des Wortlauts des § 2309 BGB und der bisher vorliegenden Rechtsprechung und Literatur ohne Weiteres davon ausgegangen sind, dass die Enkelin keinen Pflichtteilsanspruch wird geltend machen können, wenn die Tochter zur Alleinerbin eingesetzt wird und sie die Erbschaft annimmt. Die Erwägung des BGH, die Nichtaufhebung des Erbverzichtsvertrages nach Änderung des Testierwillens des Erblassers sei Indiz für dessen fortbestehenden Begünstigungswillen gegenüber der Enkelin, halte ich jedenfalls für lebensfremd. Wenn der Erblasser seiner Enkelin ihren Pflichtteil hätte zukommen lassen wollen, hätte er seine letztwillige Verfügung entsprechend getroffen und nicht ausschließlich seine Tochter zur Erbin bestimmt.

Zu kritisieren ist an der Entscheidung im Ergebnis aus meiner Sicht daher vor allem, dass sie den letzten Willen des Erblassers unterläuft, indem der Enkelin die Hälfte des Nachlasses zugedacht wird, ohne dass dies von Seiten des Pflichtteilsrechts zwingend geboten gewesen wäre. Denn schließlich hat der Erblasser hier „seinen Abkömmlingen“ mehr als ihren Pflichtteil hinterlassen.

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Müller, Würzburg

8. BGB § 518 Abs. 2, §§ 705, 2301 Abs. 2 (*Schenkun­gsvollzug durch Zuwendung einer Unterbeteiligung*)

Die unentgeltliche Zuwendung einer durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages entstehenden Unterbeteiligung, mit der dem Unterbeteiligten über eine schuldrechtliche Mitberechtigung an den Vermögensrechten des dem Hauptbeteiligten zustehenden Gesellschaftsanteils hinaus mitgliedschaftliche Rechte in der Unterbeteiligungsgesellschaft eingeräumt werden, ist mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages im Sinn von § 2301 Abs. 2, § 518 Abs. 2 Satz 2 BGB vollzogen.

BGH, Urteil vom 29.11.2011, II ZR 306/09; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Klägerin, die „S und U U Familienstiftung“, ist die mit Testament vom 25.10.2001 eingesetzte Alleinerbin des am 26.10.2002 verstorbenen Verlegers Dr. S U, der Beklagte ist der Sohn des Erblassers. Der Erblasser war als persönlich haftender Gesellschafter an der S Verlag GmbH & Co. KG und der I Verlag GmbH & Co. KG jeweils zu 51 %, an der Verlagsleitung GmbH zu 55 % sowie an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreffend den Grundbesitz L-Straße, F, beteiligt. Mit notarieller Urkunde vom 24.10.2001 räumte er unter anderem für den Zeitpunkt seines Versterbens einem Treuhänder für die zu diesem Zeitpunkt aufsichtsrechtlich noch nicht genehmigte gemeinnützige „S U-Stiftung“ ohne Gegenleistung Unterbeteiligungen in Höhe von jeweils 30 % an den genannten Gesellschaften ein mit der Maßgabe, dass nach seinem Tod sein Erbe Hauptbeteiligter sei. Der Treuhänder trat die Rechte aus den Unterbeteiligungen am 23.10.2002 an die zu diesem Zeitpunkt rechtswirksam entstandene S U-Stiftung ab.

In § 16 des notariellen Vertrags vom 24.10.2001 heißt es zur Geschäftsführung:

„I. Geschäftsführer der Innengesellschaft ist der Hauptbeteiligte. (...)“

II. Der Hauptbeteiligte hat die Unterbeteiligte zu unterrichten und anzuhören, ehe er bei der Wahrnehmung ihm als Gesellschafter der Hauptgesellschaften zustehender Rechte Handlungen von besonderer Bedeutung vornimmt. Für Handlungen, die über gewöhnliche Gesell-

schafterentscheidungen in den Beteiligungen hinausgehen (entsprechend § 116 Abs. 2 HGB), ist die Zustimmung der Unterbeteiligten einzuholen.“

§ 18 lautet: „Verteilung von Gewinn und Verlust

I. Auszugehen ist von dem Gewinn oder Verlust, der für den Hauptbeteiligten in den Hauptgesellschaften steuerlich maßgeblich ist.

II. Der so berechnete verteilungsfähige Gewinn bzw. etwaige Verlust wird unter die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kapitalkonten verteilt. (...)“

Seit dem Tod des Erblassers streiten die Parteien – soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse – darüber, ob die der S U-Stiftung eingeräumten Unterbeteiligungen in den Nachlass gefallen und bei der Berechnung des vom Beklagten geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs zu berücksichtigen sind.

Das LG hat dem Klagebegehren, es solle festgestellt werden, dass der Erblasser durch den notariellen Vertrag vom 24.10.2001 der S U-Stiftung Unterbeteiligungen von jeweils 30 % an den vier genannten Gesellschaften schenkungsweise auf den Zeitpunkt seines Todes rechtswirksam eingeräumt habe, entsprochen. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht insoweit zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Die hinsichtlich der Verurteilung nach den weiteren Klageanträgen gegen die Nichtzulassung der Revision gerichtete Beschwerde des Beklagten ist mit Beschluss des BGH vom 9.2.2011 (IV ZR 8/09) zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Feststellungsklage sei zulässig. Der Klageantrag sei auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet, da es um die Zugehörigkeit von Rechten zum Nachlass und die Bewertung der Grundlagen für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs des Beklagten im Verhältnis zur Klägerin als Alleinerbin gehe. Die Feststellungsklage sei auch begründet. Der Erblasser habe der S U-Stiftung durch notariellen Vertrag vom 24.10.2001 rechtswirksam Unterbeteiligungen von jeweils 30 % an den genannten Gesellschaften schenkungsweise auf den Zeitpunkt seines Todes eingeräumt. Zwar liege nach der Rechtsprechung des BGH in der unentgeltlichen vertraglichen Begründung der Beteiligung an einer Innengesellschaft – anders als bei der Beteiligung an einer Außengesellschaft – kein Vollzug der Schenkung, da in einer Innengesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags lediglich schuldrechtlich verpflichtet sei. Auf eine – hier vorliegende – Unterbeteiligung, bei der dem Unterbeteiligten über eine bloße Einräumung von schuldrechtlichen Forderungen auf Vermögensleistungen hinaus eine mitgliedschaftliche Position eingeräumt werde, die ihm die Möglichkeit gebe, maßgeblichen Einfluss auf das Schicksal der Innengesellschaft und seiner Beteiligung auszuüben, sei diese Rechtsprechung jedoch nicht anzuwenden. In einem solchen Fall sei die Schenkung bereits mit dem Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags gemäß § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen.

II.

Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

Das Berufungsgericht hat dem Feststellungsantrag der Klägerin zu Recht entsprochen. Der Erblasser hat der S U-Stiftung die Unterbeteiligungen an den Gesellschaften durch Schen-

kung unter Lebenden auf den Todesfall zugewendet; die Schenkungen waren mit der Einräumung der Unterbeteiligungen im notariellen Vertrag vom 24.10.2001 vollzogen, § 2301 Abs. 2, §§ 516 ff. BGB.

1. Die Feststellungsklage ist zulässig.

Die Klage ist auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet; die Klägerin hat ein Interesse an der von ihr begehrten Feststellung.

a) Mit der Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses nach § 256 Abs. 1 ZPO kann nicht nur die Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses im Ganzen, sondern auch die Feststellung einzelner, aus dem umfassenden Rechtsverhältnis hervorgehender Berechtigungen verlangt werden (BGH, Urteil vom 26.1.1955, IV ZR 180/54, LM Nr. 5 zu § 2100 BGB; Urteil vom 12.12.1994, II ZR 269/93, NJW 1995, 1097 m. w. N.; Urteil vom 10.3.2004, IV ZR 123/03, BGHZ 158, 226, 227 f. m. w. N.; Urteil vom 20.2.2008, VIII ZR 139/07, NJW 2008, 1303 Rdnr. 9; *Roth in Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl., § 256 Rdnr. 26). Demgegenüber können einzelne rechtserhebliche Vorfragen oder Elemente eines Rechtsverhältnisses oder bloße Berechnungsgrundlagen nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein (BGH, Urteil vom 3.5.1977, VI ZR 36/74, BGHZ 68, 331, 332; Urteil vom 20.1.1993, IV ZR 139/91, NJW-RR 1993, 391; Urteil vom 12.12.1994, II ZR 269/93, NJW 1995, 1097 m. w. N.). Ebenso wenig kann die Feststellung einer abstrakten Rechtsfrage ohne Bezug zu einem konkreten Rechtsverhältnis erstrebt werden (BGH, Urteil vom 4.10.2000, VIII ZR 289/99, NJW 2001, 445, 447 m. w. N.; *MünchKommZPO/Becker-Eberhard*, 3. Aufl., § 256 Rdnr. 22; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., § 90 Rdnr. 9; *Assmann in Wiczorek/Schütze*, ZPO, 3. Aufl., § 256 Rdnr. 33).

b) Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich vorliegend weder um die Erstellung eines reinen Rechtsgutachtens noch um die unselbständige Festlegung von Berechnungsgrundlagen für den Pflichtteilsanspruch des Beklagten. Vielmehr begehrt die Klägerin die Feststellung einzelner, aus dem umfassenden Rechtsverhältnis des Pflichtteilsanspruchs hervorgehender gegenseitiger Berechtigungen und Verpflichtungen. Sind die jeweiligen Unterbeteiligungen an den genannten Gesellschaften der S U-Stiftung durch den Erblasser rechtswirksam zu Lebzeiten auf den Zeitpunkt seines Todes geschenkt worden, so sind sie nicht in den Nachlass gefallen. Ein Pflichtteilsanspruch des Beklagten könnte sich hierauf nicht erstrecken. Handelte es sich demgegenüber bei der Einräumung der Unterbeteiligungen lediglich um ein Vermächtnis, wäre dieses gegenüber dem Pflichtteilsanspruch des Beklagten nachrangig und deshalb bei dessen Berechnung nicht von den Nachlassaktiva abzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 16.9.1987, IVa ZR 97/86, NJW 1988, 136, 137; *MünchKommBGB/Lange*, 5. Aufl., § 2311 Rdnr. 20).

c) Anders als die Revision meint, kann die Klägerin nicht darauf verwiesen werden, durch die Erhebung einer negativen Feststellungsklage klären zu lassen, dass dem Beklagten über einen bestimmten Betrag hinaus kein weitergehender Pflichtteilsanspruch zustehe. Die Erhebung einer solchen Klage wäre zwar grundsätzlich möglich. Sie hätte aber bei dem hier gegebenen umfangreichen Nachlass zur Folge, dass nicht nur über die von der Klägerin rechtshängig gemachten Hauptstreitpunkte, sondern über zahlreiche weitere Fragen, insbesondere die Zugehörigkeit bestimmter Gegenstände zum Nachlass sowie deren Bewertung, in einem gerichtlichen Verfahren gestritten werden müsste. Für die Beurteilung der Zu-

lässigkeit der erhobenen Feststellungsklage kommt es vielmehr maßgeblich darauf an, ob sie im konkreten Einzelfall prozessökonomisch sinnvoll ist, weil sie einzelne zwischen den Parteien streitige Punkte so klären kann, dass der Streit zwischen ihnen insgesamt ausgeräumt wird und sich weitere Prozesse erübrigen (vgl. BGH, Urteil vom 17.1.1951, II ZR 16/50, BGHZ 1, 65, 74; Urteil vom 27.6.1990, IV ZR 104/89, NJW-RR 1990, 1220, 1221; *MünchKommZPO/Becker-Eberhard*, 3. Aufl., § 256 Rdnr. 22). Dies ist hier der Fall. Denn es liegt nicht fern, dass nach Klärung der aus Sicht der Klägerin maßgeblichen Hauptpunkte zwischen den Parteien insgesamt eine vergleichsweise Einigung über den Pflichtteilsanspruch erzielt wird, die eine – von der Klägerin nicht gewünschte – Einbeziehung weiterer Streitpunkte in einen Rechtsstreit entbehrlich macht.

2. Die Feststellungsklage ist auch begründet.

Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass der Erblasser der S U-Stiftung die Unterbeteiligungen an den vier Gesellschaften rechtswirksam durch Schenkung unter Lebenden aufschiebend bedingt durch seinen Tod zugewendet hat. Die unentgeltliche Zuwendung einer durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages entstehenden Unterbeteiligung, mit der dem Unterbeteiligten über eine schuldrechtliche Mitberechtigung an den Vermögensrechten des dem Hauptbeteiligten zustehenden Gesellschaftsanteils hinaus mitgliederschaftliche Rechte eingeräumt werden, ist mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages im Sinn von § 2301 Abs. 2, § 518 Abs. 2 BGB vollzogen.

a) Bei den der S U-Stiftung zugewendeten Unterbeteiligungen handelt es sich um Beteiligungen eines Dritten (Unterbeteiligten) an den Gesellschaftsanteilen des Hauptbeteiligten. Zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten kommt eine bürgerlich-rechtliche Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen zustande, in der dem Dritten eine schuldrechtliche Mitberechtigung zumindest am Gewinn des Gesellschaftsanteils des Hauptbeteiligten eingeräumt wird (BGH, Urteil vom 11.7.1968, II ZR 179/66, BGHZ 50, 316, 320; *MünchKommBGB/Ulmer*, 5. Aufl., vor § 705 Rdnr. 92; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, 2. Aufl., § 230 Rdnr. 192, 194; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, 7. Aufl., § 30.1). Auf die Unterbeteiligungsgesellschaft sind grundsätzlich die Vorschriften der §§ 230 bis 236 HGB analog anzuwenden (*MünchKommBGB/Ulmer*, 5. Aufl., vor § 705 Rdnr. 92 m. w. N.). Der Gesellschaftsvertrag der Unterbeteiligungsgesellschaft kann jedoch abweichend hiervon regeln, dass der Unterbeteiligte über eine schuldrechtliche Forderung auf Vermögensleistungen hinaus mitgliederschaftliche Teilhaberechte in der (Innen-)Gesellschaft erwerben soll (*K. Schmidt*, DB 2002, 829, 832; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, 2. Aufl., § 230 HGB Rdnr. 209, 237).

Die Unterbeteiligung an einem Geschäftsanteil kann Gegenstand einer Schenkung sein, das Schenkungsversprechen bedarf gemäß § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung (BGH, Urteil vom 6.3.1967, II ZR 180/65, WM 1967, 685). Wird die Unterbeteiligung – wie hier – zu Lebzeiten, jedoch erst auf den Zeitpunkt des Todes des Schenkers zugewendet, liegt ein Rechtsgeschäft unter Lebenden nur dann vor, wenn die Schenkung bereits vollzogen wurde (§ 2301 Abs. 2 BGB). Hierfür ist erforderlich, dass der Schenker alles aus seiner Sicht Erforderliche getan hat, um die Schenkung zu vollziehen. Dementsprechend genügt es für den Vollzug einer Schenkung, dass für den Beschenkten ein Erwerbs- oder Anwartschaftsrecht begründet wird, das sich bei Eintritt der Bedingung, hier des Todesfalls, zwangsläufig

zu einem Vollrecht entwickelt (BGH, Urteil vom 14.7.1971, III ZR 91/70, WM 1971, 1338, 1339 m. w. N.; Urteil vom 10.5.1989, IVa ZR 66/88, NJW-RR 1989, 1282 m. w. N.). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

b) Die Schenkung der Unterbeteiligungen an die S U-Stiftung wurde durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages in der notariellen Urkunde vom 24.10.2001 als Schenkung unter Lebenden auf den Todesfall vollzogen, § 2301 Abs. 2, §§ 516 ff. BGB.

aa) Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 24.9.1952, II ZR 136/51, BGHZ 7, 174, 178 f.; Urteil vom 29.10.1952, II ZR 16/52, BGHZ 7, 378, 379 f., jeweils für die stille Gesellschaft; Urteil vom 6.3.1967, II ZR 180/65, WM 1967, 685; offen gelassen in BGH, Urteil vom 2.7.1990, II ZR 243/89, BGHZ 112, 40, 46 = MittBayNot 1990, 316; so auch OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1996, 1123, 1124; OLG Düsseldorf, NZG 1999, 652, 653) kann die unentgeltliche Einräumung einer Unterbeteiligung – ebenso wie die unentgeltliche Zuwendung der stillen Beteiligung an einer Gesellschaft – mangels dinglicher Mitberechtigung des Unterbeteiligten am Gesellschaftsvermögen der Hauptgesellschaft nicht vollzogen werden. Dies kann weder durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages über die Begründung der Innengesellschaft noch durch die Einbuchung des Gesellschaftsanteils in die Bücher der Gesellschaft geschehen. Das Wesen der Unterbeteiligung als Innengesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen besteht gerade darin, dass nur der Hauptbeteiligte an der Hauptgesellschaft beteiligt ist und dass er dem anderen nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages lediglich schuldrechtlich zur Teilhabe zumindest am Gewinn seines Gesellschaftsanteils verpflichtet ist. Geht die Verpflichtung des Hauptbeteiligten dahin, einen anderen durch Einräumung einer Unterbeteiligung lediglich schuldrechtlich an den Vermögensrechten des ihm an der Hauptgesellschaft zustehenden Gesellschaftsanteils zu beteiligen, soll es nach dem Parteiwillen gerade nicht zu einer Vermögensübertragung kommen. Vielmehr erschöpft sich die Zusage in einer schuldrechtlichen Verpflichtung, die im Falle der unentgeltlichen Erteilung des Versprechens der notariellen Form bedarf. Ein solches Schenkungsversprechen kann auch nicht dadurch vollzogen werden, dass der Hauptbeteiligte den vereinbarten Anteil des Unterbeteiligten buchmäßig, steuerlich oder in anderer Weise als Vermögen des anderen führt. Denn auch durch eine derartige Handhabung wird der Unterbeteiligte nicht stärker als schuldrechtlich an dem Gesellschaftsanteil des Hauptbeteiligten als Partner der Innengesellschaft beteiligt. Auch wenn nur ein schuldrechtlicher Anspruch zugewendet werden soll, so stellt doch dessen Anerkennung in den Geschäftsbüchern oder gegenüber dem Finanzamt nicht die Bewirkung der versprochenen Leistung dar; vielmehr wird lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung des Schenkers durch eine andere ersetzt.

bb) Diese Rechtsprechung des BGH hat im Schrifttum teilweise Zustimmung erfahren (vgl. *Schneider*, DB 1954, 739; *Meyer*, Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, 1971, S. 79 ff.; *Thomsen*, Die Unterbeteiligung an einem Personengesellschaftsanteil, S. 31; *Böttcher/Zartmann/Faut*, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 3. Aufl., S. 106; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 156 f.; *Soergel/Hadding/Kießling*, BGB, 13. Aufl., § 705 Rdnr. 12). Demgegenüber wird sie von zahlreichen anderen Stimmen im Schrifttum, die die Schenkung einer Unterbeteiligung mit dem Abschluss des Innengesellschaft begründenden Gesellschaftsvertrages als vollzogen ansehen wollen, abgelehnt (vgl. *Hueck*, NJW 1953, 140, für die stille Gesellschaft; *Friehe*, Die Unterbeteiligung bei Personenge-

sellschaften, S. 53 f.; *Ulbrich*, Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen, S. 101 ff.; *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 225 ff.; *Brandner/Bergmann* in FS Sigle, 2000, S. 327, 330 ff.; *Coenen*, Formfreie Schenkung der Gesellschafterstellung in einer stillen Gesellschaft und einer Unterbeteiligung, S. 170 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, § 2 II 4 c, S. 111 f.; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, Stand 2005, § 518 Rdnr. 41; *Hueck*, ZHR 83 [1920], 1 ff., 22 ff.; *Herzfeld*, AcP 137 [1933], 270, 297). Eine weitere Ansicht (MünchKommHGB/K. *Schmidt*, 2. Aufl., § 230 Rdnr. 224, 103; *K. Schmidt*, DB 2002, 829 ff.; MünchKommBGB/J. *Koch*, 5. Aufl., § 518 Rdnr. 37, 33, 35; MünchKommBGB/*Ulmer*, 5. Aufl., vor § 705 Rdnr. 96; § 705 Rdnr. 45 f.) folgt der Rechtsprechung des BGH jedenfalls für den Fall nicht, dass dem Beschenkten mit der Beteiligung an der Innengesellschaft nicht nur vermögensrechtliche Ansprüche, sondern auch mitgliedschaftliche Rechte wie Stimm-, Verwaltungs- und Kontrollrechte zugewendet werden. In diesem Fall liege ebenso wie bei der Zuwendung einer Beteiligung an einer Außengesellschaft die Verschaffung des Rechts regelmäßig in der Begründung der Mitgliedschaft. Diese begründe als Zuwendungsgegenstand eine Rechtsposition, über die der Zuwendungsempfänger als Gesellschafter der Innengesellschaft vergleichbar einem Stammrecht grundsätzlich rechtlich und tatsächlich verfügen könne. Dieser Auffassung hat sich der BFH in seiner neueren Rechtsprechung angeschlossen (BFHE 220, 513, 515 f. = NJW-RR 2008, 986 Rdnr. 13 f.).

cc) Es bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob die Rechtsprechung des Senats, nach der die unentgeltliche Zuwendung einer Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil weder durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages noch durch die handels- und steuerliche Einbuchung vollzogen ist, mit der Folge, dass eine solche Schenkung aus Rechtsgründen nicht vollzogen werden könnte, grundsätzlich zu überdenken ist.

Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, hat der Erblasser der S U-Stiftung nicht nur schuldrechtliche Ansprüche auf Beteiligung am Gewinn des Hauptbeteiligten in den Hauptgesellschaften und auf eine Abfindung bei Auflösung der Innengesellschaft eingeräumt, sondern sie erhielt auch mitgliedschaftliche Mitwirkungsrechte an der Geschäftsführung der Innengesellschaft. Nach § 16 Abs. 2 des notariellen Vertrags vom 24.10.2001 hat der Hauptbeteiligte die Unterbeteiligte zu unterrichten und anzuhören, bevor er bei der Ausübung der ihm als Gesellschafter der Hauptgesellschaften zustehenden Rechte Handlungen von besonderer Bedeutung vornimmt. Für Handlungen, die über gewöhnliche Entscheidungen im Sinn von § 116 Abs. 1, 2 HGB in den Beteiligungsgesellschaften hinausgehen, ist sogar die Zustimmung der Unterbeteiligten einzuholen.

Jedenfalls für den Fall der unentgeltlichen Einräumung einer so ausgestalteten Unterbeteiligung folgt der Senat der Auffassung, dass die Schenkung mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages vollzogen ist. Zwar kommt es auch bei der Zuwendung einer solchen Unterbeteiligung – anders als bei der Zuwendung einer Beteiligung an einer Außengesellschaft – nicht zu einer dinglichen Mitberechtigung an der Hauptgesellschaft, da die Innengesellschaft – wie bei einer solchen Fallgestaltung regelmäßig – über kein Gesamthandsvermögen verfügt. Beschränkt sich aber die Unterbeteiligung nicht nur auf schuldrechtliche Ansprüche gegen den zuwendenden Hauptbeteiligten auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös, sondern werden dem Unterbeteiligten in der Innengesellschaft darüber hinaus mitgliedschaftliche Rechte eingeräumt, durch die er Einfluss auf die Innengesellschaft

nehmen kann, erhält er nicht nur die Stellung eines schuldrechtlichen Gläubigers, sondern eine in dem Anteil an der Innengesellschaft verkörperte mitgliedschaftliche Rechtsposition. Das rechtfertigt die Annahme, dass die unentgeltliche Zuwendung einer derartigen Beteiligung an einer Innengesellschaft ebenso wie die unentgeltliche Einräumung einer Beteiligung an einer Außengesellschaft mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages vollzogen ist.

dd) Entgegen der Meinung der Revision steht schließlich der Annahme, die Schenkung der Unterbeteiligungen sei im Sinn von § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen, nicht entgegen, dass der Erblasser dem Treuhänder der S U-Stiftung die Unterbeteiligungen erst für den Zeitpunkt seines Versterbens eingeräumt hat. Wird die Schenkung einer Unterbeteiligung – wie hier – mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages vollzogen, hat der Erblasser zu Lebzeiten alles aus seiner Sicht Erforderliche und Mögliche getan und damit dem Beschenkten eine gesicherte und unentziehbare Anwartschaft eingeräumt, die sich bei Eintritt der Bedingung zwangsläufig zu einem Vollrecht entwickelt hat (vgl. BGH, Urteil vom 14.7.1971, III ZR 91/70, WM 1971, 1338, 1339). Dass der S U-Stiftung nicht nur ein obligatorischer Anspruch auf Abschluss eines Unterbeteiligungsvertrages gegen die Klägerin als Erbin, sondern schon die Beteiligung an der Innengesellschaft selbst zugewendet wurde, wird, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, auch daraus deutlich, dass die mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages gegründete Innengesellschaft nach dem Tod des Erblassers mit dessen Erben als Hauptbeteiligten „fortgesetzt“ werden sollte.

Anmerkung:

Diese Entscheidung des BGH hat im Schrifttum, wohl nicht zuletzt wegen der Bekanntheit des Erblassers, dem Frankfurter Verleger Dr. *Siegfried Unseld*, einige Beachtung gefunden.¹ Aus notarieller Sicht ist das Urteil zunächst wegen seiner pflichtteilsrechtlichen Relevanz von Bedeutung. Die Parteien stritten darum, ob die der S und U U Familienstiftung (Alleinerbin) eingeräumten Unterbeteiligungen in den Nachlass gefallen und daher bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs des Beklagten zu berücksichtigen sind. Die Entscheidung ist darüber hinaus mit Blick auf die Formbedürftigkeit der Schenkung von Unterbeteiligungen von Interesse. Im Folgenden sollen zunächst die gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Grundlagen kurz erläutert werden, bevor auf die Entscheidung des BGH näher eingegangen wird.

1. Grundlagen

Zunächst gibt der Sachverhalt Anlass, sich die Konstruktion der Unterbeteiligung noch einmal vor Augen zu führen. Mit einer solchen räumt ein Gesellschafter (der Hauptbeteiligte) seinem Vertragspartner (dem Unterbeteiligten) eine lediglich schuldrechtlich wirkende Mitberechtigung an seinem Gesellschaftsanteil ein. Dieses Vertragsverhältnis ist in der Regel als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesamthandsvermögen zu qualifizieren.² Aufgrund der Nähe zur stillen Gesell-

schaft, für die die Beteiligung am Handelsgewerbe eines anderen notwendig ist, sind auf die Unterbeteiligung die §§ 230 ff. HGB analog anzuwenden.³ Je nach Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem unterscheidet man die „typische“ und die „atypische“ Unterbeteiligung. Die typische Unterbeteiligung vermittelt lediglich eine Beteiligung am auf den Hauptbeteiligten entfallenden, laufenden Geschäftsgewinn der Hauptgesellschaft. Bei der atypischen Variante, die auch als mitunternehmerische Unterbeteiligung bezeichnet wird, nimmt der Unterbeteiligte an der gesamten vermögensrechtlichen Stellung des Hauptbeteiligten teil, häufig werden ihm Beteiligungsrechte am Auseinandersetzungsguthaben und (im Innenverhältnis) Mitwirkungsbefugnisse im Hinblick auf die Hauptgesellschaft eingeräumt.⁴

Darüber hinaus war vorliegend entscheidend, was für den lebzeitigen Vollzug einer Schenkung auf den Todesfall erforderlich ist. Vollzieht der Schenker zu Lebzeiten die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes, so ist der Leistungsgegenstand nicht Teil des Nachlasses, es finden vielmehr gemäß § 2301 Abs. 2 BGB „die Vorschriften unter Lebenden Anwendung“. Erfolgt zu Lebzeiten dagegen kein Vollzug, gilt § 2301 Abs. 1 BGB, finden also „die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen“ Anwendung und wird die Schenkung nach dem Tod wie ein Vermächtnis vollzogen, fällt mithin in den Nachlass und erhöht etwaige Pflichtteilsansprüche.⁵ Nach ständiger Rechtsprechung ist für einen Vollzug im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB nicht etwa erforderlich, dass die Schenkung zu Lebzeiten dinglich erfüllt wird. Ein Vermögensopfer muss der Schenker zu Lebzeiten nicht erbringen. Vielmehr genügt es, wenn der Schenker alles aus seiner Sicht Erforderliche getan hat, um die Schenkung zu vollziehen; für den Beschenkten muss ein unentziehbares Erwerbs- oder Anwartschaftsrecht begründet werden, das sich bei Eintritt der Bedingung, also dem Tod, zwangsläufig zum Vollrecht entwickelt.⁶

2. Die Entscheidung des BGH

Nach dem Sachverhalt hatte der Erblasser zu notarieller Urkunde für den Zeitpunkt seines Versterbens ohne Gegenleistung Unterbeteiligungen an seinen Gesellschaftsbeteiligungen eingeräumt. Dieser Vertrag war nicht nur ein Schenkungs-, sondern zugleich ein Innengesellschaftsvertrag⁷, da mit ihm die Unterbeteiligungen begründet wurden. Fraglich war nun, wann die Schenkung dieser Unterbeteiligungen auf den Todesfall als im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen anzusehen ist. In seinen bisherigen Entscheidungen, die zu § 518 BGB ergangen sind, hatte der BGH nicht zwischen den verschiedenen Arten von Unterbeteiligungen (typisch – atypisch) differenziert⁸. Er hatte vielmehr pauschal die Auf-

³ Statt aller *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdnr. 38.

⁴ Vgl. *Blaurock*, NZG 2012, 521; *Hoffmann-Becking/Rawert/Blaum/Scholz*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 10. Aufl., VIII. E. 3. Anm. 5; *Lind*, LMK 2012, 330150.

⁵ *Reimann*, ZEV 2012, 167, 170.

⁶ Vgl. BGH, WM 1971, 1338 f.; BGH, NJW-RR 1989, 1282 = MittBayNot 1989, 319; MünchKommBGB/*Musielak*, 5. Aufl., § 2301 Rdnr. 19.

⁷ *K. Schmidt*, JuS 2012, 460, 461; es ging also um die Neubegründung einer Unterbeteiligung durch Schenkung, nicht dagegen um die unentgeltliche Übertragung einer bereits bestehenden Unterbeteiligung.

⁸ BGH, Urteil vom 24.9.1952, II ZR 136/51, BGHZ 7, 174, 178 f.; BGH, Urteil vom 29.10.1952, II ZR 16/52, BGHZ 7, 378, 379 f.; BGH, Urteil vom 2.7.1990, II ZR 243/89, BGHZ 112, 40, 46 = MittBayNot 1990, 316.

¹ Siehe zu der Entscheidung etwa die Anmerkungen von *Blaurock*, NZG 2012, 521; *Joost*, EWiR, § 2301 BGB 1/12, 343 f.; *Krauss*, GWR 2012, 108; *Lind*, LMK 2012, 330150; *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 328825; *Reimann*, ZEV 2012, 167; *K. Schmidt*, JuS 2012, 460; *H. P. Westermann*, ZIP 2012, 1007; der Name des Erblassers wird auch in der Pressemitteilung des BGH, Nr. 188/2011, genannt, weshalb auch hier die Nennung vertretbar erscheint.

² BGH, Urteil vom 11.7.1968, II ZR 179/66, BGHZ 50, 316; MünchKommBGB/*Ulmer*, 5. Aufl., § 705 Rdnr. 279; *Baumbach/Hopt*, HGB, 35. Aufl., § 105 Rdnr. 38; *Blaurock*, NZG 2012, 521.

fassung vertreten, dass ein (lebzeitiger) Vollzug bei der Schenkung von Unterbeteiligungen nicht stattfinden könne. Entscheidend sei, dass auch bei Abschluss des Unterbeteiligungsvertrags der Hauptbeteiligte stets alleiniger Inhaber seines Geschäftsanteils bleibe, eine Vermögensübertragung zu keinem Zeitpunkt stattfinde und auch gar nicht beabsichtigt sei. Der Unterbeteiligte erhalte nur eine schuldrechtliche Berechtigung (Zahlung von Gewinnanteilen, Abfindungsanspruch bei Beendigung der Hauptgesellschaft). Das sei für einen lebzeitigen Vollzug nicht ausreichend. Die überwiegende Meinung im Schrifttum ist dem seit jeher entgegengetreten. Ein Teil des Schrifttums sieht mit Abschluss des Unterbeteiligungsvertrags, gleich welcher Art, den lebzeitigen Vollzug der Schenkung als gegeben.⁹ Ein anderer Teil der Literatur, dem sich kürzlich auch der BFH¹⁰ angeschlossen hat, bejaht den lebzeitigen Vollzug mit Abschluss des Unterbeteiligungsvertrags jedenfalls dann, wenn dem Unterbeteiligten nicht nur vermögensrechtliche Ansprüche, sondern auch mitgliedschaftliche Rechte in der Innengesellschaft (Stimm-, Verwaltungs-, Kontrollrechte) zustehen, es sich mithin um eine atypische Unterbeteiligung handelt.¹¹ Bei einer atypischen Unterbeteiligung erhalte der Unterbeteiligte eine Rechtsposition, über die er, vergleichbar einem Außengesellschafter, grundsätzlich rechtlich und tatsächlich verfügen könne.¹² Der BGH hat nun für eine atypisch ausgestaltete Unterbeteiligung den lebzeitigen Vollzug mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags bejaht, sich also letzterer Auffassung angeschlossen. Der Unterbeteiligte erhalte in einem solchen Fall mit Abschluss des Vertrags – bedingt auf den Todesfall – nicht nur die Stellung eines schuldrechtlichen Gläubigers, „sondern eine in dem Anteil an der Innengesellschaft verkörperte mitgliedschaftliche Rechtsposition“. Damit habe der Schenker alles aus seiner Sicht Erforderliche getan, um die Schenkung im Sinne von § 2301 Abs. 2, § 518 Abs. 2 BGB zu vollziehen. Nicht entschieden hat der BGH, ob bei typischen Unterbeteiligungen an der bisherigen Rechtsprechung, welche die Möglichkeit des lebzeitigen Vollzugs verneinte, festzuhalten ist.

3. Stellungnahme

Die vom BGH vorgenommene Differenzierung erscheint grundsätzlich sachgerecht. Der qualitative Unterschied zwischen typischer und atypischer Unterbeteiligung rechtfertigt es, bei letzterer mit Abschluss des Unterbeteiligungsvertrags von einem Vollzug im Sinne von § 2301 Abs. 2 BGB auszugehen. Bei Abschluss eines atypischen Unterbeteiligungsvertrags entsteht eine mitgliedschaftliche Rechtsposition, die sich nicht mehr maßgeblich von der Beteiligung an einer Außengesellschaft unterscheidet. Anders dagegen bei der typischen Unterbeteiligung, die lediglich in einem schuldrechtlichen Anspruch gegen den Hauptbeteiligten (auf Beteiligung am Gewinn) besteht. Wird die typische Unterbeteiligung in Erfüllung eines Schenkungsversprechens eingeräumt, wird lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung (aus dem Schenkungsversprechen) durch eine andere (aus dem Unterbeteiligungsvertrag) ersetzt.¹³ Das genügt für einen lebzeiti-

gen Vollzug im Sinne von § 2301 Abs. 2 BGB nicht. Nachdem für die atypische Unterbeteiligung im entschiedenen Sachverhalt ein lebzeitiger Vollzug zu bejahen war, können dem enterbten Beklagten allenfalls noch Pflichtteilergänzungsansprüche zu einer wirtschaftlichen Beteiligung an dem verschenkten Vermögen verhelfen. Darüber, ob solche bestehen, hatte der BGH nicht zu entscheiden. Auch bei § 2325 Abs. 3 BGB stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Leistung des geschenkten Gegenstandes vorliegt und damit die Zehn-Jahres-Frist bis zur vollständigen Nichtberücksichtigung der Schenkung zu laufen beginnt. Indes ist hier das Ergebnis eindeutiger: Maßgeblich für den Fristlauf des § 2325 Abs. 3 BGB ist, dass der Schenker ein fühlbares Vermögensopfer erbracht hat.¹⁴ Das ist bei einer aufschiebend bedingten Zuwendung erst im Zeitpunkt des Bedingungseintritts der Fall, erst dann beginnt die Frist zu laufen.¹⁵ Eine Differenzierung zwischen typischer und atypischer Unterbeteiligung erübrigt sich hier.

Bedauerndwert ist, dass der BGH seine Überlegungen zu § 2301 Abs. 2 BGB ohne weitere Begründung auf § 518 Abs. 2 BGB überträgt.¹⁶ Diese Gleichsetzung entspricht zwar der bisherigen Rechtsprechung. Auch bei § 518 Abs. 2 BGB soll es für den Schenkungsvollzug nach dem BGH genügen, wenn der Schenker freiwillig alle seinerseits erforderlichen Leistungshandlungen vorgenommen hat.¹⁷ Richtig ist diese Gleichsetzung jedoch nicht, wie schon der abweichende Wortlaut des § 518 Abs. 2 BGB zeigt („Bewirkung“ der versprochenen Leistung). Gegen eine Gleichbehandlung spricht auch, dass § 518 Abs. 2, der die Heilung eines formnichtigen Schenkungsversprechens regelt, eine ganz andere Funktion erfüllt, als § 2301 Abs. 2, der lebzeitige und letztwillige Verfügungen voneinander abgrenzt.¹⁸ § 518 Abs. 2 BGB soll aus Praktikabilitätsgründen eine Gleichbehandlung des vollzogenen Schenkungsvertrags mit der Handschenkung bewirken.¹⁹ Für den Vollzug erforderlich ist daher – wie bei der Handschenkung – der Eintritt des Leistungserfolges.²⁰ Bei einer bedingten Übertragung ist mithin im Grundsatz der Eintritt der Bedingung erforderlich.²¹ Eine Rechtsprechungsänderung dürfte insoweit indes nicht zu erwarten sein. Folge der Übertragung der in der aktuellen Entscheidung vom BGH entwickelten Grundsätze auf § 518 Abs. 2 BGB ist, dass für die Schenkung von Unterbeteiligungen der durch die notarielle Beurkundung bezweckte Übereilungsschutz in Teilen nicht mehr gewährleistet ist.²² Die atypische Unterbeteiligung kann nun meist formlos eingeräumt werden, denn jedenfalls wird der Formmangel mit Abschluss des Unterbeteiligungsvertrags geheilt. Zu typischen Unterbeteiligungen hat sich der BGH in

⁹ Staudinger/Wimmer-Leonhard, 2005, § 518 Rdnr. 41; Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 225 ff.; Joost, EWiR, § 2301 BGB 1/12, 343, 344.

¹⁰ BFH, NJW-RR 2008, 986, Rdnr. 13 f.; MünchKommBGB/Koch, 6. Aufl., § 518 Rdnr. 29, 31 f.; MünchKommBGB/Ulmer, 5. Aufl., § 705 Rdnr. 45 f.

¹¹ MünchKommBGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 230, Rdnr. 224, 103.

¹² K. Schmidt, JuS 2012, 460, 461.

¹³ BGH, Urteil vom 24.9.1952, II ZR 136/51, BGHZ 7, 174, 179; BGH, WM 1967, 685.

¹⁴ BGH, Urteil vom 17. 9. 1986, IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122 = MittBayNot 1987, 40; BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791.

¹⁵ MünchKommBGB/Lange, § 2325 Rdnr. 58; Werkmüller, ZEV 2001, 97, 100; DNotI-Report 2010, 129, 130; nichts anderes sollte für § 2325 Abs. 2 BGB gelten, siehe dazu ausführlich Reimann, ZEV 2012, 167, 171.

¹⁶ Wofür an sich kein Anlass bestand, da die Form des § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB gewahrt war.

¹⁷ Vgl. dazu und zur Kritik an dieser Rechtsprechung etwa MünchKommBGB/Koch, § 518 Rdnr. 9 ff.; K. Schmidt, DB 2002, 829, 830.

¹⁸ MünchKommBGB/Koch, § 518 Rdnr. 9 m. w. N.

¹⁹ Ausführlich dazu MünchKommBGB/Koch, § 518 Rdnr. 11.

²⁰ K. Schmidt, DB 2002, 829, 830; Bamberger/Roth/Gehrlein, BeckOK-BGB, Edition 23, § 518 Rdnr. 6; MünchKommBGB/Koch, § 518 Rdnr. 9 m. w. N.

²¹ MünchKommBGB/Koch, § 518 Rdnr. 9 m. w. N.

²² Litzener, FD-ErbR 2012, 328825.

der aktuellen Entscheidung nicht geäußert. Hier sollte es bei der älteren Rechtsprechung verbleiben. Für solche Unterbeteiligungen kann ein Vollzug im Sinne von § 518 Abs. 2 BGB nicht mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags angenommen werden. § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB zeigt, dass die Begründung einer bloß schuldrechtlichen Forderung gegen den Schenker – und nichts anderes stellt die typische Unterbeteiligung letztlich dar – für einen Vollzug nicht genügt, nicht einmal dann, wenn es sich um ein Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis nach §§ 780, 781 BGB handelt.²³ Bei unentgeltlicher Einräumung typischer Unterbeteiligungen sollte der Berater daher nach wie vor die notarielle Beurkundung empfehlen, um der Gefahr der Formnichtigkeit und damit fehlender zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Anerkennung zu entgehen. Das Gleiche gilt für Fälle atypischer Unterbeteiligungen, die wesentlich vom entschiedenen Fall abweichen, wenn etwa zweifelhaft ist, ob die Mitwirkungsbefugnisse des Unterbeteiligten ausreichen.²⁴

Notarassessor Dr. *Alexander Lutz*, München

²³ MünchKommBGB/Koch, § 518 Rdnr. 22; *K. Schmidt*, DB 2002, 829, 830; a. A. *Blaurock*, NZG 2012, 521, 524.

²⁴ So auch *Lind*, LMK 2012, 330150.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. GmbHG § 7 Abs. 2 und 3, § 8 Abs. 2, §§ 9c, 16 Abs. 2 und 3 (*Unterbilanzhaftung bei unterbliebener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung*)

1. **Unterbleibt die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit einer wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, haften die Gesellschafter im Umfang einer Unterbilanz, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt (Klarstellung zu BGH, Beschlüsse vom 26.11.2007, II ZA 14/06 Rdnr. 4 und II ZA 15/06 Rdnr. 4).**
2. **Bei fehlender Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung tragen die unter dem Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung in Anspruch genommenen Gesellschafter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass in dem Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens bestanden hat.**
3. **Die Verpflichtung des Gesellschafters, eine zum Zeitpunkt einer wirtschaftlichen Neugründung bestehende Unterbilanz auszugleichen, ist eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber des Geschäftsanteils haftet.**

BGH, Urteil vom 6.3.2012, II ZR 56/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der U Vertriebs GmbH (Schuldnerin). Die Schuldnerin wurde am 28.12.1993 mit Sitz in N bei M unter der Firma M GmbH (im Folgen-

den: M GmbH) im Handelsregister eingetragen; Gegenstand des Unternehmens war der Vertrieb von medizinischen Heil-, Hilfs- und Pflegemitteln sowie der Handel mit Waren aller Art. Nach dem Jahresabschluss zum 31.12.2004 verfügte die Schuldnerin Ende des Jahres 2003 über keine Aktiva. Am 21.7.2004 beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma in U Vertriebs GmbH, verlegte den Sitz der Gesellschaft nach M, änderte den Unternehmensgegenstand, berief den bisherigen Geschäftsführer ab und bestellte an dessen Stelle eine neue Geschäftsführerin. Die neue Geschäftsführerin nahm ab diesem Zeitpunkt die Geschäfte auf entsprechend dem geänderten Unternehmensgegenstand, dem Vertrieb von schlüsselfertig herzustellenden Gebäuden als Generalübernehmerin. Die Änderungen wurden auf die am 30.7.2004 eingegangene Anmeldung am 17.9.2004 in das Handelsregister eingetragen.

Die Beklagte erwarb am 30.12.2005 den einzigen Geschäftsanteil an der Schuldnerin mit einem Nennbetrag von 50.000 DM gegen Zahlung eines Betrages von 7.500 €. Am 1. und am 21.3.2006 zahlte sie auf das Stammkapital insgesamt 25.000 € ein.

Mit Beschluss vom 8.2.2007 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger stellte bis zur Klageerhebung Forderungen i. H. v. 36.926,53 € zur Tabelle fest. Diesen Betrag beansprucht er unter dem Gesichtspunkt der Verlustdeckungshaftung von der Beklagten.

Das LG hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr in vollem Umfang stattgegeben. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht (OLG München, ZIP 2010, 579) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Bei der Aufnahme der operativen Tätigkeit innerhalb des durch Gesellschafterbeschluss vom 21.7.2004 erweiterten Geschäftszwecks handele es sich um eine Mantelverwendung, die dem Registergericht als wirtschaftliche Neugründung hätte offengelegt werden müssen. Die unterbliebene Offenlegung führe grundsätzlich zu einer zeitlich unbeschränkten Gesellschafterhaftung. Ob es der Beklagten eröffnet sei, sich durch den Nachweis der vollständigen Deckung des statutarischen Stammkapitals zum Zeitpunkt der Revitalisierung der Gesellschaft zu entlasten, oder ob es ausreiche, den Gesellschafter lediglich auf die Differenz zwischen dem Stammkapital und dem im Zeitpunkt der Anmeldung tatsächlich vorhandenen Gesellschaftsvermögen haften zu lassen, könne offen bleiben. Denn die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte habe sich insoweit auf den pauschalen Vortrag beschränkt, eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens habe nicht vorgelegen. Die auf die Stammeinlage im März 2006 erfolgten Einzahlungen führten nicht zu einer Haftungsbefreiung. Die wirtschaftliche Neugründung löse keine neue Einlagepflicht aus; die Erfüllung einer solchen mache der Kläger auch nicht geltend. Die Beklagte hafte als Erwerberin der Geschäftsanteile für die Ansprüche aus der Unterbilanzhaftung.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsgerichtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Beklagte haftet entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht in Höhe der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 8.2.2007 zur Insolvenztabelle festgestellten Forderungen von insgesamt 36.926,53 €. Die Haftung der Gesellschafter einer GmbH bei unterlassener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung ist vielmehr auf den Umfang einer Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen

in Erscheinung tritt. Die Revision hat dagegen keinen Erfolg, soweit sie geltend macht, eine Haftung der Beklagten scheide (insgesamt) schon deshalb aus, weil diese selbst nicht gegen die Verpflichtung zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung verstoßen habe. Bei dem Unterbilanzhaftungsanspruch im Fall einer wirtschaftlichen Neugründung handelt es sich um eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber eines Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung (vgl. jetzt § 16 Abs. 2 GmbHG) eintreten muss.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Aufnahme der Geschäfte mit geändertem Unternehmensgegenstand am 21.7.2004 eine wirtschaftliche Neugründung darstellt.

a) Als wirtschaftliche Neugründung ist es anzusehen, wenn eine durch Eintragung in das Handelsregister als juristische Person (§ 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 GmbHG) bereits entstandene GmbH als unternehmensloser Rechtsträger besteht und sodann mit einem Unternehmen ausgestattet wird. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob eine bewusst für eine spätere Verwendung „auf Vorrat“ gegründete Gesellschaft mit einem Unternehmen ausgestattet wird und erstmals ihren Geschäftsbetrieb aufnimmt (BGH, Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161 f. = MittBayNot 2003, 230; vgl. auch BGH, Beschluss vom 16.3.1992, II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, 331 f. für die AG) oder ob der „alte Mantel“ einer im Rahmen ihres früheren Unternehmensgegenstands tätig gewesenen, dann aber unternehmenslos gewordenen GmbH wiederverwendet wird (BGH, Beschluss vom 7.6.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 322). Auf die wirtschaftliche Neugründung sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden (BGH, Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161 = MittBayNot 2003, 230; Beschluss vom 7.6.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 321).

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Vorgänge im Juli 2004 als eine wirtschaftliche Neugründung durch Verwendung des leer gewordenen Mantels der M GmbH beurteilt.

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats liegt eine als wirtschaftliche Neugründung anzusehende Mantelverwendung vor, wenn eine GmbH eine „leere Hülse“ geworden ist, also kein aktives Unternehmen mehr betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann. Durch die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften auf die wirtschaftliche Neugründung sollen im Interesse des Geschäftsverkehrs Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass ein leer gewordener Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb seinen – neuen oder alten – Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung mit ihren präventiv wirkenden gläubigerschützenden Regeln einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit ggf. wiederaufzunehmen (BGH, Beschluss vom 7.6.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 324; Beschluss vom 18.1.2010, II ZR 61/09, ZIP 2010, 621 Rdnr. 6 = MittBayNot 2010, 324).

bb) Nach den – nicht angegriffenen – Feststellungen der Vorinstanzen war der vormalige Geschäftsbetrieb der Schuldnerin eingestellt worden. Im Sommer 2004 änderten die Gesellschafter den Unternehmensgegenstand, die Firma und den Gesellschaftssitz, bestellten eine neue Geschäftsführerin und nahmen unter Verwendung des leer gewordenen Geschäfts-

mantels der Schuldnerin eine neue Geschäftstätigkeit entsprechend dem geänderten Unternehmensgegenstand auf. Es ist nicht erkennbar, dass dabei in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise an die vormalige Tätigkeit angeknüpft wurde.

2. Die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbHG auf die wirtschaftliche Neugründung führt dazu, dass die Tatsache der Wiederverwendung eines inzwischen leer gewordenen Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht offenzulegen und damit die – am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichtende – Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden ist (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 323 f.). Diese Offenlegung ist bei der wirtschaftlichen Neugründung der Schuldnerin im Juli 2004 nicht erfolgt.

3. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die entsprechende Anwendung der die Kapitalaufbringung betreffenden Gründungsvorschriften des GmbHG führe bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht grundsätzlich zu einer zeitlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter bis zur restlosen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger. Unterbleibt die (ordnungsgemäße) Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung, ist die Haftung der Gesellschafter vielmehr auf den Umfang einer Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung tritt.

a) Bei der rechtlichen Gründung einer GmbH haften die Gesellschafter der vor der Eintragung bestehenden Vor-GmbH für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft der Höhe nach unbeschränkt. Nach dem vom erkennenden Senat entwickelten Haftungsmodell besteht eine einheitliche Gründerhaftung in Form einer bis zur Eintragung der GmbH andauernden Verlustdeckungshaftung und einer an die Eintragung geknüpften Vorbelastungs-(Unterbilanz-)haftung (BGH, Urteil vom 27.1.1997, II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 337 f. = MittBayNot 1997, 186). Kommt es zur Eintragung, haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten aus der mit ihrer Zustimmung vor der Eintragung aufgenommenen Geschäftstätigkeit für die Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital abzüglich des satzungsmäßig festgelegten Gründungsaufwands und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung (BGH, Urteil vom 9.3.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 141; Urteil vom 24.10.1988, II ZR 176/88, BGHZ 105, 300, 303 = MittBayNot 1989, 98; Urteil vom 29.9.1997, II ZR 245/96, ZIP 1997, 2008 = MittBayNot 1998, 44) entsprechend ihrer Beteiligungsquote (BGH, Urteil vom 17.2.2003, II ZR 281/00, ZIP 2003, 625, 627; Urteil vom 16.1.2006, II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 395). Unterbleibt die Eintragung der GmbH, haften die Gesellschafter (der Vor-GmbH) ebenfalls unbeschränkt für die durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckten Verluste. Im Gegensatz zur Unterbilanzhaftung bedarf es keiner Auffüllung des Stammkapitals (BGH, Urteil vom 27.1.1997, II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 334 ff. = MittBayNot 1997, 186). Beide Haftungsinstrumente sind als Innenhaftung ausgestaltet. Bei der Verlustdeckungshaftung ist eine Durchbrechung des Innenhaftungsprinzips im Einzelfall anerkannt (vgl. BGH, Urteil vom 27.1.1997, II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 341 = MittBayNot 1997, 186; Urteil vom 24.10.2005, II ZR 129/04, ZIP 2005, 2257).

b) Dieses Haftungsmodell für die rechtliche Gründung einer GmbH lässt sich nicht uneingeschränkt auf die Situation der wirtschaftlichen Neugründung übertragen. Anders als bei der rechtlichen Gründung einer GmbH besteht im Zeitpunkt

der wirtschaftlichen Neugründung bereits eine eingetragene GmbH als ein von seinen Gesellschaftern zu trennender Rechtsträger, für den grundsätzlich die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach § 13 Abs. 2 GmbHG gilt.

aa) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist die wirtschaftliche Neugründung in vollem Umfang in die mit den Gründungsvorschriften verfolgte Regelungsabsicht des Gesetzgebers einzubeziehen, die Ausstattung der Gesellschaft mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Haftungsfonds sicherzustellen. Das Registergericht hat daher entsprechend § 9c GmbHG in eine Gründungsprüfung einzutreten, die sich jedenfalls auf die Erbringung der Mindeststammeinlagen und im Falle von Sacheinlagen auf deren Werthaltigkeit zu beziehen hat (§ 7 Abs. 2 und 3, § 8 Abs. 2 GmbHG). Entscheidend verfahrensrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Kontrolle durch das Registergericht ist die auch anlässlich einer wirtschaftlichen Neugründung abzugebende Anmeldeversicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG. Danach ist zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich – weiterhin oder jedenfalls wieder – endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet (BGH, Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 162 = MittBayNot 2003, 230; Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 323 f.; Urteil vom 12.7.2011, II ZR 71/11, ZIP 2011, 1761 Rdnr. 9 = MittBayNot 2011, 514).

Dem Umstand, dass eine wirtschaftliche Neugründung auch bei Anmeldung damit einhergehender eintragungspflichtiger Veränderungen für das Registergericht als solche nicht immer ohne Weiteres zu erkennen ist, trägt die Rechtsprechung des BGH dadurch Rechnung, dass sie die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht verlangt. Dadurch wird gewährleistet, dass die wirtschaftliche Neugründung in der gebotenen Weise offenkundig gemacht wird und zugleich die Effektivität des unverzichtbaren registergerichtlichen Präventivschutzes vor einer gläubigergefährdenden wirtschaftlichen Verwendung der Rechtsform der GmbH verstärkt (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 324 f.; Urteil vom 12.7.2011, II ZR 71/11, ZIP 2011, 1761 Rdnr. 10 = MittBayNot 2011, 514).

Auf der materiellrechtlichen Haftungsebene wird das Modell der Unterbilanzhaftung im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung nach der Rechtsprechung des Senats mit der Maßgabe zur Anwendung gebracht, dass maßgeblicher Stichtag für die Haftung der Gesellschafter die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung gegenüber dem Handelsregister ist. Eine Gewährleistung der Unversehrtheit des Stammkapitals über diesen Zeitpunkt hinaus ist bei der ordnungsgemäß offengelegten wirtschaftlichen Neugründung nicht veranlasst. Anders als bei der rechtlichen Gründung, die erst mit der Eintragung vollzogen ist (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG), bedarf bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft oder eines leeren Gesellschaftsmantels der bereits früher als GmbH wirksam entstandene Rechtsträger zu seiner weiteren rechtlichen Existenz keiner zusätzlichen „konstitutiven“ Eintragung mehr. Außerdem ist dem Gläubigerschutz bei Unversehrtheit des Stammkapitals im Zeitpunkt der Offenlegung hinreichend genügt, so dass die Gesellschafter solcher Rechtsträger nunmehr tatsächlich das neue Unternehmen als werbende GmbH ohne Zeitverlust in Vollzug setzen und mit der bestimmungsgemäßen Verwendung des Stammkapitals zu dessen Betrieb beginnen können (BGH,

Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 162 = MittBayNot 2003, 230; Beschluss vom 7.6.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 327; Urteil vom 12.7.2011, II ZR 71/11, ZIP 2011, 1761 Rdnr. 10 = MittBayNot 2011, 514).

bb) Unterbleibt demgegenüber die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung, ist die Haftung der Gesellschafter auf eine Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist. Dies ist im Streitfall der 21.7.2004, als – nach dem unstreitigen Sachverhalt – die neu bestellte Geschäftsführerin der Schuldnerin im Rahmen des erweiterten Unternehmensgegenstands tätig wurde. Sofern in den beiden Entscheidungen des Senats vom 26.11.2007 (II ZA 14/06, ZIP 2008, 217 Rdnr. 4 und II ZA 15/06, DStR 2008, 933 Rdnr. 4) etwas anderes zum Ausdruck gekommen sein sollte, wird hieran nicht festgehalten.

(1) Von einem Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums wird allerdings die Ansicht vertreten, dass die Gesellschafter ebenso wie in der Situation der unterbliebenen Ersteintragung der GmbH bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer zeitlich unbegrenzten Verlustdeckungshaftung unterliegen (vgl. OLG Jena, ZIP 2007, 124, 125; OLG Jena, NZG 2004, 1114, 1115 = MittBayNot 2005, 60; *Bachmann*, NZG 2011, 441, 443 ff.; *Hüffer*, NJW 2011, 1772, 1773; *Krolop*, ZIP 2011, 305, 306; *Melchior*, EWiR 2010, 249, 250; *Wachter*, BB 2010, 1242, 1243; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 3 Rdnr. 13b; *Schäfer* in *Bork/Schäfer*, GmbHG, § 3 Rdnr. 19; *Schäfer* in *Henssler/Strohn*, GmbHG, § 3 Rdnr. 17; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 14, 19 f.; *ders.* in FS Goette, 2011, S. 15, 22; *Limmer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 23 Rdnr. 45a; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 26 Rdnr. 36).

Hiergegen werden mit unterschiedlichen Begründungs- und Lösungsansätzen durchgreifende Einwände erhoben (vgl. KG, ZIP 2010, 582, 583; *Adolff*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, 49, 87 f.; *Altmeyen*, DB 2003, 2050, 2052; *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1653, 1658 f.; *Habersack*, AG 2010, 845, 849 f.; *Heidenhain*, NZG 2003, 1051, 1053; *Heidinger*, ZGR 2005, 101, 129 f.; *Hermanns*, ZNotP 2010, 242, 244 f.; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 200 f., 202 f.; *Peetz*, GmbHR 2011, 178, 181; *Podewils*, GmbHR 2010, 684, 688; *Priester*, ZHR 168 [2004], 248, 262; *Schall*, NZG 2011, 656; *K. Schmidt*, ZIP 2010, 857, 861 ff.; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 613; *Werner*, GmbHR 2010, 804, 807; *Wicke*, NZG 2005, 409, 411; MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rdnr. 32; *Emmerich* in *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl., § 3 Rdnr. 34; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 3 Rdnr. 140; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. Fn. 591).

(2) Der die Rechtsprechung des Senats zur Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbHG auf die wirtschaftliche Neugründung tragende Zweck, der Umgehung einer den Kapitalaufbringungsregeln unterliegenden Gründung durch die Verwendung eines bereits existenten, unternehmenslosen Rechtsträgers entgegenzuwirken, rechtfertigt es nicht, die (Neu-)Gründer über den Zeitpunkt hinaus, zu dem die wirtschaftliche Neugründung durch die Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt, für die

Aufbringung des Stammkapitals persönlich haften zu lassen. Sinn und Zweck der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften ist es, die Kapitaldeckung der Gesellschaft zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung sicherzustellen. Die mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Gefahren für einen wirksamen Gläubigerschutz bestehen sowohl im Anschluss an eine Vorratsgründung als auch im Zusammenhang mit der „Wiederbelebung“ eines leeren Mantels durch Ausstattung mit einem (neuen) Unternehmen. In beiden Fällen besteht die Gefahr einer Umgehung der Gründungsvorschriften mit der Folge, dass die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung beim Neustart, der regelmäßig mit der Anmeldung eventueller durch die wirtschaftliche Neugründung bedingter Satzungsänderungen und der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nach außen in Erscheinung tritt, nicht gewährleistet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161 = MittBayNot 2003, 230; Beschluss vom 7.6.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 322). Hieran haben sich sowohl die registergerichtliche Kontrolle als auch das materiellrechtliche Haftungskonzept auszurichten. Die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht kann dabei nicht mit der die rechtliche Existenz der GmbH begründenden (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und die Haftungsbeschränkung nach § 13 Abs. 2 GmbHG bewirkenden Ersteintragung gleichgesetzt werden (a. A. etwa *Bachmann*, NZG 2011, 441, 445; *Bayer* in FS Goette, 2011, S. 15, 23; *Hüffer*, NJW 2011, 1772, 1773, 1777).

Es besteht keine Veranlassung, die Haftung der Gesellschafter auch auf den Ausgleich von Verlusten zu erstrecken, die das Gesellschaftsvermögen nach dem Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung vermindert haben. Die spezifischen, aus der Verwendung eines bereits bestehenden Rechtsträgers folgenden Gefahren für die Gesellschaftsgläubiger entsprechen nicht denjenigen, denen mit den Gründungsvorschriften im Verfahren der Gesellschaftsgründung entgegengetreten werden soll. In beiden Fällen soll zwar das Fehlen oder der Verlust des Stammkapitals der Gesellschaft vermieden werden. Im Verfahren der Ersteintragung der Gesellschaft geht es allerdings um die Risiken, die sich aus einer dem rechtlichen Entstehen der Gesellschaft vorgelagerten, über den eigentlichen Zweck der Vorgesellschaft hinausgehenden Geschäftsaufnahme für den Rechtsverkehr ergeben, nachdem das zuvor geltende Vorbelastungsverbot durch den Senat aufgehoben worden ist (BGH, Urteil vom 9.3.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 133 ff.). Im Falle der Verwendung eines bereits bestehenden Rechtsträgers im Rahmen einer wirtschaftlichen Neugründung ergibt sich eine potentielle Gläubigergefährdung dagegen nicht aus etwaigen Vorbelastungen des Gesellschaftsvermögens aus dem Zeitraum zwischen dem Abschluss der Gesellschafter, den schon entstandenen Rechtsträger wieder oder erstmals für unternehmerische Zwecke einzusetzen und dem Abschluss der Prüfung des Registergerichts. Durch die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften mit der Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht soll vielmehr verhindert werden, dass zum Zeitpunkt der (Wieder-) Aktivierung der Gesellschaft die Kapitaldeckung – z. B. wegen möglicher Verluste aus der früheren Existenz des Rechtsträgers – nicht gewährleistet ist (vgl. *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129, 1133).

(3) Dem kann nicht erfolgreich mit dem Argument begegnet werden, erst das durch die (Pflicht zur) Offenlegung ermöglichte (zeitnahe) staatliche Kontrollverfahren legitimiere den Betrieb eines haftungsbeschränkten Unternehmens (a. A. *Bachmann*, NZG 2011, 441, 444 f.; *Goette*, DStR 2004, 461,

464 f.). Diese Sicht berücksichtigt die strukturellen Unterschiede des der Ersteintragung vorausgehenden registergerichtlichen Prüfungsverfahrens gegenüber dem Prüfungsverfahren im Fall der wirtschaftlichen Neugründung nicht in dem gebotenen Maß. Ersteres zielt in erster Linie auf den Erwerb der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, auch wenn die Aufbringung (eines Teils) des Stammkapitals eine Voraussetzung für die diese Haftungsbeschränkung bewirkende Eintragung ist (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG). Maßgeblicher Zweck der aufgrund der Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung veranlassten registerrechtlichen Prüfung ist dagegen die Aufdeckung einer etwaigen Kapitallucke, die von den (Neu-) Gründern für die Verwendung des (bereits existenten und) haftungsbeschränkten Rechtsträgers auszugleichen ist. Der Absicherung der Kapitaldeckung dient zum einen die Abgabe der nach § 9a GmbHG haftungsbewehrten Einzahlungsversicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und zum anderen das Nachforschungsrecht des Registergerichts gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Gegenüber dem Verfahren der Ersteintragung besteht nur ein eingeschränkter Präventivschutz (*Heinze*, GmbHR 2011, 962, 964, 967; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 202), weil die Nutzung des haftungsbeschränkten Rechtsträgers für unternehmerische Zwecke durch das Registergericht außerhalb eines Verfahrens nach § 395 Abs. 1 FamFG nicht unterbunden werden kann (vgl. OLG Frankfurt, GmbHR 1992, 456).

Ein der Neueintragung entsprechender staatlicher Verleihungsakt, der die Verwendung des Rechtsträgers erst legitimiert, erfolgt bei der wirtschaftlichen Neugründung nicht. Richtig ist zwar, dass regelmäßig erst die pflichtgemäße Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung in Verbindung mit der Abgabe der Erklärung nach § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Prüfung des Registergerichts ermöglicht (OLG Jena, ZIP 2007, 124, 125; *Heinze*, GmbHR 2011, 962, 967). An den erfolgreichen Abschluss der registergerichtlichen Prüfung sind aber – anders als im Verfahren der Ersteintragung – bezogen auf die Unterbilanzhaftung keine Konsequenzen geknüpft, und zwar selbst dann nicht, wenn das Registergericht nach § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG weitere Nachforschungen anstellt und diese ergeben, dass die entsprechend § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG abgegebenen Versicherungen fehlerhaft sind (*Heinze*, GmbHR 2011, 962, 964). Jedenfalls dann, wenn die wirtschaftliche Neugründung sich ohne Satzungsänderungen oder einen Geschäftsführerwechsel vollzieht, ist es dem Registergericht auch nicht eröffnet, die unterlassene Offenlegung nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG durch die Ablehnung einer Eintragung zu sanktionieren.

(4) Die Annahme einer zeitlich und der Höhe nach unbeschränkten Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter ist auch nicht etwa deshalb als Sanktionsmittel bei einer Verletzung der Offenlegungspflicht geboten, weil die Gesellschafter andernfalls die Offenlegungspflicht bei der Aktivierung des leeren Mantels gefahrlos ignorieren könnten (in diesem Sinn aber *Bachmann*, NZG 2011, 441, 443 f.; *Bayer* in FS Goette, 2011, S. 15, 22; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129, 1132; *Krolop*, ZIP 2011, 305, 309 f.). Die unterlassene Offenlegung ist zwar wegen des strafrechtlichen Analogieverbots nicht nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG strafbewehrt (vgl. *Bachmann*, NZG 2011, 441, 444; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129, 1132; *Heinze*, GmbHR 2011, 962, 967; *Krafka*, ZGR 2003, 577, 584; *Thaeter*, DB 2003, 2112, 2113; *Michalski*, GmbHG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 28; MünchKommGmbHG/*Wicke*, § 3 Rdnr. 38; a. A. *Schall*, NZG 2011, 656, 657). Dies rechtfertigt es aber nicht, den Gläubiger besser zu stellen, als er bei ordnungsgemäßer Offenlegung stünde (*Giedinghagen/Rulf*,

EWiR 2010, 291, 292; *Habersack*, AG 2010, 845, 850; *Hermanns*, ZNotP 2010, 242, 244 f.; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 200 f., 202 f.; *Peetz*, GmbHR 2011, 178, 181; *K. Schmidt*, ZIP 2010, 857, 861, 862 f.; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 613).

(5) Mit der Nichtanwendung der Grundsätze der Verlustdeckungshaftung steht kein Wechsel des Haftungsmodells im Raum. Die Gesellschafter der wirtschaftlich neu gegründeten Gesellschaft haben im Rahmen der Unterbilanzhaftung (anteilig) den – ggf. auch negativen – Wert des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe des zugesagten Stammkapitals auszugleichen, mithin die Kapitaldeckung zu gewährleisten. Der Übergang zu einer Differenzhaftung in dem Sinne, dass in Anlehnung an § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Haftung auf die (ggf. erneute) Zuführung des Stammkapitals begrenzt ist, ist damit nicht verbunden.

4. Ein Anspruch des Klägers scheidet entgegen der Auffassung der Revision nicht schon insgesamt daran, dass die Beklagte nicht an der wirtschaftlichen Neugründung beteiligt war, sondern sämtliche Geschäftsanteile der Schuldnerin erst nach der Aufnahme der Geschäfte zum 21.7.2004 am 30.12.2005 erworben hat. Für eine eventuelle, zu diesem Zeitpunkt bereits entstandene Unterbilanzhaftung des Veräußerers müsste die Beklagte gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung eintreten.

a) Auf den Streitfall findet § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. Anwendung. Die Vorschrift regelt die Haftung des Erwerbers eines Geschäftsanteils für auf den Geschäftsanteil rückständige Leistungen und damit eine mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerb verknüpfte Rechtsfolge. Nach den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts – § 3 EGGmbHG sieht insoweit keine spezielle Übergangsregelung vor – untersteht ein Schuldverhältnis nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seinen Wirkungen dem Recht, das zur Zeit seiner Entstehung galt, Art. 170, Art. 229 § 5, Art. 232 § 1 EGBGB analog (BGH, Urteil vom 26.1.2009, II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rdnr. 19 f. – Gut Buschow), mithin hier dem im Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils durch die Beklagte im Jahr 2005 geltenden Recht.

b) Die Verpflichtung des Gesellschafters, eine zum Zeitpunkt einer wirtschaftlichen Neugründung bestehende Unterbilanz auszugleichen, ist ebenso wie die Ansprüche auf Erbringung der Einlage und aus Differenzhaftung bei Überbewertung einer Sacheinlage eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber des Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. haftet.

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats haftet der Erwerber eines Geschäftsanteils, wenn der Veräußerer seine Einlageverpflichtung nicht oder nicht in voller Höhe erfüllt hat (BGH, Urteil vom 14.3.1977, II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 196 f.; Urteil vom 10.5.1982, II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 50 f.). Der in der Person eines Gesellschafters einmal entstandene und fällig gewordene Einlageanspruch soll und kann der Gesellschaft durch einen Gesellschafterwechsel nicht mehr entzogen werden (BGH, Urteil vom 10.5.1982, II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 50 f.). Dieselben Grundsätze gelten für den Differenzhaftungsanspruch bei Überbewertung einer Sacheinlage nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG (vgl. schon BGH, Urteil vom 14.3.1977, II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 196 f.).

bb) Für den ebenfalls im Dienste der Sicherung der realen Kapitalaufbringung in der rechtlichen Gründungsphase stehenden, den Gründungsgesellschafter aufgrund seiner Mitgliedschaft in die Pflicht nehmenden Anspruch aus Unterbilanzhaftung gilt im Hinblick auf den vergleichbaren Regelungsgehalt nichts anderes. Der erkennende Senat teilt dar-

über hinaus die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass gegen den Veräußerer begründete Ansprüche aus Unterbilanzhaftung unter dem Gesichtspunkt einer wirtschaftlichen Neugründung rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil im Sinne des § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. darstellen (OLG Frankfurt, NZG 1999, 450, 451; OLG Düsseldorf, NZG 2004, 380, 381; OLG Celle, GmbHR 2005, 1496, 1497; *Böken*, GmbHR 2005, 1166, 1167 f.; *Hermanns*, ZNotP 2010, 242, 245; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 203; *Wachter*, BB 2010, 1242, 1243 f.; *Wicke*, NZG 2005, 409, 414; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 16 Rdnr. 42; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 3 Rdnr. 159; MünchKommGmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 166; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 3 Rdnr. 13, § 16 Rdnr. 22; *Ebbing* in *Michalski*, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 137; *Pfisterer* in *Saenger/Inhester*, GmbHG, § 16 Rdnr. 23; *Schäfer* in *Bork/Schäfer*, GmbHG, § 3 Rdnr. 19; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 12; a. A. *Krolop*, ZIP 2011, 305, 311; *Podewils*, GmbHR 2010, 684, 688; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 612).

(1) Der Anspruch aus Unterbilanzhaftung soll gewährleisten, dass der Gesellschaft das ihr von ihren Gesellschaftern versprochene, in ihrer Satzung verlaubliche Stammkapital wenigstens im Augenblick ihrer Eintragung tatsächlich seinem Wert nach unversehrt zur Verfügung steht (BGH, Urteil vom 9.3.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 136 f.). Der Unterbilanzhaftungsanspruch, der gleichermaßen für die Sach- wie für die Bargründung gilt, dient nach Aufgabe des Vorbelastungsverbots der Sicherstellung des Unversehrtheitsgrundsatzes. Er ist grundsätzlich wie der Anspruch auf Leistung fehlender Einlagen zu behandeln und unterliegt deshalb im Hinblick auf Herkunft und Regelungszweck, ebenso wie die für Sacheinlagen geltende Differenzhaftung (§ 9 GmbHG), denselben strengen Regeln der Kapitalaufbringung wie die ursprüngliche Einlageschuld (BGH, Urteil vom 6.12.1993, II ZR 102/93, BGHZ 124, 282, 286; Urteil vom 16.1.2006, II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 401). Diese Gemeinsamkeiten machen eine Gleichbehandlung auch im Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. erforderlich.

(2) Nichts anderes gilt, wenn der auf Ausgleich einer Unterbilanz gerichtete Anspruch auf einer entsprechenden Anwendung des Haftungsmodells im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Neugründung beruht. Der Einwand, § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. passe nicht in das Haftungskonzept (so OLG Schleswig, ZIP 2007, 822, 823; *Podewils*, GmbHR 2010, 684, 688), trägt nicht. § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. ist keine das Gründungsstadium der Gesellschaft betreffende Vorschrift, so dass sich nicht die Frage stellt, ob ihre Anwendung im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Neugründung geboten ist (vgl. *Krolop*, ZIP 2011, 305, 311). Es geht vielmehr darum, ob es sich bei dem aus der entsprechenden Anwendung des Modells der Unterbilanzhaftung folgenden Anspruch um eine „auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung“ handelt. Insoweit ist kein Grund ersichtlich, den Anspruch auf Ausgleich einer Unterbilanz im Rahmen einer wirtschaftlichen Neugründung anders zu behandeln als den entsprechenden, zum Zeitpunkt der Ersteintragung entstandenen Anspruch.

(3) Die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter infolge von Geschäften, die vor Eintragung der GmbH vorgenommen werden, ist zwar davon abhängig, dass die durch solche Geschäfte bewirkten Vorbelastungen des Gesellschaftsvermögens mit Zustimmung der Gesellschafter begründet worden sind (BGH, Urteil vom 9.3.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 139 f.; Urteil vom 27.1.1997, II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 335 = MittBayNot 1997, 186). Entsprechend haften die Gesellschafter auch im Falle der wirtschaftlichen Neugründung

nur dann, wenn sie der (Neu-)Aufnahme der Geschäfte zugestimmt haben (vgl. BGH, Beschluss vom 7.6.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 326 f.; *Bayer* in FS Goette, 2011, S. 15, 22 m. w. N.; *ders.*, GmbHR 2011, 1034, 1036). Der Umstand, dass der Anspruch aus Unterbilanzhaftung auch an ein bestimmtes Verhalten des Veräußerers anknüpft, rechtfertigt es allerdings nicht, den Erwerber von dieser Haftung auszunehmen (a. A. *Krolop*, ZIP 2011, 305, 311; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 612). Durch das Erfordernis der Zustimmung des Gesellschafters zur Aufnahme der Geschäfte wird der Unterbilanzhaftungsanspruch nicht zu einem von der Mitgliedschaft abgekoppelten Sekundäranspruch. Wegen seiner Zustimmung zur Aktivierung eines Gesellschaftsmantels (oder einer Vorratsgesellschaft) ist der Neugründungsvorgang dem Gesellschafter vielmehr (gerade) als Träger des Mitgliedschaftsrechts objektiv zuzurechnen.

III.

Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob und ggf. in welchem Umfang zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Geschäfte am 21.7.2004 eine Deckungslücke zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem satzungsmäßigen Kapital bestanden hat.

Für die wiedereröffnete Berufungsverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Der Kläger ist nicht aus prozessualen Gründen gehindert, seinen Klageantrag auf den Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung bezogen auf den Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung am 21.7.2004 zu stützen. In der Behauptung und Berechnung einer Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital der Schuldnerin und dem Wert des Gesellschaftsvermögens am 21.7.2004 liegt gegenüber der Geltendmachung einer vollständigen Verlustdeckung zum 8.2.2007 keine Klageänderung durch Einführung eines neuen Klagegrunds. Zum Klagegrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Der Vortrag des Klägers gibt dabei die Richtung an, in der die Parteien endgültige Rechtsgewissheit erwarten (BGH, Urteil vom 19.12.1991, IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 6). Die Identität des Klagegrunds wird erst aufgehoben, wenn durch neue Tatsachen der Kern des in der Klage angeführten Lebenssachverhalts verändert wird. Dabei muss es sich um wesentliche Abweichungen handeln (BGH, Beschluss vom 11.10.2006, KZR 45/05, NJW 2007, 83 Rdnr. 11 m. w. N.).

Ersichtlich handelt es sich bei den beiden auf unterschiedliche Zeitpunkte abstellenden Anspruchsberechnungen nur um die Geltendmachung verschiedener Folgen eines einheitlichen Vorgangs der wirtschaftlichen Neugründung, mithin eines einheitlichen Lebenssachverhalts. Die Klage wird weiterhin auf die Verletzung der Kapitalaufbringungsvorschriften bei der wirtschaftlichen Neugründung der Schuldnerin gestützt und rückt mit der veränderten Berechnung zeitlich sogar näher an den Kern des zur Entscheidung gestellten haftungsbegründenden Tatsachenkomplexes heran.

2. Die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen von Unterbilanzhaftungsansprüchen trifft grundsätzlich die Gesellschaft und damit im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen den Insolvenzverwalter, wobei insbesondere letzterer im Einzelfall wegen einer den Gesellschafter treffenden sekundären Darlegungslast Erleichterungen für sich in Anspruch nehmen kann (BGH, Urteil vom

29.9.1997, II ZR 245/96, ZIP 1997, 2008, 2009 = MittBayNot 1998, 44; Urteil vom 17.2.2003, II ZR 281/00, ZIP 2003, 625, 627).

Diese Beweislastverteilung ist bei unterlassener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung nicht sach- und interessengerecht. Der Begrenztheit der Erkennbarkeit wirtschaftlicher Neugründungen trägt der erkennende Senat dadurch Rechnung, dass er deren Offenlegung gegenüber dem Registergericht verlangt. Unterbleibt die gebotene Offenlegung, wird es den Gesellschaftern ermöglicht, mit einer inaktiven haftungsbeschränkten Gesellschaft, deren Vermögen das statutarische Stammkapital nicht deckt, von einer registergerichtlichen Kontrolle unbehelligt, (wieder) am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Ungeachtet dessen, dass die Offenlegung in den Aufgabenbereich des Geschäftsführers fällt, haben die Gesellschafter, die der Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, die haftungsrechtlichen Folgen fehlender Offenlegung zu verantworten. Die Umgehung des der Aufbringung des statutarischen Stammkapitals – an dem sich das Vertrauen des Rechtsverkehrs orientiert – dienenden registergerichtlichen Präventivschutzes rechtfertigt eine Beweislastumkehr. In den Fällen fehlender Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung tragen die Gesellschafter daher die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens besteht (vgl. *Almeppen*, DB 2003, 2050, 2052; *Hermanns*, ZnotP 2010, 242, 244 f.; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 203; *Peetz*, GmbHR 2011, 178, 184; *K. Schmidt*, ZIP 2010, 857, 862 f.; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 613; *Wicke*, NZG 2005, 409, 411 f.; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 3 Rdnr. 166; enger *Podewils*, GmbHR 2010, 684, 688; i. E. auch *Habersack*, AG 2010, 845, 850).

Das Berufungsgericht durfte die Behauptung der Beklagten, eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens habe nicht vorgelegen, ungeachtet der von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen schon deswegen nicht als unsubstantiiert behandeln, weil der Kläger seinen Anspruch bislang nicht im Hinblick auf eine zum maßgeblichen Zeitpunkt bestehende Unterbilanz, sondern ausschließlich mit Forderungen begründet hat, die nach dem Zeitpunkt des Erwerbs durch die Beklagte entstanden sind. Es liegt daher zunächst am Kläger, sein Klagebegehren neu auszurichten.

3. Ein etwa bestehender Unterbilanzhaftungsanspruch könnte durch die Einzahlung der Beklagten i. H. v. 25.000 € im März 2006 in diesem Umfang erfüllt worden sein.

a) Der in der Jahresbilanz zu aktivierende Anspruch aus Unterbilanzhaftung geht zwar – gleichgültig, ob diese bilanztechnische Aktivierung stattgefunden hat oder nicht – ebenso wenig wie der echte Einlageanspruch oder der Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG automatisch „durch Zweckerreichung“ unter, wenn die Gesellschaft nach dem Stichtag aus anderen Gründen über ein die Stammkapitalziffer deckendes Vermögen verfügt (BGH, Urteil vom 16.1.2006, II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 400 f.). So dient der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG der Wiederaufbringung des durch die verbotene Auszahlung verletzten Stammkapitals der Gesellschaft und ist deshalb funktional mit dem Einlageanspruch der Gesellschaft zu vergleichen, für dessen Bestand es wegen des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung keine Rolle spielt, ob das Stammkapital der Gesellschaft möglicherweise bereits auf andere Weise gedeckt ist (BGH, Urteil vom 29.5.2000, II ZR 118/98, BGHZ 144, 336, 340 f.; Urteil vom 18.6.2007, II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 Rdnr. 16).

Eine derartige Betrachtungsweise gilt erst recht für die vergleichbare Situation bei der Unterbilanzhaftung, wenn die im Zeitpunkt des Stichtages bestehende Unterbilanz später durch Wiederauffüllung des Haftungsfonds auf andere Weise beseitigt worden ist. Der Anspruch aus Unterbilanzhaftung ist nach der Senatsrechtsprechung grundsätzlich wie ein Anspruch auf Leistung fehlender Bareinlagen zu behandeln und unterliegt deshalb denselben strengen Regeln der Kapitalaufbringung wie die ursprüngliche Einlageschuld. Nach dem insoweit entsprechend geltenden Grundsatz der realen Kapitalaufbringung ist damit auch bei der Unterbilanzhaftung – nicht anders bei der für Sacheinlagen geltenden Differenzhaftung (§ 9 GmbHG) – ein automatisches Erlöschen des Anspruchs durch faktische Zweckerreichung infolge einer anderweitigen Auffüllung des Haftungsfonds ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 16.1.2006, II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 401).

b) Allerdings könnten die Einzahlungen von insgesamt 25.000 € in das Gesellschaftsvermögen im März 2006 bei entsprechender Tilgungsbestimmung geeignet gewesen sein, einen seit dem 21.7.2004 etwa bestehenden Anspruch auf Ausgleich der Unterbilanz gemäß § 362 BGB ganz oder teilweise zu erfüllen. Ob die Beklagte bei den entsprechenden Zahlungen eine einen etwa bestehenden Anspruch aus Unterbilanzhaftung umfassende Tilgungszweckbestimmung (vgl. BGH, Urteil vom 14.3.1977, II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 198; Urteil vom 16.1.2006, II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 402; Beschluss vom 15.10.2007, II ZR 263/06, ZIP 2008, 1281 Rdnr. 6) abgegeben hat, hängt von den Gesamtumständen ab, die zu den Zahlungen geführt haben, und bedarf weiterer Aufklärung. Hierbei werden auch die in der Revisionsbegründung vorgetragene Umstände sowie eventueller ergänzender Vortrag der Parteien zu würdigen sein. Bei der Auslegung der Erklärungen der Beklagten im Zusammenhang mit den Einzahlungen wird zu berücksichtigen sein, dass auch der Anspruch auf Unterbilanzhaftung der Aufbringung des statutarischen Stammkapitals dient.

Sollte sich eine entsprechende Tilgungszweckbestimmung (im Wege der Auslegung) nicht feststellen lassen, können die Zahlungen gleichwohl (teilweise) zum Erlöschen eines etwaigen Unterbilanzhaftungsanspruchs geführt haben, wenn sie sich dieser Verbindlichkeit eindeutig objektiv zuordnen lassen. Insoweit gilt nichts anderes als bei einer fortbestehenden Einlageverpflichtung sowie beim Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 21.11.2005, II ZR 140/04, BGHZ 165, 113, 117 f.; Urteil vom 9.1.2006, II ZR 72/05, BGHZ 165, 352, 356 f.; Urteil vom 16.1.2006, II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 Rdnr. 24 – Cash-Pool; Beschluss vom 15.10.2007, II ZR 263/06, ZIP 2008, 1281 Rdnr. 6; Urteil vom 26.1.2009, II ZR 217/07, BGHZ 179, 285 Rdnr. 10 f.).

Anmerkung:

1. Einleitung

Seit den Grundsatzentscheidungen des BGH aus den Jahren 2002¹ und 2003² wendet die Rechtsprechung die Gründungsvorschriften des GmbHG, soweit diese die Kapitalaufbringung gewährleisten sollen, auf sog. wirtschaftliche Neugründungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung entsprechend an. In Anlehnung an die ebenfalls vom BGH entwickelte Haftung der Gesellschafter für eine etwaige Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft³

trifft nach der Rechtsprechung die Gesellschafter, die einer wirtschaftlichen Neugründung zugestimmt haben, ebenfalls eine Unterbilanzhaftung gegenüber der Gesellschaft. Der BGH hatte zu entscheiden, ob Stichtag für diese Unterbilanzhaftung die vom BGH geforderte Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht oder ein noch zu definierender Zeitpunkt der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung ist (dazu Ziffer 2.). Außerdem hatte der BGH zu entscheiden, ob für eine so begründete Unterbilanz neben dem Gesellschafter, der aufgrund seiner Zustimmung zur wirtschaftlichen Neugründung haftet, auch dessen Einzelrechtsnachfolger haftet (dazu Ziffer 3.). Einzelrechtsnachfolger ist, wer den Geschäftsanteil anders als im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erwirbt.

2. Zum maßgeblichen Stichtag für die Unterbilanzhaftung

a) Ein richtiger Grundsatz und dessen Einschränkungen

aa) Zu Recht urteilt der BGH, dass im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung eine Haftung der Gesellschafter nur für eine Unterbilanz zu dem Stichtag gerechtfertigt ist, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderung oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist – nachfolgend auch kurz „Stichtag der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung“ genannt. Denn eine weitergehende unbegrenzte Verlustdeckungshaftung bis zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung – wie sie von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums in Analogie zur Gründerhaftung bis zum Zeitpunkt der Ersteintragung ins Handelsregister vertreten wird⁴ – lässt sich nicht durch den Zweck rechtfertigen, der die analoge Anwendung der Gründungsvorschriften auf die Fälle der wirtschaftlichen Neugründung trägt (Rdnr. 23). Insoweit lässt die Urteilsbegründung weder in ihrer Klarheit noch in ihrer Argumentation zu wünschen übrig.

bb) Gleichwohl lässt die weitere Urteilsbegründung erkennen, dass der BGH offenbar im Interesse einer sach- und interessengerechten Beweislastverteilung nicht gewillt ist, den Stichtag der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung als den einzigen für die Unterbilanz maßgeblichen Stichtag anzuerkennen. Das zeigt sich insbesondere unter Rdnr. 19, wo der BGH ausdrücklich seinen bisherigen Standpunkt wiederholt, dass „maßgeblicher Stichtag für die Haftung der Gesellschafter die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG (...) zu verbindende Offenlegung [der wirtschaftlichen Neugründung] gegenüber dem Handelsregister ist.“ Einzig für den Fall der fehlenden Offenlegung erklärt der BGH ausdrücklich, dass die Haftung der Gesellschafter auf diejenige Unterbilanz begrenzt sein soll, „die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung (...) erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist“ (Rdnr. 20), wobei die Darlegungs- und Beweislast für die Begrenzung bei den Gesellschaftern liegen soll (Rdnr. 42).

b) Lückenhafte und damit wenig hilfreiche Fallgruppenbildung

Mit der vom BGH vorgenommenen Differenzierung zwischen der offengelegten und der nicht offengelegten wirtschaftlichen Neugründung sind jedoch allenfalls scheinbar

¹ BGH, NJW 2003, 892.

² BGH, NJW 2003, 3198.

³ BGH, NJW 1981, 1373.

⁴ Befürwortend z. B. OLG Jena, ZIP 2007, 124, 125 (zur GmbH); Hüfner, NJW 2011, 1772, 1777 ff.; Krolop, ZIP 2011, 305 ff.

sämtliche Fragen zum maßgeblichen Stichtag für die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter ausdrücklich beantwortet.

aa) Für den Fall der nicht offengelegten wirtschaftlichen Neugründung ist nicht ausdrücklich geklärt, welcher Zeitpunkt maßgeblich sein soll, wenn die Gesellschafter die Höhe der Unterbilanz im Zeitpunkt der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung *nicht* darlegen oder beweisen können. Auf der Grundlage der vom BGH angeordneten Beweislastverteilung (Rdnr. 42) kann es jedenfalls nicht dem Gläubiger des Unterbilanzhaftungsanspruchs (d. h. der Gesellschaft bzw. dem Insolvenzverwalter) obliegen, die Höhe der Unterbilanz zum Zeitpunkt der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung darzulegen und zu beweisen. Auch auf den zweiten vom BGH genannten Stichtag, die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, kann nicht abgestellt werden, da eine Offenlegung in der hier behandelten Fallgruppe gerade nicht erfolgt ist. Es bleibt bei unterlassener Offenlegung also (gerade im Insolvenzverfahren) wohl nur die Möglichkeit, auf den Zeitpunkt der noch erforderlichen (hypothetischen) Offenlegung abzustellen. Dies hieße jedoch bis zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gerade die unbegrenzte Haftung zu bejahen, die der BGH eingangs (Rdnr. 23 ff.) zu Recht als sachlich grundsätzlich nicht gerechtfertigt bewertet hat. Möglicherweise handelt es sich jedoch bei dieser Haftung genau um die haftungsrechtlichen Folgen der fehlenden Offenlegung, die die Gesellschafter nach Auffassung des BGH zu tragen haben (Rdnr. 42).

bb) Nicht ausdrücklich geklärt ist auch die Frage, ob die Gesellschafter bei einer verspäteten⁵ Offenlegung die Möglichkeit haben, sich im Rahmen ihrer bei der Offenlegung abzugebenden Versicherung zum Nichtbestehen einer Unterbilanz bzw. zur Wiederauffüllung des Differenzbetrags auf den Zeitpunkt der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung zurückzubeziehen, wenn sie das Nichtbestehen bzw. die Höhe der Unterbilanz zu diesem Zeitpunkt darlegen und beweisen können. Dagegen spricht zunächst die Aussage des BGH, dass er auf den Zeitpunkt der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung nur für den Fall abstellen will, dass eine Offenlegung nicht erfolgt ist (Rdnr. 20), während bei erfolgter Offenlegung der Zeitpunkt der Offenlegung der maßgebliche Stichtag sein soll (Rdnr. 19). Würde den Gesellschaftern aber im Falle einer verspäteten Offenlegung die Möglichkeit versagt, sich auf den Stichtag der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung zurückzubeziehen, würde dies zu wenig sach- und interessengerechten Ergebnissen führen, wenn sich die Unterbilanz seit der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung vergrößert hat: Zum einen würden die Gesellschafter im Falle der späteren Offenlegung einer Haftung in einer sachlich nicht gerechtfertigten Höhe ausgesetzt (Rdnr. 24 ff.), zum anderen entstände der Fehlanreiz, die Offenlegung zur Vermeidung einer Haftungsausweitung zu unterlassen.⁶

c) Ausgestaltung als Einwendung? Folgen für die Praxis

Blendet man die wenig hilfreiche Fallgruppenbildung des BGH aus und konzentriert sich auf die Kernaussagen des Ur-

teils, so begründet das Urteil zur Frage des maßgeblichen Stichtags für die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter wohl in erster Linie eine Einwendung bzw. einwendungsähnliche Möglichkeit für die Gesellschafter, sich auf den Stichtag der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung zu beziehen. Dies gilt aber nur – daher die Charakterisierung als Einwendung –, wenn die Gesellschafter das Nichtbestehen einer Unterbilanz bzw. die Grenzen der Unterbilanz zu diesem Zeitpunkt darlegen und beweisen können (Rdnr. 42). Konsequenterweise sollte diese Möglichkeit der Rückbeziehung im Falle einer verspäteten Offenlegung auch im Rahmen der von den Gesellschaftern bei der Offenlegung abzugebenden Versicherung und der damit korrespondierenden Wiederauffüllungspflicht bestehen (vgl. oben Ziffer 2. b) bb)).

Im Übrigen – d. h. für den Fall, dass die Gesellschafter die Bilanz zum Stichtag der tatsächlichen Neugründung nicht nachweisen können – lässt das Urteil einige Fragen offen, und zwar insbesondere für den Fall, dass die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unterblieben ist (vgl. oben Ziffer 2. b) aa))

Die Praxis muss daher zumindest damit rechnen, dass die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister weiterhin der grundsätzlich maßgebliche Stichtag für die Unterbilanzhaftung bleibt (Rdnr. 19), insbesondere auch für den Beginn der Verjährung des Unterbilanzhaftungsanspruchs.⁷ Die Offenlegung behält damit zumindest einen Teil der ihr bisher zugemessenen haftungsbegrenzenden Bedeutung, insbesondere für den Fall, dass die (ggf. auch zukünftigen) Gesellschafter das Nichtbestehen oder die Grenzen der Unterbilanz zum Stichtag der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung nicht darlegen oder beweisen können.

Ein „Aufatmen bei der wirtschaftlichen Neugründung“⁸ ermöglicht die Entscheidung den Gesellschaftern damit jedenfalls in den Fällen, in denen die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung zwar unterblieben, das Nichtbestehen oder die Grenzen einer Unterbilanz zum Stichtag der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung aber nachweisbar ist. Das wird regelmäßig in den Fällen der wirtschaftlichen Neugründung auf der Basis einer Vorratsgesellschaft der Fall sein, so dass in diesen Fällen keine unbegrenzte persönliche Haftung der Gesellschafter für sämtliche Verluste bis zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung zu befürchten ist. Wie groß das „Aufatmen“ im Einzelfall sein kann, mag man ermessem, wenn man sich vor Augen hält, dass z. B. der Insolvenzverwalter der Quimonda AG gegen Infineon eine Klage mit einem Streitwert von 1,71 Mrd. Euro eingereicht hat, die unter anderem auf die fehlende Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung bei der Ausgliederung des Speichergeschäfts gestützt wurde.⁹

3. Zur Haftung des Einzelrechtsnachfolgers (Erwerbers)

Der BGH hatte auch zu entscheiden, ob für eine nach den vorstehenden Maßgaben ermittelte Unterbilanz neben dem Gesellschafter, der aufgrund seiner Zustimmung zur wirtschaftlichen Neugründung haftet, auch dessen Einzelrechtsnachfolger haftet. Einzelrechtsnachfolger ist, wer den Ge-

⁵ Die Möglichkeit einer verspäteten Offenlegung erkennt der BGH implizit dadurch an, dass er zwischen dem Stichtag der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung und dem Stichtag der Offenlegung differenziert. Diese Differenzierung macht nur für die verspätete Offenlegung Sinn, da bei einer rechtzeitigen Offenlegung beide Stichtage identisch sind.

⁶ So schon *Tavakoli*, NJW 2012, 1855, 1856.

⁷ OLG Köln, Urteil vom 20.12.2007, 18 U 172/06.

⁸ So der Titel der Urteilsanmerkung von *Zöllner-Petzold*, NJW-Spezial 2012, 335 f.

⁹ *Zöllner-Petzold*, NJW-Spezial 2012, 335.

schäftsanteil anders als im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworben hat.

a) Inhalt der Entscheidung

Der BGH hat hierzu entschieden, dass es sich bei der Verpflichtung des Gesellschafters, eine im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung bestehende Unterbilanz auszugleichen, um eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung im Sinne des § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. handelt, so dass die Haftung selbst dann auf den Einzelrechtsnachfolger übergeht, wenn dieser von der wirtschaftlichen Neugründung keine Kenntnis hat (Rdnr. 31 ff.). Damit schafft die Rechtsprechung eine weitere Grundlage dafür, dass sich der Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für den Erwerber als ein Erwerb mit unbeschränktem persönlichem Haftungsrisiko darstellt. Denn die Unterbilanzhaftung ist gerade nicht auf die Höhe des Stammkapitals beschränkt, da das Gesellschaftsvermögen zum Bilanzstichtag negativ sein kann.

b) Teleologische Hinterfragung der Entscheidung

Diese Entscheidung erscheint keineswegs durch den Gesetzeswortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. erzwungen, da man diesen auch in der Weise einschränkend auslegen kann, dass von dieser Vorschrift nur im Rahmen einer Übernahmeerklärung zugesagte Leistungen (d. h. „Einlagen“ im Sinne des § 16 Abs. 2 GmbHG n. F.) erfasst werden.¹⁰ Im Schrifttum war zudem bereits vor der Entscheidung als mögliches Differenzierungskriterium zwischen dem Anspruch auf Leistung übernommener Einlagen und dem Unterbilanzhaftungsanspruch herausgearbeitet worden, dass letzterer nicht nur den Rückstand der Leistung auf den Geschäftsanteil, sondern auch ein bestimmtes persönliches Verhalten des Gesellschafters (die Zustimmung zur wirtschaftlichen Neugründung) voraussetzt (vgl. Rdnr. 36). Zu überlegen ist auch, ob nicht ein weiteres teleologisches Differenzierungskriterium zwischen der Haftung für rückständige, im Rahmen einer Übernahmeerklärung begründete Einlageverpflichtungen und einer Differenzhaftung bei wirtschaftlichen Neugründungen darin bestehen könnte, dass wirtschaftliche Neugründungen für einen Erwerber nur begrenzt erkennbar sind (so auch der BGH in Rdnr. 42), während für einen Erwerber stets Veranlassung besteht zu prüfen, ob die übernommenen Einlagen vollständig geleistet wurden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es bedauerlich, dass der BGH nicht die Gelegenheit nutzt, die Haftung des Rechtsnachfolgers für Unterbilanzhaftungsansprüche (gleich ob bei echter oder wirtschaftlicher Neugründung) teleologisch zu hinterfragen. Dies gilt umso mehr, als die Verkehrsfähigkeit von GmbH-Geschäftsanteilen durch das Risiko einer der Höhe nach unbeschränkten persönlichen Unterbilanzhaftung des Erwerbers erheblich beeinträchtigt werden kann.

Eine Haftung des Einzelrechtsnachfolgers erschiene im Interesse des Kapitalschutzes zwingend, wenn die Haftung des Rechtsvorgängers (Verkäufer o. ä.) erlöschen würde. Ein solches Erlöschen der Haftung des Rechtsvorgängers lehnt der BGH jedoch zu Recht ab (vgl. Rdnr. 32) und ist auch vom Gesetz nicht vorgesehen (vgl. § 16 Abs. 2 GmbHG). Andernfalls könnte sich ein Gesellschafter nämlich durch Veräußerung seiner Beteiligung der gegen ihn gerichteten Ansprüche entledigen und durch die Veräußerung an einen Insolventen den Ansprüchen der Gesellschaft praktisch die Durchsetzbarkeit entziehen.

¹⁰ So wohl Podewils, GmbHR 2010, 684, 688 f.; Krolop, ZIP 2011, 305, 310 f.; Wahl/Schult, NZG 2010, 611, 612; Gottschalk, DStR 2012, 1458, 1461.

Damit stellt sich die Frage, aus welchen Gründen es erforderlich sein könnte, den Einzelrechtsnachfolger *neben* dem Rechtsvorgänger haften zu lassen. Der klassische Grund für zusätzliche Haftung des Einzelrechtsnachfolgers besteht darin zu verhindern, dass dem Gläubiger durch die Einzelrechtsnachfolge die Haftungsmasse entzogen wird: Insbesondere für den Fall, dass der Gegenstand der Einzelrechtsnachfolge unentgeltlich oder zu günstig veräußert wird, soll der Gläubiger durch die Haftung des Einzelrechtsnachfolgers den vollstreckungsrechtlichen Zugriff auf den Gegenstand selbst oder dessen Früchte erhalten. Genau diese Notwendigkeit besteht jedoch bei der Unterbilanzhaftung praktisch nicht. Denn der vollstreckungsrechtliche Zugriff der zu schützenden Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen ist bereits dadurch gesichert, dass der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen durch den Gesellschafterwechsel nicht beeinträchtigt wird, da Schuldner dieser Gläubiger nicht der Gesellschafter, sondern die GmbH ist. Vor einer Ausschüttung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens (nur dieses schützt auch der Unterbilanzhaftungsanspruch) an den neuen Gesellschafter wird das Gesellschaftsvermögen bereits durch die Vorschriften über die Kapitalerhaltung geschützt; verstößt der neue Gesellschafter gegen diese Vorschriften, haftet er der Gesellschaft bereits aus diesen Vorschriften persönlich.

Bei teileingezahlten Geschäftsanteilen mag man die gesetzliche Haftung des Einzelrechtsnachfolgers nach § 16 Abs. 2 GmbHG unter Umständen deshalb für sinnvoll halten, weil es nicht unüblich ist, dass ein Erwerber im Innenverhältnis die in legitimer Weise gestundete Einzahlungspflicht übernimmt. Ohne die Haftung des Einzelrechtsnachfolgers im Außenverhältnis müsste die Gesellschaft trotz der Regelung im Innenverhältnis stets den Rechtsvorgänger in Anspruch nehmen. Auch mit diesem Argument lässt sich aber die zusätzliche Haftung des Einzelrechtsnachfolgers für eine Unterbilanz im Falle der Ersteintragung oder einer wirtschaftlichen Neugründung nicht rechtfertigen, da die Unterbilanzhaftungsansprüche zwingend sofort (d. h. noch durch den Rechtsvorgänger!) zu erfüllen sind und die Erfüllung nicht in legitimer Weise (bis zum Erwerb durch den Rechtsnachfolger) aufgeschoben werden darf.

Aus Sicht der Gesellschaft als Gläubiger des Unterbilanzhaftungsanspruchs ist die zusätzliche Haftung des Einzelrechtsnachfolgers zwar zweifellos vorteilhaft, da ein weiterer Schuldner die Durchsetzbarkeit des Anspruchs erleichtern kann und gerade der aktuelle Gesellschafter für die Gesellschaft unter Umständen leichter ausfindig zu machen ist als seine Rechtsvorgänger. Ob diese Vorteile im Interesse eines effektiven Kapitalschutzes das unbeschränkte Haftungsrisiko für den Erwerber und die damit verbundene Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit von GmbH-Geschäftsanteilen rechtfertigen, erscheint jedoch sehr zweifelhaft. Das gilt umso mehr, als die Haftung des Einzelrechtsnachfolgers keineswegs ein besonders wirkungsvolles Instrument des Kapitalschutzes darstellt. Denn der gut beratene Einzelrechtsnachfolger kann seine Haftung verhältnismäßig leicht durch die Zwischenschaltung einer Beteiligungsgesellschaft mit beschränkter Haftung begrenzen (vgl. nachfolgende lit. c)), so dass das Risiko einer unbeschränkten persönlichen Haftung nur diejenigen Erwerber trifft, die entweder nicht gut beraten sind oder trotz guter Beratung nicht hinreichend risikoavers sind (z. B. weil sie auf den Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft „mit beschränkter Haftung“ vertrauen!). Die Haftung des Einzelrechtsnachfolgers für Unterbilanzhaftungsansprüche entfaltet auch keinerlei im Interesse des Kapitalschutzes liegende Präventivwirkung, da alle haftungsbegründenden und damit

zu vermeidenden Umstände bereits durch den Rechtsvorgänger verwirklicht wurden (das gilt jedenfalls dann, wenn auf die Unterbilanz zum Stichtag der tatsächlichen wirtschaftlichen Neugründung abgestellt wird).

Im Ergebnis dürfte es jedenfalls nicht im Interesse einer guten richterrechtlichen Rechtsfortbildung liegen, gefährliche und schwer erkennbare Haftungstatbestände zu begründen, die sich weniger als effektive Instrumente des Kapitalschutzes, sondern vielmehr als Haftungsfallen für schlecht Beratene oder Ungeschickte darstellen. Deshalb sollte die Rechtsprechung in Erwägung ziehen, die Haftung des Einzelrechtsnachfolgers nach § 16 Abs. 2 GmbHG künftig eher im Interesse der Verkehrsfähigkeit von GmbH-Anteilen teleologisch zu beschränken, anstatt ohne jede höhenmäßige Beschränkung immer neue Haftungstatbestände unter diese Vorschrift zu subsumieren.¹¹ Eine solche, die Schutzwürdigkeit des gutgläubigen Erwerbers berücksichtigende teleologische Beschränkung der Haftung des Einzelrechtsnachfolgers nach § 16 Abs. 2 GmbHG könnte z. B. in Anlehnung an die von der Rechtsprechung und der herrschenden Ansicht im Schrifttum vorgenommene teleologische Beschränkung des § 31 Abs. 3 GmbHG¹² auf die Höhe der Stammkapitalziffer erfolgen.

c) Folgen für die Praxis; Strategien zur Vermeidung der persönlichen Haftung

Für den Notar verstärkt die Entscheidung die Notwendigkeit, den Erwerber über seine Haftung aus § 16 Abs. 2 GmbH (in Verbindung mit § 24 GmbHG) zu belehren, insbesondere darüber, dass die persönliche Haftung des Erwerbers nicht auf die Höhe des Stammkapitals begrenzt ist, sondern in unbegrenzter Höhe bestehen kann (z. B. in den Fällen der Differenzhaftung für die Einbringung einer Sacheinlage mit negativem Wert, der Haftung für eine Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung oder im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung bzw. deren Offenlegung). Außerdem empfiehlt es sich, Garantien oder zumindest Wissenserklärungen des Veräußerers über wirtschaftliche Neugründungen der Gesellschaft bzw. deren Offenlegung anzuregen. Vor allem aber erscheint es sinnvoll, den Erwerber darauf hinzuweisen, dass er das Risiko einer unbegrenzten persönlichen Haftung vermeiden kann, indem er die Geschäftsanteile nicht persönlich erwirbt, sondern durch eine eigens zu diesem Zweck gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Beteiligungsgesellschaft). Insbesondere für den anwaltlichen Berater verstärkt das Urteil die Notwendigkeit, beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen die Historie der GmbH auf den Tatbestand der wirtschaftlichen Neugründung zu untersuchen.¹³

d) Ausblick auf das Aktienrecht

Obwohl der Verkehrsfähigkeit von Anteilen im Aktienrecht eine noch größere Bedeutung zukommt als im Recht der GmbH, muss davon ausgegangen werden, dass der BGH seine Rechtsprechung zur Haftung des Einzelrechtsnachfolgers im Recht der GmbH auch auf das Recht der Aktiengesellschaft überträgt. Immerhin trifft den Erwerber im Aktienrecht

keine Ausfallhaftung im Sinne des § 24 GmbHG für die Rückstände der Mitgesellschafter, sondern nur eine anteilige Haftung. Richtigerweise wird das Haftungsrisiko des Erwerbers aber auch dadurch verringert, dass bei ausgegebenen Aktien (nicht: Zwischenscheinen) oder wenn eine Sammelurkunde im Sinne des § 9a DepotG errichtet ist, ein gutgläubiger lastenfrierer Erwerb in Betracht kommt, mit der Folge, dass die Haftung beim Veräußerer verbleibt.¹⁴ Dies ergibt sich – wie bei offenen Einlageforderungen¹⁵ – bei Inhaberaktien aus der analogen Anwendung der §§ 932, 936 BGB und bei Namensaktien aus dem Rechtsgedanken des Art. 16 Abs. 2 WG. Da das Eingreifen dieser Gutglaubensschutzvorschriften jedoch nicht höchstrichterlich geklärt ist, sollte – zumindest in Zweifelsfällen – auch der Erwerb von Aktien in Betracht ziehen, die Aktien nicht persönlich, sondern durch eine Beteiligungsgesellschaft mit beschränkter Haftung zu erwerben (vgl. lit. c)).

Notar Dr. Christian Vedder, Gunzenhausen

¹⁴ Vedder in *Grigoleit*, AktG, vor § 23 Rdnr. 17 (im Erscheinen).

¹⁵ Vgl. dazu RGZ 144, 138, 145; OLG Köln AG 2002, 92 f.; GroßKommAktG/Brändel, § 10 Rdnr. 33; MünchKommAktG/Bungeroth, § 54 Rdnr. 14 ff.; Hüfner, AktG, § 10 Rdnr. 6.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

10. BGB § 280 Abs. 1, § 1191 (*Nichtanmeldung nicht benötigter Grundschuldzinsen*)

1. **Der die Zwangsversteigerung betreibende Grundschuldgläubiger ist jedenfalls dann nicht verpflichtet, für die Erfüllung seiner Ansprüche gegen den Schuldner nicht benötigte Grundschuldzinsen anzumelden, wenn diese Mehranmeldung für ihn mit Risiken behaftet ist.**
2. **Die Abtretung der Ansprüche auf Rückübertragung der Grundschuld an einen Dritten verpflichtet den Gläubiger nicht zur Anmeldung nicht benötigter Grundschuldzinsen, wenn das Absehen von einer Mehranmeldung dazu führt, dass der Zessionar auf die Grundschuldzinsen zugreifen kann.**

BGH, Urteil vom 3.2.2012, V ZR 133/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Schuldnerin gehörte eine Eigentumswohnung, die unter anderem mit einer erstrangigen Grundschuld im Nennbetrag von 150.000 DM und einer zweitrangigen Grundschuld im Nennbetrag von 145.000 DM jeweils nebst 15 % Zinsen und 5 % einmaliger Nebenleistung zugunsten der Rechtsvorgängerin der Streithelferin (fortan: Streithelferin) belastet war. Die Streithelferin trat die erstrangige Grundschuld zur Sicherung eines Darlehens, das die Rechtsvorgängerin der Beklagten (fortan: Beklagte) der Schuldnerin aufgrund eines Vertrags vom 13.10.2000 gewährt hatte, an diese ab. Nach den Vertragsbedingungen ist die Beklagte nicht verpflichtet, einen Betrag geltend zu machen, der über ihre Forderung hinausgeht; sie kann im Verteilungsverfahren auf etwaige Mehrerlöse verzichten. In einer Sicherungserklärung zu den Grundschulden vom 23.10.2000 trat die Schuldnerin ihre Ansprüche auf Übertragung von vorrangigen Grundschulden und Ansprüche unter anderem auf Auskehrung des Erlöses an die Streithelferin ab, was diese der Beklagten im Laufe des Jahres 2003 anzeigte. Im November 2007 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 28.7.2008 kündigte die Beklagte das Darlehen und betrieb die Zwangsversteigerung der Wohnung, die am 3.12.2008 dem Meistbietenden für 89.200 €

¹¹ So hat zuletzt das OLG Köln, Urteil vom 31.3.2011, 18 U 171/10, sogar den Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG unter § 16 Abs. 2 GmbHG subsumiert (anders die wohl h. M. vgl. *Wicke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 12; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 16 Rdnr. 23; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, § 16 Rdnr. 27).

¹² Vgl. BGH, NJW 2002, 1803; BGH, NJW 2003, 3629, 3632; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rdnr. 6; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, § 31 Rdnr. 19.

¹³ Vgl. auch *Zöllner-Petzold*, NJW-Spezial 2012, 335, 336.

zugeschlagen wurde. Der Bitte des Klägers, im Verteilungsverfahren sämtliche Zinsen anzumelden, entsprach die Beklagte nicht. In Abstimmung mit der Streithelferin meldete sie ihre Zinsansprüche nur anteilig für den Zeitraum vom 1.1.2007 bis zum 4.1.2009 an, was dazu führte, dass ein Teilbetrag des Erlöses von 3.620,93 € der Streithelferin zugeteilt wurde. Der Kläger verlangt von der Beklagten, ihm diesen Betrag nebst Zinsen zu ersetzen. Das AG hat der Klage stattgegeben, das LG hat sie abgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision strebt der Kläger die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils an. Die Beklagte und die Streithelferin beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe ihre Pflichten aus der Sicherungsabrede nicht verletzt. Diese verpflichte den Sicherungsnehmer nur dazu, die Sicherheit so zu verwerten, dass der Sicherungsgeber von seinen Verpflichtungen aus dem Darlehensverhältnis befreit werde. Weitergehende Verpflichtungen träfen den Sicherungsgeber nicht. Hier komme hinzu, dass die Beklagte nach den Vertragsbedingungen ausdrücklich zum Verzicht auf Mehrerlöse in der Erlösverteilung ermächtigt sei. Bedenken gegen diese Regelung bestünden nicht. Das Interesse des Sicherungsgebers, Teile des Erlöses nachrangigen Gläubigern vorzuenthalten, sei nicht schutzwürdig.

II.

Diese Überlegungen halten einer rechtlichen Prüfung stand.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass sich eine Haftung der Beklagten nur aus § 280 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung ihrer Pflichten aus der Sicherungsvereinbarung (in dem Darlehensvertrag), die der Abtretung der Grundsuld zugrunde liegt, ergeben kann. Es hat einen solchen Anspruch zu Recht mit der Begründung verneint, die Beklagte habe ihre Pflichten nicht verletzt.

2. Die Beklagte war nicht verpflichtet, den ihre eigenen Ansprüche gegen die Schuldnerin übersteigenden Teil der Grundsuldzinsen geltend zu machen.

a) Ob und unter welchen Voraussetzungen der Grundschuldgläubiger nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet ist, die zur Tilgung der gesicherten Schuld nicht benötigten Grundschuldzinsen zugunsten des Sicherungsgebers geltend zu machen, ist umstritten (Nachweise in Senat, Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11, Rdnr. 9-12, WM 2012, 301, 302 = MittBayNot 2012, 405, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgehen) und bislang noch nicht abschließend geklärt. Verneint hat der Senat eine solche Pflicht zum einen für Zinsen aus einer bestehen gebliebenen Grundsuld, die in einem Teilungsversteigerungsverfahren gemäß § 56 Satz 2 ZVG nach dem Zuschlag neu entstehen (Urteil vom 4.2.2011, V ZR 132/10, BGHZ 188, 186, 189 f. Rdnr. 11 ff.), und zum anderen für die Anmeldung der in einem Zwangsversteigerungsverfahren bis zum Zuschlag entstehenden Grundschuldzinsen durch einen vorrangigen Grundschuldgläubiger, der selbst das Verfahren nicht betreibt (Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11 Rdnr. 13 ff., WM 2012, 301, 303 = MittBayNot 2012, 405, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Offen gelassen hat der Senat in der zuletzt genannten Entscheidung, ob etwas anderes für den Grundschuldgläubiger gilt, der die Zwangsversteigerung selbst betreibt, oder dann gilt, wenn der Anspruch auf Rückübertragung an einen Dritten abgetreten ist (Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11 Rdnr. 13, 18, WM 2012, 301, 303 = MittBayNot 2012, 405, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Diese beiden Fallkonstellationen liegen hier vor. Die Beklagte hat die Zwangsversteigerung aus der erstrangigen

Grundsuld betrieben, die mit dem Zuschlag erloschen ist, und die im Zwangsversteigerungsverfahren nach dem Zuschlag entstehenden Zinsen nicht sämtlich angemeldet. Die Schuldnerin hatte den Anspruch auf Rückübertragung (und ihren Anspruch auf Auskehrung eines Mehrerlöses) gegen die Beklagte an deren Streithelferin abgetreten. Über diese Fallkonstellationen muss auch hier nicht abschließend entschieden werden.

b) Die Beklagte war nicht verpflichtet, im Interesse einer bestmöglichen Verwertung auch den zur Erfüllung ihrer gesicherten Ansprüche gegen die Schuldnerin nicht benötigten Teil der Grundsuldzinsen geltend zu machen.

aa) Der Grundschuldgläubiger, der die ihm zur Sicherung seiner Ansprüche verschaffte Grundsuld verwertet, hat allerdings die berechtigten Belange des Sicherungsgebers in angemessener und zumutbarer Weise zu berücksichtigen und muss deshalb bestrebt sein, das bestmögliche Verwertungsergebnis zu erzielen (BGH, Urteil vom 5.10.1999, XI ZR 280/98, NJW 2000, 352, 353). Das gilt selbst dann, wenn die Verwertung der Sicherheit einen Erlös verspricht, der über dem Betrag der gesicherten Ansprüche liegt (vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1997, XI ZR 178/96, NJW 1997, 2672, 2673 = MittBayNot 1997, 355). Ob sich daraus die Verpflichtung eines die Verwertung betreibenden Grundschuldgläubigers ergibt, im Grundsatz sämtliche Zinsforderungen aus der Grundsuld im Zwangsversteigerungsverfahren geltend zu machen, muss hier nicht entschieden werden. Die Bestverwertungspflicht ist Ausdruck der Verpflichtung des Grundschuldgläubigers, auf die berechtigten Belange des Sicherungsgebers bei der Verfolgung seines Verwertungsrechts Rücksicht zu nehmen und besteht nur, soweit nicht seine schutzwürdigen Sicherungsinteressen entgegenstehen (BGH, Urteile vom 24.6.1997, XI ZR 178/96, NJW 1997, 2672, 2673 = MittBayNot 1997, 355, und vom 5.10.1999, XI ZR 280/98, NJW 2000, 352, 353; Senatsurteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11 Rdnr. 19, WM 2012, 301, 303 f. = MittBayNot 2012, 405, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Unter diesem Vorbehalt stünde deshalb auch eine Verpflichtung des Grundschuldgläubigers, nicht zur Schuldentilgung benötigte Grundschuldzinsen im Zwangsversteigerungsverfahren geltend zu machen.

bb) Solche schutzwürdigen Sicherungsinteressen waren hier gegeben. Sie führen dazu, dass eine Verpflichtung zur Geltendmachung des die eigenen Forderungen übersteigenden Teils der Grundschuldzinsen, sollte sie grundsätzlich anzunehmen sein, jedenfalls im vorliegenden Fall ausscheidet. Im Allgemeinen mag die Anmeldung von Grundschuldzinsen, die über den Betrag hinausgehen, den der Gläubiger zur Befriedigung seiner Ansprüche gegen den Schuldner benötigt, für die Gläubiger kein Risiko darstellen (*J. Schmidt-Räntsch*, ZNotP 2011, 402, 404). Hier liegt es aber anders. Die Beklagte musste befürchten, durch die Geltendmachung auch dieses Teils der Grundschuldzinsen der Streithelferin einen Teil des Versteigerungserlöses zu entziehen und dieser für deren Ausfall wegen Verletzung von Pflichten aus einem vertragsähnlichen geschäftlichen Kontakt gemäß § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB und § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB Schadensersatz leisten zu müssen. Dieser Teil der Grundschuldzinsen stand jedenfalls zunächst der Streithelferin zu, weil die Schuldnerin dieser ihre Ansprüche auf Rückgewähr der Grundsuld und auf Auskehrung eines Mehrerlöses abgetreten hatte. Ob sie im Verteilungsverfahren auf einen Mehrerlös würde zugreifen können, wenn die Beklagte ihn geltend machte, war zweifelhaft. Der Kläger hatte sich in seiner Aufforderung an die Beklagte, alle Zinsen geltend zu machen, auf den Standpunkt gestellt, dieser Teil der Zinsen

stehe der Insolvenzmasse zu. Ob dieser Standpunkt richtig war, war ungewiss. Es bestand jedenfalls das Risiko, dass die Mehranmeldung von Grundschuldzinsen, die der Kläger von der Beklagten verlangt hatte, zu einer Gefährdung oder Vereitelung der Rechte der Streithelferin führte und eine Haftung der Beklagten für Ausfälle der Streithelferin nach sich zog. Dieses Risiko musste die Beklagte nicht eingehen, zumal der Kläger sie von einer Haftung nicht freigestellt hatte. Sie durfte sich vielmehr darauf beschränken, die Grundschuldzinsen anzumelden, die zur Tilgung ihrer Forderungen gegen die Schuldnerin nötig waren und die ihr unzweifelhaft zustanden.

c) Die Beklagte war auch nicht deshalb verpflichtet, alle Grundschuldzinsen geltend zu machen, weil die Schuldnerin ihren Rückgewähranspruch abgetreten hatte.

aa) In der Abtretung der Rückgewähransprüche an einen Dritten wird zwar teilweise ein Umstand gesehen, der den Gläubiger der Grundschuld jedenfalls dann zur Geltendmachung aller und nicht nur der für die Befriedigung seiner eigenen Ansprüche benötigten Grundschuldzinsen verpflichtete, wenn – wie hier – der Anspruch auf Auszahlung des Mehrerlöses mitabgetreten sei. Solche Zessionare wollten auf den Mehrerlös zugreifen. Dieses Ziel dürfe der Gläubiger nicht vereiteln (Münch-KommBGB/Eickmann, 5. Aufl., § 1191 Rdnr. 151; Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 238; Wenzel, Sicherung von Krediten durch Grundschulden, 2001, Rdnr. 2444).

bb) Das führt hier schon im Ansatz nicht zu einer Haftung der Beklagten gegenüber dem Kläger. In dieser Konstellation soll die Geltendmachung aller Grundschuldzinsen nicht dem Interesse des Schuldners an einer vollen Ausnutzung seines Rechts, sondern dem Interesse der Zessionare dienen, selbst auf diesen Mehrerlös zugreifen zu können. Eine entsprechende Verpflichtung ist keine Schutzpflicht gegenüber dem Schuldner, sondern gegenüber den Zessionaren. Diesen und nicht dem Schuldner stünde deshalb ein Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Verletzung dieser Pflicht zu (einschränkend Wenzel, a. a. O.: denkbar sei auch eine Schädigung des Schuldners durch Entwertung der Sicherheit).

cc) Hier kommt hinzu, dass die Beklagte eine etwaige Verpflichtung, auf die Interessen von Zessionaren des Rückübertragungsanspruchs Rücksicht zu nehmen, jedenfalls nicht verletzt hat. Die Interessen der Streithelferin, der die Ansprüche auf Rückgewähr und auf Auskehrung eines Mehrerlöses abgetreten waren, sind durch das Vorgehen der Beklagten nicht geschädigt, sondern im Gegenteil geschützt worden.

3. War die Beklagte aber ohnehin nicht verpflichtet, mehr als die zur Schuldentilgung benötigten Grundschuldzinsen anzumelden, kommt es nicht darauf an, ob sie in dem Darlehensvertrag wirksam zu einem Verzicht auf die Geltendmachung von Mehrerlösen ermächtigt worden ist.

(...)

Anmerkung:

1. An dieser Stelle hatte ich bei der Besprechung der Entscheidung des V. Senats zur sicherungsvertraglichen Behandlung von rückständigen Grundschuldzinsen einer in das geringste Gebot aufgenommenen Grundschuld aus der Zeit vor dem Zuschlag (BGH, Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11, MittBayNot 2012, 405) die Hoffnung geäußert, der V. Senat entwickle ein Konzept zur Behandlung der Grundschuld im Sicherungsvertrag auf der Grundlage der Überlegung, wie der Sicherungsgeber im Falle einer Rückgewähr der Grundschuld an ihn stünde. Grundlage der Überlegung zur Existenz eines solchen Konzepts war neben der genannten Entscheidung vom 16.12.2011 die Entscheidung des Senats vom 4.2.2011

(V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 = DNotZ 2011, 365 [m. abl. Anm. Kessler] = NJW 2011, 1500 [m. abl. Anm. Volmer]). In beiden Entscheidungen hatte der Senat davon gesprochen, dass der Sicherungsnehmer bei der Verwertung des Sicherungsgutes solche Verwertungsmöglichkeiten, die ihm aufgrund seiner eigenen besonderen Stellung zukommen, nur dann ergreifen muss, wenn dies im Interesse der Befriedigung der gesicherten Forderung erforderlich ist. Im Übrigen brauche er nicht mehr zu tun als das, was der Sicherungsgeber selbst zu erreichen in der Lage gewesen wäre. Entsprechend sah der V. Senat keine Veranlassung des Sicherungsnehmers, aufgelaufene Grundschuldzinsen, die zur Befriedigung der gesicherten Forderung nicht erforderlich waren, im Zwangsversteigerungsverfahren geltend zu machen (kritisch dazu Joswig, WuB 2012, 329).

Mit der vorstehend abgedruckten Entscheidung liegt nun innerhalb eines Jahres das dritte Judikat des V. Senats zum Thema Geltendmachung von Grundschuldzinsen vor. Die Entscheidung ist eine gute Gelegenheit, die These von der neuen konzeptionellen Grundlage für die Beurteilung des Pflichtenkanons des Sicherungsnehmers zu überprüfen. Um es vorweg zu nehmen: Leider scheint sich die geäußerte Hoffnung nicht zu bestätigen.

2. Besonderheit dieses Falles gegenüber den beiden vorangegangenen Entscheidungen war, dass der Grundschuldgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung tatsächlich aus der Grundschuld selbst vollstreckt hatte. Wie in der Kreditsicherungspraxis üblich, waren die Rückgewähransprüche an der Grundschuld an einen nachrangigen Gläubiger abgetreten. Der Grundschuldgläubiger hatte diese Abtretung ausdrücklich zur Kenntnis genommen und akzeptiert. Der Insolvenzverwalter des sicherungsgebenden Grundstückseigentümers war nun der Auffassung, dass durch die nicht erfolgte Anmeldung der zur Sicherung der Forderungen des Grundschuldgläubigers nicht benötigten aufgelaufenen Grundschuldzinsen Mittel für die Masse verloren gegangen seien. Gestützt auf die Rechtsprechung des IX. Zivilsenates zur (Un-)Wirksamkeit der Abtretung von Rückgewähransprüchen aus weiten Sicherungszweckerklärungen im Insolvenzfall (BGH, Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10, MittBayNot 2012, 237 [m. Anm. Volmer] = NJW 2012, 229, dazu Kessler, NJW 2012, 577) vertrat der Verwalter die Ansicht, aus dem Sicherungsvertrag stünde ihm ein Anspruch auf Herausgabe der zur Sicherung des Grundschuldgläubigers nicht benötigten Grundschuldzinsen zu. Mangels Wirksamkeit der Abtretung der Rückgewähransprüche seien diese auch nicht an den nachrangigen Gläubiger herauszugeben gewesen. Durch die Minderanmeldung sei der Insolvenzmasse dieser im Grundpfandrecht verkörperte Wert des Massebestandteils Grundstück verloren gegangen.

Der Senat hat hier eine Abwägung der Interessen von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer im konkreten Verwertungsfall angestellt und dabei das Interesse des Sicherungsgebers an der bestmöglichen Verwertung seines Sicherungsgutes dem Interesse des Gläubigers an einer risikolosen Verwertung und am Schutz vor Haftungsansprüchen Dritter gegenübergestellt. Dabei kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Sicherungsnehmer schon im eigenen Interesse nicht zur Geltendmachung der Grundschuldzinsen verpflichtet gewesen sei, da er ansonsten Gefahr gelaufen wäre, von dem Zessionar des Rückgewähranspruchs in Anspruch genommen zu werden. Entsprechend hat es die Klage des Insolvenzverwalters abgewiesen.

3. Auf Grundlage der Überlegungen der beiden vorangegangenen Entscheidungen vom 4.2.2011 und 16.12.2011 hätte es sich der V. Senat hier einfach machen können. Hätte

der BGH bei der Prüfung des Sicherungsvertrages überlegt, wie der Sicherungsgeber im Falle der Rückübertragung der Grundschuld an ihn gestanden hätte, wäre der Fall leicht und begründungsstringent zu lösen gewesen: Im Fall der Rückgewähr der Grundschuld an den Sicherungsgeber wäre eine Anmeldung der Grundschuldzinsen durch den Insolvenzverwalter deshalb nicht in Betracht gekommen, weil ihm diese aufgrund der Bestimmung des § 1178 BGB nicht zugestanden hätten.

Mit der Abwägung der unterschiedlichen Interessen an der Verwertung des Sicherungsgutes hat sich der V. Senat auf durchaus problembehaftetes Terrain begeben. Die Entscheidung hat ihre Schwäche meines Erachtens nämlich darin, sich nicht ausreichend mit der Berechtigung der jeweils geltend gemachten rechtlichen Interessen auseinander zu setzen. Ein Problem des Grundschuldgläubigers, zwischen die Mühlsteine der von ihm anerkannten Abtretung der Rückgewähransprüche auf der einen und der Berechtigung der Insolvenzmasse auf der anderen Seite zu geraten, besteht tatsächlich nicht. Mit seinen Überlegungen scheint der V. Senat die vorstehend bereits erwähnte Rechtsprechung des IX. Senats im Auge zu haben, nach der in bestimmten Konstellationen der Insolvenzverwalter trotz erfolgter Abtretung der Rückgewähransprüche die freien Teile einer Grundschuld für sich in Anspruch nehmen kann. Gleichzeitig sieht er die Befürchtung gerechtfertigt, der Gläubiger könne wegen der dann entstehenden Verletzung der Verpflichtungen aus dem Rechtsverhältnis mit dem Zessionar der Rückgewähransprüche in Anspruch genommen werden. Dabei übersieht er aber, dass die beiden Rechtspositionen, die des Zessionars und die des Insolvenzverwalters, nur alternativ und nicht kumulativ bestehen können. Der Zessionar der Rückgewähransprüche kann Rechte gegenüber dem Grundschuldgläubiger nur insoweit geltend machen, wie die Abtretung auch gegenüber dem Insolvenzverwalter wirksam ist. Ist sie dies, braucht der Grundschuldgläubiger nicht zu fürchten, vom Verwalter in Anspruch genommen werden zu können. Ist sie dies aber nicht, dann steht dem Zessionar wiederum kein Anspruch gegen den Sicherungsnehmer zu, da er weder Berechtigter der Ansprüche ist noch entsprechend einen Schaden haben kann. Ein vom V. Senat angenommener möglicher Schadenersatzanspruch des Zessionars kann selbst dann nicht entstehen, wenn der Grundschuldgläubiger die Abtretung nicht nur zur Kenntnis genommen und akzeptiert hätte, sondern sich im Wege eines Vertrages mit dem Zessionar zur Rückgewähr an diesen verpflichtet hätte. Soweit diese Verpflichtung auf Veranlassung des Sicherungsgebers eingegangen wird, ist insoweit die Sicherungsabrede umgestaltet und der Sicherungsnehmer nur noch entsprechend sicherungsvertraglich verpflichtet. Ist der Sicherungsnehmer dagegen freiwillig und vom Sicherungsgeber nicht autorisiert eine solche Verpflichtung eingegangen, hat er dafür selbst einzustehen. Zu dem vom V. Senat gesehenen Konflikt der widerstreitenden Berechtigungen kann es gegenüber dem Grundschuldgläubiger also gar nicht kommen.

4. Angesichts der ökonomischen Bedeutung, die Grundschulden und eben auch die leidigen Zinsen dieser Rechte haben, ist es zu wünschen, dass möglichst bald ein geschlossenes rechtsdogmatisches Konzept der Behandlung der zwischen Gläubiger und Sicherungsgeber bestehenden sicherungsvertraglichen Abreden durch den BGH errichtet wird. Welche Rechte zum Umgang mit dem Sicherungsgut darf sich der Gläubiger berechtigterweise vorbehalten? Wo sind die Schranken? Kann es richtig sein, dass sich der Sicherungsgeber im Sicherungsvertrag vorbehält, den Sicherungsgegenstand nicht intakt zurückzugeben, sondern diesen nur zu vernichten? Dem sicherungsgebenden Eigentümer eines ansonsten unbelasteten Grundstücks mag es gleichgültig sein, ob

dieses an ihn zurückabgetreten oder gelöscht wird. Hat der Sicherungsgeber das Grundstück aber zwischenzeitlich anderweitig veräußert oder belastet, sieht die Situation schon anders aus. Woraus rechtfertigt es sich, dass Banken formelmäßig die Abtretung der Rückgewähransprüche ausschließen? Angesichts der auch in der vorliegenden Entscheidung klar zum Ausdruck gekommenen wirtschaftlichen Bedeutung dieser Ansprüche muss wohl ein überragendes Interesse des Sicherungsnehmers bestehen, um die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung zu rechtfertigen.

5. Eines zeigen alle drei BGH-Entscheidungen ganz unabhängig von ihrer Bedeutung für die Inhaltsbestimmung von Sicherungsverträgen eindrucksvoll: Der Umgang mit den Zinsen abstrakter Sicherungsgrundschulden ist äußerst schwierig. Je mehr ich über diese Schwierigkeiten nachdenke, desto unsicherer werde ich, ob die im Rahmen von Bankformularen vereinbarten (und von uns Notaren beurkundeten) Grundschuldzinsen einer Prüfung anhand der Bestimmungen der §§ 305c und 307 BGB standhalten. Trotz eines nicht allzu schwach ausgebildeten Vertrauens in meine Erläuterungsfähigkeiten bin ich mir ziemlich sicher, dass ein erheblicher Teil meiner Mandanten das Prinzip der Grundschuldzinsen nicht versteht und auch nicht verstehen kann. Ich bin mir ferner ebenso sicher, dass kaum noch einer der Mandanten am auf die Beurkundung folgenden Tag weiß, was es mit den Grundschuldzinsen auf sich hat. Sieht man die Schwierigkeiten, die die Behandlung der Grundschuldzinsen im Sicherungsvertrag mit sich bringen, fällt es schwer zu glauben, dass von wenigen Ausnahmen abgesehen die Sicherungsgeber irgendeine Vorstellung dazu haben, welchen tatsächlichen dinglichen Haftungsumfang sie mit der Stellung einer Grundschuld mit 10, 15 oder gar 20 Prozent Grundschuldzinsen eingegangen sind. Dieses Problem betrifft dabei nicht nur die Drittsicherungsgeber, die, so ist meine Erfahrung, regelmäßig sehr überrascht sind, wenn man ihnen den Umfang der gestellten Sicherheit erläutert. Auch der eine eigene Verbindlichkeit besichernde Darlehensnehmer ist selten in der Lage zu überschauen, in welchem Umfang er durch die Grundschuldzinsen Sicherungsmöglichkeiten für etwaige andere Gläubiger wegzeichnet und sich selbst so potentiell nicht unerheblichen ökonomischen Schaden zufügt.

Welchen Zweck die Kreditinstitute mit dieser Art der Besicherung ihrer Verbindlichkeiten verfolgen, ist dabei weiter unklar. Es fällt schwer anzunehmen, dass es allein um die Reduzierung der Notar- und Gerichtskosten für den Kunden geht, der ansonsten die Kosten der von der Bank konkret benötigten Sicherung für den Realkredit, neben der Hauptsumme also auch die etwaigen Zinsausfallkosten und ggf. Bearbeitungs- und Beitreibungskosten im Falle des Ausfalls des Darlehensnehmers, zu tragen hätte. Dabei wäre es dem Darlehensnehmer und Grundschuldbesteller sehr viel einfacher klarzumachen, warum er beispielsweise bei einem Kredit über 100 € eine Grundschuld über 123,45 € eintragen lassen soll, als ihm 20 Prozent Grundschuldzinsen zu erläutern. Mein Eindruck ist, dass die Kreditinstitute selbst nicht so genau wissen, was es mit den Zinsen so auf sich hat. Ich habe auch noch nicht erlebt, dass ein Mandant auf die Frage, was denn – wenn überhaupt – der Banksachbearbeiter zu den Grundschuldzinsen gesagt hat, über eine inhaltlich richtige Antwort berichtet hätte. Damit drängt sich eine letzte kritische Frage zu den Grundschuldzinsen auf: Wie unklar darf der Inhalt eines Rechtsgeschäfts beiden Vertragspartnern (oder jedenfalls deren Vertretern) sein, um noch ein wirksames Geschäft darzustellen?

Notar Dr. Christian Kessler, Düren

Beurkundungs- und Notarrecht

11. GG Art. 12 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 33 Abs. 5; AEUV Art. 51 Abs. 1; EG Art. 45 Abs. 1; BNotO §§ 1, 67 Abs. 2 Satz 3, §§ 92, 93; BeurkG §§ 54a ff.; SchlHDONot § 10 Abs. 3 (*Verfassungsmäßigkeit eines Weisungsrechts im Rahmen der Dienstaufsicht über Notare*)

1. **Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn den Aufsichtsbehörden im Rahmen ihrer Befugnisse nach §§ 92, 93 BNotO ein Weisungsrecht gegenüber den Notarinnen und Notaren zubilligt wird.**
2. **Die Regelungen der Dienstordnung für Notarinnen und Notare zur Dokumentation von Verwahrungsgeschäften beugen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.**

BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Regelung der Dienstordnung für Notarinnen und Notare zum Buchungsdatum bei der Dokumentation notarieller Verwahrungsgeschäfte und die Zulässigkeit einer entsprechenden Weisung der Aufsichtsbehörde.

Nach § 1 BNotO werden Notare als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern bestellt. (...)

Ein Notar untersteht nach Maßgabe des § 92 BNotO der Aufsicht durch den Präsidenten des LG, durch den Präsidenten des OLG sowie durch die Landesjustizverwaltung. Gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 BNotO obliegt den Aufsichtsbehörden unter anderem die regelmäßige Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare. Gegenstand der Prüfung ist die ordnungsgemäße Erledigung der Amtsgeschäfte (§ 93 Abs. 2 Satz 1 BNotO). Die Prüfung erstreckt sich unter anderem auf die Führung und Aufbewahrung der Bücher des Notars (§ 93 Abs. 2 Satz 2 BNotO). Nach § 93 Abs. 4 Satz 1 BNotO ist der Notar verpflichtet, den Aufsichtsbehörden Akten, Verzeichnisse und Bücher sowie die in seiner Verwahrung befindlichen Urkunden zur Einsicht vorzulegen und auszuhändigen. Bei ordnungswidrigem Verhalten und Pflichtverletzungen leichterer Art sind die Aufsichtsbehörden gemäß § 94 Abs. 1 BNotO befugt, eine Missbilligung gegen den Notar auszusprechen. Bei Dienstvergehen können die Aufsichtsbehörden Disziplinarmaßnahmen verhängen (§§ 95 ff. BNotO).

Gemäß § 65 Abs. 1 BNotO sind die Notare in Notarkammern zusammengeschlossen. Diese haben über Ehre und Ansehen ihrer Mitglieder zu wachen, die Aufsichtsbehörden bei ihrer Tätigkeit zu unterstützen, die Pflege des Notariatsrechts zu fördern und für eine gewissenhafte und lautere Berufsausübung der Notare zu sorgen (§ 67 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Den Notarkammern obliegt es insbesondere, in Richtlinien die Amtspflichten und sonstigen Pflichten ihrer Mitglieder im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und auf deren Grundlage erlassener Verordnungen durch Satzung näher zu bestimmen (§ 67 Abs. 2 Satz 1 BNotO). Solche Richtlinien der Notarkammern können auch nähere Regelungen zur Wahrung fremder Vermögensinteressen enthalten (§ 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 BNotO).

Zur Durchführung notarieller Verwahrungsgeschäfte finden sich gesetzliche Vorschriften in den §§ 54a ff. BeurkG. Hingegen ist die Dokumentation notarieller Verwahrungsgeschäfte durch Führung von Verwahrungs- und Massenbüchern in der Dienstordnung für Notarinnen und Notare geregelt.

Die Dienstordnung ist eine an Notarinnen und Notare gerichtete Verwaltungsvorschrift, die von allen Landesjustizverwaltungen im Wesentlichen inhaltsgleich erlassen worden ist. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die in Schleswig-Holstein durch Allgemeine Verfügung des schleswig-holsteinischen Ministeriums für Justiz, Frauen, Jugend und Familie am 21.2.2001 erlassene Dienstordnung für Notarinnen und Notare (im Folgenden: SchlHDONot). Nach näherer Bestimmung in den §§ 11 und 12 SchlHDONot haben Notarinnen und Notare ein Verwahrungsbuch und ein Massenbuch in der Form beigefügter amtlicher Muster zu führen. Verwahrungsmassen, die der Notar gemäß § 23 BNotO, §§ 54a, 54e BeurkG entgegennimmt, sind nach § 10 SchlHDONot grundsätzlich in beide Bücher

einzutragen. Für die Verbuchung von empfangenen oder ausgezahlten Fremdgeldern im bargeldlosen Zahlungsverkehr bestimmt § 10 SchlHDONot:

„(2) Jede Einnahme und jede Ausgabe sind sowohl im Verwahrungsbuch als auch im Massenbuch noch am Tage der Einnahme oder der Ausgabe unter diesem Datum einzutragen; (...)

(3) Bei bargeldlosem Zahlungsverkehr sind die Eintragungen unter dem Datum des Eingangs der Kontoauszüge oder der Mitteilung über Zinsgutschriften oder Spesenabrechnungen noch an dem Tag vorzunehmen, an dem diese bei der Notarin oder dem Notar eingehen. Kontoauszüge oder Mitteilungen sind mit dem Eingangsdatum zu versehen.“

Diese Regelung für Schleswig-Holstein entspricht derjenigen in den meisten anderen Bundesländern. Lediglich in der für den Freistaat Sachsen geltenden Dienstordnung für Notarinnen und Notare wird Abs. 3 durch zwei Sätze ergänzt, wonach die Eintragungen nach Wahl des Notars „auch unter dem Wertstellungsdatum vorgenommen werden“ können und „die gewählte Handhabung (...) konsequent durchzuführen“ ist (...).

2. Die gemäß § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 BNotO beschlossenen Richtlinien der Notarkammer Schleswig-Holstein treffen für notarielle Verwahrungsgeschäfte – soweit hier von Bedeutung – folgende Regelung:

„III. Wahrung fremder Vermögensinteressen

1. Der Notar hat ihm anvertraute Vermögenswerte mit besonderer Sorgfalt zu behandeln und Treuhandaufträge sorgfältig auszuführen. (...)

Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt und seit 1974 in Schleswig-Holstein als Notar zugelassen. Auch nach Inkrafttreten der Regelung des Buchungsdatums gemäß dem heutigen § 10 Abs. 3 SchlHDONot nahm er für die von ihm verwahrten Fremdgelder die Verbuchung von bargeldlosen Zahlungen unverändert so vor, dass Einnahmen und Ausgaben bei bargeldlosem Zahlungsverkehr unter dem Datum der Gutschrift oder der Abbuchung im Verwahrungs- und im Massenbuch eingetragen wurden. Nachdem sich der Beschwerdeführer trotz entsprechender Beanstandung bei Prüfung seiner Amtsgeschäfte nicht dazu bereit erklärt hatte, seine Buchungspraxis zu ändern, wies ihn der Präsident des LG im Jahr 2008 schriftlich an, „ab Zugang dieser Verfügung Buchungen bei bargeldlosem Zahlungsverkehr nur noch unter Beachtung des § 10 Abs. 3 Satz 1 SchlHDONot, d. h. unter dem Datum des Eingangs des Kontoauszugs oder der Mitteilung der Zinsgutschriften oder Spesenabrechnungen vorzunehmen“. Dabei wies der Präsident des LG „höchstvorsorglich“ darauf hin, „dass erneute Verstöße zu dienstaufsichtsrechtlichen Maßnahmen führen müssten“. Den gegen diese Weisung gerichteten Antrag des Beschwerdeführers auf gerichtliche Entscheidung wies das OLG zurück. Der angegriffene Bescheid sei rechtmäßig. § 10 Abs. 3 SchlHDONot enthalte eine den Beschwerdeführer bindende Regelung. Da Notare Träger eines öffentlichen Amtes seien, könne ihr laufender Geschäftsbetrieb durch Verwaltungsvorschriften geregelt werden. § 10 Abs. 3 Satz 1 SchlHDONot verstoße nicht gegen den Vorrang des Gesetzes und sei verhältnismäßig. Gegen diesen Beschluss des OLG erhob der Beschwerdeführer sofortige Beschwerde, die ebenfalls ohne Erfolg blieb. (...)

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG. (...)

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

I.

Die notwendigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde sind auch hinsichtlich der Beschwerdebefugnis erfüllt. Der Beschwerdeführer ist durch die ihm erteilte Weisung und die sie bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen beschwert. Durch diese Maßnahmen der öffentlichen Gewalt ist dem Beschwerdeführer ein Nachteil (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 21.6.2011, 1 BvR 2035/07, EuGRZ 2011, 513, 517) entstanden, obgleich die in erster Linie

angegriffene Weisung lediglich die bereits nach § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot bestehende Verpflichtung zur „taggerechten“ Buchung unter dem Datum des Eingangs des Kontoauszugs wiederholt. Für den Beschwerdeführer ergibt sich aus der an ihn gerichteten Einzelweisung eine spezifische Belastung. Denn eine Weisung, die im Rahmen notarieller Dienstaufsicht erteilt wird, stellt nach allgemeiner Ansicht einen Verwaltungsakt dar, gegen den als verwaltungsrechtliche Notarsache der Klageweg gemäß §§ 111 ff. BNotO eröffnet ist (vgl. etwa BGHZ 112, 178, 179). Versäumt es der Adressat daher, fristgerecht Anfechtungsklage (§ 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO in Verbindung mit § 42 Abs. 1, § 74 Abs. 1 VwGO) zu erheben, so erwächst die ihm erteilte Weisung in Bestandskraft und ist daher für ihn schon deshalb verbindlich, ohne dass es noch auf die Wirksamkeit der zugrundeliegenden, lediglich wiederholten Verpflichtung ankommt. Die Einzelweisung im Rahmen der Notaraufsicht enthält demnach eine eigenständige rechtliche Beschwer, die über die zugrundeliegende Verwaltungsvorschrift hinausgeht.

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet. Durch die angegriffene Weisung und die sie bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen wird der Beschwerdeführer nicht in Grundrechten, insbesondere nicht in seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit verletzt.

1. Für seine berufliche Tätigkeit als Notar kann sich der Beschwerdeführer allerdings im Grundsatz auf die Gewährleistung der freien Berufsausübung berufen.

Als Notar übt der Beschwerdeführer zwar einen staatlich gebundenen Beruf aus. Er nimmt als selbständiger Berufsträger Aufgaben wahr (vgl. BVerfGE 17, 371, 376; 73, 280, 292), die der Gesetzgeber auch dem eigenen Verwaltungsapparat vorbehalten könnte (vgl. BVerfGE 73, 280, 293; ferner BVerfGE 73, 301, 317). Auch für einen solchen Beruf gilt ebenso wie für die Berufe, die zum öffentlichen Dienst im engeren Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG gehören, grundsätzlich Art. 12 Abs. 1 GG (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 47, 285, 319; 73, 280, 292; 112, 255, 262). Allerdings lässt die Nähe staatlich gebundener Berufe zum öffentlichen Dienst Sonderregelungen zu (vgl. BVerfGE 7, 377, 398; 16, 6, 22; 17, 371, 379; 73, 280, 292; 73, 301, 315; 80, 257, 265; 110, 304, 321).

Die Zuordnung zu den staatlich gebundenen Berufen, die eine sachliche Nähe zum öffentlichen Dienst aufweisen, beruht auf einer Würdigung der Aufgaben, der Amtsbefugnisse und der Rechtsstellung der Notarinnen und Notare, wie sie in der deutschen Rechtsordnung durch das einfache Gesetzesrecht ausgestaltet wurden (vgl. BVerfGE 16, 6, 22; 17, 371, 379; 47, 285, 319; 73, 280, 292; 110, 304, 321). Aufgrund der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen ist der Beschwerdeführer als Notar mit einem öffentlichen Amt betraut. Ihm sind als selbständigem Berufsträger gemäß § 1 BNotO Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege übertragen. Mit der ihm übertragenen Funktion steht er dem Richter nahe; ein großer Teil seiner Geschäfte könnte auch von den Gerichten erledigt werden (vgl. BVerfGE 17, 371, 377).

Diese für das deutsche Verfassungsrecht maßgebliche rechtliche Ausgestaltung des Notarberufs wird durch das Unionsrecht nicht infrage gestellt.

Dass nach Auffassung des EuGH notarielle Tätigkeiten nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG (jetzt des Art. 51 Abs. 1 AEUV) verbunden sind (Urteil vom 24.5.2011, C-54/08, NJW 2011, 2941), macht die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts nicht unanwendbar; dies betrifft insbesondere § 1 BNotO zur notariellen

len Amtsträgereigenschaft und die Regelungen zur notariellen Amtstätigkeit in §§ 20 ff. BNotO. Das Unionsrecht verlangt lediglich, dass die durch Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit für Notarinnen und Notare nicht an der Staatsangehörigkeit scheitert, weil der Ausnahmetatbestand des Art. 51 Abs. 1 AEUV nicht greift. Bestätigt wird dies durch die Klarstellung des EuGH im Urteil vom 24.5.2011 (NJW 2011, 2941 Rdnr. 75), wonach seine Entscheidung „weder den Status und die Organisation des Notariats in der deutschen Rechtsordnung betrifft noch die Voraussetzungen, die neben der Staatsangehörigkeit für den Zugang zum Beruf des Notars in diesem Mitgliedstaat bestehen“. Mit der von ihm abgelehnten Kennzeichnung notarieller Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt trifft der EuGH demnach keine Aussage über die Einordnung dieser Berufsausübung nach den Maßstäben einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung und deren Vereinbarkeit mit Unionsrecht. Der EuGH zieht im Gegenteil ausdrücklich in Betracht, dass der Zweck notarieller Amtstätigkeit, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, als zwingender Grund des Allgemeininteresses Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgrund der Besonderheiten der notariellen Tätigkeit rechtfertigen könne (NJW 2011, 2943 Rdnr. 98).

2. Da Notarinnen und Notare einen staatlich gebundenen Beruf ausüben, müssen sie es hinnehmen, dass für sie die Wirkungen des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG durch Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 Abs. 5 GG zurückgedrängt werden (vgl. BVerfGE 7, 377, 398; 16, 6, 22; 17, 371, 377; 73, 301, 315; st. Rspr.).

a) Die Zulässigkeit von Sonderregelungen für einen staatlich gebundenen Beruf ist durch die ihn kennzeichnende Übertragung eines öffentlichen Amtes (hier § 1 BNotO) bedingt. Für die Berufe des öffentlichen Dienstes eröffnet Art. 33 Abs. 5 GG die Möglichkeit zu Sonderregelungen, die darauf beruhen, dass in diesen Berufen staatliche Aufgaben wahrgenommen werden, und diese nicht allein die Zahl der verfügbaren Stellen, sondern auch die Bedingungen zur Ausübung dieses Berufs betreffen. Sonderregelungen kommen ebenfalls in Betracht, wenn die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben Berufen außerhalb des öffentlichen Dienstes anvertraut wird. Je näher ein solcher Beruf dem öffentlichen Dienst steht, umso stärker können Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 Abs. 5 GG die Wirkung des Grundrechts der Berufsfreiheit zurückdrängen; je mehr hingegen die Eigenschaften des freien Berufs hervortreten, desto stärker vermag Art. 12 Abs. 1 GG seine Wirksamkeit zu entfalten (vgl. BVerfGE 73, 301, 315).

b) Notarinnen und Notare nehmen im Bereich vorsorgender Rechtspflege Staatsaufgaben wahr, die richterlichen Funktionen nahe kommen, und werden mithin typischerweise in sachlich bedingter Nähe zum öffentlichen Dienst tätig (vgl. BVerfGE 17, 371, 377). Insbesondere sind ihnen Zuständigkeiten übertragen, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sind (vgl. BVerfGE 73, 280, 293 f.; BVerfGE 15, 355, 360 f.; ähnlich bereits BVerfGE 17, 371, 376). So werden etwa durch das Formerfordernis der notariellen Beurkundung wichtige Rechtsgeschäfte bereits bei ihrem Abschluss vorab einer qualifizierten rechtlichen Überprüfung unterworfen, indem nach § 17 Abs. 1 BeurkG bei der Beurkundung von Willenserklärungen nicht nur über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren ist, sondern auch dafür Sorge getragen werden muss, dass ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Außerdem ist die notarielle Amtstätigkeit abzulehnen, wenn von Beteiligten unerlaubte oder

unredliche Zwecke verfolgt werden (§ 3 BeurkG; § 14 Abs. 2 BNotO). Geschieht die Ablehnung – ggf. nach gerichtlicher Überprüfung (§ 15 Abs. 2 BNotO) – zu Recht, so genügt das betreffende Rechtsgeschäft nicht dem gesetzlichen Formerfordernis und kann schon deshalb keine Wirksamkeit erlangen (§ 125 BGB). Damit kann durch notarielle Amtstätigkeit gegen den übereinstimmenden Willen der Beteiligten verbindlich über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften entschieden werden. Allerdings sind damit die Aspekte notarieller Berufstätigkeit nicht erschöpfend umschrieben.

Wegen der unterschiedlichen beruflichen Tätigkeitsfelder im Zusammenhang mit der Amtsführung ist hinsichtlich des genauen Grades der Annäherung und der damit im konkreten Fall verbundenen Zulässigkeit von Sonderregelungen zu differenzieren (vgl. BVerfGE 47, 285, 320 f.).

aa) Die größte Distanz des Notaramtes zum öffentlichen Dienst ergibt sich aus dem Umstand, dass eine Alimentation durch einen Dienstherrn unterbleibt, der Beruf vielmehr wirtschaftlich selbständig und auf eigenes Risiko ausgeübt wird. Insoweit entspricht die berufliche Tätigkeit derjenigen in einem freien Beruf (BVerfGE 69, 373, 378; ähnlich bereits BVerfGE 47, 285, 320). Angesichts dieses dem öffentlichen Dienst nicht oder kaum angenäherten Bereichs notarieller Berufstätigkeit muss der Einfluss des Art. 33 Abs. 5 GG hier stärker als bei anderen Berufsausübungsregelungen zurücktreten (vgl. BVerfGE 47, 285, 320).

Gleiches hat regelmäßig für Vorgaben zu den organisatorischen Rahmenbedingungen der Amtsführung zu gelten, vor allem wenn sie sich wirtschaftlich auswirken. Auch in dieser Hinsicht fehlt es an einer Annäherung der notariellen Tätigkeit an den öffentlichen Dienst. Notarinnen und Notare sind – wiederum eher den Angehörigen freier Berufe vergleichbar – grundsätzlich selbst für die Organisation ihrer Geschäftsstellen und ihrer dienstlichen Tätigkeiten verantwortlich.

bb) Die hier maßgeblichen Vorschriften über die Führung der Bücher in der Dienstordnung für Notarinnen und Notare sind hingegen dem übertragenen Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zuzuordnen, der Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 Abs. 5 GG zugänglich ist. Sie lediglich als Maßgaben für die internen, der privaten Freiheit unterfallenden Betriebsabläufe des Notariats zu verstehen, würde ihrer Funktion nicht gerecht.

(1) Verwahrungsgeschäfte sind nach dem Regelungskonzept der Bundesnotarordnung Teil der notariellen Amtstätigkeit. In § 23 BNotO wird die Aufbewahrung und Ablieferung fremder Vermögensgegenstände in dem Abschnitt des Gesetzes geregelt, der die einzelnen Gegenstände notarieller Amtstätigkeit betrifft. Die Auffassung der Fachgerichte, dass die notarielle Verwahrung nicht treuhänderisch auf privatrechtlicher Grundlage erfolge, sondern ausschließlich hoheitliche Tätigkeit sei (vgl. BGH, Urteil vom 3.6.1993, IX ZR 119/92, NJW 1993, 2317; Urteil vom 11.7.1996, IX ZR 116/95, NJW 1996, 3343; Beschluss vom 28.7.2005, III ZR 416/04, DNotZ 2006, 56, 57), ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Führung des Verwahrungs- und des Massenbuchs einschließlich der Regeln für die Verbuchung im bargeldlosen Zahlungsverkehr sind als Dokumentation des Verwahrungsgeschäfts notwendiger Teil der Durchführung dieses notariellen Amtsgeschäfts. Es geht hier nicht darum, wie ein wirtschaftlich Selbständiger seinen Betrieb organisiert, sondern um die ordnungsgemäße Wahrnehmung der staatlichen Aufgabe des notariellen Verwahrungsgeschäfts. Betroffen sind nicht die organisatorischen Rahmenbedingungen notarieller Tätigkeit, sondern unmittelbar die dienstlichen Aufgaben selbst.

Die in Rede stehende Regelung des § 10 Abs. 3 SchlHDONot hat zudem keine erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen und bleibt daher ohne nennenswerten Einfluss auf die wirtschaftlichen Grundlagen des Notarberufs. Abgesehen davon, dass notarielle Verwahrungsgeschäfte ausweislich der Stellungnahmen der Bundesnotarkammer und der Bremer Notarkammer nach der Neuregelung der §§ 54a ff. BeurkG zurückgegangen sind, hiernach in der Praxis nur noch eine untergeordnete Rolle spielen und regelmäßig ohne zusätzlichen Personaleinsatz bewältigt werden können, enthalten die für die Dokumentation maßgebenden Regeln des § 10 Abs. 3 BNotO einfache und wenig aufwendige Modalitäten. Für die wirtschaftlichen Grundlagen der selbständigen notariellen Berufstätigkeit sind sie deshalb ohne spürbare Bedeutung.

(2) Für die besondere Annäherung dieses Bereichs notarieller Berufstätigkeit an den öffentlichen Dienst spricht zudem, dass die Führung des Massen- und des Verwahrungsbuchs nicht nur dazu beitragen soll, eine ordnungsgemäße Aufbewahrung fremder Gelder und Wertgegenstände in den Notariaten sicherzustellen, sondern auch die Kontrolle dieser Amtsgeschäfte durch die Dienstaufsichtsbehörde zu gewährleisten (vgl. *Weingärtner* in *Weingärtner/Gassen*, SchlHDONot, 11. Aufl. 2011, § 10 Rdnr. 3; *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1991, Rdnr. 211). Mit der Unterstellung unter die in §§ 92 ff. BNotO geregelte Dienstaufsicht der Justizverwaltung rückt die notarielle Berufstätigkeit aber in besondere Nähe zum öffentlichen Dienst. Die Aufsicht ist unmittelbare Folge der amtlichen Tätigkeit im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege; denn die Übertragung des öffentlichen Amtes an Personen außerhalb des öffentlichen Dienstes entlastet den Staat nicht von seiner Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung der damit verbundenen Aufgaben (vgl. BVerfGE 17, 371, 379).

3. Angesichts hiernach zulässiger Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 Abs. 5 GG sind die von dem Beschwerdeführer angegriffene Weisung und die ihr zugrundeliegende allgemeine Vorschrift in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchlHDONot weder der Form noch dem Inhalt nach verfassungsrechtlich zu beanstanden. Dabei bedarf es im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob sich der Beschwerdeführer hinsichtlich der beanstandeten Maßnahmen von vornherein nicht auf den Schutz der Berufsfreiheit berufen kann oder aber bei grundsätzlich auch hier gegebener Grundrechtsberechtigung die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs spezifisch reduziert sind. Denn selbst wenn die angegriffenen Maßnahmen an Grundrechten und namentlich an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sein sollten, genügen sie verfassungsrechtlichen Anforderungen. In diesem Fall können sie allerdings nicht mit einem pauschalen Hinweis auf die staatliche Organisationsgewalt gerechtfertigt werden. Sie können sich jedoch auf eine gesetzliche Grundlage stützen und sind auch ihrem Inhalt nach nicht zu beanstanden.

Dies gilt sowohl hinsichtlich der Weisung als Mittel der Dienstaufsicht als auch hinsichtlich des Inhalts der Weisung, also der dem Beschwerdeführer auferlegten konkreten Verhaltenspflicht. Beide Fragen sind getrennt zu prüfen; denn mit der Entscheidung über die Verpflichtung, Weisungen der Aufsichtsbehörde Folge zu leisten, ist noch nicht über den zulässigen Regelungsgehalt der jeweiligen Weisung entschieden (vgl. BVerwG, Urteil vom 15.1.1999, 2 C 11.98, NJW 1999, 1985). Hierbei kommt als Prüfungsmaßstab allein die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit in Betracht; für eine Prüfung nach Maßgabe der – ebenfalls als verletzt gerügten – allgemeinen Handlungsfreiheit ist daneben kein Raum (vgl. BVerfGE 67, 157, 171).

a) Die dem Beschwerdeführer erteilte Einzelweisung als Mittel der Dienstaufsicht ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Eine gesetzliche Grundlage ist gegeben. Für ein Weisungsrecht der Dienstaufsichtsbehörden gegenüber Notarinnen und Notaren fehlt es allerdings an einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz. Auch wenn man aber vorliegend die Maßstäbe des Art. 12 GG anlegt, schließt das nicht aus, dass dem dann geltenden Gesetzesvorbehalt durch – „möglichst engbegrenzte“ – Generalklauseln genügt sein kann (vgl. BVerfGE 33, 1, 11). So ist insbesondere eine vollständige Aufführung berufsbezogener Pflichten im Gesetz nicht möglich und auch nicht nötig, wenn es sich – wie hier – um Normen handelt, die nur den Kreis der Berufsangehörigen betreffen, sich aus der ihnen gestellten Aufgabe ergeben und daher für sie im Allgemeinen leicht erkennbar sind (vgl. BVerfGE 54, 237, 247 f.).

Dies lässt Raum für eine Auslegung des einfachen Gesetzesrechts durch die Fachgerichte, denen auch die Wahl der hierbei anzuwendenden Methode überlassen bleibt. Es ist ihnen weder durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 noch durch Art. 20 Abs. 3 GG verwehrt, ggf. vorhandene gesetzliche Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen und auf diese Weise eine dem Gesetzesvorbehalt genügende Rechtsgrundlage zu gewinnen (vgl. BVerfGE 98, 49, 59; 108, 150, 160). Beschreiten die Fachgerichte den damit eröffneten Weg, so sind sie an dieselben Maßstäbe gebunden, die nach Art. 12 Abs. 1 GG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einschränken (vgl. BVerfGE 108, 150, 160 m. w. N.). Auch soweit die Wahrung der Kompetenzgrenzen aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG betroffen ist, überprüft das BVerfG im Übrigen nur, ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. BVerfGE 82, 6, 13; 96, 375, 394 f.; 111, 54, 81 f.; 122, 248, 258).

Angesichts dieses Maßstabs genügen die angegriffenen Entscheidungen den ggf. maßgeblichen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, soweit sie im vorliegenden Fall in den §§ 92 ff. BNotO eine hinreichende gesetzliche Grundlage für das Aufsichtsmittel der Weisung sehen.

Die Befugnis zur Erteilung von Weisungen entnimmt der BGH in dem vorliegend angegriffenen Beschluss – unter Hinweis auf frühere Entscheidungen (Beschluss vom 16.7.2001, NotZ 12/01, ZNotP 2001, 441, 442; Beschluss vom 8.7.2002, NotZ 5/02, juris, Rdnr. 5) – dem in § 93 BNotO normierten Aufsichtsrecht. Diese Norminterpretation lässt sich auf systematische und historische Argumente stützen und hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung mit Blick auf den Gesetzesvorbehalt stand. Das Weisungsrecht zählt zu den typischen Instrumentarien des öffentlichen Dienstrechts. Dabei umfasst die Befugnis nicht nur Einzelweisungen, sondern eröffnet auch die Möglichkeit, Sachverhalte durch allgemeine Weisung zu regeln (vgl. für das notarielle Dienstrecht auch Herrmann in Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 93 Rdnr. 6).

Der Mittel und Möglichkeiten der Dienstaufsicht bedient sich der Gesetzgeber auf der Grundlage der §§ 92, 93 BNotO zur Kontrolle notarieller Amtsführung. Damit nimmt der Staat seine Verantwortung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege wahr (vgl. oben II. 2. b bb). Demgemäß werden die in § 93 Abs. 1 BNotO mit regelmäßiger Prüfung und Überwachung notarieller Amtsführung näher bestimmten Aufgaben der Dienstaufsicht

nicht nur als bloße Beobachtungsbefugnis („innere Aufsichtsmaßnahmen“) verstanden, sondern umfassen auch die Kompetenz der Dienstaufsichtsbehörden, bei hinreichendem Anlass durch Weisung korrigierend tätig zu werden („äußere Aufsichtsmaßnahmen“, vgl. Lerch in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl. 2008, § 93 Rdnr. 53).

Bei Anwendung der herkömmlichen Auslegungsmethoden ist es mithin vertretbar, durch Auslegung der §§ 92, 93 BNotO zu dem Ergebnis zu gelangen, dass ein Weisungsrecht bei den gesetzlich ausdrücklich geregelten Aufsichtsbefugnissen der Justizverwaltung vorausgesetzt wird und in der Gesamtregelung der Dienstaufsicht über Notare angelegt ist. Gegen dieses Auslegungsergebnis lässt sich auch nicht einwenden, mit ihm sei die Grundentscheidung übergangen, die der Gesetzgeber in § 1 BNotO zugunsten der notariellen Unabhängigkeit getroffen habe. Denn das Gesetz garantiert diese nur für die Rechtsanwendung im Einzelfall (vgl. BGHZ 57, 351, 354), schließt die Erteilung von Weisungen der Dienstaufsicht mithin allein in diesem Bereich aus. Betroffen ist danach nicht die Zulässigkeit von Weisungen als solcher, begrenzt wird vielmehr nur deren Inhalt, der nicht darauf gerichtet sein darf, den Notar im konkreten Fall zur Befolgung einer bestimmten Rechtsansicht oder Rechtsauslegung anzuhalten. Die demgegenüber grundsätzlich zulässigen Weisungen betreffen den allgemeinen Dienstbetrieb und bewegen sich in dem Bereich, bei dem das Notaramt in besondere Nähe zum öffentlichen Dienst gerückt ist und Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 Abs. 5 GG eher möglich sind.

bb) In materieller Hinsicht bestehen gegen das Mittel der Weisung als solches weder in der Form einer Einzelweisung noch in der Form der allgemeinen Weisung verfassungsrechtliche Bedenken. In beiden Fällen dient die Weisung vernünftigen Gründen des Gemeinwohls, nämlich der Aufsicht und damit der demokratischen und rechtsstaatlichen Rückbindung eines außerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation stehenden Amtsträgers sowie der Sicherung eines ordnungsgemäßen Handelns im Bereich der staatlichen Aufgabe zur vorsorgenden Rechtspflege.

b) Auch ihrem Inhalt nach genügt die dem Beschwerdeführer erteilte Einzelweisung bei Annahme einer Grundrechtsberechtigung den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

aa) Es besteht eine gesetzliche Grundlage. Den gesetzlichen Vorschriften zu notariellen Verwahrungsgeschäften in den §§ 54a ff. BeurkG lässt sich hierzu zwar keine ausdrückliche Regelung entnehmen. Auch § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot scheidet als eigenständige gesetzliche Grundlage aus, weil diese Regelung als Verwaltungsvorschrift nicht über die dem Gesetzesvorbehalt genügende Rechtsnormqualität verfügt (vgl. BVerfGE 80, 257, 265 f.). Die Regelungen der Dienstordnung nicht nur zum Buchungsdatum, sondern schlechthin zur Dokumentation von Verwahrungsgeschäften einschließlich der Führung von Verwahrungs- und Massenbuch lassen sich jedoch auf die Befugnisse der Landesjustizverwaltung als Dienstaufsichtsbehörde (§ 92 Nr. 3 BNotO) zur Erteilung allgemeiner Weisungen nach Maßgabe des § 93 BNotO stützen.

(1) Die der Dienstaufsicht obliegenden Geschäftsprüfungen erstrecken sich auch auf die „Führung und Aufbewahrung“ der Bücher und Verzeichnisse, die der Notar zur Einsicht vorzulegen und auszuhändigen hat (§ 93 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 BNotO). Außerdem wird die „vorschriftsmäßige Verwahrung von Wertgegenständen“ als Gegenstand der Geschäftsprüfung hervorgehoben (§ 93 Abs. 2 Satz 2 BNotO). Da eine effiziente Kontrolle von Verwahrungsgeschäften ohne sachgerechte und übersichtliche Dokumentation der Einnah-

men und Ausgaben nicht mit angemessenem Aufwand zu bewältigen ist, ergibt sich aus dem Zusammenhang einerseits der mit § 93 BNotO vorausgesetzten Verpflichtung des Notars zur Führung von Büchern und Verzeichnissen sowie andererseits der im Gesetz besonders betonten Prüfung seiner Verwahrungstätigkeit, dass der Notar die Verwahrung fremden Vermögens für Aufsichtszwecke kontrollierbar zu dokumentieren hat.

Zur Festlegung der im Anschluss hieran noch zu regelnden Einzelheiten der Dokumentationspflicht sind die Aufsichtsbehörden auf dieser gesetzlichen Grundlage ermächtigt, sofern Grundrechte dabei nicht wesentlich berührt sind. Insbesondere ermächtigen die gesetzlichen Regelungen die Aufsichtsbehörden dazu, nähere Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung technischer Einzelfragen der Dokumentation zu machen, wenn dies die Adressaten nicht wesentlich belastet. Das ist hier der Fall. Die dem Beschwerdeführer aufgrund der allgemeinen Regelung in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot und zusätzlich durch die Einzelweisung aufgegebene Dokumentation von bargeldlosen Zahlungsein- und -ausgängen unter dem Datum des Eingangs der Kontoauszüge führt zur Verbuchung nach einer einheitlichen Regel. Dies dient der staatlichen Aufsicht.

Eine wesentliche Betroffenheit in Grundrechten ist damit nicht verbunden. Falls mit der in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot vorgesehenen Buchungsweise überhaupt eine Mehrbelastung gegenüber anderen Arten der Buchführung verbunden sein sollte, ist diese doch den Umständen nach jedenfalls gering und bewegt sich im Bagatellbereich. Nichts anderes ist dem Vorbringen des Beschwerdeführers und den vorliegenden Stellungnahmen zu entnehmen.

Da der Gesetzgeber in den genannten Einzelbestimmungen des § 93 BNotO die wesentlichen Entscheidungen selbst getroffen hat, kann die Norm nach ihrem Zweck und Sinnzusammenhang dahin verstanden werden, dass sie eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage bildet (vgl. dazu BVerfGE 82, 209, 224 f.), um Einzelheiten für die Dokumentation notarieller Verwahrungsgeschäfte durch allgemeine Weisung der Aufsichtsbehörden zu regeln.

(2) Die auf dieser Grundlage von der Landesjustizverwaltung erlassenen Vorschriften der Dienstordnung – namentlich über die Führung von Verwahrungs- und Massenbuch und den zugehörigen amtlichen Mustern (§§ 11, 12 SchIHDonot) sowie zu den darin vorzunehmenden Eintragungen (§ 10 SchIHDonot) einschließlich der hier einschlägigen Festlegung des Buchungsdatums in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot – verstoßen entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht gegen höherrangiges Recht.

Die allgemeine Weisung in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot verstößt nicht deshalb gegen höherrangiges Recht, weil dadurch eine Amtspflicht auferlegt wird, deren Begründung nach der Konzeption der Bundesnotarordnung den Notarkammern vorbehalten ist. Die vom BGH in der angegriffenen Entscheidung vertretene Auffassung, wonach dem Katalog des § 67 Abs. 2 Satz 3 BNotO zur Satzungscompetenz der Notarkammern keine Sperrwirkung für Regelungen der Dienstaufsicht zukommt, ist vertretbar und begegnet daher keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es entspricht im Gegenteil der Nähe des Notarberufs zum öffentlichen Dienst, dass die unmittelbare staatliche Aufsicht über die notarielle Amtsführung schon angesichts der fortbestehenden Verantwortung des Staates nicht vollständig durch die Kompetenzen einer Selbstverwaltungskörperschaft verdrängt werden kann. Dies findet seine Bestätigung in § 67 Abs. 1 Satz 2 BNotO, wonach die Notarkammern zwar „über Ehre und Ansehen ihrer Mitglie-

der zu wachen“ und „für eine gewissenhafte und lautere Berufsausübung der Notare und Notarassessoren zu sorgen“ haben, insoweit aber die Aufsichtsbehörden bei ihrer Tätigkeit lediglich „unterstützen“.

Überdies ist der BGH zu dem Ergebnis gelangt, dass die angegriffene Weisung und § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot ihrem Inhalt nach nicht in einen Regelungskonflikt mit den Richtlinien der Notarkammer Schleswig-Holstein geraten können. Dies ist zumindest nicht unvertretbar. In den Kammerrichtlinien ist keine bestimmte Buchungs- oder Dokumentationsweise für bargeldlose Zahlungsvorgänge vorgesehen oder vorausgesetzt. Sie treffen über die Art und Weise der Dokumentation von Zahlungsvorgängen im notariellen Verwahrungsgeschäft keine Aussage, sondern bestimmen mit Blick auf die Wahrung fremder Vermögensinteressen unter III. 1. nur pauschal, dass der Notar „ihm anvertraute Vermögenswerte mit besonderer Sorgfalt zu behandeln und Treuhandaufträge sorgfältig auszuführen“ hat.

bb) In materieller Hinsicht missachten weder der Inhalt der allgemeinen Regelung in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot noch die dem Beschwerdeführer auf dieser Grundlage erteilte inhaltsgleiche Einzelweisung dessen Grundrechte. Selbst wenn darin ein Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des Beschwerdeführers gesehen wird, ist er jedenfalls nicht unverhältnismäßig.

(1) Die dem Beschwerdeführer aufgrund der allgemeinen Regelung in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot und zusätzlich durch die Einzelweisung aufgegebene Dokumentation von bargeldlosen Zahlungsein- und -ausgängen unter dem Datum des Eingangs der Kontoauszüge führt zur Verbuchung nach einer einheitlichen Regel und dient damit der staatlichen Aufsicht über die ordnungsgemäße notarielle Amtsführung.

(2) Die vorgeschriebene Art der Buchführung ist zudem erforderlich. Ohne eine einheitliche Buchführung würde das Ziel einer Aufsicht der Amtsführung nicht in gleicher Weise verwirklicht. Auch der Umstand, dass eine andere einheitliche oder – wie im Freistaat Sachsen – eine individuell zu wählende alternative Buchungsweise nach dem Wertstellungsdatum dem Interesse an einer Aufsicht ebenfalls Rechnung tragen könnten, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es lässt sich schon nicht feststellen, dass die vom Beschwerdeführer favorisierte Art der Verbuchung tatsächlich ein milderer Mittel darstellte. Die Regelung in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot entspricht der hergebrachten, bis zur Einführung der einheitlichen Regelung überwiegenden notariellen Praxis und vermeidet so den Aufwand einer Umstellung sowohl des Buchungssystems als auch des Prüfungsprogramms bei Geschäftsprüfungen. Zudem erweist sich die vom Beschwerdeführer angestrebte Buchungsweise unter dem Wertstellungsdatum nicht als eindeutig vorzugswürdig. Die Bundesnotarkammer hat in ihrer Stellungnahme darauf hingewiesen, dass eine derartige Buchführung in der Vergangenheit bei verspätetem Eingang von Kontoauszügen mit zeitlich früheren Wertstellungen zu diskontinuierlichen Eintragungen („springenden Daten“) führte, was Anlass zu sachlich nicht gerechtfertigten Beanstandungen geben konnte.

(3) Die in § 10 Abs. 3 Satz 1 SchIHDonot angeordnete Art und Weise der Dokumentation notarieller Verwahrungsgeschäfte ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Sie belastet den Beschwerdeführer nur unwesentlich (vgl. oben II. 3. b aa).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Bracker*, MittBayNot 2012, 429 (in diesem Heft).

12. BNotO § 48a (*Rechtmäßigkeit der Altersgrenze für Notare*)

Die Bestimmung des § 48a BNotO, welche die Altersgrenze für die Ausübung des Notarberufs auf das Ende des Monats festlegt, in dem der Notar das 70. Lebensjahr vollendet, ist weder verfassungs- noch europarechtswidrig. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 23.7.2012, NotZ (Brg) 15/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

(...) a) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) bestehen nicht. Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Bestimmung des § 48a BNotO, die die Altersgrenze für die Ausübung des Notarberufs auf das Ende des Monats festlegt, in dem der Notar das 70. Lebensjahr vollendet, weder verfassungs- noch europarechtswidrig.

aa) Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Höchstaltersgrenze von 70 Jahren für die Ausübung des Notarberufs in seinem Beschluss vom 29.10.1992 (DNotZ 1993, 260 ff.) bejaht. Der Senat hat sich dieser Beurteilung in seinem Beschluss vom 22.3.2010 (NotZ 16/09, BGHZ 185, 30 Rdnr. 6 ff.) angeschlossen. Auf diese Entscheidungen wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Gründe, die zu einer abweichenden Beurteilung Anlass geben, sind weder ersichtlich noch dargetan. Entgegen der Auffassung des Klägers verstößt das Gesetz zur Änderung des Berufsrechts der Notare und der Rechtsanwälte vom 29.1.1991 (BGBl I, S. 150) nicht deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil es keine Übergangsregelung enthalte. Der Kläger übersieht, dass der Gesetzgeber in Art. 3 dieses Gesetzes eine Regelung geschaffen hat, nach der sämtliche Notare, die bei Inkrafttreten des Gesetzes am 3.2.1991 das 58. Lebensjahr vollendet hatten, für weitere zwölf Jahre im Amt bleiben durften (vgl. BVerfG, DNotZ 1993, 260; *Schippel/Bracker/Püls*, BNotO, 9. Aufl., § 48a Rdnr. 2). Bei dieser zeitlichen Festlegung brauchte der Gesetzgeber keine Rücksicht auf die Belange und Interessen Einzelner zu nehmen, sondern durfte bei generalisierender Betrachtungsweise im Rahmen seiner Typisierungsbefugnis davon ausgehen, dass eine Amtstätigkeit von zwölf Jahren genügt, um die im Hinblick auf die Amtsübernahme getätigten Investitionen zu erwirtschaften und die Voraussetzungen für die Sicherung eines angemessenen Lebensstandards nach Vollendung des 70. Lebensjahres zu schaffen (vgl. BVerfG, DNotZ 1993, 260).

bb) Die Regelung in § 48a BNotO steht auch im Einklang mit europarechtlichen Vorgaben. Sie verstößt insbesondere nicht gegen das – einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellende und durch die Richtlinie 2000/78 EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf konkretisierte – Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters (vgl. Senatsbeschluss vom 22.3.2010, NotZ 16/09, BGHZ 185, 30 Rdnr. 22 ff.; BVerfG, NJW 2011, 1131). Die durch sie bewirkte Ungleichbehandlung wegen des Alters ist gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie zulässig. Die Regelung verfolgt das legitime sozialpolitische Ziel, die Berufschancen zwischen den Generationen gerecht zu verteilen, und ist zur Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen. Denn ohne die gesetzliche Altersgrenze wäre für die Besetzung der nur in begrenzter Zahl zur Verfügung stehenden Stellen (§ 4 Satz 1 BNotO) nicht mit der erforderlichen Vorhersehbarkeit und Planbarkeit gewährleistet, dass

lebensältere Notare die ihnen zugewiesenen Stellen für lebensjüngere Bewerber frei machen (vgl. Senatsbeschluss vom 22.3.2010, NotZ 16/09, a. a. O., Rdnr. 28 f.; BVerfG, DNotZ 1993, 260; NJW 2011, 1131 Rdnr. 12 f.). Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Altersgrenze für Notare nicht deshalb unangemessen und nicht erforderlich im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie, weil „Versorgungslücken in allen Teilen des Notariats“ drohten. Ein Mangel an jüngeren Bewerbern, der vorliegend allerdings weder ersichtlich noch hinreichend konkret dargetan ist, mag die Erforderlichkeit einer Altersgrenze auf solchen Teilen des Arbeitsmarktes in Frage stellen, zu denen neue Berufsangehörige jederzeit Zugang haben (vgl. EuGH, Urteil vom 12.1.2010, C-341/08, Slg. 2010, I 100, Rdnr. 68 – Petersen). Dies gilt aber nicht, wenn der Besetzung einer Stelle, wie im Streitfall, zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege ein Ausschreibungsverfahren vorausgehen muss und die Ausschreibung von dem Ergebnis einer Bedürfnisprüfung abhängt, die sicherstellt, dass dem jeweiligen Amtsinhaber ein ausreichendes Maß sachlicher und finanzieller Unabhängigkeit gewährleistet ist (vgl. EuGH, Urteil vom 24.5.2011, C-54/08, DNotZ 2011, 462 Rdnr. 98; Senatsbeschluss vom 22.3.2010, NotZ 16/09, a. a. O., Rdnr. 8 f.; BVerfG, DNotZ 1993, 260). Blieben lebensältere Notare so lange im Amt, wie es ihnen beliebt, könnten die zur Verfügung stehenden jüngeren Berufsbewerber nicht oder nur sehr spät berücksichtigt werden. Mangels Vorhersehbarkeit und Planbarkeit des Zugangs verlöre der Beruf des Notars an Attraktivität.

(...)

13. BeurkG § 44a Abs. 2; GBO §§ 19, 20, 29 (*Berichtigung bei offensichtlicher Unrichtigkeit*)

Die Berichtigung einer notariellen Urkunde durch Nachtragsvermerk kommt im Allgemeinen mangels Offensichtlichkeit nicht in Betracht, wenn Auflassung und Bewilligung sich nur auf eines der zwei zum Grundbuch- und Sachstand in der Urkunde aufgeführten Grundstücke erstreckt.

OLG München, Beschluss vom 27.6.2012, 34 Wx 184/12; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Zu notarieller Urkunde vom 18.1.2012 (Abschnitt II. „Vertragsgegenstand“) überließ der Beteiligte zu 1 an die Beteiligten zu 2 bis 5 zu gleichen Teilen „den in Abschnitt 1.1. dieser Urkunde näher bezeichneten Grundbesitz“.

Als solcher ist dort unter Abschnitt 1.1. das Grundstück Flst. .../17 (Wohnhaus, Hofraum, Garten) bezeichnet. Abschnitt III. enthält die Auflassung und die notwendigen weiteren Grundbucheklärungen, bezogen auf den Vertragsgegenstand.

Die Auflassung wurde am 22.3.2012 im Grundbuch vollzogen.

Abschnitt I. (Grundbuch- und Sachstand) der nämlichen Urkunde führt unter Ziffer 2 weiter auf das auf den Beteiligten zu 1 „als Eigentümer zu 1/8“ im Grundbuch eingetragene Grundstück Flst. .../18 (Bauplatz) zu 215 m².

Tatsächlich weist das Grundbuch insoweit den Beteiligten zu 1 seit 4.6.2003 als Eigentümer zu (nun) 2/8 (= 1/4) aus. Dies hat die Notarin auf Hinweis noch am 21.3.2012 gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG richtiggestellt.

Am 17.4.2012 hat die beurkundende Notarin des Weiteren die Feststellung getroffen, dass es in der Überlassungsurkunde unter Abschnitt II. richtig heißen muss: „den in Abschnitt I. dieser Urkunde näher bezeichneten Grundbesitz.“

Den Antrag, nunmehr auch die Urkunde vom 18.1.2012 für den Eigentumsanteil am Grundstück Flst. .../18 zu vollziehen, hat das

Grundbuchamt mit Beschluss vom 23.4.2012 zurückgewiesen. Es hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass hinsichtlich des Vertragsgegenstands keine Unklarheiten bestanden hätten; es habe wohl Klarheit darüber bestanden, dass der Anteil am Flst. .../18 nicht mitüberlassen werden sollte. Eine Schreibfehlerberichtigung liege nicht vor, sondern es handle sich um eine mangelhaft vorbereitete Urkunde. Bei sorgfältigem Vorlesen der Urkunde hätte erkannt werden können und müssen, dass der unter Abschnitt I.2. genannte Anteil am Grundbesitz des Verkäufers auch Gegenstand des Überlassungsvertrags an die Käufer hätte sein sollen und hätte mit aufgelassen werden müssen. Schließlich sei festzustellen, dass die Urkunde von allen Beteiligten nach Verlesung genehmigt und unterschrieben worden sei. Für das Grundbuchamt stehe fest, dass der unter Abschnitt I.2. genannte Anteil weder Vertragsgegenstand noch aufgelassen sei. Der Vollzugsantrag sei deshalb zurückzuweisen.

Aufgrund der Eindeutigkeit der Urkunde betreffend den Vertragsgegenstand sei auch keine Auslegung nach § 133 BGB möglich.

Hiergegen richtet sich die von der beurkundenden Notarin erhobene Beschwerde vom 15.5.2012 mit dem Antrag, die Urkunde vom 18.1.2012 auch hinsichtlich der Übertragung des 1/4-Miteigentumsanteils an dem Grundstück Flst. .../18 auf die Beteiligten zu 2 bis 5 zu gleichen Teilen zu vollziehen. In der Begründung wird davon ausgegangen, dass die Berichtigung gemäß § 44a Abs. 2 Satz 2 BeurkG habe vorgenommen werden können. Berichtigt werden könnten nicht nur offensichtliche Schreibfehler, sondern alle offensichtlichen Unrichtigkeiten, auch solche, die nicht auf Schreibversehen, sondern auf anderen Fehlerquellen beruhten. Versehentliche Auslassungen und Unvollständigkeiten könnten ebenfalls berichtigt werden, wenn sich dies aus dem Gesamtzusammenhang der Beurkundung ergebe. Die offensichtliche Unrichtigkeit müsse nicht aus der Urkunde selbst folgen. Wie das Grundbuchamt selbst erkannt habe, habe der Beteiligte zu 1 ersichtlich seinen gesamten Grundbesitz überlassen wollen; der Anteil an Flst. .../18 sei als solcher wertlos und nur kostenbehaftet.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

1. Das Rechtsmittel ist als Beschwerde nach § 71 Abs. 1 i. V. m. § 73 GBO zulässig. Die Bevollmächtigung der amtierenden Notarin folgt aus Abschnitt IX. des Vertrags vom 18.1.2012. Insoweit gilt § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG. Nach Sachlage ist das Rechtsmittel namens aller Antragsberechtigten eingelegt (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 15 Rdnr. 20).

2. Die Beschwerde ist unbegründet; die beantragte Eigentumsumschreibung kann auf der Grundlage der nach § 44a Abs. 2 Satz 2 BeurkG berichtigten Überlassungsurkunde nicht vorgenommen werden. Denn die Auflassung des Miteigentumsanteils an dem Grundstück Flst. .../18 nach §§ 20, 29 GBO ist nicht in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen. Darauf, ob die Auflassung materiellrechtlich wirksam ist, kommt es nicht an. Unabhängig hiervon mag der sich aus dem Vergleich mit dem Grundbuch offensichtlich ergebende Fehler in der Größenangabe des Anteils nach § 44a Abs. 2 BeurkG berichtigungsfähig gewesen sein.

a) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück – ebenso von Bruchteilen – ist die nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (= Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle zu erklären (siehe BGH, NJW 2007, 3204). Zur Entgegennahme der Auflassung ist jeder Notar zuständig (§ 925 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB).

b) Die Einigung erfordert materiellrechtlich eine konkretisierende – den Verkehrsbedürfnissen entsprechende zweifelsfreie – Bezeichnung des Vertragsgegenstands. Das materielle Rechtsgeschäft berührt es nicht, wenn Vertragsparteien nach

dem gemäß § 133 BGB zu ermittelnden Willen denselben Gegenstand meinen, ihn jedoch irrtümlich falsch bezeichnen (falsa demonstratio) oder ihn – im Zusammenhang mit der Auflassung anderer Grundstücksflächen – zu erwähnen vergessen, so etwa, wenn sie zwei Grundstücke auflassen, irrtümlich aber nur eines erwähnen. In diesem Fall sind (materiellrechtlich) beide Grundstücke aufgelassen (vgl. BGHZ 87, 150, 155; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 925 Rdnr. 14). Indessen prüft das Grundbuchamt gemäß § 20 GBO nicht die materiellrechtliche Wirksamkeit der Auflassung, sondern nur, ob die Voraussetzungen des Eigentumsübergangs, nämlich die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) und die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen mit dem zweifelsfrei bezeichneten Vertragsgegenstand (vgl. § 28 GBO), durch – formell wirksame – öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind (§ 29 Abs. 1 GBO; *Palandt/Bassenge*, § 925 Rdnr. 30).

c) Zutreffend geht das Grundbuchamt davon aus, dass die ursprüngliche Urkunde vom 18.1.2012 einer Auslegung über den Auflassungsgegenstand nach § 133 BGB nicht zugänglich ist. Die Urkunde enthält als Objekt der Auflassung und der sonstigen zum Grundbuchvollzug notwendigen Erklärungen (§§ 13, 19 GBO) ausschließlich und durch Bezugnahme in Abschnitt III. auf Abschnitt II. und dort (ausschließlich) auf Abschnitt I.1. eindeutig nur das Grundstück Flst. .../17 und nicht den Miteigentumsanteil an einem weiteren Grundstück (Abschnitt I.2. als Grundbuch- und Sachstand). Eine Auslegung über diesen eindeutigen Sinn hinaus ist nicht möglich (siehe auch BGHZ 32, 60, 63; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28).

d) Nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG kann der Notar zwar durch eine Nachtragserklärung offensichtliche Unrichtigkeiten der Urkunde richtigstellen. Dabei ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, dass nicht nur Schreibfehler, sondern auch weitergehende Fehler, wie etwa versehentliche Auslassungen und Unvollständigkeiten, berichtigt werden können (*Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 44a Rdnr. 18 ff.). Allerdings muss der Fehler offensichtlich sein, sich also für jeden Außenstehenden aus Umständen, die auch außerhalb der Urkunde liegen können, ergeben (Senat vom 13.1.2012, 34 Wx 411/11, Rpfleger 2012, 311; LG Gera, NotBZ 2004, 112 m. Anm. *Zeiler*; *Lerch*, BeurkG, 3. Aufl., § 44a Rdnr. 8).

Umstände, aus denen sich die versehentliche Auslassung ergibt und die für jedermann offensichtlich sind, liegen nicht vor. Die Urkunde trägt den abschließenden Vermerk, wonach sie von der Notarin vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist. Danach stimmen die abgegebenen und in der Niederschrift enthaltenen Erklärungen überein, haben aber möglicherweise deshalb in der Urkunde einen nur unzureichenden Ausdruck gefunden, weil tatsächlich, das heißt materiellrechtlich, auch der Anteil an dem Flurstück .../18 aufgelassen wurde. Ist die Urkunde aber formell richtig, wenn auch materiell berichtigungsbedürftig, so scheidet deren Berichtigung nach § 44a Abs. 2 Satz 1 und 2 BeurkG regelmäßig aus (siehe *Kanzleiter*, DNotZ 1990, 478, 490; *ders.*, DNotZ 1999, 292, 306; *Reithmann*, DNotZ 1999, 27, 33 f.).

Offensichtliche Umstände, die ein Abweichen von dieser Regel erlauben, finden sich hier nicht. Der Wille des Beteiligten zu 1, seinen gesamten Grundbesitz (an der F Straße) zu veräußern, ist nach den vorstehenden Erwägungen als solcher nicht erheblich. Soweit der Anteil an dem Flurstück .../18 nach Veräußerung von Flurstück .../17 als wertlos und nur kostenbehaftet erscheint – was offensichtlich sein mag –, ist diese wirtschaftliche Erwägung als solche ungeeignet, die fehlende Offensichtlichkeit einer urkundlichen Unrichtigkeit in Frage

zu stellen. Die Erwähnung des Grundstücksanteils in Abschnitt I. der Urkunde legt zwar die Vermutung nahe, dass die Beteiligten diesen ebenfalls in ihr Geschäft (Abschnitt II.: Vertragsgegenstand; Abschnitt III.: Einigung, Eigentumsvormerkung) einzubeziehen gedachten; dies schließt es aber keineswegs aus, dass davon im Laufe der Beurkundung Abstand genommen wurde; offensichtlich ist die Unrichtigkeit zwar möglicherweise für die Beteiligten, nicht aber für den Notar und noch weniger für einen außenstehenden Dritten. Auch wenn sich die miteingereichte Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts auf beide Grundstücke bezieht, ändert dies am Ergebnis nichts.

(...)

Anmerkung:

1. Ausgangslage

a) Mit einem Sachverhalt, der mit dem vom OLG München entschiedenen Fall vergleichbar ist, dürften viele Notarinnen und Notare in ihrer Berufspraxis schon befasst gewesen sein. In Abschnitt I. der Urkunde (Grundbuch- und Sachstand) ist der Grundbesitz aufgeführt, der den Gegenstand der Veräußerung bildet. Da neben einem Grundstück zusätzlich ein ideeller Anteil eines weiteren Grundstücks veräußert werden sollte, war vorliegend der „Grundbuch- und Sachstand“ in die Abschnitte I. 1. und I. 2. gegliedert. Beim schuldrechtlichen Grundgeschäft der Überlassung (Abschnitt II. der Urkunde) und in der Folge bei der Auflassung (Abschnitt III. der Urkunde) wurde indes lediglich auf Abschnitt I. 1. der Urkunde und damit nur auf den dort genannten Grundbesitz verwiesen. Die beurkundende Notarin berichtete die Urkunde nach § 44a Abs. 2 BeurkG dahingehend, dass sich schuldrechtliches Grundgeschäft und Auflassung jeweils auf den gesamten in der Urkunde aufgeführten Grundbesitz beziehen (Abschnitt I. der Urkunde). Aufgrund der Zurückweisung des Antrags auf Eintragung der Auflassung durch das Grundbuchamt hatte das OLG München als Beschwerdegericht über den Eintragungsantrag und letztlich über die Zulässigkeit der nachträglichen Berichtigung nach § 44a Abs. 2 BeurkG zu entscheiden.

b) Die nachträgliche Berichtigung des vom Grundbuchblatt fehlerhaft übernommenen Grundbuchstandes in Abschnitt I. 2. der Urkunde – Bruchteilseigentum zu 1/8 statt zutreffend zu 2/8 – durch die beurkundende Notarin sahen sowohl das Grundbuchamt als auch das OLG München als von § 44a Abs. 2 BeurkG erfasst an.¹ Hierbei handelt es sich um eine in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannte „Fallgruppe“ der offensichtlichen Unrichtigkeit (Schreibfehler, falsa demonstratio non nocet), die nachträglich berichtigt werden kann.² Hierauf soll im Folgenden nicht näher eingegangen werden.³

2. Entscheidung

Fehlerhaft in der Urkunde und damit streitentscheidend war die Bezugnahme in Abschnitt II. der Urkunde. Zutref-

fend hätte nicht auf Abschnitt I. 1., sondern auf die Abschnitte I. 1., 2 oder nur auf Abschnitt I. Bezug genommen werden müssen. Stellt diese unzureichende Bezugnahme eine offensichtliche Unrichtigkeit dar, die im Verfahren nach § 44a Abs. 2 BeurkG berichtigt werden kann?

Das OLG München verneinte diese Frage. Auch ohne empirische Umfrage wage ich zu behaupten, dass das Gros der Notarinnen und Notare die Zulässigkeit der nachträglichen Berichtigung bejaht hätte und zwar in dem Bewusstsein, die Anforderungen des Verfahrens nach § 44a Abs. 2 BeurkG hierzu nicht großzügig auslegen zu müssen. Insofern ruft die Lektüre der Entscheidung für den Praktiker ein gewisses Stirnrunzeln hervor:

Nach dem OLG München ergebe sich die für die nachträgliche Berichtigung erforderliche offensichtliche Unrichtigkeit nicht für jeden Außenstehenden. Die versehentliche Auslassung sei demnach nicht „für jedermann offensichtlich“. Dies wird damit begründet, dass die Urkunde doch „von der Notarin vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden“ sei. Die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen stimmten überein, so dass die Urkunde formell richtig sei. Ein materielles Berichtigungsbedürfnis erlaube keine Berichtigung im Verfahren nach § 44a Abs. 2 BeurkG.⁴

Eine solche Urkunde sei nach den allgemeinen grundbuchamtlichen Auslegungsgrundsätzen (§ 133 BGB, §§ 13, 19 GBO) auch einer Auslegung im Sinn der Beschwerdeführer nicht zugänglich, da die Grundbucheklärungen im Hinblick auf den betroffenen Grundbesitz eindeutig seien.⁵ Zwar vermutet auch das entscheidende Gericht, dass der unzutreffend nicht in Bezug genommene Grundbesitz aufgrund der Aufnahme in die Urkunde und der erteilten grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung überlassen werden sollte. Dies reiche indes nicht aus, da die Möglichkeit bestehe, dass die Beteiligten von der Überlassung dieses Grundbesitzes im Laufe der Beurkundungsverhandlung Abstand genommen hätten, und die Unrichtigkeit für den Notar (!) und für einen außenstehenden Dritten nicht offensichtlich sei.⁶

3. Kritik

Zur Entscheidung des OLG München ist Folgendes zu bemerken:

a) Auf die Auslegung der Grundbucheklärungen kam es aufgrund der nachträglichen Berichtigung nicht (mehr) an. Dem OLG München ist zuzugeben, dass die Urkunde trotz der fehlenden Bezugnahme auf Abschnitt I. 2. der Urkunde in den Abschnitten über die Überlassung und Auflassung einen Sinn ergibt, auch wirksam ist und damit vollzogen werden kann. Freilich bleibt zu hinterfragen, weshalb dann Abschnitt I. 2. in die Urkunde aufgenommen worden sein sollte. Zur Abgrenzung des Vertragsgegenstandes sicherlich nicht; auch ein Stehenlassen trotz Abstandnahme von der Übertragung erscheint aus Sicht der Notarpraxis nicht recht eingängig. Die Urkunde wäre auch mit der zutreffenden Bezugnahme auf Abschnitt I. 2. wirksam und vollziehbar gewesen und hätte in gleicher Weise keiner Auslegung bedurft. Eine Regelungslücke, die Ausgangspunkt einer grundbuchamtlichen Auslegung hätte sein können, lag daher unabhängig von der Frage, ob die Bezugnahme richtig war, nicht vor.

¹ Siehe Gründe II. 2. Abs. 1.

² Grziwotz/Heinemann, BeurkG, § 44a Rdnr. 23; Winkler, BeurkG, § 44a Rdnr. 20 m. w. N.

³ Mit den vom OLG angestellten Erwägungen (siehe Gründe II.) könnte aber auch hieran gezweifelt werden: Demnach hätten die Beteiligten – bei richtiger Bezugnahme in den Abschnitten II. und III. der Urkunde – ohne Weiteres nur einen ideellen Anteil von 1/8 des Grundbesitzes übertragen wollen können. Die Urkunde wäre auch inhaltlich eindeutig und damit einer nachträglichen Berichtigung nicht zugänglich.

⁴ Gründe II. 2. d).

⁵ Gründe II. 2. b), c).

⁶ Gründe II. 2. d) a. E.

b) Die Urkunde litt vor der nachträglichen Berichtigung wegen der fehlenden Bezugnahme auf Abschnitt I. 2. in den Abschnitten II. und III. an einer Unrichtigkeit. Das OLG München beschäftigt sich in den Gründen mit den Anforderungen an die Offensichtlichkeit der Unrichtigkeit für das Verfahren nach § 44a Abs. 2 BeurkG. Zutreffend geht es mit der allgemeinen Meinung davon aus, dass nicht nur Schreibfehler, sondern auch weitergehende Fehler, wie etwa versehentliche Auslassungen und Unvollständigkeiten berichtigt werden können, selbst dann, wenn die Umstände, aus denen sich die Offensichtlichkeit ergibt, außerhalb der Urkunde liegen.⁷

Unzutreffend ist jedoch, dass verlangt wird, dass sich die Offensichtlichkeit der Unrichtigkeit für jeden Außenstehenden ergeben müsse. Eine Erweiterung dieser Anforderung auf außenstehende Dritte ist im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Vorschrift nicht verständlich und im Hinblick auf die notarielle Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO) auch nicht möglich: Außenstehende Dritte können und dürfen die Erklärungen der Beteiligten grundsätzlich nicht kennen. Sofern nach den Ausführungen des OLG München nur solche Außenstehenden gemeint sein sollten, die mit der Urkunde von den Beteiligten oder vom Notar im Auftrag der Beteiligten oder aufgrund gesetzlicher Mitteilungspflichten befasst werden, so das Grundbuchamt und die Finanzverwaltung etc., wäre eine Erweiterung auf diese ebenfalls unzutreffend. Vielmehr muss es genügen, dass die Unrichtigkeit für die Beteiligten und/oder den Notar offensichtlich ist.⁸ Denn nur diese können beurteilen, was rechtlich gewollt war. Der Notar trägt Verantwortung für die Beurkundungsverhandlung, er hat vor der Beurkundung den Sachverhalt zu klären, den Willen der Beteiligten zu erforschen, über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und die Erklärungen der Beteiligten unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben (§ 17 Abs. 1 BeurkG). Dabei darf er sich grundsätzlich auf die Richtigkeit der Angaben der Beteiligten verlassen. Die Beteiligten schließlich wissen genau, welche Erklärungen sie abgeben (wollen) und sind damit wie der Notar in der Lage, Unrichtigkeiten festzustellen. Ist eine Unrichtigkeit danach offensichtlich, ist das Verfahren nach § 44a Abs. 2 BeurkG eröffnet.

Außenstehende Dritte tragen weder eine Verantwortung für die Beurkundungsverhandlung noch unterliegen sie den Pflichten aus § 17 Abs. 1 BeurkG. Schließlich haben sie über den Text der Urkunde hinaus keinerlei Kenntnisse über den wahren Willen der Beteiligten. Außenstehende sind daher auf die Urkunde und ggf. deren Auslegung angewiesen. Sie sind jedoch regelmäßig nicht in der Lage, wie der Notar oder die Beteiligten eine offensichtliche Unrichtigkeit festzustellen, die über bloße Schreibfehler hinausgeht. Sie können daher für diese Frage nicht in Verantwortung genommen werden. Gleichmaßen dürfen an das Verfahren nach § 44a Abs. 2 BeurkG keine Anforderungen gestellt werden, wonach Außenstehende in der Lage sein müssten, offensichtliche Unrichtigkeiten zu erkennen. Offensichtlich ist eine Unrichtigkeit also, wenn sie der Notar oder die Beteiligten oder beide ohne Weiteres durch Umstände innerhalb oder außerhalb der Urkunde feststellen können.

⁷ Vgl. nur LG Gera, NotBZ 2004, 112; *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 44a Rdnr. 14; *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, § 44a Rdnr. 21; *Winkler*, BeurkG, § 44a Rdnr. 19.

⁸ *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 44a Rdnr. 14; *Kanzleiter*, DNotZ 1999, 292, 305; *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, § 44a Rdnr. 21; *Winkler*, BeurkG, § 44a Rdnr. 19; LG Gera, NotBZ 2004, 112: „Offensichtlich ist ein Fehler auch dann, wenn sich dies aus Umständen für jeden ergibt, der diese Umstände kennt; es genügt also, wenn die Unrichtigkeit für den Notar offensichtlich wird.“

Lediglich für den Erklärungsinhalt der Beteiligten scheidet das Verfahren nach § 44a Abs. 2 BeurkG aus. Erklärungen, welche die Beteiligten nicht oder nicht so abgegeben haben, können nicht durch einen Nachtragsvermerk ersetzt werden.⁹ Dabei ist darauf hinzuweisen, dass auch Erklärungen mit materiellrechtlichem Gehalt einer nachträglichen Berichtigung nach § 44a Abs. 2 BeurkG zugänglich sein können. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn bestimmte Erklärungen, welche die Beteiligten abgegeben haben, aufgrund eines Fehlers bei der Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung versehentlich nicht oder fehlerhaft aufgenommen wurden.¹⁰

c) Bei anderer Betrachtung würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit Platz greifen, die dazu führen würde, dass der Anwendungsbereich des Verfahrens nach § 44a Abs. 2 BeurkG deutlich eingeschränkt würde. Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck der Möglichkeit der nachträglichen Berichtigung. Deren Ziel ist es, der Beweiskraft notarieller Urkunden (§ 415 Abs. 1, § 418 Abs. 1 ZPO) entsprechend, Urkunden zu ihrer inhaltlichen Richtigkeit zu verhelfen. In dem durch das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze¹¹ im Verhältnis zur Vorgängerregelung erweiterten, jedoch zu Recht noch eng begrenzten Anwendungsbereich des Verfahrens nach § 44a Abs. 2 BeurkG, besteht die Möglichkeit der nachträglichen Berichtigung durch die Urkundsperson, welche die regelmäßig aufwändige Erstellung eines Nachtrages durch alle Beteiligten entbehrlich macht.

d) Es erstaunt ferner, dass gegen die Zulässigkeit der nachträglichen Berichtigung nach § 44a Abs. 2 BeurkG nunmehr sprechen soll, dass die Urkunde gemäß § 13 BeurkG vorgelesen, genehmigt und unterschrieben worden sei. Ersichtlich ist jede notarielle Niederschrift Ergebnis dieses Verfahrens, das insbesondere die Kontrolle der Vollständigkeit und Richtigkeit der Erklärungen der Beteiligten bezweckt. Allerdings kann auch dieses Verfahren nicht vollständig ausschließen, dass die Urkunde dennoch eine Unrichtigkeit enthält. Gerade für diesen Fall ermöglicht § 44a Abs. 2 BeurkG die nachträgliche Berichtigung und schließt diese nicht aus, wie die Ausführungen des OLG München nahelegen. Die mangelhafte Vorbereitung und Kontrolle der Urkunde bei der Verlesung mögen im entschiedenen Fall zutreffend sein. Sie sind indes kein Grund, das Verfahren nach § 44a Abs. 2 BeurkG zu sperren, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen.

Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München

⁹ BayObLG, DNotZ 2001, 557, 559; *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 44a Rdnr. 14; *Winkler*, BeurkG, § 44a Rdnr. 23.

¹⁰ *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, § 44a Rdnr. 22; *Winkler*, BeurkG, § 44a Rdnr. 23.

¹¹ BGBI 1998 I, S. 2585.

Kostenrecht

14. KostO § 146 Abs. 3, § 147 Abs. 2, 3 (*Betreuungsgebühr nach Einholung einer IHK-Stellungnahme vor GmbH-Gründung, nicht aber für die Erstellung einer Gesellschafterliste nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG*)

1. **Der Notar, der die Gründung einer GmbH beurkundet, erhält nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG für die zusätzliche Erstellung der Gesellschafterliste keine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO.**
2. **Holt der Notar, der die Gründung einer GmbH beurkundet, vor der Anmeldung zum Handelsregister auftragsgemäß eine Stellungnahme der zuständigen Industrie- und Handelskammer zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit ein, so fällt hierfür eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO an.**

BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kostengläubiger (nachfolgend: Notar) beurkundete am 22.9.2005 den Gesellschaftsvertrag, durch den die Kostenschuldnerin als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gegründet wurde, sowie einen Beschluss zur Geschäftsführerbestellung. Außerdem fertigte er im Auftrag der Kostenschuldnerin eine Liste der Gesellschafter und holte eine Stellungnahme der zuständigen Industrie- und Handelskammer zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit (nachfolgend: Unbedenklichkeitsstellungnahme) ein.

In seiner Kostenberechnung vom selben Tag forderte der Notar – neben einer 20/10-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und einer 20/10-Gebühr nach § 47 KostO für die Beurkundung von Beschlüssen von Geschäftsorganen – für das Fertigen der Gesellschafterliste und die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme unter Hinweis auf § 147 Abs. 2 KostO jeweils eine 5/10-Gebühr aus einem Wert von 3.750 € (15 % des vollen Geschäftswerts) i. H. v. 17 € nebst Mehrwertsteuer. Der Präsident des LG wies den Notar an, die Berechtigung dieses Kostenansatzes gerichtlich überprüfen zu lassen.

Das LG hat die Kostenberechnung um die für das Fertigen der Gesellschafterliste angesetzte Gebühr gekürzt und die Weisungsbeschwerde im Übrigen als unbegründet zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde wendet sich der Notar aus eigenem Recht gegen die vorgenommene Kürzung. Im Übrigen verfolgt er die Weisungsbeschwerde auf weitere Anweisung des Präsidenten des LG weiter.

Das OLG (OLG Frankfurt, ZIP 2010, 2446) beabsichtigt, der weiteren Weisungsbeschwerde stattzugeben und die weitere Beschwerde im Übrigen zurückzuweisen. Es sieht sich hieran durch die Entscheidungen anderer OLG gehindert, die dem Notar für das Erstellen der Gesellschafterliste bzw. die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zugebilligt haben. Deshalb hat das OLG die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist gemäß § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO a. F., § 28 Abs. 2 FGG a. F. i. V. m. Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG (vgl. BGH, Beschluss vom 28.6.2011, II ZB 2/10, ZIP 2011, 1708 Rdnr. 7) statthaft.

Das vorliegende OLG ist der Ansicht, auf der Grundlage des bis zum Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 geltenden Rechts stehe einem Notar, der die Gesellschaftsgründung beurkundet habe, für die zusätzliche Erstellung der Gesellschafterliste keine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu. Die Erstellung der Gesellschafterliste stelle ein Nebengeschäft dar (§§ 35, 147 Abs. 3 KostO), da sie die Vollziehung der Anmeldung und damit, im Hinblick auf § 11 Abs. 1

GmbHG, auch das Geschäft der Gesellschaftsgründung fördere. Gleiches gelte für die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme, weil der Notar den von ihm zu bewirkenden Rechtserfolg fördere, wenn er etwaigen Bedenken der Industrie- und Handelskammer schon vor der Anmeldung zum Handelsregister Rechnung trage.

Demgegenüber vertreten das OLG Stuttgart (JurBüro 1984, 1078), das OLG Saarbrücken (MittRhNotK 1984, 222) und das OLG Celle (JurBüro 1994, 41) die Auffassung, die Fertigung der Gesellschafterliste löse eine Betreuungsgebühr aus; sie sei kein Nebengeschäft, weil sie nicht zum Pflichtenkreis des Notars gehöre, der die Handelsregisteranmeldung beurkundet habe. Das OLG Oldenburg (JurBüro 1982, 1714) hat dem bei der Gründung und Anmeldung einer GmbH tätigen Notar für die Anforderung der Unbedenklichkeitsstellungnahme eine Betreuungsgebühr zugebilligt. Diese Divergenzen rechtfertigen die Vorlage.

III.

Die weitere Beschwerde und die weitere Weisungsbeschwerde sind zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 KostO a. F.), haben in der Sache aber keinen Erfolg. Die Annahme des LG, vorliegend stehe dem Notar für das Erstellen der Gesellschafterliste keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu, während für die Anforderung der Unbedenklichkeitsstellungnahme eine solche Gebühr angefallen sei, ist zutreffend und beruht somit nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F.).

1. Für die Erstellung der Gesellschafterliste ist keine Betreuungsgebühr angefallen.

a) Bei der Gründung einer GmbH mit mehreren Gesellschaftern entstehen regelmäßig je eine 20/10 Notargebühr für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nach §§ 141, 32, 36 Abs. 2 KostO sowie für die Beurkundung von Beschlüssen von Geschäftsorganen (Geschäftsführerbestellung) nach §§ 141, 32, 47 Satz 1 KostO. Wird auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet, fällt außerdem eine 5/10-Gebühr nach §§ 141, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO an, sofern § 44 Abs. 1 KostO keine Anwendung finden sollte. Ob dem Notar darüber hinaus für das Fertigen der nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG für die Handelsregistereintragung erforderlichen Gesellschafterliste eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO zusteht, ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten.

aa) Ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum sehen – nach der hier maßgeblichen Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – im Erstellen der Gesellschafterliste durch den Notar ein gebührenpflichtiges selbständiges Geschäft nach § 147 Abs. 2 KostO (OLG Stuttgart, JurBüro 1984, 1078; OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1984, 222; OLG Celle, JurBüro 1994, 41; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 147 Rdnr. 49; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 147 Rdnr. 113; *Lappe*, Kostenrechtsprechung, 4. Aufl., Anm. zu § 147 KostO Nr. 89 und 101; *Kanzleiter* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 142 Nr. 48 M a. E.; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort: GmbH, Anm. 4.5; *Mümmeler*, JurBüro 1989, 770; *Reimann*, DNotZ 1987, 642 f.; *Tiedtke*, ZNotP 2002, 121, 124; *Prüfungsabteilung der Notarkasse*, MittBayNot 1977, 141). Eine an sich von den Geschäftsführern zu erbringende Tätigkeit (§ 78 GmbHG), die deshalb nicht zum Pflichtenkreis des beurkundenden Notars gehöre, sondern von ihm nur aufgrund eines besonderen Auftrags, den er auch ablehnen könne, ausgeführt werde, und die für die Abwicklung und den Vollzug der Beurkundung selbst nicht notwendig sei, stelle kein Nebengeschäft dar. Teilweise wird auch auf die Verant-

wortlichkeit des Notars für den Inhalt der von ihm entworfenen Erklärungen und das daraus folgende Haftungsrisiko abgestellt (*Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437, 441; vgl. *Bund*, JurBüro 2005, 234; *Kanzleiter in Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 142 Nr. 48 M a. E.).

bb) Demgegenüber betrachten ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Karlsruhe, Rpfleger 1977, 228 f.; OLG Frankfurt, JurBüro 1987, 590; ebenso für den Fall, dass der Notar neben der Handelsregisteranmeldung auch den Gesellschaftsvertrag beurkundet hat, OLG Hamm, NZG 2002, 486; OLG Frankfurt, NZG 2007, 919 = MittBayNot 2008, 410) und ein Teil des Schrifttums (*Rohs in Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Juli 2011, § 41a Rdnr. 11; § 147 Rdnr. 27 a. E.) das Fertigen der Gesellschafterliste durch den Notar als Nebengeschäft und lehnen den Anfall einer Betreuungsgebühr ab. Die Gesellschafterliste müsse zwar nicht zwingend durch den Notar gefertigt werden, sie sei aber als notwendige Anlage zur Handelsregisteranmeldung (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) unerlässlich für den Rechtserfolg des Vorgangs, für den der Notar beauftragt sei. § 35 KostO stelle als kostenrechtliche Vorschrift nur auf das Verhältnis einer Tätigkeit des Notars zum Hauptgeschäft ab, nicht darauf, ob der Notar dienstrechtlich zur Übernahme dieser Tätigkeit verpflichtet sei (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2005, 231 f.).

b) Der Senat folgt im Ergebnis der zuletzt genannten Auffassung.

Erstellt der Notar, der die Gründung einer zum Handelsregister anzumeldenden GmbH beurkundet, auch die Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, so fällt hierfür – nach der vorliegend maßgebenden Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – keine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO an. Bei der Erstellung der Gesellschafterliste handelt es sich um eine Vollzugstätigkeit zum Beurkundungsgeschäft, für die der Notar neben der Beurkundungsgebühr grundsätzlich nur dann eine weitere Gebühr erhält, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 146 Abs. 3 KostO erfüllt sind. Kommt eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 3 KostO, wie vorliegend, nicht in Betracht, weil es nicht um die nähere Begründung eines Antrags oder einer Beschwerde geht, ist im Regelfall ein Nebengeschäft (§ 35 KostO) anzunehmen, für das keine gesonderte Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt (§ 147 Abs. 3 KostO).

aa) Der Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO kommt als Auffangregelung nur zur Anwendung, wenn die Kostenordnung für die betreffende Notartätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05, WM 2006, 1974 Rdnr. 8 = MittBayNot 2007, 71; Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 5 = MittBayNot 2008, 71). Eine derartige, die Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO im Regelfall ausschließende Gebührenregelung ist für Vollzugstätigkeiten zu Urkundsgeschäften, für die der Notar eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr bekommt, in § 146 Abs. 3 KostO enthalten.

Während in § 146 Abs. 1 und 2 KostO die Gebühren für den Vollzug der dort genannten Grundstücksgeschäfte mit Sperrwirkung gegenüber § 147 Abs. 2 KostO im Grundsatz abschließend geregelt sind (vgl. BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05, WM 2006, 1974 Rdnr. 9 f. = MittBayNot 2007, 71), betrifft § 146 Abs. 3 KostO die Gebühren für Vollzugstätigkeiten „in anderen Fällen“, in denen der Notar bereits eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr verdient. Zu den damit angesprochenen Geschäften zählen unter anderem Re-

gistersachen (BGH, Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 12 = MittBayNot 2008, 71; *Rohs in Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Juli 2011, § 146 Rdnr. 49; *Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 146 Rdnr. 36).

Auch § 146 Abs. 3 KostO entfaltet, ebenso wie die beiden ersten Absätze dieser Vorschrift, grundsätzlich eine Ausschlusswirkung gegenüber § 147 Abs. 2 KostO (vgl. *Rohs in Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Juli 2011, § 146 Rdnr. 4; *Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 146 Rdnr. 4). § 146 KostO ist für Tätigkeiten, die der Notar erbringt, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, im Verhältnis zu der allgemeinen Gebührenregelung für Nebengeschäfte in § 35 KostO, auf die § 147 Abs. 3 KostO Bezug nimmt, die speziellere Norm (vgl. BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05, WM 2006, 1974 Rdnr. 10 = MittBayNot 2007, 71). Demzufolge sind Vollzugstätigkeiten zu den in § 146 KostO erfassten Urkundsgeschäften nur unter den dort aufgeführten Voraussetzungen gesondert zu vergüten. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, fällt für eine entsprechende Vollzugstätigkeit grundsätzlich auch keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an.

Für die Annahme einer solchen grundsätzlichen Sperrwirkung sprechen neben dem Wortlaut des § 146 KostO, der auf eine umfassende Regelung der für Vollzugstätigkeiten anfallenden Gebühren, auch in Abgrenzung zu der Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, hindeutet, die Überlegungen, die für die Einführung einer Vollzugsgebühr im Jahr 1957 maßgebend waren. Seinerzeit wurden Tätigkeiten, die der Notar erbrachte, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, grundsätzlich als gebührenfreie Nebengeschäfte im Sinne des § 27 KostO a. F. (§ 35 KostO n. F.) angesehen; nur wenn es erforderlich war, einen Antrag oder eine Beschwerde näher zu begründen, konnte eine besondere Gebühr erhoben werden. Der Gesetzgeber wollte diese Regelung im Grundsatz beibehalten und lediglich für die typischerweise besonders aufwändigen und verantwortungsvollen Tätigkeiten zum Vollzug von Grundstücksgeschäften eine weitere Ausnahme schaffen (Begründung zum Kostenrechtsänderungsgesetz vom 26.7.1957, BT-Drucks. 2/2545, S. 193 zu Nr. 78 Ziffer 1). Der Gesetzgeber ging demnach davon aus, dass Vollzugstätigkeiten, soweit § 146 KostO nichts anderes bestimmt, gebührenfreie Nebengeschäfte darstellen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05, WM 2006, 1974 Rdnr. 10 = MittBayNot 2007, 71).

bb) Erstellt der Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung der Gründung einer GmbH und im Hinblick auf deren Anmeldung zum Handelsregister die Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, so handelt es sich – nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten des MoMiG – um eine Tätigkeit zum Vollzug der Gründungsbeurkundung.

Der in § 146 KostO verwendete Begriff des Vollzugs ist kostenrechtlich und für alle Absätze der Vorschrift einheitlich zu verstehen. Dem Vollzug des Geschäfts dienen alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten (schuldrechtlichen oder dinglichen) Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (vgl. BGH, Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 8 f. = MittBayNot 2008, 71, zum Vollzug von Grundstücksgeschäften).

Die Erstellung der Gesellschafterliste dient im kostenrechtlichen Sinne dem Vollzug der GmbH-Gründung. Die Gründung einer GmbH, deren Eintragung in das Handelsregister in Befolgung des § 7 Abs. 1 GmbHG angestrebt wird, zielt auf

die Errichtung einer GmbH als juristische Person. Insofern erfordert die Ausführung des Gesellschaftsvertrages die Eintragung der GmbH in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und damit auch die Erstellung der Gesellschafterliste als notwendigen Bestandteil der Anmeldung zum Handelsregister (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Ob der Notar neben dem Gesellschaftsvertrag auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet hat – im vorliegenden Fall ist dies nicht festgestellt –, ist für die Einordnung der Erstellung der Gesellschafterliste als Vollzugstätigkeit im Verhältnis zur Beurkundung der Gesellschaftsgründung nicht ausschlaggebend.

Die Annahme einer Vollzugstätigkeit scheidet auch nicht deshalb aus, weil der Notar die Gesellschafterliste nicht aufgrund amtlicher Verpflichtung, sondern im Auftrag der Kostenschuldnerin erstellt hat. Für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit dem Vollzug des Urkundsgeschäfts dient, ist nicht das Ansuchen an den Notar, sondern der sachliche Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft entscheidend (BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05, WM 2006, 1974 Rdnr. 20 = MittBayNot 2007, 71 m. w. N.).

cc) Die grundsätzlich bestehende Sperrwirkung des § 146 Abs. 3 KostO führt im vorliegenden Fall dazu, dass die Fertigung der Gesellschafterliste als Nebengeschäft gebührenfrei bleibt (§ 147 Abs. 3 KostO).

Allerdings ist eine Ausnahme von der Sperrwirkung in Betracht zu ziehen, wenn Vollzugstätigkeiten betroffen sind, die der Sache nach kaum anders behandelt werden können als die in § 146 KostO geregelten Fälle (vgl. BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05, WM 2006, 1974 Rdnr. 12 = MittBayNot 2007, 71). In der vorliegenden Konstellation bestehen indes keine Umstände, die eine solche Ausnahme nahelegen. Auf der Grundlage des hier maßgebenden alten Rechts handelt es sich bei dem Erstellen der Gesellschafterliste nicht um eine Notartätigkeit, die den Vollzugstätigkeiten für Grundbuchgeschäfte des § 146 Abs. 1 und 2 KostO oder den besonders begründeten Anträgen und Beschwerden bei sonstigen Geschäften im Sinne des § 146 Abs. 3 KostO nach Aufwand und Verantwortung typischerweise gleichzusetzen wäre.

Eine andere Beurteilung ist für die Zeit ab dem Inkrafttreten des MoMiG in Erwägung zu ziehen, da dem Inhalt der Gesellschafterliste nunmehr eine größere Bedeutung zukommt (vgl. §§ 16, 40 GmbHG n. F.). Für die hier zu treffende Entscheidung kommt es auf diese Frage aber nicht an.

2. Für die Einholung der firmenrechtlichen Unbedenklichkeitsstellungnahme der Industrie- und Handelskammer ist eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO angefallen.

a) Die Anforderung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfolgte nicht in Vollzug der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, so dass die Sperrwirkung des § 146 Abs. 3 KostO hier nicht eingreift.

Dem Vollzug des Geschäfts dienen – wie ausgeführt – alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten (schuldrechtlichen oder dinglichen) Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (vgl. BGH, Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 8 f. = MittBayNot 2008, 71 zum Vollzug von Grundstücksgeschäften). Die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Sie ist keine für die (mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages angestrebte) Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister notwendige Maßnahme. Vielmehr obliegt es dem Registergericht, zur Vermeidung unzulässiger Eintragungen in zweifelhaften Fällen das Gutachten der Industrie- und Handels-

kammer einzuholen (§ 23 Satz 1 Handelsregisterverordnung in der bis zum 31.12.2006 gültigen Fassung). Hat bereits der Notar – unabhängig von möglichen Zweifeln des Registergerichts an der firmenrechtlichen Zulässigkeit – eine Unbedenklichkeitsstellungnahme der Industrie- und Handelskammer eingeholt, so mag dies zu einer Beschleunigung des Eintragungsverfahrens beitragen. Damit handelt es sich um eine unterstützende Maßnahme des Notars, von der der Vollzug des Geschäfts aber nicht abhängt.

b) Die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfolgte im Auftrag der Kostenschuldnerin; für diese Tätigkeit ist eine anderweitige Gebühr nicht bestimmt (§ 147 Abs. 2 KostO).

c) Gemäß § 147 Abs. 3 KostO erhält der Notar die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die ein Geschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit allerdings nur, wenn diese Tätigkeit nicht schon als Nebengeschäft (§ 35 KostO) durch eine dem Notar für das Hauptgeschäft oder für erfolglose Verhandlungen zustehende Gebühr abgegolten wird. Ob die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme im Zusammenhang mit der Beurkundung einer GmbH-Gründung ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstellt, ist umstritten.

aa) Eine Meinung hält die Einholung der Stellungnahme durch den Notar für ein gebührenpflichtiges selbständiges Geschäft nach § 147 Abs. 2 KostO (OLG Oldenburg, JurBüro 1982, 1714; *Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 147 Rdnr. 129; *Lappe*, Kostenrechtsprechung, 4. Aufl., Anm. zu § 147 KostO Nr. 82; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 147 Rdnr. 49). Immer dann, wenn die Tätigkeit des Notars über reine Vorbereitungs- oder Vollzugstätigkeiten hinausgeht und sie sich nicht an das Gericht oder die am Hauptgeschäft Beteiligten richtet, sondern an einen am Urkundsgeschäft nicht beteiligten Dritten, handele es sich um eine nach § 147 Abs. 2 KostO zu vergütende Geschäftsbesorgung des Notars und nicht um ein bloßes Nebengeschäft im Sinne des § 35 KostO.

bb) Die Gegenauffassung bejaht ein gebührenfreies Nebengeschäft (OLG Frankfurt, JurBüro 1987, 590; *Rohs in Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Juli 2011, § 147 Rdnr. 12, 26). Auch eine über den Pflichtenkreis des Notars hinausgehende Tätigkeit könne das Amtsgeschäft vorbereiten oder fördern.

cc) Der Senat teilt im Ergebnis die erstgenannte Ansicht. Der Ausschlussstatbestand des § 147 Abs. 3 KostO ist hier nicht erfüllt, weil die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme kein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstellt.

Unter einem Nebengeschäft werden herkömmlich alle Notartätigkeiten verstanden, die im Verhältnis zum Hauptgeschäft als minder wichtige Tätigkeiten erscheinen und mit dem Hauptgeschäft derart in Zusammenhang stehen, dass sie nicht als selbständiges Geschäft in Erscheinung treten, sondern nur dazu dienen, das Hauptgeschäft vorzubereiten oder zu fördern (KGJ 53, 323, 324; OLG München, DNotZ 1937, 504, 505; OLG München, DNotZ 1939, 354; KG, DNotZ 1941, 71, 72; OLG München, DNotZ 1944, 71; OLG Düsseldorf, DNotZ 1957, 333; OLG Karlsruhe, DNotZ 1957, 331 f.; OLG Frankfurt, DNotZ 1962, 256, 258; BayObLG, DNotZ 1996, 396, 397; siehe auch OLG Hamm, NZG 2002, 486; *Rohs in Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Juli 2011, § 147 Rdnr. 26; kritisch *Bengel*, DNotZ 1996, 361; *Lappe in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 35 Rdnr. 4).

Allerdings ist ein Nebengeschäft nach § 35 KostO nicht schon immer dann anzunehmen, wenn eine vom Notar übernommene weitere Tätigkeit dem mit der Beurkundung letztlich

beabsichtigten Rechtserfolg (irgendwie) dient. Nimmt der Notar eine eigenständige Betreuungstätigkeit wahr, die er, ohne hierzu verpflichtet zu sein, im Auftrag der Parteien neben der Beurkundung und dem Vollzug übernommen hat, ist diese nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergüten, auch wenn sie den Beteiligten eine Hilfestellung bietet und so dem letztlich beabsichtigten Rechtserfolg dient (vgl. BGH, Beschluss vom 12.5.2005, V ZB 40/05, BGHZ 163, 77, 80; Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 13 = MittBayNot 2008, 71).

Nach diesem Maßstab ist die Einholung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht als Nebengeschäft zu werten. Der Notar entfaltet insoweit eine Tätigkeit, zu der er nicht schon von Amts wegen verpflichtet ist, die sich durch die Einschaltung eines am Urkundsgeschäft nicht beteiligten Dritten vom Hauptgeschäft hinreichend abhebt und von der der Erfolg des Geschäfts auch nicht abhängt.

(...)

Anmerkung:

Der 2. Zivilsenat des BGH hat mit seinem Beschluss vom 14.2.2012 gleich zu zwei streitigen Kostenfragen entschieden.

1. Gesellschafterliste

a) Ob und ggf. welche Gebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste durch den Notar entsteht, war in der Vergangenheit umstritten. Der BGH ordnet die Listenerstellung als gebührenfreie Vollzugstätigkeit ein. Es entstehe für das Fertigen der Gesellschafterliste keine zusätzliche Gebühr, wenn der Notar die Registeranmeldung entweder beurkundet oder im Auftrag der Beteiligten den Entwurf gefertigt hat, beschränkt seine Auffassung aber ausdrücklich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG, also auf den Gesetzesstand vor dem 1.11.2008. Der BGH begründet seine Auffassung damit, dass es sich bei dem Erstellen der Gesellschafterliste um eine Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO zur beurkundeten Gesellschaftsgründung handelt. Da es sich bei der Gesellschaftsgründung um keinen unter § 146 Abs. 1 KostO fallenden Rechtsvorgang handelt (anders wohl, wenn die Einlagepflicht durch eine Grundstücksübertragung geleistet und der Einbringungsvertrag mitbeurkundet wird), könne jedoch keine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO entstehen. Wegen der Sperrwirkung der § 146 Abs. 1 und § 147 Abs. 2 KostO könne auch keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erhoben werden.¹ Dem ist die Literatur einhellig gefolgt.² Wo § 146 Abs. 1 KostO maßgeblich wäre, hat, wenn es sich um kein in § 146 Abs. 1 KostO genanntes Rechtsgeschäft handelt, § 35 KostO Vorrang. Für die Einordnung als Vollzugstätigkeit sei es auch unerheblich, ob die Gesellschafterliste aufgrund amtlicher Verpflichtung oder im Auftrag der Kostenschuldner erstellt werden muss. Maßgebend sei allein der sachliche Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft, das vom Notar zu vollziehen ist.³

¹ BGH, Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 = ZNotP 2007, 397 = MittBayNot 2008, 71 = RNotZ 2007, 556 = JurBüro 2007, 537 = Rpfleger 2007, 627.

² Vgl. z. B. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 146 Rdnr. 36; *Rohs/Wedewer/Rohs*, Stand Juli 2011, § 146 Rdnr. 149.

³ So BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05, WM 2006, 1974 = DNotZ 2006, 954 = ZNotP 2006, 397 = MittBayNot 2007, 71 = RNotZ 2006, 621 = JurBüro 2006, 600 = Rpfleger 2006, 676.

b) Eine Ausschlusswirkung zu § 147 Abs. 2 KostO entfaltet auch § 146 Abs. 3 KostO. Die danach zu erhebende Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 3 KostO entsteht nur dann (ohne Rücksicht auf die Art des Rechtsgeschäftes), wenn ein Antrag oder eine Beschwerde näher rechtlich oder tatsächlich zu begründen ist. Das sei bei Erstellung der Gesellschafterliste nicht der Fall.

c) Eine Ausnahme von der Sperrwirkung der § 146 und § 147 Abs. 2 KostO sei jedoch in Betracht zu ziehen ist, wenn Vollzugstätigkeiten betroffen sind, die der Sache nach kaum anders behandelt werden können als die in § 146 KostO geregelten Fälle. Da dem Inhalt der Gesellschafterliste seit Inkrafttreten des MoMiG durch Gutgläubensschutz nach § 16 Abs. 3 GmbHG eine größere Bedeutung zukommt, sei für die Listenerstellung durch den Notar eine andere Beurteilung in Erwägung zu ziehen. Deshalb sei nunmehr das Erstellen einer Gesellschafter- oder Übernehmerliste als betreuende Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO zu bewerten (5/10-Gebühr aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert von 10-20 % aus dem Stammkapital oder dem Erhöhungsbetrag bei Kapitalerhöhung).⁴

d) Mit Beschluss vom 31.5.2012 hat der 15. Zivilsenat des OLG Hamm⁵ bereits auf den Beschluss des BGH reagiert und für die Erstellung der Gesellschafterliste nach Abtretung eines Geschäftsanteils eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für zutreffend gehalten. Nach der gesetzlichen Neufassung käme dem Inhalt der Gesellschafterliste nunmehr eine weitreichende materiellrechtliche Bedeutung zu. Aus § 16 Abs. 1 GmbHG folgt, dass im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs der Beteiligung derjenige als Inhaber eines Geschäftsanteils gilt, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister bliebe dem Neugesellschafter die Ausübung seiner Mitgliedsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt. Das MoMiG hat die Gesellschafterliste dogmatisch in Annäherung an das Aktienregister bei der Namensaktie ausgestaltet, bei dem sich Probleme aus der relativen Rechtsstellung nicht ergeben haben. Der Notar sei zudem durch die gesetzliche Neuregelung der §§ 40, 16 GmbHG einem beträchtlichen Haftungsrisiko ausgesetzt. Der besonderen inhaltlichen und mit entsprechenden Haftungsrisiken verbundenen Verantwortung des Notars könne nur dadurch Rechnung getragen werden, dass die Entstehung einer Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste bejaht wird. Allerdings lehnt das OLG Hamm nach wie vor eine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO für die Erteilung der Wirksamkeitsbescheinigung ab. Die Bescheinigung sei vielmehr wegen des Sachzusammenhangs als gebührenfreies Nebengeschäft zur Gesellschafterliste zu qualifizieren.⁶ Die Erteilung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG sei lediglich ein notwendiger Annex zur Einreichung der Gesellschafterliste, deren Inhalt ihrerseits nach Aufnahme in das Handelsregister allein für die materiellrechtlichen Wirkungen im Rahmen des § 16 GmbHG

⁴ Siehe hierzu die Hinweise in *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 1257.

⁵ 15 W 687/10, MittBayNot 2012, 510 (in diesem Heft).

⁶ Wie OLG Celle, NZG 2010, 959; OLG Stuttgart, NZG 2009, 999 = MittBayNot 2009, 487; a. A. *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2009, 209; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 50 Rdnr. 21a; *Rohs/Wedewer/Rohs*, KostO, Stand November 2011, § 50 Rdnr. 8.

ausschlaggebend sei. Der Geschäftswert für die Listenerstellung nach § 147 Abs. 2 KostO ist gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen. Dabei kann den Umständen des Einzelfalles, also dem Umfang und der Schwierigkeit der Tätigkeit, dem Maß der Verantwortung des Notars sowie der Bedeutung für die beteiligte Gesellschaft, Rechnung getragen werden.⁷ Im Einzelfall – beispielhaft bei umfangreicher Prüfung aufschiebender Bedingungen – kann danach der Geschäftswert mit bis zu 100 % des Wertes der beurkundeten Veränderung zu bemessen sein, während in einfach gelagerten Fällen – so das OLG Hamm weiter – ein Geschäftswert von 20-25 % der beurkundeten Wertveränderung angemessen erscheint. Solange keine dementsprechende höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu vorliegt, hält die Notarkasse an ihrer Auffassung gemäß Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 1011-1015 fest. Der BGH konnte sich naturgemäß nicht zur kostenrechtlichen Behandlung der Wirksamkeitsbescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG äußern, da die Entscheidung zu einem „Altfall“ ergangen ist. Diese Kostenfrage ist damit weiterhin offen.

2. Zur Anfrage bei der IHK

Nicht eindeutig geklärt war auch die Frage, ob der Notar eine Betreuungsgebühr erhält, wenn er im Auftrag der Beteiligten eine Unbedenklichkeitsstellungnahme zur Firmengestaltung bei der IHK einholt.⁸ Hierbei handelt es sich nicht um eine Vollzugstätigkeit im Sinne von § 146 Abs. 1 KostO; es liegt – so nunmehr auch der BGH – keine für die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister notwendige Maßnahme vor. Vielmehr obliegt es dem Registergericht, zur Vermeidung unzulässiger Eintragungen in Zweifelsfällen ein Gutachten bei der IHK einzuholen (§ 23 Satz 1 HRegV). Wird diese Aufgabe auf den Notar übertragen, entsteht eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem angemessenen Schätzwert nach § 30 Abs. 1 KostO (10-30 % aus dem Wert des Gesellschaftsvertrages).

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

⁷ Vgl. OLG Hamm, FGPrax 2009, 183; OLG Düsseldorf, JurBüro 1978, 580, 581; *Rohs/Wedewer/Rohs*, a. a. O., § 147 Rdnr. 21.

⁸ OLG Oldenburg, JurBüro 1982, 1714; OLG Düsseldorf, ZNotP 2009, 206; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2009, 595, 605; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 147 Rdnr. 129; *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 1260.

15. GmbHG § 40 Abs. 2 Satz 1 und 2; KostO §§ 35, 50 Abs. 1 Nr. 1, § 147 Abs. 2 (*Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Erstellung einer Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG in der Fassung des MoMiG*)

1. **Für die Fertigung einer Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG in der Fassung durch das MoMiG fällt eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an.**
2. **Daneben ist die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gebührenfreies Nebengeschäft, für das somit keine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO anfällt.**

OLG Hamm, Beschluss vom 31.5.2012, 15 W 687/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte zu 1 beurkundete am 7.4.2009 zu URNr. ... eine Geschäftsanteilsabtretung eines ehemaligen Mitgesellschaftern an den Geschäftsführer und nunmehr alleinigen Gesellschafter der Beteiligten zu 1. Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG fertigte er auch eine

Gesellschafterliste, welche die sich ergebenden Änderungen beinhaltete. Die Gesellschafterliste versah er mit der nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vorgeschriebenen Notarbescheinigung und reichte sie beim zuständigen Registergericht ein.

Der Beteiligte zu 1 erteilte der Beteiligten zu 2 am 30.6.2009 die streitgegenständliche Kostenberechnung, mit der er nach einem Geschäftswert von jeweils 25 % des Wertes der Veränderung (hier angesetzt mit 6.250 €) für die Fertigung der Gesellschafterliste eine 5/10-Gebühr (24 €) gemäß §§ 32, 147 Abs. 2 KostO und zusätzlich für die Erstellung der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG eine 10/10-Gebühr (48 €) gemäß §§ 32, 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO setzte.

In einem Geschäftsprüfungsbericht vom 15.10.2009 beanstandete der Bezirksrevisor bei dem LG die genannte Kostenberechnung. Seiner Auffassung nach fällt für die Tätigkeit des Notars insgesamt nur eine Gebühr an, und zwar diejenige des § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO für die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, während es sich bei der Anfertigung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG um ein gebührenfreies Nebengeschäft (§ 35 KostO) dieser Bescheinigung handele. Nachdem der Beteiligte zu 1 in seiner Stellungnahme seinen Standpunkt aufrecht erhalten hat, hat der Präsident des LG mit Verfügung vom 7.1.2010 den Beteiligten zu 1 angewiesen, die Entscheidung des LG über die Berechtigung des Ansatzes der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO herbeizuführen.

Der Beteiligte zu 1 hat daraufhin entsprechend der ihm erteilten Anweisung mit Schriftsatz vom 11.2.2010 bei dem LG die gerichtliche Entscheidung nach § 156 KostO beantragt. Er ist gleichzeitig dem Antrag aus eigenem Recht entgegengetreten, indem er seinen Standpunkt näher begründet hat, für die Anfertigung der Gesellschafterliste sei eine zusätzliche Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO angefallen.

Durch Beschluss vom 17.11.2010 hat das LG die Kostenberechnung des Notars vom 13.9.2009 dahin abgeändert, dass die darin in Ansatz gebrachte Gebühr von 24 € zuzüglich anteiliger MWSt für das Fertigen der Gesellschafterliste entfällt. Zur Begründung hat es näher ausgeführt, das Fertigen der Liste stelle auch nach der Neufassung des § 40 GmbHG durch das MoMiG vom 23.10.2008 ein gebührenfreies Nebengeschäft zur Beurkundung der Anteilsabtretung bzw. zumindest zur Erstellung der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG dar.

Gegen die ihm am 22.11.2010 zugestellte Entscheidung hat der Beteiligte zu 1 aus eigenem Recht mit dem beim LG am 9.12.2010 eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag Beschwerde mit dem Ziel der Wiederherstellung seiner Kostenberechnung eingelegt, der das LG durch Beschluss vom 11.2.2011 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nach § 156 Abs. 3 KostO unabhängig von einer Mindestbeschwerde zulässig, insbesondere auch fristgerecht nach § 63 Abs. 1, 3 FamFG eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1 folgt daraus, dass das LG die Kostenberechnung zu seinem Nachteil abgeändert hat.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einem nach § 156 Abs. 7 KostO zulässigen Antrag auf gerichtliche Entscheidung ausgegangen, den der Beteiligte zu 1 auf Anweisung des Präsidenten des LG gestellt hat. Die darin erhobene Beanstandung gegen seine Kostenberechnung vom 30.6.2009 begrenzt zugleich den Verfahrens- und Prüfungsgegenstand im gerichtlichen Verfahren nach § 156 Abs. 1 KostO (BayObLG, JurBüro 1998, 207; Senat, FGPrax 2009, 183, 184). Der Verfahrensgegenstand ist deshalb hier auf den Anfall der beanstandeten Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Erstellung der Gesellschafterliste beschränkt. Diese verfahrensrechtliche Beschränkung ist unabhängig von dem sachlichen Zusammenhang mit dem Ansatz der Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO zu beachten (vgl. dazu auch die nachstehenden Ausführungen).

In der Sache ist die Beschwerde begründet und führt zur Wiederherstellung der angefochtenen Kostenberechnung. Für

die Erstellung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 KostO in der Fassung durch das MoMiG fällt nach Auffassung des Senats eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an. Nach dieser Vorschrift erhält der Notar für eine im Auftrag der Beteiligten ausgeübte Tätigkeit eine Gebühr in Höhe der Hälfte der vollen Gebühr, sofern nicht (Abs. 3 der Vorschrift) seine Tätigkeit als Nebengeschäft im Sinne des § 35 KostO durch eine ihm für das Hauptgeschäft zustehende Gebühr abgegolten ist.

Nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG erhielt der Notar, der die Gründung einer GmbH beurkundet hat, für die zusätzliche Erstellung der Gesellschafterliste keine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO, weil diese Tätigkeit als Nebengeschäft qualifiziert wurde, das dem Vollzug eines anderweitigen Urkundengeschäfts, nämlich der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH, diene (vgl. BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, = DNotZ 2012, 389 = NZG 2012, 388 = MittBayNot 2012, 506 (in diesem Heft) m. w. N.; OLG Frankfurt, NZG 2007, 919 = MittBayNot 2008, 410; Senat, FGPrax 2002, 40 f.; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Juli 2011, § 41 Rdnr. 11, § 147 Rdnr. 27 a. E.). Diese Beurteilung kann nach Auffassung des Senats unter Berücksichtigung der ausgeweiteten materiellrechtlichen Bedeutung der Gesellschafterliste unter Geltung der Neufassung des § 40 GmbHG durch das MoMiG und die dadurch gewachsene inhaltliche Verantwortung des Notars bei der Erstellung der Liste einschließlich des damit verbundenen Haftungsrisikos nicht mehr aufrechterhalten werden.

Bei seiner Beurteilung geht der Senat von den Grundsätzen aus, die der BGH in seiner bereits herangezogenen Entscheidung vom 14.2.2012 dargestellt hat: Der Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO kommt als Auffangregelung zur Anwendung, wenn die KostO für die betreffende Notartätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (Sperrwirkung). Eine derartige, die Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO im Regelfall ausschließende Gebührenregelung ist für Vollzugstätigkeiten zu Urkundengeschäften, für die dem Notar eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr erwächst, in § 146 Abs. 3 KostO getroffen. Die Erstellung der Gesellschafterliste infolge einer Geschäftsanteilsübertragung ist eine solche Vollzugstätigkeit, weil nach § 16 Abs. 1 GmbHG die Ausübung der Gesellschafterrechte von der Eintragung des Erwerbers in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste abhängig ist. Für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit dem Vollzug des Urkundengeschäfts dient, ist nicht das Ansuchen an den Notar, sondern der sachliche Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft entscheidend. Da die Erstellung einer Gesellschafterliste in § 146 Abs. 3 KostO nicht als gebührenausslösende Tätigkeit genannt wird, kommt eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nur dann in Betracht, wenn eine Ausnahme von der Sperrwirkung anzuerkennen ist. Das ist dann der Fall, wenn Vollzugstätigkeiten betroffen sind, die der Sache nach – z. B. unter Berücksichtigung der Bedeutung und des Ausmaßes der Verantwortung des Notars – kaum anders behandelt werden können als die Fälle, in denen nach § 146 Abs. 1 bis 3 KostO dem Notar eine Gebühr für eine Vollzugstätigkeit zusteht.

Der BGH hat in seiner genannten Entscheidung ausdrücklich offen gelassen, ob diese Voraussetzungen für die Fertigung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG in der Fassung durch das MoMiG vorliegen. Der Senat sieht diese Voraussetzungen aus den folgenden Gründen nunmehr als gegeben an (so auch *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2009, 209, 210 m. w. N.):

Nach der gesetzlichen Neufassung kommt dem Inhalt der Gesellschafterliste nunmehr eine weitreichende materiellrechtliche Bedeutung zu. Aus § 16 Abs. 1 GmbHG folgt, dass im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs der Beteiligung derjenige als Inhaber eines Geschäftsanteils gilt, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt. Das MoMiG hat die Gesellschafterliste dogmatisch in Annäherung an das Aktienregister bei der Namensaktie ausgestaltet, bei dem sich Probleme aus der relativen Rechtsstellung nicht ergeben haben. Die Sonderregelung in § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG trägt dem Bedürfnis der Praxis Rechnung, dem Erwerber die Möglichkeit zu eröffnen, bereits vor Aufnahme der Liste in das Handelsregister unmittelbar nach Wirksamwerden des Erwerbs Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorzunehmen, also beispielsweise an einem satzungsändernden Gesellschafterbeschluss oder einer Bestellung neuer Geschäftsführer mitzuwirken. Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sind derartige Rechtshandlungen zunächst schwebend unwirksam. Sie werden wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird (vgl. dazu u. a. *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 16 Rdnr. 8 f. m. w. N.; BT-Drucks. 16/6140, S. 37).

Nach der Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG kann der Erwerber unter bestimmten Voraussetzungen einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft gutgläubig von einem Nichtberechtigten erwerben, wenn dieser als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Bislang ging der Erwerber eines Geschäftsanteils das Risiko ein, dass der Anteil einem anderen als dem Veräußerer zusteht. Selbst wenn dieses Risiko durch das Verlangen der Vorlage aller relevanten Abtretungsurkunden bis zur Gründungsurkunde oder die Vereinbarung einer Garantie minimiert werden konnte, konnte der Erwerber den nicht berechtigten Veräußerer aus einer Rechtsmängelhaftung nicht auf Verschaffung des Anteils von dem wahren Berechtigten in Anspruch nehmen. Die Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG führt einen Rechtsscheintatbestand ein, der zulasten eines Drittberechtigten einen gutgläubigen Erwerb begründen kann. Wer einen Geschäftsanteil oder etwa ein Pfandrecht daran erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Die in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste trägt zur Sicherheit des Rechtsverkehrs bei, da nach jeder Veränderung in den Beteiligungsverhältnissen eine aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht werden muss und dann allgemein – auch online – zugänglich ist. Seit der Einführung des elektronischen Handelsregisters können die Gesellschafterlisten auch in ihrer historischen Entwicklung eingesehen werden, so dass Veränderungen transparent sind (BT-Drucks. 16/6140, S. 38 f.; vgl. auch *Baumbach/Hueck*, a. a. O., Rdnr. 26 f. m. w. N.).

Der Notar hat die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit der Gesellschafterliste im Rahmen des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG also dafür zu tragen, dass die Angaben der Liste über den Gesellschafterbestand, abgesehen von der Veränderung an der er mitgewirkt hat, unverändert geblieben sind. Der Notar muss danach die Wirksamkeit einer Geschäftsanteilabtretung

tung bezogen auf den Zeitpunkt der Einreichung der Liste, die die Veränderung enthält, materiell prüfen und bejahen. Die materielle Richtigkeit der Gesellschafterliste hat demgegenüber das Registergericht nicht zu prüfen (OLG München, NJW-RR 2009, 972 = MittBayNot 2010, 64). Dies kann im Einzelfall für den Notar zu einem erheblichen Prüfungsaufwand bei aufschiebend bedingten Anteilsabtretungen führen, durch die in der Praxis verbreitet die Wirksamkeit des Rechtsübergangs von Umständen abhängig gemacht wird, die mit dem zugrundeliegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäft verknüpft sind. Der Notar kann sich einem solchen Prüfungsaufwand nicht durch Einreichung einer Liste entziehen, die die dort ausgewiesene Veränderung im Gesellschafterbestand mit einem Hinweis auf eine aufschiebend bedingte Abtretung verbindet. Vielmehr setzt die Verpflichtung des Notars, eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen, erst mit Wirksamwerden der Veränderung in der Person des Gesellschafters, das heißt mit Bedingungseintritt, ein (BGH, FGPrax 2012, 26 = MittBayNot 2012, 149).

Der Notar ist durch die gesetzliche Neuregelung der §§ 40, 16 GmbHG im Zusammenhang mit der Erstellung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG einem beträchtlichen Haftungsrisiko ausgesetzt. Verletzte der Notar in der Vergangenheit seine Anzeigepflicht nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a. F., so haftete er weder auf Schadensersatz nach § 823 BGB noch aus einer Amtspflichtverletzung, da davon ausgegangen wurde, dass diese Anzeigepflicht keine gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bestehende Amtspflicht darstellte (vgl. u. a. *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 40 Rdnr. 19; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 40 Rdnr. 28). Nach der gesetzlichen Neuregelung stellt hingegen die Verpflichtung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zur (zeitgerechten) Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste eine Amtspflicht des Notars dar, aus deren schuldhafter Verletzung eine Schadensersatzpflicht nach § 19 BNotO folgen kann (vgl. dazu allgemein *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 72; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 25; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 493 m. w. N.).

Dieser besonderen inhaltlichen und mit entsprechendem Haftungsrisiko verbundenen Verantwortung des Notars kann nur dadurch Rechnung getragen werden, dass die Entstehung einer Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste bejaht wird. Denn neben dieser Betreuungsgebühr kann nach Auffassung des Senats eine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO für die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht anfallen. Die Entstehung der letztgenannten Gebühr ist zwar nach den obigen Ausführungen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Dieser Gesichtspunkt hindert den Senat indessen nicht daran, die Problematik der Entstehung dieser Gebühr als Vorfrage in dem eingangs dargestellten Bewertungszusammenhang der Annahme einer Ausnahme von der Sperrwirkung der Vorschrift des § 146 Abs. 3 KostO gegenüber der Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen.

Die Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist im Sinne des § 35 KostO gebührenfreies Nebengeschäft zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist in ihrer Konzipierung nach der Gesetzesbegründung an die Bescheinigung des Notars gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG betreffend Änderungen des Gesell-

schaftsvertrages angelehnt. Sinn und zusätzlicher Gehalt der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG sind nicht evident. Die Bescheinigung soll die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste erhöhen. Da der Notar aber bereits nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verpflichtet ist, eine in seiner inhaltlichen Verantwortung erstellte Liste einzureichen, führt die Bescheinigung als solche nicht zu weitergehenden Rechtsfolgen (a. A. u. a. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand November 2011, § 147 Rdnr. 28 a m. w. N.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 50 Rdnr. 6, 2a m. w. N.; *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2009, 209, 211). Eine fehlerhaft erstellte Gesellschafterliste wird auch durch die Bescheinigung nicht richtig. Die Gesellschafterliste, nicht die Notarbescheinigung, ist der Rechtscheinträger im Rahmen des § 16 GmbHG (BGH, FGPrax 2012, 26, 27 = MittBayNot 2012, 149; *Hasselmann*, a. a. O., 492 m. w. N.). § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist der Regelung in § 54 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GmbHG nachgebildet. Die damit korrespondierende Regelung in § 47 Satz 1 Hs. 2 KostO zeigt, dass § 35 KostO auch auf das Verhältnis der Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO zu anderen Gebührentatbeständen anwendbar ist, indem dort ausdrücklich niedergelegt ist, dass die Erteilung der Notarbescheinigung über den vollständigen Wortlaut des Gesellschaftsvertrages ein Nebengeschäft nach § 35 KostO im Verhältnis zu dem zugrundeliegenden Beurkundungsgeschäft ist. Dementsprechend bestehen keine durchgreifenden Bedenken, in dem vorliegenden Zusammenhang die Bescheinigung als Nebengeschäft zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste zu qualifizieren (vgl. dazu OLG Celle, NZG 2010, 959 Rdnr. 7; Brandenburgisches OLG, NZG 2011, 152 = MittBayNot 2011, 256 Rdnr. 8, OLG Stuttgart, NZG 2009, 999 = MittBayNot 2009, 487 Rdnr. 11 f.; a. A. *Sikora/Tiedtke*, a. a. O.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 50 Rdnr. 21 a; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 50 Rdnr. 8a). Denn die Erteilung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist lediglich ein notwendiger Annex zur Einreichung der Gesellschafterliste, deren Inhalt ihrerseits nach Aufnahme in das Handelsregister allein für die materiellrechtlichen Wirkungen im Rahmen des § 16 GmbHG ausschlaggebend ist.

Die Bemessung des Geschäftswertes für die danach zu Recht angesetzte Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO ist nicht Gegenstand der Beanstandung des Präsidenten des LG und damit in dem vorliegenden Verfahren nicht abschließend zu überprüfen. Der Geschäftswert dieser Gebühr ist gemäß § 30 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen. Dabei kann den Umständen des Einzelfalls, also dem Umfang und der Schwierigkeit der Tätigkeit, dem Maß der Verantwortung des Notars sowie der Bedeutung für die beteiligte Gesellschaft, Rechnung getragen werden (vgl. dazu allgemein Senat, FGPrax 2009, 183; OLG Düsseldorf, JurBüro 1978, 580, 581; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 147 Rdnr. 21). Im Einzelfall – beispielhaft bei umfangreicher Prüfung aufschiebender Bedingungen – kann danach der Geschäftswert mit bis zu 100 % des Wertes der beurkundeten Veränderung zu bemessen sein, während in einfach gelagerten Fällen ein Geschäftswert von 20-25 % der beurkundeten Wertveränderung angemessen erscheint.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung der *Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.*, MittBayNot 2012, 509 (in diesem Heft).

Öffentliches Recht

16. BadWürttGemO § 92 Abs. 1; BGB § 134; GBO §§ 71, 72, 73 Abs. 1, 2 (*Verbot der Unterwertveräußerung gemeindlichen Grundbesitzes in Baden-Württemberg*)

1. **§ 92 Abs. 1 BadWürttGemO ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.**
2. **Für die Eintragung des Eigentumswechsels bei der Veräußerung eines Grundstücks einer baden-württembergischen Gemeinde hat das Grundbuchamt nur dann Anlass zur Anforderung einer „Unterwerterklärung“, wenn konkrete Hinweise auf eine drohende Verschleuderung von Gemeindeeigentum bestehen.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4.4.2012, 11 Wx 111/11

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abrufbar unter www.dnoti.de sowie unter BeckRS 2012, 09289.

Anmerkung:

§ 92 Abs. 1 BadWürttGemO hat folgenden Wortlaut: „Die Gemeinde darf Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht braucht, veräußern. Vermögensgegenstände dürfen in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden.“ Eine Veräußerung eines Vermögensgegenstandes unter seinem vollen Wert kann, sofern keine Freistellung durch das Innenministerium erfolgt ist, nur erfolgen, wenn der diesbezügliche Beschluss der Rechtsaufsichtsbehörde vorgelegt wurde (§ 92 Abs. 3 BadWürttGemO).

Nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO dürfen Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Eine Ausnahme gilt nur bei der Erfüllung von Gemeindeaufgaben, z. B. im Bereich des Sozialen Wohnungsbaus (siehe nur *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75 BayGO Rdnr. 4). Eine unzulässige Veräußerung von Gegenständen unter Wert hat, da es sich um ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) handelt, die Nichtigkeit von Kauf und Übereignung zur Folge (siehe nur BayObLG, BayVBl 1995, 667; BayObLGZ 2001, 54 und BayVerfGH, MittBayNot 2008, 412; a. A. *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back – ein Beitrag zum Privatisierungsfolgerecht am Beispiel der Privatisierung öffentlich genutzter Immobilien, 2009, S. 58).

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen und Zwiesel

Steuerrecht

17. GrEStG § 1 Abs. 2a, § 16 Abs. 2 (*Anwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG bei teilweiser Rückgängigmachung von Erwerbsvorgängen im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG*)

1. **§ 16 Abs. 2 GrEStG ist auf einen Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG anzuwenden, wenn Anteile am Gesellschaftsvermögen vom neuen Gesellschafter auf den alten Gesellschafter ganz oder teilweise zurückübertragen werden und infolgedessen ein Übergang von mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen im Ergebnis nicht mehr gegeben ist.**
2. **Die Anzeige eines Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 2a GrEStG ist nur dann ordnungsgemäß im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG, wenn ihr unter anderem diejenigen Rechtsvorgänge eindeutig und vollständig ent-**

nommen werden können, die den Tatbestand nach § 1 Abs. 2a GrEStG ausgelöst oder zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen haben. Grundstücksbezogene Angaben sind nicht erforderlich (Änderung der Rechtsprechung).

3. **Enthält die Anzeige keine oder nur unvollständige Angaben über die für § 1 Abs. 2a GrEStG maßgeblichen Rechtsvorgänge, erlangt aber das FA innerhalb der Anzeigefrist durch eigene Ermittlungen oder von dritter Seite vollständige Kenntnis von diesen Vorgängen, steht § 16 Abs. 5 GrEStG der Anwendung des Abs. 2 des § 16 GrEStG nicht entgegen.**

BFH, Urteil vom 18.4.2012, II R 51/11; eingesandt von Notar *Markus Eberl*, Bayreuth

Im Jahr 2004 war D persönlich haftender Gesellschafter der seinerzeit noch als D-KG firmierenden Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin); Kommanditistinnen waren K 1 und K 2. M, der Sohn des D, erwarb im Jahr 2008 die Kommanditanteile der K 1 und K 2. In den Jahren 2008 und 2009 erwarb M ferner alle Geschäftsanteile an der X-GmbH, die zuvor als weitere persönlich haftende Gesellschafterin in die Klägerin eingetreten war. Im April 2009 schied D als Komplementär aus der Klägerin aus und trat als Kommanditist in die Klägerin ein. Zu diesem Zeitpunkt waren die X-GmbH als nicht am Vermögen der Klägerin beteiligte Komplementärin und M als weiterer Kommanditist an der Klägerin beteiligt.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 15.5.2009 übertrug D seinen gesamten Kommanditanteil an der Klägerin im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gegen Versorgungsleistungen auf M und schied aus der Klägerin aus. Die Abtretung des Kommanditanteils erfolgte dinglich aufschiebend bedingt mit Wirkung zum Tag der Eintragung der Übertragung der Kommanditeinlage im Handelsregister, die am 28.5.2009 erfolgte. Der beurkundende Notar übersandte die Vertragsurkunde vom 15.5.2009 der Grunderwerbsteuerstelle des Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt – FA –) mit einem bei diesem am 27.5.2009 eingegangenen Kurzbrief. Mit Schreiben vom 28.5.2009 wies das FA die Klägerin auf den durch den Übertragungsvertrag vom 15.5.2009 verwirklichten Steueratbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG hin und forderte eine Aufstellung ihres Grundbesitzes an. Dieser Aufforderung kam die Klägerin nicht nach.

Das FA setzte für den durch Vertrag vom 15.5.2009 bewirkten vollständigen Gesellschafterwechsel gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG gegen die Klägerin durch Bescheid vom 18.8.2010 Grunderwerbsteuer i. H. v. 33.200 € fest. Nachdem die Klägerin gegen diesen Bescheid Einspruch eingelegt hatte, hoben D und M durch notariell beurkundeten Vertrag vom 20.10.2010 über die „Teilrückabwicklung einer Kommanditanteilsübertragung“ die gemäß Vertrag vom 15.5.2009 erfolgte Übertragung des Kommanditanteils auf M rückwirkend bezüglich eines Kommanditanteils von 6 % auf, so dass D nunmehr mit 6 % und M mit 94 % an der Klägerin beteiligt waren. An den im Vertrag vom 15.5.2009 vereinbarten Gegenleistungen des M für den ihm übertragenen Kommanditanteil sollte sich nichts ändern. Einspruch und Klage, mit denen die Klägerin die Aufhebung der Steuerfestsetzung gemäß § 16 Abs. 2 GrEStG begehrte, blieben ohne Erfolg.

Das FG führte zur Begründung aus, die Teilrückabwicklung der Kommanditanteilsübertragung auf M gemäß Vertrag vom 20.10.2010 genüge nicht der von § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG geforderten vollständigen Rückgängigmachung desjenigen Rechtsvorgangs, der die Tatbestandsverwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG herbeigeführt habe. Zudem habe D aufgrund dieses Vertrags nicht seine Stellung als Altgesellschafter zurückerlangt. Der Anwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG stehe auch § 16 Abs. 5 GrEStG entgegen, weil die Übertragung des Kommanditanteils von D auf M gemäß Vertrag vom 15.5.2009 nicht ordnungsgemäß angezeigt worden sei.

Mit der Revision rügt die Klägerin die fehlerhafte Anwendung des § 16 Abs. 2 und Abs. 5 GrEStG. Weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck des § 16 Abs. 2 GrEStG verlangten, dass ein zur Erfüllung des Tatbestands des § 1 Abs. 2a GrEStG beitragender Anteilsübergang in vollem Umfang rückgängig zu machen sei. Die dem FA vom beurkundenden Notar mit Kurzbrief übermittelte Abschrift der notariellen Urkunde vom 15.5.2009 habe den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Anzeige genügt. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und des angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheids in Gestalt der Einspruchsentscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, die „Teilrückabwicklung“ der Übertragung des Kommanditanteils gemäß Vertrag vom 20.10.2010 erfülle nicht die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 GrEStG.

1. Aufgrund der Übertragung der Kommanditbeteiligung des D auf M gemäß Vertrag vom 15.5.2009 war der Tatbestand des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG erfüllt.

Gehört zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt, dass mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen, gilt dies nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG als ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft. Im Streitfall sind diese Voraussetzungen erfüllt. Auf M sind aufgrund der in den Jahren 2008 und 2009 vorgenommenen Anteilsübertragungen sämtliche Anteile am Gesellschaftsvermögen der Klägerin übergegangen. Die Änderung des Gesellschafterbestands nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG kann – wie im Streitfall – auch in Teilakten über einen Zeitraum von längstens fünf Jahren erfolgen (vgl. z. B. Urteil des BFH vom 27.4.2005, II R 61/03, BFHE 210, 56, BStBl II 2005, S. 649).

2. Die Steuerfestsetzung für diesen Erwerbsvorgang ist jedoch gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG aufzuheben. Durch den Vertrag vom 20.10.2010 wurde bewirkt, dass M nur noch mit 94 % am Gesellschaftsvermögen der Klägerin beteiligt war. Darin liegt ein Rückerwerb der Gesellschaftsgrundstücke durch die „Altgesellschaft“ im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG, so dass die Steuerfestsetzung für den zuvor verwirklichten Steuertatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG aufzuheben war.

a) Gemäß § 16 Abs. 2 GrEStG wird unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurückerwirbt. Diese Vorschrift betrifft über ihren Wortlaut hinaus auch Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 2a GrEStG. Dies folgt aus § 16 Abs. 5 GrEStG, wonach § 16 Abs. 1 bis 4 GrEStG nicht gelten, wenn unter anderem ein nach § 1 Abs. 2a GrEStG grunderwerbsteuerbarer Erwerbsvorgang rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt worden war. Diese Regelung setzt die grundsätzliche Anwendbarkeit der Begünstigungsvorschrift des § 16 GrEStG auch auf den Steuertatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG voraus (BFH, Beschluss vom 2.3.2011, II R 64/08, BFH/NV 2011, 1009, unter B. IV.2. a cc, m. w. N.).

b) Im Streitfall erfüllt der erneute Erwerb einer Beteiligung des D am Gesellschaftsvermögen der Klägerin gemäß Vertrag vom 20.10.2010 die an einen Rückerwerb im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG zu stellenden Anforderungen.

Die Kommanditbeteiligung des M hat sich aufgrund des Vertrags vom 20.10.2010 um 6 % auf 94 % vermindert. Darin liegt ein nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG begünstigter Rückerwerb, weil innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer aus § 1 Abs. 2a GrEStG die Änderung des Gesellschafterbestands der Klägerin auf die gemäß § 1 Abs. 2a

GrEStG nicht tatbestandsmäßige Größe von 94 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen beschränkt wurde.

aa) Der Anwendung des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG steht nicht entgegen, dass gemäß Vertrag vom 20.10.2010 der M übertragene Kommanditanteil nur zum Teil auf D zurückübertragen wurde.

§ 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG setzt im Hinblick auf Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht den Rückwerb sämtlicher Anteile voraus, deren Übergang zur Verwirklichung des Steuertatbestands des § 1 Abs. 2a GrEStG beigetragen hat. Es reicht vielmehr aus, einen Gesellschafterwechsel, der zur Tatbestandsverwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG beigetragen hat, insoweit rückgängig zu machen, als dadurch im Ergebnis ein Übergang von weniger als 95 % erfolgt (Hofmann, GrEStG, 9. Aufl., § 16 Rdnr. 65; Loose in Boruttau, GrEStG, 17. Aufl., § 16 Rdnr. 273; Pahlke/Franz, GrEStG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 73; Behrens, DStR 2009, 1611; a. A. gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 25.2.2010, BStBl I 2010, S. 245 Rdnr. 9) und damit die Voraussetzungen für den fiktiven Übergang der Gesellschaftsgrundstücke „auf eine neue Gesellschaft“ wieder entfallen sind. Dies folgt aus dem systematischen Zusammenhang zwischen § 16 GrEStG und den Steuertatbeständen des § 1 GrEStG. § 16 GrEStG ist eine am Besteuerungszweck orientierte gegenläufige Korrekturvorschrift zu § 1 GrEStG (BFH-Urteile vom 19.3.2003, II R 12/01, BFHE 202, 383, BStBl II 2003, S. 770; vom 25.4.2007, II R 18/05, BFHE 217, 276, BStBl II 2007, S. 726). Der Steuertatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG ist ausschließlich dann erfüllt, wenn – unter näher bestimmten Voraussetzungen – 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen. Wird daher eine nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbare Änderung des Gesellschafterbestands in der Weise beseitigt, dass das von dieser Vorschrift vorausgesetzte Quantum von 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen unterschritten wird, ist der Steuertatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht (mehr) erfüllt. Demgemäß setzt ein Rückerwerb im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG in Bezug auf § 1 Abs. 2a GrEStG auch nicht voraus, dass – wie vom FG angenommen – die zur Tatbestandsverwirklichung führende (letzte) Anteilsübertragung insgesamt rückgängig gemacht wird.

Die teilweise Beseitigung der Steuer auslösenden Änderung des Gesellschafterbestands erfordert lediglich, dass der frühere Gesellschafter einen Anteil am Gesellschaftsvermögen erwirbt. Bezüglich des neu erworbenen Anteils darf die Verfügungsbefugnis auch nicht teilweise beim zwischenzeitlichen Gesellschafter verbleiben (Loose, a. a. O., Rdnr. 273; Behrens, DStR 2009, 1611, 1615). Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass der frühere Gesellschafter seine ursprüngliche Gesellschafterstellung ganz oder zum Teil rückwirkend zurückerlangt oder schuldrechtlich so gestellt wird, als ob er Gesellschafter geblieben wäre. Es genügt vielmehr, wenn er innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG einen Anteil am Gesellschaftsvermögen mit Wirkung für die Zukunft erwirbt und der Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG nicht verwirklicht worden wäre, wenn er mit diesem Anteil durchgehend Gesellschafter geblieben wäre.

Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit dem unmittelbaren Anwendungsbereich des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG. Es reicht dabei für die Nichtfestsetzung der Steuer oder die Aufhebung der Steuerfestsetzung für den ursprünglichen Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG aus, wenn der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für diesen Erwerbsvor-

gang zurückerwirbt oder die in § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG bestimmten Voraussetzungen erfüllt sind. Rückwirkende Vereinbarungen sind dabei nicht erforderlich. § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG setzt nicht voraus, dass der vorangegangene Erwerbsvorgang aufgehoben wird und deshalb ein Rückerwerb erfolgt; die Vorschrift betrifft in gleicher Weise den schlichten Rückkauf (BFH, Urteil vom 25.10.1979. II R 35/75, BFHE 129, 203, BStBl II 1980, S. 129; Hofmann, a. a. O., § 16 Rdnr. 42; Loose, a. a. O., § 16 Rdnr. 146, 182; Pahlke/Franz, a. a. O., § 16 Rdnr. 50).

bb) Diese Voraussetzungen für die auf § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG beruhende Aufhebung der Steuerfestsetzung für den Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG sind im Streitfall erfüllt. D hat innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für diesen Erwerbsvorgang erneut eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der Klägerin erworben, und zwar in Höhe von 6 %. Im Ergebnis ist somit die in § 1 Abs. 2a GrEStG bestimmte Grenze von 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen, die innerhalb von fünf Jahren unmittelbar oder mittelbar auf neue Gesellschafter übergehen müssen, nicht mehr erreicht.

Allein dies ist für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG entscheidend. Unerheblich ist demgegenüber, dass die von M aufgrund des Vertrags vom 15.5.2009 zu erbringende Gegenleistung für den Anteilerwerb nicht deshalb herabgesetzt wurde, weil D eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der Klägerin in Höhe von 6 % erworben hat. Die Gegenleistung für einen Anteilerwerb spielt im Rahmen des Tatbestands des § 1 Abs. 2a GrEStG und somit auch im Zusammenhang mit der Nichtfestsetzung der Steuer oder der Aufhebung der Steuerfestsetzung für einen dieser Vorschriften unterfallenden Erwerbsvorgang gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG keine Rolle.

cc) Wird aufgrund einer Anteilsübertragung, durch die ein Altgesellschafter aus der Personengesellschaft ausscheidet, der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG verwirklicht und erfüllt der Anteilsrückerwerb durch diesen Altgesellschafter wiederum diesen Steuertatbestand, ist gemäß § 16 Abs. 2 GrEStG für beide Erwerbsvorgänge die Steuer nicht festzusetzen bzw. die Steuerfestsetzung aufzuheben. Diese Rechtsfolge muss erst recht dann eintreten, wenn – wie im Streitfall – der Rückerwerb lediglich einen Anteil von 6 % am Gesellschaftsvermögen betrifft und daher für sich nicht die Besteuerungsvoraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG erfüllt.

Entgegen der Auffassung des FG ist es deshalb ohne Bedeutung, ob D aufgrund des Vertrags vom 15.5.2009 seine Eigenschaft als Altgesellschafter der Klägerin im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG endgültig verloren hatte und aufgrund des Rückerwerbs eines Kommanditanteils in Höhe von 6 % Neugesellschafter der Klägerin im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG geworden ist.

c) Der Anwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG steht § 16 Abs. 5 GrEStG nicht entgegen.

aa) Nach § 16 Abs. 5 GrEStG gelten die Vorschriften der Abs. 1 bis 4 des § 16 GrEStG nicht, wenn unter anderem ein Erwerbsvorgang im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt war (§§ 18, 19 GrEStG). § 16 Abs. 5 GrEStG dient der Sicherung der Anzeigepflichten aus §§ 18 und 19 GrEStG und wirkt dem Anreiz entgegen, durch Nichtanzeige einer Besteuerung der in dieser Vorschrift genannten Erwerbsvorgänge zu entgehen. Insbesondere soll die Vorschrift den Beteiligten die Möglichkeit nehmen, einen dieser Erwerbsvorgänge ohne weitere steuerliche Folgen wieder aufheben zu können, sobald den Finanzbehörden ein solches Geschäft bekannt wird (BFH-

Beschluss in BFH/NV 2011, 1009 m. w. N.). Soweit eine Anzeigepflicht sowohl nach § 18 GrEStG als auch nach § 19 GrEStG besteht, ist den Zwecken des § 16 Abs. 5 GrEStG schon dann genügt, wenn nur einer der Anzeigeverpflichteten seiner Anzeigepflicht ordnungsgemäß nachkommt.

bb) Unter Berücksichtigung dieses Normzwecks ist nach der BFH-Rechtsprechung (z. B. Beschlüsse vom 20.1.2005, II B 52/04, BFHE 208, 456, BStBl II 2005, S. 492 = MittBayNot 2005, 441, und in BFH/NV 2011, 1009, jeweils m. w. N.) eine Anzeige schon dann im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäß, wenn der Vorgang innerhalb der Anzeigefristen der § 18 Abs. 3 und § 19 Abs. 3 GrEStG dem Finanzamt in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestands nach § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG prüfen kann. Dazu muss die Anzeige die einwandfreie Identifizierung von Veräußerer, Erwerber und Urkundsperson (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 GrEStG) und ggf. der Gesellschaft (§ 20 Abs. 2 GrEStG) ermöglichen; ferner müssen der Anzeige in der Regel die in § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 19 Abs. 4 Satz 2 GrEStG genannten Abschriften beigefügt werden.

Um dem Finanzamt die erforderliche Prüfung zu ermöglichen, ist es für eine ordnungsgemäße Anzeige eines nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbaren Vorgangs erforderlich, dass ihr diejenigen Rechtsvorgänge eindeutig und vollständig entnommen werden können, die den Tatbestand nach § 1 Abs. 2a GrEStG ausgelöst oder zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen haben. Ggf. sind in die Anzeige – unter Beifügung der in § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 19 Abs. 4 Satz 2 GrEStG genannten Abschriften – auch die vorangegangenen und dem Finanzamt bislang nicht angezeigten Änderungen des Gesellschafterbestands einzubeziehen, die innerhalb von fünf Jahren zum Übergang von mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter beigetragen haben. Ist der Erwerbsvorgang auf diese Weise eindeutig identifiziert, so kann sich der Steuerpflichtige der Besteuerung nicht mehr entziehen und den Erwerbsvorgang auch nicht mehr, bevor er den Finanzbehörden bekannt wird, ohne steuerliche Folgen wieder aufheben.

cc) Aufgrund der dem Finanzamt durch eine solche Anzeige eröffneten Ermittlungsmöglichkeiten setzt eine ordnungsgemäße Anzeige im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG unter Berücksichtigung des Übermaßverbots nicht zusätzlich voraus, dass die Anzeige auch die der betreffenden Gesellschaft gehörenden Grundstücke bezeichnet. Das Finanzamt ist auch bei insoweit fehlenden Angaben in der Lage, sich aufgrund des übrigen Anzeigehalts die entsprechenden Informationen aufgrund eigener Ermittlungsmaßnahmen zu verschaffen. An der davon abweichenden bisherigen Rechtsprechung, wonach eine ordnungsgemäße Anzeige im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG darüber hinaus auch grundstücksbezogener Angaben bedarf (BFH-Beschluss in BFHE 208, 456, BStBl II 2005, S. 492 = MittBayNot 2005, 441), hält der Senat nicht mehr fest.

dd) Enthält die Anzeige zwar keine oder nur unvollständige Angaben über die für § 1 Abs. 2a GrEStG maßgeblichen Rechtsvorgänge, erlangt aber das Finanzamt innerhalb der Anzeigefrist durch eigene Ermittlungen oder von dritter Seite vollständige Kenntnis von diesen Vorgängen, steht § 16 Abs. 5 GrEStG der Anwendung des Abs. 2 des § 16 GrEStG nicht entgegen. Dies folgt aus dem Sinn und dem (Sicherungs-) Zweck der Vorschrift, dem Finanzamt zeitnah die für die Besteuerung erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen und dem Steuerpflichtigen, der es auf eine spätere Aufdeckung des Sachverhalts durch das Finanzamt ankommen lässt, eine nachträgliche Gestaltung mit § 16 GrEStG zu verwehren. Diesem Sicherungszweck ist bereits durch die rechtzeitige positive Kenntnis des Finanzamts Genüge getan.

ee) Im Streitfall genügt zwar die von dem beurkundenden Notar an die Grunderwerbsteuerstelle des FA gerichtete und bei dieser am 27.5.2009 eingegangene Kurzmitteilung nicht den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Anzeige im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG. Mit dieser Kurzmitteilung wurde lediglich eine Abschrift der notariellen Urkunde vom 15.5.2009 übersandt. Weder aus dem Text der Kurzmitteilung noch aus dem Inhalt der notariellen Urkunde vom 15.5.2009 war jedoch ersichtlich, dass aufgrund der Übertragung des Kommanditanteils des D auf M unter Berücksichtigung der vorangegangenen Anteilserwerbe des M innerhalb von fünf Jahren sämtliche Anteile am Gesellschaftsvermögen der Klägerin auf diesen übergegangen waren.

Das FA hat aber innerhalb der Anzeigefrist vollständige Kenntnis aller maßgeblichen Umstände erlangt. Nach Eingang der Anzeige hat das FA aufgrund des Inhalts des ihm übersandten Vertrags vom 15.5.2009 und eigener Ermittlungen umgehend erkannt, dass und durch welche Rechtsvorgänge der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG verwirklicht wurde. Es hat nämlich die Klägerin bereits einen Tag nach Eingang der Kurzmitteilung des beurkundenden Notars durch Schreiben vom 28.5.2009 – und damit noch innerhalb der zweiwöchigen Anzeigefrist (§ 18 Abs. 3 Satz 1 GrEStG) – auf den durch Vertrag vom 15.5.2009 verwirklichten Steuertatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG hingewiesen und bei der Klägerin eine Aufstellung ihres Grundbesitzes angefordert.

Aus diesem Geschehensablauf ist ersichtlich, dass das FA aufgrund der Kurzmitteilung des beurkundenden Notars das Vorliegen eines Erwerbsvorgangs im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG erkannt hat. Die Klägerin konnte sich aufgrund positiver Kenntnis des FA hinsichtlich aller maßgebenden Umstände nicht mehr der Besteuerung entziehen. D und M konnten den Erwerbsvorgang auch nicht mehr, bevor er dem FA bekannt wurde, ohne steuerliche Folgen wieder aufheben. In einem solchen Fall ist, da im Ergebnis der Normzweck des § 16 Abs. 5 GrEStG erreicht wurde, für eine Nichtanwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG kein Raum.

Die auf anderen rechtlichen Erwägungen beruhende Vorentscheidung war daher aufzuheben.

3. Die Sache ist spruchreif. Da die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 GrEStG erfüllt sind, waren der Grunderwerbsteuerbescheid des FA vom 18.8.2010 sowie die Einspruchsentscheidung des FA vom 15.11.2010 ebenfalls aufzuheben.

18. GrEStG § 1 Abs. 2a, § 6 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 (*Änderung im Gesellschafterbestand einer grundbesitzenden Personengesellschaft*)

1. **Die Übertragung von mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Personengesellschaft ist auch dann nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbar, wenn der (Alt-)Gesellschafter nach der Übertragung der Anteile weiter mittelbar im vollen Umfang an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligt bleibt.**
2. **Die nach § 1 Abs. 2a GrEStG entstandene Grunderwerbsteuer wird nach § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG insgesamt nicht erhoben, wenn der teils unmittelbar, teils mittelbar über eine Kapitalgesellschaft beteiligte Gesellschafter der grundbesitzenden Personengesellschaft seine Anteile auf eine andere Personengesellschaft überträgt und er an dieser – zwischengeschalteten – Personengesellschaft unmittelbar allein beteiligt ist.**

BFH, Urteil vom 29.2.2012, II R 57/09

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist nach erfolgter Anwachsung Rechtsnachfolgerin der S KG. An dieser grundstücksbesitzenden Gesellschaft war die H AG beteiligt. Den verbleibenden Anteil hielt die S GmbH, an welcher wiederum die H AG zu 100 % beteiligt war.

Mit notariell beurkundetem Ausgliederungs- und Übernahmevertrag übertrug die H AG sowohl ihren unmittelbaren Anteil an der S KG in Höhe von 99 % als auch ihren Anteil von 100 % an der S GmbH auf die H KG. Am Kapital der H KG war die H AG zu 100 % beteiligt. Die Vorgänge wurden am 16.11.2001 in das Handelsregister eingetragen.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) sah durch die Ausgliederung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung der H AG an der S KG den Tatbestand des § 1 Abs. 2a des GrEStG in der nach dessen § 23 Abs. 6 Satz 2 und Abs. 7 auf nach dem 31.12.1999 und vor dem 1.1.2002 verwirklichte Erwerbsvorgänge anwendbaren Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 (StEntlG 1999/2000/2002) vom 24.3.1999 (BGBl 1999 I, S. 402) als erfüllt an. Nachdem der Grundbesitzwert der zum Vermögen der S KG gehörenden Grundstücke auf 97.952.000 DM festgestellt worden war, setzte das FA gegen die S KG Grunderwerbsteuer für die Übertragung des 1 % betragenden Anteils der H AG an der S GmbH auf die H KG fest. Für die Übertragung des 99 % betragenden Anteils der H AG wurde die Steuer nach § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG nicht erhoben.

Nach erfolglosem Einspruchsverfahren hob das FG den Grunderwerbsteuerbescheid auf. Unter Verweis auf das Urteil des BFH vom 27.4.2005, II R 61/03 (BFHE 210, 56, BStBl II 2005, S. 649) vertrat es die Ansicht, dass § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG insgesamt auf den durch die Übertragung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung der H AG an der S KG nach § 1 Abs. 2a GrEStG zu fingierenden Erwerbsvorgang entsprechend anwendbar sei. Bei der Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG sei auf denjenigen abzustellen, der an der zwischengeschalteten Personengesellschaft beteiligt sei, weil dessen gesamthänderische Beteiligung sich auch auf die Beteiligung an derjenigen Kapitalgesellschaft erstreckte, deren Anteile die Personengesellschaft innehatte. Diese Auslegung entspreche der Intention des Gesetzgebers, welcher durch die Einfügung des § 1 Abs. 2a GrEStG lediglich der steuerfreien Überleitung eines zum Gesamthandsvermögen gehörenden Grundstücks auf eine andere Personengruppe einen Riegel habe verschieben wollen, während Fälle, in welchen sich keine Grunderwerbsteuerrechtlich abweichende Zuordnung auf andere Personen ergebe, nicht hätten erfasst werden sollen.

Mit seiner Revision macht das FA Verletzung des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG geltend. Zur Begründung führt es aus, das Urteil des FG gehe weit über den Wortlaut der Norm hinaus, die nicht auf Kapitalgesellschaften, sondern ausschließlich auf Gesamthandsgemeinschaften abstelle. Eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG auf Fälle einer mittelbaren Veränderung des Gesellschafterbestandes gehe zu weit und laufe auf eine auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhende Durchgriffsbetrachtung hinaus. Dies wiederum folge aus der unterschiedlichen Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnung der im Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft befindlichen Grundstücke. Während nämlich im Rahmen des § 1 Abs. 2a GrEStG Änderungen auf der Gesellschafterebene einer Kapitalgesellschaft berücksichtigt würden, ordne § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG eine Nichterhebung der Grunderwerbsteuer nur in dem Umfang an, in dem ein Gesamthänder über die gesamthänderische Mitberechtigung an dem von der anderen Personengesellschaft erworbenen Grundbesitz beteiligt bleibe. Insoweit müsse zwar durch doppel- bzw. mehrstöckige Personengesellschaftsstrukturen hindurchgeblückt werden, nicht aber durch Kapitalgesellschaften, weil es an der unmittelbaren dinglichen Mitberechtigung fehle, wenn ein Gesamthänder an der veräußernden und der erwerbenden Gesamthand nur mittelbar über eine Kapitalgesellschaft beteiligt sei. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG ist zutreffend davon ausgegangen, dass für die Anteilsübertragungen auf die H KG insgesamt keine Grunderwerbsteuer zu erheben ist.

1. Die Anteilsübertragungen der H AG auf die H KG unterfallen § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG. Der Tatbestand der Norm ist

durch die Übertragung des Anteils von 99 % der H AG an der S KG auf die H KG erfüllt.

a) Nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG gilt, wenn zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück gehört und sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt ändert, dass mindestens 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen, dies als ein auf die Übereignung dieses Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft. Dabei kommt es mit Blick auf die unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestands allein darauf an, ob ein zivilrechtlich wirksamer Übergang eines Mitgliedschaftsrechts einschließlich der anteiligen sachenrechtlichen Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen auf ein neues Mitglied der Personengesellschaft vorliegt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 210, 56, BStBl II 2005, S. 649; *Fischer* in *Boruttau*, GrEStG, 17. Aufl., § 1 Rdnr. 847; *Hofmann*, GrEStG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 103; *Pahlke* in *Pahlke/Franz*, GrEStG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 286).

b) Ob der ausscheidende Gesellschafter an dem eintretenden Gesellschafter beteiligt ist, ist für § 1 Abs. 2a GrEStG unerheblich. § 1 Abs. 2a GrEStG erfasst seit der Neuregelung durch das StEntG 1999/2000/2002 auch mittelbare Änderungen des Gesellschafterbestandes. Die Neuregelung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers verhindern, dass Gesellschafter mittelbar Anteile an Personengesellschaften erwerben und dadurch die Besteuerung nach § 1 Abs. 2a GrEStG umgehen (BR-Drucks. 910/98, S. 203). Durch die Aufnahme auch mittelbarer Bestandsänderungen wurde der Anwendungsbereich der Norm ausdrücklich erweitert und nicht eingeschränkt. § 1 Abs. 2a GrEStG kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass eine unmittelbare Übertragung von mindestens 95 % der Anteile nicht steuerbar sei, wenn mittelbar die Altgesellschafter weiterhin an der Gesellschaft beteiligt bleiben (BFH, Beschluss vom 17.3.2006, II B 157/05, BFH/NV 2006, 1341; ebenso *Fischer* in *Boruttau*, a. a. O., § 1 Rdnr. 862).

c) Für die gegenteilige Auffassung (*Gottwald*, BB 2000, 69, 71; *Behrens*, DStR 2010, 777, 779, unter 1.5.) finden sich weder im Wortlaut noch im Zweck der Norm hinreichende Anhaltspunkte. § 1 Abs. 2a GrEStG in seiner ursprünglichen Fassung ist als Umgehungsvermeidungsvorschrift durch das Jahressteuergesetz 1997 vom 20.12.1996 (BGBl 1996 I, S. 2049) neu eingeführt worden, um Übertragungen von Gesellschaftsanteilen in Höhe von mindestens 95 % an grundstücksbesitzenden Personengesellschaften der Besteuerung zu unterwerfen. Durch die Neuregelung sollte der wesentliche Wechsel im Gesellschafterbestand der Veräußerung des Grundstücks von der einen an eine andere Personengesellschaft gleichgestellt werden. Hintergrund war die Rechtsprechung des BFH, wonach nur der vollständige Wechsel im Personenstand einer Personengesellschaft unter weiteren Voraussetzungen als Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) angesehen wurde (vgl. z. B. BFH-Urteile vom 4.3.1987, II R 150/83, BFHE 149, 75, BStBl II 1987, S. 394; vom 13.11.1991, II R 7/88, BFHE 166, 180, BStBl II 1992, S. 202; *Fischer* in *Boruttau*, a. a. O., § 1 Rdnr. 822; *Pahlke* in *Pahlke/Franz*, a. a. O., § 1 Rdnr. 268). Der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG ist aber auch erfüllt, wenn der übertragende Gesellschafter nach der Übertragung der Anteile weiter mittelbar über den neuen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen beteiligt bleibt.

d) Diese am Wortlaut des § 1 Abs. 2a GrEStG orientierte Auffassung steht auch im Einklang mit den zu § 1 Abs. 3 GrEStG entwickelten Grundsätzen.

Der Steuerbarkeit der Anteilsübertragung nach § 1 Abs. 3 Nrn. 3 und 4 GrEStG steht ebenfalls nicht entgegen, dass die

Anteile vor der Übertragung unmittelbar oder mittelbar in der Hand des Übertragenden vereinigt waren und nach der Anteilsübertragung mittelbar vereinigt blieben (BFH-Urteile vom 31.3.2004, II R 54/01, BFHE 205, 314, BStBl II 2004, S. 658, unter II.3., und vom 1.12.2004, II R 10/02, BFH/NV 2005, 1365). Die hier entscheidungserhebliche Frage, ob der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG auch bei weiterhin bestehender mittelbarer Beteiligung des Altgesellschafter an dem neuen Gesellschafter erfüllt ist, muss im Ergebnis genauso beantwortet werden, wie bei § 1 Abs. 3 GrEStG. Denn beide Vorschriften wollen Anteilsübertragungen an grundstücksbesitzenden Gesellschaften, die Grundstücksübertragungen gleichkommen, der Besteuerung unterwerfen. Sie erfassen sowohl unmittelbare als auch mittelbare Beteiligungen. Maßgeblich ist in beiden Fällen die zivilrechtliche Zuordnung des Gesellschaftsvermögens, unabhängig von der wirtschaftlichen Verbundenheit der Anteilseigner. Die Besteuerung von Erwerbsvorgängen nach § 1 Abs. 3 GrEStG zwischen verbundenen Gesellschaften entspricht nicht nur dem Wortsinn, sondern auch dem Zweck dieser Vorschrift (BFH, Urteil vom 15.1.2003, II R 50/00, BFHE 200, 430, BStBl II 2003, S. 320 = MittBayNot 2003, 322). Nichts anderes gilt auch für die Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG, auch wenn dieser Vorschrift ein anderer fiktiver Grunderwerbsvorgang zugrunde liegt.

e) Im Streitfall ist die ursprünglich nicht am Vermögen der S KG beteiligte H KG durch die Übertragung der Anteile der H AG – neu – zu 99 % an dem Gesamthandsvermögen der S KG beteiligt worden. Darin liegt ein zivilrechtlich wirksamer Übergang der Mitgliedschaftsrechte einschließlich der anteiligen sachenrechtlichen Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen der S KG auf ein neues Mitglied der Personengesellschaft. Der Anwendung des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG steht nicht entgegen, dass die H AG auch nach der Übertragung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung an der S KG auf die H KG weiterhin, nunmehr allerdings mittelbar, insgesamt zu 100 % am Gesellschaftsvermögen der S KG beteiligt blieb und die Übertragung der Anteile auf die H KG sich im Ergebnis als bloße Verlängerung der Beteiligungskette darstellt.

2. Die Steuer für die Übertragungsvorgänge ist allerdings in entsprechender Anwendung von § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG insgesamt nicht zu erheben.

a) Beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand wird nach § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG die Steuer nicht erhoben, soweit Anteile der Gesellschafter am Vermögen der erwerbenden Gesamthand den jeweiligen Anteilen dieser Gesellschafter am Vermögen der übertragenden Gesamthand entsprechen. § 6 GrEStG findet auf alle steuerbaren Erwerbsvorgänge des § 1 GrEStG Anwendung, auch auf den fiktiven Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG (*Viskorf* in *Boruttau*, a. a. O., § 6 Rdnr. 8). Die Steuer wird in den Fällen des fiktiven Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 2a GrEStG nach Maßgabe des § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG nicht erhoben, soweit die Gesellschafter der – fiktiv – übertragenden Personengesellschaft an der – fiktiv – aufnehmenden Personengesellschaft beteiligt bleiben. Bei doppelstöckigen Gesamthandsgemeinschaften, bei denen eine Gesamthand unmittelbar an einer anderen beteiligt ist, ist nicht die Gesamthand als solche als Zurechnungssubjekt anzusehen, sondern ein Rückgriff auf die am Vermögen der Gesamthand Beteiligten geboten (BFH-Urteil in BFHE 210, 56, BStBl II 2005, S. 649).

Diesen Grundsätzen folgend hat das FA zutreffend die Steuer nicht erhoben, soweit die H AG nach der Übertragung des unmittelbaren Anteils an der S KG in Höhe von 99 % auf die

H KG mittelbar an dem Gesellschaftsvermögen der S KG beteiligt blieb. Entgegen der Auffassung des FA führt eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG jedoch dazu, dass die Steuer für den fiktiven Erwerbvorgang insgesamt, d. h. auch für die – hier allein streitige – Übertragung des Anteils der H AG an der S GmbH auf die H KG, nicht erhoben wird.

b) Dies folgt entgegen der Ansicht der Klägerin jedoch nicht bereits aus einer unmittelbaren Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG. Zwar ist der Wortlaut der Vorschrift erfüllt, denn die S GmbH ist auch nach dem Übertragungsvorgang unverändert an der S KG beteiligt geblieben. Im Streitfall hat sich der Gesellschafterbestand der S KG jedoch durch Zwischenschaltung der H KG bezogen auf die S GmbH mittelbar geändert. § 6 Abs. 3 GrEStG muss im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG nach dem Zweck der Vorschriften einschränkend ausgelegt werden. Würde für die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG im Fall eines fiktiven Grundstücksübergangs nach § 1 Abs. 2a GrEStG alleine auf die unmittelbare Beteiligung der Mitglieder der neuen Personengesellschaft abgestellt, so würden zugleich alle mittelbaren Änderungen im Gesellschafterbestand, die § 1 Abs. 2a GrEStG seit dem 1.1.2000 ausdrücklich als steuerbar erfasst, durch die gegenläufige Begünstigung aus § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG wieder neutralisiert. Letzteres ist vom Gesetzgeber offensichtlich nicht beabsichtigt. Dementsprechend sind Kapitalgesellschaften, deren Gesellschafterbestand sich in Höhe von mindestens 95 % ändert, nicht mehr im Sinne von § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG am Vermögen der – fiktiv – neuen Gesamthandsgemeinschaft beteiligt (Hofmann, a. a. O., § 6 Rdnr. 16; Viskorf in Boruttau, a. a. O., § 6 Rdnr. 45; Fleischer in Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl., S. 478; Stegemann, Die Unternehmensbesteuerung 2009, 194, 195; im Ergebnis ebenso Götz, BB 2006, 578, 582; Behrens/Hofmann, DStR 2003, 2093, 2098; Behrens in Spindler/Tipke/Rödter, FS Harald Schaumburg, 2009, S. 1136 und in DStR 2010, 777, 784 unter 4.). Anderenfalls liefe der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG in diesen Fällen wegen der gegenläufigen Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG generell leer.

c) Anders als bei Gesamthandsgemeinschaften, die an Personengesellschaften beteiligt sind, kann für Zwecke des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG auch nicht durch die unmittelbar beteiligte Kapitalgesellschaft auf die dahinter stehenden – mittelbar – Beteiligten durchgeschaut werden. Das ergibt sich daraus, dass Kapitalgesellschaften im Rahmen der §§ 5 und 6 GrEStG grundsätzlich nicht als transparent angesehen werden und ihnen als dinglich Berechtigten grunderwerbsteuerrechtlich das Vermögen der Personengesellschaft zugeordnet wird (BFH, Beschluss vom 27.5.2009, II R 64/08, BFHE 225, 508, BStBl II 2009, S. 856; Viskorf in Boruttau, a. a. O., § 6 Rdnr. 39).

d) § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG ist im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG jedoch nach seinem Normzweck dahingehend auszulegen, dass die Grunderwerbsteuer insgesamt nicht erhoben wird, wenn der teils unmittelbar teils mittelbar allein vermögensmäßig beteiligte Gesellschafter einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft seine Beteiligungen auf eine andere Gesamthandsgemeinschaft überträgt, an deren Vermögen er unmittelbar und/oder – durch weitere Gesamthandsgemeinschaften – mittelbar allein beteiligt ist.

aa) § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG will den Grundstückserwerb von einer Gesamthand insoweit von der Grunderwerbsteuer befreien, als aufgrund der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter das Grundstück trotz des Rechtsträgerwechsels in dem durch die §§ 5 und 6 GrEStG abgesteckten Zurechnungsbereich verbleibt (BFH-Urteile vom 24.9.1985, II R 65/83, BFHE 144, 473, BStBl II 1985, S. 714; vom 4.4.2001, II R 57/98, BFHE 194, 458, BStBl II 2001, S. 587 = MittBayNot 2001, 501; vom 9.4.2008, II R 32/06, BFH/NV 2008, 1526). Damit knüpfen §§ 5 und 6 GrEStG an die die Gesamthand kennzeichnende unmittelbare dingliche Mitberechtigung der Gesamthänder am Gesellschaftsvermögen an (BFH-Urteil in BFHE 194, 458, BStBl II 2001, S. 587; BFH-Beschlüsse vom 8.8.2000, II B 134/99, BFH/NV 2001, 66; vom 27.4.2005, II B 76/04, BFH/NV 2005, 1627).

bb) Bei der Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG auf fingierte Grundstücksübergängen nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG ist der Gesellschafterbestand der Personengesellschaft maßgebend, der vor Beginn und der nach Beendigung des tatbestandsmäßigen Anteilsübergangs bestand. Für den Gesellschafterwechsel der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft, welcher fiktiv einem Erwerb durch eine neue Personengesellschaft entspricht, ist in entsprechender Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG die Steuer nicht zu erheben, soweit der Gesellschafterbestand der Personengesellschaft zu Beginn mit dem nach Beendigung der Anteilsübertragungen übereinstimmt. War ein Gesellschafter an der – fiktiv – übertragenden Gesellschaft zu mindestens 95 % beteiligt, stellt § 1 Abs. 2a GrEStG ihn einem sachenrechtlich Verfügungsberechtigten gleich (vgl. Fischer in Boruttau, a. a. O., § 1 Rdnr. 820). Bleibt er nach Übertragung der Anteile an dem Gesellschaftsvermögen der – fiktiv – aufnehmenden Gesellschaft in gleicher Weise beteiligt, rechtfertigt eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG, die Steuer insgesamt nicht zu erheben, weil dem Gesellschafter das Grundstück nach wie vor grunderwerbsteuerrechtlich über seine Beteiligung am Gesamthandsvermögen zuzurechnen ist.

cc) Im Streitfall war die H AG vor der Übertragung der Gesellschaftsanteile zu 99 % unmittelbar und zu 1 % mittelbar über die S GmbH am Gesellschaftsvermögen der S KG beteiligt. Auch nach der Übertragung der Anteile auf die H KG hat sich an der grunderwerbsteuerrechtlichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der S KG nichts verändert. Die H AG hat die Anteile auf eine Personengesellschaft übertragen, an deren Vermögen sie wiederum zu 100 % beteiligt war. Die H KG ermöglicht als Gesamthandsgemeinschaft den Durchgriff auf die an ihrem Gesellschaftsvermögen beteiligte H AG (vgl. BFH-Urteil in BFHE 210, 56, BStBl II 2005, S. 649). Wenngleich die zivilrechtliche Veränderung im Gesellschafterbestand den Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG auslöste, blieb die Berechtigung am Gesellschaftsvermögen, d. h. insbesondere an dem Grundstück der S KG, unverändert bestehen. Letzteres rechtfertigt die entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG. Im Ergebnis wird der hier durch die Übertragung der Gesellschaftsanteile angenommene fiktive Erwerbvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG so behandelt, als hätte die H AG ein in ihrem Alleineigentum stehendes Grundstück unmittelbar der H KG übertragen. In einem solchen Fall wäre die Grunderwerbsteuer nach § 5 Abs. 2 GrEStG nicht zu erheben, da der übertragende Gesellschafter zu 100 % an dem Gesamthandsvermögen der aufnehmenden Gesellschaft beteiligt ist.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Das Vorkaufsrecht des Mieters einer Eigentumswohnung nach § 577 BGB¹

I. Bestehen eines Vorkaufsrechts nach § 577 BGB

Zunächst ist zu prüfen, ob ein Vorkaufsrecht nach § 577 BGB überhaupt besteht. Dies ist nur der Fall, wenn 1) eine Wohnung vermietet wurde und zeitlich darauf folgend 2) eine Aufteilung in Wohnungseigentum² stattfand und dann 3) die Wohnung verkauft wird. Die Vorschrift soll den Mieter vor einer Verdrängung im Zusammenhang mit der Umwandlung in Wohnungseigentum schützen. Im Gegensatz zu einem „Mietswohnhaus“, das eine rechtliche Einheit mit mehreren vermieteten Wohnungen darstellt, müssen Mieter bei einem Verkauf der gebildeten Wohnungseigentumseinheiten verstärkt vor allem mit Eigenbedarfskündigungen (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) rechnen.

Das Vorkaufsrecht besteht nur für den ersten Verkauf nach der Bildung von Wohnungseigentum. Für weitere Verkaufsfälle ist die Beschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des Eigentümers (Art. 14 GG) nicht gerechtfertigt. Die Beschränkung allein auf den ersten Verkaufsfall gilt auch dann, wenn der Mieter sein Recht beim ersten Verkauf nicht ausüben konnte, weil z. B. an einen Familienangehörigen verkauft wurde (§ 577 Abs. 1 Satz 2 BGB)³ oder ein Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus einer Insolvenzmasse (§ 471 BGB) vorlag.

Um eine Umgehung der Mieterschutzvorschrift zu verhindern, genügt es ausweislich des Wortlautes der Norm bereits, wenn Wohnungseigentum „begründet werden soll“. Ausreichend für das Mietervorkaufsrecht ist also bereits, dass der Käufer eine Aufteilung beabsichtigt, sofern sich diese Absicht auch objektiv konkretisiert hat, insbesondere durch eine bereits erfolgte Beurkundung der Teilungserklärung oder einem Bezug im Kaufvertrag auf einzelne Wohnungen.⁴

Strittig ist, ob das Vorkaufsrecht noch ausgeübt werden kann, wenn das Mietverhältnis bei Kaufvertragsabschluss bereits gekündigt, aber noch nicht beendet ist.⁵ Erfolgt die Beurkundung nach Beendigung des Mietverhältnisses, so besteht jedenfalls kein Vorkaufsrecht.⁶ Ob eine oder mehrere Wohnungen verkauft werden, ist unerheblich, denn auch beim en bloc Verkauf aller Wohnungseigentumseinheiten ist die jeweilige Wohnungseigentumseinheit rechtlich selbständiger Gegenstand des Kaufvertrages.⁷

1 Hinweis der Schriftleitung: In MittBayNot 2012, 421 wurde ein Hinweis für die Praxis der Autorin zum Eintritt in das Mietverhältnis nach §§ 566 ff. BGB beim Kauf einer vermieteten Eigentumswohnung veröffentlicht.

2 Nach der Rechtsprechung ist der Begründung von Wohnungseigentum die Realteilung eines Grundstücks, das mit zu Wohnzwecken vermieteten Reihenhäusern bebaut ist, gleichzustellen, BGH, VIII ZR 325/09, NJW 2010, 3571 = MittBayNot 2010, 465.

3 BGH, V ZR 269/06, MittBayNot 2008, 115.

4 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1412.

5 Palandt/Weidenkaff, 70. Aufl., § 577 Rdnr. 3.

6 Wirth, MittBayNot 1998, 9, 10.

7 Wirth, MittBayNot 1998, 9, 11.

II. Rechtsnatur und Auswirkungen des § 577 BGB

Bei § 577 BGB handelt es sich um ein gesetzliches Vorkaufsrecht, auf das die §§ 463 ff. BGB anwendbar sind (§ 577 Abs. 1 Satz 3 BGB). Das Mietervorkaufsrecht richtet sich ausschließlich gegen den Eigentümer, es hat nur schuldrechtliche Wirkung.⁸ Anders als ein dingliches Vorkaufsrecht entfaltet es keine Vormerkungswirkung zugunsten des Vorkaufsberechtigten. § 577 BGB geht einem dinglichen Vorkaufsrecht vor.⁹ Übt der Mieter das Vorkaufsrecht aus, so entsteht ein neuer, selbständiger Kaufvertrag mit gleichem Inhalt zwischen dem Verkäufer als Vorkaufsverpflichteten und dem Mieter als Vorkaufsberechtigten, § 464 Abs. 2 BGB. Der den Verkauf auslösende Kaufvertrag bleibt dabei gleichzeitig bestehen.¹⁰ Wird das Vorkaufsrecht schlicht ignoriert, so kann aufgrund dessen rein schuldrechtlichen Charakters zwar grundsätzlich ein wirksamer Eigentumserwerb durch den Käufer erfolgen, freilich macht sich der Verkäufer gegenüber dem Mieter jedoch schadensersatzpflichtig.

Den Eigentumserwerb verhindern könnte der Mieter nur, wenn er mit seiner erst ab Vorkaufsausübung erzwingbaren Vormerkung¹¹ schneller im Grundbuch eingetragen ist als der Käufer mit seiner in der Regel bereits im Kaufvertrag bewilligten und beantragten Vormerkung. Zu beachten ist aber, dass bei kollusivem Zusammenwirken der Kaufvertragsparteien zu Lasten des rechtlich geschützten Mieters unter Umgehung des Vorkaufsrechts Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB zu bejahen sein kann, was nach § 826 BGB im Einzelfall auch einen Anspruch des Mieters gegen den Käufer begründen kann.¹²

Der Notar hat demnach primär den Verkäufer vor einer Schadensersatzpflicht zu schützen, seiner Amtspflicht, auf gesetzliche Vorkaufsrechte hinzuweisen (§ 20 BeurkG), nachzukommen und dadurch dem Vorkaufsrecht des § 577 BGB zugunsten des Mieters praktische Geltung zu verschaffen.

III. Schutz des Verkäufers

Wie auch bei anderen Vorkaufsrechten ist der Verkäufer durch einen Rücktrittsvorbehalt oder eine auflösende Bedingung für den Fall der Vorkaufsausübung davor zu schützen, dass er sich einer doppelten Verpflichtung nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber Käufer und Mieter ausgesetzt sieht, bei der er einmal nach § 275 Abs. 3, § 283 BGB schadensersatzpflichtig würde.¹³

Der Rücktrittsvorbehalt bzw. die auflösende Bedingung ist meines Erachtens im notariellen Vertrag explizit vorzusehen, auch wenn nach Ansicht der Rechtsprechung allein die Kenntnis des Käufers vom Vorkaufsrecht eine schlüssige Abbedingung der Rechte des Käufers darstellt.¹⁴ Mit einer stillschwei-

8 Hagemann in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl., A I Rdnr. 94.

9 DNotI-Report 15/2010, 137.

10 BGH, V ZR 157/08, NJW-RR 2009, 1172.

11 Palandt/Weidenkaff, § 577 Rdnr. 6.

12 Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 2. Aufl., II 9 Rdnr. 170.

13 Palandt/Weidenkaff, Vorbem. v. § 463 Rdnr. 8. Soweit Gefahrübergang stattgefunden hat, greifen § 435 Satz 1, § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1, § 283 BGB.

14 BGH, V ZR 157/08, NJW-RR 2009, 1172; BayObLG, 1 Z RR 558/95, MittBayNot 1997, 383; MünchKommBGB/Westermann, 6. Aufl., § 464 Rdnr. 10.

gend vereinbarten auflösenden Bedingung, die erst durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln ist, sollte sich der Vertragsgestalter nicht begnügen, zumal auch die Alternative eines Rücktrittsvorbehaltes besteht. Welche Alternative gewählt wird, ist wohl Geschmackssache. Im Unterschied zum flexibleren Rücktrittsvorbehalt besteht bei der Bedingungslösung ein „Automatismus“.

Ein zusätzlicher Vermerk, „Der Verkäufer haftet nicht dafür, dass das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt wird; jeglicher Schadensersatz ist für den Fall der Vorkaufsrechtsausübung ausgeschlossen“, ist meines Erachtens rein deklaratorischer Natur und daher verzichtbar. Solange der Verkäufer keine „Garantie“ gegenüber dem Käufer für die Vertragsdurchführung übernimmt (§§ 444, 276 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder die Vorkaufsrechtsausübung für ihn einseitig „vorhersehbar“ ist, ist ein Schadensersatzanspruch gegen ihn ausgeschlossen.¹⁵ Denn der Verkäufer haftet nur bei verschuldeter Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung.¹⁶ Zudem kann der Rechtsgedanke des § 442 Abs. 1 BGB herangezogen werden.¹⁷ Inwieweit allein der Eintritt einer im Vertrag vereinbarten auflösenden Bedingung Schadensersatzansprüche auslösen soll, erscheint mir fragwürdig.¹⁸

Gegenüber Schadensersatzansprüchen seitens des Mieters wegen Vereitelung der Vorkaufsrechtsausübung kann der Notar freilich nur schützen, indem er bestmöglich Sorge trägt, dass dem Mieter der Vorkaufsfall ordnungsgemäß nach § 577 Abs. 2, § 469 Abs. 1 BGB mitgeteilt wird. Nach dieser mietvertraglichen, schadensersatzauslösenden Nebenpflicht¹⁹ ist die Mitteilung des Kaufvertragsinhaltes (§ 469 Abs. 1 BGB) zugleich mit der ausdrücklichen Unterrichtung des Mieters über sein Vorkaufsrecht zu verbinden (§ 577 Abs. 2 BGB). Erforderlich ist die Information des Mieters, dass ihm ein Vorkaufsrecht zusteht, welches durch formlose Erklärung gegenüber dem Verkäufer innerhalb von zwei Monaten nach Empfang dieser Mitteilung ausgeübt werden kann, und dass aufgrund der Ausübung ein Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Mieter zu den mit dem Käufer vereinbarten Bedingungen zustande kommt.²⁰

IV. Der Verzicht auf das Vorkaufsrecht, Kündigungssperre nach § 577a BGB

Zu beachten ist, dass das Vorkaufsrecht nicht durch einseitigen Verzicht – welcher allenfalls einen Einwand nach § 242 BGB begründen kann –, sondern nur durch Erlassvertrag (§ 397 BGB) zwischen den Vorkaufsparteien untergeht.²¹ Da das Vorkaufsrecht einschränkende Vereinbarungen aus Mieterschutzgründen nach § 577 Abs. 5 BGB unwirksam sind und der Mieter erst nach Unterrichtung über das ihm zustehende Vorkaufsrecht und den endgültigen Inhalt des Kauf-

vertrages eine sachgerechte Entscheidung über die Rechtsausübung treffen kann, kann auf das Vorkaufsrecht wirksam erst nach Kaufvertragsabschluss verzichtet werden.²² Hierbei wird jedoch auf den Abschluss des Kaufvertrages und nicht dessen Wirksamkeit abgestellt, so dass fehlende Genehmigungen die Wirksamkeit des Verzichts nicht beeinträchtigen.²³ Des Weiteren ist zu beachten, dass der Erlassvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Mieter zu schließen ist; eine gegenüber dem Drittkäufer abgegebene Erklärung des Mieters würde einen unzureichenden einseitigen Verzicht darstellen.

Auch soweit der Mieter von seinem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch macht, ist er vor einer Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB (Eigenbedarfs- und Verwertungskündigung) mindestens drei Jahre lang geschützt, § 577a Abs. 1 BGB. In den in der Wohnungsgebieteverordnung (WoGeV)²⁴ bestimmten Gebieten verlängert sich die Kündigungssperre sogar auf zehn Jahre, § 577a Abs. 2 BGB.

V. Risiko und Schutz des Käufers

Obwohl das Vorkaufsrecht selbst nur schuldrechtlich wirkt, ist der Bestand des Kaufvertrages aufgrund des Rücktrittsvorbehalts bzw. der auflösenden Bedingung zunächst im Ungewissen. Die Kaufpreisfälligkeit sollte daher zum Schutz des Käufers davon abhängig sein, dass das Vorkaufsrecht nach § 577 BGB durch Erlassvertrag zwischen den Vorkaufsparteien erloschen ist oder dem Notar innerhalb der zweimonatigen Ausübungsfrist keine Vorkaufsrechtsausübung des Mieters bekannt wird. Der Verkäufer verpflichtet sich, dem Notar die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Mieter unverzüglich mitzuteilen. Darüber hinaus kann dem Notar selbst (soweit dieser vom Verkäufer entsprechend bevollmächtigt wurde) die Ausübungserklärung zugehen. Wird die Fälligkeit hingegen nicht zurückgestellt, können zur Absicherung des Vorleistungsrisikos stattdessen zur Sicherung möglicher Rückzahlungsansprüche des Käufers alle Ansprüche des Verkäufers gegen den Mieter aus der Ausübung des Vorkaufsrechts – insbesondere der Kaufpreisanspruch – an den Käufer abgetreten werden. Diese Abtretung empfiehlt sich überdies zur Absicherung der Erstattung der Vertragskosten des Käufers.

Hinsichtlich der Vertragskosten wird der Käufer weitestgehend entlastet. Durch den nach § 464 Abs. 2 BGB entstehenden inhaltsgleichen „zweiten“ Kaufvertrag hat der vorkaufsberechtigte Mieter „nicht nur den Kaufpreis zu zahlen, sondern schlechthin diejenigen Leistungen zu erbringen, die dem Erstkäufer (...) obliegen hätten“²⁵. Soweit der ursprüngliche Käufer also die Vertragskosten übernommen hat, muss der Mieter sowohl die ursprünglichen also auch die Kosten der Nachtragsbeurkundung²⁶ tragen.²⁷ Ebenso treffen den Mieter

¹⁵ MünchKommBGB/Westermann, § 464 Rdnr. 10.

¹⁶ Nur nach altem Schuldrecht bestand eine Garantiehaftung, vgl. BGH, V ZR 211/06, NJW 2007, 3777, 3780.

¹⁷ Kommt es in der Vertragsdurchführung nicht zum Gefahrübergang, sind §§ 437 ff. BGB nicht unmittelbar anwendbar.

¹⁸ Vgl. z. B. BayObLG, 1 Z RR 558/95, MittBayNot 1997, 383, 385, wonach dem Käufer durch die stillschweigend vereinbarte Bedingung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts keine Ansprüche wegen eines Rechtsmangels zustehen.

¹⁹ Palandt/Weidenkaff, § 577 Rdnr. 7; vgl. BGH, V ZR 137/02, DNotZ 2003, 431, 432, wonach eine falsche Mitteilung durch den Notar dem Verkäufer nach § 278 BGB zugerechnet wird.

²⁰ Krauss, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1413.

²¹ vgl. Palandt/Weidenkaff, Vorbem. v. § 463 Rdnr. 8 f.; Wirth, MittBayNot 1998, 9, 14.

²² Wirth, MittBayNot 1998, 9, 14.

²³ Dies ist unproblematisch bei behördlichen Genehmigungen. Anders liegt der Fall, wenn durch eine Nachgenehmigung eines unmittelbar Beteiligten die Wirksamkeit des Vertrages „bewusst offen gehalten“ wird. Das ist schon bei einer mündlichen Vollmacht nicht mehr der Fall, denn dann ist der Vertrag materiellrechtlich wirksam, vgl. § 167 Abs. 2 BGB.

²⁴ Verordnung über die Gebiete mit gefährdeter Wohnungsverordnung (Wohnungsgebieteverordnung – WoGeV) vom 13.2.2007.

²⁵ BGH, III ZR 34/95, NJW 1996, 654, 655 = MittBayNot 1997, 97; BGH, III ZR 7/06, NJW-RR 2007, 563: Einzig „Fremdkörper“ des Kaufvertrages muss der Vorkaufsberechtigte nicht übernehmen.

²⁶ Erforderlich ist die Beurkundung von Auflassung, Vormerkung, Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Finanzierungsvollmacht. Die Ausübung des Vorkaufsrechts selbst ist formlos möglich, § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB.

²⁷ A. A. nur BeckOK-BGB/Faust, § 464 Rdnr. 10.

– wie jeden Vorkaufsberechtigten – Maklerkosten, soweit solche Bestandteil des Kaufvertrages geworden sind (§ 328 BGB).²⁸ Auch die Kosten der Vormerkungseintragung sind dem Käufer zu erstatten, weil diese Absicherung derart üblich ist, dass sie zum Kaufvertrag „dazugehört“.²⁹ Jedenfalls die Eintragung eines Finanzierungsgrundpfandrechts verursacht dem Käufer aber selbst Kosten, so dass der diesbezügliche Eintragungsantrag für das Grundbuchamt solange zurückgestellt werden kann, bis das Vorkaufsrecht erloschen ist.

VI. Handhabung im Vollzug

Die Mitteilung des Vorkaufsfalles verbunden mit der Unterrichtung über das Vorkaufsrecht gemäß § 469 Abs. 1, § 577 Abs. 2 BGB kann der Notar übernehmen oder dem Verkäufer selbst überlassen. Dem Grundbuchamt gegenüber muss die Nichtausübung des Mietervorkaufsrechtes nicht nachgewiesen werden; Unterlagen in der Form des § 29 GBO sind also nicht erforderlich.

Im Gegensatz zum dinglichen Vorkaufsrecht liegt die Beachtung des schuldrechtlich wirkenden § 577 BGB einzig im Interesse des Verkäufers: Fehler bei der Anzeige des Vorkaufsfalles und der Sicherstellung des Erlöschens des Vorkaufsrechtes bleiben für den Käufer folgenlos und lösen für den Verkäufer Schadensersatzansprüche aus. Folglich ist es durchaus gerechtfertigt, wenn der Notar die Anzeige des Vorkaufsfalles dem Verkäufer selbst überlässt, zumal die Mitteilung des Vorkaufsfalles eine Betreuungsggebühr nach § 147

²⁸ Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, II 2 Rdnr. 411. Enthält der Kaufvertrag keine Maklerklausel, so entfällt der Anspruch des Maklers, BGH IVa ZR 50/81, NJW 1982, 2662, 2663.

²⁹ Strittig, vgl. BGH, III ZR 86/80, DNotZ 1982, 629 f.; Münch-KommBGB/*Westermann*, § 464 Rdnr. 7.

Abs. 2 KostO auslöst. Zum Schutz des Käufers ist aber sicherzustellen, dass der Kaufvertrag als Rechtsgrund erhalten bleibt, wenn der Verkäufer hinsichtlich des § 577 BGB nachlässig ist.³⁰ Das vorbehaltene Rücktrittsrecht muss also erlöschen bzw. der Vertrag muss bedingungslos wirksam sein, wenn der Verkäufer dem Notar mitgeteilt hat, dass der Mieter auf sein Vorkaufsrecht verzichtet oder dieses nicht innerhalb der Frist ausgeübt hat. Ob diese Mitteilung „richtig“ ist, soll schließlich allein in der Verantwortungssphäre des Verkäufers liegen.

Zum Schutz des Verkäufers – und auch um der Norm § 577 BGB bestmöglich Geltung zu verschaffen – könnte sich auch der Notar beauftragen lassen, die Mitteilung des Vorkaufsfalles verbunden mit der Unterrichtung nach § 577 Abs. 2 BGB zu übernehmen. Neben der entsprechenden Vollmacht, die auch die Entgegennahme der Erklärungen des Mieters umfassen sollte, sind die Personendaten des Mieters in den Kaufvertrag aufzunehmen. Dem Mieter ist nach Wirksamkeit des Kaufvertrages eine Ausfertigung zu übermitteln. Eine Zustellung oder eine Übersendung gegen Empfangsbekanntnis sind meines Erachtens nicht erforderlich, vorausgesetzt es ist sichergestellt, dass der Kaufvertrag unabhängig von möglichen Fehlern im Verfahren nach § 577 BGB bestehen bleibt. Der Notar sollte aber aus Haftungsgründen darauf hinweisen, dass die Anzeige nur an den vom Verkäufer „genannten Mieter“ erfolgt und dass er die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes nicht vollständig überwachen kann.

Notarassessorin Dr. *Melanie Falkner*, Bamberg

³⁰ Dies ist der Fall, wenn der Vorkaufsfall inhaltlich unvollständig oder nicht an alle/nicht dem richtigen Mieter mitgeteilt wurde oder die Ausübung des Vorkaufsrechtes dem Notar nicht mitgeteilt wurde.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Cornelius Gruner, Rosenheim, verstorben am 15.9.2012

Notar a. D. Walter Kolb, Burglengenfeld, verstorben am 28.9.2012

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.9.2012:

Notar Dr. Rainer Spanhel, Kirchenlamitz

Mit Wirkung vom 1.10.2012:

Notar Dr. Peter Huttenlocher, Altötting (Hauptgeschäftsführer der Bundesnotarkammer)

Notar Walter Singer, München

Mit Wirkung vom 1.2.2013:

Notar Bernd Höfling, München

Notar Holger Koch, Erding

Mit Wirkung vom 1.3.2013:

Notar Helmut Schallock, Nürnberg

Mit Wirkung vom 1.4.2013:

Notar Dr. Peter Götz, Regensburg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.10.2012:

Altötting (in Sozietät mit Notar Habel)	dem Notarassessor Dr. Peter Huttenlocher (bisher in Eggenfelden Notarstelle Feller, abgeordnet an die Bundesnotarkammer, Berlin)
--	---

Altötting (in Sozietät mit Notar Habel)	dem Notarassessor Robert Martin (bisher in München Notarstellen Predel/Dr. Görk)
--	---

Mit Wirkung vom 15.10.2012:

Landstuhl	dem Notarassessor Dr. Thorsten Jäger (bisher in Landstuhl Notarstelle Dr. Stuppi)
-----------	--

Rockenhausen (in Sozietät mit Notarin Schneider)	der Notarassessorin Eva Christine Danne (bisher in Bad Bergzabern Notarstelle Dr. Endrulat)
---	--

Mit Wirkung vom 1.11.2012:

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Kornexl)	der Notarassessorin Dr. Susanne Herrler (bisher in Schweinfurt Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)
---	--

Rotthalmünster (in Sozietät mit Notar Färber)	der Notarassessorin Dr. Stefanie Huber (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Götz/ Dr. Albrecht)
--	---

Waldsassen	der Notarassessorin Sonja Pelikan (bisher in München Notarstellen Dr. Kössinger/ Dr. Bräu)
------------	--

Mit Wirkung vom 1.1.2013:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Tietgen)	dem Notar Dr. Wolfgang Ott (bisher in Ingolstadt)
--	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.10.2012:

Markus Müller, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Alexander Lutz, München, wurde mit Wirkung vom 26.4.2012 promoviert

Notarassessorin Stefanie Exner, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler), ab 1.10.2012 in München (Notarstellen Predel/Dr. Görk)

Notarassessorin Sandra Wenger, Regensburg (Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann), ab 1.10.2012 in Landsberg am Lech (Notarstellen Dr. Rapp/Regensburger)

Notarassessorin Elisabeth Lommer, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber), vom 8.10. bis 31.12.2012 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Michael Gutfried, München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke), ab 10.10.2012 in Berlin (BNotK)

Notarassessor Karl Büringer, Trostberg (Notarstellen Mehler/Dr. Vierling), ab 15.10.2012 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessor Dr. Holger Sagmeister, Bad Griesbach (Notarstelle Dr. Forthauer), ab 5.11.2012 in München (Notarstellen Kirchner/Thiede)

Oberinspektor i. N. Matthias Emser, Kirchenlamitz (Notarstelle Dr. Spanhel), ab 21.6.2012 in Wunsiedel (Notarstelle von Edlinger)

Amtsrat i. N. Gerhard Biller, Dachau (Notarstellen Dr. Mayr/Dr. Odersky), ab 15.9.2012 in München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Amtfrau i. N. Maria Loibl, München (Notarstelle Dr. Kreuzer), ab 15.9.2012 in Dingolfing (Notarstellen Gleißner/Weiß)

Oberinspektorin i. N. Christine Benz, Otto beuren (derzeit im Sonderurlaub), ab 17.10.2012 in Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer)

6. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Oberinspektorin i. N. Marion Wenzel, Bad Kissingen (derzeit im Sonderurlaub), zum 30.9.2012 ausgeschieden

Amtsrat i. N. Dieter Eschenauer, Bad Aibling (Notarstellen Dr. Kleeberger/Dr. Schlögel), ab 1.11.2012 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Werner Pöhlmann, Augsburg (Notarstelle Dr. Koch), ab 1.11.2012 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Manfred Schart, Gunzenhausen (Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder), ab 1.11.2012 im Ruhestand

SONSTIGES**Achte Tagung Berufspolitik des Deutschen Notarvereins****„Europäische Vereinheitlichung: Eine Chance für den Notar“**

Am 25. und 26.1.2013 in der Mendelssohn-Remise am Gendarmenmarkt, Jägerstraße 51, 10117 Berlin

Freitag, 25.1.2013

09.00 Uhr Akkreditierung der Teilnehmer

10.00 Uhr Ouvertüre: **Eröffnung der Tagung/Begrüßung**

Dr. *Oliver Vossius*, Präsident des Deutschen Notarvereins

Larghetto sostenuto: **Grußwort**

Bundesministerin der Justiz
Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB

Klaviertrio Nr. 1 Op. 49: **Quo vadis notari? Das Berufsbild des Notars in der europäischen Diskussion: Standpunkte, Perspektiven und Einschätzungen**

Moderation: Prof. Dr. *Rainer Schröder*,
Humboldt Universität zu Berlin

10.30 Uhr Gavotte: **Einführung** durch den Moderator

10.40 Uhr Molto allegro ed agitato: **Die Berufsqualifikationsrichtlinie – Nachbeben des Urteils vom 24.5.2011?**

Dr. *Timm Starke*, Präsident der Bundesnotarkammer

11.10 Uhr Andante con moto tranquillo: **Das deutsche notarielle Berufsrecht: Gewappnet für Europa?**

MR Dr. *Kurt Franz*, Leiter Referat „Berufsrecht für Rechtsanwälte und Notare“ im BMJ

11.40 Uhr Scherzo (leggiere e vivace): **Belehrung statt Widerruf: Der Notar als Verbraucherschützer**

Dr. *Andreas Schwab*, MdEP

12.10 Uhr Finale, allegro assai appassionato:
Podiumsdiskussion

12.45 Uhr Gemeinsames Mittagessen im Restaurant
Aigner, Französische Str. 25, 10117 Berlin

Klaviertrio Nr. 2 op. 66: **Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Fluch oder Segen?**

Moderation: Dr. *Oliver Vossius*, Präsident des Deutschen Notarvereins

14.15 Uhr Sarabande: **Einführung** durch den Moderator

14.30 Uhr Allegro energico e con fuoco:
Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten, Widerrufs- und Anfechtungsrechte: Der Lackmустest auf dogmatische Konsistenz

Dr. *Sebastian Martens*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

14.50 Uhr Andante espressivo: **Rechtssicherheit durch System und Prinzipien: Ein Vergleich BGB mit GEK**

Prof. Dr. *Carsten Herresthal*, Universität Regensburg

15.10 Uhr Kaffeepause

15.30 Uhr Scherzo, molto allegro quasi presto: **Stand und Erfolgsaussichten des GEK**

Prof. Dr. *Dirk Staudenmayer*, Europäische Kommission (angefragt)

15.50 Uhr Finale, allegro appassionato: **Hat das BGB fertig? Was meint die deutsche Politik?**

Andrea Voßhoff, MdB und Rechtspolitische Sprecherin der CDU/CSU-Fraktion

16.10 Uhr Rondo: **Podiumsdiskussion**

ca. 17.00 Uhr Ende

18.00 Uhr Rahmenprogramm: Besichtigung des Bundeskanzleramts, anschließend gemeinsames Abendessen im (Dachgarten-) Restaurant Käfer

Samstag, 26.1.2013

Klavierquartett Op. 3: Urkundsanerkennung versus Vereinheitlichung: Aktuelle Tendenzen bei Vorhaben der Europäischen Kommission

Moderation: Dr. *Frauke Wedemann*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

09.30 Uhr Menuett: **Einführung** durch die Moderatorin

09.40 Uhr Allegro molto: **Inhaltliche Anerkennung von Urkunden: Ein Stein der Weisen?**

MR Dr. *Rolf Wagner*, Leiter des Referats „Internationales Privatrecht“ im BMJ

10.10 Uhr Andante: **Urkundsanerkennung: Konsequenzen für das europäische Notariat**

Salla Saastamoinen, Europäische Kommission (angefragt)

10.40 Uhr Kaffeepause

11.10 Uhr Allegro molto: **Kollisionsrechtsvereinheitlichung im Steuerrecht**

Dr. *Jörg Ihle*, Notarassessor und Fachredakteur des „notar“ für das Steuerrecht

11.40 Uhr **Podiumsdiskussion**

12.10 Uhr Allegro vivace: **Schlusswort** des Präsidenten

12.30 Uhr Ende der Tagung

Bitte beachten Sie, dass Sie für das Abendprogramm aufgrund der Sicherheitsbestimmungen im Bundestag bzw. Bundeskanzleramt einen gültigen Lichtbildausweis benötigen. Eine Teilnahme ist nur möglich, wenn Sie sich vorher mit Ihrem Geburtsdatum angemeldet haben. Die Teilnehmerzahl ist begrenzt. Eine verbindliche Anmeldung richten Sie bitte bis zum 10.1.2013 an den Deutschen Notarverein, Kronenstr. 73, 10117 Berlin, Tel. 030/20615740, Fax 030/20615750, E-Mail: k.zander@dnotv.de.

Die Teilnahmegebühr beträgt für Notarassessoren 90 €, für alle übrigen Teilnehmer 190 €. Nach Eingang Ihrer Anmeldung erhalten Sie eine Anmeldebestätigung und eine Rechnung. Die Kosten für das Rahmenprogramm betragen 60 €.

Im Hotel Westin Grand, Friedrichstraße 158-164, 10117 Berlin, Tel. 030/2027-0 | Fax 030/20273419 (EZ 130 €; DZ 160 €, je inklusive Frühstück) und im Mercure Hotel & Residenz Berlin Checkpoint Charlie, Schützenstr. 11, 0117 Berlin, Tel. 030/20632122, Fax 030/20632111, E-Mail: h3120-re@accor.com, (EZ 88 €; DZ 98 €, je zzgl. Frühstück i. v. H. 13 €) stehen begrenzte Zimmerkontingente für die Teilnehmer zur Verfügung (Reservierung des Zimmerkontingents jeweils bis zum 11.1.2013). Übernachtungskosten und Kosten für das Rahmenprogramm sind im Seminarpreis nicht enthalten. Die Teilnehmer werden gebeten, die Reservierung unter dem Stichwort „Deutscher Notarverein“ unmittelbar bei einem der vorstehenden Hotels selbst vorzunehmen. Bitte beachten Sie die Reservierungsfristen der Hotels.

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord
Notarassessor Boris Pulyer

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.

SONSTIGES

„Die neue Erbrechtsverordnung“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 14. November 2012, 16:30 Uhr s. t.

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Senatssaal (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Begrüßung: Professor Dr. *Johannes Hager*, München

Referate: Prof. Dr. jur. Dr. jur. h. c. (Thessaloniki)
Reinhold Geimer, München:
„Die neue Europäische Erbrechtsverordnung –
Ein Überblick“

Dr. Markus Buschbaum, LL.M. (Köln/Paris),
Brüssel:
„Europäisches Nachlasszeugnis und Annahme
öffentlicher Urkunden – neue Mechanismen
zur grenzüberschreitenden Nachlassab-
wicklung und ihr Verhältnis zum materiellen
Sachenrecht“

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 steht jedem Interessierten offen und ist kosten-
frei. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmel-
dung 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 (nur Barzahlung) persönlich ausgehändigt.
Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter
www.notarrechtsinstitut.de.

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Immobilienrecht (Wälzholz)
2.11.2012 in Kassel
9.11.2012 in Oldenburg 2. 12. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung Teil 2 – Erbrechtliche Gestaltung, Nachlass- und Teilungssachen, Überlassungsverträge, Rechte in Abt. II und III (Herrler, Münch, Oertel, Schaal, Wegerhoff)
5.–10.11.2012 in Oldenburg 3. Typische Fehler bei der Kostenberechnung und Einblick in die geplante Kostenrechtsnovelle (Schmidt, Tiedtke)
7.11.2012 in Hannover
13.11.2012 in Bochum 4. Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis (Blank)
9.11.2012 in Kiel 5. Update Grundstückskaufvertrag (Krauß)
9.11.2012 in Heusenstamm
10.11.2012 in Berlin 6. Das IPR in der notariellen Praxis unter besonderer Berücksichtigung des Ehe- und Erbrechts (Wandel)
17.11.2012 in Berlin | <ol style="list-style-type: none"> 7. Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz)
17.11.2012 in München 8. 14. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung Teil 2 – Erbrechtliche Gestaltung, Nachlass- und Teilungssachen, Überlassungsverträge, Rechte in Abt. II und III (Herrler, Münch, Oertel, Schaal, Wegerhoff)
19.–24.11.2012 in Bochum 9. Haftungsfallen im Erbrecht (Ivo, Müller)
23.11.2012 in Kiel 10. Intensivkurs Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger, Kirschstein)
23.–24.11.2012 in Heusenstamm 11. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger)
1.12.2012 in Düsseldorf |
|---|---|

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Arndt/Lerch/Sandkühler: Bundesnotarordnung. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 1088 S., 158 € 2. Baltzer/Reisnecker: Vorsorgen mit Sorgenkindern – Schritt für Schritt zur Testamentsgestaltung. Beck, 2012. 264 S., 59 € 3. Burandt/Zacher-Röder: Unternehmertestament. 2. Aufl., Beck, 2012. 298 S. + CD-ROM, 37,90 € 4. Daragan/Halaczinsky/Riedel (Hrsg.): Praxiskommentar ErbStG und BewG. 2. Aufl., Zerb, 2012. 1510 S., 139 € 5. Gottwald: Grunderwerbsteuer – Leitfaden für die Praxis. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2013. 456 S. 54 € 6. Kindl/Meller-Hannich/Wolf: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung. 2. Aufl., Nomos, 2013. 3036 S., 98 € 7. Kleffmann/Soyka (Hrsg.): Praxishandbuch Unterhaltsrecht. Luchterhand, 2012. 461 S., 49 € 8. Limmer (Hrsg.): Handbuch der Unternehmensumwandlung. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 1444 S. + CD-ROM, 168 € 9. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch. 3. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 3196 S. + CD-ROM, 228 € 10. Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz. 18. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2012. 1964 S., 119 € | <ol style="list-style-type: none"> 11. Messerschmidt/Voit: Privates Baurecht. Kommentar zu §§ 631 ff. BGB. Kurzkommentierung zur VOB/B, zur HOAI und zum Bauforderungssicherungsgesetz mit systematischen Darstellungen zu HOAI, Vergaberecht, Bauträgervertrag, Sicherung der Ansprüche aus dem Werkvertrag, internationalen Bau- und Planerverträgen, Insolvenz bei Bau- und Planerverträgen, außergerichtlicher und gerichtlicher Rechtsdurchsetzung. 2. Aufl., Beck, 2012. 1696 S., 199 € 12. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd. 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 4. Aufl., Beck, 2012. 1862 S., 159 € 13. Ring/Grziwotz/Keukenschrijver: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht. 3. Aufl., Nomos, 2013. 2467 S., 188 €, Vorzugspreis für DAV-Mitglieder 158 € 14. Saenger/Ullrich/Siebert (Hrsg.): Zwangsvollstreckung. 2. Aufl., Nomos, 2013. 1072 S. + CD-ROM, 88 € 15. Schöner/Stöber: Grundbuchrecht. 15. Aufl., Beck, 2012. 1731 S., 129 € 16. Süß/Ring: Eherecht in Europa. 2. Aufl., zerb, 2012. 1431 S., 139 € 17. Trimborn von Landenberg: Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall. 2. Aufl., zerb, 2012. 159 S., 39 € |
|---|---|

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F