

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Anja Schaller,
Notarassessorin

Stefanie Tafelmeier,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Krick/Sagmeister: Die Baubeschreibung in
Bauträgerverträgen 205

Spall: Notar und Sozialrecht – Rechtsgestaltung im
Spannungsverhältnis zwischen privater und öffentlicher
Solidarität 211

Bergmann: Alte Männer und junge Frauen – Die Bruno-
Schubert-Entscheidung – zugleich Anmerkung zum Urteil
des BGH vom 10.7.2013, IV ZR 224/12 220

Rechtsprechung

Verbot der Doppelvertretung bei „Stadt“ erteilter
Grundstücksvollmacht
(OLG München, Beschluss vom 28.8.2013, 34 Wx 223/13) 234
mit Anmerkung *Grziwotz* 235

Vorrecht am Wohnungseigentum begründet kein
dingliches Recht
(BGH, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12) 239
mit Anmerkung *Kreuzer* 242

Notwendigkeit des Eintritts des Zessionars einer Sicherungs-
grundschuld in den Sicherungsvertrag
(BGH, Urteil vom 14.6.2013, V ZR 148/12) 268
mit Anmerkung *Everts* 270

Anordnung der Teilungsversteigerung zur Auseinanderset-
zung des Vermögens einer gekündigten GbR
(BGH, Beschluss vom 16.5.2013, V ZB 198/12) 273
mit Anmerkung *Ruhwinkel* 277

Zur wirksamen Beurkundung eines Erb-, Pflichtteils- und
Zuwendungsverzichts
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.7.2013, I-7 U 170/12) 281
mit Anmerkung *Winkler* 283

Bemessungsgrundlage bei Erwerb des erbbaurechts-
belasteten Grundstücks und des Erbbaurechts
(BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 30/1 [NV]) 289
mit Anmerkung *Ihle* 290

Inhalt

Aufsätze

Krick/Sagmeister: Die Baubeschreibung in Bauträgerverträgen **205**

Spall: Notar und Sozialrecht – Rechtsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen privater und öffentlicher Solidarität **211**

Bergmann: Alte Männer und junge Frauen – Die Bruno-Schubert-Entscheidung – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.7.2013, IV ZR 224/12 **220**

Tagungsberichte

Barth: Die Feststellung der Geschäftsfähigkeit in der notariellen Praxis **226**

Buchbesprechungen

Bös/Neie/Strangmüller/Jurkat (Hrsg.): Praxishandbuch für Notarfachangestellte (*Schmitz*) **228**

Bergschneider (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht (*Struck*) **229**

Göppinger/Börger: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung (*Everts*) **229**

Wimmer (Hrsg.): FK-InsO – Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (*Reul*) **230**

Armbrüster/Preuß/Renner (Hrsg.): BeurkG, DONot (*Bracker*) **231**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Verbot der Doppelvertretung bei „Stadt“ erteilter Grundstücksvollmacht (OLG München, Beschluss vom 28.8.2013, 34 Wx 223/13) **234**
mit Anmerkung *Grziwotz* **235**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Höhe der Überbaurente bei einer nachträglichen Teilung des Grundstücks (BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 199/12) **236**
3. Wohnungseingangstüren stehen im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer (BGH, Urteil vom 25.10.2013, V ZR 212/12) **238**
4. Vorrecht am Wohnungseigentum begründet kein dingliches Recht (BGH, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12) **239**
mit Anmerkung *Kreuzer* **242**
5. Aufhebung und Neubegründung von Sondernutzungsrechten (OLG München, Beschluss vom 4.2.2014, 34 Wx 434/13) **244**
6. Einseitige Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum (OLG München, Beschluss vom 11.11.2013, 34 Wx 335/13) **245**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

7. Rechtsbeschwerde – Volladoption bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Verwandtschaft zur leiblichen Mutter
(BGH, Beschluss vom 15.1.2014, XII ZB 443/13) **247**
8. Rechtlicher Vorteil für Minderjährige
(OLG Celle, Beschluss vom 7.11.2013, 4 W 186/13) **248**

Erbrecht

9. Herausgabe des Geschenks von einem Dritten bei einer den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkung
(BGH, Urteil vom 20.11.2013, IV ZR 54/13) **249**
10. Keine notarielle Beurkundung bei Begebung der Anfechtung eines Erbvertrags
(BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12) **253**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. Möglichkeit der Auslandsbeurkundung, sofern diese der deutschen gleichwertig ist
(BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13) **256**
12. Erforderlichkeit des Auskunftsverlangens des Aktionärs
(BGH, Beschluss vom 5.11.2013, II ZB 28/12) **259**
13. Eintragung eines vorsorglichen Haftungsausschlusses in das Handelsregister
(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 16.5.2013, 3 W 30/13) **265**

Internationales Privatrecht

14. Zum grundbuchrechtlichen Nachweis des Bestehens einer Errungenschaftsgemeinschaft zwischen Ehegatten nach dem Recht der Föderation von Bosnien und Herzegowina
(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.2.2013, 3 W 159/12) **267**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

15. Notwendigkeit des Eintritts des Zessionars einer Sicherungsgrundschuld in den zwischen dem Schuldner und dem Zedenten abgeschlossenen Sicherungsvertrag für das Vorgehen des Zessionars gegen den Schuldner aus einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung
(BGH, Urteil vom 14.6.2013, V ZR 148/12) **268**
mit Anmerkung *Everts* **270**
16. Anordnung der Teilungsversteigerung zur Auseinandersetzung des Vermögens einer gekündigten GbR
(BGH, Beschluss vom 16.5.2013, V ZB 198/12) **273**
mit Anmerkung *Ruhwinkel* **277**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

17. Beendigung eines Stellenbesetzungsverfahrens aus sachlichen Gründen durch zuständige öffentlichrechtliche Körperschaft
(BGH, Beschluss vom 25.11.2013, NotZ [Brfg] 9/13) **278**
18. Zur wirksamen Beurkundung eines Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichts
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.7.2013, I-7 U 170/12) **281**
mit Anmerkung *Winkler* **283**

Kostenrecht

19. Anwendung der Kostenordnung auf Grundbucheintragungen im Übergangszeitraum
(OLG Dresden, Beschluss vom 9.10.2013, 17 W 996/13) **284**

Öffentliches Recht

20. Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs auf einen Sozialhilfeträger
(LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 12.12.2013, L 7 SO 4209/09) **285**

Steuerrecht

21. Bemessungsgrundlage bei Erwerb des erbbaurechtsbelasteten Grundstücks und des Erbbaurechts
(BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 30/11 [NV]) **289**
mit Anmerkung *Ihle* **290**

Standesnachrichten **293**

Sonstiges **III**

3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2014 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

AUFSÄTZE

Die Baubeschreibung in Bauträgerverträgen

Von Notar *Rainer Krick* und Notarassessor Dr. *Holger M. Sagmeister*, LL.M. (Yale), beide München

Nach Auffassung vieler Juristen handelt es sich bei der Baubeschreibung um eine bloße Auflistung der bei der Bauerrichtung zu verwendenden Materialien und Ausstattungselemente, also um ein Verzeichnis rein technischer Angaben, dem der Notar wenig Beachtung schenken müsse. Richtig an dieser Auffassung ist, dass der Notar keine Verantwortung für die bautechnischen Grundlagen trägt. Diesbezüglich ist er Laie und darf es auch sein. Andererseits sollte stets an die besondere Funktion jeder Baubeschreibung gedacht werden: Mit ihr und mit den zugehörigen Plänen definieren die Beteiligten die vertragliche Beschaffenheit des geschuldeten Bauwerks. Die Baubeschreibung bestimmt die Herstellungspflicht des Bauträgers und wird auf diese Weise Grundlage für die spätere Abnahmepflicht des Erwerbers und wesentliche Richtschnur für alle Haftungsansprüche infolge etwaiger Sachmängel. Angesichts dieser zentralen Bedeutung lohnt es sich auch für den Notar, zumindest einige wesentliche Punkte der Baubeschreibung einer eigenen Prüfung zu unterziehen. Nicht bei jedem Bauträger wird diese Prüfung unmittelbar Wohlwollen auslösen, nach dem Motto: „Jetzt mischt sich der Notar auch noch in Dinge ein, von denen er nichts versteht!“ Gelingt es allerdings bewusst zu machen, dass die meisten der vom Notar geprüften und ggf. korrigierten Punkte die Vertragssicherheit gerade auch im Interesse des Bauträgers verbessern, dann ändert sich diese kritische Haltung meist schnell. Der nachfolgende Beitrag soll daher zusammenfassen, auf was der mit einem Bauprojekt befasste Vertragsjurist in einer Baubeschreibung achten sollte.¹

I. Form

Die Baubeschreibung bedarf, sofern zugleich die Übertragung des Eigentums an Grundbesitz Vertragsgegenstand ist, der notariellen Beurkundung, § 311b Abs. 1 BGB. Die Baubeschreibung ist, auch wenn sie dem Bauträgervertrag als Anlage nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG beigefügt wird, zwingend vorzulesen (§ 8 BeurkG); beigefügte Pläne sind zur Durchsicht vorzulegen (§ 13 BeurkG). Die Baubeschreibung wird nicht von der Erleichterung des § 14 BeurkG erfasst, weil sie keinen bereits existierenden Bestand aufführt, sondern die Verpflichtung zu dessen Schaffung enthält.² Sie ist eben kein Inventar, sondern ein Leistungsverzeichnis. De lege ferenda wäre überlegenswert, die Baubeschreibung dennoch in den Kanon des § 14 BeurkG aufzunehmen.

Meist ist die Baubeschreibung in einer Grundlagenurkunde

oder in der Urkunde zur Teilungserklärung enthalten, auf die dann in den einzelnen Bauträgerverträgen nach § 13a BeurkG verwiesen werden kann. Die Grundlagenurkunde selbst darf zu diesem Zweck nicht nur beglaubigt, sondern muss zwingend beurkundet sein.³ Diese Verfahrensweise ist gerade bei größeren Bauvorhaben zweckmäßig: Sie entschlackt das Beurkundungsverfahren von umfangreichen bautechnischen Detailangaben und konzentriert es so auf das Wesentliche. Allerdings sollte der Notar darauf achten, dass den Vertragsparteien durch diese Form der Beurkundung nicht die Möglichkeit genommen wird, ein letztes Mal vor ihrer endgültigen Unterschrift die Vollständigkeit und Richtigkeit des zu vereinbarenden Leistungsverzeichnisses zu kontrollieren. Immer wieder lässt sich bei der Beurkundung von Bauträgerverträgen feststellen, dass erst in der Beurkundungsverhandlung selbst alle besonderen Ausstattungswünsche des Käufers vollständig und richtig erfasst werden. Durch die Bezugnahme

¹ Grundlegend zum Ganzen *Basty*, Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, und *Pause*, Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2011.

² Allg. Meinung, vgl. statt vieler *Basty*, a. a. O., Rdnr. 156.

³ Allg. Meinung, vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 18.7.2003, V ZR 431/02, MittBayNot 2004, 137.

nach § 13a BeurkG überhaupt nicht befreit wird der Notar von seiner Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG.⁴ Diese notarielle Belehrungspflicht beschränkt sich wie stets auf die für die Baubeschreibung relevanten Rechtsfragen.⁵ Außerdem gilt es im Hinblick auf § 17 Abs. 2a BeurkG noch Folgendes zu beachten: Da die Baubeschreibung eine wesentliche Grundlage des Bauträgervertrags darstellt, muss sie unter Geltung dieser Vorschrift vom Notar auch dann rechtzeitig ausgehändigt werden, wenn sie in einer Bezugsurkunde enthalten ist.

II. Rechtlicher Prüfungsmaßstab

Die Baubeschreibung als solche definiert den Vertragsgegenstand in tatsächlicher Hinsicht. In ihrem eigentlichen Inhalt finden sich daher keine Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.⁶ Dementsprechend unterliegt die Baubeschreibung selbst keiner AGB-Kontrolle, vgl. § 307 Abs. 3 BGB.⁷ Anders ist das nur für solche Klauseln, die den vertraglichen Hauptleistungsanspruch an sich einschränken oder modifizieren sollen.⁸

Hingegen gilt für die Baubeschreibung als leistungsbestimmendes Verzeichnis gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB i. V. m. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB das über die Anforderungen des § 17 BeurkG hinausgehende Transparenzgebot, also das Gebot, vertragliche Regelungen insgesamt und im Einzelnen klar, verständlich und bestimmt zu fassen. Im Rahmen des Möglichen⁹ muss daher auch die Baubeschreibung in einer Weise ausgestaltet und formuliert sein, dass sie für den Erwerber durchschaubar und möglichst klar ist. Sie muss außerdem richtig und so bestimmt abgefasst werden, dass der Erwerber seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen kann.¹⁰ Auch dürfen die in der Baubeschreibung verwendeten Klauseln nicht überraschend sein, vgl. § 305c BGB.¹¹

Zugegebenermaßen erscheinen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des Transparenzgebotes selbst nicht unbedingt transparent. Dies ist umso misslicher, als Verstöße gegen dieses Gebot zur Unwirksamkeit der intransparenten bzw. überraschenden Klausel führen. Die entstehende Lücke ist in der Folge durch Auslegung zu schließen.¹² Maßgebendes Kriterium dieser Auslegung ist die Beschaffenheit, welche nach der vom Erwerber vertraglich vorausgesetzten, hilfsweise nach der gewöhnlichen Verwendung des geschuldeten Bauwerks zu erwarten war. In der Praxis führt diese Auslegung eher selten zu völlig eindeutigen Ergebnissen. Die Nachteile verbleibender Zweifel treffen in vollem Umfang den Bauträger. Im Klartext: Er schuldet dem Erwerber innerhalb des möglichen Spektrums der Auslegung den höchsten Baustandard.¹³

Umso wichtiger erscheint es also, den Anforderungen der Rechtsprechung an eine transparente Baubeschreibung mög-

lichst gerecht zu werden. Daher ist es auch für den Notar nützlich, zumindest zwei wesentliche allgemeine Gesichtspunkte jeder gerichtlichen Prüfung des Transparenzgebotes zu kennen: Zum einen dürfen dem Verwender in der Baubeschreibung keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume eingeräumt werden. Zum zweiten muss die Baubeschreibung den Erwerber über die zu vereinbarenden Bauleistungen in einer Weise informieren, die es ihm ermöglicht, eine sachlich hinreichend fundierte Kaufentscheidung zu treffen.

Für die praktische Arbeit noch nützlicher ist es freilich, einige besonders einprägsame Beispiele für intransparente oder überraschende Klauseln zu kennen.

Solche Beispiele für intransparente oder überraschende Klauseln sind:

- Bezugnahme auf Eurocodes oder DIN-Normen, die nicht mehr den aktuellen Regeln der Technik entsprechen (zum Beispiel beim Schall- oder Wärmeschutz), ohne dies ausdrücklich klarzustellen. Abweichungen von den aktuellen Regeln der Technik sollten überdies stets in die Haupturkunde aufgenommen werden.¹⁴
- Generell problematisch ist der bloße Verweis auf Eurocodes bzw. DIN-Normen (oder vergleichbare Vorschriften), die dem Käufer unbekannt sind. Wenn nicht – was meist die bessere Alternative sein dürfte – gänzlich auf derartige Verweisungen verzichtet werden soll, empfiehlt es sich zumindest, den wesentlichen Inhalt des Eurocodes bzw. der DIN-Norm im Vertragstext kurz zu umreißen (siehe auch Abschnitt IV. 2.).¹⁵ Ähnliches wird mittlerweile auch im Hinblick auf gesetzliche Bestimmungen geraten.¹⁶ Letzteres ist jedoch deshalb abzulehnen, weil gesetzliche Bestimmungen, anders als technische Richtlinien, auch durch Verbraucher kostenfrei und jederzeit im Internet abgerufen werden können. Eine kurze Beschreibung der jeweiligen Gesetzesnorm kann gleichwohl nicht schaden.
- Benutzung von Fachbegriffen, die der Laie nicht verstehen kann und auch nicht verstehen muss (zum Beispiel Verwendung des Begriffs Rohplanie, ohne deutlich zu machen, dass zur Rohplanie der Außenanlagen nicht die Humusierung des Grundstücks gehört).¹⁷
- Vorlage von Plänen, die ohne Legende für einen Durchschnittskäufer nicht verständlich sind.

III. Umfang

1. Bestimmtheit

Ob eine Baubeschreibung kurz oder lang sein muss, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Jedenfalls muss die Baubeschreibung die geschuldete Bauleistung sowie die vereinbarte Ausstattung bestimmt genug bezeichnen. Unklare oder unverbindliche Aussagen sind zu vermeiden. Beispiele für unbestimmte und daher unzureichende Beschreibungen sind:

- Dach „Holzkonstruktion“
- Außenhaut „Glasfassade“
- Einbauküche (ohne nähere Beschreibung)
- Im Außenbereich erfolgt eine „Bepflanzung“ (ohne nähere Beschreibung).

⁴ So auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 159; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 123.

⁵ So auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 873; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 456.

⁶ Schon aus diesem Grund sollte bei der Gestaltung jeder Baubeschreibung auf die saubere Trennung von tatsächlichen und rechtlichen Inhalten geachtet werden; siehe hierzu auch Abschn. III. 5.

⁷ Vgl. *Basty*, a. a. O., Rdnr. 852.

⁸ Allg. Meinung, vgl. statt vieler *Basty*, a. a. O., Rdnr. 852.

⁹ BGH, Urteil vom 3.6.1998, VIII ZR 317/97, NJW 1998, 3114.

¹⁰ Vgl. *Basty*, a. a. O., Rdnr. 835.

¹¹ Vgl. *Pause*, a. a. O., Rdnr. 452 ff.

¹² Siehe hierzu auch Abschn. III. 3.

¹³ *Hertel*, DNotZ 2002, 6 ff., 13.

¹⁴ So auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 839.

¹⁵ Vgl. hierzu *Grziwotz*, MittBayNot 2004, 355; krit. *Basty*, a. a. O., Rdnr. 839.

¹⁶ Vgl. *Basty*, a. a. O., Rdnr. 840.

¹⁷ Beispiel nach *Pause*, a. a. O., Rdnr. 454.

Auch Sonderwünsche des Erwerbers müssen festgehalten werden, sofern diese zum Zeitpunkt der Beurkundung schon feststehen und daher Vertragsgrundlage sind.¹⁸

Eine Baubeschreibung ist auch dann in den Bauträgervertrag aufzunehmen, wenn das Gebäude bereits fertiggestellt ist,¹⁹ Vertragsgegenstand aber nicht der Ist-Zustand, sondern der von der Baubeschreibung dargestellte Soll-Zustand sein soll.²⁰ Andererseits wäre es wiederum unzulässig, durch eine pauschale Vereinbarung des bereits existierenden Ist-Zustandes als vertraglich geschuldeter Beschaffenheit eine indirekte Haftungsbeschränkung erreichen zu wollen (zum Beispiel „geschuldet ist die Elektroinstallation wie durchgeführt“). Dem stünde § 308 BGB entgegen.

Nach vereinzelt gebliebener Ansicht sei bei Neubauten generell eine Baubeschreibung beizufügen, weil sich die Eigenschaften des Gebäudes für den Erwerber selbst bei einer Besichtigung nicht ausreichend erkennen ließen.²¹ Dieser Ansicht kann jedoch genauso wenig gefolgt werden wie der teilweise vertretenen Auffassung, die für Bauträgerverträge übliche Kurzbaubeschreibung sei unwirksam, weil sie die geschuldete Werkleistung nicht umfassend darstelle.²² Es gibt keine Vorschrift, die von einer Baubeschreibung einen bestimmten Detailgrad verlangt. Geschuldet ist im Zweifel ein Werk, das sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann, vgl. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB. Alle Zweifel und Lücken gehen jedoch auch hier zulasten des Bauträgers. Eine Baubeschreibung, die das versprochene Werk wenigstens in Grundzügen darstellt, ist also dem Grunde nach ausreichend, gerade für den Bauträger aber wenig ratsam.

Grundsätzlich zulässig ist es, in die Baubeschreibung Leistungsbestimmungsrechte gemäß §§ 315 ff. BGB aufzunehmen.²³ Solche Rechte können Dritten eingeräumt werden (zum Beispiel „Gartengestaltung nach Maßgabe des Architekturbüros“), aber auch durchaus dem Erwerber oder dem Bauträger selbst. Vorausgesetzt sind Vereinbarungen über die Tatsache, dass eine weitere Konkretisierung der Leistung zu erfolgen hat, und über die Person des Bestimmungsberechtigten. Erhalten bleiben muss in jedem Fall die Bestimmbarkeit der geschuldeten Leistung. Hierfür wird wenigstens eine, wenn auch durchaus großzügige rahmenmäßige Festlegung zu fordern sein.²⁴ Für alle Bauleistungen, bei denen aus tatsächlichen Gründen von vornherein eine weitere Konkretisierung erforderlich ist (zum Beispiel Leitungsverlauf, Lage von Heizkörpern, von Schaltern und Steckdosen), dürften besondere Festlegungen weitestgehend entbehrlich sein. Die Bin-

dung des Leistungsbestimmungsrechtes an das billige Ermessen des Bestimmungsberechtigten gemäß § 315 Abs. 3 BGB wird hier genügen. Die Leistungsbestimmung durch den Bauträger erfolgt in der Praxis regelmäßig konkludent mit der Aufforderung des Bauträgers an den Käufer auf Abnahme der Bauleistung. Diese Aufforderung kann nur so verstanden werden, dass der Bauträger das abzunehmende Werk auch als das geschuldete erachtet.

2. Verweise

Dokumente, auf die in der Baubeschreibung verwiesen wird, sind im Grundsatz mit zu beurkunden. Sollen die vom Bauträger zu erbringenden Bauleistungen beispielsweise Standards erfüllen, zu deren Einhaltung sich der Erwerber im Rahmen eines bereits vor Bauerrichtung geschlossenen Mietvertrages seinem Mieter gegenüber verpflichtet hat, so sind diese Standards in die Urkunde über den Bauträgervertrag zu übernehmen. Zugleich sollte auf eine vollständige Harmonisierung der definierten Standards geachtet werden.

„Der Bauträger garantiert, dass die von ihm gemäß mitverlesener Baubeschreibung und vorgelegten Bauplänen geschuldeten Bauleistungen alle Vorgaben erfüllen, die der Erwerber seinerseits im Mietvertrag vom ... mit dem Mieter vereinbart hat.“

Verweist die Baubeschreibung auf ein Gutachten, ist richtigerweise zu unterscheiden: Wird aufgrund des Gutachtens eine bestimmte Bauausführung zwingend geschuldet (zum Beispiel „Bauausführung gemäß Gutachten ...“), so muss das Gutachten in den maßgeblichen Punkten mitbeurkundet werden. Will das Gutachten demgegenüber nur Tatsachen mitteilen, die der Bauträger bei der Bauausführung zu beachten hat (zum Beispiel „das Bodengutachten ist zu beachten ...“), dann besteht nach Auffassung der Rechtsprechung für das Gutachten als solches kein Beurkundungszwang.²⁵ Ein ähnliches Problem stellt sich, wenn in der Baubeschreibung auf Angebote Dritter Bezug genommen wird (zum Beispiel „gemäß Angebot der Firma ...“). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH müsse das Angebot nicht mitbeurkundet werden, wenn und weil die Leistung auch ohne die Mitbeurkundung klar bestimmbar sei.²⁶ Fraglich ist weiter, ob bei Verweisen auf Eurocodes bzw. DIN-Vorschriften oder ähnliche Bestimmungen (zum Beispiel VDI-Richtlinien, VDE-Bestimmungen, Herstellerrichtlinien o. ä.), diese nicht stets mitbeurkundet werden müssten. Nach ganz herrschender Meinung müssen jedoch Regelwerke, die ähnlich anerkannt und weit verbreitet sind wie Gesetze, zur wirksamen Einbeziehung in den Vertrag nicht eigens verlesen werden. Eine einfache Bezugnahme reicht danach aus.²⁷ Generell gilt, dass es auch im Rahmen eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts möglich ist, auf „von den Beteiligten übereinstimmend angenommene Umstände und Begriffsdeutungen Bezug zu nehmen und zu verweisen, ohne dass der Inhalt dieser gemeinsamen Annahme oder dieses gemeinsamen Verständnisses Inhalt der notariellen Urkunde werden muss.“²⁸ Anders ist dies allerdings bei den Vereinbarungen der Verdingungsordnung für

¹⁸ Vgl. zu Sonderwünschen auch *Heilingner*, NJW 2012, 2778; *Weigl*, MittBayNot 1996, 10 ff.

¹⁹ A. A. wohl *Brambring*, DNotZ 1980, 281, 288; *Stauf*, RNotZ 2001, 129, 136 f.

²⁰ Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn der Bauträger mit den Soll-Bestandteilen erworben hat; vgl. hierzu auch *Pause*, a. a. O., Rdnr. 93.

²¹ So *Thode*, ZNotP 2005, 162, 168.

²² So statt einiger *Hertel*, DNotZ 2002, 6, 11 ff.; *ders.*, ZNotP 2002, 4, 11; *Riemenschneider* in *Grziwotz/Koebke* (Hrsg.), Bauträgerrecht, 1. Aufl. 2004, Rdnr. 314.

²³ Nicht einfach ist die Abgrenzung zum Änderungsvorbehalt gemäß § 308 Nr. 4 BGB; die dortigen Einschränkungen gelten aber auch für Leistungsbestimmungsrechte, soweit diese in das vertragliche Äquivalenzverhältnis eingreifen; siehe hierzu *Basty*, a. a. O., Rdnr. 851.

²⁴ So statt einiger *Hertel*, DNotZ 2002, 6, 11 ff.; *ders.*, ZNotP 2002, 4, 11; *Riemenschneider* in *Grziwotz/Koebke* (Hrsg.), Bauträgerrecht, 1. Aufl. 2004, Rdnr. 314.

²⁵ BGH, Urteil vom 14.3.2003, V ZR 278/01, DNotZ 2003, 698; BGH, Urteil vom 30.10.2003, III ZR 32/00, BauR 2004, 672; so wohl auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 154; krit. *Pause*, a. a. O., Rdnr. 95.

²⁶ BGH, Urteil vom 20.12.1974, V ZR 132/73, NJW 1975, 536; *Basty*, a. a. O., Rdnr. 867.

²⁷ Vgl. statt vieler MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2012, § 311b Rdnr. 62; *Stauf*, RNotZ 2001, 129, 139; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, Beurkundungsrecht, § 9 Rdnr. 16.

²⁸ So völlig richtig *Hermanns*, DNotZ 2013, 9, 18.

Bauleistungen (kurz VOB, Teil B und C),²⁹ weil der BGH³⁰ die VOB regelmäßig als allgemeine Geschäftsbedingungen behandelt und die Einbeziehung von AGBs durch bloßen Hinweis gegenüber nicht im Baugewerbe Tätigen generell und zu Recht nicht genügen lässt.³¹

Zu klären bleibt schließlich die Zulässigkeit, wenn in der Baubeschreibung auf Pläne Bezug genommen werden soll. Gemäß § 13a Abs. 4 BeurkG kann ohne Weiteres auf Bebauungs-, Flächennutzungs- oder ähnliche Pläne einer öffentlichen Stelle verwiesen werden. Bloße Planentwürfe und Pläne nichtamtlicher Stellen müssen dagegen grundsätzlich nach § 9 Abs. 1 Satz 3 BeurkG mitbeurkundet werden.³² Enthält die Baubeschreibung eine Klausel des Musters „Elektro gemäß Installationsplan“ oder „Außenanlagen gemäß Freiflächengestaltungsplan“, so muss differenziert werden: Ist der entsprechende Plan im Zeitpunkt der Beurkundung bereits erstellt, muss er zwingend mitbeurkundet werden. Liegt er noch nicht vor, stellt die fragliche Klausel hingegen nur ein zulässiges Leistungsbestimmungsrecht dar.³³ Zutreffender sollte dann aber wie folgt formuliert werden:

„Die Elektroinstallation ist gemäß noch zu erstellendem Elektroinstallationsplan der Firma ... auszuführen.“

3. Lücken in der Baubeschreibung

Lücken in der Baubeschreibung müssen zunächst durch eine sachgerechte Auslegung gefüllt werden;³⁴ im Übrigen gehen Lücken zulasten des Unternehmers (vgl. § 306 BGB).³⁵ Zudem gilt: Es sind auch die Leistungen geschuldet, die zwar in der Baubeschreibung fehlen, aber für den funktionalen Werkerfolg erforderlich sind; es muss also alles das erbracht werden, was notwendig ist, um das Objekt so herzustellen, dass es den baurechtlichen Anforderungen sowie der zweckten Verwendung genügt.³⁶ Bei einem Bauträgervertrag wird grundsätzlich eine schlüsselfertige Errichtung geschuldet (zu diesem Begriff siehe auch nachfolgend unter Abschnitt IV. 3.).³⁷ Will man hiervon abweichen, muss eine ausdrückliche Klarstellung erfolgen. Um sich nicht dem Vorwurf der überraschenden Klausel auszusetzen, sollte eine solche Klarstellung immer in den vorzulesenden Hauptvertrag aufgenommen werden (zum Beispiel: „Es wird ausdrücklich klarstellt, dass die Abfuhr des Bodenaushubs nicht vom Vertrag umfasst ist.“). Solche Leistungsausschlüsse kommen vor allem dann in Betracht, wenn der Käufer die Tätigkeiten in Eigenleistung erbringen will, um sich Kosten zu sparen.

²⁹ Im Unternehmensvertrag kann dagegen auf die VOBs verwiesen werden, vgl. statt vieler *Stauf*, RNotZ 2001, 129, 138 f. m. w. N.

³⁰ BGH, Urteil vom 16.12.1982, VII ZR 92/82, NJW 1983, 816.

³¹ So auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3122.

³² Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.2.1990, 13 U 101/88, DNotZ 1990, 422; BeckOK-BeurkG/Litzenburger, Stand 1.2.2014, § 13a BeurkG Rdnr. 5.

³³ Siehe hierzu Abschn. III. 1.

³⁴ BayObLG, Beschluss vom 24.11.1994, 2 Z BR 110/94, ZMR 1995, 87 (Verlegung von Abwasserrohren).

³⁵ Vgl. *Roquette*, NZBau 2001, 57; *Basty*, a. a. O., Rdnr. 885; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 453.

³⁶ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 24.11.1992, 24 U 169/91, NJW-RR 1993, 594 (Rückstauventil); OLG Hamm, Urteil vom 2.11.1995, 17 U 57/95, NJW-RR 1996, 977 (Abfuhr des Bodenaushubs); *Basty*, a. a. O., Rdnr. 884.

³⁷ Vgl. *Pause*, a. a. O., Rdnr. 444.

4. Widersprüche zwischen Baubeschreibung und Plan

Pläne und Baubeschreibungen stehen in keiner bestimmten Rangfolge zueinander. Tritt ein Widerspruch auf, so ist dieser durch Auslegung aufzulösen. Es gilt daher das Gleiche wie für Vertragslücken. Nach der Rechtsprechung des BGH ist für die Auslegung diejenige Vertragsvereinbarung maßgeblich, welche die jeweilige Bauleistung konkreter beschreibt.³⁸ Häufig werden zur Vermeidung von Widersprüchen Vertragsklauseln empfohlen, wonach der Baubeschreibung Vorrang vor den Plänen eingeräumt sein soll.³⁹

„Die Vereinbarungen in dem heutigen Kaufvertrag gehen der Baubeschreibung, die Baubeschreibung geht den Bauplänen vor.“

Angesichts der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von Plänen und Baubeschreibung bleiben allerdings Zweifel, ob solche Rangklauseln tatsächlich zuverlässig alle möglichen Widersprüche in transparenter und daher wirksamer Weise auflösen können.⁴⁰ Da sich einmal mehr alle Widersprüche und Unklarheiten zulasten des Bauträgers auswirken, liegt es vor allem in seinem Interessen, Widersprüche zwischen Baubeschreibungen und Plänen zu vermeiden.

5. Keine rechtlichen Ausführungen

Nochmals deutlich hervorzuheben ist, dass die Baubeschreibung ausschließlich eine Auflistung der beim Bau zu verwendenden Materialien und versprochenen Ausstattungselemente enthalten soll; rechtliche Ausführungen sind in der Baubeschreibung möglichst zu unterlassen (zum Beispiel Änderungsvorbehalte, Abweichungsmöglichkeiten bei der Wohnfläche, Hinweise zur Gewährleistung). Diese gehören in die Haupturkunde.⁴¹

Auch der geschuldete Qualitätsstandard sollte in der Haupturkunde festgelegt werden. Da der Bauunternehmer nach § 640 BGB grundsätzlich die Leistung schuldet, die den anerkannten Regeln der Technik – nicht zu verwechseln mit dem Begriff „Stand der Technik“⁴² – zum Zeitpunkt der Abnahme entspricht,⁴³ sollte dieser Zeitpunkt in der Haupturkunde in sachgerechter und transparenter Weise auf den Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung vorverlegt werden. Gleiches kann für die Regelung der anzuwendenden EnEV gelten, sofern man nicht wegen der frühzeitigen Vorhersehbarkeit der in diesem Bereich eintretenden Änderungen strengere Anforderungen gelten lassen will.

„Der Veräußerer verpflichtet sich, nur normgerechte Baustoffe zu verwenden und das Bauvorhaben nach den anerkannten Regeln der Bautechnik zum Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung und technisch einwandfrei zu errichten.“

³⁸ BGH, Urteil vom 5.12.2002, VII ZR 342/01, NJW 2003, 743; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 449.

³⁹ So *Pause*, a. a. O., Rdnr. 448; siehe hierzu auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 860 m. w. N.

⁴⁰ Krit. *Basty*, a. a. O., Rdnr. 862.

⁴¹ So auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 159, 853.

⁴² Unter dem Begriff der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ versteht man den Standard, der unter Fachleuten allgemein anerkannt ist und sich in der Praxis durchgesetzt hat (so bereits RG, Urteil vom 11.10.1910, IV 644/10, RGSt 44, 75, 78 f., vgl. hierzu *Ziegler*, ZfBR 2009, 316); unter dem Begriff „Stand der Technik“ versteht man das aktuell höchstmögliche technische Niveau, das, außer es ist anders vereinbart, nicht erwartet werden kann, vgl. zum Ganzen instruktiv *Seibel*, NJW 2013, 3000.

⁴³ Allg. Meinung, vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 14.5.1998, NJW 1998, 2814; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 656 m. w. N.

Änderungen der anerkannten Regeln der Bautechnik nach Erteilung der Baugenehmigung braucht der Veräußerer nicht zu berücksichtigen, auch nicht heute bereits angekündigte. Entsprechendes gilt für Gesetzesänderungen, es sei denn, das Gesetz ist zwingend anzuwenden. Bezüglich der Wärmedämmung wird der Standard EnEV 2009 geschuldet.“

Soll von den anerkannten Regeln der Technik oder vom zu erwartenden Leistungsumfang abgewichen werden (sog. Negativklauseln, zum Beispiel Abweichungen von DIN-Normen, Herausnahme von Leistungen), so muss dies eindeutig formuliert werden. Solche Negativklauseln seien nach teilweise vertretender Auffassung nur begrenzt zulässig. Die Herausnahme von Leistungen, die für die versprochene Baumaßnahme zwingend sind, könne gegen § 307 BGB verstoßen.⁴⁴ Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Den Umfang der Leistung bestimmen alleine die Parteien; die §§ 307 ff. BGB sind, wie vorstehend aufgezeigt, insoweit nicht anwendbar. Jede Beschränkung des üblicherweise zu erwartenden Leistungsumfangs muss allerdings in transparenter und nicht überraschender Weise vereinbart sein (zum Beispiel zusätzliche Kosten für den Bauaushub,⁴⁵ Beschränkung des Innenausbaus o. ä., vgl. § 307 Abs. 3 BGB bzw. § 305c BGB).⁴⁶ Aus diesem Grund empfiehlt es sich, auch diese Abweichungen nicht in die Baubeschreibung, sondern ausdrücklich in die Haupturkunde mitaufzunehmen.

Auch Sonderwünsche sollten aus Gründen der Transparenz nicht in der allgemeinen Baubeschreibung versteckt, sondern entweder direkt im Bauträgervertrag oder in einem eigenen Unterpunkt der Baubeschreibung aufgeführt werden.⁴⁷

IV. Einzelne Klauseln

1. Allgemeine Angabe und Anpreisungen

Die Baubeschreibung soll präzise gefasst sein. Allgemeine Angaben oder Werbeaussagen („Luxuswohnung“, „genügend höchsten Ansprüchen“, „besonders ruhig“) oder Anpreisungen („hochwertige/exklusive Einrichtung“) sind zu vermeiden. Meist sind diese Aussagen zwar zu unbestimmt, als dass auf ihrer Basis eine konkrete Ausstattung verlangt werden könnte. Sie spielen jedoch bei einer notwendig werdenden Vertragsauslegung durchaus ihre Rolle, auch hier zulasten des Bauträgers.⁴⁸ In Ausnahmefällen können solche Anpreisungen sogar dazu führen, dass die verbauten Materialien oder die gelieferten Ausstattungselemente schon im Ansatz nicht dem angepriesenen Niveau entsprechen und damit mangelhaft sind. Wird beispielsweise ein „großzügiger“ Privatgarten versprochen, führt ein nur 50 cm breiter Abstand zwischen Wohnhaus und Nachbargarage zu einem Mangel.⁴⁹ Gleiches gilt, wenn eine Wohnung als „besonders ruhig“⁵⁰ angepriesen wird, der geschuldete Schallschutz dann aber auch nur gering-

fällig unterschritten wird.⁵¹ Vorsichtig sollte man auch mit Versprechungen sein, es würden nur „umweltfreundliche“ Baustoffe verwendet.⁵²

Zurückhaltung geboten ist schließlich beim Einzeichnen von Gegenständen in Baupläne. Mag der Erwerber noch ohne Weiteres verstehen, dass in Plänen abgebildete Autos oder Fernseher nicht mitverkauft sind, kann dies bereits bei einer Küche oder Sauna fraglich sein. Völlig unklar ist, ob eingezeichnete Briefkästen oder Radständer mitverkauft sind.⁵³ Hierzu sollte im Bauträgervertrag eine Klarstellung erfolgen. Bei eingezeichneten Sanitäreinrichtungen (zum Beispiel Bidet, Dusche) wird der Erwerber davon ausgehen dürfen, dass diese auch tatsächlich geschuldet sind.

„1. In den Bauplänen eingezeichnete Einrichtungsgegenstände sind nicht Vertragsgegenstand, sofern in der Baubeschreibung nicht etwas anderes bestimmt ist.

2. Folgende Anlagen werden angemietet, sind also nicht mitverkauft: (Zum Beispiel Rauchmelder o. ä.)“

2. „Altersgerecht“, „behindertengerecht“

Wird ein Objekt für „Betreutes Wohnen“, als „Seniorenresidenz“ oder „altersgerecht“ errichtet, kann grundsätzlich noch nicht davon ausgegangen werden, dass die umfangreichen Erfordernisse der DIN 18025 geschuldet sind.⁵⁴ Anders wird man wohl entscheiden müssen, wenn bei dem Vertragsobjekt sogar mit einem „behindertengerechten“, „rollstuhlgerechten“⁵⁵ oder „barrierefreien“ Standard geworben wird.⁵⁶ Gleichwohl wird man aber bei einer „Seniorenresidenz“ wenigstens erwarten können, dass Übergänge weitestgehend stufenlos geplant sind.

3. „Schlüsselfertig“

Mit dem Begriff „schlüsselfertig“ soll dargelegt werden, dass die uneingeschränkte Bezugsfertigkeit geschuldet ist.⁵⁷ Eine Aussage über die Qualität der Arbeiten wird mit diesem Terminus nicht getroffen. Auf der Grundlage des Begriffs „schlüsselfertig“ kann sich durch Auslegung ergeben, dass bestimmte Leistungen (wie beispielsweise Bodenbeläge oder Malerarbeiten) geschuldet sind, selbst wenn sie in der Baubeschreibung nicht ausdrücklich aufgeführt werden.⁵⁸ Aus diesem Grund hat der Bauträger, sofern nicht in hinreichend transparenter Weise anderes vereinbart ist, auch die Kosten

⁴⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 21.7.1998, NJW-RR 1998, 1715; Pause, a. a. O., Rdnr. 445, mit einer Liste, was beim schlüsselfertigen Bauen geschuldet ist.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 29.9.1983, VII ZR 225/82, NJW 1984, 171; OLG Hamm, Urteil vom 2.11.1995, 17 U 57/95, NJW-RR 1996, 977.

⁴⁶ So auch Pause, a. a. O., Rdnr. 452.

⁴⁷ So auch Pause, a. a. O., Rdnr. 124.

⁴⁸ Basty, a. a. O., Rdnr. 855.

⁴⁹ Vgl. OLG München, Urteil vom 15.3.2011, 9 U 4665/10, IBR 2011, 338; vgl. hierzu auch Basty, a. a. O., Rdnr. 854.

⁵⁰ Nach Ansicht des OLG Celle gilt dies bereits dann, wenn eine Wohnung als „Luxuswohnung“ angepriesen und verkauft wird, vgl. OLG Celle, Urteil vom 10.5.2007, 5 U 164/04, NJOZ 2008, 1556.

⁵¹ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.12.2005, 9 U 51/05, NJOZ 2006, 1912.

⁵² Das OLG Bamberg, Urteil vom 6.10.1999, NJW-RR 2000, 97, legte den Begriff zum Glück des Bauträgers dahingehend aus, dass gesundheitlich unbedenkliche Baustoffe zu verwenden seien. Schadstoffausstöße, die gesundheitlich unbedenklich sind, seien zulässig. Vgl. hierzu Pause, a. a. O., Rdnr. 653.

⁵³ So auch Basty, a. a. O., Rdnr. 854; Pause, a. a. O., Rdnr. 446.

⁵⁴ Vgl. hierzu ausführlich Pause, a. a. O., Rdnr. 665 m. w. N.; strikter OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.2009, 23 U 11/08, IBR 2010, 274; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.5.2009, 4 U 160/08, BeckRS 2012, 19590; Basty, a. a. O., Rdnr. 857.

⁵⁵ OLG Hamm, Urteil vom 16.12.2003, 21 U 102/03, NJOZ 2004, 1479.

⁵⁶ So auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.2009, BauR 2010, 1594; vgl. hierzu ausführlich Pause, a. a. O., Rdnr. 665 m. w. N.

⁵⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.8.1995, 22 U 256/93, BauR 1996, 396; vgl. zum Begriff Basty, a. a. O., Rdnr. 858; Pause, a. a. O., Rdnr. 32, 444.

⁵⁸ OLG Nürnberg, Urteil vom 11.2.1999, 2 U 3110/98, IBR 2000, 487; Basty, a. a. O., Rdnr. 858.

für die Gebäudeeinmessung⁵⁹ oder die Kanaldichtigkeitsprüfung⁶⁰ zu tragen.

Selbst wenn der Begriff „schlüsselfertig“ nicht im Bauträgervertrag genannt wird, ist bei Bauträgerverträgen regelmäßig eine schlüsselfertige Errichtung geschuldet.⁶¹ Leistungen, die nicht erbracht werden sollen, insbesondere weil der Erwerber diese selbst erbringen will, sind ausdrücklich aus dem Leistungsumfang herauszunehmen.

4. „Umfassende Modernisierung“, „Kernsanierung“

Wird bei einem Altbauvorhaben eine „umfassende Modernisierung“ oder eine „Kernsanierung“ versprochen, sind in der Regel auch Maßnahmen geschuldet, die zwar nicht in der Baubeschreibung aufgeführt sind, aber bei solchen Objekten in aller Regel erwartet werden können (zum Beispiel gute Wärmedämmung; aktueller Trittschallschutz⁶² o. ä.).⁶³ Auch ist zu berücksichtigen, dass der Bauträger in diesen Fällen nicht nur für die ausgeführten Arbeiten, sondern auch für den Altbestand nach Werkvertragsrecht haftet.⁶⁴

5. „Gemäß Bemusterung“

Mit der Formulierung „gemäß Bemusterung“ soll nur klargestellt werden, dass der Erwerber das Muster der jeweiligen Ausstattung noch zu einem späteren Zeitpunkt zu bestimmen hat. Hat die Bemusterung bei Vertragsschluss schon stattgefunden, ist die getroffene Auswahlentscheidung konkret zu beurkunden.⁶⁵

6. Preisangaben

Regelmäßig wird in Baubeschreibungen der Preis für einzelne Ausstattungselemente angegeben (zum Beispiel bei Fliesen „x €/m² zzgl. USt.“). Unklar bleibt dabei oft, ob sich diese Preisangabe auf den Einkaufspreis, oder – naheliegender – auf den Preis für den Endkunden bezieht. Weiter bleibt meist unklar, ob hier der Preis eines beliebigen Herstellers oder – naheliegender – des Lieferanten des Bauträgers gemeint ist. Um spätere Streitigkeiten zu vermeiden, sollten diese Bezugspunkte kurz klargestellt werden.⁶⁶

7. „Oder gleichwertig“

Der Zusatz „oder gleichwertig“ findet sich häufig dann, wenn in der Baubeschreibung Markennamen angegeben werden (zum Beispiel „Toilette der Marke Villeroy & Boch oder gleichwertig“). Der Zusatz ist wirksam, solange er nicht als Änderungsvorbehalt qualifiziert werden muss. Als Änderungsvorbehalt würde eine derartige Klausel nämlich regelmäßig gegen § 308 Nr. 4 BGB verstoßen. Der Zusatz „oder gleichwertig“ ist daher nur dann zulässig, wenn der in Bezug genommene Markenname lediglich die Merkmale der jeweiligen Ausstattung umschreibt, nicht aber das konkret zu lie-

fernde Produkt definieren soll. Die Bauausführung muss in derartigen Fällen in Preis und Qualität zumindest der angegebenen Marke entsprechen.⁶⁷ Ist dagegen tatsächlich die konkrete Ausstattung der genannten Marke geschuldet, weil der Käufer ersichtlich gerade auf diese Marke besonderen Wert legt, verbietet sich der Zusatz „oder gleichwertig“. Letzteres wird insbesondere bei Sonderwünschen des Käufers sehr oft der Fall sein. *Basty* schlägt zu Recht vor, den Zusatz „oder gleichwertig“ ganz zu vermeiden und stattdessen das eigentlich Gewollte durch folgende Formulierung zum Ausdruck zu bringen:⁶⁸

„Die Sanitärausstattung wird entsprechend der Merkmale der Serie ... der Firma ... geschuldet“.

8. „Soweit erforderlich“

Nicht selten liest man in Baubeschreibungen von Maßnahmen, die nur ausgeführt werden sollen, wenn und soweit diese „erforderlich sind“. Solche Klauseln sind zwar zulässig,⁶⁹ aber überflüssig. Ist die Maßnahme aus baurechtlichen oder bautechnischen Gründen erforderlich oder kann der mit dem Objekt verfolgte Zweck nicht ohne die Maßnahme erreicht werden, so gilt die Leistung nach dem funktionalen Beschaffenheitsbegriff selbst dann als geschuldet, wenn sie in der Baubeschreibung gar nicht aufgeführt ist.⁷⁰ Umgekehrt besteht bei solchen Klauseln für den Bauträger sogar die Gefahr, dass der Begriff der Erforderlichkeit nicht mehr nur objektiv (= baurechtliche bzw. bautechnische Erforderlichkeit), sondern subjektiv (entsprechend der Bedürfnisse des jeweiligen Erwerbers) ausgelegt wird. Letzteres könnte dazu führen, dass der Erwerber Bauleistungen verlangen kann, die weder baurechtlich noch bautechnisch erforderlich sind. Eine Klarstellung in der Baubeschreibung ist dementsprechend sinnvoll.⁷¹

9. Allgemeine Pflegehinweise

Baubeschreibungen enthalten seit geraumer Zeit regelmäßig allgemeine Pflegehinweise oder Verhaltensratschläge, beispielsweise:

„Nach Erstbezug muss aufgrund der im Bauwerk enthaltenen Baufeuchte auf Folgendes geachtet werden: Richtiges Lüften durch mehrmals tägliche Stoßlüftung und Querlüftung ist erforderlich. Die relative Luftfeuchtigkeit sollte dabei mittels Hygrometer überprüft werden und nicht mehr als 55 % betragen.“

Auch wenn die Bewohner nicht anwesend sind, sollte in der Heizperiode die Wohnung nicht unter 19°C auskühlen. Möbel sollten möglichst im Abstand von ca. 5 cm von der Außenwand entfernt aufgestellt werden, damit die Raumluft ungehindert hinter den Möbelstücken zirkulieren kann.“

Streitig ist zunächst, ob der Bauträger auf den erhöhten Heizungs- und Lüftungsbedarf überhaupt hinweisen muss oder ob dieser als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann.⁷² Sicherheitshalber ist dem Bauträger jedoch zu raten, dem

⁵⁹ Vgl. DNotI-Report 1996, 57.

⁶⁰ Vgl. hierzu *Schmittat*, RNotZ 2012, 17.

⁶¹ Vgl. statt vieler *Basty*, a. a. O., Rdnr. 859; *Pause*, a. a. O., Rdnr. 181, 444.

⁶² BGH, Urteil vom 5.6.2013, VIII ZR 287/12, NJW 2013, 2417.

⁶³ OLG München, Urteil vom 2.10.2001, 9 U 2101/99, BauR 2003, 396; vgl. hierzu auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 856.

⁶⁴ Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 16.12.2004, VII ZR 257/03, DNotZ 2005, 464; BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, NJW 2007, 3275.

⁶⁵ Vgl. zum Ganzen *Basty*, a. a. O., Rdnr. 868.

⁶⁶ Vgl. zum Ganzen *Basty*, a. a. O., Rdnr. 883 m. w. N.

⁶⁷ BGH, Urteil vom 9.1.2003, VII ZR 181/00, NJW 2003, 1188.

⁶⁸ *Basty*, a. a. O., Rdnr. 880.

⁶⁹ OLG Brandenburg, Urteil vom 7.9.2006, 12 U 111/04, IBR 2006, 610; *Basty*, a. a. O., Rdnr. 884.

⁷⁰ Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 29.9.2011, VII ZR 87/11, NJW 2011, 3780.

⁷¹ So auch *Basty*, a. a. O., Rdnr. 884.

⁷² So AG Nürtingen, Urteil vom 9.6.2010, 42 C 1905/09, BeckRS 2010, 17321.

Käufer zu diesen Pflegehinweisen ein allgemeines Merkblatt zu übergeben. Beurkundungspflichtig sind die Hinweise nicht. Zu beachten ist freilich, dass solche Hinweise die Haftung des Bauträgers nur dann entfallen lassen, wenn dem Käufer das von ihm geforderte Verhalten auch zumutbar ist. Unzumutbar wäre es nach verbreiteter Ansicht beispielsweise, wenn sich die Feuchtigkeit nur durch vielfaches, über den ganzen Tag verteiltes Lüften vermeiden ließe. In diesem Fall haftet der Bauträger, selbst wenn er das Bauwerk entsprechend der anerkannten Regeln der Technik errichtet hat.⁷³

V. Sonderfall: Baubeschreibung bei (umfassenden) Altbausanierungen

Die Baubeschreibung bei umfassenden Altbausanierungen unterscheidet sich im Grundsatz nicht von der Baubeschreibung bei der Herstellung von Neubauten. Der BGH wendet auch bei solchen Vorhaben insgesamt Werkvertragsrecht an, wenn die Arbeiten einer „Neuherstellung des Gebäudes

⁷³ So zum Beispiel LG Dortmund, Urteil vom 20.11.2007, 1 S 49/07, BeckRS 2008, 12393.

gleichkommen“.⁷⁴ Der einzige wesentliche Unterschied solcher Baubeschreibungen liegt darin, dass klargestellt werden muss, welche Arbeiten ausdrücklich nicht geschuldet sind bzw. welche Bauteile nicht ersetzt werden (zum Beispiel: „Der bisherige Aufzug bleibt erhalten.“ „Das Geländer im Treppenhaus bleibt erhalten und wird lediglich neu gestrichen.“).

VI. Zusammenfassung

Bei der Baubeschreibung handelt es sich um einen wichtigen Teil des Bauträgervertrages. Aus diesem Grund sollte die Baubeschreibung auch größere Beachtung unter Juristen finden. Die Baubeschreibung sollte möglichst präzise gefasst sein; rechtliche Ausführungen sind dem Hauptvertrag vorbehalten. Allgemeine Anpreisungen oder Werbeaussagen sollten ebenso vermieden werden wie Widersprüche und Unklarheiten.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 16.12.2004, VII ZR 257/03, NJW 2005, 1115; BGH, Urteil vom 6.10.2005, VII ZR 117/04, NJW 2006, 214.

Notar und Sozialrecht – Rechtsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen privater und öffentlicher Solidarität

Von Notar *Lorenz Spall*, Annweiler am Trifels

Bei dem Beitrag handelt es sich um die nur leicht überarbeitete Redefassung des Festvortrags des Verfassers im Rahmen des Pfälzisch-Bayerischen Notartags 2013 in Landau.

I. Einleitung

1. Prolog

„[Andromache sah] den griechischen Wagen, Achill und die rasenden Rosse und dahinter die Staubspur [Hektors,] ihres getöteten Mannes. (...)

Nacht fiel auf Andromaches Augen, das Geschmeide entglitt ihren Locken, und der Schleier sank nieder zur Erde. Schweigend umringten sie die trojanischen Mütter, und als sie wieder zu sich kam, klagte sie schrill, denn das Bild des kleinen Sohnes [Astyanax] stand ihr nah vor der Seele. ‚Ach, wie zart ist noch unser Kind‘, sagte sie weinend, ‚das Waisenkind, das seinen Vater nie mehr sehen darf. Mühen und Leiden erwarten es bald, und die Fremden werden es vertreiben. Traurig besucht es die alten Freunde des Vaters, zupft den einen am Rock, den andern am Mantel und bittet um Mitleid. Dann wird man es schelten, und die glücklichen Söhne werden es schlagen: ‚Scher dich hinaus, dein Vater sitzt nicht an unserer Tafel!‘ Armer Astyanax, solange Hektor noch lebte, aßest du Lämmer und köstliches Brot und lagst auf linnenem Lager, dein Vater bewachte den Schlaf. Doch er ist gestorben, sein Leib liegt im Staub, und die Würmer

fressen sein Fleisch. Vergeblich warten die Kleider, das Wasser erkaltet, und es wird dunkel im Haus.“¹

Sind das nicht wunderbare Verse – grausig und anrührend zugleich? Eine Frau, konfrontiert mit ihrem getöteten und geschändeten Gatten. Eine Mutter in Trauer und Sorge, in Angst und Verzweiflung.

Natürlich kennen wir alle die Szene: Wir befinden uns am Wendepunkt des trojanischen Krieges, wie Homer ihn in seiner Ilias beschreibt. Achill, der tapferste Heros der Griechen, hat Hektor, den größten Helden und Prinzen der Trojaner, besiegt und getötet. Nun schändet Achill dessen Leichnam, indem er ihn an den Streitwagen gebunden um die Stadtmauern Trojas schleift. Andromache, Hektors Frau, nun Witwe, beobachtet das Geschehen von den Mauern Trojas aus.

Und was tut sie? Worauf richten sich ihre Sinne? Zunächst verliert Andromache die Besinnung. Dann aber klagt sie schrill. Doch um wen? Um ihr eigenes Schicksal? Nein. Andromache beweint die für sie absehbare Zukunft ihres Sohnes Astyanax, der mit Hektor seinen Vater verloren hat. Astyanax wird – so offenbar das Schicksal von Waisenkindern jener

¹ Aus Ilias und Odyssee, nacherzählt von *Walter Jens*, 1956, S. 44.

Zeit – nicht das königliche Erbe des Vaters fortsetzen. Ihm steht vielmehr ein Absturz in Bedeutungslosigkeit und Not bevor.

Das Bild des Sohnes steht Andromache vor der Seele, nicht ihr eigenes.

Homer hat diese Szene vor beinahe 3.000 Jahren verfasst, der im Juni verstorbene *Walter Jens* sie vor über 50 Jahren in die vorgetragene Fassung übertragen.

Gottlob, die Zeiten der großen Epen, der Heldinnen und Helden sind lange vorbei! Heute wollen wir uns gerade von Homers Frauen- und Mutterbild nicht wirklich leiten lassen. Auch leben wir in Friedenszeiten und unser modernes Erb- und Familienrecht, als letztes Netz unser soziales Sicherungssystem, helfen verhindern, dass unsere Kinder heute abstürzen, wie es damals Astyanax drohte.

Und doch können wir aus dieser kleinen, zarten Szene der Ilias, dem Urepos unseres Abendlandes, lernen:

Zum einen: Nicht nur Zorn, Hass, Gier, Ich-Bezogenheit, Machtwille und Ehrgeiz sind treibende Gefühle des Menschen seit jeher. Nein, auch Zukunftssorge und Existenzangst können unsere Sinne und dann auch unser Streben beherrschen.

Und zum Zweiten: Es gibt sie seit jeher und offenbar zu allen Zeiten, diese archaisch starke Sorge und Furcht um das Schicksal der Liebsten und Anvertrauten.

Behalten wir diese Erkenntnisse im Gedächtnis, wenn wir jetzt in unsere heutige Zeit zurückkehren und uns dem Thema des Fachvortrages zuwenden: Notar und Sozialrecht – Rechtsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen privater und öffentlicher Solidarität.

2. Hinführung

Man könnte sich vielleicht fragen: „Notar und Sozialrecht – gibt es das überhaupt? Wo ist da die Brücke?“ Und in der Tat: Im ganzen Sozialgesetzbuch mit seinen inzwischen zwölf Büchern habe ich das Wort „Notar“ nur an einer Stelle gefunden: § 64 Abs. 2 Satz 3 SGB X verweist auf die Bestimmungen des Gerichts- und Notarkostengesetzes: Die versteckte, aber allen Notaren wohlbekannte sozialrechtliche Vorschrift ordnet Notarkostenfreiheit für bestimmte Beurkundungen zur Sicherung des Sozialhilfeträgers an. Die Gebührenbefreiung im Interesse des Fiskus ist Ausdruck der staatlichen Gebundenheit des Notarberufs und Ausfluss des öffentlichen Amtes „Notar“.² Gut so! Sehr viel mehr Aufregendes hat das Sozialgesetzbuch selbst zum Thema Notar dann aber schon nicht mehr zu bieten.

Und doch: Jede und jeder von uns Notarinnen und Notaren hat immer und immer wieder und sicher auch zunehmend mit sozialrechtlichen Fragestellungen zu tun. Dabei bleiben wir natürlich in unserem Kerngebiet tätig, der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse durch Beurkundung. Ähnlich wie das Steuerrecht schleicht sich allerdings das Sozialrecht durch die Hintertür in unsere Notariate und wird zu einem stetig bedeutenderen Faktor für unsere Kautelarpraxis.

Worum es hier geht und womit wir Notarinnen und Notare uns hierbei beschäftigen, möchte ich anhand der beiden Klassiker des Themenfeldes „Notar und Sozialrecht“ veranschaulichen.

Zum einen ist dies der Einfluss des Sozialrechts auf lebzeitige Vermögensübertragungen von Eltern auf Kinder. Hier möchte

ich schlicht darstellen, womit wir es in diesem Zusammenhang im Notariatsalltag zu tun haben.

Und zum anderen gehe ich kurz auf erbrechtliche Gestaltungen bei Vorhandensein von Kindern mit Behinderung ein, Stichwort „Behindertentestament“.

II. Vorweggenommene Erbfolge und Sozialrecht

1. Die Grundkonstellation

Zum ersten Themenfeld:

Die Gestaltung und Beurkundung von Grundstücksüberlassungen von Eltern an Kinder in vorweggenommener Erbfolge gehört seit jeher zu den notariellen Grundkompetenzen. Klassischer Fall ist die Übertragung der von den Eltern selbstgenutzten Immobilie.

Im bunten Strauß der Beweggründe, warum Eltern gerade in fortgeschrittenerem Alter ihr Eigenheim lebzeitig an Kinder übertragen, blüht dabei vermehrt eine Blume, der nun unser besonderes Augenmerk gelten soll: Die Weggabe der Immobilie an die nächste Generation erfolgt immer häufiger zumindest auch aus Sorge um das Pflegefallrisiko der Eltern im Alter. Es geht zumindest auch darum, die Eltern mit Blick auf deren finanziellen Bedarf im Pflegefall vermögenslos, also arm zu machen. Um nicht falsch verstanden zu werden: In den meisten Fällen spielt dieses Motiv für eine Grundstücksüberlassung allenfalls am Rande eine Rolle. Aber man hat doch das Gefühl, dass es mehr und mehr in den Vordergrund gerät. In meiner Praxis werde ich zunehmend und spontan von den Vertragsbeteiligten auf dieses Thema angesprochen.

Was widersinnig klingt, hat natürlich einen Hintergrund: Man möchte das Vermögen der Eltern durch Übertragung an die jüngere Generation in der Familie erhalten und im Falle erheblicher Pflegebedürftigkeit mit Heimunterbringung für nicht aus dem Einkommen der Eltern gedeckte Kosten allein staatliche Systeme heranziehen.

Hier sind wir nun bei einem der Megathemen unserer Gesellschaft angekommen: Demographischer Wandel, alternde Gesellschaft, Pflegefallrisiko, Pflegenotstand, Altersarmut.

Wir alle kennen die Kerndaten: Wir leben in einer stark alternierenden Gesellschaft. Wir alle haben statistisch die Chance, sehr reich an Jahren zu werden. Dabei steigt jedoch mit zunehmendem Alter das Risiko, gepflegt werden zu müssen. Gleichzeitig nehmen in unserer Gesellschaft die familiären Bindungen ab. Zwar tragen pflegende Angehörige noch immer die größte Last ambulanter Pflege, oft unter ganz erheblichen Opfern, auch für die eigene Biographie.³ Aber die Bereitschaft, Familienangehörige zu pflegen, schwindet offenbar: Eine moralische Verpflichtung oder gar eine Rechtspflicht zur häuslichen Pflege von Eltern bejaht gemäß einer Umfrage heute nicht einmal mehr die Hälfte der Bevölkerung.⁴ Alte Menschen ohne belastbare familiäre oder soziale Bande bedürfen ohnehin der Unterstützung durch professionelle Kräfte im Pflegefall. Und dann gibt es natürlich die zunehmenden Fälle, in denen der Pflegeaufwand eine stationäre Unterbringung im Heim unausweichlich macht. Und das wird dann richtig teuer: Heimkosten in Höhe von etwa 3.400 € pro Monat bei Pflegestufe III stehen Leistungen der Pflegepflichtversicherung von bis zu 1.550 € pro Monat gegenüber. Es bleibt also eine Deckungslücke von etwa 1.850 € pro Monat. Dies ist der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers geschuldet, zur

² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 1.3.1978, 1 BvR 786, BVerfGE 47, 285; dazu *Reimann*, NJW 1979, 518.

³ Vgl. *Doering-Striening*, FamFR 2012, 531.

⁴ Zitiert nach *Doering-Striening*, FamFR 2012, 531.

Schonung der Beitragszahler die Pflegepflichtversicherung nicht als Volldeckungsversicherung, sondern nur als „Teilkaskoversicherung“ auszugestalten. Der offene Betrag von ca. 1.850 € pro Monat ist „Eigenanteil“ des Pflegeheimbewohners, den er als Selbstzahler grundsätzlich vorrangig aus eigenem Einkommen und Vermögen zu leisten hat. Angesichts einer durchschnittlichen Brutto-Altersrente beispielsweise für Frauen in den alten Bundesländern im Jahr 2012 in Höhe von gerade 686 € pro Monat⁵ wird deutlich, dass die Anzahl derer, die diesen Eigenanteil nicht aus eigenem Einkommen schultern können, erheblich ist. Entsprechend titelte SPIEGEL-ONLINE im Januar diesen Jahres: „Teure Pflege: 400.000 Senioren können Altenheim nicht mehr bezahlen.“⁶ Ist noch Vermögen beim Pflegeheimbewohner vorhanden, hat er dieses bis auf die nach dem Sozialrecht zu schonenden Vermögenswerte zu liquidieren und einzusetzen: Sparguthaben sind aufzulösen und weitgehend für die Pflege abzuschmelzen. Mit dem Auszug des Letzten der Eltern verliert auch die selbstgenutzte Immobilie grundsätzlich ihren Status als sozialrechtlich zu schonendes Vermögen und muss veräußert werden, um den Erlös für den eigenen Lebensbedarf im Pflegeheim einzusetzen. Die wirtschaftliche Leistung eines ganzen Lebens kann so zur Deckung der Heimkosten in relativ kurzer Zeit aufgezehrt sein.

Gleichzeitig weiß in unserer Gesellschaft jeder: Wer vollkommen mittellos ist, dessen notwendige Pflegeheimkosten trägt der Staat. Er oder sie erhält von der staatlichen Solidargemeinschaft steuerfinanzierte Mittel als Sozialhilfe. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob die Mittellosigkeit im moralischen Sinne vorwerfbar ist oder nicht: Der sorglosen und leichtlebigen Grille aus La Fontaines Fabel⁷ stünde nach unserer Rechtsordnung die gleiche Sozialhilfe zu wie der hart arbeitenden und sparsamen Ameise, nachdem diese ihre Vorräte aufgebraucht hat.

Es verwundert also nicht, dass Eltern und Kinder sich Gedanken darüber machen, ob es nicht auch für den Fall einer unvermeidlichen stationären Intensivpflege Alternativen zum Vermögensverlust auf Elternseite gibt. Warum nicht durch rechtzeitige Übertragung an die Kinder oder ein Kind gerade das Eigenheim im Familienverband retten und sich im Fall der Fälle auf staatliche Fürsorge verlassen? Im Letzten wollen die Beteiligten ihr privates Wertesystem durchsetzen, in dem sie dem Erhalt von Vermögen in der Familie Vorrang gegenüber einer Rücksicht auf die begrenzten finanziellen Ressourcen des Staates einräumen. Dabei nehme ich in meiner Praxis wahr, dass moralische Skrupel wenig ausgeprägt sind. Die eigene Rechtfertigung erfolgt meist unter Verweis auf die eigene Lebensleistung – die Erwerbsbiographie, die Kinderbetreuung oder sonstiges Engagement – sowie nicht selten auch unter Hinweis auf dem Staat durch privat organisierte Pflege vermeintlich ersparte Kosten in der Vergangenheit. Ganz häufig dient auch der Verweis auf die faule Grille im La Fontaine'schen Sinne als moralische Selbst-Rechtfertigung – man selbst sieht sich als fleißige Ameise: Durch die Rettung des Vermögens für die Familie – so eine landläufige Ansicht – würde das Gerechtigkeitsgefüge zwischen Fleißigen und Taugenichtsen erst wieder hergestellt.

Umgekehrt wird der Sozialhilfebezug bei stationärer Intensivpflege nur selten als sozialer Makel empfunden.⁸

⁵ Vgl. Deutsche Rentenversicherung Bund, Rentenversicherung in Zahlen 2013, zitiert nach www.sozialpolitik-aktuell.de.

⁶ Siehe www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/hunderttausende-senioren-koennen-ihre-altenpflege-nicht-mehr-zahlen-a-863822.html.

⁷ Vgl. *Jean de La Fontaine*, Die Grille und die Ameise.

⁸ Vgl. auch *J. Mayer*, MittBayNot 2004, 180, 182.

Wer kommt nun mit solchen Anliegen zum Notar?

Familien mit hohem Vermögen oder Einkommen auf der Elternseite suchen im geschilderten Zusammenhang selten Rat. Für sie stellen sich deshalb meist keine Probleme, weil mit hohem materiellen Einsatz optimale persönliche Betreuung ohne Rückgriff auf die staatliche Fürsorge durchführbar ist. Die Deckung der geschilderten Finanzierungslücke im Pflegefall ist für sie kein durchgreifendes Problem.

Bei sehr geringem Vermögen ist umgekehrt ohnehin kaum etwas da, was zu schützen oder zu retten wäre.

Die Sorge um das elterliche Vermögen im Pflegefall taucht also vor allem bei kleineren und mittleren Vermögen auf. Man hat gewisses Vermögen – klassischer Weise ein Eigenheim –, aber angesichts zu geringen Einkommens wird der Erhalt dieses Vermögens bei Intensivpflege wesentlich bedroht. Meine Damen und Herren, lassen sie es mich plakativ formulieren: Wir Notare sind auf diesem Feld Berater der sog. „kleinen Leute“.

Und noch zwei Fragen sollten wir nicht aus den Augen verlieren, um uns ein hinreichendes Bild vom geschilderten Phänomen machen zu können: Wer ist treibende Kraft für solche Gestaltungswünsche? Und warum?

Statistisches Material fehlt.

In meiner Praxis sind es häufig die Eltern selbst, die hier die Initiative ergreifen. Manche mag schlicht die Sorge um den Erhalt ihres wirtschaftlichen Lebenswerkes treiben. Oder es geht ihnen um Gerechtigkeit in der Familie – etwa um Belohnung oder Ausgleich. Andere denken und fühlen wie Andromache: Aus Sorge um den sozialen und wirtschaftlichen Status der Kinder wollen sie das familiäre Vermögen unbedingt für diese erhalten wissen und nehmen dafür in Kauf, es selbst weggeben zu müssen.

Doch Achtung: Nicht selten fühlen sich Eltern auch unter Druck oder gar getrieben: Sie wollen gegenüber den Kindern nicht als Versager dastehen, die nichts zu hinterlassen haben. Durch die Vermögensübertragung wird bewusst oder unbewusst der Versuch unternommen, den eigenen Status gegenüber den Kindern im eigenen Interesse zu sichern und sich dauerhaft Zuneigung und Zuwendung über die Vertragsklauseln hinaus durch moralische Dankespflicht zu erkaufen. „Ein Dienst ist wohl des andern wert“, wusste schon *Goethes Faust*⁹ und *Martial* formulierte: „Wer Großes schenkte, wollte, dass ihm Großes wieder geschenkt werde.“¹⁰ Dieses „do ut des“ drückt der Volksmund heute ganz konkret aus: „Sei nett zu deinen Kindern, denn sie wählen einmal dein Altenheim aus.“ Mich erfasste Anfang des Jahres ein Schauer, als die Diskussion um billige Pflegeheime für Deutsche im Ausland aufkam – im fernen Polen, in der Slowakei oder gar unter Palmen in Thailand! Für Senioren geht es auch um die Alternative „gut aufgehoben oder gut abgeschoben?“

Soweit zu den Hintergründen. Wenden wir uns nun der rechtlichen Beurteilung der geschilderten Gestaltungskonstellation zu.

2. Die rechtliche Seite

a) Die Frage der Sittenwidrigkeit

Nein, sittenwidrig und damit nichtig sind solche Übertragungen nicht von vornherein. Zwar haben in der Vergangenheit

⁹ Siehe *Goethe*, Faust I, Kapitel 14, Vers 3032.

¹⁰ Zitiert nach *Wacke*, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument in *Zimmermann/Meincke* (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 325, 333.

vereinzelt Obergerichte¹¹ die Sittenwidrigkeit von Grundstücksübertragungen angenommen, die sich zulasten des Sozialhilfeträgers auswirken. Den Entscheidungen lagen jedoch extreme Einzelfälle zugrunde, in denen die Übertragung nicht bereits vorsorglich, sondern während laufendem Sozialhilfebezug und auch sonst unter zweifelhaften Umständen erfolgte.¹² Um diese Fälle geht es mir hier und heute nicht. Von ihnen sollte man in der Tat tunlichst die Finger lassen!

Wir werden sehen: Das Verdikt der Sittenwidrigkeit ist der grobe Keil, der nur ganz ausnahmsweise anzulegen ist.

b) Der Nachranggrundsatz im Sozialhilferecht

Aber natürlich will sich der Staat gegen allzu dreiste Vermögensverschiebungen zur Erlangung von Sozialhilfe schützen.

Denn die steuerfinanzierten Sozialleistungen sollen dem Grunde nach subsidiär sein. Programmatisch steht hierfür § 9 SGB I¹³, den ich sinngemäß zitieren möchte:

„Wer nicht in der Lage ist, aus eigenen Kräften seinen Lebensunterhalt zu bestreiten oder in besonderen Lebenslagen sich selbst zu helfen, und auch von anderer Seite keine ausreichende Hilfe erhält, hat ein Recht auf persönliche und wirtschaftliche Hilfe, die seinem besonderen Bedarf entspricht [und] ihn zur Selbsthilfe befähigt [...]. Hierbei müssen die Leistungsberechtigten nach ihren Kräften mitwirken.“

Es gibt also einerseits einen Anspruch auf Sozialleistungen. Andererseits lautet der normative Grundsatz unseres Sozialhilferechts „Selbsthilfe vor Hilfe der Solidargemeinschaft.“¹⁴ Zu diesem Nachranggrundsatz gehört, dass man alle zumutbaren Selbsthilfemöglichkeiten ausschöpft: Eigenes Einkommen oder verwertbares Vermögen ist vorrangig einzusetzen, Leistungsverpflichtungen Dritter sind in Anspruch zu nehmen.¹⁵ Sonst besteht keine Bedürftigkeit und grundsätzlich kein Sozialleistungsanspruch.¹⁶ Selbst freiwillige Leistungen Dritter gehen grundsätzlich vor.

Doch der Staat schützt sich noch weitergehend:

- Er kann erstens Sozialleistungen herabsetzen, wenn zur Verfügung stehende Mittel in der Absicht reduziert werden, die Voraussetzungen für die Gewährung oder Erhöhung der Sozialleistung herbeizuführen. Dies trägt dem Grundsatz Rechnung, dass in seinen Dispositionen über Einkommen und Vermögen nicht mehr völlig frei ist, wer öffentliche Leistungen in Anspruch nimmt.¹⁷ Gefordert wird direkter Vorsatz – die Sozialhilfebedürftigkeit muss bewusst erstrebt und bezweckt sein; andere nachvollziehbare Gründe müssen fehlen.¹⁸ Diese Hürde wird bei Grundstücksübertragungen Jahre vor einer Heimunterbringung kaum zu nehmen sein.
- Wird Sozialhilfe geleistet, die dem Empfänger materiell nicht oder nicht auf Dauer zusteht, bestehen zweitens Rückgewähransprüche und Kostenersatzansprüche des

Leistungsträgers. Beispiele sind ungerechtfertigter oder sozialwidrig herbeigeführter Mittelempfang. Dieser Fall ist hier nicht einschlägig.

- Schließlich und drittens kann der Leistungsträger eigentlich vorrangige Verpflichtungen anderer an sich ziehen und diese Ansprüche anstelle des Leistungsempfängers durchsetzen. Durch die Überleitung oder den Übergang von Ansprüchen wird dem Nachranggrundsatz nachträglich wieder Geltung verschafft.¹⁹ Mit diesem Aspekt werden wir uns gleich näher zu beschäftigen haben.

Der Gesetzgeber hat den Leistungsträger also mit einem Bündel wirklich scharfer spezifisch sozialrechtlicher Waffen ausgestattet. In der Praxis nennen wir diese zusammenfassend etwas unpräzise „Sozialhilferegress“.

Gleichzeitig nimmt der Gesetzgeber diesen Waffen aber auch wieder ein ganzes Stück Durchschlagskraft: Aus ganz unterschiedlichen verfassungsrechtlichen und politischen Erwägungen heraus verzichtet der Staat an vielen, vielen Stellen durch gesetzliche Anordnung auf die Durchsetzung des sozialrechtlichen Nachrangprinzips, also auf den Einsatz der Mittel des Sozialhilferegresses. Was bei Schaffung des Bundessozialhilfegesetzes vor über 50 Jahren als weitgehend durchgängig gehaltenes Prinzip begann, ist inzwischen löchrig wie ein Schweizer Käse. Gerade unser Sozialgesetzbuch XII, das Nachfolgegesetz zum Bundessozialhilfegesetz, ist so von Sonderregelungen zugunsten des Leistungsempfängers und seines Umfeldes und zulasten des Nachrangprinzips durchzogen, dass man in manchen Bereichen von einer Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses sprechen kann. So sind bestimmte Vermögensteile als sog. Schonvermögen von der sozialhilferechtlichen Verwertung ausgenommen. Besonders geschont werden beispielsweise auch behinderte Menschen und ihre Angehörigen oder die Angehörigen von Senioren, die Grundsicherung im Alter beziehen. Insgesamt wird davon gesprochen, dass das sozialrechtliche Nachrangprinzip seine Prägekraft verloren hat.²⁰

Blicken wir nun auf unseren Fall. Welche Ansprüche können hier bestehen, die der Leistungsträger im Wege des Sozialhilferegresses anstelle des Heimbewohners zur Deckung der erbrachten Heimkosten geltend machen kann?

c) Die §§ 528 und 529 BGB

Fündig werden wir zunächst im Schenkungsrecht.

§ 528 BGB sieht vor, dass eine Schenkung zurückgefordert werden kann, wenn der Schenker außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten. Das ist bei Bezug von Hilfe zur Pflege bei Heimunterbringung regelmäßig der Fall. § 529 BGB regelt ergänzend unter anderem, dass die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn bei Eintritt der Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind.

Hier wird der Hebel angesetzt: Einen Anspruch auf Rückforderung des Geschenks leitet der Sozialhilfeträger durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt gemäß § 93 SGB XII auf sich über. Anstelle des im Heim lebenden Elternteils versucht der Leistungsträger, den Rückforderungsanspruch gegen das beschenkte Kind geltend zu machen.

¹¹ Vgl. etwa OVG Münster, Urteil vom 21.6.1988, 8 A 1416/86, NJW 1989, 2834, sowie Beschluss vom 30.12.1996, 8 A 3204/94, NJW 1997, 2901.

¹² Vgl. zum Beispiel *Krauß* in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, A. V. Rdnr. 237c.

¹³ Vgl. auch § 2 SGB XII.

¹⁴ Vgl. *Doering-Striening*, ASR 2010, 29.

¹⁵ Vgl. auch konkreter für den hier behandelten Fall § 2 SGB XII.

¹⁶ *Doering-Striening*, ASR 2010, 29.

¹⁷ *Schellhorn/Schellhorn/Hohm*, SGB XII, § 26 Rdnr. 10.

¹⁸ Vgl. *Schellhorn/Schellhorn/Hohm*, SGB XII, § 26 Rdnr. 11; *Grube/Wahrendorf*, SGB XII, § 26 Rdnr. 7.

¹⁹ §§ 93 ff. SGB XII; siehe zum Ganzen *Doering-Striening*, ASR 2008, 179; *dies.*, ASR 2010, 29.

²⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 20.10.1993, IV ZR 231/92, MittBayNot 1994, 49, 51; BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138, 139.

Zehn Jahre ab Leistung der Schenkung schwebt also das Damoklesschwert der Rückforderbarkeit wegen Verarmung über den Beteiligten. Ich meine, eine starke, aber im Grunde gerechte Waffe des Staates! Auf diese klare Rechtslage kann und muss der Bürger sich einstellen: Die Schenkung wird rechtlich grundsätzlich nicht missbilligt, jedoch erst nach zehn Jahren bestandskräftig.

Dass die Rechtslage so klar ist, ist indes neu.

Erinnern wir uns: Noch vor gut zwei Jahren kamen wir Notare bei der Aufklärung über das Rückforderungsrecht ins Straucheln. Wollte der Schenker sich gemäß unseren Empfehlungen zu seiner Sicherung am Eigenheim den Nießbrauch oder ein Wohnungsrecht vorbehalten, wurde plötzlich unklar, ob dies den Lauf der Zehn-Jahres-Frist nach § 529 BGB nicht vielleicht hemmt. Fraglich war, ob nicht die Rechtsprechung des BGH²¹ zur Pflichtteilergänzung entsprechend gelten könnte. Könnte es sein, dass die Frist nicht zu laufen beginnt, wenn der Schenkende zwar das Eigentum aufgibt, jedoch nicht darauf verzichtet, den Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen? Dann wären Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt über die Zehn-Jahres-Frist hinaus vom Sozialhilfeträger rückforderbar. Diese entscheidende Frage hat der BGH durch sein Urteil vom 19.7.2011²² eindeutig beantwortet: Die Interessenlage im Recht der Pflichtteilergänzung sei – so der BGH – eine ganz andere als bei der Schenkungsrückforderung. Vorbehaltsrechte hemmen den Fristenlauf des § 529 BGB nicht. Heute können wir also sicher sein: Nach zehn Jahren ist mit § 528 BGB wirklich Schluss! Für uns Notare ein Meilenstein in der Gestaltung von Grundstücksüberlassungen, ist doch § 528 BGB „Haupteinfallstor“²³ des Sozialhilferegresses.

Hier lohnt ein kurzer Blick auf die Entwicklung unseres Rechts, um den maßgeblichen Einfluss des Sozialrechts auf unser Zivilrecht zu begreifen: Die Vorschrift der §§ 528, 529 BGB hat nämlich eine erstaunliche Karriere! Fast hätte sie es nicht in unser BGB geschafft! Während der Genese des Bürgerlichen Gesetzbuchs war heftig umstritten, ob auch eine schon vollzogene Schenkung wegen Notbedarfs rückforderbar sein sollte. Dem römischen Recht war ein solches Rückforderungsrecht des Schenkers fremd. Erst in dritter Lesung hielt dann die Rückforderungsmöglichkeit bei Verarmung des Schenkers in der uns vertrauten Form Einzug ins BGB.²⁴ Aus damaliger Sicht war dies einer der sprichwörtlich gewordenen zunächst seltenen „Tropfen sozialen Öls“, mit denen unser bürgerliches Recht zum Schutze der Schwachen gesalbt war.²⁵ An Sozialhilfe dachte damals natürlich niemand. In der Folge fristete die Vorschrift denn auch Jahrzehnte eher ein Schattendasein. Bis, ja bis dieser „Tropfen sozialen Öls“ nach Schaffung unseres modernen Sozialhilferechts ausgerechnet von den Sozialbehörden ausgegraben wurde, um ihn für den Sozialhilferegress nutzbar zu machen! Seither steht nicht mehr die unmittelbare Beziehung Schenker – Beschenkter und die von persönlichen Erwägungen geprägte Entscheidung über eine Rückforderung in wirtschaftlicher Not im Vordergrund. Vielmehr ist aus dem Zwei-Personen-Verhältnis eine „tripolare

Konstellations“²⁶ geworden, sind also bei der Bewertung und Auslegung der Vorschrift die Belange des Sozialhilfeträgers hinzugekommen. Heute können wir § 528 BGB – eigentlich ja genuines bürgerliches Recht – nicht mehr richtig verstehen, wenn wir nicht auch dessen sozialrechtliche Relevanz mit einbeziehen. Die eigentlich für den privaten und familiären Kontext geschaffene Norm wird heute von öffentlichen Erwägungen überlagert.

Vor allem vor diesem Hintergrund dürfte denn auch die Einigkeit darüber zu verstehen sein, dass auf das Rückforderungsrecht nicht wirksam verzichtet werden kann.

Gestalterisch ist deshalb gegen § 528 BGB kaum ein Kraut gewachsen:

Einerseits gibt es die Flucht möglichst weit heraus aus der Schenkung, insbesondere durch Vereinbarung von Gegenleistungen, namentlich Geldzahlungen oder Pflegeverpflichtungen. Dies muss dann allerdings auch wirklich so gewollt sein, durchführbar sein und auch tatsächlich durchgeführt werden. Hieran gebricht es nicht selten.

Andererseits kann es in seltenen Fällen helfen, auf den belohnenden Charakter der Schenkung zu pochen: Denn Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung, § 534 BGB. Dazu ist es nach der Rechtsprechung des BGH allerdings erforderlich, dass die belohnende Schenkung „geradezu sittlich geboten“²⁷ und das Ausbleiben der Belohnung „sittlich anstößig“²⁸ wäre. Dies könne angenommen werden, „wenn der die Pflegeleistungen Erbringende schwerwiegende persönliche Opfer bringt und deswegen in eine Notlage gerät“^{29,30}. Wann ist das schon der Fall?

d) Vorbehaltsrechte und Wegzugsklauseln

Sind zehn Jahre seit der Grundstücksschenkungen vergangen, muss der Sozialhilfeträger also nach anderen möglichen Zielen für den Sozialhilferegress suchen. Hier sind die Vorbehaltsrechte des Veräußerers beliebtes Objekt der Begierde und deshalb Gegenstand besonderer notarieller Gestaltungsüberlegungen. Pflegeverpflichtung, Nießbrauchvorbehalt, Wohnungsrecht – wegen all dieser Sicherungen des Schenkers wurde und wird darüber gerungen, inwieweit hier bei Heimunterbringung überleitbare Ansprüche bestehen.³¹

Auf diese Problemlage reagierte die notarielle Praxis bereits früh durch sog. „Wegzugsklauseln“. Namentlich Pflegeverpflichtung und Wohnungsrecht sollten ersatzlos erlöschen, wenn der Berechtigte das Anwesen dauerhaft verlässt, und zwar auch bei Heimunterbringung.

Die Diskussion um diese Wegzugsklauseln zeigt exemplarisch, wie hart nicht nur wir Notare, sondern auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung lange mit dem Thema Vertragsgestaltung und Sozialhilfe zu ringen hatte und wie jung die Zeit ist, in der wir hier verlässlich gestalten können.

Einen schweren Schlag für die Gestaltung von Vorbehaltsrechten mit Wegzugsklauseln bedeutete nämlich das Urteil

21 BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, MittBayNot 1994, 219.

22 BGH, Urteil vom 19.7.2011, X ZR 140/10, ZEV 2011, 666.

23 So plastisch Krauß, Sozialrechtliche Fragen der vorweggenommenen Erbfolge in Hager (Hrsg.), (Vorweggenommene) Erbfolge und soziale Sicherung, 2011, S. 9, 14.

24 Vgl. auch Krauß, ZEV 2001, 417, 418.

25 Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 1899, S. 747 f.

26 So sehr anschaulich Krauß, ZEV 2001, 417, 418.

27 BGH, Urteil vom 9.4.1986, IVa ZR 125/84, NJW 1986, 1926, 1927.

28 BGH, Urteil vom 11.7.2000, X ZR 126/98, NJW 2000, 3489.

29 BGH, Urteil vom 9.4.1986, IVa ZR 125/84, NJW 1986, 1926, 1927.

30 Vgl. zum Ganzen Ludyga, NZS 2012, 121, 125 f.

31 Vgl. zum Ganzen etwa Herrler, DNotZ 2009, 408; Rosendorfer, MittBayNot 2005, 1.

des V. Zivilsenats des BGH vom 21.9.2001: Die Vorinstanz hatte eine ohne ausdrückliche Wegzugsklausel gestaltete Pflegeverpflichtung dahingehend ergänzend ausgelegt, dass diese bei Heimunterbringung ersatzlos wegfallt. Diese Auslegung lehnte der BGH ab: Eine solche Gestaltung würde einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter, nämlich zulasten des Sozialhilfeträgers darstellen.³² Die Entscheidung stieß in der Literatur überwiegend auf Widerspruch.³³ Guter Rat war dennoch teuer. Die Zeiten, in denen relativ unbekümmert mit Wegzugsklauseln operiert werden konnte, waren jedenfalls erst einmal vorbei. Mit offenem Ohr für die berechtigte Kritik nahm derselbe Senat die erste Gelegenheit zur Korrektur wahr und stellte 2003 richtig, ein Vertrag zulasten Dritter stehe bei solchen Gestaltungen nicht in Rede.³⁴ Die Praxis nahm diesen Schwenk zustimmend auf, blieb aber verunsichert und vorsichtig.³⁵

Erst das Urteil vom 6.2.2009³⁶ – das ist keine fünf Jahre her – brachte den erhofften Durchbruch: Hier ging es um Vorbehaltsrechte – Kost und Logis –, die im Falle einer Heimunterbringung ausdrücklich ruhen sollten. Endlich also eine echte Entscheidung zu einer Wegzugsklausel! Und: Der BGH – wieder der V. Zivilsenat – hielt diese für wirksam! Ein Vertrag zulasten Dritter liege, wie 2003 klargestellt, nicht vor. Auch eine Sittenwidrigkeit sei grundsätzlich zu verneinen: Wenn schon eine vorbehaltlose Schenkung rechtlich nicht zu beanstanden sei, müsse dies erst recht gelten, wenn sich der Schenker eine gewisse Gegenleistung in Form eines begrenzten Anspruchs auf Kost und Logis vorbehalte. Aus §§ 528, 529 BGB i. V. m. § 93 SGB XII folge die Wertung, dass Schenkungen nach zehn Jahren auch gegenüber dem Sozialhilfeträger grundsätzlich Bestand hätten.

Die Urteilsgründe dürften wegweisend für die Beurteilung von Gestaltungen im Spannungsverhältnis zum sozialrechtlichen Nachrangprinzip sein.³⁷ Erlauben sie mir deshalb, dass ich wörtlich aus ihnen zitiere:

„Den [Veräußerer] traf keine Verpflichtung, über die Leistungen an die gesetzliche Rentenversicherung hinaus für sein Alter vorzusorgen. Er war in seiner Entscheidung frei, das Haus gegen eine Gegenleistung zu übertragen, die dessen Wert nicht erreichte; er hätte auch ohne Gegenleistung übertragen können. Solche allein ihm vorbehaltenen Entscheidungen bilden keinen Anknüpfungspunkt für Überlegungen zur Sittenwidrigkeit.“

Das ist an Klarheit nicht zu überbieten! Solche Entscheidungen wünschen wir uns!

Wir wissen jetzt: Kommen nicht besondere Umstände hinzu, können Grundstücksüberlassungen weitgehend frei gestaltet werden, auch was Vorbehaltsrechte mit Wegzugsklauseln betrifft. Sittenwidrigkeit droht grundsätzlich nicht.

e) Elternunterhalt

Soweit, so gut. Haben wir nun alle Spatzen gefangen? Muss nun der Sozialhilfeträger ohne Weiteres die Hilfe zur Pflege leisten und Haus und Kinder sind „gerettet“?

³² BGH, Urteil vom 21.9.2001, V ZR 14/01, MittBayNot 2002, 179, 180.

³³ Vgl. etwa J. Mayer, MittBayNot 2002, 152.

³⁴ BGH, Beschluss vom 23.1.2003, V ZB 48/02, MittBayNot 2004, 180.

³⁵ Vgl. etwa Auktor, MittBayNot 2008, 14, 18; vorsichtig J. Mayer, DNotZ 2008, 672, 683 ff.; vgl. auch Everts, ZEV 2004, 495, 498; Rosendorfer, MittBayNot 2005, 1, 9.

³⁶ BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08, DNotZ 2009, 441.

³⁷ So als Erster Litzenburger, ZEV 2009, 254, 256.

Natürlich nicht! Der Staat hat noch einen Pfeil im Köcher. Erklimmen wir die letzte Stufe beim Sozialhilferegress. Es geht um die vorrangige Bedarfsdeckung durch Elternunterhalt. Eine Illustrierte veranschaulichte kürzlich das Thema durch eine Fotomontage: Am Eingang zu einem Pflegeheim war ein rechteckiges gelbes Baustellenschild mit schwarzer Aufschrift angebracht: „Kinder haften für ihre Eltern!“³⁸

Damit Kinder für den Unterhalt ihrer Eltern haften, bedarf es nach den Unterhaltsregeln des BGB der Bedürftigkeit des Elternteils und der Leistungsfähigkeit des Kindes. Ein solcher Unterhaltsanspruch geht dann ohne Weiteres auf den Träger der Sozialhilfe über,³⁹ wenn keine sozialrechtliche Ausnahme von der grundsätzlichen Vorrangigkeit des Unterhaltsanspruchs vor dem Sozialhilfeanspruch vorliegt.

Wird im Heim lebenden Eltern Hilfe zur Pflege geleistet, sind die Ausnahmen vom Nachranggrundsatz rar. Praxisrelevant ist die allgemeine Regel, nur Kinder in Anspruch zu nehmen und Enkel ungeschoren zu lassen.⁴⁰ Der Elternunterhalt ist vom Träger der Sozialhilfe hier also rigide durchzusetzen.

So teilen die bürgerlichrechtlichen Vorschriften zum Elternunterhalt⁴¹ denn auch das Schicksal des § 528 BGB: In einem rein zivilrechtlichen Kontext spielen sie so gut wie keine Rolle mehr. Ihre heutige Bedeutung erschließt sich nahezu ausschließlich über ihre herausragende Rolle im Sozialhilferegress bei Bezug von Hilfe zur Pflege durch Vater oder Mutter.⁴² Fast alles, was wir durch die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Elternunterhalt gelernt haben, basiert auf Fällen, in denen der Sozialhilfeträger den übergegangenen Unterhaltsanspruch durchzusetzen sucht.

„Privates und öffentliches Recht sind nirgendwo so eng verzahnt wie das Sozialhilferecht und das Familienrecht“, schreibt ein Kommentar zum Sozialrecht und fährt fort: „Bisher ist es jedoch nicht gelungen, beide Rechtsgebiete ausreichend zu koordinieren. Sozialhilferecht und Unterhaltsrecht stehen deshalb in einem Spannungsverhältnis zueinander.“⁴³ Das Thema „Elternunterhalt und Sozialhilferegress“ ist deshalb nicht nur ein juristischer Dauerbrenner.

Es bewegt die Bürger auch emotional am heftigsten. Rechtspolitisch begründet wird die Heranziehung der Kinder in erster Linie mit dem Argument einer abstrakten „Generationengerechtigkeit“ und einer daraus resultierenden privatrechtlichen Einstandspflicht. Die Überzeugungskraft dieses Arguments wird allerdings mehr und mehr in Frage gestellt: Vielerorts wird bezweifelt, dass in Zeiten umgekehrter Bevölkerungspyramiden und explodierender Pflegekosten die Inanspruchnahme von Kindern auf Elternunterhalt Teil einer bewusst austarierten und gerechten Lastenverteilung zwischen den Generationen sei. Und in der Tat ist zuzugeben: Dass Menschen heute viel älter werden als früher, liegt ebenso auf der Hand wie, dass schwere Pflegebedürftigkeit im Alter kein Einzelschicksal mehr ist. In Kenntnis dieser Entwicklung hat der Gesetzgeber gleichwohl darauf verzichtet, die Bürger zu einer hinreichenden Vorsorge für solche Fälle zu verpflichten.

³⁸ Zeitschrift „Vermögensberater“, Ausgabe 1/2013.

³⁹ § 94 Abs. 1 SGB XII.

⁴⁰ § 94 Abs. 1 Satz 3 Hs. 1 2. Alt. SGB XII.

⁴¹ §§ 1601 ff. BGB.

⁴² Vgl. hierzu z. B. Ruzik/Sethe, Kollisionsrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Elternunterhalts in Höland/Sethe/Notarkammer Sachsen Anhalt (Hrsg.), Elternunterhalt, 2011, S. 31, 46.

⁴³ Grube/Wahrendorf, SGB XII, § 94 Rdnr. 4 f.; anschaulich dazu Grube, Die Überleitung von Ansprüchen auf den Träger der Sozialhilfe in Hager (Hrsg.), (Vorweggenommene) Erbfolge und soziale Sicherung, Tagungsband, 2011, S. 29, 31 ff.

Der Vorwurf lautet: Sehenden Auges wälzt unsere Gesellschaft diese Kosten auf die Kindergeneration ab, die sich dagegen nicht wehren kann. Gleichzeitig bleiben im umgekehrten Fall, in dem erwachsene Kinder pflegebedürftig im Heim leben, deren Eltern weitestgehend vom Sozialhilferegress verschont.⁴⁴ Und arme Senioren, die noch zu Hause leben können, haben Anspruch auf Grundsicherung im Alter, weitgehend ohne dass Kinder auf Unterhalt in Regress genommen werden könnten.⁴⁵ Erst das Pflegeheim im Alter führt zum Durchgriff auf die Kinder! Hier, so die Kritik, gehe verordnete private Solidarität vor eigentlich gerechter öffentlicher Fürsorge. Nicht fiskalische Zwänge seien der eigentliche Grund für das Festhalten am Unterhaltsregress, sondern vielmehr sozialpolitische Versäumnisse.⁴⁶

In der täglichen notariellen Praxis helfen uns solche rechtspolitischen Gedanken allerdings nicht weiter. Hier müssen wir mit der geltenden Rechtslage arbeiten, die einschließt, dass ein Verzicht der Eltern auf ihren Unterhaltsanspruch für die Zukunft nicht möglich ist.⁴⁷

Bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt fragt der Träger der Sozialhilfe nicht danach, wer in der Vergangenheit von den Eltern beschenkt wurde. Mehrere Kinder haften vielmehr anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen.⁴⁸ Das erschwert die sachgerechte Gestaltung von Überlassungsverträgen massiv, müssen doch weichende Geschwister damit rechnen, vielleicht gerade auch wegen der lebzeitigen Wegschenkungen von Vermögen eines Tages auf Unterhalt in Anspruch genommen zu werden.⁴⁹ Drohende Unterhaltsansprüche können so zu einer ganz gravierenden Störung des vertraglichen Konzepts der Überlassung werden, aber natürlich auch der innerfamiliären Beziehungen insgesamt.

Ein in seinen Wirkungen allerdings begrenztes Mittel dagegen ist es, auf die eben behandelten „Wegzugsklauseln“ zu verzichten und umgekehrt zu regeln, dass im Falle einer Heimunterbringung gewisse Zahlungspflichten des Beschenkten entstehen. Dies mag weichende Geschwister unter Umständen entlasten, steht jedoch im Widerspruch zum eigentlichen Gestaltungswunsch einer Übertragung ohne Sozialhilferegress gegen den Beschenkten.

Das andere Mittel sind Vereinbarungen zwischen den Kindern – den weichenden wie den beschenkten – zur Tragung der Unterhaltslast im Innenverhältnis. Im Ergebnis und stark vereinfacht soll meist der Beschenkte die weichenden Geschwister von einer Inanspruchnahme auf Elternunterhalt bis zum Wert des Geschenks freistellen müssen, so dieses nicht nach § 528 BGB zurückgefordert wurde. Es geht also um die gestalterische Umsetzung einer gerechten Verteilung der Soziallast.

Allerdings ist gerade in den Beziehungen von Geschwistern untereinander das Wort „Gerechtigkeit“ ein weites Feld! Die Ansichten hierzu sind oft nur schwer in Deckung miteinander zu bringen. Außerdem ist es häufig kaum möglich, hinreichend Sicherung für die durch solche Klauseln Begünstigten vorzusehen.

⁴⁴ Vgl. § 94 Abs. 2 SGB XII.

⁴⁵ Vgl. § 43 Abs. 2 SGB XII.

⁴⁶ *Eichenhofer*, Gutachten B in *Martiny/Eichenhofer*, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialrechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten? Gutachten A + B zum 64. Deutschen Juristentag, Berlin 2002, B 48.

⁴⁷ § 1614 Abs. 1 BGB.

⁴⁸ § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB.

⁴⁹ Vgl. hierzu auch *J. Mayer*, ZEV 2007, 145.

Resignierend stellte deshalb ein wirklicher Großmeister in diesen Fragen – ein bayerischer Kollege – in einem Aufsatz hierzu fest: „Es erscheint eine fast unlösbare Aufgabe, hier eine sachgerechte Klausel zu formulieren und dann später auch in der Praxis anzuwenden.“⁵⁰ So ist das eben: Vertragsgestaltung kommt dort an ihre Grenzen, wo zukünftige Verhältnisse nicht prognostizierbar sind, wo notwendige Bonität nicht gesichert werden kann oder wo es schlicht an Einigkeit fehlt – erst recht, wenn all dies zusammenkommt!

Auch beim Elternunterhalt haben wir also gestalterische Möglichkeiten, geraten jedoch an die Grenzen unserer Kunst. Umso wichtiger ist es, bei der Beratung diese Frage in einschlägigen Fällen mit ins Kalkül zu ziehen und notfalls auch von einer Übertragung abzuraten.

Ist die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit sämtlicher Kinder hingegen auf absehbare Zeit zu gering, um auf Elternunterhalt in Anspruch genommen werden zu können, wäre das Gestaltungsziel der Eltern erreicht: Nach zehn Jahren würde die Bedarfsdeckung im Pflegefall durch die subsidiären Leistungssysteme erfolgen, würden sie also Hilfe zur Pflege erhalten, ohne dass ein Regress stattfinden könnte. Das Eigenheim wäre im sicheren Hafen, die privaten Interessen hätten bestandskräftig Vorrang vor den öffentlichen.

Soweit zur Rechtslage.

3. Die Gretchenfrage

Kommen wir nun zur Frage der Fragen: „Nun sag, wie hast du’s mit solcherlei Gestaltung?“ Sollte eine Notarin, ein Notar diese Fälle nicht besser mit äußerst spitzen Fingern anfassen? Gehört sich so etwas? Oder ist es umgekehrt: Müssen wir Notarinnen und Notare hier umfassend tätig werden und in alle Richtungen beraten?

Die Darstellung hat gezeigt: Sittenwidrig und damit unwirksam sind solche Gestaltungen nur ganz ausnahmsweise. Deshalb gibt es grundsätzlich auch keine berufsrechtliche Pflicht für uns, die Mitwirkung an solchen Vorhaben abzulehnen.⁵¹ Auch existiert keine aus dem Amtscharakter erwachsende Treuepflicht des Notars gegenüber dem Staat, im Interesse von dessen Leistungsfähigkeit bei solchen Übertragungen besondere Zurückhaltung zu üben.

Maßstab für unsere Pflichten ist vielmehr auch hier § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG: Wir sollen den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. In diesem Rahmen ist es der Amtsführung eines jeden Notars und einer jeden Notarin überlassen, mit wie viel Verve er oder sie sich in solche Beratungen stürzt, ob man eher befeuert oder bremst. Und natürlich kann es sich hier aufdrängen, von vorschnellen Übertragungen des Eigenheims an ein Kind abzuraten. Schließlich geht es für die Eltern im sprichwörtlichen Sinne „ums Eingemachte“. Mich überkommt nicht selten ein ausgeprägtes Störgefühl, wenn Eltern ihr Haus wegschenken wollen, weil sie sich wie einst Andromache um den sozialen Status der Kinder sorgen, gleichzeitig aber wie diese vollkommen blind für die eigenen Risiken und Bedürfnisse sind. Wir dürfen deshalb durchaus mit den Rechtssuchenden um deren wahren Willen ringen. Überschritten ist die Grenze dort, wo wir unsere Wertvorstellungen an die Stelle des wahren Willens der Beteiligten setzen.

⁵⁰ *J. Mayer*, ZEV 2007, 145, 150.

⁵¹ § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG; vgl. etwa *Eylmann/Vaasen/Frenz*, Bundesnotarordnung/Beurkundungsgesetz, 3. Aufl., § 14 BNotO Rdnr. 28.

Ein Stück weit sollte der ein oder andere skeptische Geist die Kirche auch im Dorf lassen: Keiner macht uns zum Vorwurf, wenn wir an legalen Steuergestaltungen mitwirken, etwa im Gesellschaftsrecht. Wir dürfen hier darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber reagieren wird, wenn er Fiskalinteressen berührt sieht. Warum soll das im sozialrechtlichen Kontext anders sein?

Schließlich haben wir gesehen: Eine frühzeitig geplante und realisierte Gestaltung der Vermögensverhältnisse ist Ausdruck zulässiger individueller Gestaltungsfreiheit. Ich meine, auch hier und gerade hier nehmen wir Notarinnen und Notare unsere Aufgabe wahr, wenn wir dem Bürger Zugang zum Recht verschaffen. Dabei brauchen wir keine Sozialrechtsexperten zu sein, ebenso wenig wie wir steuerlich beraten müssen.⁵² Es geht darum, die Mechanismen, die Zusammenhänge und Schnittstellen zu kennen und entlang derer zu beraten und zu gestalten.

„Wer befasst sich schon mit dem Recht der armen Leute?“⁵³ fragte einmal der zweite Präsident des Bundessozialgerichts *Georg Wannagat*. Ich hätte ihm gerne geantwortet: Wir Notarinnen und Notare natürlich, wenn unsere Kompetenzen berührt sind!

III. Behindertentestament

1. Das Behindertentestament: Eine Ingenieurleistung des bayerischen Notariats

Kommen wir zum zweiten Themenkomplex: Das Behindertentestament.

Hier soll ein kurzer Blick ausreichen, der jedoch wirklich lohnt.

Denn beim Behindertentestament stellt sich der sozialrechtliche Einschlag beinahe spiegelbildlich zum Fall der Grundstücksübertragung an Kinder dar: Nun ist es ein Kind, in der Regel eines mit geistiger Behinderung, das Sozialleistungen in Anspruch nimmt oder bei dem dies irgendwann zu erwarten ist. Außerdem geht es beim Behindertentestament nicht darum, bereits vorhandenes Vermögen vor dem Zugriff des Trägers der Sozialhilfe abzuziehen. Vielmehr soll beim Behindertentestament umgekehrt dem Kind mit Beeinträchtigung durch Verfügung von Todes wegen der Eltern Vermögen zugewendet werden. Damit das Kind von diesem Erbe spürbar profitiert, muss dies allerdings so gestaltet werden, dass die Vorteile dem Kind zusätzlich zur Sozialhilfe zur Verfügung stehen und dem Sozialhilfeträger der Zugriff auf das Erbe des Kindes verwehrt bleibt.

Ich meine außerdem, man kann auf einem Pfälzisch-Bayerischen Notartag nicht über das Thema „Notar und Sozialrecht“ sprechen, ohne das Behindertentestament zu würdigen. Und ich kann als pfälzischer Kollege hier nicht das Behindertentestament behandeln, ohne ein Kompliment auszusprechen, das Sie mir bitte gestatten mögen: Das Behindertentestament ist eine Ingenieurleistung des Bayerischen Notariats! In Bayern wurde es entwickelt und nach wie vor sind es in hohem Maße bayerische Notarinnen und Notare, einige von ihnen heute hier anwesend, die sich mit der Durchdringung und Fortentwicklung dieses Modells befassen. Der „*Carl Benz* des Behindertentestaments“ ist der heute leider nicht anwesende bayeri-

sche Notar a. D. *Manfred Bengel*. Er hat bereits in den 1970er Jahren die Wechselbeziehungen von Sozialrecht und Erbrecht erkannt und Pionierarbeit geleistet. Im *Dittmann/Reimann/Bengel* hat er dann als Erster das Muster eines Behindertentestaments veröffentlicht, quasi das „Modell Nr. 1“. Anders als beim ersten Automobil ist dieser Prototyp jedoch nach wie vor vollkommen verkehrstauglich: Schon dieses erste Modell kombiniert Vor- und Nacherbfolge mit verwaltender Testamentsvollstreckung und einer verbindlichen Verwaltungsanordnung an den Testamentsvollstrecker. Wer heute eine Verfügung von Todes wegen nach diesem Muster von damals gestaltet, hat noch immer ein vollkommen valides Behindertentestament!

2. Die aktuelle Situation

Aus diesem Urmuster heraus wurde das „Behindertentestament“ ein Erfolgsmodell fast ohnegleichen. Es hat eine über dreißigjährige Entwicklung hinter sich vom mit Skepsis beäugten Exoten zum Standardprodukt, das im Bausteinkasten keines Notariats fehlen darf.

Inzwischen dürfte es kaum ein erbrechtliches Gestaltungsmodell geben, das so gut durchdrungen ist: Die Dissertationen zum Thema können mit den Fingern beider Hände nicht mehr gezählt werden. Ungezählt sind Aufsätze und Beiträge. Und nunmehr fünf Entscheidungen des BGH bestätigen die Wirksamkeit des Behindertentestaments.

Heute setzt der BGH unter Verweis auf seine gefestigte Rechtsprechung voraus, dass solche Gestaltungen nicht sittenwidrig sind, sondern vielmehr „Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus“.⁵⁴ Kommt Ihnen bei diesen Worten nicht auch *Andromache* in den Sinn?

Spätestens seit dem Urteil des IV. Zivilsenats vom 19.1.2011⁵⁵ befinden wir Notare uns in der Komfortzone, was die Gestaltung von Behindertentestamenten betrifft. Wir haben die Rückendeckung einer wirklich gefestigten Rechtsprechung. Die überaus sorgfältig begründete und offenbar von kraftvollem Gestaltungswillen getragene Entscheidung öffnet uns zusätzlichen Spielraum, der weit über ihren eigentlichen Gegenstand hinausgeht, wonach auch der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialhilfebeziehers grundsätzlich nicht sittenwidrig ist.

Natürlich bleibt eine solche Rechtsprechung nicht unwidersprochen. Doch die Gegenstimmen⁵⁶ sind vereinzelt und stoßen – so mein Eindruck – im Ergebnis auf wenig Widerhall. Der Ruf nach dem Gesetzgeber⁵⁷ blieb jedenfalls bisher ungehört.

Achillesferse der aktuellen Rechtsprechung ist allerdings das vom BGH neu entdeckte Institut der „negativen Erbfreiheit“. Diese negative Erbfreiheit soll – so der BGH – nicht nur durch die Privatautonomie gedeckt sein, sondern auch dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG unterliegen. Hiermit wird unter anderem, aber nicht ganz unwesentlich die Zulässigkeit des Pflichtteilsverzichts eines behinderten Sozialhilfeempfängers begründet.⁵⁸ Grundsätzlich, so führt der BGH aus, sei jeder frei in seiner Entscheidung, ob er Erbe eines anderen werde oder auf andere Art etwas aus dessen Nachlass bekommen

⁵⁴ BGH, Urteil vom 19.1.2011, ZEV 2012, 138, 138.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 19.1.2011, ZEV 2012, 138.

⁵⁶ Vgl. insbesondere *Armbrüster* in FS Franz Jürgen Säcker, 2011, S. 13; *ders.*, ZErB 2013, 77.

⁵⁷ Vgl. *Armbrüster*, ZErB 2013, 77, 80.

⁵⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 19.1.2011, ZEV 2012, 138, 140.

⁵² Ebenso *Mensch*, Sozialrechtliche Fragestellungen im Problemkreis der notariellen Praxis, BWNotZ 2009, 162, 162.

⁵³ Zitiert nach *Huber*, Im Namen des Volkes – 50 Jahre Sozialgericht Kassel, Hörfunksendung des Hessischen Rundfunks, hr2 vom 24.9.2004, Manuskript S. 5.

wolle. Vor diesem Hintergrund sei der Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG auch ein Gegenstück im Sinne einer „negativen Erbfreiheit“ zu entnehmen. Pflichtteilsberechtigten stünde deshalb für einen Verzicht auch der Grundgedanke der Erbfreiheit zur Seite.⁵⁹

Als Praktiker im Zivilrecht frage ich mich in der Tat, warum aus der bürgerlichrechtlichen Abstufung, wonach eine Schenkung einen Vertrag voraussetzt, also der Annahme bedarf, eine Erbschaft immerhin noch ausgeschlagen werden kann, der Pflichtteilsanspruch aber ohne Weiteres einfach anfällt, vollkommen unreflektiert im Sozialhilferegress Nutzen gezogen werden kann. Ob hier allerdings wirklich Art. 14 Abs. 1 GG berührt ist und nicht lediglich Art. 2 Abs. 1 GG, vielleicht i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG, bedarf noch der vertieften verfassungsrechtlichen Klärung. Sicher ist umgekehrt allerdings, dass das Prinzip der Subsidiarität im Sozialrecht keine verfassungsrechtlich gebotene Norm ist, „sondern eine Rechtsanwendungsregel, die durch einfachgesetzliche Normen (...) festgeschrieben ist.“⁶⁰

Unabhängig von dieser Frage können wir aber festhalten:

Praktisch haben wir beim Behindertentestament ein gesichertes Terrain, auf dem wir uns getrost bewegen können und von dem aus wir weitere Spielräume erkunden können. Und dogmatisch wissen wir, dass die Rolle des § 138 BGB auch in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit überschätzt wurde.

IV. Schluss

1. Notar und Sozialrecht – Resümee der Spannungsverhältnisse

Blicken wir nun zurück und fassen wir zusammen:

Testamente zugunsten behinderter Kinder, Grundstücksübergabungen auch aus Sorge vor Pflegebedürftigkeit im Heim: Zwei Beispiele aus der täglichen Notarpraxis; zwei Beispiele, in denen der Wunsch der Beteiligten und das Gesetz miteinander in Einklang zu bringen sind; zwei Beispiele, die deutlich machen, dass Sozialrecht längst zum Alltag im Notariat gehört.

Das Sozialrecht ist noch immer „eine junge Blüte am alten Stamm des Rechts“⁶¹. Hat es auch keine vergleichbare Tradition wie das Zivilrecht, so wird doch behauptet, es sei zum wichtigsten Rechtsgebiet neben diesem geworden.⁶² Zweifelsfrei ist, dass der Einfluss des Sozialrechts auf unser Alltagsleben erheblich ist und dies zwangsläufig auf die Rechtsgestaltung durch Notare abstrahlt. Dies habe ich versucht, aufzuzeigen.

Wir haben gesehen, wie Sozialrecht und Zivilrecht im Spannungsverhältnis zueinander stehen.

Dem Sozialrecht, speziell dem Recht der Sozialhilfe, geht es um Beistand für die Schwachen durch staatliche Hilfe. Dabei folgt das Sozialrecht dem Grundsatz der Selbsthilfe vor der Hilfe durch die Gemeinschaft und nimmt dazu auch familiäre Solidarität in Anspruch. Mit dem Sozialhilferegress hat das Sozialrecht eigene Werkzeuge entwickelt, wie es dem Nach-

rang der Sozialhilfe Geltung verschaffen kann. Gleichzeitig erkennt das Gesetz an, dass es Fälle gibt, in denen die private Solidarität hinter der öffentlichen Solidarität zurückstehen kann und ein Sozialhilferegress nicht stattfindet.

Das Zivilrecht hingegen betont nach wie vor die Freiheit und die freie Regelung des eigenen Rechtskreises. Dabei hat auch das Zivilrecht seine eigenen Regeln zur Anerkennung von Rechtsgestaltungen, die selbstverständlich im sozialrechtlichen Kontext nicht außer Kraft sind. Nur selten werden sie hier jedoch einschlägig sein. Wir erkennen immer mehr, dass § 138 BGB weder die Rolle eines „sozialstaatlichen ordre public“ noch eines sozialrechtlichen § 42 AO zukommt.⁶³ Bundesrichter *Wendt* appelliert wie folgt: „Gebt dem Sozialrecht, was des Sozialrechts ist, und gebt dem Zivilrecht, was des Zivilrechts ist.“⁶⁴

Große Fortschritte gibt es bei der dogmatischen Ausleuchtung des Spannungsverhältnisses zwischen Sozialrecht und Zivilrecht im Allgemeinen und bezogen auf praxisrelevante Einzelfragen, gerade in den vergangenen Jahren. Rechtsprechung und Literatur haben hier viel Erhellendes beigetragen, die Praxis es dankbar aufgenommen. Es bleiben Fragen und damit Unsicherheiten.

Notare können nicht warten, bis alle Fragen geklärt sind. Wir sind heute und jetzt gefragt. Aber wir erkennen: Unter Beachtung der Rahmenbedingungen beider Rechtskreise besteht ein nicht unerheblicher Spielraum für Rechtsgestaltung, gerade auch auf dem Gebiet der notariellen Kompetenzen. Die Erforschung der Sach- und Rechtslage ist hier oft ebenso heikel wie die des wahren Willens der Beteiligten. Notarielle Tätigkeit in diesem Kontext fordert ganz. Aber auf eines, so habe ich versucht zu zeigen, können wir uns dabei verlassen: Es ist grundsätzlich legal und auch legitim, die vom Gesetzgeber gelassenen Möglichkeiten auszuschöpfen und Rechtsverhältnisse so zu regeln, dass im Einzelfall öffentliche Solidarität geschuldet ist, wo ohne Gestaltung private Solidarität zu leisten gewesen wäre.

2. Andromache und Astyanax – eine Schlussbetrachtung (Epilog)

Zuletzt, meine Damen und Herren, bleibt noch eine Frage: Was wurde aus Andromache und Astyanax?

Homer schweigt hierzu. Ihn interessierte nur der Zorn des Achill. Deshalb lässt Homer uns mit dem Wissen um die fatale Fehleinschätzung Andromaches allein: Während sie um das materielle Wohlergehen ihres Sohnes bangte, war mit dem Tode Hektors das Schicksal der ganzen Stadt Troja besiegt.

Aber natürlich bewegte das Los der Mutter und ihres Sohnes die Menschen aller Zeiten. Und so griffen es andere Dichter auf:

Gemäß antiker Überlieferung wurde Astyanax nach dem Fall Trojas von der Stadtmauer gestürzt; Andromache wird versklavt und zunächst als Konkubine in die Fremde verschleppt.

Moderne Dichter wollten sich mit diesem düsteren Ausgang nicht zufrieden geben und schrieben die Geschichte um: Andromache rettet Astyanax durch eine List vor dem Tod. Sie selbst wird – wenn auch unter Zwang – Gattin des Pyrrhus und Königin.

⁵⁹ BGH, Urteil vom 19.1.2011, ZEV 2012, 138, 140.

⁶⁰ *Doering-Striening*, ASR 2010, 29.

⁶¹ *Georg Wannagat*, zitiert nach *Huber*, Im Namen des Volkes – 50 Jahre Sozialgericht Kassel, Hörfunksendung des Hessischen Rundfunks, hr2 vom 24.9.2004, Manuskript S. 5.

⁶² *Kilger*, Grußwort in 20 Jahre Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht, S. 10.

⁶³ So *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 431.

⁶⁴ *Wendt*, Grenzen der Pflichtteilsbeeinflussung, ZErB 2012, 262, 262.

Wir Notarinnen und Notare sind keine Dichter. Wir können das Schicksal der bei uns Rechtsuchenden nicht durch einen Federstrich zum Guten wenden. Aber wir können durch die Kraft unserer Urkunden gestalten. Im ein oder anderen Fall mag auch dies den Unterschied ausmachen zwischen Wohler-

gehen und Mangel, zwischen Glück und Unglück. Unterschätzen wir diese Kraft und unsere Möglichkeiten nicht! Machen wir von unseren Fähigkeiten zum Wohle der uns anvertrauten Menschen Gebrauch!

Alte Männer und junge Frauen – Die Bruno-Schubert-Entscheidung

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.7.2013, IV ZR 224/12 –¹

Von Prof. Dr. *Andreas Bergmann*, FernUniversität Hagen

Die Bruno-Schubert-Entscheidung des BGH vom 10.7.2013 bietet für jeden etwas.² Der an den Grundlagen des Privatrechts Interessierte kann sich der schillernden Rechtsfigur des Erbvertrages vergewissern und etwas über die doch unerwartet leichte Anfechtung eines gegenseitigen Erbvertrages unter Eheleuten, für den in früheren Zeiten auch der schöne Ausdruck Ehestiftung stand, wegen Wiederverheiratung erfahren. Der Notar in seiner täglichen Praxis erfährt einiges über die Reichweite des Erfordernisses der notariellen Beurkundung, der Höchstpersönlichkeit und der formellen Beweiskraft des § 416 ZPO. Und nicht zuletzt wird auch das menschliche Bedürfnis nach Klatsch und Tratsch befriedigt, wenn man den anonymisierten Tatbestand der veröffentlichten BGH-Entscheidung mit den aus der Presse bekannten Namen und Lebensdaten der Protagonisten vervollständigt.³ Der Sachverhalt beschreibt eine recht spektakuläre Alte-Männer-Junge-Frauen-Liebschaft in der bundesdeutschen High Society. Der Erblasser schließt in guten Tagen mit seiner ersten Frau einen Erbvertrag. Die Ehegatten setzen eine vom uneheleichen Sohn des Erblassers geführte wohltätige Stiftung zum Alleinerben ein. Gleichzeitig verzichten die Ehegatten auf ihren Pflichtteil und schließen ein einseitiges Rücktrittsrecht aus. Die Frau stirbt. Der Erblasser verliebt sich neu in eine 62 Jahre jüngere Frau. Fast 90-jährig heiratet er sie (30.7.2009) und setzt sie in einem neuen Testament (7.8.2009) zum Alleinerben ein. Mit notarieller Urkunde vom 28.8.2009 erklärt er die Anfechtung des Erbvertrages und bittet den beurkundenden Notar um Übermittlung einer Ausfertigung an das zuständige Nachlassgericht. Allerdings soll die Übermittlung nicht sofort erfolgen, sondern erst – wie in derselben Urkunde aufgenommen wird – auf schriftliche Anweisung des Erblassers oder eines hierzu Bevollmächtigten. Mit Urkunde vom gleichen Tag erteilt der Erblasser seinem Rechtsanwalt Generalvollmacht. Mit Schreiben vom 23.12.2009 schließlich bittet der Rechtsanwalt namens und in Vollmacht des Erblassers, die Anfechtungserklärung beim Nachlassgericht einzureichen. Wenig später geht dort eine Ausfertigung der notariellen Urkunde ein. Im Oktober 2010 verstirbt der greise Erblasser. Seine Jetzt-Ehefrau und der „enterbte“ Vertragserbe streiten erbittert um die Erbschaft.

I. Der Erbvertrag

1. Zwischen Vertrag und letztwilliger Verfügung

Das Recht des Erbvertrages wird weitgehend durch seine Zwitterstellung bestimmt: Einmal ist er Vertrag, zum anderen Verfügung von Todes wegen.⁴ Ausfluss des Vertragsgedankens ist an erster Stelle die Unwiderruflichkeit. Anders als beim einfachen Testament kann sich der Erblasser vom einmal geschlossenen Erbvertrag nicht mehr grundlos lösen. Hat sich der Erblasser im Vertrag nicht das Recht vorbehalten,

einseitig vom Vertrag zurückzutreten (§ 2293 BGB), bleibt nur die Möglichkeit der einvernehmlichen Aufhebung (§§ 2090 f. BGB).⁵ Allerdings beides mit erheblichen erbrechtlichen Modifikationen. Der Aufhebungsvertrag ist nur solange möglich, wie die am Vertragsschluss beteiligten Parteien leben (§ 2290 Abs. 1 Satz 2 BGB).⁶ Und auch das im Vertrag vorbehaltene Rücktrittsrecht findet hier eine wichtige Einschränkung: Beim gerade unter Ehegatten regelmäßig vorliegenden gemeinschaftlichen Erbvertrag (Ehestiftung) ist nach dem Tode eines Vertragsschließenden der Überlebende trotz des Rücktrittsvorbehalts an seine Verfügung endgültig gebunden (§ 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB). Kommt der Erblasser nicht frei, ist die Wirkung des Erbvertrages unerbittlich. Es gibt kein Entkommen mehr. Jede letztwillige Verfügung des Erblassers, die das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde, ist unwirksam (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB).

¹ BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12, MittBayNot 2014, 253 (in diesem Heft).

² BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12, MittBayNot 2014, 253 = ZEV 2013, 495; OLG Frankfurt, Urteil vom 15.6.2012, 7 U 221/11 (Vorinstanz), ZEV 2012, 542; zum Streit über die Anordnung einer Nachlasspflegschaft in gleicher Sache BGH, Beschluss vom 13.9.2012, IV ZB 23/11, NJW-RR 2013, 72; BGH, Beschluss vom 17.7.2012, IV ZB 23/11, ZEV 2013, 36; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 25/11 (Vorinstanz), ZEV 2012, 417.

³ Vgl. nur den schönen Artikel von *Lückemeier* in der FAZ vom 28.9.2011, S. 7. Die Entscheidung bildet den wesentlichen Abschluss des Kampfes um das Erbe des ehemaligen Inhabers der Henninger-Brauerei Bruno Schubert.

⁴ *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen II 1, 1837, S. 27 ff., 246 ff.: „Das Princip der Erbverträge ist der Vertrag.“

⁵ Der Erblasser kann sich im Vertrag grundsätzlich auch die Abänderung einzelner vertraglicher Verfügungen durch einseitige Verfügungen von Todes wegen vorbehalten (*Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 25 VI 4 = S. 506 ff.). So kann sich etwa der Erblasser vorbehalten, Vermächtnisse auszusetzen.

⁶ Stirbt die andere Vertragspartei, so kann der Erbvertrag auch nicht mit dem Erben des Vertragspartners geschlossen werden (*Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2290 Rdnr. 8).

Mit dem Tode des Erblassers fällt die Erbschaft unmittelbar beim Bedachten an (§ 1941 BGB). Mit anderen Worten: Der Erbvertrag führt zur Beschränkung, vielleicht sogar zur Aufhebung der Testierfreiheit. Immerhin sind die Wirkungen des Erbvertrages dahin limitiert, dass das Recht des Erblassers, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen, grundsätzlich unberührt bleibt (§ 2286 BGB).⁷

So nützlich der Erbvertrag ist, gerade unter Ehegatten den Nachlass einverständlich auch für den Überlebenden bindend zu regeln, so gefährlich ist er auf der anderen Seite. Denn es werden vielleicht in jungen Jahren Bindungen eingegangen, die erst viele Jahre später beim nahenden Lebensende von Bedeutung werden. Im Laufe der Zeit können sich jedoch die Verhältnisse wesentlich ändern. Der Erblasser kann eine neue Ehe eingehen. „Der Erbvertrag führt dann als Versteinigung von Verfügungen ein tückisches Eigenleben.“⁸ Einer auf Individualität und persönlicher Freiheit aufbauenden Erbrechtsordnung muss das Institut des Erbvertrages mit seinem einhergehenden Verlust der Testierfreiheit fremd bleiben. Es wundert daher nicht, dass das römische Recht den Erbvertrag nicht anerkannte.⁹ Die vertragliche Bindung, der Abschluss der „voluntas ambulatoria“ bei der Bestimmung der eigenen Erbfolge wurde geradezu als anstößig und sittenwidrig empfunden.¹⁰ Erst im „ius commune“ fand das Institut seine Durchbildung und setzte sich schlussendlich durch¹¹.

2. „Kinderzeugen bricht Ehestiftung“

a) Rücktritt

Im Erbvertrag wirken aber nicht alleine die allgemeinen vertragsrechtlichen, auf Bindung ausgerichteten Grundsätze. Gerade was die (einseitige) Aufhebung des Erbvertrages angeht, haben sich im „ius commune“ manche (erbrechtlichen) Besonderheiten herausgebildet, die die auf den ersten Blick strenge Bindung an den Erbvertrag relativieren.¹² Zunächst gestattet das Gesetz dem Erblasser den einseitigen Rücktritt in Fällen, in denen ihm die erbvertragliche Bindung offensichtlich nicht mehr zugemutet werden kann. Die Regelung des BGB ist an dieser Stelle recht kasuistisch und anerkennt nur zwei Fälle: Den Rücktritt bei Verfehlung des Bedachten (§ 2294 BGB) und den Rücktritt bei Aufhebung der Gegenverpflichtung des Bedachten, sofern die erbvertragliche Verfügung mit Rücksicht auf diese Verpflichtung (etwa Pflege) des Bedachten getroffen wurde (§ 2295 BGB).

b) Anfechtung durch den Erblasser

Sind die enumerativ aufgezählten gesetzlichen Rücktrittsgründe auch recht eng, umso weiter ist das Anfechtungsrecht, das das Gesetz dem Erblasser gewährt. Das Gesetz beschränkt den Erblasser nämlich nicht auf die allgemeinen Anfechtungsgründe der §§ 119, 123 BGB, also Inhalts-, Erklärungs- und Eigenschaftsirrtum sowie Täuschung und Drohung, sondern verweist in § 2281 BGB auf die Vorschriften über die

Anfechtung letztwilliger Verfügungen (§§ 2078, 2079 BGB). Dadurch wird die Anfechtbarkeit erheblich ausgeweitet, berechtigt nämlich nunmehr der auch sonst unbeachtliche Motivirrtum (§ 2078 Abs. 2 BGB) zur Anfechtung. Angesichts des „Vertragscharakters“ überrascht dies schon.¹³ Endlich kann der Erbvertrag auch dann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zum Zeitpunkt der Anfechtung vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Existenz ihm bei Errichtung des Erbvertrages nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist (§ 2079 Satz 1, § 2281 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Vor allem der letzte Anfechtungsgrund hat trotz aller Unterschiede in seiner Handhabung eine lange, bis in die Entstehungstage des Rechtsinstituts zurückreichende Tradition. Der im Erbvertrag übergangene Noterbe war gegenüber den Anordnungen des Erbvertrages nicht wehrlos. Nur über die genauen Modalitäten wurde gestritten. Namhafte Schriftsteller wie *Beseler* wollten dem Noterben in Anwendung der Grundsätze des römischen Pflichtteilrechts ein Anfechtungsrecht („querela inofficiosi testamenti“) zugestehen.¹⁴ Insoweit lebt im BGB die alte Rechtslehre fort: „Kinderzeugen bricht Ehestiftung.“¹⁵ Mit dem (Selbst-)Anfechtungsrecht gibt das BGB dem Erblasser die Gelegenheit, die Erbregelung so zu korrigieren, wie er es jetzt für richtig hält.¹⁶ Im BGB sind nicht nur Kinder pflichtteilsberechtigt, sondern auch der Ehegatte (§ 2303 Abs. 2 BGB). Der Erblasser kann also im Falle der Wiederverheiratung den Erbvertrag erfolgreich anfechten, weil nunmehr seine neue Ehefrau durch den Erbvertrag übergangen wurde.¹⁷ Grundsätzlich steht der Anfechtung nicht entgegen, dass der Erblasser ihre Voraussetzungen durch Eheschließung selbst herbeigeführt hat.¹⁸ Die Ausübung des Anfechtungsrechts ist erst dann wegen Rechtsmissbrauchs ausgeschlossen, wenn der Erblasser einzig und allein, um vom lästig gewordenen Erbvertrag loszukommen, die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts herbeigeführt hat.¹⁹ Das erbrechtlich indizierte Anfechtungsrecht entwertet also gerade beim gegenseitigen Erbvertrag von Ehegatten (Ehestiftung) weitgehend die angestrebte Bindung des Überlebenden. Allerdings können sich die Parteien des Erbvertrages – wie schon aus § 2079 Satz 2 BGB folgt – dadurch sichern, dass sie in den Vertrag die Klausel aufnehmen, dass die getroffene Regel auch für den Fall gelten soll, dass später pflichtteilsberechtigte Personen (etwa durch Heirat) hinzutreten.²⁰ Dies wurde im Erbvertrag der ersten Eheleute Schubert offensichtlich versäumt. Daher konnte sich der Erblasser ohne Weiteres auf den Anfechtungsgrund der § 2281 Abs. 1, § 2079 BGB, stützen.

¹³ Vgl. *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 25 IX 1 a = S. 518 f. m. w. N.

¹⁴ *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen II 1, 1837, S. 294 ff. Die h. M. entschied freilich anders und gewährte dem Noterben ausschließlich eine Klage auf den Pflichtteil (RG, Urteil vom 20.4.1884, III 20/84, RGZ 11, 215, 216 f.).

¹⁵ *Eisenhart/Otto*, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern, 1823, S. 145 ff.

¹⁶ *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2281 Rdnr. 15.

¹⁷ BayObLG, Beschluss vom 14.1.1921, III 99/1920, BayObLGZ 21, A 10, 14; OLG Frankfurt, Urteil vom 15.6.2012, 7 U 221/11, ZEV 2012, 542, 544.

¹⁸ *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2281 Rdnr. 18.

¹⁹ *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2281 Rdnr. 9, 18; RG, Urteil vom 8.3.1917, IV 409/16, JW 1917, 536, 537; Nichtigkeit einer Anfechtungserklärung gemäß § 138 BGB, wenn der Erblasser einzig, um von einem gemeinschaftlichen Testament loszukommen, einen Dritten als Kind angenommen hat.

²⁰ BGH, Urteil vom 10.1.1983, VIII ZR 231/81, LM BGB § 185 Nr. 26; *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2281 Rdnr. 20.

⁷ Zur Aushöhlungsproblematik *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2286 Rdnr. 13 ff.; vgl. §§ 2287 f. BGB.

⁸ *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1978, § 36 I = S. 237; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 25 VII 1 = S. 509.

⁹ *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts, 1934, S. 106 f.

¹⁰ *Iulian*, Dig. 45, 1, 61 (de V. O.); *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen II 1, 1837, S. 114 ff.

¹¹ Ausführlich *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen II 1, 1837, S. 118 ff.

¹² Grundlegend *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen II 1, 1837, S. 293 ff.: „Es gibt hier aber manche eigenthümliche Verhältnisse zu beachten, [...]“

II. Die Anfechtungserklärung

Die Wirkung der Anfechtung bestimmt sich nach § 142 Abs. 1 BGB. Der erfolgreich angefochtene Erbvertrag ist von Anfang an nichtig.²¹ Die Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB fällt weg. Die spätere Verfügung von Todes wegen, also die Erbeinsetzung der neuen Ehefrau, ist wirksam,²² vorausgesetzt, dass der Erblasser wirksam die Anfechtung erklärt (§ 2282 BGB). Auch hier modifiziert der besondere Charakter des Erbvertrages die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätze. Die Anforderungen an die Anfechtungserklärung (§ 143 BGB) sind regelmäßig gering. Die Anfechtung ist formlos möglich. Nur der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten ist zu beachten (nachstehend unter 3.). Die Anforderungen des BGB an die Anfechtung eines Erbvertrages sind strenger. Spiegelbildlich zur Höchstpersönlichkeit (§ 2274 BGB) und Formbedürftigkeit (§ 2276 BGB) des Abschlusses des Erbvertrages kann auch die Anfechtungserklärung nicht durch einen Vertreter abgegeben werden (§ 2282 Abs. 1 Satz 1 BGB, nachstehend unter 2.) und bedarf der notariellen Beurkundung (§ 2282 Abs. 3 BGB, nachstehend unter 1.).²³

1. Die Form der Anfechtungserklärung (§ 2282 Abs. 1 BGB)

Die Anfechtungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung. Diese war nach Ansicht des Vertragserben nicht gewahrt, da zwar die Niederschrift (Niederlegung), aber nicht die abschließende Anweisung an den beurkundenden Notar, die Urkunde an das Nachlassgericht zu übermitteln (Abgabe), notariell beurkundet war. Ein interessanter Gedanke, ist doch die Abgabe einer Willenserklärung kaum geringer zu erachten als deren Niederlegung. Entscheidend ist, wie weit man die Anforderungen an die Form mit der Idee der Willenserklärung verknüpfen will. Im Endeffekt wird man aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus – und weniger aufgrund dogmatischer Überlegungen – dem BGH zustimmen können, der – in der Terminologie missverständlich – im ersten Leitsatz der Entscheidung formuliert: „Die Begebung einer notariellen Anfechtungserklärung nach § 2281 BGB unterliegt nicht dem Beurkundungserfordernis des § 2282 Abs. 3 BGB.“

a) Das Wirksamwerden einer Willenserklärung

Um die Frage nach der Reichweite des Formzwangs zu verstehen, muss man über den Prozess des Wirksamwerdens der Willenserklärung Rechenschaft ablegen. Wir müssen die Frage hier nicht für jeden Einzelfall in den Blick nehmen, sondern können uns auf den (wichtigsten) Fall der empfangsbedürftigen (schriftlichen) Willenserklärung beschränken, die in Abwesenheit des Empfängers abgegeben wird. Hierüber wurde im 19. Jahrhundert viel geschrieben. Man näherte sich der Problematik meist unter dem Gesichtspunkt der Annahme einer Vertragsofferte und der Perfektion des Vertrages. Die Willenserklärung ist kein punktuell Ereignis, sondern ein Prozess in der Zeit. Vier essentielle, chronologisch aufeinander folgende Zeitpunkte sind zu unterscheiden, die von Schriftsteller zu Schriftsteller verschieden in den Mittelpunkt

der Wirksamkeitslehre der Willenserklärung gestellt wurden: Die Äußerungstheorie (a) rekurrierte auf den Zeitpunkt der Äußerung bzw. Niederschrift (Niederlegung) der Willenserklärung, die Übermittlungstheorie (b) auf die Übermittlung der niedergelegten Äußerung an den Empfänger (Abgabe), die Empfangstheorie (c) auf das Gelangen der Erklärung an den Empfänger und schließlich die Vernehmungstheorie (d) auf die tatsächliche intellektuelle Kenntnisnahme der Erklärung durch den Empfänger. Es gibt also vier potentielle Ansatzpunkte: Die Niederschrift, die Abgabe, der Zugang, die Kenntnisnahme.²⁴ Das BGB hat sich bekanntlich in § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Empfangstheorie entschieden.²⁵ Das bedarf keiner weiteren Erörterung, liegt es doch im Begriff der empfangsbedürftigen Willenserklärung, dass ihr Empfänger zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme haben muss. Dies bedeutet aber nicht, dass die vorgelagerten Fixpunkte ohne Wirkung wären. Deren Bedeutung erschließt sich, wenn man die Kritik an der Äußerungstheorie aufgreift. Sicherlich: In der Niederschrift manifestiert sich der Inhalt der Willenserklärung. Aber dies genügt noch nicht für den Vertragsschluss. Denn in der Niederschrift alleine liegt noch kein (endgültiges) Disponieren. Man kann noch zurück. Mit der Urkunde wurde erst das Werkzeug geschaffen, vermittels dessen man dem Kontrahenten in einem weiteren Schritt seinen Willen erst noch erklären möchte.²⁶ Die Übermittlungstheorie ist daher die notwendige Fortentwicklung der Äußerungstheorie. Sie macht die Abgabe der Erklärung – verstanden als die (willentliche) Veranlassung ihrer Übermittlung an den Empfänger – zur zwingenden Wirksamkeitsvoraussetzung der Willenserklärung. Die Willenserklärung ist vollendet, wenn der Erklärende alles von seiner Seite Nötige dafür getan hat, dass die Niederschrift zum Empfänger gelangt. Die Niederschrift des Briefes oder auch das bloße Instruieren des Boten genügen nicht. Es muss hinzukommen, dass der Brief tatsächlich ab-, der Bote wirklich losgeschickt wird.²⁷ Wir wissen natürlich heute, dass hier noch nicht Schluss ist. Das endgültige Wirksamwerden der Willenserklärung setzt weiterhin den Zugang der Willenserklärung voraus.²⁸ Aber eines nehmen wir aus der vergangenen Diskussion mit: Seitens des Erklärenden ist die Abgabe der entscheidende Punkt der Willenserklärung. Sie ist das bewusste In-Geltung-Setzen der Willenserklärung durch den Erklärenden. Sie ist der Zeitpunkt, in dem der Inhalt der Willenserklärung mit Rechtsbindungswillen versehen wird.²⁹ Eine Willenserklärung, die ohne den Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr und zum Empfänger gelangt, ist fehlerhaft. Mehr noch: Nach der Rechtsprechung des BGH ist die abhandengekommene Wil-

²⁴ Vgl. die schöne Darstellung bei *Hasenöhr*, Das oesterreichische Obligationenrecht I, 1892, § 51 = S. 656 ff.

²⁵ Motive in *Mugdan* I, S. 438 f.; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 1992, § 14 I = S. 224 f.

²⁶ *Hasenöhr*, Das oesterreichische Obligationenrecht I, 1892, § 51 = S. 662 f.

²⁷ Grundlegend *Scheurl*, *JherJb* 2 (1858), 248 (257 ff.).

²⁸ *Hasenöhr*, Das oesterreichische Obligationenrecht I, 1892, § 51 = S. 664.

²⁹ *Staudinger/Singer/Benedict*, 2012, § 130 Rdnr. 28: Die Abgabe ist der objektive Ausdruck des Rechtsbindungswillens. Auch sonst ist der Zeitpunkt der Abgabe der entscheidende Zeitpunkt, soweit es für die Wirksamkeit der Willenserklärung auf Umstände (Geschäftsfähigkeit, Willensmängel) in der Person des Erklärenden ankommt. Dies kommt deutlich in § 130 Abs. 2 BGB zum Ausdruck: Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird (*Flume*, Das Rechtsgeschäft, 1992, § 14 II = S. 226).

²¹ *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2281 Rdnr. 33.

²² *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2289 Rdnr. 15.

²³ Diese Regelung des BGB ist schon beachtenswert, denn im gemeinen Recht überwog die Ansicht, dass der Erbvertrag formlos geschlossen werden konnte. Eine Anwendung der römisch-rechtlichen Vorschriften über die Testamenterrichtung wurde gerade abgelehnt (RG, Urteil vom 5.1.1883, III 37/82, RGZ 8, 133, 134; eingehend *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen II 1, 1837, S. 233 ff.).

lenserklärung schlicht „rechtlich nicht existent.“³⁰ Von ihr gehen keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkungen aus.

b) Die Reichweite der Pflicht zur notariellen Beurkundung

In einem zweiten Schritt muss man fragen, ob sich aus der Wirkungslehre der Willenserklärung die Reichweite der Pflicht zur notariellen Beurkundung ableiten lässt. Es spricht einiges dafür, dass die „reine“ Lehre eine Beurkundung aller drei Stufen der Willenserklärung fordert: Neben der Niederlegung also auch die Abgabe (durch die Weisung an den Notar zur Vorlegung der Erklärung) und der Zugang (durch Vorlage der Urkunde durch den beurkundenden Notar).³¹ In einem dritten Schritt ist zu klären, ob dieses Ergebnis aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus der Korrektur bedarf. Die Zweite Kommission ließ sich bei der Beratung der Reichweite des Beurkundungszwangs in erster Linie von derartigen Nützlichkeitsabwägungen leiten.³² Und in der Tat muss man zugeben, zielt der Beurkundungszwang immer auch auf eine Entschleunigung des Rechtsverkehrs, eine übermäßige Ausdehnung des Beurkundungszwangs überschreitet die Schwelle zur schädlichen Beeinträchtigung des Rechts- und Geschäftsverkehrs. Eine erste Verschlankung der Reichweite des Beurkundungszwangs lässt sich leicht begründen. Die Beurkundungspflicht kann überhaupt nur so weit reichen, wie die Wahrnehmung des Notars reicht. Beschränkt sich die Aufgabe des Notars darauf, die Zustellung der Erklärung zu veranlassen, legt er die Urkunde aber nicht selbst vor, so kann der Zugang der Erklärung auch keinen Gegenstand der Beurkundung bilden.³³ Ob sich der Umfang des Beurkundungszwangs gegenständlich noch weiter zusammenstreichen lässt, hängt davon ab, ob sich eine entsprechende Verkürzung mit den Formzwecken der notariellen Beurkundung vereinbaren lässt: (a) Die erklärende Partei soll vor Übereilung geschützt werden, (b) der Inhalt des (Rechtsfolge-)Willens soll in der Erklärung unzweideutig zum Ausdruck kommen und schließlich (c) soll durch die Urkunde Beweis geführt werden können. Der Übereilungsschutz und die Verpflichtung des Notars, den wahren Willen der Beteiligten zu erforschen und die Erklärung klar und unzweideutig zu formulieren (§ 17 Abs. 1 BeurkG), verlangen ihrerseits sicherlich keine besondere Beurkundung der Vorlageweisung an den Notar. Anders aber sieht es mit der Beweisfunktion aus. Die Beurkundung alleine der Niederschrift gibt nur darüber Auskunft, welchen Inhalt die Urkunde hat, sie schweigt aber darüber, ob die Erklärung überhaupt „abgegeben“, mithin in Geltung gesetzt wurde und rechtlich existent ist (Rechtsbindungswille). Sie schafft keine Gewissheit darüber, ob es wirklich zur Abgabe der Erklärung gekommen ist. Möglich bleibt der – auch von § 416 ZPO nicht ausgeschlossene³⁴ – (Gegen-)Beweis, dass die Erklärung ohne den Willen des Erklärenden an den Empfänger gekommen ist.³⁵ Und dennoch rang sich die Zweite Kommission dahin durch, alleine die Niederlegung der Willenserklärung dem Beurkundungszwang zu unterstellen: „Was den dritten Zweck, die Sicherung des Beweises anlangt, so sei auch nach

dieser Richtung der Vorschlag, nur die Beurkundung des Antrags und der Annahme zu verlangen (Anmerkung: Und nicht auch Beurkundung des Ersuchens um Vorlage der Erklärung), als genügend anzusehen.“³⁶ Wohl zu Recht, denn letztlich werden Fälle, in denen eine notariell beurkundete Niederschrift ohne den Willen des Erklärenden in den Verkehr kommt, sehr selten sein. Und die zu vernachlässigende Gefahr abhandengekommener notarieller Urkunden rechtfertigen nicht den mit einer Beurkundung der Weisung zur Weiterleitung an den Empfänger einhergehenden Formalismus. Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Das BGB hat sich bewusst dafür entschieden, dass nur die Niederschrift zu beurkunden ist. Dies zeigt sich deutlich in der Fassung des heutigen § 128 BGB. Hier heißt es nämlich nicht, wie in der Zweiten Kommission beraten: „Ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Vertrages vorgeschrieben, so genügt es, wenn der Antrag gerichtlich beurkundet, dem anderen Theile auf Ersuchen des Antragenden von dem Gerichte oder dem Notare vorgelegt und das Ersuchen, die Vorlegung sowie die Annahme des Antrages von dem Gerichte oder dem Notare beurkundet wird.“³⁷ Nichts anderes gilt für das richtige Verständnis des § 2282 Abs. 3 BGB. Die Beurkundung der Niederlegung der Anfechtungserklärung reicht aus. Denn es heißt eben nicht im Gesetz: „Die Anfechtungserklärung sowie das Ersuchen um Übermittlung an den anderen Vertragsschließenden oder das Nachlassgericht bedürfen der notariellen Beurkundung.“

c) Die Terminologie des BGH

Der BGH entscheidet sich unter Rekurs auf die Entstehungsgeschichte des § 128 BGB gleich: „Die Begebung einer notariellen Anfechtungserklärung nach § 2281 BGB unterliegt nicht dem Beurkundungserfordernis des § 2282 Abs. 3.“³⁸ Zum besseren Verständnis ersetzt man nur den Begriff „Begebung“ durch „Abgabe“. Und es heißt dann vollkommen zutreffend: „Die Abgabe einer notariellen Anfechtungserklärung – oder genauer: die Weisung an den Notar zur Übermittlung der niedergelegten Anfechtungserklärung – unterliegt nicht dem Beurkundungserfordernis des § 2282 Abs. 3 BGB.“ Hintergrund dieser Klarstellung ist die missverständliche Terminologie der Bruno-Schubert-Entscheidung: „Dem Beurkundungszwang unterliegt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 2282 Abs. 3 BGB nur die gemäß § 2282 Abs. 1 Satz 1 BGB höchstpersönliche Erklärung der Anfechtung, d. h. die Abgabe der Willenserklärung, nicht hingegen die Begebung.“³⁹ Der BGH gibt Abgabe und Begebung folgenden Inhalt: „Abgegeben ist eine Erklärung, wenn der Erklärende seinen rechtsgeschäftlichen Willen erkennbar so geäußert hat, dass an der Endgültigkeit der Äußerung kein Zweifel mehr möglich ist. Bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung muss zu ihrer Wirksamkeit die Begebung hinzukommen, d. h. sie muss mit dem Willen des Erklärenden in den Verkehr gebracht worden sein.“⁴⁰ „Abgabe“ steht also für die schriftliche „Niederlegung“ (Niederschrift) der Erklärung. Der Begriff „Begebung“ hingegen bezeichnet die eigentliche „Abgabe“. Das erhellt sich, wenn man die in Bezug genommene Ent-

³⁰ BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847 Rdnr. 29. Ggf. kommt eine Haftung des Ausstellers über die Grundsätze der „culpa in contrahendo“ in Betracht. Die h. M. gibt dem Aussteller lediglich ein Anfechtungsrecht entsprechend § 119 Abs. 1 BGB (vgl. *Staudinger/Singer*, 2012, Vorbem. 49 zu §§ 116 ff.).

³¹ Vgl. Protokolle, Mugdan I, S. 707.

³² Protokolle, Mugdan I, S. 707.

³³ Protokolle, Mugdan I, S. 706.

³⁴ *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 2006, § 415 Rdnr. 30, § 416 Rdnr. 17.

³⁵ Vgl. Protokolle, Mugdan I, S. 707.

³⁶ Protokolle, Mugdan I, S. 707.

³⁷ Protokolle, Mugdan I, S. 704 (Antrag 4 b α).

³⁸ BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12, MittBayNot 2014, 253 = ZEV 2013, 495, Rdnr. 18 ff.

³⁹ BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12, MittBayNot 2014, 253 = ZEV 2013, 495 Rdnr. 17.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12, MittBayNot 2014, 253 = ZEV 2013, 495 Rdnr. 17; siehe auch *Palandt/Ellenberger*, 2013, § 130 Rdnr. 4.

scheidung des BGH vom 18.12.2002, IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384, heranzieht. Denn hier formuliert der BGH noch klarer dahin, „dass eine empfangsbedürftige schriftliche Willenserklärung zu ihrer Wirksamkeit nicht nur der Niederschrift bedarf, sondern dass die sog. Begebung hinzukommen, d. h. dass sie mit Willen des Erklärenden in Verkehr gebracht worden sein muss.“⁴¹ Der BGH geht einen terminologischen (Sonder-)Weg. Das ist unglücklich. In der Wissenschaft wird für den „Begebungsakt“ (BGH) üblicherweise der Terminus „Abgabe“ verwandt. Ein Beispiel: „Über den Begriff der Abgabe herrscht weitgehende Einigkeit. Danach gilt eine Willenserklärung als abgegeben, wenn der Erklärende alles getan hat, was seinerseits zum Wirksamwerden der Erklärung erforderlich war. (...) Bei einer verkörperten Erklärung bedarf es (dazu) der endgültigen Entäußerung. (...) Insoweit liegt regelmäßig in der Übergabe der Erklärung an den Boten ihre Abgabe.“⁴²

2. Die Höchstpersönlichkeit der Anfechtungserklärung

a) Höchstpersönliches In-Geltung-Setzen der Erklärung

Nach § 2274 BGB kann der Erbvertrag nach dem Vorbild des § 2064 BGB nur persönlich geschlossen werden. Konsequenter ordnet § 2281 Abs. 1 Satz 1 BGB daher an, dass auch die Anfechtung des Erbvertrages als „actus contrarius“ nicht durch einen Vertreter erfolgen kann. Und auch hier stellt sich die Frage: Bezieht sich die Höchstpersönlichkeit nur auf die Niederlegung der Willenserklärung oder ist eine Stellvertretung auch bei Abgabe der Willenserklärung durch die Weisung an den Notar, für die Übermittlung an das Nachlassgericht zu sorgen, ausgeschlossen? Nach Auffassung der Vorinstanz, dem 7. Zivilsenat des OLG Frankfurt, muss nur die Niederlegung der Anfechtungserklärung persönlich durch den Erblasser erfolgen. Bei der letztlich internen Anweisung an den beurkundenden Notar könne sich der Erblasser dagegen sehr wohl eines Stellvertreters bedienen.⁴³ Das halte ich nicht für richtig.⁴⁴ § 2282 Abs. 1 Satz 1 BGB will erreichen, dass der Erblasser die Entscheidung über die Anfechtung unmittelbar und selbst trifft und nicht ein anderer, sei er auch dazu (persönlich vom Erblasser) bevollmächtigt.⁴⁵ Im Zeitpunkt der Niederlegung (als solcher) ist die Entscheidung über die Anfechtung aber noch nicht (endgültig) getroffen. Die Erklärung ist noch nicht in Geltung gesetzt. Ohne die Weisung an den Notar, für die Übermittlung zu sorgen (Abgabe), fehlt der Rechtsbindungswille. Man zögert und wartet eben zunächst noch ab.⁴⁶ Verlangt das Gesetz wegen der Wichtigkeit einer Sache Höchstpersönlichkeit, so ist eine Vertretung gerade auch bei dem Akt des In-Geltung-Setzens der Erklärung ausgeschlossen. Das In-Geltung-Setzen (Abgabe) ist im Vergleich zur Niederlegung des Erklärungsinhalts nicht weniger bedeutsam. Sie ist der wichtigere Akt. Die Niederlegung schafft in der Urkunde nur das Werkzeug, das man auch unbenutzt liegen lassen kann. Erst das Einsetzen dieses Werkzeugs schafft Fakten und bindet den Erklärenden. Die Höchstpersön-

lichkeit des § 2282 Abs. 1 Satz 1 BGB schließt den Einsatz von Hilfspersonen aber nicht vollkommen aus. Wirkungslos ist nur die Stellvertretung. Die Verwendung eines Boten, der anders als der Stellvertreter keine eigene Willenserklärung abgibt, sondern die Willenserklärung des Erblassers lediglich überbringt, ist zulässig.⁴⁷ Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist daher die Frage, ob der eingeschaltete Rechtsanwalt als Bote oder als Stellvertreter die Vollzugsanweisung zur Einreichung der Urkunde übermittelt hat, sehr wohl entscheidungserheblich.

b) Die Beweisregel der §§ 415, 416 ZPO

Die Bruno-Schubert-Entscheidung wirft diese materiellrechtliche Frage nicht auf und bezieht daher nicht ausdrückliche Stellung. Stattdessen rekurriert der BGH ohne klaren Zusammenhang recht unvermittelt auf § 416 ZPO und sieht es aufgrund der Vorlage der Urkunde vom 28.8.2009 als (formell) bewiesen an, dass diese vom Erblasser persönlich niedergelegt und abgegeben wurde.⁴⁸ Man kann nur vermuten, dass sich der Zusatz „persönlich“ auf die Niederlegung und die Abgabe bezieht. Damit wäre die nicht gestellte Frage beantwortet und dies auch richtig. Nach § 416 ZPO begründet die vom Aussteller unterschriebene Privaturkunde vollen Beweis dafür, dass die in ihr enthaltene Erklärung vom Aussteller abgegeben, also von ihm durch willentliche Begebung in Geltung gesetzt wurde.⁴⁹ Aussteller ist derjenige, der die Erklärung willentlich verlautbart, also niedergelegt hat.⁵⁰ Auf die Person, die die niedergeschriebene Erklärung im Fortgang in Geltung gesetzt hat, kommt es gerade nicht an. Insoweit ist für die Bestimmung des Ausstellers im Sinne des § 416 ZPO die Äußerungstheorie maßgebend. Dies wird regelmäßig die Person sein, die die Urkunden unterschreibt, da sie sich die Erklärung zu eigen macht. Gemäß § 416 ZPO ist damit die Person unseres Erblassers, der die niedergelegte Erklärung selbst unterschrieben hat, formell als derjenige bewiesen, der die Erklärung abgegeben, also in Geltung gesetzt hat. Die Erklärung wird ihm unmittelbar zugerechnet. Auf die Prüfung einer wirksamen Stellvertretung kommt es nicht an. Die Frage des Ausschlusses der Stellvertretung stellt sich nicht. Wir können noch die Gegenprobe machen. Wird eine Erklärung von einem Vertreter mit Unterschrift niedergelegt, so ist alleine der Vertreter Aussteller; gleichgültig, ob er mit seinem Namen oder dem des Vertretenen unterschreibt.⁵¹ Die Erklärung gilt als von ihm abgegeben. Ob diese Erklärung für den Vertretenen wirkt, bestimmt sich alleine nach materiellem Recht. Ist die Vertretung wie im Falle des § 2282 Abs. 1 Satz 1 BGB verboten, bleibt sie wirkungslos. Wir können also als Zwischenergebnis festhalten: Hat derjenige, zu dessen Gunsten und Lasten die Erklärung wirkt, die Urkunde als Aussteller unterschrieben, so ist damit auch die Höchstpersönlichkeit der Erklärung bewiesen.

Sicherlich muss der Gegenbeweis eröffnet sein, dass die Erklärung nicht vom Aussteller persönlich abgegeben wurde. Auch hier weist der BGH den Weg. Ganz allgemein lässt die herrschende Meinung den Gegenbeweis gegen die formelle Beweiskraft des § 416 ZPO in die Richtung zu, dass die Wil-

⁴¹ BGH, Urteil vom 18.12.2002, IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384.

⁴² *Staudinger/Singer/Benedict*, 2012, § 130 Rdnr. 28, 30, 31.

⁴³ OLG Frankfurt, Urteil vom 15.6.2012, 7 U 221/11, ZEV 2012, 542, 546.

⁴⁴ Zutr. *Keim*, ZEV 2012, 548, 549; vgl. auch den in der gleichen Sache (Anordnung der Nachlasspflegschaft) betrauten 20. Zivilsenat des OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 25/11, ZEV 2012, 417, 420.

⁴⁵ *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2282 Rdnr. 1.

⁴⁶ Vgl. *Staudinger/Singer/Benedict*, 2012, § 130 Rdnr. 31.

⁴⁷ BGH, Beschluss vom 28.11.2007, XII ZB 225/05, NJW 2008, 917 Rdnr. 15; *Staudinger/Schilken*, 2009, Vorbem. 79 zu §§ 164 ff.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12, MittBayNot 2014, 253 = ZEV 2013, 495 Rdnr. 27 ff.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847, 848; BGH, Urteil vom 18.12.2002, IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384; *MünchKommZPO/Schreiber*, 2012, § 416 Rdnr. 9.

⁵⁰ *MünchKommZPO/Schreiber*, 2012, § 416 Rdnr. 4, § 437 Rdnr. 1.

⁵¹ *MünchKommZPO/Schreiber*, 2012, § 416 Rdnr. 4, 5.

lenserklärung nicht willentlich abgegeben wurde.⁵² Da bei höchstpersönlichen Erklärungen die Abgabe voraussetzt, dass der Aussteller die Erklärung selbst – oder durch einen Erklärungsboten – in Geltung gesetzt hat, ist der Gegenbeweis dahin zu führen, dass es genau daran gebricht, also ein eingeschalteter Dritter als Vertreter gehandelt hat. Die Bruno-Schubert-Entscheidung konkretisiert allerdings wieder wenig eindeutig: Der Gegenbeweis sei dahin zu führen, „dass die notarielle Urkunde ohne Willen des Erblassers eigenmächtig durch einen Vertreter in den Verkehr gelangt ist.“⁵³ Das ist missverständlich. Entscheidend ist, ob der Mittelsmann als Bote oder Stellvertreter handelt. Hierüber entscheidet das Auftreten der Mittelsperson. Bote ist derjenige, der alleine die Funktion eines Übermittlers einer fremden Erklärung einnimmt. Der Übermittler hat hinsichtlich des „Ob“ des Geschäfts keinerlei Entscheidungsmacht.⁵⁴ Die Formel des BGH macht damit nur Sinn, wenn man die Passage „eigenmächtig durch einen Vertreter“ auf die Abgrenzung der Botenschaft zur Stellvertretung bezieht. Ob dieser Gegenbeweis geführt werden kann, ist Tatfrage. Keine Rolle spielt es insoweit, dass dem Rechtsanwalt Vollmacht erteilt war. Auch ein Mittelsmann, der mit Vertretungsmacht ausgestattet ist, kann „nur“ als Bote handeln.⁵⁵ Und auch die Verwendung der Worte „in Vertretung“ gibt keine sichere Auskunft darüber, ob der eingeschaltete Rechtsanwalt als Vertreter oder Bote aufgetreten ist. Maßgeblich sind die Gesamtumstände.⁵⁶ Bestimmt der Rechtsanwalt nach Ermessen, dass die Zeit zur Einreichung der Anfechtungserklärung reif ist, handelte er als Stellvertreter. Entscheidet der Erblasser diese Frage selbst und weist er seinen Rechtsanwalt an, handelt dieser als Bote.

Soweit der Grundsatz. In der Bruno-Schubert-Entscheidung bestand eine weitere Besonderheit dahin, dass in die Urkunde selbst der Vorbehalt aufgenommen war, dass die Übermittlung an das Nachlassgericht (Abgabe) nur aufgrund gesonderter Weisung erfolgen sollte. *Keim* meint, dass die Urkunde damit selbst ihre Beweisfunktion für ihre Abgabe zerstöre.⁵⁷

⁵² BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847 Rdnr. 15 ff.; *Musielak/Huber*, ZPO, 2013, § 416 Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 2006, § 416 Rdnr. 17; str.

⁵³ BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12, MittBayNot 2014, 253 = ZEV 2013, 495 Rdnr. 31.

⁵⁴ *Staudinger/Schilken*, 2009, Vorbem. 74 f. zu §§ 164 ff.

⁵⁵ *Staudinger/Schilken*, 2009, Vorbem. 80 zu §§ 164 ff.

⁵⁶ BAG, Urteil vom 13.12.2007, 6 AZR 145/07, BAGE 125, 208 Rdnr. 15.

⁵⁷ *Keim*, ZEV 2012, 548, 549; so in der Tat das OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 25/11, ZEV 2012, 417, 420 f., das in gleicher Sache über die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zu befinden hatte.

Der BGH weist diesen Gedanken zu Recht zurück. Denn die gegenteilige Auffassung übersieht, dass der Tatbestand des § 416 ZPO nicht nur (a) das Vorliegen einer Urkunde verlangt, sondern eben auch, dass sie (b) in den Verkehr gelangt sein muss. Und gerade dieser letzte Umstand rechtfertigt trotz des aufgenommenen Vorbehalts den formellen Beweis, dass die Urkunde mit Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt ist.

3. Bedingungsfeindlichkeit

Ein letzter Punkt. Die Anfechtung eines Erbvertrages ist – wie allgemein die Ausübung eines Gestaltungsrechts – bedingungsfeindlich. Die unter einer Bedingung abgegebene Anfechtungserklärung ist entsprechend § 388 Satz 2 BGB unwirksam.⁵⁸ Der dahinterstehende Gedanke leuchtet ein. Da die Anfechtung des Erbvertrages unmittelbar über die Erbstellung entscheidet, ist der mit der Ungewissheit des Bedingungseintritts verbundene Schwebezustand dem dadurch Betroffenen regelmäßig unzumutbar. Aber darum geht es hier nicht. Die Aufschiebung der Abgabe einer schriftlich niedergelegten Willenserklärung bedeutet nur, dass der Wille des Erklärenden noch nicht fertig ist. Der Erblasser befand sich noch im Bereich der Entscheidungsfindung. Der Bedingungs-begriff der §§ 158 ff. BGB knüpft aber an den fertigen, (durch Abgabe) in Geltung gesetzten und (durch Zugang) wirksam gewordenen Willen an. Der erklärte Wille weist nur die Besonderheit auf, dass der Eintritt der anvisierten Rechtsfolge an ein anderes Ereignis gebunden wird.⁵⁹ Oder mit Blick auf die Wirksamkeitslehre ausgedrückt: Nach der Niederlegung einer jeden schriftlichen Erklärung ist ungewiss, ob sie persönlich oder durch Weisung an einen Boten abgegeben wird. Die Klausel in der notariellen Beurkundung der Anfechtungserklärung, die eine besondere Anweisung zur Übermittlung verlangt, umschreibt letztlich nur das notwendige Tatbestandsmerkmal der Abgabe. Sie ist reine Rechtsbedingung. Schauen wir noch auf die Zeit nach dem endgültigen Wirksamwerden der Anfechtungserklärung durch Zugang (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Abgabe ist erfolgt, die „Bedingung“ eingetreten, die Willenserklärung sofort mit Zugang wirksam geworden. Irgendein für den Empfänger schädlicher Schwebezustand besteht nicht.⁶⁰

⁵⁸ *Staudinger/Bork*, 2010, Vorbem. 38, 44 zu §§ 158 ff.

⁵⁹ *Bergmann* in FS Reuter, 2010, S. 17, 19 Fn. 6 m. w. N.

⁶⁰ OLG Frankfurt, Urteil vom 15.6.2012, 7 U 221/11 (Vorinstanz), ZEV 2012, 542, 544; *Keim*, ZEV 2012, 548.

TAGUNGSBERICHT

Die Feststellung der Geschäftsfähigkeit in der notariellen Praxis

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 29.1.2014

Von Jan Barth, München

Am 29.1.2014 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2013/2014 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Die Feststellung der Geschäftsfähigkeit in der notariellen Praxis“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, begrüßte das Auditorium und dankte Dr. *Timo Fest*, LL.M. (UPenn), der im Vorfeld der Tagung eine Einführungsveranstaltung für Studenten und Referendare abgehalten hatte. Wie bereits bei den vorangegangenen Tagungen konnten so zahlreiche junge Teilnehmer auf die nachfolgenden Tagungsreferate vorbereitet werden. Sodann stellte *Hager* die Referenten, Professor Dr. med. *Wolfgang Eisenmenger*, München, Dr. med. *Michael Bedacht*, München, sowie Notarin Dr. *Andrea Lichtenwimmer*, Ingolstadt, vor. Schließlich übergab er zunächst das Wort an Professor Dr. *Hans-Georg Hermann*, München.

Hermann zeigte anhand einiger historischer Beispiele auf, dass die Thematik der Tagung die Rechtswissenschaft bereits seit Jahrhunderten beschäftigt. So zitierte er eingangs den beinahe 800 Jahre alten Sachsenspiegel, der die Testierfähigkeit an der Fähigkeit, ein Ross ohne fremde Hilfe in voller Kampfmontur besteigen zu können, anknüpfte. Bald schon, so *Hermann*, sei die Jurisprudenz dabei jedoch differenzierter zu Werke gegangen. So knüpfte die Reichsnotariatsordnung von 1512 etwa an die Verständlichkeit und die Verständigkeit des Testators, mithin an seine körperliche Äußerungsfähigkeit wie auch seine geistige Verfassung an. Die Geschäftsordnung der bayerischen Notariate von 1899 schließlich komme der heutigen Regelung schon recht nahe, indem sie bei Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit ein vorheriges Gespräch sowie die Feststellung des Befundes in einem Protokoll vorschrieb.

Das erste Referat von *Eisenmenger* und *Bedacht* trug den Titel „Medizinische Anmerkungen zur Geschäftsfähigkeit, speziell zur Testierfähigkeit“. *Eisenmenger* begann seinen Vortrag mit dem Hinweis, als Rechtsmediziner für Fragen der Geschäfts- und Testierfähigkeit genau genommen gar nicht zuständig zu sein, fielen diese doch in den Bereich von Psychiatern und Psychologen. Da jedoch das Institut für Rechtsmedizin unter seiner Leitung immer wieder auch Gutachteraufträge zu diesem Thema erhalten habe, gebe er die daraus gewonnenen Erfahrungen gerne weiter.

Einen Fall hob *Eisenmenger* besonders hervor. Ein Landwirt habe bei der Beurkundung einiger Grundstücksgeschäfte die ganze Zeit den Kopf auf den verschränkten Armen abgelegt. Am Gespräch habe er sich nicht beteiligt. Unmittelbar nach dem Beurkundungstermin sei er mit über 40 Grad Celsius Fieber in ein Krankenhaus eingeliefert worden, wo eine seltene Infektionskrankheit festgestellt werden konnte. *Eisenmenger* nahm diesen Fall zum Ausgangspunkt, um anhand von § 105 Abs. 2 BGB das Phänomen der Bewusstlosigkeit medizinisch zu untersuchen. Er hob hervor, dass damit eine hochgradige Bewusstseinsstörung gemeint sei, die das Erkennen von Inhalt und Wesen einer Handlung ganz oder in

bestimmte Richtung ausschließe. Beispielhaft werde dabei meist die Trunkenheit genannt, jedoch sei auch – wie im konkreten Fall – ein Fieberdelir möglich. Problematisch bei der medizinischen Begutachtung derartiger Fälle sei, dass eine juristische Definition, und sei sie auch noch so exakt wie etwa die des BayObLG aus dem Jahre 2004,¹ nicht die Vorgaben für ein klar definiertes medizinisches Krankheitsbild erfüllten. Psychiatrische Diagnosen würden heute üblicherweise nach international gängigen Kriterien gestellt, wovon die bekannteste wohl die International Classification of Diseases, der ICD, sei. Besonders häufig zusammen auftretende Symptome würden dabei zu einem Syndrom zusammengefasst.

Sodann wandte sich *Eisenmenger* der medizinischen Begutachtung der Geschäftsfähigkeit zu. Diese erfolge in zwei Schritten. Zunächst werde anhand einer exploratorischen Abklärung der Symptome eine syndromale Diagnose erstellt. Erst auf einer zweiten Stufe werde dann die Frage gestellt, ob das so diagnostizierte Krankheitsbild Auswirkungen auf die Fähigkeit habe, die Bedeutung einer Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Die reine Diagnose sage darüber nämlich noch nichts aus.

Schließlich wies *Eisenmenger* noch auf die demographische Entwicklung und die steigende Prävalenz demenzieller Erkrankungen mit zunehmendem Alter hin. Die praktische Relevanz der Tagungsproblematik sei dabei insbesondere im Hinblick auf Fragen der Testierfähigkeit relevant, da eine neuropathologische Untersuchung in aller Regel kein geeignetes Substrat für die Beurteilung der Testierfähigkeit post mortem liefern könne.

Eisenmenger übergab sodann das Wort an *Bedacht*, der aus der Gutachterpraxis des Instituts für Rechtsmedizin berichtete. *Bedacht* sprach zunächst über die Aufgaben eines Gutachters und darüber, welche Kriterien bei der Begutachtung der Geschäftsfähigkeit angelegt werden könnten. Dabei hob er Orientierungsstörungen, Aufmerksamkeits- und Gedächtnisstörungen, Intelligenzeinbußen sowie formale Denkstörungen besonders hervor. Sodann wies *Bedacht* auf die Schwierigkeiten einer postmortalen Begutachtung hin. Zwar seien Hinweise in Akten, somit auch in notariellen Unterlagen, durchaus hilfreich. Problematisch sei jedoch die oftmals ungenaue Verwendung medizinischer Fachbegriffe. Die Beobachtungen medizinischer Laien seien häufig nur schwer in eine syndromale Diagnose einzuordnen.

Nach der Schilderung einiger Fälle wandte sich *Bedacht* schließlich noch dem luziden Intervall zu. Auch wenn ein solches in vielen Fällen von einer der beteiligten Parteien behauptet würde, seien luzide Intervalle äußerst selten, bei schweren Demenzen könne man sie ausschließen. Möglich, wenn auch eben selten, seien sie bei Herzrhythmusstörungen,

¹ BayObLG, Beschluss vom 17.8.2004, 1 Z BR 053/04, MittBayNot 2005, 235, 236.

schlecht eingestellter Diabetes mellitus, bei Austrocknung, einer schweren Nierenfunktionsstörung sowie bei Medikamentenfehleinnahme.

Der abschließende Vortrag von *Lichtenwimmer* trug den Titel „Fragen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit in der Praxis des Notars“. *Lichtenwimmer* betonte zunächst, dass einige beurkundungspflichtige Geschäfte de facto eine inhaltliche Verknüpfung mit dem Alter aufwiesen. Die Tagungsproblematik sei daher eine häufige. Besondere Bedeutung komme in diesem Zusammenhang den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Beurkundungstätigkeit zu. Der Notar habe der personalen Rechtssphäre der Rechtssuchenden in geeigneter Weise Rechnung zu tragen und diese im Rahmen der zu ihrem Schutz angeordneten zwingenden verfahrensrechtlichen Vorschriften durchzusetzen. Schwierig sei dabei, dass Feststellungen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit auch eine empirische Komponente aufwiesen, die letztlich nur durch einen medizinischen Sachverständigen begutachtet werden könne. Daher sei der Notar bei der Beurteilung auf eigene Wahrnehmungen angewiesen.

In der Folge setzte sich *Lichtenwimmer* mit den beurkundungsrechtlichen Pflichten auseinander, stellte §§ 11 sowie 28 BeurkG vor und grenzte die Vorschriften voneinander ab. Beiden Vorschriften sei gemein, dass sie auf die erforderliche Geschäftsfähigkeit abstellten und damit auf die jeweiligen materiellen Vorschriften verwiesen. Unterschiede ergäben sich damit bei beschränkt Geschäftsfähigen, da § 2229 Abs. 1 BGB die Testierfähigkeit bereits ab dem 16. Lebensjahr vorsehe. Anders als die Geschäftsfähigkeit sei die Testierfähigkeit hingegen unteilbar, so dass weder eine abgestufte Testierfähigkeit nach der Schwierigkeit der zu errichtenden letztwilligen Verfügung noch eine partielle Testierfähigkeit hinsichtlich bestimmter abgegrenzter Lebensbereiche anerkannt werden könne.

Sodann kam *Lichtenwimmer* auf Einzelheiten der Geschäfts- und Testierfähigkeit zu sprechen. Dabei betonte sie ebenfalls anhand von § 2229 Abs. 4 BGB, dass eine geistige Beeinträchtigung allein noch keine hinreichende Bedingung für eine Testierunfähigkeit sei. Vielmehr müsse diese ein Maß erreichen, die sowohl die Einsichtsfähigkeit des Testators sowie die Möglichkeit, dieser Einsicht gemäß zu handeln, ausschließe. Dabei unterliege diese Frage nur einer rechtlichen Beurteilung. Eine Bindung an eine etwaige Einschätzung eines medizinischen Sachverständigen bestehe gerade nicht. Auch könne daraus, dass sich der Testator ganz den Vorschlägen eines anderen, etwa denen des Begünstigten, anschließe, nicht der Rückschluss einer unfreien Entscheidung abgeleitet werden.

Im Anschluss an diese Ausführungen behandelte *Lichtenwimmer* typische Beurkundungssituationen. Zunächst betonte sie, dass der Notar grundsätzlich von der Geschäftsfähigkeit eines volljährigen Rechtssuchenden ausgehen dürfe und zu weiteren Nachforschungen in der Regel nicht verpflichtet sei. Bei Feststehen der Geschäftsunfähigkeit hingegen müsse der Notar die Beurkundung ablehnen. Dabei seien besonders strenge Anforderungen an die Überzeugungsbildung gerechtfertigt, da die Ablehnung einer Testamentsbeurkundung zu einer faktischen Beschränkung der Testierfreiheit führen könne.

In Zweifelsfällen habe der Notar seine diesbezüglichen Wahrnehmungen als konkrete und zutreffende Aussage zur psychischen Gesamtverfassung niederzulegen. Eine abschließende rechtliche Beurteilung sei dagegen ausdrücklich nicht gefordert. Wichtige Hinweise könnten dabei etwa darin enthalten sein, wer den Beurkundungsauftrag erteilt habe, wo die Beurkundung stattfinden solle – etwa in einem Krankenhaus – und ob die Beurkundung als besonders eilbedürftig dargestellt worden sei. Wichtigstes Erkenntnismittel sei jedoch das eigene Gespräch des Notars mit dem Betroffenen. Dieses sollte idealerweise allein geführt werden. Relevant sei vor allem die körperliche und geistige Verfassung des Betroffenen. Auch sei der Einfluss des Notars als Gesprächspartner nicht zu unterschätzen. Dieser solle sich daher möglichst zurücknehmen und nicht der Versuchung unterliegen, dem Betroffenen die vermeintlich richtige Lösung zu insinuieren. Naturgemäß solle der Schwerpunkt des Gesprächsinhaltes beim Gegenstand der Beurkundung liegen. Kontrollmöglichkeit könne etwa sein, ob der Betroffene den Inhalt und die rechtlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts mit eigenen Worten wiedergeben könne. Die Anforderungen an die intellektuelle Leistungsfähigkeit dürften dabei jedoch nicht überspannt werden, da auch gesunde Laien kaum in der Lage sein dürften, etwa eine komplexe Vor- und Nacherbfolge wirklich zu verstehen. *Lichtenwimmer* hob sodann noch hervor, dass es – sofern die Gründe für das gewünschte Rechtsgeschäft plausibel vorgetragen würden – keinen Anlass gebe, einem atypischen Geschäft mehr Misstrauen entgegenzubringen als einem typischen. Auch hier solle der Notar strikt darauf achten, nicht die Vorstellungen der Betroffenen durch seine eigenen zu ersetzen, da er auch aus seiner Sicht unverünftigen Beurkundungswünschen nachkommen müsse.

Ferner ging *Lichtenwimmer* noch auf den Vorschlag ein, medizinische Screening-Tests durch den beurkundenden Notar durchzuführen. Die strikte Ablehnung dieses Vorschlages sowohl aus medizinischer wie auch aus juristischer Sicht habe sie überrascht. Sie bestreite zwar nicht, dass die körperlichen Voraussetzungen der Geschäfts- und Testierfähigkeit nur ein Mediziner bestimmen könne. Dennoch erachte sie es als Gewinn für den Notar, die üblichen Testverfahren der Medizin, die darin enthaltenen Fragen sowie die Skaleneinteilung zu kennen. Dadurch könne auch der medizinische Laie besser ermitteln, welche intellektuellen Defizite demenzkranke Personen aufweisen könnten.

Schließlich wies *Lichtenwimmer* darauf hin, dass Feststellungen zur Testierfähigkeit in der Praxis meist widerspruchsfrei hingenommen würden. Die zusätzlichen psychischen Belastungen für den Rechtssuchenden seien jedoch nicht zu unterschätzen, da diesem sein Zustand deutlich vor Augen geführt werde und so auch Zweifel daran genährt werden könnten, ob die angestrebten Geschäfte überhaupt Wirksamkeit erlangten.

Unmittelbar nach den Vorträgen kam es zu einer intensiven Diskussion mit den Referenten, die zahlreiche Fragen des Auditoriums beantworteten. Bei einem anschließenden Empfang in der Juristischen Seminarbibliothek der Ludwig-Maximilians-Universität hatten die Teilnehmer und Referenten die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

BUCHBESPRECHUNGEN

Bös/Neie/Strangmüller/Jurkat (Hrsg.): Praxishandbuch für Notarfachangestellte. 2. Aufl., ZAP, 2014. 1817 S. + CD-ROM, 88 €

Das Praxishandbuch für Notarfachangestellte ist nun in der 2. Auflage erschienen. Die Autoren Notar Dr. *Jens Neie*, Notariatsrat i. N. *Bernd Bös*, Oberamtsrat i. N. *Helmut Strangmüller* und Amtsrat i. N. *Martin Jurkat* sind erfahrene Praktiker. Das Werk ist ein Begleiter bei der täglichen Arbeit in allen Bereichen des Notariats und unterstützt nicht nur Notarfachangestellte bei der Bearbeitung ihrer Aufgaben, sondern leistet auch Berufsanfängern und Wiedereinsteigern nach Elternzeit und Sonderurlaub wertvolle Hilfe, das Wissen auszubauen und in der Praxis umzusetzen.

Das Buch folgt einem besonders praxisorientierten Aufbau: Muster und Formulierungsbeispiele mit den dazugehörigen Erläuterungen verschaffen einen Überblick über die Rechtsgebiete der notariellen Tätigkeit, fördern das Verständnis für die in notariellen Urkunden enthaltenen Formulierungen und erleichtern es, Vorschläge für die Gestaltung einer Urkunde zu erarbeiten. Einen weiteren Schwerpunkt der Darstellung bilden die Aufgaben des Notarfachangestellten im Rahmen der Urkundenabwicklung. Jedes Rechtsgebiet wird durch Ausführungen zur Berechnung der einschlägigen Notarkosten nach dem GNotKG abgeschlossen. Das neue Kostenrecht wird überblicksartig dargestellt und direkt in den einzelnen Sachkapiteln werden häufig auftretende Bewertungsfragen erörtert und alltagsrelevante Bewertungsbeispiele gegeben.

Das Buch ist in acht Teile untergliedert. Im ersten Teil (Büropraxis und Büroorganisation) erhält der Leser ein Bewusstsein für die Pflichten des Notars und für den Notar als Träger eines öffentlichen Amtes. Außerdem werden die Strukturen einer modernen Kanzleiorganisation dargestellt und der Leser mit der Führung der Bücher, Verzeichnisse und Akten des Notars vertraut gemacht. Teil 2 befasst sich mit Verwahrungstätigkeiten des Notars. In Teil 3 werden die Abläufe des Beurkundungsverfahrens und die hierbei jeweils zu beachtenden Besonderheiten (Mitwirkungsverbote, Ausschließungsgründe, Beteiligung behinderter Personen, Beteiligung von Ausländern) dargestellt. Eingängig sind auch die Ausführungen zum Geldwäschegesetz. Teil 4 enthält einen Überblick über das Kostenrecht und gibt ein Verständnis über die Neuregelungen des GNotKG.

Einen Schwerpunkt bildet Teil 5 mit der Darstellung des Immobilienrechts. In den einzelnen Kapiteln wird zunächst das Grundbuchrecht, sodann der Grundstückskauf mit einzelnen Spielarten (Vermessungskauf, Wohnungseigentum, Erbbaurecht, Aufspaltung in Angebot und Annahme etc.), die Vertragsabwicklung, Besonderheiten des Bauträgervertrages, das Wohnungseigentumsrecht, das Erbbaurecht, der Überlassungsvertrag, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte und schließlich Grundpfandrechte mit jeweils vielen damit zusammenhängenden Einzelfragen dargestellt.

Mit Teil 6 folgt eine überblicksartige Darstellung der für einen Notariatsmitarbeiter erforderlichen Grundkenntnisse zum Familienrecht. Der Leser wird an die Erstellung eines Ehevertrages und einer Scheidungsfolgenvereinbarung herangeführt; ihm wird ein Gespür für die durch Inhalts- und Ausübungskontrolle gesetzten Grenzen der Vertragsfreiheit gegeben. Es folgen Darstellungen zur nichtehelichen Lebensge-

meinschaft und zur eingetragenen Lebenspartnerschaft. Das Verständnis für das Recht der Vorsorgevollmacht und der Patientenverfügung wird ebenfalls vermittelt. Die Darstellung des Familienrechts schließt mit der Minderjährigen- und Volljährigen-Adoption.

Teil 7 befasst sich mit dem Erbrecht und gibt einen Überblick über typische erbrechtliche Beratungssituationen. Verfügungen von Todes wegen in typischen Fallgestaltungen (auch das sog. Behindertentestament) werden dargestellt. Es folgen Ausführungen zum Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht, zur Erbauseinandersetzung, zum Erbschafts Kauf, zur Erbteilsübertragung, zur Ausschlagung und zum Erbschein.

Teil 8 befasst sich mit dem Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrecht. Das erste Kapitel widmet sich der GmbH und stellt ausführlich die Bereiche des GmbH-Rechts dar, mit denen ein Notarfachangestellter/Sachbearbeiter im Notardienst in der Regel in Berührung kommt, und zwar von der Gründung der Gesellschaft an über Satzungsänderungen, Veränderungen bei den Geschäftsführern, Prokura, Anteilsabtretung bis hin zur Liquidation der Gesellschaft. Es folgen Kapitel mit der Darstellung des Rechts zum Einzelkaufmann, der Personenhandels-gesellschaften mit oHG und KG, der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts, der Aktiengesellschaft, der Zweigniederlassungen, des eingetragenen Vereins.

Im Anhang des Buches findet sich ein Rechtswörterbuch. Zahlreiche Begriffe aus der Rechtssprache werden erläutert und es werden die zu den Begriffen jeweils einschlägigen Rechtsvorschriften der betroffenen Gesetze zitiert, unter anderem auch die jeweils einschlägigen Paragraphen und Kostenverzeichnisse des GNotKG, was ein schnelles Auffinden bei Kostenfragen zu einzelnen Bereichen ermöglicht. Das Buch schließt mit einem umfangreichen Stichwortverzeichnis.

Erfreulich ist, dass die Autoren in den Fußnoten regelmäßig Rechtsprechung und solche weiterführende Literatur zitieren, die dem Anwender in den meisten Handbibliotheken der Notare zur Verfügung stehen dürfte. Dem Buch ist zudem ein persönlicher Freischaltcode beigelegt, womit der Erwerber das Buch auch als „jBook“ auf jurion.de freischalten kann. Der Onlinezugriff ist bereits im Preis des Druckwerks enthalten. Eine Verlinkung ermöglicht den Zugriff auf alle relevanten zitierten Rechtsnormen und Entscheidungen.

Das Werk ist insgesamt gelungen. Es ist auch als Ausbildungsliteratur zur Vorbereitung auf die Notarfachangestelltenprüfung eine wertvolle Grundlage. Zwei der Autoren sind als Prüfer für Angestellte im Notardienst in Bayern tätig und kennen den prüfungsrelevanten Stoff. Meines Erachtens eignet sich das Werk auch für angehende Anwaltsnotare und junge Notarassessoren, die die ersten Schritte im Berufsleben gehen, um sich einen Überblick über das notarrelevante Fachwissen zu verschaffen, welches im Studium und Referendariat oft nicht vermittelt wird. Das Buch leistet somit auch dem Volljuristen, der erst noch Notar werden will, eine wertvolle Hilfe. Es kann uneingeschränkt zur Ausbildung bzw. zum Wiedereinstieg sowie jedem Notar zur Anschaffung und zur Bereitstellung für seine Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen empfohlen werden.

Notar Dr. *Ulrich Schmitz*, Zweibrücken

Bergschneider (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht, 4. Aufl., Beck, 2013. 902 S. + CD-ROM, 119 €

Die vierte Auflage des Beck'schen Formularbuchs kommt drei Jahre nach der Voraufgabe auf den Markt und hat im Umfang moderat zugenommen. Das Werk befindet sich auf dem Rechtsstand Juni 2013. Eingearbeitet wurden nicht nur umfangreiche Rechtsprechung und Literatur seit der Voraufgabe, insbesondere die Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern und das Mediationsgesetz, sondern auch – vor allem für Notare sehr erfreulich – das erst zum August 2013 in Kraft getretene GNotKG.

Das Formularbuch bietet Unterstützung in allen Bereichen des Familienrechts. Dies bedeutet zwar, dass ein überwiegender Teil der Formulare für den notariellen Alltag nicht notwendig ist, aber in Sonderfällen durchaus hilfreich sein kann. Für Notare von geringer Bedeutung sind die Teile A (Anwaltliche Korrespondenz zu Scheidungssachen und Scheidungsfolgesachen), B (Mandatsbedingungen und Vergütungsvereinbarungen), L (Ehewohnung und Gewaltschutz) und U (Versicherungsrechtliche Aspekte). In aber praktisch allen anderen Bereichen – auch in solchen, die auf den ersten Blick wenig notarrelevant erscheinen – finden sich zahlreiche, für den notariellen Alltag hilfreiche Anhaltspunkte. So enthält etwa Teil V (Auslandsberührung) zwar hauptsächlich Formulare für Anwaltsschreiben, aber auch eine Vorlage für eine notarielle Rechtswahlvereinbarung, welche durch die Rom III-VO auch für rein deutsche Ehegatten, die einen längeren Auslandsaufenthalt planen, immer mehr an Bedeutung zunehmen wird.

Für Notare Alltag und damit in hohem Maße hilfreich sind die von *Münch* bearbeiteten Ausführungen zur Zugewinnngemeinschaft (Teil G), Gütertrennung (Teil H) und zu den Verträgen zum Vermögen der Eheleute außerhalb des Güterrechts (Teil J). Diese finden sich jedoch naturgemäß in weiten Teilen auch in den weiteren Werken des Kollegen *Münch*, insbesondere in dem auf Notare ausgerichteten Werk „Ehebezogene Rechtsgeschäfte“. Hervorzuheben sind hier nur beispielhaft die möglichen Unterschiede bei der Formulierung im Zusammenhang mit dem Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Scheidungsfalle. Will man den Ehegatten die Möglichkeit der sog. „Güterstandschaukel“ auch bei modifizierter Zugewinnngemeinschaft offenhalten, so sollte – wie *Münch* ausführt – Formular G.1.2, Vorbehalt ehevertraglichen Zugewinnausgleichs, verwendet werden. Aber auch in den anderen Teilen finden

sich immer wieder interessante Formulierungshilfen, so zum Beispiel Vereinbarungen zur Steuerklasse (Teil D. III) oder aber die mit Änderung der Rechtslage durch das VersAusglG immer wichtiger werdenden Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich (Teil K).

Interessant zu lesen, wenngleich nicht völlig überzeugend, sind die Ausführungen zur Gütergemeinschaft, welche *Klüber* nicht als „Auslaufmodell“, sondern in bestimmten Fällen, vor allem, wenn Ehegatten beruflich zusammenarbeiten, als das Mittel der Wahl sieht. Spannend bleibt die Frage, ob es die Gütergemeinschaft, welche als „Errungenschaftsgemeinschaft“ in Europa sehr verbreitet ist, zu einem „europäischen gesetzlichen Güterstand“ schafft. Angesichts der nach wie vor vorhandenen Verbreitung der Gütergemeinschaft vor allem in ländlichen Bereichen sind die in Teil I enthaltenen Formulierungen zur Aufhebung und Auseinandersetzung durchaus hilfreich.

Die an wenigen Stellen enthaltenen erbrechtlichen Formulierungsvorschläge (Teil N. IV und Teil O. V) sind angesichts der in diesen Bereichen auftretenden Besonderheiten nicht differenziert genug und können nicht unbesehen übernommen werden. Hierfür sollte auf ein für diesen Bereich spezialisiertes Werk zurückgegriffen werden. Ähnliches gilt für den Bereich der Vollmachten. Ein Widerspruch ist die Einbeziehung von Grundstücksgeschäften in einer privatschriftlichen Vollmacht (Teil V. 1). Die Formbedürftigkeit ergibt sich dann zwar aus Anmerkung 1, sollte sich aber unmittelbar aus dem Formular ergeben. Wenig überzeugend sind auch die Formulierungen zur Einschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis, welche den Bevollmächtigten in der Praxis vor große Schwierigkeiten stellen dürften. Die übrigen Kapitel betreffen zwar nur am Rande die Notartätigkeit, können aber auch hierfür wichtige Hilfestellung bieten. So ist es denkbar, dass Schiedsvereinbarungen (Teil P. II) – nachdem solche Regelungen im wirtschaftlichen Bereich immer bedeutender werden – auch Einzug in familienrechtliche Gestaltungen halten.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Notare sicher nicht die Hauptadressaten dieses Werkes sind, sondern es sich vor allem an familienrechtlich tätige Rechtsanwälte richtet. Für den Notar, der seine Bibliothek jedoch um ein weiteres familienrechtliches Buch ergänzen möchte, kann die Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden. Gerade in den häufig Zeit kostenden „Sonderfällen“ bietet es eine große Hilfestellung und erlaubt einen Einblick in Randbereiche.

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

Göppinger/Börger: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung. 10. Aufl., Beck, 2013. 610 S., 85 €

Die Ehescheidung ist nach wie vor ein Metier der Anwaltschaft, namentlich der Fachanwältinnen und Fachanwälte für Familienrecht. Das gilt nicht nur für „streitige“ Scheidungen, bei denen die Kautelarjurisprudenz ohnehin außen vor bleibt, sondern auch für „einvernehmliche“ Scheidungen, bei denen die Folgesachen (oder zumindest ein Teil davon) auf vertragliche Vereinbarungen ausgelagert werden. Denn die Einvernehmlichkeit muss zunächst einmal herausgearbeitet werden, ebenso müssen zuvor Vergleichsberechnungen und Abstimmungen mit der Gegenseite angestellt werden etc. Idealerweise treffen Notarinnen und Notare – mithin erst nach Ab-

schluss dieses Stadiums – auf einen Entwurfsauftrag. Oder, weniger ideal, auf einen Beurkundungsauftrag mit angeblich beurkundungsreifem, nach Prüfung aber meist nicht beurkundungsfähigem, ausgearbeiteten Entwurf. Für beide Startkonstellationen kann jedenfalls literarische Hilfe nötig werden. Denn Scheidungsfolgevereinbarungen sind in ihrem Programm kaum formulärmäßig vorab zu erfassen, weil hier regelmäßig das pralle Leben des Einzelfalls eine entsprechende Gestaltung nötig macht. An dieser Stelle tritt das vorliegende Werk auf den Plan:

Während nämlich (vorsorgende) Eheverträge im kautelarjuristischen Schrifttum monographisch vergleichsweise gut aufgearbeitet sind (u. a. Werke von *Langenfeld*, *Münch*, *Reetz*), ist

dies für Scheidungsfolgenvereinbarungen im engeren Sinne nach wie vor nicht der Fall. Allenfalls werden einzelne Bereiche bearbeitet, und dies auch nicht unbedingt unmittelbar oder gezielt vertragsgestaltend (zum Beispiel *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl. 2013; *Ruland*, Versorgungsausgleich, 3. Aufl. 2011; *Hausleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl. 2011). Über die inhaltlichen Vorzüge des Buches habe ich mich an gleicher Stelle daher bereits zu den beiden Voraufgaben, nach Wiederaufnahme dieser traditionsreichen Publikation – immerhin Band 1 der berühmten ehemaligen „NJW-Schriftenreihe“, jetzt „NJW-Praxis“ – lobend geäußert (MittBayNot 2007, 31; 2010, 297). Diese Vorzüge sind nach wie vor ungebrochen:

Konkrete Unterhalts-, Wohnungs- und Hausratsvereinbarungen sind in Scheidungsvereinbarungen das Thema der Stunde, einschließlich deren Steuerfolgen, ferner Fragen der elterlichen Sorge und des Umgangs. Hier leistet das Werk weiterhin bewährte Dienste, ebenso zu dem vielleicht Standesangehörigen – nicht aber im konkreten Fall dem betroffenen adeligen und/oder prominenten Beteiligten – exotisch erscheinenden Aspekt zur nahehelichen Namensführung. Und so gab es auch hier aktuelle Entwicklungen, die erst einmal notiert werden müssen (zum Beispiel AG Hamburg, Beschluss vom 14.4.2009, 60 III 225/08, NJW 2010, 1890 ff., zur Unwirksamkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB betreffend eine vertragswidrige – neue – Ehenamensbestimmung)!

Auch im Bereich des Internationalen Privatrechts geht mein erster Griff stets zum Besprechungswerk, wenn und weil es die immer weiter fortschreitende, dem Vertragsgestalter nicht immer präsente Rechtsentwicklung („Europäische-XY-Verordnung“, „Rom/Brüssel-I, II, ...-Verordnung“) fallbezogen auf den Punkt bringt.

Zwar ist die Autorin *Brüggen* nunmehr aus dem Autorenkreis ausgeschieden. Dieser Verlust in puncto Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich – *Brüggen* war als ehemalige Angehörige des Bayerischen Notariats in die Gesetzgebung des VersAusglG laufend und unmittelbar eingebunden und kannte dieses wie keine andere „aus der Westentasche“ – ist durch die Verpflichtung von VRiOLG *Schwamb*, Frankfurt, aus Pra-

xissicht würdig kompensiert worden. Ist der Versorgungsausgleich doch auch nach der Reform eine amtswegige Angelegenheit und sind somit die Angehörigen der Familiengerichtbarkeit (fast) die einzigen „Profis“ in diesem Bereich, sieht man von den Verantwortlichen bei den Versorgungsträgern einmal ab, die aber in ihrer aktiven Dienstzeit praktisch/literarisch nicht in Erscheinung treten. Auch *Schwamb* verfolgt zum Beispiel die Manipulationsmöglichkeiten beim Versorgungsausgleich durch Ausübung von Kapitalwahlrechten (vgl. meine Gedanken zur Rezension der Voraufgabe, MittBayNot 2010, 297) angesichts der zwischenzeitlich bestätigenden Rechtsprechung des BGH, Beschluss vom 18.4.2012, XII ZB 325/11, FamRZ 2012, 1039, weiter. Auf diese Problematik ist gerade in konkreten Scheidungsvereinbarungen durch den Urkundsgestalter besonderes Augenmerk zu legen.

Nicht mehr berücksichtigt werden konnten vom Autorenteam die deutsch-französische Wahl-Zugewinnsgemeinschaft und das GNotKG. Beides ist freilich für eine(n) Standesangehörige(n) angesichts anderer aktueller Erkenntnisquellen in DNotZ, MittBayNot und Streifzug zu verschmerzen.

Ich hatte mir das Buch bei seiner Renaissance auf dem Markt (2005) noch aus meinem Assessorenbudget geleistet und möchte es seither nicht mehr missen. Dass es sich dabei sowohl um einen Klassiker als auch um ein konkurrenzloses Produkt handelt, merkt man allerdings an der Preispolitik: Ob angesichts der zu vernachlässigenden allgemeinen Teuerung seit 2009 die Erhöhung des Preises gegenüber der Voraufgabe um gut 8 % tatsächlich mit dem um 8 % gestiegenen Seitenumfang zu rechtfertigen ist, bleibt Geheimnis des Verlags; 2007 hatte die – noch mit festem Einband ausgestattete! – 8. Auflage 2005 mit 639 Seiten noch 68 € gekostet. Immerhin wird jetzt für ein Werk aus einer Praxis-Reihe, Format DIN A 5 mit Klebebindung, fast so viel aufgerufen wie für einen neuen *Palandt*, das Flaggschiff des Verlags (109 €). Man kann hieraus unter marktwirtschaftlichen Aspekten aber vermutlich den enormen Erfolg des Buches ableiten. Und dieser besteht zu Recht. Die Anschaffung ist und bleibt auch für eine Notarstelle zur Erleichterung der Urkundsvorbereitung zwar nicht zwingend, so doch auf jeden Fall empfehlenswert.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Wimmer (Hrsg.): FK-InsO – Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung. 7. Aufl., Luchterhand, 2013. 3644 S., 259 €

Der Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung gehört mittlerweile zu den Standardkommentaren zum Insolvenzrecht und ist aus der insolvenzrechtlichen Literatur nicht mehr wegzudenken. Der Schwerpunkt in diesem Kommentar liegt bei den Ausführungen zur Insolvenzordnung selbst. Kommentiert werden daneben aber auch die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO) und deren Umsetzungsverordnung (EGInsO). Weiter finden sich selbständige Erläuterungen zu den Themenkreisen Arbeitnehmererfindungen in der Insolvenz (Arbeitnehmererfindungsgesetz), betriebliche Altersversorgung (Betriebsrentengesetz) und insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV).

Drei Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe wurde der Frankfurter Kommentar zur InsO mit der 7. Auflage auf den neuesten Stand gebracht. Redaktionsschluss war November 2012.

Damit sind in dem Kommentar bereits alle Gesetzesänderungen, die die InsO durch das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) erfahren hat und welches zum 1.3.2012 in Kraft getreten ist, berücksichtigt. Kommentiert werden hiernach insbesondere der Debt-Equity-Swap im Insolvenzplanverfahren (§ 225 InsO). Damit kann im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens erstmals in die Gesellschafterrechte eingegriffen werden. Ebenso ist damit nunmehr die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital zulässig. Weiter kommentiert wird das sog. „Schutzschirmverfahren“ sowie die Ausgestaltung der in § 270b Abs. 1 InsO geforderten Bescheinigung im Hinblick auf die Sanierungsfähigkeit eines Unternehmens.

Der Kommentar erfüllt alle Anforderungen, die man von einem Standard-Kommentar in diesem Umfang erwarten darf. Hilfreich für den Praktiker sind dabei namentlich die Kommentierungen zu den Änderungen, die die InsO im Rahmen des ESUG erfahren hat. Prüft man die Kommentierung aus der Sichtweise eines Vertragsgestalters bzw. Notars, so finden

sich Ausführungen zur Zulässigkeit der Sicherungsdienstbarkeit, um das Sonderkündigungsrecht des § 111 InsO zu umgehen (§ 111 Rdnr. 2). Ebenso finden sich Ausführungen zur „klassischen“ Gestaltung eines Überschuldetentestaments mit der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie Regelungen für den Fall des Wegfalls der Überschuldung (Bedingungslösung; § 295 Rdnr. 46). Zutreffend kommentiert wird in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des BGH, dass ein vor bzw. während des Insolvenzverfahrens entstandener Pflichtteilsanspruch, der erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens anerkannt oder rechtshängig gemacht wurde, der Nachtragsverteilung nach § 286 InsO unterliegt (BGH, Beschluss vom 2.12.2010, IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448). Allerdings wird aus dieser Entscheidung nicht die Konsequenz gezogen, dass eine solche Nachtragsverteilung auch dann droht, wenn beispielsweise der überschuldete Vermächtnisnehmer ein ihm zugewendetes Vermächtnis erst nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode annimmt. Gleiches gilt auch für das Überschuldetentestament, in welchem der Erblasser den Schuldner als Vorerben und zugleich für den Fall der Restschuldbefreiung aufschiebend bedingt als Vollerben eingesetzt und Dauertestamentsvollstreckung angeordnet hat. Auch in diesem Fall droht nach Beendigung des Insolvenzverfahrens und Erteilung der Restschuldbefreiung eine Nachtragsverteilung, wenn gleichzeitig auch die Testamentsvollstreckung endet (*Reul in Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, Kapitel P. III. Rdnr. 167 ff.). Entgegen der Auffassung von *Herrler* (NJW 2011, 2258, 2259) wird im Zusammenhang mit der Herausgabeobliegenheit eines erbrechtlichen Erwerbs nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO in der Wohlverhaltensperiode die Auffassung vertreten, die zwischen dem Schuldner und dem Erben vereinbarte Verlängerung der Verjährungsfrist bei Geltendmachung eines Vermächtnisses stelle bereits ein Anerkenntnis oder eine Annahme im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO dar, so dass damit eine Herausgabeobliegenheit bestünde (§ 295 Rdnr. 43).

Kritisch kommentiert wird die Zulässigkeit von Lösungsklauseln namentlich bei Dauerschuldverhältnissen und Energielieferungsverträgen (§ 119 Rdnr. 8). Von einer Lösungsklausel spricht man, wenn dem Vertragspartner ein einseitiges Kündigungs- oder Rücktrittsrecht eingeräumt wird für den Fall der Vermögensverschlechterung oder Insolvenz des Vertragspartners. Der BGH ist dieser Ansicht in seiner Entscheidung vom 15.11.2012, IX ZR 169/11, NJW 2013, 1159 gefolgt. Hiernach verstoßen Lösungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen gegen § 119 InsO und sind daher unwirksam.

Ausführungen zur Zulässigkeit von Lösungsklauseln in notariellen Übergabeverträgen, wie sie durch Vereinbarung von Rückforderungsrechten tägliche Praxis eines jeden Notars sind, finden sich in der Kommentierung allerdings nicht (siehe dazu *Reul/Heckschen/Wienberg*, Kapitel B. II. Rdnr. 128 ff.).

Auch Angaben zu der weiteren Streitfrage, ob die Anfechtungsfrist nach § 140 InsO bereits dann zu laufen beginnt, wenn der Notar kraft seiner Notarvollmacht nach § 15 GBO einen Antrag zum Grundbuchamt auf Eintragung einer Vormerkung stellt, fehlen leider. Hier hat der BGH entschieden, dass ein solcher Notarantrag die Anfechtungsfrist nicht in Gang setzt, weil der Notar nach § 21 BNotO diesen Antrag auch jederzeit wieder zurücknehmen könne. Diese Rechtsprechung ist namentlich in der notarrechtlichen Literatur auf heftige Kritik gestoßen (vgl. dazu *Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, Kapitel B. II. Rdnr. 68; *Kessler*, MittBayNot 2009, 62; *Amann*, DNotZ 2010, 246, 254).

Ungeachtet dieser wenigen Kritikpunkte überzeugt der Kommentar durch seine anschauliche und stets praxisbezogene Darstellungsweise. Für jeden Praktiker, der sich mit dem Insolvenzrecht näher beschäftigt, kann der Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung auch in der Neuauflage uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Dr. *Adolf Reul*, Neu-Ulm

Armbrüster/Preuß/Renner (Hrsg.): BeurkG, DONot. 6. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2013. 924 S., 169 €

1. Dem wissenschaftlichen Diskurs freie Fahrt! So könnte man es deuten, dass der von den Professoren *Dieter Huhn* und *Hans-Joachim von Schuckmann* begründete Kommentar zum Beurkundungsgesetz in der 6. Auflage von der roten zur grünen Umschlagfarbe zurückgekehrt ist. Das Werk erscheint nicht mehr bei De Gruyter, sondern nunmehr als „Notarkommentar“ im Deutschen Notarverlag. Die Autoren *Christian Armbrüster*, *Nicola Preuß* und *Thomas Renner*, die das Werk in der 5. Auflage übernommen haben, fungieren jetzt als Herausgeber, bleiben weiterhin auch Autoren. Weitere Bearbeiter sind in den Autorenkreis eingetreten, unter ihnen vier Notare und Notarassessoren sowie der der Praxis verbundene Wissenschaftler Prof. Dr. *Jan Eickelberg*. Ihr Hinzutreten hat dem Kommentar gut getan.

2. Das Erscheinungsjahr 2013 täuscht darüber hinweg, dass sich der Bearbeitungsstand ausweislich des Vorwortes auf den 31.8.2012 bezieht. Deshalb fehlen naturgemäß Erläuterungen zu der am 1.10.2013 in Kraft getretenen Neufassung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG. Auch das Urteil des BGH zur

Unverzichtbarkeit der Einhaltung der zweiwöchigen Wartezeit vor der Beurkundung von Verbraucherverträgen über den Immobilienerwerb (BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 1221/12, MittBayNot 2013, 325) konnte nicht berücksichtigt werden. Kostenrechtliche Hinweise beziehen sich noch auf die Kostenordnung. Das Gerichts- und Notarkostengesetz ist angesichts des Bearbeitungsstandes in die Erläuterungen nicht eingeflossen.

Im Übrigen zeichnet sich die 6. Auflage durch eine Überarbeitung zahlreicher Kommentierungen, insbesondere aus der Feder der hinzugetretenen Autoren aus. Hierbei wurden auch einige bisher vertretene Auffassungen aufgegeben. Die Änderungen sind, soweit feststellbar, jeweils offengelegt. In weiten Teilen haben die Kommentierungen dadurch an Überzeugungskraft gewonnen, insbesondere soweit Auffassungen aufgegeben wurden, die sich nicht aus dem Gesetz herleiten ließen, sondern nur aus Vereinfachungsüberlegungen oder angeblichen praktischen Notwendigkeiten. Ein Verzicht auf die Vorlage einer Verweisungsurkunde in der erforderlichen Form bei der Beurkundung ist auch dann nicht zulässig, wenn Eilbedürftigkeit besteht (jetzt § 13a Rdnr. 25). Zu Recht weist der Kommentar auf die dann bestehende verfahrensrechtliche Möglichkeit hin, den Text, auf den verwiesen werden soll, im

normalen Verfahren zu beurkunden, d. h. mit zu verlesen und der Niederschrift beizufügen. Eine Pflicht des Notars, Zweifel an der Geschäftsfähigkeit auch in einem Beglaubigungsvermerk zu artikulieren, ist aus dem Gesetz nicht herleitbar (jetzt § 11 Rdnr. 5). Beide Kommentierungen stammen nun aus der Feder von *Piegsa*, dessen Ausführungen sich insgesamt durch besonders gute Lesbarkeit und klare Gedankenführung auszeichnen. Die klare Unterscheidung zwischen Verweisung, die Erklärungen in die beurkundete Niederschrift einbezieht und zum Inhalt des Rechtsgeschäfts macht, und Bezugnahme, die lediglich erläuternden Charakter hat, findet sich nur selten so überzeugend dargestellt wie bei § 9 Rdnr. 26 ff., insbesondere Rdnr. 36. Nach der Lektüre wird niemand mehr diese Begriffe unreflektiert und ununterschieden synonym verwenden, wie es leider in der Praxis nicht selten zu lesen ist. Zur Einbeziehung von nicht gesetzlichen Regelwerken ohne Mitbeurkundung kann wegen der Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) auf die jüngst ergangene Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 10.9.2013, 34, SchH 10/13, RNotZ 2013, 639, ergänzend hingewiesen werden, das großzügiger ist als die vorsichtige Kommentierung bei § 9 Rdnr. 40, weil nach Auffassung des Gerichtes die Beteiligten dem Träger des Schiedsgerichts ein Bestimmungsrecht, vergleichbar § 317 BGB, für die Verfahrensordnung eingeräumt hätten.

Der Nutzer des Kommentars wird einerseits nicht enttäuscht, wenn er durch schnelles Nachschlagen selten auftretende Praxisfragen lösen will. Bei § 3 findet sich zum Beispiel eine Vielzahl von Beteiligungsfällen. Wer als Notar zum Testamentsvollstrecker bestellt ist und die Folgen für seine Beurkundungstätigkeit untersuchen will, findet Rat. Er kann für den Nachlass keine Beurkundungen vornehmen, auch nicht eine Löschungsbewilligung für eine Belastung des Nachlassgrundstücks beglaubigen. Er kann aber in Angelegenheiten des Erben tätig werden, hierzu gehört auch die Beurkundung des Erbscheinsantrages, § 3 Rdnr. 24. Die Kernfrage der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.7.2013, I-7 U 170/12, MittBayNot 2014, 281 = ZEV 2014, 102, ob ein Erb- und Pflichtteilsverzicht einen rechtlichen Vorteil für den verbleibenden künftigen Erben im Sinne von § 7 BeurkG darstellt, wird allerdings nicht beantwortet; es spräche entgegen der Entscheidung einiges dafür, wenn schon die Einräumung eines Benennungsrechtes an einen Dritten, von dem dieser voraussichtlich zugunsten des Notars Gebrauch machen wird, oder die Befugnis, einen Testamentsvollstrecker zu benennen, jeweils wegen Verstoßes gegen § 7 unwirksam ist, § 7 Rdnr. 5, ebenso jetzt BGH, Beschluss vom 10.10.2012, IV ZB 14/12, MittBayNot 2013, 166. Es überrascht und sollte bei angemessener Amtsführung auch ohne gesetzliche Schranke ausgeschlossen sein, im Tatbestand des genannten Urteils lesen zu müssen, dass ein Notar einen Verzicht der Tochter des Schwiegervaters seiner Schwester diesem gegenüber beurkundet, der dem eigenen Schwager, und sei es auch nur wirtschaftlich, als alleinigem verbleibenden Erben zugutekommt.

Andererseits wird sich der Nutzer immer wieder bei einzelnen Themen festlesen. Die umfangreichen Darstellungen ermöglichen es, sich auch in nicht alltägliche Fragestellungen gründlich einzuarbeiten und anhand der zahlreichen Fundstellen das gefundene Ergebnis zu überprüfen. Dabei erschließt sich nicht immer, an welcher Stelle wichtige Probleme behandelt werden, zum Beispiel sucht man Ausführungen zu Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Notariat nicht unbedingt bei den Erläuterungen zu § 6 DONot. Das Stichwortverzeichnis führt unter „Beschlagnahme“, nicht aber unter „Durchsuchung“ zum Gesuchten. *Armbrüster* behandelt bei § 1 Rdnr. 42 ff. alle Aspekte der Verwendung ausländischer Urkunden, insbeson-

dere ausländischer notarieller Urkunden in Deutschland, ebenso bei § 1 Rdnr. 71 ff. die Erfordernisse, die für eine Verwendung deutscher notarieller Urkunden im Ausland erfüllt sein müssen. Die Verwahrungstätigkeit des Notars stellt *Renner* bei §§ 54a ff. BeurkG in allen Facetten dar. Seine deutliche Warnung vor unvollständigen oder interpretationsbedürftigen Auszahlungsanweisungen, die dem Notar einen eigenen Beurteilungsspielraum überlassen, kann nur unterstrichen werden. Zu den Fragen der Abwicklung einer Verwahrung und insbesondere zu Störungen dabei geben die Erläuterungen von *Renner* zu §§ 54b bzw. 54c BeurkG erschöpfend Auskunft. Bei § 17 gibt *Armbrüster* einen umfassenden Überblick über die Belehrungspflichten des Notars. Seine Auffassung, die beurkundungsrechtlichen Belehrungspflichten bestünden nicht gegenüber Personen, die an der Beurkundung formell nicht beteiligt sind, wurde vor Kurzem durch OLG Hamm, Urteil vom 3.2.2012, I-11 U 237/10, MittBayNot 2013, 504 bestätigt, § 17 Rdnr. 48. Auch unter dem bis September 2013 geltenden Recht überzeugen allerdings die die Pflichten des Notars einschränkenden Überlegungen zur Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a und zum Umfang des zu übermittelnden Entwurfes in § 17 Rdnr. 217 ff. nicht. Unter der Geltung des neuen Rechtes und angesichts dessen Entstehungsgeschichte ist eine einschränkende Auslegung der Verfahrenspflichten des Notars ohnehin nicht denkbar.

3. Der Kommentar beschränkt sich nicht auf das Beurkundungsverfahren und die formalen Anforderungen, die die Dienstordnung dabei aufstellt. Er behandelt auch allgemeine notarverfassungsrechtliche und berufsrechtliche Themen. So finden sich in der Einleitung Ausführungen zur Stellung des Notars im Grundrechtsgefüge, über Reformthemen und Reformbedarf und über europarechtliche Implikationen, wobei die DONot-Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, MittBayNot 2012, 497, nur noch rudimentär eingearbeitet werden konnte, Einleitung Rdnr. 4, 17. In den Vorbemerkungen zur DONot wird die Grundrechtsproblematik von *Eickelberg* erneut aufgegriffen. Es erschwert die Benutzung des Kommentars, dass Themen an unterschiedlichen Orten, teilweise ohne interne Verweisung (§ 5 DONot Rdnr. 31 ohne Hinweis auf Einleitung Rdnr. 17 oder § 27 DONot Rdnr. 31 ohne Verweis auf § 10 BeurkG Rdnr. 13 f.) zu finden sind. Die genannte Entscheidung des BVerfG wird von *Eickelberg* in den Vorbemerkungen zur DONot Rdnr. 26 ff. ausführlich dargestellt, allerdings ohne die wohl erforderliche Differenzierung hinsichtlich einzelner Regelungen der DONot, die nicht pauschal als verfassungsrechtlich unbedenklich gebilligt wurde. Die Verfassungsgerichtsentscheidung betrifft konkret nur die Frage der Eintragungspflicht nach § 10 Abs. 3 DONot. Sie ist im Ergebnis übertragbar auf diejenigen Bestimmungen, die der Ausübung der Aufsicht durch einheitliche Verfahrensvorgaben dienen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass andere Vorschriften nicht auf die Aufsichtsbefugnisse nach § 93 BNotO gestützt werden können, zum Beispiel die in § 5 Abs. 4 Satz 5 DONot enthaltene Pflicht, Nebenakten nach Ablauf der Aufbewahrungsfristen zwingend zu vernichten, die von *Eickelberg* in Rdnr. 26 ff. überscharf und ausnahmslos zwingend interpretiert wird. Hier scheint mir im Hinblick auf die einschneidenden Folgen, die auch der Kommentar darstellt, eine weichere Anwendung der Verwaltungsvorschrift geboten, um wenigstens im Vollzug ihrer Fragwürdigkeit entgegenzuwirken.

Die Erläuterungen zu den Bestimmungen der DONot sind sehr ausführlich. Sie entsprechen nicht immer der bayerischen Praxis, zum Beispiel hinsichtlich der Eintragung von Satzungsbescheinigungen und bescheinigten Gesellschafterlisten in die Urkundenrolle, § 8 DONot Rdnr. 5. Die Bedeu-

tung der in Papier ausgedruckten Urkundenrolle scheint mir nicht so gering wie in § 5 DONot Rdnr. 4 angenommen. Stellt sie doch auch nach vielen Jahren das dauerhaft lesbare Inhaltsverzeichnis der Urkundensammlung dar, wenn die Lesbarkeit elektronischer Daten nach heutigem Stand nicht mehr gewährleistet ist. Das Hinzutreten von *Kruse*, ehemaliger Geschäftsführer der Notarnet GmbH, in den Bearbeiterkreis macht dessen Sachverstand im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs für den Nutzer des Kommentars fruchtbar (Einleitung Rdnr. 42 ff., Erläuterungen zu § 39a BeurkG und § 2a DONot). Das Zutrauen des Gesetzes in die angemessene Ausfüllung seiner Pflichten durch den Notar und die dazu im Gegensatz stehende überfürsorgliche und ins Einzelne gehende Normierung in der DONot werden besonders deutlich im Text der Vorschriften und den Erläuterungen zu den Identifizierungspflichten, § 10 BeurkG Rdnr. 11 gegenüber § 26 DONot Rdnr. 4-27. So hilfreich die Vorgaben der DONot für die alltägliche Verfahrenspraxis sein mögen, so sehr ist zu warnen vor einer den Notar streng verpflichtenden gesetzlichen Detailregelung, wie schon die Erläuterungen von *Piegsa* zu den Anforderungen des GWG an die Verfahrensführung des Notars zeigen, § 10 BeurkG Rdnr. 19 ff. Selbstverständlich ist es auch sachgerecht, zur Herstellung von Urschriften nur haltbare Tinten zuzulassen, § 29 Abs. 2 DONot, hierzu ausführliche Erläuterungen in Rdnr. 13-15. Trotzdem wird man die Beurkundung des Testamentes eines Schwerstkranken nicht verweigern, wenn nur ein Bleistift zur Verfügung steht, so dass eine Regelung im Gesetz selbst verfehlt wäre.

4. Den nun acht Autoren ist mit der Neuauflage ein beachtliches Werk gelungen, das man gerne immer wieder zur Hand nimmt. Bei einem über 900-seitigen Buch, in dem eine Fülle von Material verarbeitet ist, bleibt der eine oder andere redaktionelle Fehler unausweichlich. Deshalb ist der Hinweis darauf, dass die Rechtsgrundlage der Notarkassen nunmehr in § 113 BNotO einheitlich geregelt ist (Einleitung Rdnr. 1 verweist noch auf die alten §§ 113, 113a) und dass der Historiker *Wilhelm Volkert* im Literaturverzeichnis unter „*Volkert, Wilhelm*“ und nicht unter „*Wilhelm, Volkert*“ aufgeführt sein sollte, weniger kritisch gemeint als Beweis für die genaue Prüfung durch den Rezensenten. Dass durchgängig von „Dienstaufsicht“ und „Nurnotariat“ gesprochen wird und der allein der BNotO entsprechende Begriff der „Aufsicht“, die gerade keine fachliche Dienstaufsicht umfasst, selbst im Stichwortverzeichnis nicht zu finden ist, ebenso wenig wie das hauptberufliche Notariat, bleibt wie in vielen anderen Veröffentlichungen bis hin zu den Entscheidungsgründen höchster Gerichte unerfreulich. All dies beeinträchtigt aber nicht die wissenschaftliche Leistung der Verfasser, die zu allen Fragen des Notarverfahrensrechts und vielen Grundsatzenfragen der Stellung des Notars im Rechtsleben eine Antwort und Anregungen zum Weiterdenken, manchmal auch zur kritischen Auseinandersetzung, bieten. Der Kommentar ist gut nutzbar, typografisch angenehm und für die praktische Verwendung uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar Dr. *Ulrich Bracker*, Weilheim i. OB

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 133, 167, 181; GBO § 18 Abs. 1, § 20 (*Verbot der Doppelvertretung bei „Stadt“ erteilter Grundstücksvollmacht*)

1. **Zum Umfang einer Vollmacht, die im Zusammenhang mit einem Grundstücksgeschäft einer „Stadt“ erteilt wird (hier: Befugnis zur Unterbevollmächtigung städtischer Bediensteter).**
2. **Zum Umfang einer Vollmacht, die einem städtischen Bediensteten zur Vertretung bei Erwerb, Veräußerung und Tausch von Grundstücken in Vollzug von Beschlüssen des Stadtrats erteilt ist (hier: fehlende Befugnis auch zur Untervertretung des Geschäftspartners der Stadt).**
3. **Vom Verbot der Doppelvertretung ist eine Ausnahme nicht schon deshalb zu machen, weil der Vertreter für eine der beiden Seiten ohne Vertretungsmacht handelt und diese deshalb ohne deren Genehmigung nicht binden kann (Anschluss an BayObLG vom 13.2.1986, 2 Z 52/85 = Rpfleger 1988, 61).**

OLG München, Beschluss vom 28.8.2013, 34 Wx 223/13; mitgeteilt von *Edith Painter*, Richterin am OLG München

Mit Vertrag vom 2.10.2008 verkauften die Beteiligten zu 1 und 2 – in Gütergemeinschaft lebende Eheleute – der Beteiligten zu 3, einer bayerischen Großstadt, eine aus einem landwirtschaftlichen Grundstück noch wegzumessende Teilfläche von circa 413 m². Abschnitt L. III. enthält folgende Vollmacht für die Beteiligte zu 3:

„Der Verkäufer bevollmächtigt hiermit die Stadt I unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, aufgrund des Fortführungsnachweises die Vermessung rechtsverbindlich anzuerkennen, die durch Änderungen des vorläufigen Flächenmaßes bedingten Änderungen des Vertrages zu vereinbaren, die Auflassung zu erklären und entgegenzunehmen, Grundbesitz grundbuchmäßig zu bezeichnen und alle sonstigen, durch Vertrag oder Fortführungsnachweis bedingten Eintragungsbewilligungen und -anträge zu stellen.“

Die Nachtragsurkunde vom 4.3.2013 enthält die Messungsanerkennung sowie die Auflassung. Diese wurde erklärt durch einen bevollmächtigten Bediensteten der Beteiligten zu 3 für diese und aufgrund der zur Vorurkunde erteilten Vollmacht für die Beteiligten zu 1 und 2.

Auf den Vollzugsantrag hat das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 14.5.2013 beanstandet, dass zwar hinsichtlich der Verkäufer eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) vorliege, nicht aber vonseiten des Käufers. Eine Ausnahme vom Verbot, nämlich dass es sich nur noch um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handle, liege nicht vor, sei jedenfalls gegenüber dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen. Ferner erlaube die Bevollmächtigung der Beteiligten zu 3 durch die Verkäufer in der Urkunde vom 2.10.2008 nicht die Erteilung von Untervollmacht. Das Grundbuchamt hat deshalb aufgegeben, die Auflassung in der Messungsanerkennung vom 4.3.2013 durch beide Vertragsparteien in der Form des § 29 GBO genehmigen zu lassen.

Hiergegen richtet sich das Rechtsmittel der Beteiligten. Eine ausdrückliche Bevollmächtigung zur Erteilung einer Untervollmacht sei entbehrlich, die erteilte Vollmacht könne vielmehr dahingehend ausgelegt werden. Der Beteiligten zu 3 sei durch die Vollmacht die Mehrfachvertretung zugleich für den anderen Vertragsteil gestattet; eine eigenständige Befreiung des Unterbevollmächtigten vom Verbot der Insichvertretung sei nicht notwendig.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen und zusätzlich (unter anderem) noch darauf hingewiesen, dass die dem handelnden Bediensteten der Beteiligten zu 3 erteilte Vollmacht auch nicht die Befugnis umfasse, Dritte, nämlich die Verkäufer, zu vertreten.

Aus den Gründen:

II.

(...)

1. Die Vollmacht der Beteiligten zu 1 und 2 in der Urkunde vom 2.10.2008 nach § 167 BGB umfasst auch die Erteilung von Untervollmacht durch die Beteiligte zu 3.

a) Erwogen werden könnte, ob die Vollmacht, welche die öffentlichrechtliche Körperschaft als solche bezeichnet, nicht dahin auszulegen ist (vgl. § 133 BGB), dass sie die Vertretung der Vollmachtgeber durch Bedienstete der Stadt I (mit-)umfasst. Unabhängig von dem Problem, dass sich der Kreis der dann (unmittelbar) Bevollmächtigten nur schwer abgrenzen ließe, erscheint es im Grundbuchverkehr, der auf eindeutige und klare Rechtsverhältnisse angewiesen ist, notwendig, Vollmachten eher enger als weiter gehend auszulegen (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 19 Rdnr. 75; aus der Rspr. BayObLG, Rpfleger 1996, 331). Demnach ist hier nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut darauf abzustellen, dass die juristische Person selbst, diese handelnd durch ihr nach außen vertretungsberechtigtes Organ (vgl. Art. 38 Abs. 1 GO), bevollmächtigt wurde.

Ob ein Bevollmächtigter Untervollmacht erteilen darf, hängt in erster Linie von der Willensäußerung des Geschäftsherrn ab. Wenn es hieran fehlt, kann sich die Befugnis aus den Umständen ergeben, wobei maßgebend hierfür das Interesse des Vertretenen oder ein sich aus der Sachlage ergebendes Bedürfnis ist (BGH, WM 1959, 377; siehe jüngst OLG Hamm, BeckRS 2013, 06343). Wird einer öffentlichrechtlichen (Gebiets-)Körperschaft jedenfalls von der Größe der Stadt I Vollmacht erteilt, wird es regelmäßig naheliegen, dass nicht deren Organvertreter von der Vollmacht Gebrauch macht, sondern für die juristische Person ihrerseits Unterbevollmächtigte (Gemeindebedienstete) tätig werden (siehe *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., Rechtsgeschäftliche Vollmacht und gesetzliche Vertretung, Rdnr. 38). Das liegt umso näher, als beim gegenständlichen Kaufvertragsabschluss die bei dieser Gelegenheit bevollmächtigte Stadt ihrerseits nicht durch den Oberbürgermeister persönlich (vgl. Art. 37 Abs. 1 Nr. 1, Art. 38 Abs. 1 GO), sondern durch einen Bevollmächtigten des Liegenschaftsamts vertreten war. Schließlich sollte die erteilte Vollmacht ersichtlich die Umsetzung des Kaufvertrags auch im Interesse der Verkäufer erleichtern. Deshalb spricht auch ohne die – an sich wünschenswerte – Klarstellung in der Vollmachtsurkunde nichts gegen die auch dem Grundbuchamt nach § 133 BGB mögliche Auslegung, dass die Vollmacht vom 2.10.2008 die Befugnis zur Erteilung einer Untervollmacht umfasst.

2. Bei der Nachtragsbeurkundung ist die Stadt durch ihren bevollmächtigten Mitarbeiter zunächst für sich selbst im eigenen Namen sowie aufgrund der zur Vorurkunde erteilten Vollmacht für die Verkäufer aufgetreten. Zutreffend erkennt das Grundbuchamt, dass der handelnde Bedienstete keine (Unter-)Vollmacht besitzt, für die Verkäufer zu handeln, insoweit also ein Fall vollmachtloser Vertretung (vgl. § 177 BGB) vorliegt. Die der Messungsanerkennung beigefügte Vollmacht vom 21.12.2009 umfasst die Vertretung der Stadt I (unter anderem) bei Erwerb, Veräußerung und Tausch von Grundstücken in Vollzug von Stadtratsbeschlüssen und im Rahmen der maßgeblichen Geschäftsordnung des Stadtrats, welche die Zuordnung von laufenden Angelegenheiten in die Zuständigkeit des ersten (Ober-)Bürgermeisters gemäß Art. 37 Abs. 1

Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GO regelt. Ersichtlich betrifft die Vollmacht Geschäfte für die Stadt, nicht aber die Vertretung Dritter durch die Stadt bei Geschäften mit dieser. Im gegenständlichen Fall beschränkt sie sich auf die Vertretung beim Erwerb durch die Stadt, nicht auf die Vertretung der Stadt als Hauptbevollmächtigten bei Veräußerung durch Dritte. Nach Auffassung des Senats kann sie über ihren Wortlaut hinaus auch nicht auf die mit dem Rechtserwerb für die Stadt zusammenhängenden Geschäfte wie etwa die notwendige Einigungserklärung (§ 20 GBO, § 925 BGB) der Gegenseite ausgedehnt werden. Insoweit gelten dieselben Auslegungsgrundsätze, wie sie bereits zu 1. a) dargestellt wurden. Vielmehr hätte hierfür die Stadt I als Hauptbevollmächtigte eine gesonderte Vollmacht an ihren Bediensteten erteilen müssen, wofür zwei Formen denkbar sind, nämlich die Bestellung des Untervollmächtigten als eigenen Vertreter (der Stadt I) oder dessen Bestellung unmittelbar als Vertreter der Vollmachtgeber (siehe BGHZ 32, 250, 253).

3. Im Ergebnis zutreffend sind die Ausführungen der Rechtspflegerin zum Insichgeschäft (§ 181 BGB).

a) Nach § 181 BGB kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Erklärt deshalb die Auflassung eines Grundstücks ein sowohl vom Veräußerer als auch vom Erwerber bestellter Vertreter, so hat das Grundbuchamt selbstständig die Wirksamkeit der Vollmacht und den Umfang der Vertretungsmacht im Hinblick auf § 181 BGB zu prüfen (BayObLG, Rpfleger 1993, 441; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., Einl. I Rdnr. 268). Hierbei ist § 181 BGB nicht schon begrifflich oder aber im Weg teleologischer Reduktion unanwendbar, weil in Fällen einseitig vollmachtloser Mehrvertretung der Regelungszweck nicht berührt sei (so aber *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., Einl. I Rdnr. 277; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. Rdnr. 3559a; *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470, 471; *Fertl*, Rpfleger 1988, 61). Vielmehr findet die Bestimmung auch in Fällen der Mehrvertretung bei einseitig vollmachtlosem Handeln Anwendung (OLG Düsseldorf, MittBayNot 1999, 470; BayObLG, Rpfleger 1988, 61 = MittRhNotK 1987, 127 m. Anm. *Kanzleiter*; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 90). Der Schutzbereich der Norm ist in diesem Fall ebenso berührt. Die Interessenwahrungspflicht ist gegenüber der einen wie der anderen Partei nämlich nicht grundlegend anders (siehe *Tebben*, DNotZ 2005, 173, 175 f.; *Kuhn*, RNotZ 2001, 305, 325, 328).

b) Im gegebenen Fall haben die Beteiligten zu 1 und 2 die Beteiligte zu 3 als Käuferin von den Beschränkungen des § 181 BGB ausdrücklich befreit. Die Beteiligte zu 3 kann für die Verkäufer als deren von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite (Haupt-)Bevollmächtigte durch ihr zuständiges Organ genehmigen. Genehmigen kann ein (Organ-)Vertreter der Beteiligten zu 3 nur dann, wenn er selbst vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit ist (siehe auch *Meikel/Böttcher*, Einl. I Rdnr. 277). Es kommt aber darauf an, dass beide Vertragsparteien befreit sind bzw. genehmigt haben (*Tebben*, DNotZ 2005, 173 f.; *Palandt/Ellenberger*, 72. Aufl., § 181 Rdnr. 15 und 18). Hierfür originär zuständig ist seitens der Beteiligten zu 3 nicht der erste (Ober-)Bürgermeister – dessen Tätigwerden insoweit auch Art. 38 Abs. 1 KWBG als allerdings lediglich innerdienstliche Regelung entgegenstehen dürfte –, sondern der Stadtrat (bzw. der zuständige Ausschuss) als „Gestattungsorgan“ (vgl. *Schneeweiß*, MittBayNot 2001, 341, 344 f.).

Alternativ kann die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts neben der notwendigen Befreiung nach § 181 BGB seitens der Stadt auch aufgrund Nachgenehmigung durch die Beteiligten zu 1 und 2 selbst herbeigeführt werden, wie dies in der angegriffenen Zwischenverfügung zutreffend festgehalten ist.

c) Schließlich greift auch nicht die Ausnahme, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehe. Wird wie hier zunächst ein Kaufvertrag über eine unvermessene Teilfläche abgeschlossen, ist nach Vermessung neben der Auflassung zusätzlich über die Anerkennung des Messungsergebnisses zu entscheiden. Mag sich im konkreten Fall auch keine Abweichung in der Quadratmeterzahl gegenüber der unvermessenen Fläche ergeben haben, kann auch dann nichts anderes gelten (*Schneeweiß*, MittBayNot 2001, 341, 343; *Fröhler*, BWNNotZ 2003, 14, 17; *ders.*, BWNNotZ 2006, 97, 98).

4. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Die Geschäftswertfestsetzung beruht auf § 136 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG, § 31 Abs. 1 und § 131 Abs. 4 i. V. m. § 30 Abs. 2 KostO.

III.

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 78 Abs. 2 GBO zuzulassen. Der Anwendungsbereich des § 181 BGB, hier bei teilweise vollmachtloser Vertretung, ist höchstrichterlich bisher nicht entschieden und umstritten.

(...)

Anmerkung:

1. Seit dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30.11.1998, 3 Wx 427/98 (MittBayNot 1999, 470 m. Anm. *Lichtenberger*), bei der ein Bevollmächtigter einer Aktiengesellschaft für diese und die Gesellschaft ihrerseits zugleich als Vertreterin ohne Vertretungsmacht für die veräußernde Stadt handelte, wird das Problem der Mehrvertretung durch die öffentliche Hand bei Grundstücksgeschäften verstärkt diskutiert. Insbesondere bei Straßengrundabtretungen wird seitens der öffentlichen Hand, aber auch von den Privaten gewünscht, dass die Messungsanerkennung und die Erklärung der Auflassung vom Vertreter der öffentlichen Hand für beide Vertragsteile erklärt wird. In diesen Fällen ist zunächst zu prüfen, welchen Inhalt die jeweils erteilten Vollmachten haben. Der Private wird regelmäßig nicht den Vertreter der öffentlichrechtlichen Körperschaft, sondern diese selbst bevollmächtigen. Handelt für die öffentliche Körperschaft wiederum ein Bevollmächtigter, muss zunächst geprüft werden, ob die Bevollmächtigung durch den Privaten das Recht zur Erteilung von Untervollmachten enthält. Hinsichtlich der Vollmacht ist entscheidend, ob diese nicht nur zur Vertretung der Körperschaft selbst, sondern auch aufgrund Untervollmacht auch des Privaten ermächtigt. Erst dann stellt sich die Frage, ob die Befreiung von § 181 BGB erteilt wurde und dies auch zulässigerweise möglich ist.

2. Eine Vollmacht enthält regelmäßig die Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten, wenn nicht erkennbar der Vollmachtgeber ein Interesse an der persönlichen Wahrnehmung der Vertretungsmacht durch den Bevollmächtigten hat. Dies ist bei Bevollmächtigung einer juristischen Person regelmäßig nicht der Fall.¹ Die Standardgrundstücksvollmachten der öffentlichrechtlichen Körperschaften enthalten eine Untervollmacht zur Vertretung des Privaten nach ihrem Wortlaut regelmäßig nicht. Allerdings wird man die diesbezügliche

¹ Vgl. *Staudinger/Schilken*, Neubearb. 2009, § 167 Rdnr. 63.

chen Vollmachtsmerkmale, vor allem wenn sie auf eine bestimmte Baumaßnahme und die damit zusammenhängenden Grundstücksgeschäfte abstellt, regelmäßig so auslegen können. Um diesbezügliche Probleme beim Vollzug von vornherein auszuschließen, sollten die Vollmachtsmerkmale dahingehend ergänzt werden, dass sie bei Grundstücksgeschäften auch insoweit den Bediensteten bevollmächtigt, als die juristische Person ihrerseits durch den Vertragspartner zur Erklärung der Messungsanerkennung und Auflassung bevollmächtigt wird.

3. Während es sich bei der Frage der Bevollmächtigung regelmäßig um ein Auslegungsproblem handelt, ist die Anwendbarkeit des § 181 BGB streng formal² zu entscheiden. Handelt das Organ oder ein Bevollmächtigter der juristischen Person für diese und gleichzeitig für den Vertragspartner aufgrund Vollmacht, so liegt ein Fall der Mehrfachvertretung vor. Gleiches gilt, wenn für den Vertragspartner vollmachtlos gehandelt wird. Einer diesbezüglich in der Literatur diskutierten teleologischen Reduktion der Vorschrift erteilt das OLG München eine Absage. Die Erteilung der Befreiung durch eine natürliche Person als Vertragspartner der öffentlichen Hand ist unproblematisch. Fraglich ist jedoch, ob das Organ der öffentlichrechtlichen Körperschaft vom Verbot der Mehrfachvertretung befreit werden kann. Die gleiche Frage stellt sich, wenn das Organ Untervollmacht erteilt; dies ist ihm nur möglich, wenn es seinerseits die Erlaubnis zu einer Mehrfachvertretung hat. Andernfalls kann es das Inschlaggeschäft des Unterbevollmächtigten weder gestatten noch genehmigen.³ Fraglich ist, ob eine Befreiung des Organs und damit auch der von ihm bevollmächtigten Person von den Beschränkungen des § 181 BGB bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts möglich ist. Bejaht man diese Frage, stellt sich das weitere Problem, ob das Organ sich selbst von den Beschränkungen befreien kann oder ob hierzu die Mitwirkung eines anderen Organs erforderlich ist. Gegen eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB spricht bei bayerischen Bürgermeistern Art. 38 Abs. 1 KWBG, wonach der Bürgermeister einer Gemeinde nicht diese und zugleich als Vertreter des Landkreises den Landkreis vertreten darf.⁴ Die überwiegende öffentlichrechtliche Ansicht geht von einem Verbot der Mehrfachvertretung aus, wobei strittig ist, ob das dagegen verstößende Geschäft nichtig oder lediglich anfechtbar ist.⁵ Das OLG München geht von einer lediglich innerdienstlichen Wirkung aus. Damit stellt sich die Frage, ob der Bürgermeister sich selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB, jedenfalls in dem Bereich befreien kann, der ihm nach der Geschäftsordnung zur selbständigen Erledigung zugewiesen ist,⁶ oder ob er hierzu der Mitwirkung eines anderen Organs, nämlich des Gemeinderats als Gestattungsorgan, zumindest in dem Bereich, der der gemeinsamen Zuständigkeit unterliegt, bedarf. Das OLG München geht davon aus, dass der Gemeinderat „Gestattungsorgan“ ist. Dies widerspricht jedoch der (noch) herrschenden Meinung, dass die Gemeinde gemeinsam von Bürgermeister und Gemeinderat vertreten wird und

keinem Organ ein „Vorrang“ zukommt.⁷ Allerdings tendiert eine im Vordringen befindliche Ansicht dazu, der Mitwirkung des Gemeinderats lediglich eine interne Funktion zuzuerkennen, so dass die Vertretungsmacht des Bürgermeisters nicht von einer Mitwirkung des Gemeinderats abhängt, wie dies auch in anderen Bundesländern der Fall ist.⁸ Nach dieser Ansicht könnte der Gemeinderat „Gestattungsorgan“ für die der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB sein.

4. Bis zu einer abschließenden Klärung der streitigen Punkte sollte in der Vertragspraxis eine Doppelbevollmächtigung vermieden werden. Soweit ein Verbraucherimmobilienvertrag vorliegt, hat der Notar ohnehin darauf hinzuwirken, dass die Erklärungen des Verbrauchers von diesem selbst oder einer Vertrauensperson abgegeben werden (§ 17 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BeurkG). Dies gilt auch für Messungsanerkennungen, da diese nicht lediglich eine Formalie darstellen, sondern bei einer abweichenden Vermessung den Vertragsgegenstand betreffen.⁹

5. Für die Vielzahl bereits abgeschlossener Grundstücksgeschäfte, die längst vollzogen sind, stellt sich die Frage, ob sie nicht entweder stillschweigend genehmigt sind oder zumindest die Berufung auf die schwebende Unwirksamkeit gegen Treu und Glauben verstößt. Vorausgesetzt werden für eine konkludente Genehmigung nach der Rechtsprechung Zweifel hinsichtlich der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts.¹⁰ Diese Rechtsprechung ist jedoch zu eng, da es nicht um die Bestätigung eines nichtigen Vertrags, sondern darum geht, dass die Parteien durch ihr Verhalten zu verstehen geben, dass sie ein Rechtsgeschäft als wirksam ansehen.¹¹ Jedenfalls dürfte bei einem lange Zeit von beiden Parteien für wirksam gehaltenen Vertrag die Berufung auf die schwebende Unwirksamkeit treuwidrig sein (§ 232 BGB).

Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Notar in Regen und Zwiesel

⁷ Vgl. BayObLG, Urteil vom 24.4.1986, RReg. 1 Z 32/86, BayObLGZ 1986, 112 = NJW-RR 1986, 1080, und BayVerfGH, Entscheidung vom 29.2.1972, Vf 85-V-70 25, 27, 43 = BayVBl 1972, 237, 240.

⁸ Vgl. *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand April 2013, Art. 38 Rdnr. 3.

⁹ Vgl. *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 193 zu Bagatellfällen, wobei sich auch bei Abtretungen von 3 m² eine Unterschreitung einer Abstandsfläche ergeben kann.

¹⁰ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, DNotZ 2009, 385 = KommJur 2009, 307.

¹¹ Vgl. *Staudinger/Schilken*, Neubearb. 2009, § 167 Rdnr. 46.

2. BGB § 912 Abs. 2 Satz 2; VermG §§ 1, 5 (*Höhe der Überbaurente bei einer nachträglichen Teilung des Grundstücks*)

Wird ein Grundstück in der Weise aufgeteilt, dass ein aufstehendes Gebäude von der Grenze der beiden neu gebildeten Grundstücke durchschnitten wird, kommt es für die Höhe der Überbaurente auf die Grundstückswertverhältnisse im Zeitpunkt der Grundstücksteilung an. Allerdings ruhen die Duldungspflicht nach § 912 Abs. 1 BGB und das Rentenrecht so lange, bis die Grundstücke in das Eigentum verschiedener Personen gelangen.

BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 199/12

Die Klägerin war Eigentümerin des Grundstücks K-Straße in Berlin. Das Grundstück wurde verfolgungsbedingt zugunsten der damaligen Reichshauptstadt Berlin enteignet, die am 1.9.1938 als Eigentümerin

² Vgl. BGHZ 50, 8, 11: formale Ordnungsvorschrift.

³ H.M., siehe nur *Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl. 2014, § 181 Rdnr. 18.

⁴ Vgl. dazu *Schneeweiß*, MittBayNot 2001, 341, 345.

⁵ So wohl *Zimmermann*, KWBG, 4. Aufl. 1990, Art. 38 Anm. 1.

⁶ So wohl LG Stuttgart, Beschluss vom 10.1.1995, 1 T 39/94, BWNZ 1995, 166; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 30.11.1973, BReg. 2 Z 46/73, MittBayNot 1974, 8, zum Bischof bei Ausübung seiner kirchenrechtlichen Befugnisse.

in das Grundbuch eingetragen wurde. Nach dem Krieg wurde es in Volkseigentum der DDR überführt und mit Nachbargrundstücken zu einem größeren – neu gebildeten – Grundstück mit der Flurbezeichnung vereinigt. Auf diesem einheitlichen Grundstück errichtete im Jahre 1970 die frühere Deutsche Post ein fünfstöckiges langgestrecktes Fernmeldebetriebsgebäude. Später ging das Grundstück in das Eigentum der Beklagten, der Deutschen Telekom AG, über. Mit seit dem 11.6.2007 bestandskräftigem Bescheid wurde das ursprüngliche Grundstück K-Straße an die Klägerin restituiert. Dies hat zur Folge, dass sich nun ein Teil des Fernmeldebetriebsgebäudes auf dem der Klägerin gehörenden Grundstück befindet.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung einer Überbaurente gemäß § 912 Abs. 2 BGB für die Zeit vom 11.6.2007 bis zum 31.12.2011. Die ursprünglich auf Zahlung von 916.617,22 € gerichtete Klage ist vor dem LG nur i. H. v. 105.462,04 € erfolgreich gewesen. Das KG hat die Berufung der Klägerin, mit der sie – nach teilweiser Klagerücknahme – die Zahlung weiterer 441.277,68 € verlangt hat, durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist für die Bemessung der der Klägerin in entsprechender Anwendung von § 912 Abs. 2 BGB zustehenden Geldrente auf die Grundstückswertverhältnisse im Zeitpunkt der Gebäudeerrichtung im Jahr 1970 und nicht auf diejenigen im Zeitpunkt der Grundstücksteilung im Jahr 2007 abzustellen. Es könne keinen Unterschied machen, ob § 912 Abs. 2 BGB direkte Anwendung finde oder ob ein Fall des Eigengrenzüberbaus vorliege, bei dem die Vorschrift analog angewendet werde, oder ob es sich um einen Überbau infolge späterer Grundstücksteilung handle. Entscheidend für die Bewertung der Überbaurente sei stets die Zeit der Gebäudeerrichtung.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Zu Recht wendet das Berufungsgericht allerdings auf den vorliegenden Sachverhalt die Vorschriften über den Überbau (§§ 912 ff. BGB) entsprechend an. Denn er steht der auf einem Eigengrenzüberbau beruhenden Fallgestaltung nahe, also dem Fall, dass ein Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke mit dem Bau auf einem dieser Grundstücke die Grenze des anderen überschreitet und die bebauten Grundstücke später in das Eigentum verschiedener Personen gelangen. Insoweit ist anerkannt, dass die zu den §§ 912 ff. BGB entwickelten Grundsätze entsprechende Anwendung finden. Ausgehend von dem Zweck der Überbauvorschriften, wirtschaftliche Werte möglichst zu erhalten, besteht daher beim Eigengrenzüberbau eine Duldungspflicht, was zur Folge hat, dass der hinübergebaute Gebäudeteil nach den §§ 93, 94 Abs. 1, § 95 Abs. 1 Satz 2, § 946 BGB nicht Bestandteil des überbauten Grundstücks, sondern wesentlicher Bestandteil des Gesamtgebäudes und damit des anderen Grundstücks des Bauenden wird (Senat, Urteil vom 20.6.1975, V ZR 206/74, BGHZ 64, 333, 336 f.; Senat, Urteil vom 26.4.1961, V ZR 203/59, LM § 912 Nr. 9 Bl. 2). Angesichts der Ähnlichkeit der Sachlage kommen die gleichen Grundsätze auch dann zur Anwendung, wenn – wie hier – ein Grundstück in der Weise aufgeteilt wird, dass ein aufstehendes Gebäude von der Grenze der beiden neu gebildeten Grundstücke durchschnitten wird (Senat, Urteil vom 20.6.1975, V ZR 206/74, BGHZ 64, 333, 336 f.; Senat, Urteil vom 19.10.2012, V ZR 263/11, MDR 2013, 329, 330 Rdnr. 16 m. w. N.).

Da hier nach den Feststellungen der Vorinstanzen der weitaus größere Teil des Gebäudes auf dem Grundstück der Beklagten

steht und ihm die überwiegende wirtschaftliche Bedeutung zukommt, steht es insgesamt im Eigentum der Beklagten (vgl. Senat, Urteil vom 20.6.1975, V ZR 206/74, BGHZ 64, 333, 338; Senat, Urteil vom 23.2.1990, V ZR 231/88, BGHZ 110, 298, 302; Senat, Urteil vom 15.2.2008, V ZR 222/06, BGHZ 175, 253, 259 Rdnr. 14) und ist von der Klägerin entsprechend § 912 Abs. 1 BGB zu dulden. Der Klägerin wiederum steht gemäß § 912 Abs. 2 Satz 1 BGB analog als Ausgleich eine Entschädigung durch eine Geldrente zu.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es im Fall des „nachträglichen Eigengrenzüberbaus“ (*Staudinger/Roth*, 2009, § 912 Rdnr. 58) für die Berechnung der Überbaurente nicht auf die Grundstückswertverhältnisse im Zeitpunkt der Gebäudeerrichtung, sondern auf diejenigen im Zeitpunkt der Grundstücksteilung an.

a) Nach § 912 Abs. 2 Satz 2 BGB ist für die Höhe der Rente die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend. Dem entspricht § 915 BGB, der für die Bemessung des Wertersatzes der überbauten Grundstücksfläche bei einem verlangten Ankauf ebenfalls auf den Zeitpunkt der Grenzüberschreitung abstellt (Senat, Urteil vom 4.4.1986, V ZR 17/85, BGHZ 97, 292, 297). Im unmittelbaren Anwendungsbereich der Überbauvorschriften, wenn also der Eigentümer bei der Errichtung des Gebäudes über die Grenze hinweg auf das ihm nicht gehörende Nachbargrundstück baut, fallen der Zeitpunkt der Grenzüberschreitung und der der Errichtung des Baus zusammen. Dasselbe gilt im Fall des Eigengrenzüberbaus. Baut der Eigentümer eines Grundstücks auf ein benachbartes, ebenfalls in seinem Eigentum stehendes Grundstück hinüber, wird die Grenze mit der Errichtung des Überbaus überschritten. Das Rentenzahlungsrecht entsteht schon in diesem Zeitpunkt, ruht allerdings bis zum Übergang der beiden Grundstücke in verschiedene Hände (RGZ 160, 166, 181; 169, 172, 175; *Staudinger/Roth*, 2009, § 912 Rdnr. 56). Demgemäß sind auch in einem solchen Fall für die Bemessung der Rentenhöhe die Wertverhältnisse im Zeitpunkt der Errichtung des Baus zugrunde zu legen.

b) Anders verhält es sich hingegen, wenn ein bereits bebautes einheitliches Grundstück nachträglich geteilt wird und sich die neugebildete Grundstücksgrenze durch das bestehende Gebäude zieht. Hier wird die dem Überbau oder Eigengrenzüberbau entsprechende tatsächliche Situation erst durch die Aufteilung des Grundstücks geschaffen (vgl. Senat, Urteil vom 4.12.1987, V ZR 274/86, BGHZ 102, 311, 315). Bei Errichtung des Gebäudes ist – anders als beim Überbau oder Eigengrenzüberbau – eine Grenze, die überschritten werden könnte (vgl. § 912 Abs. 2 Satz 2 BGB), noch nicht vorhanden. Demgemäß kann zu diesem Zeitpunkt weder ein Duldungsanspruch noch – dem korrespondierend – ein Rentenzahlungsrecht entstehen. Das hat zur Folge, dass für die Bemessung der Überbaurente nicht auf die Wertverhältnisse bei der Gebäudeerrichtung abgestellt werden kann. Ausgehend von der gesetzgeberischen Grundentscheidung, dass für die Höhe der Rente die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend ist (vgl. Senat, Urteil vom 4.4.1986, V ZR 17/85, BGHZ 97, 292, 297), kommt es vielmehr auf den Zeitpunkt der Teilung des Grundstücks an, da erst dann eine Überbausituation entsteht, die die entsprechende Anwendung der §§ 912 ff. BGB rechtfertigt. Dies entspricht auch dem Zweck der Überbaurente, einen Ausgleich für den durch die Grenzüberschreitung hervorgerufenen Verlust der Bodennutzung zu gewähren (vgl. Senat, Urteil vom 4.4.1986, V ZR 17/85, BGHZ 97, 292, 295). Allerdings ruhen – wie im Falle des Eigengrenzüberbaus – die Duldungspflicht und das Rentenrecht so lange, bis die Grundstücke in das Eigentum verschiedener Personen gelangen (vgl. *Ruhwinkel*, Rechtsverhältnisse beim Grenzüberbau, S. 88).

3. Danach ist hier die Grenzüberschreitung nicht schon bei Errichtung des Gebäudes erfolgt (zu einem solchen Fall vgl. BVerwG, Urteil vom 29.7.1999, 7 C 31/98, VIZ 2000, 88, 90), sondern erst zu dem in § 34 VermG bestimmten Zeitpunkt; denn das Grundstück wird erst durch die Restitution geteilt und die Teilung zu diesem Zeitpunkt wirksam.

Die Besonderheit des vorliegenden Falles, dass die Grundstücksrestitution Folge der Wiedergutmachung verfolgungsbedingten Unrechts war, rechtfertigt entgegen der Auffassung der Beklagten keine abweichende Beurteilung. Die Wiedergutmachung solchen Unrechts erfolgt in den neuen Bundesländern und im früheren Ostteil von Berlin nach Maßgabe des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen (§ 1 Abs. 6 VermG). Einer Restitution nach dem Vermögensgesetz steht zwar nicht in jedem Fall entgegen, dass das zu restituierende Grundstück von einem Stammgrundstück aus mit einem Gebäude überbaut worden ist (BVerwG, Urteil vom 29.7.1999, 7 C 31/98, VIZ 2000, 88, 90). Aus § 5 VermG ergibt sich aber, dass die Schaffung solcher Überbausituationen in Bereichen, die die Allgemeinheit oder die Fortführung von Unternehmen betreffen, möglichst vermieden werden soll. So ist die Restitution ausgeschlossen, wenn ein Grundstück mit erheblichem baulichen Aufwand in der Nutzungsart oder Zweckbestimmung verändert worden ist und an dieser Nutzung ein öffentliches Interesse besteht (§ 5 Abs. 1 lit. a VermG) oder wenn das Grundstück der gewerblichen Nutzung zugeführt oder in eine Unternehmenseinheit einbezogen wurde und nicht ohne erhebliche Beeinträchtigung des Unternehmens zurückgegeben werden könnte (§ 5 Abs. 1 lit. d VermG). Zu berücksichtigen ist auch, dass eine bauliche Nutzung später restituierter Grundstücke je nach der Person und Aufgabenstellung des Nutzers Ankaufsansprüche nach dem Sachenrechts- oder dem Verkehrsflächenbereinigungsgesetz auslösen konnte (vgl. Senat, Urteil vom 23.10.2009, V ZR 15/09, NJW-RR 2010, 588, 589 Rdnr. 11). Da der Gesetzgeber damit Instrumente zur Vermeidung einer Überbausituation im Zusammenhang mit einer Restitution von Grundstücken zur Verfügung gestellt hat, besteht kein Grund, in den verbleibenden Fällen von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen.

III.

Das Urteil des Berufungsgerichts ist daher aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), weil es – aus seiner Sicht folgerichtig – die erforderlichen Feststellungen zum Verkehrswert der überbauten Bodenfläche zu dem nach § 34 VermG maßgeblichen Zeitpunkt und zu den Beeinträchtigungen, die von dem Überbau bei der Nutzung des nicht überbauten Grundstücksteils ausgehen (vgl. Senat, Beschluss vom 10.12.2009, V ZB 115/09, GE 2010, 265 Rdnr. 12), nicht getroffen hat.

3. WEG § 5 Abs. 1, 2 (*Wohnungseingangstüren stehen im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer*)

Wohnungseingangstüren stehen im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer.

BGH, Urteil vom 25.10.2013, V ZR 212/12

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Der Zutritt zu den Wohnungen erfolgt über Laubengänge, die ihrerseits von dem Treppenhaus aus über eine Tür zugänglich sind. § 3 der Gemeinschaftsordnung enthält unter anderem die folgende Regelung:

„Zum Sondereigentum gehören ferner:

Die Türen der Zwischenwände innerhalb der Sondereigentumsräume, auch die Türen zum Treppenhaus, unbeschadet dessen,

dass Veränderungen an der Außenseite derselben nur mit Mehrheitsbeschluss der Eigentümerversammlung vorgenommen werden dürfen (...).“

Die Klägerin tauschte ihre Wohnungseingangstür gegen eine anders gestaltete Tür aus. Auf die Klage der Wohnungseigentümergeinschaft wurde sie rechtskräftig zum Ausbau der Tür verurteilt. In der Eigentümerversammlung vom 15.6.2011 beschlossen die Wohnungseigentümer mehrheitlich, dass die an den Laubengängen gelegenen, neu einzubauenden Wohnungseingangstüren der einzelnen Einheiten mit einem Glasscheibeneinsatz versehen werden und wie folgt aussehen sollen: „Material: Holz, Farbe: Mahagoni hell, Größe der Scheibe: 162 x 75,40 cm, Glasart: drahtornamentweiß“.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Anfechtungsklage. Das AG hat den Beschluss für nichtig erklärt. Auf die Berufung der Beklagten hat das LG das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, will die Klägerin das Urteil des AG wiederherstellen lassen.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, Wohnungseingangstüren stünden gemäß § 5 Abs. 1 und 2 WEG insgesamt zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer. Sie dienten dem gemeinschaftlichen Gebrauch, indem sie das Sonder- von dem Gemeinschaftseigentum abgrenzten. Darüber hinaus bestehe hier die Besonderheit, dass die Wohnungseingangstüren auf Laubengänge hinausführten und von außen sichtbar seien. Daher dienten sie dem Schutz des Gebäudes vor witterungsbedingten Einflüssen und damit dessen Sicherheit im Sinne von § 5 Abs. 2 WEG. Ferner ergebe sich aus § 5 Abs. 1 WEG, dass sie nicht Gegenstand des Sondereigentums sein könnten, weil durch ihre Entfernung oder Veränderung die äußere Gestaltung des Gebäudes unweigerlich verändert würde. Der Beschluss entspreche auch ordnungsmäßiger Verwaltung, weil er ein optisch einheitliches Erscheinungsbild der Anlage sicherstelle.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Die Wohnungseigentümer sind gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG befugt, generelle Vorgaben zu der Gestaltung der Wohnungseingangstüren zu beschließen. Der Beschluss enthält keine Maßgaben für die Gestaltung des Sondereigentums, für die generell keine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer besteht (vgl. Senat, Urteil vom 8.2.2013, V ZR 238/11, ZfIR 2013, 511 Rdnr. 14 m. w. N.), weil Wohnungseingangstüren im gemeinschaftlichen Eigentum stehen.

a) Auf die Regelung in der Teilungserklärung, nach der die Türen der Zwischenwände innerhalb der Sondereigentumsräume und die Türen zum Treppenhaus zum Sondereigentum gehören, kommt es für die sachenrechtliche Zuordnung nicht an. Wie der Senat bereits klargestellt hat, kann durch eine Teilungserklärung Sondereigentum an wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes (§§ 93, 94 BGB) nicht begründet werden (eingehend Senat, Urteil vom 26.10.2012, V ZR 57/12, NJW 2013, 1154 Rdnr. 10 f.). Wohnungseingangstüren gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes (§ 94 Abs. 2 BGB; MünchKommBGB/*Stresemann*, 6. Aufl., § 94 Rdnr. 23). Enthält die Teilungserklärung – wie hier – eine Aufzählung der zum Sondereigentum gehörenden Bestandteile des Gebäudes, hat dies nur deklaratorischen Charakter; welche wesentlichen Gebäudebestandteile im Sondereigentum stehen, bestimmt sich allein nach den gesetzlichen Regelungen in § 5 Abs. 1 bis 3 WEG (Senat, Urteil vom 26.10.2012, V ZR 57/12, a. a. O., Rdnr. 11). Davon zu trennen ist die Frage, ob die Wohnungseigentümer die Pflicht zur Instandset-

zung und Instandhaltung von Teilen des gemeinschaftlichen Eigentums bzw. zur Tragung der damit verbundenen Kosten abweichend von § 21 Abs. 5 Nr. 2, § 16 Abs. 2 WEG einzelnen Sondereigentümern auferlegen können (dazu Senat, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, NJW 2012, 1722 Rdnr. 7 f.).

b) Ob Wohnungseingangstüren im gemeinschaftlichen Eigentum oder im Sondereigentum stehen, wird unterschiedlich beurteilt. Nach vereinzelter Auffassung sind sie sondereigentumsfähig (so MünchKommBGB/*Commichau*, 6. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 12 a. E.) und zählen nur dann zum Gemeinschaftseigentum, wenn sie im Sinne von § 5 Abs. 2 WEG für den Bestand oder die Sicherheit des Gebäudes erforderlich sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.1.2002, 3 Wx 293/01, ZWE 2002, 279, 280; *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 52). Andere ordnen nur die Innenseite der Tür (*Staudinger/Rapp*, § 5 WEG Rdnr. 25) oder nur den Innenanstrich (*Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Teil 2 D Rdnr. 80) dem Sondereigentum zu. Überwiegender Auffassung zufolge stehen Wohnungseingangstüren dagegen stets insgesamt im gemeinschaftlichen Eigentum (OLG München, NJW 2007, 2418; OLG Stuttgart, BauR 2005, 1490 f.; OLG Düsseldorf, OLGR 2000, 1 ff.; *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 12. Aufl., § 5 Rdnr. 124; *Jennißen/Grziwotz*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 105; *Riecke/Schmidt/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 76; *Spielbauer/Then*, WEG, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 9 a. E.; *Niedenfürh/Kümmel/Nandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 5 Rdnr. 29; BeckOK-WEG/*Kessler*, Edition 17, § 5 Rdnr. 48; BeckOK-BGB/*Hügel*, Edition 28, § 5 WEG Rdnr. 12).

c) Die letztere Auffassung trifft zu.

aa) Richtig ist allerdings, dass sich die Zuordnung zum gemeinschaftlichen Eigentum (auch) aus § 5 Abs. 2 WEG ergeben kann. Nach dieser Bestimmung sind Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums, selbst wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden. Hier sind die Wohnungseingangstüren den Feststellungen des Berufungsgerichts zufolge an der Außenwand des Gebäudes gelegen. Dann sind sie – wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt – im Sinne von § 5 Abs. 2 WEG für den Bestand des Gebäudes erforderlich, weil sie dem Schutz des Gebäudes gegen Witterungseinflüsse dienen. Zugleich stehen sie gemäß § 5 Abs. 1 WEG im gemeinschaftlichen Eigentum. Dieser Vorschrift zufolge sind Gegenstand des Sondereigentums auch die zu den im Sondereigentum stehenden Räumen gehörenden Bestandteile des Gebäudes, die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird. Eine andere Gestaltung von Wohnungseingangstüren, die an der Außenwand gelegen sind, verändert regelmäßig die äußere Gestaltung des Gebäudes in diesem Sinne; davon geht das Berufungsgericht auch hier nachvollziehbar aus.

bb) Aber auch unabhängig davon, ob Wohnungseingangstüren innerhalb des Gebäudes oder an dessen Außenseite gelegen sind, sind sie gemäß § 5 Abs. 1 WEG zwingend dem gemeinschaftlichen Eigentum zugeordnet. Treppenhäuser und Laubengänge sind gemäß § 5 Abs. 2 WEG gemeinschaftliches Eigentum (BGH, Urteil vom 6.6.1991, VII ZR 372/89, BGHZ 114, 383, 386). Wohnungseingangstüren, die das Sondereigentum von dem Treppenhaus oder – wie hier – einem

Laubengang trennen, gehören nicht, wie es § 5 Abs. 1 WEG voraussetzt, zu den im Sondereigentum stehenden Räumen. Ob es für die Auslegung dieses Begriffs auf einen räumlichen oder einen funktionalen Zusammenhang ankommt (vgl. Senat, Urteil vom 26.10.2012, V ZR 57/12, NJW 2013, 1154 Rdnr. 16 ff.), kann dahinstehen. Denn Wohnungseingangstüren stehen räumlich und funktional in einem Zusammenhang sowohl mit dem Sonder- als auch dem Gemeinschaftseigentum. Erst durch ihre Einfügung wird die Abgeschlossenheit der dem Sondereigentum zugewiesenen Räume hergestellt, die vorliegen soll, damit Sondereigentum entstehen kann (§ 3 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG). Sie dienen stets der räumlichen Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum. Gehören sie damit räumlich und funktional (auch) zu dem Gemeinschaftseigentum, steht die gesamte Tür als einheitliche Sache im gemeinschaftlichen Eigentum (vgl. *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 12. Aufl., § 5 Rdnr. 124).

2. Rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht Anfechtungsgründe.

Der Beschluss entspricht schon deshalb ordnungsmäßiger Verwaltung, weil er ein einheitliches äußeres Erscheinungsbild der Wohnungseigentumsanlage sicherstellt. Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, ihr werde eine farbliche Gestaltung der Innenseite der Tür aufgezwungen. Denn mit der Frage, ob den Wohnungseigentümern eine abweichende farbliche Gestaltung der Innenseite der Wohnungseingangstür gestattet ist, befasst sich der Beschluss ersichtlich nicht. Das von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angesprochene Anliegen einzelner Wohnungseigentümer, die für ihre Wohnungseingangstür bestimmte Sicherheitsstandards wünschen, kann im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG) bei einer Beschlussfassung zu berücksichtigen sein. Nach den getroffenen Feststellungen hat dieser Aspekt in den Vorinstanzen jedoch keine Rolle gespielt; es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin ihre Klage innerhalb der Klagebegründungsfrist (§ 46 Abs. 1 Satz 2 WEG) auf etwaige mit der vorgegebenen Gestaltung verbundene Sicherheitsmängel gestützt hat.

(...)

4. ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2 (*Vorrecht am Wohnungseigentum begründet kein dingliches Recht*)

Das in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG enthaltene Vorrecht begründet kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft.

BGH, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12

Der Sohn des Beklagten war Eigentümer einer Wohnung, die zu der Anlage der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft gehört. Er beglich in den Jahren 2009 und 2010 Hausgelder sowie Abrechnungsspitzen aus den Jahresabrechnungen für 2008 und 2009 nicht; die offenen Forderungen beliefen sich insgesamt auf 1.724,77 €. Am 30.4.2010 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die Klägerin meldete die Forderungen im Insolvenzverfahren zur Tabelle an. Mit notariellem Vertrag vom 9.6.2010 erwarb der Beklagte die Wohnung von dem Insolvenzverwalter und wurde am 13.7.2010 in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte hafte mit dem Wohnungseigentum für die Hausgeldrückstände des Voreigentümers. Ihre auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum wegen des Betrags von insgesamt 1.724,77 € gestützte Klage ist vor dem AG erfolglos geblieben. Wegen eines Betrags i. H. v. 599,54 € haben die Parteien den Rechtsstreit in der Berufungsinstanz nach einer Zahlung des Beklagten übereinstimmend für erledigt erklärt. Die verbleibende Forderung in Höhe von insgesamt 1.125,23 € setzt

sich aus den vor Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Hausgeldern aus den Jahren 2009 und 2010 sowie der am 30.4.2010 fällig gewordenen Abrechnungsspitze aus der Jahresabrechnung 2009 zusammen. Das LG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin wegen der restlichen Forderung von insgesamt 1.125,23 € zzgl. Zinsen ihr Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZWE 2012, 439 f., veröffentlicht ist, meint, der Beklagte müsse anders als der Insolvenzverwalter die Zwangsvollstreckung nicht dulden. Nachdem er das Wohnungseigentum freihändig von dem Insolvenzverwalter erworben habe, gehe das Absonderungsrecht hinsichtlich der von dem Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG erfassten Hausgeldforderungen unter und setze sich im Wege der dinglichen Surrogation an dem Veräußerungserlös fort. Zwar ruhten diese Forderungen ähnlich einer privaten Last auf dem Grundstück. Weil sie sich aber – anders als etwa eine Grundsteuerschuld – ständig änderten, stehe erst mit der Beschlagnahme fest, welche Hausgeldforderungen dem Vorrecht unterfielen. Das Vorrecht sei daher auf die Verwertung des Wohnungseigentums in dem zur Beschlagnahme führenden Verfahren angelegt. Bestünde das Recht auf Befriedigung aus dem Wohnungseigentum fort, werde die Gemeinschaft im Hinblick auf Hausgeldschulden des Erwerbers benachteiligt, weil das betragsmäßig begrenzte Vorrecht in demselben Verfahren nur einmal in Anspruch genommen werden könne. Es widerspreche dem Zweck des Vorrechts, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft bei dem praktisch bedeutsamen Fall einer freihändigen Veräußerung nicht im Umfang des Vorrechts an dem Veräußerungserlös beteiligt, sondern auf eine spätere Verwertung der Wohnung verwiesen werde.

II.

Die Revision hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht verneint den geltend gemachten Duldungsanspruch im Ergebnis zu Recht. Der Klägerin steht nämlich kein dingliches Recht zu, aufgrund dessen sie von dem Beklagten als Erwerber Befriedigung aus dem Wohnungseigentum verlangen könnte.

1. Nach dem Gesetz haftet ein Erwerber von Wohnungseigentum schuldrechtlich nicht für Hausgeldrückstände des Voreigentümers (st. Rspr., vgl. nur Senat, Beschluss vom 24.2.1994, V ZB 43/93, NJW 1994, 2950, 2951 m. w. N.). Allerdings soll nach inzwischen weit überwiegender Ansicht im Umfang des Vorrechts gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ein dingliches Recht an dem Wohnungseigentum entstehen. Die erfassten Ansprüche seien nicht nur in der Zwangsversteigerung und der Insolvenz bevorrechtigt; vielmehr begründe die Norm eine allgemeine dingliche Haftung des Wohnungseigentums, die wie ein Grundpfandrecht ohne Eintragung einzuordnen sei. Folglich sei auch ein Erwerber, der nicht Hausgeldschuldner ist, im Umfang des Vorrechts zur Duldung der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums verpflichtet (LG Berlin, ZWE 2011, 97 ff.; LG Heilbronn, ZWE 2013, 230 f.; *Becker in Bärrmann*, WEG, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 186 ff.; *Riecke/Schmidt/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 220; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 10 Rdnr. 4.7; *Rellermeyer in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer*, ZVG, 14. Aufl., § 10 Rdnr. 21.1 und Rdnr. 80.1; *Suilmann* in Drei Jahre nach der WEG-Reform – eine Zwischenbilanz, 2011, S. 111, 116 ff.; *Alff*, Rpfleger 2013, 15 ff.; *Hintzen/Alff*, ZinsO 2008, 480, 486; *Becker*, ZMR 2012, 930, 932; *Derleder*, ZWE 2008, 13, 20; *Mayer*, ZWE 2013, 51; *Schneider*, ZMR 2009, 165, 166 ff.; *ders.*,

ZWE 2012, 440, 441; *ders.*, ZMR 2012, 749, 754 ff.; *Sinz/Hiebert*, ZinsO 2012, 205, 207 f.).

2. Nach anderer Ansicht enthält § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nur ein begrenztes Vorrecht in der Zwangsversteigerung. Dieses begründe zwar gemäß § 49 InsO zugleich ein Absonderungsrecht kraft besonderer gesetzlicher Anordnung, schaffe aber keine Rechtsgrundlage für ein dingliches Recht (*Jennißen* in *Jennißen*, WEG, 3. Aufl., § 28 Rdnr. 204a; *Jennißen/Kemm*, NZM 2012, 630 ff.; *Kesseler*, NJW 2009, 121, 124; *Fabis*, ZfIR 2010, 354, 357 f.).

3. Der BGH hat den dinglichen Charakter der von dem Vorrecht erfassten Forderungen bislang ausdrücklich offengelassen (Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 17; vgl. auch *Schmidt-Räntsch*, ZWE 2011, 429, 439). Nur für das Insolvenzverfahren ist höchstrichterlich geklärt, dass der Wohnungseigentümergeinschaft im Umfang des Vorrechts ein Absonderungsrecht zusteht (BGH, Beschluss vom 12.2.2009, IX ZB 112/06, NJW-RR 2009, 923 Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 120/10, NJW 2011, 3098 Rdnr. 24 ff.). Dies ergibt sich aus der in § 49 InsO enthaltenen Verweisung auf § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Hat die Wohnungseigentümergeinschaft vor der Insolvenzeröffnung keinen Zahlungstitel erwirkt, kann sie den Insolvenzverwalter wegen der dem Vorrecht unterfallenden Ansprüche auf Duldung der Zwangsversteigerung in Anspruch nehmen (§ 1147 BGB analog; BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 120/10, a. a. O., Rdnr. 24 ff.).

4. Der Senat verneint eine dingliche Wirkung des Vorrechts. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG enthält lediglich eine Privilegierung schuldrechtlicher Ansprüche sowohl im Zwangsversteigerungsverfahren als auch – i. V. m. § 49 InsO – im Insolvenzverfahren.

a) Im Ausgangspunkt macht es für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied, ob das Eigentum freihändig von dem Insolvenzverwalter oder außerhalb von Insolvenz und Zwangsversteigerung erworben wird oder ob der eingetragene Eigentümer in Anspruch genommen werden soll, obwohl Hausgeldschuldner der werdende Wohnungseigentümer ist (zu Letzterem Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 13 ff.). In keiner dieser Fallgruppen begründet das Vorrecht eine dingliche Haftung.

b) Aus dem Wortlaut von § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ergibt sich nicht, dass ein neues dingliches Recht eingeführt werden sollte. Einerseits bezieht sich die Bestimmung auf die Regelungen in § 16 Abs. 2, § 28 Abs. 2 und 5 WEG, die die (persönliche) Haftung des Wohnungseigentümers betreffen. Andererseits sollen bei der Vollstreckung in ein Wohnungseigentum „die daraus fälligen Ansprüche (...)“ erfasst werden; nur insoweit knüpft die Norm an das Eigentum an.

c) Die systematische Stellung der Bestimmung spricht gegen die Einführung einer dinglichen Last. § 10 ZVG begründet als zentrale verfahrensrechtliche Norm für das Zwangsversteigerungsverfahren keine dinglichen Rechte. Die Vorschrift regelt ihrem Eingangssatz zufolge, welche Ansprüche „ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück“ gewähren, ferner deren Reihenfolge durch die Einteilung in Rangklassen. Ein Befriedigungsrecht gewähren sowohl schuldrechtliche (Nr. 1, Nr. 1a, Nr. 5) als auch dingliche Rechte (Nr. 4, Nr. 6 bis 8).

d) Ebenso wenig ergibt sich die dingliche Haftung aus dem systematischen Vergleich von § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG mit § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG. Im Gegenteil zählen zu den in § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG geregelten Ansprüchen auf Entrichtung öffentlicher Lasten aus dem Grundstück nach der ständigen Recht-

sprechung des Senats nur solche Lasten, deren Rechtsgrundlage eine dingliche Haftung des Grundstücks anordnet (näher Senat, Beschluss vom 30.3.2012, V ZB 185/11, WM 2012, 997 Rdnr. 4 f. m. w. N.); das Zwangsversteigerungsgesetz setzt die dingliche Haftung also voraus, begründet sie aber nicht. Das gilt gleichermaßen für die in § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG geregelten dinglichen Rechte der Grundpfandgläubiger. Für die bis zum 30.6.2007 in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG geregelten Litlohnansprüche soll die dingliche Wirkung zwar anerkannt gewesen sein (*Stöber*, ZVG, 18. Aufl., Rdnr. 4.6), ohne dass dies aber – soweit ersichtlich – praktische Bedeutung erlangt hätte. Jedenfalls hat der Gesetzgeber diese Regelung aufgehoben und lediglich die freigewordenen Rangstelle genutzt, um Hausgeldforderungen eigenständig zu regeln (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 44; *Jennißen/Kemm*, NZM 2012, 630, 634); es ist auch kein inhaltlicher Bezug zu Litlohnansprüchen erkennbar. Schließlich lässt sich der dingliche Charakter auch nicht § 45 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 ZVG entnehmen (so aber *Schneider*, ZMR 2009, 165, 166). Nach dieser Norm bedarf es für die Anmeldung der Hausgeldansprüche in dem Zwangsversteigerungsverfahren eines Dritten nicht zwingend eines Titels. Es mag sein, dass eine solche Befugnis im Regelfall nur dinglichen Gläubigern zugutekommt; aus einer verfahrensrechtlichen Erleichterung zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft kann indes nicht geschlossen werden, dass dieser ein materielles dingliches Recht zusteht.

e) Die Gesetzgebungsgeschichte spricht gegen die Einführung eines neuen dinglichen Rechts. Der Gesetzgeber hat – wie auch Befürworter einer dinglichen Haftung einräumen (*Schneider*, ZMR 2009, 165, 172) – bei der Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ausschließlich eine Änderung des Zwangsversteigerungsverfahrens beabsichtigt und sich demzufolge auf eine verfahrensrechtliche Regelung beschränkt. Dabei wollte er zwar insbesondere mit Blick auf § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG erreichen, dass die genannten Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft „den nachfolgenden dinglich gesicherten Ansprüchen vorgehen“ (BT-Drucks. 16/887, S. 43). Dass die Wohnungseigentümergeinschaft selbst zu einer dinglich berechtigten Gläubigerin werden sollte, hat er aber nicht erwogen. Insbesondere hat er nicht beabsichtigt, eine begrenzte Haftung des Erwerbers von Wohnungseigentum für die rückständigen Hausgelder des Voreigentümers neu einzuführen. Dies wäre jedoch – jedenfalls in den Grenzen des Vorrechts – die Folge einer allgemeinen dinglichen Haftung.

f) Schließlich kann auch die teleologische Auslegung eine dingliche Haftung nicht begründen.

aa) Richtig ist zwar, dass es dem erklärten Ziel des Gesetzgebers entsprach, die übrigen Wohnungseigentümer im Hinblick auf Rückstände anderer Wohnungseigentümer in begrenztem Umfang gegenüber den Grundpfandgläubigern zu privilegieren und damit auch den Werterhalt der Anlage insgesamt sicherzustellen (BT-Drucks. 16/887, S. 43 f.). Zudem könnte nur eine dingliche Haftung bei Hausgeldrückständen eines werdenden Wohnungseigentümers die Vollstreckung in das Wohnungseigentum ermöglichen, weil der werdende Wohnungseigentümer zwar Hausgeldschuldner, aber (noch) nicht eingetragener Eigentümer ist (näher Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 13 ff., insbesondere Rdnr. 17).

bb) Der Umsetzung einer begrenzten dinglichen Haftung im geltenden Recht steht aber schon entgegen, dass der Gesetzgeber für die Verwirklichung seiner Zielsetzung ein bestimmtes Mittel gewählt hat. Er hat nämlich lediglich eine begrenzte bevorrechtigte Beteiligung an dem Veräußerungserlös in der

Zwangsversteigerung erreichen wollen. Selbst die Insolvenz des Wohnungseigentümers hat er nicht im Blick gehabt (BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 120/10, NJW 2011, 3098 Rdnr. 16 a. E.). In der Insolvenz des säumigen Wohnungseigentümers ergibt sich die Bevorrechtigung allerdings aus der in § 49 InsO enthaltenen Verweisung auf § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 120/10, a. a. O. Rdnr. 17 ff.). Die Einführung eines neuen dinglichen Rechts war dagegen gerade nicht gesetzgeberisches Ziel.

cc) Zudem enthält § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG als verfahrensrechtliche Norm keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine solche Haftung des Wohnungseigentums. Die erforderliche nähere Ausgestaltung einer in dem numerus clausus der Sachenrechte bislang nicht vorgesehenen privaten Last kann nicht im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung erfolgen (vgl. *Jennißen/Kemm*, NZM 2012, 630 ff.). Insbesondere ist nicht geregelt, wie ein dingliches Vorrecht außerhalb des Zwangsversteigerungs- und Insolvenzverfahrens eingegrenzt werden sollte. Besondere Probleme ergäben sich – wie das Berufungsgericht richtig erkennt – bei der Begrenzung des Vorrechts in zeitlicher Hinsicht.

(1) Welche Forderungen bevorrechtigt sind, bestimmt sich in der Zwangsversteigerung durch eine Rückrechnung von der Beschlagnahme an (§ 20 Abs. 1, § 22 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG). Fehlt es an der Beschlagnahme, ist darunter die Insolvenzeröffnung zu verstehen (BGH, Urteil vom 21.7.2010, IX ZR 120/10, NJW 2011, 3098 Rdnr. 33 f.). Außerhalb des Zwangsversteigerungs- und Insolvenzverfahrens fehlte es dagegen an einem zeitlichen Anknüpfungspunkt. Entgegen der Auffassung der Revision müsste bereits im Erkenntnisverfahren feststehen, wegen welcher Ansprüche das Grundstück haftet; denn aus dem Titel muss sich ergeben, dass und inwieweit der Eigentümer die Zwangsversteigerung dulden muss (ebenso für den Duldungsanspruch des Insolvenzverwalters BGH, Urteil vom 21.7.2010, IX ZR 120/10, a. a. O., Rdnr. 30; unzutreffend LG Berlin, ZWE 2011, 97, 99; *Mayer*, ZWE 2013, 51). Keinesfalls könnte ein Erwerber für Rückstände herangezogen werden, die durch Zeitablauf nur noch in der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG Berücksichtigung finden könnten (unzutreffend *Mayer*, ZWE 2013, 51).

(2) Als zeitlicher Anknüpfungspunkt ungeeignet wäre sowohl eine gegen den Voreigentümer gerichtete Beschlagnahme im Rahmen einer Zwangsversteigerung als auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen; beides kann – anders als die Revision offenbar meint – keine bleibende dingliche Last entstehen lassen und die in diesem Zeitpunkt bevorrechtigten Rückstände gewissermaßen „einfrieren“ (insoweit zutreffend *Becker* in *Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 219; *ders.*, ZMR 2012, 930, 932; *Schneider*, ZWE 2012, 440, 441 f.). Denn es war erklärtes Ziel des Gesetzgebers, insbesondere im Hinblick auf die Interessen der nachrangigen Grundpfandgläubiger nur ein überschaubares, zeitlich und höhenmäßig begrenztes Vorrecht zu schaffen (BT-Drucks. 16/887, S. 43 ff.). Dem entspricht der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (Satz 2: „Das Vorrecht erfasst...“; Satz 3: „Das Vorrecht [...] ist begrenzt [...]).

(3) Maßgeblich könnte danach nur eine Beschlagnahme gegenüber dem Erwerber sein; diese erfolgte aber – wenn überhaupt – erst bei der Vollstreckung des zu schaffenden Duldungstitels (§ 20 Abs. 1, § 22 Abs. 1 ZVG). Im Erkenntnisverfahren findet sich hierfür keine funktionelle Entsprechung. Ist der Eigentümer zugleich Hausgeldschuldner, stellt sich dieses Problem nicht, weil die Wohnungseigentümergeinschaft ihre Zahlungsansprüche wegen der persönlichen Haftung uneingeschränkt titulieren lassen kann; erst das Vollstreckungs-

gericht prüft, inwieweit die titulierten Ansprüche im Zeitpunkt der Beschlagnahme (noch) bevorrechtigt sind (BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 120/10, NJW 2011, 3098 Rdnr. 30). § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ist – wegen seiner verfahrensrechtlichen Ausgestaltung – so konzipiert, dass sich der Umfang des Vorrechts erst in dem Zwangsversteigerungsverfahren konkretisiert. Ein Auseinanderfallen von Eigentümer- und Schuldnerstellung ist im Gesetz demgegenüber nicht angelegt.

(4) Die Beschlagnahme kann gegenüber dem Erwerber auch nicht etwa mit der Rechtshängigkeit der Duldungsklage oder der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz gleichgesetzt werden (so aber *Mayer*, ZWE 2013, 51). Dies wäre mit der gesetzlichen Regelung unvereinbar, nach der sich der Zeitablauf zwischen der Titulierung und der Beschlagnahme zulasten der Wohnungseigentümergeinschaft auswirken kann. Entfallen die Rückstände nämlich – wie hier – auf länger zurückliegende Zeiträume, können sie die Bevorrechtigung noch in der nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens verstreichenden Zeit verlieren.

(5) Zudem kann das Vorrecht nach der ständigen Rechtsprechung des Senats in demselben Zwangsversteigerungsverfahren nur einmal in Anspruch genommen werden, weil die betragsmäßige Begrenzung nach der Vorstellung des Gesetzgebers dem Schutz der nachrangigen Gläubiger dienen soll (Beschluss vom 4.2.2010, V ZB 129/09, NZM 2010, 324 f.; Beschluss vom 24.6.2010, V ZB 17/10, ZWE 2010, 367; Beschluss vom 14.6.2012, V ZB 194/11, NZM 2012, 771 Rdnr. 8). Eine solche Begrenzung wäre außerhalb eines Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahrens kaum zu verwirklichen.

5. Mit der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH steht die Auffassung des Senats nicht im Widerspruch.

a) Der IX. Zivilsenat hat sich sowohl in seinem Beschluss vom 12.2.2009 (IX ZB 112/06, NJW-RR 2009, 923 f.) als auch in seinem Urteil vom 21.7.2010 (IX ZR 120/10, NJW 2011, 3098 ff.) ausschließlich mit der Auslegung der in § 49 InsO enthaltenen Verweisung auf § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG befasst und diesen Normen in wertender Betrachtung ein insolvenzrechtliches Absonderungsrecht für die dem Vorrecht unterfallenden Ansprüche entnommen. Mit der Frage, ob außerhalb des Insolvenzverfahrens eine dingliche Haftung besteht, hat er sich dagegen nicht befassen müssen; seine Entscheidungen enthalten zu dieser Rechtsfrage keine Aussage (zutreffend *Schneider*, ZMR 2012, 749, 750). Sie sind vielmehr so zu verstehen, dass in der Insolvenz ein Absonderungsrecht kraft der in § 49 InsO i. V. m. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG enthaltenen gesetzlichen Anordnung besteht.

b) Absonderungsrechte begründen ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung eines Anspruchs des Gläubigers aus einem zu der Insolvenzmasse gehörenden Gegenstand. Sie sind zwar im Regelfall dinglicher Natur. Zwingend ist dies aber nicht (vgl. für das Aussonderungsrecht nach § 47 InsO BGH, Urteil vom 10.2.2011, IX ZR 73/10, NJW 2011, 1282 Rdnr. 19). Auch Inhaber schuldrechtlicher Ansprüche können aufgrund einer Entscheidung des Gesetzgebers zur Absonderung berechtigt sein (*Depre* in *Leonhardt/Smid/Zeuner*, InsO, 3. Aufl., § 49 Rdnr. 17; *Brinkmann* in *Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl., § 49 Rdnr. 5). So begründet etwa ein schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf eine (bewegliche) Sache (zum Beispiel § 1000 Satz 1 BGB) ein Recht zur Absonderung (§ 51 Nr. 2 InsO). Ebenso wie das Vorrecht für Hausgeldrückstände werden diese schuldrechtlichen Ansprüche in der Insolvenz aufgrund einer Entscheidung des Gesetzgebers privilegiert, ohne dass ihnen deshalb dingliche Wirkung zukäme.

6. Ob und wie das Absonderungsrecht bei einer freihändigen Veräußerung durch den Insolvenzverwalter abzugelten ist (vgl. zu § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG: BGH, Urteil vom 18.2.2010, IX ZR 101/09, NJW-RR 2010, 1022 Rdnr. 10), ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

(...)

Anmerkung:

Zum Sachverhalt: Ein Wohnungseigentümer ist unter anderem Schuldner von Hausgeld und fällt in Insolvenz. Der Insolvenzverwalter verkauft dem Vater des Schuldners die Wohnung. Der Verband der Wohnungseigentümer will aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG wegen der Rückstände des Sohnes die Wohnung des Vaters versteigern. Alle Instanzen lehnen dies ab.

Die Entscheidung ist zu begrüßen und entspannt die notarielle Informationspflicht.

1. Wohnungseigentümer sind untereinander verpflichtet, die Lasten und Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, Verwaltung und des Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums zu tragen (§ 16 Abs. 2, § 28 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 WEG). Dieser Umstand ist für jede Gemeinschaft typisch (*argumentum e § 748 BGB*), so dass der Notar ihn nicht besonders hervorheben muss (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG).

Die Rechtslage vor 2007 kannte nur in zwei – im Folgenden nicht weiter vertieften – Fällen eine Erwerberhaftung, wenn nämlich entweder die Gemeinschaftsordnung sie anordnete und – kumulativ – der Erwerb durch Kauf oder auf andere rechtsgeschäftliche Art erfolgte, nicht also bei Erwerb durch Zuschlag (§ 90 ZVG) in der Versteigerung¹ oder wenn ein nach Beitritt gefasster Beitragsbeschluss in Bestandskraft erwuchs. In der Praxis sieht die wohnungseigentumsrechtliche Vereinbarung – „Gemeinschaftsordnung“ – selten eine Erwerberhaftung vor, wurde vereinzelt sogar empfohlen,² verkompliziert aber bei einem treuen Veräußerer nur die Rechtslage und erschwerte bei einem säumigen Veräußerer wirtschaftlich den Verkauf, so insbesondere wenn und weil dann meist die Mittel des Kaufpreises voll zur Altschuldentilgung benötigt werden. Über eine bestehende Gemeinschaftsordnung muss und kann der Notar ebenso wenig belehren wie über Beschlüsse der Wohnungseigentümer oder ihre Rechtsbeziehungen untereinander oder als Verband. Anderes gilt natürlich, wenn er gefragt und soweit ihm der Sachverhalt vorgetragen wird, oder wenn die Umstände anderes aufdrängen.³

Die Rechtslage änderte sich zum 1.7.2007 durch die WEG-Novelle 2007⁴ und zum 1.7.2009⁵. Kommt es seitdem zur Versteigerung eines Wohnungseigentums, haben Beitragspflichten einen Vorrang vor anderen Rechten, § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ZVG.⁶ Seitdem ist umstritten,⁷ ob dieses „Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück“ (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG) sich als dingliche Belastung ähnlich einer Reallast oder Sicherungshöchstbetragshypothek versteht oder lediglich als

¹ *Argumentum e § 56 Satz 2 ZVG*; BGH, Beschluss vom 22.1.1987, V ZB 3/86, BGHZ 99, 358 = MittBayNot 1987, 136; BGH, Beschluss vom 24.2.1994, V ZB 43/93, MittBayNot 1994, 219; DNotI-Report 1994, 5; ebenso *Bub* in FS Seuß, 1987, S. 87, 91 ff.

² *Langhein* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Aufl. 2014, § 58 Rdnr. 52 M.

³ BGH, Urteil vom 4.12.2008, III ZR 51/08, BGHZ 179, 94 m. Anm. *Regler*, MittBayNot 2009, 317, 310; DNotI-Report 2009, 20.

⁴ Gesetz vom 26.3.2007, BGBl I, S. 370.

⁵ Gesetz vom 7.7.2009, BGBl I, S. 1707.

⁶ Zu seinem Umfang *Schneider*, ZWE 2011, 341.

⁷ Zum Streitstand der BGH in Abschnitt II, 1.

vollstreckungs- und insolvenzrechtlicher Vorrang.

2. Der V. oder Grundstückssenat des BGH hat jetzt seine Meinung konkretisiert⁸ und das Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG als kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft analysiert.

Der BGH leitet sein Ergebnis klassisch ab aus zunächst dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG, der kein dingliches Recht begründen wolle (Abschnitt II, 4., b), aus systematischer Stellung und systematischem Vergleich insbesondere zu § 10 Abs. 1 Nrn. 3, 4 ZVG, wonach das ZVG ein dingliches Recht voraussetze und nicht begründe (Abschnitt II, 4., c), d), sodann aus der Gesetzeshistorie (Abschnitt II, 4., d), e) und schließlich teleologisch aus seiner vollstreckungsrechtlichen Funktion (Abschnitt II 4., f) und 5.).

3. Der Notar könnte sich mit der Freude begnügen, seine Mandanten nicht mit etwaigen Immobilienlasten außerhalb des Grundbuchs ängstigen zu müssen. Andererseits gibt der Fall Anlass, bei Veräußererschulden Unterschieden nachzuspüren, für den Verband Wohnungseigentümergeinschaft je nach Art der Rechtsnachfolge.

a) Wechselt das Eigentum an einer Wohnung infolge Übertragung wegen Verkaufs oder sonstiger Veräußerung, hat der Verband keinen Anspruch gegen den Erwerber, es sei denn, der Verband hat die Versteigerung der Wohnung schon begonnen, also einen Titel erwirkt und die Beschlagnahme (§ 20 ZVG) erreicht. Anderenfalls kann er sich insbesondere nicht an der veräußerten Wohnung befriedigen, denn § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG enthält lediglich eine Privilegierung der dort genannten (Hausgeld-)Ansprüche im Zwangsversteigerungsverfahren⁹ und stellt kein hypothekeähnliches dingliches Recht dar.¹⁰ Der Verband ist dann auf seine schuldrechtlichen Ansprüche gegen den Veräußerer, hilfsweise den etwa untätigen Verwalter beschränkt.

b) Wechselt das Eigentum infolge Zuschlags (§ 90 ZVG) in der Versteigerung, versteht sich der Vorgang als einer der Einzelvollstreckung. Sie ist zwar vom Prioritätsgrundsatz geprägt, wonach der Erfolg dem Schnellsten gebührt. Aber bei der Immobilienversteigerung erfolgt Befriedigung im Rang des § 10 ZVG, das seit der erwähnten 2007er Novelle der Wohnungseigentümergeinschaft (und – hier nicht vertieft – einzelnen Wohnungseigentümern) einen Bonus für eine bestimmte und begrenzte Menge an (Hausgeld-)Forderungen gewährt. Ihnen gehen nur enge Ansprüche vor, sei es weil Versteigerung und Zwangsverwaltung zeitlich zusammenfallen und die Verwaltung objektsbezogene Ausgaben gehabt hat, sei es weil Versteigerung und Insolvenz zeitlich zusammenfallen und eine Abgrenzung zur Insolvenzmasse erforderlich ist.

Sonstige oder darüber hinausgehende Forderungen sind „nur“ fünftklassig und damit bei hoher Wohnungsbelastung wirtschaftlich wertlos.

Betreibt der Verband selbst die Versteigerung wegen Schuldnerverzugs, kann ein nachrangiger Dritter das Vorrecht der Nr. 2 unter Umständen (§ 268 Abs. 1 Satz 1 BGB) ablösen.

⁸ Offengelassen noch von *Schmidt-Räntsch*, Richter des V. Senats im mündlichen Vortrag in Fischen am 28.11.2011 und in ZWE 2011, 429, 439 = Abschnitt X.

⁹ BGH, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12; LG Landau, Urteil vom 17.8.2012, 3 S 11/12 m. Anm. *Schneider*, ZWE 2012, 439; *Mayer-Schneider*, ZWE 2013, 50, und Anm. *von der Osten/Bub*, FD-MietR 2012, 339580; AG Kaiserslautern, 17.8.2012, 3 S 11/12, BeckRS 2012, 21579.

¹⁰ So auch BGH-Pressemitteilung 148/2013, NJW-Spezial 2013, 641; Leitsatz der C. H. Beck-Redaktion, BeckRS 2012, 21579.

Sein Vorrecht ist dann für dieses Verfahren erloschen, denn in der Versteigerung wäre er auch nur einmal inkassobefugt.

c) Fällt der Wohnungseigentümer in Insolvenz, ändert sich das Rechtsprinzip vom Prioritätsprinzip zum Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.¹¹ Prägend sind drei Fälle.

(1) Ab Insolvenzbeginn kann der Verband den Insolvenzverwalter wegen der privilegierten Ansprüche auf Duldung der Zwangsversteigerung in Anspruch nehmen.¹² In der Versteigerung gelten dann die Grundsätze nach vorstehend b) mit den in §§ 172 bis 174a ZVG bestimmten Besonderheiten.

(2) Veräußert aber (so hier) der Insolvenzverwalter die Wohnung freihändig, schrumpfen die Ansprüche des Verbands aus Vorrecht nach § 10 ZVG mit Eigentumswechsel zwar auf null. Er bleibt aber wohl¹³ im Umfang des Vorrechts absonderungsberechtigt,¹⁴ kann also vom Insolvenzverwalter die entsprechenden Teile des Kaufpreises herausverlangen. Dies ergibt sich aus der in § 49 InsO enthaltenen Verweisung auf § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG.

(3) Der Insolvenzverwalter kann auch lediglich die Wohnung aus der Insolvenzmasse (§ 35 InsO) freigeben (§ 32 Abs. 3 Satz 1 InsO) mit der Folge, dass unverändert der Eigentümer sie veräußern kann und der Gläubiger sie auf Dauer des Insolvenzverfahrens grundsätzlich nicht verwerten kann.¹⁵ Dem Gläubiger bleiben nur spätere Nutzungseinnahmen (§ 155 ZVG), zum Beispiel aus Vermietung, und für sie wieder der Schutz über § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG.¹⁶ Für die wohnungsrechtliche Verwaltung folgt daraus die Gefahr des Ausfalls, dem sie grundsätzlich nur durch vorherige Beschaffung eines Titels und Beschlagnahme daraus entgehen kann.¹⁷ Daneben und vor allem aber bleibt ihr wohl die Möglichkeit, einen Titel nach §§ 18, 19 WEG zu erhalten und zu vollstrecken. Er stützt sich dann auf Entziehung wegen schwerer Pflichtverletzung und damit nicht auf insolvenzrelevante Gründe und müsste so dem Vollstreckungsverbot des § 89 InsO entgegen. Bisher scheint dies aber nicht diskutiert, geschweige gerichtlich entschieden zu sein.

d) Kommt es zum Eigentumswechsel durch Erbgang, haftet grundsätzlich der Erbe. Eine Beschränkung der Erbenhaftung kommt allenfalls bei Schrottimmobilen in Betracht.¹⁸

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

¹¹ *K. Schmidt*, JuS 2009, 672.

¹² § 1147 BGB analog; BGH, 21.7. und 26.9.2011, IX ZR 120/10, Rdnr. 24 ff., NJW 2011, 3098 m. Anm. *Bäuerle*, FD-InsR 2011, 322755, NJW-Spezial 2011, 674, und *von der Osten/Bub*, FD-MietR 2011, 322543.

¹³ In BGH, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12, nur passim in Rdnr. 26 erwähnt.

¹⁴ BGH, Beschluss vom 12.2.2009, IX ZB 112/06, Rdnr. 7, MittBayNot 2009, 315, mit Erl. *Bäuerle*, FD-InsR 2009, 280024; NJW-Spezial 2009, 354, und *Karsten Schmidt*, JuS 2009, 672; BGH, Urteil vom 21.7.2011, IX ZR 120/10, Rdnr. 24 ff.

¹⁵ Für Zwangsverwaltung argumentum e § 89 InsO: BGH, Beschluss vom 12.2.2009, IX ZB 112/06, Rdnr. 7, MittBayNot 2009, 315.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 12.2.2009, IX ZB 112/06, Rdnr. 13.

¹⁷ Praxishinweis aus NJW-Spezial 2013, 641.

¹⁸ BGH, Urteil vom 5.7.2013, V ZR 81/12, ZWE 2013, 372, mit Erl. NJW-Spezial 2013, 515; *Joachim*, ZEV 2013, 609, und *von der Osten/Bub*, FD-MietR 2013, 349193.

5. BGB §§ 876, 877; WEG § 5 Abs. 4 Sätze 2 und 3 (*Aufhebung und Neubegründung von Sondernutzungsrechten*)

Anders als für die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum bedarf die nachträgliche Aufhebung und anschließende Neubegründung von Sondernutzungsrechten der Zustimmung des dritten Rechtsinhabers. Die Ausnahmebestimmung des § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG greift insoweit nicht ein (siehe bereits Senat vom 19.5.2009, 34 Wx 36/09).

OLG München, Beschluss vom 4.2.2014, 34 Wx 434/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar Dr. *Wolfgang Drasch*, München

Mit Urkunde vom 19.8.2013 änderte die Beteiligte zu 1 in eigenem Namen sowie namens aller bisherigen Käufer – der Beteiligten zu 2 – die Teilungserklärung (§ 8 WEG) vom 1.2.2012 ab mit dem Ziel, aus vier im Erdgeschoss gelegenen, bisher gewerblich zu nutzenden Einheiten (Nrn. 26 bis 29), sechs neue Wohneinheiten (Nrn. 201 bis 206) mit sechs neuen sog. Wohnungskellern (Nrn. 207 bis 212) zu schaffen. Zu diesem Zweck hoben die Beteiligten das Sondereigentum an den vorbezeichneten Einheiten sowie alle Sondernutzungsrechte gemäß Abschnitt B Ziffer 2 der Vorurkunde auf, um sie mit der gegenständlichen Urkunde (Ziffer III) anschließend neu zu begründen. Die Beteiligten bildeten neue Miteigentumsanteile und verbanden diese mit dem jeweiligen Sondereigentum an den neuen Wohnungen und Kellerräumen. Ziffer III der Urkunde enthält sodann die Neuordnung von Sondernutzungsrechten sowie Ziffer IV die Bewilligung und den Eintragungsantrag.

Auf den Vollzugsantrag vom 8.10.2013 hat das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 17.10.2013, soweit noch von Interesse, beanstandet, dass die Zustimmung sämtlicher Gläubiger in der Dritten Abteilung fehle, diese aber wegen der Änderung von Teileigentum in Wohnungseigentum sowie wegen Neubegründung von Sondernutzungsrechten erforderlich sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Die Zustimmung der Gläubiger sei nicht erforderlich, da bereits in der Teilungserklärung geregelt sei, dass eine Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer – damit auch der Gläubiger – stattfinden könne. Zudem sei bei Neubegründung von Sondernutzungsrechten jedem belasteten Wohnungseigentum ein Sondernutzungsrecht zugewiesen und mit diesem verbunden worden.

Das Grundbuchamt hat sich zur Abhilfe insoweit nicht in der Lage gesehen.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 71 Abs. 1, §§ 73 sowie 15 Abs. 2 GBO zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts nach § 18 Abs. 1 GBO (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 1, § 18 Rdnr. 53) ist nur zum Teil erfolgreich.

1. Entbehrlich ist die Zustimmung dinglich Berechtigter im Sinne von § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG, soweit es um die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum geht. In diesem Umfang hat die Zwischenverfügung keinen Bestand.

a) Die Kennzeichnung als Wohnungs- oder Teileigentum (§ 1 Abs. 1 WEG) stellt sich als Zweckbestimmung mit Vereinbarungsscharakter gemäß § 15 Abs. 1 WEG dar (BayObLG, FGPrax 2005, 11; KG, ZMR 2007, 299; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 1 Rdnr. 20). Eine Umwandlung ist Inhaltsänderung des Sondereigentums (§ 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG; § 877 BGB; siehe BGH, NJW-RR 2012, 1036; BayObLG, Rpfleger 1986, 177; auch *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., A III Rdnr. 110). Nach der bis 30.6.2007 gültigen Rechtslage war für die Umwandlung die Zustimmung der dinglich Berechtigten an der betroffenen Einheit, aber auch die Zustimmung der dinglich Berechtigten an den anderen Einheiten in derselben Wohnanlage erforderlich (BayObLGZ 1989, 28; *Rapp*, a. a. O.).

Seit dem 1.7.2007 bestimmt § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG, dass im Falle der Belastung des Wohnungseigentums mit einer Hypothek, einer Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast die Zustimmung dieser Gläubiger im Fall einer Nutzungsänderung entfällt. Denn nur erforderlich ist die Zustimmung der aufgeführten Drittberechtigten, wenn es um die Begründung eines Sondernutzungsrechts (zum Begriff etwa BGHZ 145, 158; Senat vom 19.5.2009, 34 Wx 36/09, Rpfleger 2009, 562) zugunsten einer anderen Wohnung oder aber um die Aufhebung, Änderung oder Übertragung eines mit dem belasteten Sondereigentum verbundenen Sondernutzungsrechts geht (*Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, a. a. O., § 5 Rdnr. 61). Hingegen bedarf es keiner Zustimmung der Gläubiger für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum oder umgekehrt (KG, Rpfleger 2011, 268; auch *Demharter*, a. a. O., Anh. zu § 3 Rdnr. 95 und 79).

b) Zudem enthält die Teilungserklärung vom 1.2.2012 unter Abschnitt B (Gemeinschaftsordnung – GO) Ziffer 8 die Regelung, dass bisher als gewerbliche Räume vorgesehene Einheiten auch als Wohnungen genutzt und ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer in Wohnungseigentum umgewandelt werden können; ebenso dürfen hiernach alle Einheiten, insbesondere auch die Gewerbeeinheiten, zusammengelegt oder unterteilt werden, so dass auch verändertes Sondereigentum und neues Gemeinschaftseigentum entsteht. Schon nach früherer Rechtslage war es zulässig, durch die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung die übrigen Wohnungs- und Teileigentümer von der Mitwirkung bei der Umwandlung von Gewerbe- in Wohnflächen auszuschließen. Wenn dann später die Umwandlung vorgenommen wird, bewirkt dies keine Änderung des Inhalts ihres Sondereigentums; ebenso wenig in ihren Rechten berührt sind die sonstigen dinglich Berechtigten (vgl. BayObLGZ 1989, 28, 33).

c) Die zugleich vorgenommene Unterteilung ist ebenfalls ohne Mitwirkung der dinglich Berechtigten zulässig (*Demharter*, a. a. O., Anh. zu § 3 Rdnr. 74).

2. Anders gestaltet sich die Rechtslage, soweit die Änderung der Teilungserklärung Sondernutzungsrechte (Terrassen, Stellplätze, sonstige Flächen) betrifft.

a) § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG macht bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts die Zustimmung des Dritten (nur) entbehrlich, wenn durch die Vereinbarung gleichzeitig das zu seinen Gunsten belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird. Ist hingegen mit der Neubegründung zugleich die Aufhebung, Änderung oder Übertragung von Sondernutzungsrechten verbunden, findet Satz 3 keine Anwendung (siehe Senat vom 19.5.2009; *Demharter*, a. a. O., Anh. zu § 3 Rdnr. 79; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, a. a. O., § 5 Rdnr. 62; ausdrücklich auch *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 12. Aufl., § 5 Rdnr. 145). Wegen der dafür maßgeblichen Erwägungen, die der Senat weiterhin für zutreffend erachtet, wird auf die bereits zitierte Entscheidung vom 19.5.2009 verwiesen.

b) Nach diesen Grundsätzen verlangt das Grundbuchamt hier zu Recht die Zustimmung Dritter (vgl. §§ 877, 876 Satz 1 BGB analog), weil in dem maßgeblichen Nachtrag zur Teilungserklärung Sondernutzungsrechte an den betroffenen Einheiten vollständig aufgehoben werden, um sodann solche Rechte mit derselben Urkunde in Ziffer III neu zu begründen. § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG ist als Ausnahmefall zu Satz 2 konzipiert. Dieser erklärt die Zustimmung zu einer Vereinbarung für erforderlich, die die Begründung, Aufhebung, Änderung oder Übertragung eines Sondernutzungsrechts betrifft. Davon ausgenommen wird nur der Fall der Begründung, wenn

gleichzeitig das belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird. Dieser vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Ausnahmefall für die Annahme, dass eine messbare Wertminderung des Belastungsobjekts bei einem „Geben“ und „Nehmen“ eines solchen Rechts typischerweise nicht eintritt, erfasst die vorliegende Gestaltung nicht. In der bereits zitierten Entscheidung vom 19.5.2009 hat der Senat darauf hingewiesen, dass in derartigen Fällen die vom Gesetzgeber unterstellte Äquivalenz entweder nicht besteht oder zumindest nicht typischerweise sichergestellt ist. Das Interesse der Gläubiger, das Haftungsobjekt ohne Schmälerung zu erhalten, genießt insoweit Vorrang gegenüber dem Änderungsinteresse der Wohnungseigentümer.

Dass hier bei wirtschaftlicher Betrachtung massiv auf die jeweiligen Haftungsobjekte eingewirkt wird, ergibt ein Vergleich der zur Teilungserklärung sowie zu deren Änderung jeweils vorgelegten Grundrisspläne. Einer Vertiefung bedarf dies nicht, da für die Senatsentscheidung ohnehin die rechtliche Betrachtung maßgeblich ist.

(...)

6. BGB § 133; GBO § 29; WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1 (*Einseitige Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum*)

1. **Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum durch Änderungsvorbehalt in der Teilungserklärung.**
2. **Eine ansonsten wirksame Ermächtigung kann dennoch nicht zu einer einseitigen Umwandlung von Teileigentum in Wohneigentum führen, wenn sie dadurch bedingt ist, dass bestimmte bauliche Vorgaben eingehalten sind. In diesem Fall ist ein Nachweis der Voraussetzungen in der Form des § 29 GBO nicht möglich. Hinsichtlich der Annahme, eine entsprechende Verknüpfung zwischen der Einhaltung baubezogener (gesetzlicher wie technischer) Normen und der rechtlichen Befugnis habe hergestellt werden sollen, ist aber Zurückhaltung zu üben.**

OLG München, Beschluss vom 11.11.2013, 34 Wx 335/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten sind zu je 1/2 als Eigentümer von Teileigentum (Lagerraum Nr. 30) im Grundbuch eingetragen. In Abschnitt V der Teilungserklärung vom 23.1.1989 ist bestimmt:

„Die jeweiligen Eigentümer der Lagerräume 29, 30 und 31 sind ermächtigt, diese ganz oder anteilig anderen Wohnungseigentumseinheiten zuzuordnen, wobei ihnen die Wahl des ihnen rechtlich geeigneten Weges offen steht.

Durch die Zuordnung zu einer anderen Wohnung sollen sich die Miteigentumsanteile dieser anderen Wohnungen entsprechend erhöhen; erfolgt eine teilweise Zuordnung, so legt der zuordnende Eigentümer in Anlehnung an die jeweiligen Grundflächen die anteiligen Miteigentumsanteile selbst fest, wobei die Summe der auf die Lagerräume entfallenden Miteigentumsanteile nicht verändert werden darf.

Sofern (...)

Die jeweiligen Eigentümer der Lagerräume 29, 30 und 31 werden schon heute ermächtigt, die Lagerräume zu verändern und entsprechend den behördlichen und baulichen Bestimmungen als zu Wohnzwecken oder nicht zu Wohnzwecken (Hobbyraum) dienende Räume auszubauen und in diesem Zusammenhang in gemeinschaftliches Eigentum auch in nach außen sichtbarer Weise einzugreifen. Die jeweiligen Eigentümer sind verpflichtet, den Ausbau nach den anerkannten Regeln der Baukunst

unter Verwendung normgerechter Baustoffe durchzuführen. Sie haben sämtliche Kosten zu tragen, auch soweit sich die Arbeiten auf gemeinschaftliches Eigentum beziehen.

Für den Fall, dass die Nutzung als zu Wohnzwecken oder nicht zu Wohnzwecken dienende Räume behördlicherseits nicht genehmigt wird, sind die jeweiligen Eigentümer der Lagerräume 29, 30 und 31 berechtigt, diese in Gemeinschaftseigentum umzuwandeln unter gleichzeitiger Bestellung von Sondernutzungsrechten.

Die Ermächtigung besteht noch für den jeweiligen Eigentümer des Lagerraumes Nr. 30 (vgl. Nachtrag vom 18.4.1989 zur Teilungserklärung).“

Mit notarieller Urkunde vom 17.5.2013, nach Abschluss des Kaufvertrages vom 28.2.2013 über das Teileigentum und vor Eintragung als Eigentümer, wandelten die Beteiligten im eigenen Namen und für die übrigen Miteigentümer das Teileigentum in Wohnungseigentum um. Sie bezogen sich hierbei auf die angeführte Ermächtigung. Mit dem Antrag auf Grundbuchvollzug legten sie eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der zuständigen Behörde vom 10.4.2013 samt einer Bauzeichnung vor, auf der die Räume des betreffenden Sondereigentums mit Nr. 30 bezeichnet waren, sich aber zwischen dem Wohnraum und dem in Gemeinschaftseigentum befindlichen Zugang ein „Windfang“ befindet, der mit keiner Nummer bezeichnet ist. Dieser „Windfang“ ist auf dem ursprünglichen Aufteilungsplan aus dem Jahr 1988, in dem die Räume insgesamt als „Lagerraum“ bezeichnet sind, Bestandteil der Sondereigentumseinheit.

Mit Schreiben vom 24.5.2013 wies das Grundbuchamt die Beteiligten unter anderem darauf hin, dass diese Ermächtigung hinfällig sei, wenn die Umgestaltung – wie hier – von der Einhaltung baulicher Vorgaben abhängt. Folglich bedürfe es der Beteiligung aller Eigentümer. Ferner sei beim Vergleich der alten und neuen Pläne aufgefallen, dass im neuen Aufteilungsplan der Windfang ohne Nummer ausgewiesen sei. Das Grundbuchamt gehe deshalb davon aus, dass dieser nun Gemeinschaftseigentum sei. Damit würde die Einigung hinsichtlich des neuen, nun der Gemeinschaft gehörenden Raumes fehlen.

Im Übrigen gebe es weitere Unklarheiten hinsichtlich einer Ausbuchtung rechts, einer Freifläche in der Wand im Bad/WC und einer Fläche in der Wand des Kinderzimmers.

Die Beteiligten stellten zwischenzeitlich klar, dass die Außengrenze der Wohnung unverändert geblieben sei. Bei der bezeichneten Fläche handle es sich um einen nicht zur Wohnung gehörenden Lichtschacht; bei der Öffnung im Bad um ein geplantes Fenster, das entweder nie existiert habe oder verschlossen sei, und bei dem im Kinderzimmer als Fläche in der Wand eingezeichneten Bereich um ein Fenster. Zuletzt legten die Beteiligten erneut den Aufteilungsplan zur Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 10.4.2013 vor, in dem der Windfang die – handschriftlich nachgetragene – Nr. 30 trägt. Der Plan ist mit Unterschrift, Dienstsiegel und dem Vermerk „geändert am 5.6.2013“ versehen.

Das Grundbuchamt hat inzwischen die Anträge aus dem Kaufvertrag vom 28.2.2013 (Eigentumsumschreibung sowie Löschung zweier Rechte) vollzogen. Die Eintragung der Änderung der Teilungserklärung hat das Grundbuchamt hingegen mit Beschluss vom 1.7.2013 abgelehnt und dies folgendermaßen begründet:

Grundsätzlich sei zur Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer erforderlich, dies jedoch dann nicht, wenn eine entsprechende vorweggenommene Ermächtigung in der Gemeinschaftsordnung enthalten sei. Diese sei zwar im Nachtrag vom 18.4.1989 zur Teilungserklärung enthalten. Der jeweilige Eigentümer sei aber verpflichtet, den Ausbau nach den anerkannten Regeln der Baukunst unter Verwendung normgerechter Baustoffe durchzuführen. Ob die aus dem Aufteilungsplan ersichtlichen Umbauten so ausgeführt worden seien, könne aber nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, so dass nicht von einer Ermächtigung auszugehen und die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer erforderlich sei.

Zudem weise der zunächst eingereichte neue Aufteilungsplan den vor der Einheit Nr. 30 liegenden Windfang nicht als Sondereigentum aus. Erst mit der Feststellung (des Notars) vom 11.6.2013 sei erklärt worden, dass dieser Windfang ebenfalls Sondereigentum sei. Ein weiterer Aufteilungsplan sei beigelegt worden. Dem Grundbuchamt lägen nun zwei sich unterscheidende amtliche Aufteilungspläne vor, der ursprünglich eingereichte Aufteilungsplan sei bisher nicht berichtigt

worden. Da sich nun die Grenzen des Sondereigentums verschoben hätten, sei auch eine neue ergänzende Abgeschlossenheitsbescheinigung nötig. Die vorliegende Abgeschlossenheitsbescheinigung beziehe sich auf den ursprünglichen Aufteilungsplan, aus dem hervorgehe, der betroffene Windfang sei Gemeinschaftseigentum.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Sie wird damit begründet, dass keine Vollmachtsbeschränkung im Außenverhältnis vorliege, sondern eine Verpflichtung des Ausbauenden gegenüber den übrigen Miteigentümern. Das Grundbuchamt sei deshalb zu einer entsprechenden Überprüfung nicht berechtigt.

Der Windfang sei schon immer Sondereigentum gewesen. Im Vergleich zwischen dem alten und dem neu eingereichten Plan sei erkennbar, dass der Windfang als Raum entstanden sei, indem Wände im Innenbereich der Wohnung einbezogen wurden. Es sei keinerlei Gemeinschaftseigentum betroffen. Der ausführende Architekt habe lediglich vergessen, diesen neuen Raum ebenfalls mit einer Nummer zu versehen. Der Mangel sei behoben worden, indem im Originalplan nachträglich die Nummer eingesetzt und dies durch die Baubehörde mit Siegel und Unterschrift bestätigt worden sei. Dem Grundbuchamt lägen somit keine zwei verschiedenen Pläne, sondern ein und derselbe, um die vergessene Nummer ergänzte, Plan vor.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige (§ 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

1. Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum stellt eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer dar (vgl. § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG) und bedarf materiellrechtlich grundsätzlich der Mitwirkung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer (§ 877 i. V. m. § 873 BGB); außerdem müssen die dinglich Berechtigten zustimmen, sofern ihre Rechtsstellung beeinträchtigt wird (vgl. nur BayObLG, NJW-RR 1997, 586; 1989, 28; BayObLGZ 1989, 28; KG, ZWE 2011, 84, 85).

Dieses Erfordernis kann jedoch abbedungen werden. Die Wohnungs- und Teileigentümer können bereits in der Gemeinschaftsordnung ihre Mitwirkung beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vorwegnehmen und damit eine Vereinbarung überflüssig machen (vgl. *Bärman/Armbriüster*, WEG, 12. Aufl., § 1 Rdnr. 38 und 43). Ein solcher Änderungsvorbehalt muss dem sachen- und grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen, d. h. nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein. Als Grundbucheklärung ist die Gemeinschaftsordnung auslegungsfähig, wobei zwar § 133 BGB entsprechend gilt, jedoch zu beachten ist, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz der Auslegung Grenzen setzt. Auf die Auslegung kann nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Es ist dabei, wie bei der von Grundbucheintragungen, auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (vgl. BGHZ 92, 355; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 19 Rdnr. 28 m. w. N.).

Dabei kann eine ansonsten wirksame Ermächtigung dennoch nicht zu einer einseitigen Umwandlung von Teileigentum in Wohneigentum führen, wenn sie dadurch bedingt ist, dass bestimmte bauliche Vorgaben eingehalten sind. In diesem Fall ist ein Nachweis der Voraussetzungen in der Form des § 29 GBO nicht möglich (vgl. BayObLG, NJW-RR 1997, 586; vgl. auch BayObLGZ 1993, 259, 264). Indessen ist hinsichtlich der Annahme, eine entsprechende Verknüpfung zwischen der Einhaltung baubezogener (gesetzlicher wie technischer) Nor-

men und der rechtlichen Befugnis habe hergestellt werden sollen, Zurückhaltung zu üben (Senat, Beschluss vom 5.7.2013, 34 Wx 155/13, FGPrax 2013, 203; siehe schon BayObLG, DNotZ 1999, 210, 212).

Abschnitt V. Abs. 4 der Teilungserklärung in der aktuellen Fassung berechtigt den Eigentümer des Sondereigentums Nr. 30, die Einheit zu verändern und entsprechend den behördlichen und baulichen Bestimmungen als zu Wohnzwecken oder nicht zu Wohnzwecken dienende Räume auszubauen. Die Ermächtigung zum Ausbau umfasst nach ihrer nächstliegenden Bedeutung auch die entsprechende Änderung der Teilungserklärung, um diese der tatsächlichen und zulässigen Nutzung anzupassen. Die im Grundbuch ausgewiesene Zweckbestimmung würde sonst dieser Nutzung widersprechen, weil sich Wohnräume in – entsprechend der Teilungserklärung – nicht zu Wohnräumen dienendem Teileigentum befänden.

Die entsprechende Befugnis lässt sich auch Abschnitt V. Abs. 1 und 2 entnehmen. Der Eigentümer des Lagerraums ist nämlich berechtigt, diesen einer anderen Einheit zuzuordnen, wobei ihm die Wahl des ihm rechtlich geeigneten Weges offensteht. Er ist sogar (siehe Abschnitt V. Abs. 5) ermächtigt, das Sondereigentum in Gemeinschaftsflächen umzuwandeln. Auch wenn nur eine scheinbare Umwandlung vorliegt, wenn mit Wohnungseigentum Nebenräume verbunden sind, die im Fall der Abtrennung als neues Teileigentum eingetragen werden müssten (vgl. *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 287), lässt sich aus dem Zusammenhang mit Abschnitt V. Abs. 4 und der noch wesentlich weitergehenden Befugnis in Abschnitt V. Abs. 5 auch die Befugnis ableiten, endgültig entsprechend der tatsächlichen Nutzung die Zweckbestimmung festzulegen und zur Grundbucheintragung zu bringen.

Abschnitt V. Abs. 4 der Teilungserklärung enthält keine – grundbuchrechtlich beachtliche – Bedingung als Voraussetzung für die Umwandlung. Vielmehr will die Klausel mit ihren Hinweisen auf behördliche und bauliche Bestimmungen sowie die anerkannten Regeln der Baukunst unter Verwendung normgerechter Baustoffe den ordnungsmäßigen Gebrauch des Sondereigentums im Rahmen einer mit einem (technischen) Umbau verbundenen Umwandlung sicherstellen, dient also ersichtlich der baulichen Abwicklung der Maßnahme, ohne sie selbst davon abhängig zu machen (Senat, Beschluss vom 5.7.2013, FGPrax 2013, 203, 204). Sie steht gleichwertig neben der Ermächtigung. Es ist schließlich auch nicht anzunehmen, dass die Ermächtigung, die ja gerade eine Vereinfachung für den Eigentümer der Einheit schaffen sollte, vom grundbuchverfahrensrechtlich unmöglichen Nachweis der Erfüllung der genannten Verpflichtungen abhängig sein sollte.

Dabei ist auch zu bedenken, dass es sich bei dem Objekt um ein großstädtisches Wohngebäude mit Läden, Werkstätte und Nebengebäude handelt, für das 31 Teileinheiten gebildet sind. Die Auslegung, die Miteigentümer hätten ihre Mitwirkung für die Umwandlung der bezeichneten Fläche vorweggenommen und dadurch das Erfordernis einer Vereinbarung abbedungen, liegt auch aus praktischen Gründen deshalb nahe (siehe BayObLGZ 1989, 28, 32).

2. Die Bedenken des Grundbuchamts hinsichtlich der Aufteilungspläne teilt der Senat nicht.

Wie ein Vergleich mit dem ursprünglichen Aufteilungsplan ergibt, ist der jetzt als Windfang bezeichnete Raum ursprünglich bereits Bestandteil des Sondereigentums (Nr. 30) gewesen. Aus der Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung

mit einem neuen Aufteilungsplan konnte sich an diesem Zustand nichts ändern. Die Beteiligten haben nunmehr einen korrigierten Plan mit Datum, Unterschrift und Dienstsiegel ersichtlich als Bestandteil der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 10.4.2013 vorgelegt. Mit diesem hat die Behörde ihre damalige Bescheinigung berichtigt, wobei sich die Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit hinsichtlich des Windfangs bereits aus einem Vergleich mit dem ursprünglichen Plan ergeben hat. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die ausstellende Behörde die Bescheinigung nicht nachträglich – nach Beanstandung durch das Grundbuchamt – berichtigen dürfte, zumal sich die Zugehörigkeit des sog. Windfangs zu Wohnung bzw. Teileigentum Nr. 30 bereits aus den Grundakten ergeben hätte. Von zwei sich widersprechenden Aufteilungsplänen kann keine Rede sein.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

7. BGB §§ 1755, 1760, 1772 (*Rechtsbeschwerde – Volladoption bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Verwandtschaft zur leiblichen Mutter*)

§ 1755 Abs. 2 i. V. m. § 1772 Abs. 1 Satz 1 BGB findet keine Anwendung, wenn der Annehmende die Annahme des Kindes seines geschiedenen Ehegatten begehrt.

BGH, Beschluss vom 15.1.2014, XII ZB 443/13

Der Beteiligte zu 1 erstrebt die Volladoption seiner volljährigen leiblichen Tochter (im Folgenden: Anzunehmende).

Die Ehe der Eltern der im Jahr 1978 geborenen Anzunehmenden wurde 1981 geschieden. Ihre Mutter, die Beteiligte zu 2, hat daraufhin Herrn B geheiratet. Dieser hat die Anzunehmende im Januar 1985 als Kind angenommen. Die Eheleute trennten sich bereits wieder im September 1985; ihre Ehe wurde 1987 geschieden. Herr B und die Anzunehmende haben keinen Kontakt mehr. In den Jahren 1994 bis 1996 lebte die Anzunehmende als Pflegekind in der Familie des Beteiligten zu 1, der ebenfalls erneut geheiratet hatte. Aus der späteren Ehe des Beteiligten zu 1 ist eine weitere Tochter hervorgegangen, zu der er nach der Scheidung dieser Ehe keinen Kontakt mehr unterhält.

Durch notarielle Urkunde vom September 2012 hat der Beteiligte zu 1 die Annahme der Anzunehmenden als Kind beantragt, und zwar mit den Wirkungen der Annahme nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen, hilfsweise mit den Wirkungen einer Erwachsenenadoption. Die Anzunehmende hat diesem Antrag zugestimmt, die Beteiligte zu 2 und die Beteiligte zu 3 (jetzige Ehefrau des Beteiligten zu 1) haben in derselben Urkunde ihr Einverständnis erklärt. Durch weitere notarielle Urkunde vom Oktober 2012 hat auch der Adoptivvater der Anzunehmenden sein Einverständnis mit der Adoption erklärt.

Das AG hat beschlossen, dass die Anzunehmende vom Beteiligten zu 1 als Kind angenommen wird. Den weitergehenden Antrag, die Adoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption auszusprechen, hat es zurückgewiesen, weil keine der Voraussetzungen des § 1772 Abs. 1 BGB vorlägen. Mit seiner Beschwerde hat der Beteiligte zu 1 neben der nach wie vor erstrebten Volladoption die Feststellung begehrt, dass durch diese Adoption das Verwandtschaftsverhältnis zur leiblichen Mutter der Anzunehmenden nicht erlösche. Das OLG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das OLG hat die Beschwerde zu Recht zurückgewiesen.

1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass die vollständige Wiederherstellung des Zustandes, der vor der im Jahr 1985 erfolgten Adoption der

Anzunehmenden durch Herrn B bestanden habe, nach geltendem Recht nicht möglich sei. Eine Wiederherstellung durch Aufhebung des Annahmeverhältnisses sei mangels Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 1760, 1763 BGB nicht möglich.

Der von den Beteiligten beschrittene Weg einer Rückadoption könne nicht zu dem mit der Beschwerde erstrebten Ergebnis führen. Eine Adoption durch einen leiblichen Elternteil nach einer vorangegangenen Adoption sei grundsätzlich möglich, so dass die (rechtliche) Verwandtschaft eines Elternteils mit dem Kind, die durch die Erstadoption beendet worden sei, durch die Zweitadoption wiederhergestellt werden könne.

Die nunmehr von den Beteiligten noch gewünschte Erweiterung auf eine Annahme mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme unter gleichzeitiger Feststellung, dass das Verwandtschaftsverhältnis der Anzunehmenden mit ihrer Mutter aufrechterhalten bleibe, sei mit dem Gesetz nicht vereinbar, so dass die vom AG verneinte Frage, ob die Voraussetzungen des § 1772 BGB vorlägen, keiner Entscheidung bedürfe. Der Gesetzgeber habe in § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB, auf den § 1772 Abs. 1 BGB ausdrücklich verweise, angeordnet, dass mit der Annahme als Kind das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu seinen bisherigen Verwandten erlösche. Diese Anordnung erfolge ohne Differenzierung danach, ob die Annahme durch ein Ehepaar oder eine einzelne Person erfolge. Nach den Gesetzesmaterialien sei dies bei der Volladoption „unerlässlich“, obwohl Fälle gesehen worden seien, in denen auch nach der Adoption weiterhin enge Beziehungen zu den leiblichen Eltern bestünden.

Vor diesem Hintergrund bestehe keine Möglichkeit zu der von den Beteiligten gewünschten Volladoption bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Verwandtschaft zur leiblichen Mutter. Dadurch würde eine „Hybridform“ von Volladoption und schwacher Volljährigenadoption geschaffen, obwohl in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich ein Bedürfnis für weitere Adoptionsformen verneint worden sei. Möge diese Frage heute anders zu beurteilen sein, sei es jedoch Sache des Gesetzgebers, hierüber zu entscheiden.

Der Fall der Beteiligten lasse auch nicht erkennen, dass dadurch ein erheblicher Nachteil entstehe. Durch die inzwischen erfolgte Adoption sei die Anzunehmende nunmehr wieder mit ihrem leiblichen Vater verwandt. Durch eine Annahme mit der Wirkung der Minderjährigenannahme würde sich für den Beteiligten zu 1 rechtlich kaum etwas ändern. Er sei bereits aufgrund der Erwachsenenadoption wieder mit seiner Tochter und deren möglichen künftigen Abkömmlingen verwandt, allenfalls könnte er noch eine Verschwägerung mit einem künftigen Ehe- oder Lebenspartner seiner Tochter erreichen. Für die Anzunehmende bräuchte eine Annahme mit der Wirkung der Minderjährigenannahme lediglich eine Verschwägerung mit der jetzigen Ehefrau des Beteiligten zu 1 sowie eine Verwandtschaft mit seinen Verwandten, also insbesondere dessen Eltern, falls diese noch lebten, und seiner weiteren Tochter aus einer anderen Ehe. Es sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass hieran bei den Beteiligten ein besonderes Interesse bestehe.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung sowie den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

a) Im Rechtsbeschwerdeverfahren ist zwar – worauf die Rechtsbeschwerde zu Recht hinweist – zugunsten des Beteiligten zu 1 zu unterstellen, dass die Voraussetzungen des § 1772 BGB für eine Annahme der volljährigen Anzunehmenden mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme erfüllt sind, weil das Beschwerdegericht diese Frage offengelassen hat. Da der Beteiligte zu 1 sein ursprüngliches Rechts-

schutzbegehren, also die Volladoption gemäß § 1772 BGB, der Sache nach aber von der gleichzeitigen Feststellung abhängig gemacht hat, dass durch diese Adoption das Verwandtschaftsverhältnis zu der leiblichen Mutter der Anzunehmenden nicht erlösche, kommt es für den Erfolg der Rechtsbeschwerde maßgeblich auf die – hier zu verneinende – Frage an, ob eine solche Feststellung gerechtfertigt wäre.

b) Zu Recht ist das Beschwerdegericht von dem Grundsatz ausgegangen, dass mit der Annahme eines Volljährigen dessen Verwandtschaftsverhältnis zu den leiblichen Verwandten erlischt, wenn das Gericht bei der Annahme bestimmt, dass sich die Wirkungen der Annahme nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen richten (§ 1772 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB; Volljährigenadoption mit „starker Wirkung“ – Senatsbeschluss vom 11.11.2009, XII ZR 210/08, FamRZ 2010, 273 Rdnr. 9).

Eine Ausnahme hiervon sieht § 1755 Abs. 2 BGB vor, der gemäß § 1772 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls auf die Volljährigenadoption Anwendung findet. Danach tritt das Erlöschen nur im Verhältnis zu dem anderen Elternteil und dessen Verwandten ein, wenn ein Ehegatte das Kind seines Ehegatten annimmt. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber bezweckt, dass das Verwandtschaftsverhältnis des Ehegatten des Annehmenden zu seinem Kind nicht erlischt, sondern zum ehelichen Eltern-Kind-Verhältnis erstarkt. Erlöschen soll nur das Verwandtschaftsverhältnis zu dem anderen Elternteil und dessen Verwandten (BT-Drucks. 7/3061, S. 43). Damit unterliegt die Stiefkindadoption einer Sonderregelung, weil die Verwurzelung in dessen Familie durch die Adoption gerade gestärkt werden soll (juris PK-BGB/Heiderhoff, 6. Aufl., § 1755 Rdnr. 7; siehe auch BT-Drucks. 7/3061, S. 22). Mit der Regelung des § 1755 Abs. 2 BGB, dessen tatbestandliche Voraussetzungen hier aber nicht vorliegen, soll mithin die Stieffamilie in ihrem Zusammenhalt geschützt und damit dem besonderen Schutz der Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung getragen werden (vgl. auch LG Düsseldorf, NJWE-FER 2001, 9, 10). Geschiedene und damit getrennt lebende Eheleute bedürfen demgegenüber eines solchen Schutzes nicht, weshalb es entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde insofern an einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG fehlt.

Sofern die Rechtsbeschwerde meint, die Wirkungen des § 1755 Abs. 2 BGB könnten auch dadurch erreicht werden, dass sich die leiblichen Eltern der Anzunehmenden jeweils von ihren Ehegatten scheiden ließen und erneut miteinander die Ehe eingingen, ist diese rechtliche Möglichkeit im Hinblick auf die Wirkung der neuen Ehe der Eltern mit der vorliegenden Konstellation nicht vergleichbar.

Würde man dem Begehren des Annehmenden Folge leisten, würde dies zudem auch eine Umgehung der – restriktiv zu handhabenden – Aufhebungsvorschriften des Adoptionsrechts darstellen, weil auf diesem Wege letztlich der Zustand wiederhergestellt würde, der vor der Annahme der Anzunehmenden durch Herrn B bestanden hat.

c) Schließlich hat das Beschwerdegericht zutreffend aufgezeigt, dass die Beteiligten durch die gesetzliche Regelung im vorliegenden Fall keinen erheblichen Nachteil erleiden. Durch die vom AG ausgesprochene Volljährigenadoption nach §§ 1767, 1770 BGB ist das natürliche Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Beteiligten zu 1 und der Anzunehmenden in statusrechtlicher Hinsicht wiederhergestellt worden (vgl. LG Düsseldorf, NJWE-FER 2001, 9, 11 f.; siehe auch BT-Drucks. 12/2506, S. 6 f.).

8. BGB §§ 107, 1909 (*Rechtlicher Vorteil für Minderjährige*)

Die Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Genehmigung eines unentgeltlichen Übertragungsvertrags ist notwendig, wenn die Eltern der minderjährigen Übernehmerin ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an dem übertragenen Grundbesitz erhalten sollen und eine Pflicht der Eltern zur Übernahme von Kosten jeglicher Art nicht vereinbart ist (Aufgabe von OLG Celle, Beschluss vom 16.2.2001, 4 W 324/00, MDR 2001, 931).

OLG Celle, Beschluss vom 7.11.2013, 4 W 186/13

Die Antragsteller begehren die Eintragung einer Eigentumsumschreibung und eines Nießbrauchsrechts. Die Beteiligte zu 1 übertrug ihrer minderjährigen Enkeltochter, der Beteiligten zu 2, den streitgegenständlichen Grundbesitz nebst Anteilen an der Forstinteressentenschaft M im Wege vorweggenommener Erbfolge. Zugunsten ihrer Eltern, den Beteiligten zu 3 und 4, räumte die Beteiligte zu 2 ein lebenslangliches Nießbrauchsrecht ein. Weitere Regelungen hinsichtlich des Nießbrauchsrechts enthält die Vertragsurkunde nicht.

Das Grundbuchamt hat die begehrten Eintragungen von der Genehmigung eines die Beteiligte zu 2 vertretenden Ergänzungspflegers abhängig gemacht, weil der Übertragungsvertrag mit der Bestellung des Nießbrauchsrechts nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit der Beschwerde vom 26.9.2013. Nachdem sie als Begründung zuerst angegeben haben, sie hätten erst jetzt den Antrag auf Bestellung eines Ergänzungspflegers stellen können, verweisen sie nunmehr zur Begründung dazu, dass die Übertragung lediglich rechtlich vorteilhaft wäre, auf die Entscheidung des BGH zum Aktenzeichen V ZB 13/04 (zum Beispiel in NJW 2005, 415 ff.).

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 71 ZPO zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Grundbuchamt hat zu Recht die Übertragung des Grundbesitzes auf die Beteiligte zu 2 von der Genehmigung eines Ergänzungspflegers abhängig gemacht.

1. Die Beteiligte bedarf als Minderjährige gemäß den §§ 107, 108 BGB der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters, wenn es sich um den Abschluss eines nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäfts handelt. Können die Eltern ihr Kind nicht vertreten, weil auch ein Vormund von der Vertretung ausgeschlossen wäre, § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1695 Abs. 1 Nr. 1 BGB, ist gemäß § 1909 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben.

2. Die Beteiligte zu 2 erlangt durch den Vertrag nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil. Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für Minderjährige nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGH, NJW 2010, 3643, Rdnr. 6; BGH, NJW 2005, 415, 417). Die Beurteilung ist unabhängig davon, ob die weitergehenden Verpflichtungen von dem Beteiligten des Rechtsgeschäfts angestrebt worden sind; es genügt, wenn sie die gesetzliche Folge des angestrebten Rechtsgeschäfts sind. Erforderlich ist hierfür eine isolierte Betrachtung allein des dinglichen Erwerbsgeschäfts (BGH, NJW 2010, 3643, Rdnr. 6; BGH, NJW 2005, 415, 416 f.). Haftet die Minderjährige nicht nur dinglich mit dem erworbenen Grundstück, sondern auch persönlich mit dem eigenen Vermögen, ist das Geschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (BGH, NJW 2005, 1430 f.).

Dies ist hier der Fall. Eine Beschränkung der Haftung der Beteiligten zu 2 auf den Grundbesitz ist nicht gegeben. Zwar

ist nach der von den Beteiligten zitierten Rechtsprechung des BGH der Erwerb eines Grundstücks unter gleichzeitiger Bestellung eines Nießbrauchsrechts nicht von der Genehmigung eines Ergänzungspflegers abhängig, wenn der Nießbraucher gleichzeitig über die sich aus §§ 1041, 1047 BGB ergebenden Belastungen hinaus auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat (ebenso OLG München, NJW-RR 2012, 137). Hiervon ist der vorliegende Sachverhalt jedoch zu unterscheiden. Die Vertragsbeteiligten haben gerade keine derartige Abrede getroffen, dass die Nießbrauchsberechtigten sämtliche Kosten pp. zu tragen hätten. Ihr Einwand, bei dem übertragenen Grundbesitz handele es sich um eine Ackerfläche und Kosten, außergewöhnliche Ausbesserungen und Erneuerungen sowie außergewöhnliche Grundstückslasten würden nicht anfallen, ist unerheblich. Denn der Anfall entsprechender Kosten kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Abgesehen davon bleibt die Möglichkeit, dass die Beteiligte zu 2 gemäß § 1049 BGB in Verbindung mit den §§ 677 ff. BGB den Beteiligten zu 3 und 4 Ersatz der Kosten für auf die Sache gemachte Verwendungen schuldet.

Darüber hinaus sind mit dem Vertrag nicht nur Grundbesitz, sondern auch Anteile an der Forstinteressentenschaft M übertragen worden. Ob und wie sich dies zum Nachteil der Beteiligten zu 2 auswirkt, ist offen.

3. Soweit der Senat in der Entscheidung vom 16.2.2001 zum Az. 4 W 324/00 eine andere Auffassung zur Genehmigungspflicht durch einen Ergänzungspfleger vertreten haben sollte, wird hieran nicht festgehalten.

(...)

9. BGB §§ 2287, 822 (*Herausgabe des Geschenks von einem Dritten bei einer den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkung*)

Bei einer den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkung kann die Herausgabe des Geschenks gemäß § 2287 BGB auch von einem Dritten, der den Gegenstand unentgeltlich vom Beschenkten erlangt hat, unter den Voraussetzungen des § 822 BGB verlangt werden.

BGH, Urteil vom 20.11.2013, IV ZR 54/13

Der Kläger begehrt – soweit für das Revisionsverfahren noch erheblich – als Schlusserbe des am 27.2.2009 verstorbenen Erblassers Georg Z vom Beklagten, dem Sohn der verstorbenen zweiten Ehefrau des Erblassers, Übereignung und Herausgabe eines Grundstücks.

Der Kläger wurde am 16.9.1945 als außerehelicher Sohn der Ruth Z geboren. Die Mutter des Klägers heiratete 1950 den Erblasser. 1978 erwarben die Eheleute das Anwesen Uhlandstraße 9 in M am M zu je hälftigem Miteigentum. Am 15.3.1982 errichteten sie ein Testament folgenden Inhalts:

„Wir, die Eheleute Georg und Ruth Z setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen Erben unseres gesamten Nachlasses ein.

Erbe des Letztversterbenden soll unser Sohn Wilfried (der Kläger) sein. Erlebt unser Sohn sein Erbe nicht, dann erbt unser Enkelkind Markus Z.“

Die Mutter des Klägers verstarb am 18.3.1982. Der Erblasser heiratete am 4.5.1983 Gertrude Melita Z, die ihren am 10.3.1961 geborenen Sohn, den Beklagten, mit in die Ehe brachte. Nach der Eheschließung machte der damalige Bevollmächtigte des Klägers Ansprüche gegen den Erblasser nach dem Tod der Mutter des Klägers geltend. Im Schreiben vom 10.5.1983 heißt es:

„Das von Ihnen und Ihrer verstorbenen Gattin gemeinsam errichtete Testament vom 15.3.1982 liegt mir vor. Da mein Man-

dant nur Schlusserbe ist und damit erst nach Ihrem Tode erben wird, hat er einen Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des Wertes seines gesetzlichen Erbteils. Er kann somit ein Viertel des Nachlasswertes in Geld beanspruchen. Von der Geltendmachung des Anspruchs wurde bisher abgesehen. Da Sie jedoch inzwischen wieder geheiratet haben, ist es sicherlich für beide Seiten gut, wenn jetzt eine abschließende Regelung der Erbschaftsangelegenheit erfolgt. Weder Sie noch Ihre neue Ehefrau hätten dann künftige Ansprüche zu verzegebenwärtigen.“

In der Folgezeit führten der Kläger sowie der Erblasser Verhandlungen über die Höhe des Pflichtteilsanspruchs. Während der Kläger seinen Pflichtteilsanspruch auf 30.000 DM bezifferte, zahlte der Erblasser an diesen zunächst am 9.4.1984 den von ihm errechneten Betrag i. H. v. 14.009,80 DM. Der Kläger nahm den Erblasser daraufhin hinsichtlich des verbleibenden Pflichtteilsbetrages auf Zahlung vor dem LG Darmstadt (9 O 407/84) in Anspruch. Mit notariellem Vertrag vom 6.8.1984 übertrug der Erblasser das Eigentum an dem Anwesen in M auf seine zweite Ehefrau und behielt sich ein lebenslanges unentgeltliches Nießbrauchsrecht vor. Am 17.12.1984 schlossen der Kläger und der Erblasser in dem Verfahren vor dem LG Darmstadt folgenden Vergleich:

- „1. Der Beklagte zahlt zur Abgeltung aller gegenseitigen Forderungen an den Kläger 7.500 DM.
2. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.“

Mit weiterem notariellen Vertrag vom 20.3.2004 übertrug die zweite Ehefrau des Erblassers das Eigentum an dem Hausgrundstück unter Zustimmung des Erblassers auf den Beklagten und behielt sich ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht vor. Am 3.8.2008 verstarb sie. Der Kläger nahm den Beklagten klageweise unter anderem auf Übereignung und Herausgabe des Grundstücks in Anspruch. Kurz vor Verkündung des landgerichtlichen Urteils gründete der Beklagte am 18.2.2011 die „S G Limited“ (im Folgenden: Limited), eine Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung auf Aktien mit Sitz in England und Wales. Auf diese übertrug er mit notariellem Vertrag vom 4.3.2011 das Grundstück in M unter Vorbehalt eines lebenslang unentgeltlichen Wohnrechts zu einem Preis von 35.000 €. Die Limited wurde am 20.6.2011 als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Am 30.3.2011 übertrug der Beklagte nach seiner Behauptung ferner seine Geschäftsanteile an der Limited an eine „J Incorporated“ mit Sitz in Oregon und Nevada.

Mit Urteil vom 23.2.2011 hat das LG den Beklagten unter anderem (Ziffer 1 des Urteilstenors) verurteilt, das Grundstück in M herauszugeben und aufzulassen.

Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag bezüglich des Grundstücks weiter.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt im ausgeurteilten Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte das ihm von seiner Mutter geschenkte Grundstück gemäß §§ 2287, 822 BGB an den Kläger als testamentarischen Schlusserben des Georg Z herauszugeben. Zu Recht habe das LG die Einsetzung des Klägers als Schlusserben infolge wechselbezoglicher Verfügungen in dem Testament vom 15.3.1982 bejaht. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass Ruth Z ihren einzigen Sohn zugunsten ihres Ehemannes enterbt hätte, wenn nicht ihr Ehemann diesen zugleich als seinen Erben eingesetzt hätte, zumal er keine eigenen Abkömmlinge gehabt habe. Dies möge letztlich dahinstehen, weil Georg Z niemals eine abweichende testamentarische Bestimmung getroffen habe. Der Kläger habe auch nicht im Pflichtteilsprozess im Jahre 1984 oder im Zusammenhang mit diesem auf sein Erbrecht aus dem gemeinschaftlichen Testament verzichtet. Der Erblasser habe durch die Übertragung des

Grundstücks an seine zweite Ehefrau eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2287 Abs. 1 BGB vorgenommen. Dies sei in der Absicht geschehen, den Kläger zu benachteiligen. Zwar sei die zur Entstehung des Anspruchs aus § 2287 BGB erforderliche Voraussetzung des Todes des Erblassers im Zeitpunkt des Versterbens seiner zweiten Ehefrau noch nicht eingetreten gewesen. Ihr Nachlass sei aber mit dieser noch werdenden und schwebenden Rechtsbeziehung belastet gewesen. Eine Haftung des Beklagten als gesetzlicher Erbe seiner Mutter scheide aus. Ihre Herausgabepflicht sei wegen Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB entfallen, nachdem sie das Grundstück durch die Schenkung vom 20.3.2004 unentgeltlich weitergegeben habe. In einem solchen Fall ermögliche § 822 BGB den Durchgriff auf den Beklagten als Beschenkten. Es handele sich um eine Art gesetzliche Schuldübernahme, die den Dritten in die Position einrücken lasse, die vormals der Erstempfänger innegehabt habe. Der Gläubiger solle durch die Entreicherung des Erstempfängers weder besser noch schlechter stehen als zuvor. Soweit der Beklagte das Grundstück nach Eintritt der Rechtsabhängigkeit veräußert habe, könne er sich auf einen Wegfall der Bereicherung nicht berufen.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Rechtsfehlerfrei sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Wechselbezüglichkeit. Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 2287 Abs. 1 BGB). Diese Regelung ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, das nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden ist, entsprechend anzuwenden (Beschluss vom 26.10.2011, IV ZR 72/11, ZEV 2012, 37 Rdnr. 7; Urteil vom 26.11.1975, IV ZR 138/74, BGHZ 66, 8, 15). Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung des Klägers als Schlusserven festgestellt. Es hat ausdrücklich ausgeführt, das LG habe diese Wechselbezüglichkeit zu Recht bejaht und hat das näher begründet. Soweit das Berufungsgericht weiter ausführt, dies könne letztlich dahinstehen, weil Georg Z niemals eine abweichende testamentarische Bestimmung getroffen habe, handelt es sich lediglich um eine Zusatz- oder Hilfsbegründung. Demgegenüber bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Berufungsgericht abweichend von seinen zuvor getroffenen Feststellungen und den Ausführungen des LG, denen es sich angeschlossen hat, die Wechselbezüglichkeit in Frage stellen und im Ergebnis offen lassen wollte.

Rechtsfehler bei der Feststellung der Wechselbezüglichkeit sind dem Berufungsgericht ebenfalls nicht unterlaufen. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die fehlende Wechselbezüglichkeit folge daraus, dass das Testament weder eine Pflichtteilsstraf- noch eine Wiederverheiratsklausel enthalte. Zwar kann die Wiederverheiratsklausel im Einzelfall ein Indiz für die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen sein (Senat, Beschluss vom 16.1.2002, IV ZB 20/01, BGHZ 149, 363, 365 f.). Ihr Fehlen lässt aber nicht auf das Fehlen der Wechselbezüglichkeit schließen. Hier spricht für die Wechselbezüglichkeit, dass die Eheleute sich angesichts des offenbar unmittelbar bevorstehenden Todes der Ehefrau noch dazu entschlossen, eine entsprechende Verfügung mit wech-

selseitiger Erbeinsetzung und Schlusserbeneinsetzung des Klägers zu errichten. Warum sie dies getan haben sollten, wenn der Überlebende ohne Weiteres wieder zu einer abweichenden Verfügung berechtigt sein sollte, ist nicht nachvollziehbar. Auch wenn im Testament vom Kläger als „unser Sohn“ die Rede ist, muss ferner berücksichtigt werden, dass dieser nicht der leibliche Sohn des Erblassers ist. Die Ehefrau hatte mithin ein berechtigtes Interesse daran, die Stellung des Klägers auch nach dem Ableben des Erblassers zu sichern, was nur durch wechselbezügliche Verfügungen mit entsprechender Bindungswirkung möglich war.

2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht ferner unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil angenommen, der Kläger habe nicht auf sein Erbrecht aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 15.3.1982 verzichtet. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision greifen nicht durch. Die tatrichterliche Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zu Recht hat das Berufungsgericht nicht auf das Schreiben des Bevollmächtigten des Klägers vom 10.5.1983 an den Erblasser, mit dem er den Pflichtteilsanspruch nach seiner verstorbenen Mutter geltend gemacht hat, abgestellt. Ob in dem Schreiben überhaupt ein Verzicht des Klägers auf seine Schlusserbeneinsetzung zu sehen ist, kann offenbleiben, da ein derartiger Erb- bzw. Zuwendungsverzicht jedenfalls gemäß §§ 2348, 2352 Satz 3 BGB mangels notarieller Beurkundung unwirksam wäre.

Soweit die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, dass auch der Prozessvergleich vom 17.12.1984 keinen Erbverzicht des Klägers enthält, lässt das ebenfalls keinen revisionsrechtlich beachtlichen Fehler erkennen. Die Überprüfung einer vertraglichen Vereinbarung, insbesondere eines Vergleichs, ist im Revisionsverfahren ohnehin nur insoweit möglich, als das Berufungsgericht gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat (BGH, Urteil vom 11.3.1996, II ZR 26/95, NJW-RR 1996, 932 unter I; *Staudinger/Marburger*, § 779 Rdnr. 57 f.). Das ist hier nicht der Fall. Ein ausdrücklicher Verzicht des Klägers auf seine Schlusserbeneinsetzung aus dem Testament vom 15.3.1982 wurde in dem Vergleich nicht erklärt. Es ist nicht ersichtlich, dass in dem Prozess, der unmittelbar nur den Pflichtteilsanspruch des Klägers nach der vorverstorbenen Mutter zum Gegenstand hatte, überhaupt über einen Vergleich des Inhalts gesprochen wurde, dass der Kläger zugleich auf seine Rechtsstellung als Schlusserbe verzichten sollte. Infolgedessen verstößt es nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger nunmehr Ansprüche aus seiner Erbenstellung gegen den Beklagten geltend macht.

3. Der Vertragserbe oder der bindend eingesetzte Schlusserbe kann gemäß § 2287 Abs. 1 i. V. m. § 822 BGB auch vom Zweitbeschenkten Herausgabe des Geschenks verlangen.

a) Ein Anspruch gegen den Zweitbeschenkten – hier also den Beklagten – kommt in Betracht, weil im Rahmen von § 2287 BGB auch § 822 BGB mit der darin vorgesehenen Herausgabepflicht eines Dritten angewendet werden kann. § 2287 BGB verweist hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung, so dass jedenfalls die §§ 818 bis 821 BGB Anwendung finden (*MünchKommBGB/Musielak*, 6. Aufl., § 2287 Rdnr. 21; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2287 Rdnr. 23). Der Senat hat die Frage einer Anwendung auch von § 822 BGB in einer älteren Entscheidung offengelassen (Urteil vom 19.3.1981, IVa ZR 30/80, BGHZ 80, 205, 211 f.). Im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, § 822 BGB finde entsprechend Anwendung (vgl. *MünchKommBGB*,

a. a. O., m. w. N.; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2287 Rdnr. 25; *Litzenburger in Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl., § 2287 Rdnr. 23). Die Gegenauffassung lehnt eine entsprechende Anwendung ab, weil § 822 BGB nicht nur den Umfang des Bereicherungsanspruchs bestimme, sondern einen selbständigen Anspruch darstelle (so *Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O.). Insoweit ist allerdings bereits im Bereicherungsrecht streitig, ob § 822 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt (so *Staudinger/Lorenz*, § 822 Rdnr. 2; anders *MünchKommBGB/Schwab*, 6. Aufl., § 822 Rdnr. 7; offen gelassen von BGH, Urteil vom 10.2.2004, X ZR 117/02, BGHZ 158, 63, 67).

Der Senat beantwortet die Frage nunmehr dahin, dass § 822 BGB unabhängig von seiner dogmatischen Einordnung auch im Rahmen von § 2287 Abs. 1 BGB zumindest entsprechend anzuwenden ist. Hierfür spricht der Sinn und Zweck der §§ 2287, 822 BGB, wonach der unentgeltliche Erwerb des Dritten weniger schutzwürdig ist als das Interesse des Vertrags- bzw. Schlusserben an der Herausgabe des Geschenks. So hat auch bereits der BGH auf den Rückforderungsanspruch des bedürftigen Schenkers nach § 528 BGB die Regelung des § 822 BGB entsprechend angewendet (Urteile vom 3.2.1989, V ZR 190/87, BGHZ 106, 354, 357 f.; vom 10.2.2004, a. a. O., 65). Hierzu hat er ausgeführt, dass das Erfordernis der Unterhaltssicherung Vorrang vor dem Vertrauen des Beschenkten in die Rechtsbeständigkeit der Zuwendung hat. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers nur gegen den von ihm Beschenkten und nicht auch gegen einen Dritten bestünde, an den das Geschenk unentgeltlich weitergegeben worden sei. Der Dritte sei nicht schutzwürdiger als der ursprünglich Beschenkte. § 822 BGB beruhe auf der Interessenbewertung, dass derjenige, der unentgeltlich das erlangt habe, was der unmittelbar Bereicherte hätte herausgeben müssen, nicht schutzwürdig sei. Dafür spreche auch, dass anderenfalls § 528 BGB durch unentgeltliche Weitergabe des Geschenks zulasten Unterhaltsverpflichteter oder sonst der Allgemeinheit übergangen werden könnte.

Vergleichbares gilt im Rahmen von § 2287 BGB. Auch hier ist der unentgeltliche Erwerb des Dritten weniger schutzwürdig als das Interesse des Vertragserben bzw. unwiderruflich eingesetzten Schlusserben, die Erbschaft ungeschmälert von beeinträchtigenden Schenkungen zu erhalten. Die Wertung des § 822 BGB, dass der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese an den Gläubiger herauszugeben hat, soweit infolge der Zuwendung die Verpflichtung des ersten Empfängers entfallen ist, beansprucht auch in den Fällen des § 2287 BGB Geltung. Anderenfalls hinge es vom Zufall zeitlicher Abfolge ab, ob der Gläubiger seinen Anspruch noch gegen den ursprünglich Beschenkten gemäß § 2287 Abs. 1 BGB durchsetzen kann oder dies wegen unentgeltlicher Weitergabe des Geschenks nicht mehr möglich wäre. Abgesehen davon würde Manipulationen bei der Weitergabe des Geschenks Tür und Tor geöffnet.

Die hiergegen vorgebrachten Bedenken der Revision greifen nicht durch. Sie macht zunächst geltend, dass im Rahmen von § 528 Abs. 1 BGB der zur Rückforderung des Schenkungsgegenstandes führende „Mangel“ in der Person des Schenkers und damit im Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem liege. Demgegenüber entstehe der Anspruch aus § 2287 BGB wegen eines Fehlverhaltens des Erblassers gegenüber einem Dritten (dem Vertrags- bzw. Schlusserben), nicht jedoch wegen eines Fehlverhaltens des Erstbeschenkten. Der zur Kondiktion führende Mangel liege somit außerhalb der Schenkungskette. Diese Argumentation überzeugt schon deshalb nicht, weil es auch im Rahmen von § 528 Abs. 1 BGB

nicht um ein Fehlverhalten des Erstbeschenkten geht. Er hat das Geschenk deshalb herauszugeben, weil der Schenker es wegen Verarmung benötigt. Der Umstand, dass bei § 2287 Abs. 1 BGB der Herausgabeanspruch dem Vertrags- bzw. Schlusserben zusteht, beruht auf der erbrechtlichen Wertung dieser Vorschrift, dass die Interessen des Vertrags- bzw. Schlusserben Vorrang vor denen des Beschenkten haben. Ist der Beschenkte mithin in beiden Fällen nicht schutzwürdig und rückt der Zweitbeschenkte in dessen Rechtsstellung ein, so ist kein Grund ersichtlich, warum § 822 BGB nicht auch im Rahmen von § 2287 Abs. 1 BGB Anwendung finden sollte.

Der unterschiedliche Beginn der Verjährungsfrist rechtfertigt ebenfalls keine andere Beurteilung. Zwar beginnt die dreijährige Verjährung des § 195 BGB bei den die Vertragserben beeinträchtigenden Schenkungen gemäß § 2287 Abs. 2 BGB erst mit dem Erbfall. Dies ist aber nur Konsequenz daraus, dass auch der Anspruch nach § 2287 BGB erst entsteht, nachdem dem Vertrags- bzw. Schlusserben die Erbschaft angefallen ist. Für die Frage der Anwendung von § 822 BGB gibt der Beginn der Verjährungsfrist nichts her.

b) Kommt somit eine entsprechende Anwendung von § 822 BGB und damit eine Durchgriffsmöglichkeit auf den Zweitbeschenkten in Betracht, so setzt dies zunächst voraus, dass ursprünglich ein Herausgabeanspruch gegen den Erstbeschenkten bestanden hat. Dies scheidet hier noch nicht daran, dass die zweite Ehefrau des Erblassers vor diesem verstorben ist. Zwar kann der Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB von dem Vertrags- bzw. Schlusserben erst nach dem Anfall der Erbschaft geltend gemacht werden. Ist zu dieser Zeit – wie im Streitfall – der Beschenkte bereits verstorben, bleibt § 2287 Abs. 1 BGB aber dennoch anwendbar. Der Anspruch richtet sich dann gegen die vertraglichen bzw. gesetzlichen Erben des Beschenkten. Bei dem Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Verbindlichkeit, die dem Grunde nach bereits durch die Schenkung angelegt ist, sich aber erst durch den Erbfall in der Person des Vertrags- bzw. Schlusserben verwirklicht. Zu den Nachlassverbindlichkeiten zählen gemäß § 1967 Abs. 2 BGB alle vom Erblasser „herrührenden“ Schulden. Erfasst werden mithin auch Verbindlichkeiten aus noch werdenden und schwebenden Rechtsbeziehungen. Entsprechend hat der BGH für einen Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB angenommen, dass dieser sich bei Bedürftigkeit des Schenkers, die erst nach dem Tod des Beschenkten eintritt, gegen die Erben des Beschenkten richtet (Urteil vom 7.6.1991, V ZR 214/89, NJW 1991, 2558 unter II).

c) Der Anspruch aus § 822 BGB setzt ferner voraus, dass die Verpflichtung des ursprünglichen Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung gerade infolge der unentgeltlichen Zuwendung des Erlangten an den Dritten ausgeschlossen ist. Der Dritte haftet daher nur subsidiär. Es verbleibt mithin bei der Haftung des Empfängers, wenn die Weitergabe des Erlangten erst nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt ist (§ 818 Abs. 4 BGB) oder wenn der Empfänger gemäß §§ 819 f. BGB verschärft haftet (vgl. *Staudinger/Lorenz*, a. a. O., § 822 Rdnr. 11; *Litzenburger in Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl., § 2287 Rdnr. 24; *MünchKommBGB/Musielak*, 6. Aufl., § 2287 Rdnr. 21). Die verschärfte Haftung tritt ein, sobald der Beschenkte von der Bindung des Erblassers an den Erbvertrag oder das gemeinschaftliche Testament und von dessen Beeinträchtigungsabsicht Kenntnis erlangt (*MünchKommBGB/Musielak*, a. a. O.). Diese Frage hat das Berufungsgericht nicht erörtert, sondern ist unter Ziffer 1.5 ohne Weiteres von einem Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB durch unentgeltliche Weitergabe des Grundstücks ausgegangen. Im Ergebnis kann dies offenbleiben, da eine Inanspruch-

nahme des verschärft haftenden Bereicherungsschuldners auch ausscheidet, wenn sich die Befreiung von der Leistungspflicht aus allgemeinen Vorschriften, zum Beispiel gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit der Herausgabe, ergibt (*Palandt/Sprau*, 72. Aufl., § 818 Rdnr. 53). Das ist hier der Fall, da die zweite Ehefrau des Erblassers nach der Übertragung des Grundstücks an den Beklagten zu einer Rückgabe – unabhängig von ihrer Bösgläubigkeit – nicht mehr in der Lage war.

4. Der Herausgabeanspruch des Klägers gemäß § 2287 Abs. 1 BGB ist nicht im Hinblick auf ein Pflichtteilsrecht der beschenkten zweiten Ehefrau beschränkt. Zwar entspricht es der Rechtsprechung des Senats, dass durch Schenkungen des Erblassers an einen Pflichtteilsberechtigten die Vertrags-erben nicht beeinträchtigt werden, sofern die Schenkungen dem Pflichtteil wertmäßig entsprechen (Senat, Urteile vom 28.9.1983, IVa ZR 168/82, BGHZ 88, 269, 272; vom 29.6.2005, IV ZR 56/04, ZEV 2005, 479 unter 3b; Senat, Beschluss vom 3.5.2006, IV ZR 72/05, ZEV 2006, 505 unter II 3a; MünchKommBGB/*Musielak*, 6. Aufl., § 2287 Rdnr. 10). Diese Entscheidungen des Senats behandelten aber ausschließlich Fälle, bei denen die Pflichtteilsberechtigten noch lebten und jeweils selbst klageweise auf Herausgabe des Geschenks in Anspruch genommen wurden. In solchen Fallgestaltungen kommt dem Grunde nach die Entstehung eines Pflichtteilsanspruchs in Betracht. Der Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB ist dann auf dasjenige beschränkt, was nach Begleichung des Pflichtteils übrig bleibt. Der Gläubiger muss, wenn er die Herausgabe des Geschenks beansprucht und verlangen kann, zugleich den fiktiven Pflichtteil an den beschenkten Pflichtteilsberechtigten auskehren (vgl. Senat, Urteil vom 28.9.1983, IVa ZR 168/82, BGHZ 88, 269, 272). Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Die zweite Ehefrau des Erblassers war bereits vor diesem verstorben. Ein Pflichtteilsanspruch war zu keinem Zeitpunkt entstanden und konnte auch nicht mehr entstehen. Der bloßen abstrakten Pflichtteilsberechtigung des Beschenkten als Quelle, aus der erst mit dem Erbfall unter gewissen Voraussetzungen ein Pflichtteilsanspruch entstehen kann (*Muscheler*, *Erbrecht* 2010, Rdnr. 4098), kommt demgegenüber keine maßgebliche Bedeutung zu.

5. Das Berufungsurteil ist jedoch aufzuheben, weil es dem Umstand der Veräußerung des Grundstücks durch den Beklagten nicht hinreichend Rechnung getragen hat. Soweit es in Ziffer 1.8 des Urteils hierzu lediglich heißt, der Beklagte könne sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen, ist das in dieser Form – jedenfalls ohne weitere Feststellungen – unzutreffend.

a) Zunächst liegt kein Anwendungsfall der §§ 265, 325 ZPO vor. Gemäß § 265 Abs. 1 ZPO schließt die Rechtshängigkeit das Recht der einen oder anderen Partei nicht aus, die streitbefangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten. In einem derartigen Fall hat die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozess keinen Einfluss (§ 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Streitbefangen ist eine Sache nur, wenn die für das Verfahren maßgebliche Sachlegitimation des Rechtsvorgängers auf seiner rechtlichen Beziehung zu der Sache beruht und diese den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits bildet (BGH, Urteile vom 20.7.2007, V ZR 245/06, NJW-RR 2008, 102 Rdnr. 26; vom 5.7.2002, V ZR 97/01, MDR 2002, 1185 unter II 1; vom 16.1.1963, V ZR 237/60, BGHZ 39, 21, 25 f.; *Musielak/Foerste*, ZPO, 10. Aufl., § 265 Rdnr. 3; *Roth in Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl., § 265 Rdnr. 7). Danach muss die Veräußerung dem Kläger die Aktivlegitimation oder dem Beklagten die Passivlegitimation entziehen. Dies ist im Regelfall dann gegeben, wenn das

Eigentum oder ein dingliches Recht an der Sache streitig ist (Urteil des BGH vom 20.7.2007, a. a. O.; *Roth in Stein/Jonas*, a. a. O., Rdnr. 7 f.). Schuldrechtliche Ansprüche gegen den Eigentümer auf Herausgabe oder auf Auflassung aufgrund eines Schuldverhältnisses werden dagegen in der Regel von § 265 ZPO nicht erfasst (BGH, Urteil vom 16.1.1963, a. a. O.; *Roth in Stein/Jonas*, a. a. O., Rdnr. 9; *Musielak/Foerste*, ZPO, 10. Aufl., § 265 Rdnr. 4; offen gelassen im Urteil vom 5.7.2002, V ZR 97/01, MDR 2002, 1148 unter II 1). Eine Ausnahme kann lediglich in Betracht kommen, wenn nichtdingliche Rechte einer Sache in einer dinglichen Rechten vergleichbaren Weise anhaften (BGH, Urteil vom 20.7.2007, a. a. O.). Bei dem Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB handelt es sich – auch wenn er auf Herausgabe gerichtet ist – um einen rein schuldrechtlichen Anspruch, dessen Rechtsfolgen sich nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung richten. Der Vertrags- bzw. Schlusserbe hat mithin Anspruch auf Übereignung und Besitzverschaffung des verschenkten Gegenstandes. Dieser selbst ist allerdings nicht streitbefangen im Sinne von § 265 Abs. 1 ZPO.

b) Soweit das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten nach § 818 Abs. 4 BGB angenommen hat, hat es verkannt, dass der Kläger gegen den Beklagten keinen Geldzahlungsanspruch oder einen solchen auf Leistung vertretbarer Sachen geltend macht, sondern Auflassung und Herausgabe eines individualisierten Grundstücks verlangt. Auch eine verschärfte Haftung gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 BGB ändert nichts daran, dass sich eine Befreiung des Konditionsschuldners von der Leistungspflicht aus allgemeinen Vorschriften, etwa wegen Unmöglichkeit der Herausgabe nach § 275 Abs. 1 BGB, ergeben kann (*Palandt/Sprau*, 72. Aufl., § 818 Rdnr. 53). Hat der Schuldner die geschuldete Sache veräußert, ist die Leistung allerdings nicht schon deswegen unmöglich, weil er über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen Anspruch hat. Unmöglichkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann. Solange dagegen die Möglichkeit besteht, dass der Dritte dem Schuldner die Verfügungsmacht wieder einräumt oder der Verfügung zustimmt, steht sein Unvermögen nicht fest (BGH, Versäumnisurteil vom 26.3.1999, V ZR 368/97, BGHZ 141, 179, 181 f.; Urteil vom 25.10.2012, VII ZR 146/11, BGHZ 195, 195 Rdnr. 33). Darlegungs- und beweispflichtig für die Unmöglichkeit der Herausgabe ist der Bereicherungsschuldner, hier also der Beklagte.

Insoweit fehlt es bislang an ausreichenden Feststellungen des Berufungsgerichts. Dass der Beklagte das Grundstück nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils an die Limited unter Vorbehalt eines lebenslangen unentgeltlichen Wohnrechts veräußert hat und diese am 20.6.2011 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde, muss noch nicht dazu führen, dass dem Beklagten eine Übertragung des Grundstücks auf den Kläger unmöglich wäre. Eine solche Übertragung käme etwa in Betracht, wenn der Beklagte diese als Geschäftsführer und/oder Gesellschafter der Limited oder auf andere Weise veranlassen könnte. Anlässlich der Gründung der Limited war der Beklagte auch noch selbst alleiniger Anteilseigner. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat er dann zwar vorgetragen, er habe seine Anteile an der Limited gemäß Urkunde vom 30.3.2011 an eine J Incorporated in Oregon und Nevada übertragen. Diesbezüglich hat er allerdings nur ein nicht unterschriebenes Schreiben der Limited vom 7.4.2011 unter Bezugnahme auf eine Protokollniederschrift vom 30.3.2011 übergeben. Ebenfalls steht nicht fest, wer Anteilseigner der neuen Gesellschaft in Oregon und

Nevada ist. Sollte dies der Beklagte sein, wäre es ihm weiterhin möglich, das Grundstück an den Kläger zu übertragen. Der Beklagte wird daher im Einzelnen darzulegen und ggf. zu beweisen haben, dass ihm keinerlei rechtliche oder tatsächliche Einflussmöglichkeit auf die nunmehrige Grundstückseigentümerin verblieben ist mit dem Inhalt, dass diese das Grundstück entweder unmittelbar oder mittelbar über den Beklagten an den Kläger übereignet.

10. BGB § 766 Satz 1, § 2281 Abs. 1, § 2282 Abs. 3; ZPO § 416 (*Keine notarielle Beurkundung bei Begebung der Anfechtung eines Erbvertrags*)

1. **Die Begebung einer notariellen Anfechtungserklärung nach § 2281 BGB unterliegt nicht dem Beurkundungserfordernis des § 2282 Abs. 3 BGB.**
2. **Die Beweisregel des § 416 ZPO erstreckt sich auf die Begebung einer schriftlichen Willenserklärung auch, wenn ihre Übermittlung noch von einer gesonderten Weisung des Erklärenden abhängen soll (Fortführung von Senat, NJW-RR 2006, 847 Rdnr. 13 und NJW-RR 2003, 384 [unter II]).**

BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12

Die Parteien streiten um die Erbenstellung nach dem am 17.10.2010 im Alter von 91 Jahren verstorbenen R S (Erblasser).

Dieser war in erster Ehe mit der am 9.2.2009 verstorbenen I S verheiratet gewesen. Am 3.12.2002 schloss er mit ihr einen notariell beurkundeten Erbvertrag, in dem sie die von ihnen errichtete Stiftung des bürgerlichen Rechts, die Beklagte, als Alleinerbin des Erblassers einsetzten, ein Vermächtnis für I S aussetzten, jeweils einen Pflichtteilsverzicht erklärten und ein einseitiges Rücktrittsrecht ausschlossen. Durch ergänzende notariell beurkundete letztwillige Verfügung vom 3.12.2005 bestimmten die Eheleute unter anderem den Sohn des Erblassers als Testamentsvollstrecker, der seit 2009 alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied der Stiftung ist.

Am 30.7.2009 heiratete der Erblasser die Klägerin und bestimmte sie mit handschriftlicher letztwilliger Verfügung vom 7.8.2009 zu seiner Alleinerbin. Mit notarieller Urkunde vom 28.8.2009 erklärte er unter vorsorglichem Widerruf aller letztwilligen Verfügungen, mit Ausnahme der vom 7.8.2009, die Anfechtung des Erbvertrages und bat den Notar um Übermittlung einer Ausfertigung an das zuständige Nachlassgericht, wobei folgender Zusatz eingefügt ist:

„Dies soll allerdings erst erfolgen, wenn ihm der Erschienene oder ein hierzu Bevollmächtigter diesbezüglich gesondert schriftlich Mitteilung macht.“

In zwei weiteren notariellen Urkunden vom gleichen Tag erteilte der Erblasser dem Streithelfer zu 2, einem Rechtsanwalt, Generalvollmacht und setzte ihn als Testamentsvollstrecker anstelle seines Sohnes ein. Mit Schreiben vom 23.12.2009 bat Rechtsanwalt Z für den nach Diktat verreisten Generalbevollmächtigten den beurkundenden Notar, Streithelfer zu 1, namens und in Vollmacht des Erblassers die Anfechtungserklärung beim Nachlassgericht einzureichen. Am 28.12.2009 ging dort eine Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 28.8.2009 mit einem Anschreiben des Streithelfers zu 1 vom 23.12.2009 ein. Das Nachlassgericht veranlasste die Zustellung an die Beklagte, die am 11.1.2010 erfolgte.

Mit Beschluss vom 11.11.2010 ordnete das AG Nachlasspflegschaft zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses des Erblassers an. Die dagegen eingelegten Rechtsmittel hatten keinen Erfolg (Senat, Beschluss vom 13.9.2012, IV ZB 23/11, ZEV 2013, 39).

Das LG hat der Klage auf Feststellung, dass die Klägerin aufgrund letztwilliger Verfügung und Anfechtung des Erbvertrages Alleinerbin des Erblassers geworden ist, stattgegeben; das OLG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte weiterhin Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.6.2012, 7 U 221/11, ZEV 2012, 542 m. Anm. *Keim*, ZEV 2012, 548), die Klägerin sei aufgrund letztwilliger Verfügung des Erblassers vom 7.8.2009 dessen Alleinerbin geworden. Die Anfechtung des Erbvertrages sei formwirksam am 28.8.2009 erklärt worden. Der in die Urkunde aufgenommene Vorbehalt, die Anfechtungserklärung erst nach entsprechender Anweisung beim Nachlassgericht einzureichen, stelle eine Treuhandaufgabe dar, die sich an den beurkundenden Notar richte und nicht Bestandteil der Anfechtungserklärung sei. Der notariellen Form habe nur die Anfechtungserklärung als solche, nicht aber deren Begebung bedurft. Sei eine empfangsbedürftige Willenserklärung zugegangen, streite eine Vermutung dafür, dass sie mit Willen des Erklärenden in den Verkehr gelangt sei. Die formelle Beweiskraft der Urkunde werde nicht dadurch entkräftet, dass der Treuhandauftrag zu ihrem Vollzug mit in die Urkunde aufgenommen worden sei. Es hätte damit der Beklagten obliegen, den fehlenden Begebungswillen des Erblassers zu beweisen, ein Beweisantritt sei aber nicht erfolgt.

II.

Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht hat revisionsrechtlich beanstandungsfrei festgestellt, dass der Erblasser die Anfechtung des Erbvertrages erklärt hat.

a) Für die Feststellung des in der Anfechtungserklärung enthaltenen Erblasserwillens gelten die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 2084 BGB. Hiernach ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (Senat, Beschluss vom 17.7.2012, IV ZB 23/11, ZEV 2013, 36 Rdnr. 14; Senat, Urteil vom 24.6.2009, IV ZR 202/07, ZEV 2009, 459 Rdnr. 25; Senat, Urteil vom 8.12.1982, IV ZR 94/81, BGHZ 86, 41, 45). Dabei müssen nicht nur der gesamte Text der Verfügung, sondern auch alle dem Richter zugänglichen Umstände außerhalb der Urkunde ausgewertet werden, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens möglicherweise dienlich sind (Senat, Urteil vom 24.6.2009, a. a. O.). Abzustellen ist aber stets auf den Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Erklärung. Danach eingetretene Umstände können nur Bedeutung erlangen, soweit sie Rückschlüsse hierauf zulassen (BayObLG, Beschluss vom 23.5.1995, IZ BR 128/94, NJW 1996, 133).

b) Es obliegt in erster Linie dem Tatrichter, die Anfechtungserklärung auszulegen. Seine Auslegung kann mit der Revision nur erfolgreich angegriffen werden, wenn gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen oder in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen werden (Senat, Urteil vom 24.2.1993, IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357, 363 m. w. N.). Dies führt dazu, dass sich im Ergebnis sogar widersprechende tatrichterliche Auslegungen als vom Revisionsgericht nicht zu beanstanden erweisen können. Deshalb ergeben sich im Streitfall reversible Rechtsfehler nicht bereits daraus, dass der Senat die vom Beschwerdegericht hinsichtlich der Anordnung der Nachlasspflegschaft vertretene abweichende Auslegung im Rechtsbeschwerdeverfahren unbeanstandet gelassen hat (vgl. Senat, Beschluss vom 13.9.2012, IV ZB 23/11, ZEV 2013, 39 Rdnr. 4; Senat,

Beschluss vom 17.6.2012, IV ZB 23/11, ZEV 2013, 36 Rdnr. 12).

c) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Anfechtung des Erblassers in der notariellen Urkunde vom 28.8.2009 sei unbedingt erklärt worden und der in der Urkunde aufgenommene Vorbehalt sei lediglich als aufgeschobene Begebung zu verstehen, ist schon nach dem Wortlaut der Urkunde rechtlich jedenfalls vertretbar. Der Erblasser hat in Ziffer II Abs. 1 erklärt, dass er den Erbvertrag vom 3.12.2002 nebst den nachfolgenden letztwilligen Verfügungen nach § 2281 Abs. 1 BGB anfechte. Ziffer II Abs. 2 Satz 1 enthält die Anweisung an den Notar, die Anfechtungserklärung dem zuständigen Nachlassgericht zu übermitteln. Damit sind alle erforderlichen Erklärungen des Erblassers in der notariellen Urkunde aufgenommen. Für die notarielle Beurkundung etwa einer bloßen Anfechtungsabsicht oder nur bedingten Anfechtung im Zeitpunkt der Erklärung besteht kein Anhalt. Der mit einem zeitlichen Aufschub der Begebung, die für jede empfangsbedürftige Willenserklärung im Anschluss an die Erklärung erforderlich ist, verbundene Vorbehalt lässt keine maßgeblichen Rückschlüsse auf eine noch nicht endgültig gemeinte Anfechtung zu. Dem Erblasser kam es bei Niederschrift seiner Erklärung vielmehr ersichtlich darauf an, dass die früher beurkundeten Erklärungen zukünftig keine Wirksamkeit mehr entfalten sollten. Dies wird auch durch Ziffer III verdeutlicht. Dort heißt es in Abs. 1:

„Vorsorglich widerrufe ich alle letztwilligen Verfügungen mit Ausnahme des vorgenannten und bestätigten Testaments vom 7.8.2009 sowie heute beurkundeter Erklärungen.“

Zu Recht weist das Berufungsgericht – in anderem Zusammenhang – darauf hin, dass der Erblasser in der von ihm am 2.10.2010 errichteten Urkunde nochmals bestätigt hat, die Anfechtung des Erbvertrages durch die am 28.8.2009 errichtete und dem Nachlassgericht am 28.12.2009 übermittelte notarielle Urkunde erklärt zu haben.

2. Rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Anweisung an den Notar, die Anfechtungserklärung dem Nachlassgericht zu übermitteln, habe nicht gesonderter notarieller Beurkundung bedurft. Nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesetzessystematik und einhelliger Auffassung der Rechtsprechung und Literatur erstreckt sich das Erfordernis notarieller Beurkundung allein auf die Erklärung der Anfechtung.

a) Dem Wortlaut des § 2282 Abs. 3 BGB ist zu entnehmen, dass nur die Anfechtungserklärung der notariellen Beurkundung bedarf.

Die Anfechtung des Erbvertrages nach § 2281 BGB ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, für die § 130 BGB gilt (Senat, Urteil vom 16.4.1953, IV ZB 25/53, BGHZ 9, 233 f.; RGZ 65, 270, 272). Sie erfordert neben der Erklärung der Anfechtung deren Abgabe und Zugang. Geht die abgegebene Erklärung nicht zu, so wird sie nicht wirksam. Die Abgabe der Willenserklärung ist der entscheidende Moment, auch wenn für das Wirksamwerden der Zugang notwendig ist und die Wirksamkeit erst im Zeitpunkt des Zugangs eintritt (*Flume*, Das Rechtsgeschäft, 2. Band, 3. Aufl., S. 225 f.). Abgegeben ist die Erklärung, wenn der Erklärende seinen rechtsgeschäftlichen Willen erkennbar so geäußert hat, dass an der Endgültigkeit der Äußerung kein Zweifel möglich ist (*Palandt/Ellenberger*, 72. Aufl., § 130 Rdnr. 4). Bei einer empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärung muss zu ihrer Wirksamkeit die Begebung hinzukommen, d. h. sie muss mit dem Willen des Erklärenden in den Verkehr gebracht worden sein (Senat, Urteil vom 18.12.2002, IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384

unter II; BGH, Urteil vom 30.5.1975, V ZR 206/73, BGHZ 65, 13, 14). Dem Beurkundungszwang unterliegt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 2282 Abs. 3 BGB nur die gemäß § 2282 Abs. 1 Satz 1 BGB höchstpersönliche Erklärung der Anfechtung, d. h. die Abgabe der Willenserklärung, nicht hingegen deren Begebung.

b) Die Formfreiheit der Begebung empfangsbedürftiger Willenserklärungen entspricht dem historischen Willen des Gesetzgebers.

In den Protokollen der Kommission zur zweiten Lesung des BGB findet sich zum jetzigen § 128 BGB der Hinweis, dass bei empfangsbedürftigen einseitigen Willenserklärungen der Zugang nicht der Beurkundung bedarf:

„[...] Rede man von Beurkundung, so sei selbstverständlich, dass nur beurkundet werden könne, was vor Gericht oder Notar erfolgt sei. Verlange das Gesetz, dass eine Erklärung gerichtlich oder notariell beurkundet werden müsse, so erhelle aus der Vorschrift mit genügender Deutlichkeit, dass nicht auch das Zugehen der Erklärung an den anderen Theil den Gegenstand der Beurkundung bilde –, ein Ergebnis, das mit den Anforderungen des Verkehrs in Einklang stehe.“ (Prot. V 438)

Nach dem Verständnis des historischen Gesetzgebers erfasst die Formfreiheit auch die Begebung. Darauf weisen ferner die weiteren Erörterungen der Kommission hin, wonach es zur notariellen Beurkundung eines Vertrages genügt, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Notar beurkundet werden. Ausdrücklich abgelehnt wurde hingegen eine Alternativfassung, nach der für die Beurkundung ein Ersuchen des Antragenden um Vorlage durch ein Gericht oder einen Notar und eine Vorlage des Antrags durch ein Gericht oder einen Notar notwendig gewesen wären; formbedürftig wären danach das Ersuchen, die Vorlegung sowie die Annahme des Antrags gewesen (Prot. V 434 f., 439 ff.). Das Ersuchen des Antragenden, dem anderen Teil den Antrag vorzulegen, hätte strukturell der Begebung entsprochen, weil dies die mit Wissen und Wollen bewirkte Entäußerung der Willenserklärung dargestellt hätte. Der Ablehnung der Formbedürftigkeit des Ersuchens (Prot. V 440 ff.) ist zu entnehmen, dass der historische Gesetzgeber diesbezüglich Formfreiheit insgesamt wollte.

Die Beratungen der Kommission belegen weiter, dass nach der Wertung des historischen Gesetzgebers die für ihn maßgeblichen Zwecke des Beurkundungserfordernisses einer Formfreiheit der Begebung nicht entgegenstehen. Die Kommission erkannte, dass die Formfreiheit der Begebung Beweisschwierigkeiten bezüglich der willentlichen Entäußerung von Vertragserklärungen schaffen kann, meinte aber, dies sei im Hinblick auf die Bedürfnisse des Verkehrs hinzunehmen (vgl. Prot. V 440 f.). Zwar wurde die Beurkundung empfangsbedürftiger einseitiger Willenserklärungen von der Kommission im Kontext des jetzigen § 128 BGB erörtert. Für diese gelten aber die Überlegungen zur Formfreiheit der Begebung in gleicher Weise wie für Vertragserklärungen. Anhaltspunkte für einen unterschiedlichen Maßstab des historischen Gesetzgebers sind nicht ersichtlich.

c) Auch die Formvorschrift des § 766 Satz 1 BGB spricht dafür, dass die Begebung nicht der für die Abgabe der Willenserklärung maßgeblichen Form unterliegt. Danach ist zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Erteilung bedeutet, dass zum Wirksamwerden der unter Wahrung der Schriftform abgegebenen Erklärung die Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde allein nicht genügt, hinzukommen muss, dass sich der Bürge hinsichtlich der in der Bürgschaftsurkunde verkör-

perten Willenserklärung gegenüber dem Gläubiger entäußert (MünchKommBGB/*Habersack*, 5. Aufl., § 766 Rdnr. 24). Dies stellt die Begebung der Bürgschaftsurkunde dar. Die Erteilung selbst geschieht in der Regel durch Übergabe der Bürgschaftsurkunde (MünchKommBGB/*Habersack*, a. a. O; RGZ 126, 121, 122) und damit gerade nicht schriftlich.

d) Angesichts dessen besteht kein Grund, die Formfreiheit der Begebung in Frage zu stellen, was auch in Rechtsprechung und Schrifttum übereinstimmend so gesehen wird.

aa) BGH und RG haben sich im Zusammenhang mit dem Widerruf wechselseitig abhängiger Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament wiederholt damit befasst, ob empfangsbedürftige Willenserklärungen dem Erklärungsgegner noch nach dem Tod des Erklärenden wirksam zugehen können (BGH, Urteil vom 19.10.1967, III ZB 18/67, BGHZ 48, 374; Senat, Urteil vom 16.4.1953, IV ZB 25/53, BGHZ 9, 233; RGZ 65, 270). Die Beurteilung erfolgte jeweils am Maßstab des § 130 Abs. 2 BGB, nach dem es für die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluss ist, wenn der Erklärende nach deren Abgabe verstirbt. Entscheidend ist, dass der Erklärende vor seinem Tod alles getan hat, was von seiner Seite erforderlich war, damit die Erklärung dem anderen Teil zugeht (so schon RGZ 65, 270, 274). Diese Ausführungen betreffen nur die Abgabe („formgerecht erklärt“), nicht jedoch die anschließende Begebung.

bb) Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich nichts anderes aus dem Erfordernis, dass dem Empfänger einer Anfechtungserklärung deren Urschrift oder Ausfertigung zugehen muss, der Zugang einer beglaubigten Abschrift hingegen nicht ausreicht (BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, BGHZ 48, 374, 377, und Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, BGHZ 31, 5, 7; OLG Celle, Beschluss vom 7.2.1963, 10 Wz 28/62, NJW 1964, 53, 54; BayObLGZ, Beschluss vom 3.10.1963, BReg. 1 Z 132/63, BayObLGZ 1963, 260, 264). Dass über die Anfechtungserklärung hinaus noch zusätzlich die Begebung notariell beurkundet werden müsste, lässt sich den Entscheidungen nicht entnehmen.

e) In Übereinstimmung damit bedarf auch nach einhelliger Ansicht der Literatur nur die Erklärung der Anfechtung der notariellen Beurkundung nach § 2282 Abs. 3 BGB, nicht aber deren Zugang (*Staudinger/Kanzleiter*, Neubearb. 1998, § 2282 Rdnr. 6; MünchKommBGB/*Musielak*, 5. Aufl., § 2282 Rdnr. 4; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2282 Rdnr. 4; *Planck/Greif*, BGB, 4. Aufl., § 2282 Rdnr. 2). Dies muss ebenso für den Begebungsakt der Anfechtungserklärung gelten (*Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., § 2282 Rdnr. 1, unter Hinweis auf die Entscheidung des Berufungsgerichts); Begebung und Zugang von Willenserklärungen sind tatsächliche willensgetragene Vorgänge, auf die sich die mit der Beurkundung verbundenen Zwecke – zuverlässige und sachkundige Beratung, eindeutige Feststellung des erklärten Willens, Warnfunktion vor übereilten Entscheidungen – nicht erstrecken (*Michalski*, WiB 1997, 785, 786 f.; *Kanzleiter*, a.a.O., § 2296 Rdnr. 7). Ein zeitlicher Aufschub der Begebung ändert daran nichts.

3. Im Ergebnis zu Recht sieht es das Berufungsgericht aufgrund der Vorlage der notariellen Urkunde vom 28.8.2009 als bewiesen an, dass diese vom Erblasser persönlich abgegeben und begeben worden ist.

a) Nach der gesetzlichen Beweisregel des § 416 ZPO begründet eine von dem Aussteller unterschriebene Privaturkunde vollen Beweis dafür, dass die in ihr enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller abgegeben worden sind. Der Senat hat die Beweisregel des § 416 ZPO auf die Begebung einer schriftlichen Willenserklärung erstreckt (Senat, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847 Rdnr. 13, und

Senat, Urteil vom 18.12.2002, IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384 unter II).

Das gilt auch hier. Die Urkunde enthält zwar den Zusatz, dass die Begebung auf gesonderte Anweisung erfolgen soll. Dies führt aber nicht dazu, dass sie damit dem Anwendungsbereich des § 416 ZPO entzogen wäre und die Begebung der in dieser Privaturkunde enthaltenen Erklärung zum Gegenstand einer gesetzlichen oder einer auf einen Erfahrungssatz gegründeten tatsächlichen Vermutung würde (so aber *Keim*, ZEV 2012, 548). Die Übermittlungsanweisung betrifft nur das jeder einem abwesenden Erklärungsempfänger gegenüber abzugebenden empfangsbedürftigen Willenserklärung immanente Auseinanderfallen von Erklärung und Wirksamwerden. Die in § 416 ZPO angeordnete, das Gericht bindende Beweiswirkung hängt aber nicht von Umständen der Erklärung, ihrer Begebung oder des Zugangs ab, sondern allein von der in den Verkehr gelangten echten Urkunde. Diese Wirkung tritt mit Erfüllung des Tatbestands der Norm des § 416 ZPO ein. Für eine richterliche Überzeugungsbildung ist im Umfang der gesetzlichen Beweisregel kein Raum. Durch Vorlage der die Anfechtungserklärung enthaltenden notariellen Urkunde vom 28.8.2009 ist damit bewiesen, dass die Erklärung vom Erblasser gemäß § 2282 Abs. 1 BGB persönlich abgegeben und von ihm begeben wurde.

b) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis auch richtig entschieden; die Beklagte hat den Beweis nicht geführt, dass die Begebung ohne Willen des Erblassers erfolgt ist.

Gegen die Beweiswirkung des § 416 ZPO kann der Beweis angetreten werden, dass die Urkunde nicht willentlich begeben worden ist. Erforderlich dafür ist der Gegenteilsbeweis (Senat, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847; *Ahrens in Wieczorek/Schütze*, ZPO, 3. Aufl., § 416 Rdnr. 33; *Preuß in Prütting/Gehrlein*, ZPO, 4. Aufl., § 416 Rdnr. 20; *Zöller/Geimer*, ZPO, 29. Aufl., § 416 Rdnr. 9; *HK-ZPO/Eichele*, 5. Aufl., § 416 Rdnr. 6). Im Anwendungsbereich gesetzlicher Beweisregeln – wie § 416 ZPO – ist nach § 286 Abs. 2 ZPO die freie Beweiswürdigung ausgeschlossen (*Zöller/Greger*, ZPO, 29. Aufl., § 286 Rdnr. 3), so dass Umstände innerhalb und außerhalb der Urkunde diese auch nicht erschüttern können. Der Beklagten oblag es mithin zu beweisen, dass die notarielle Urkunde ohne Willen des Erblassers eigenmächtig durch einen Vertreter in den Verkehr gelangt ist. Diesen Beweis hat sie nicht erbracht. Sie ist mangels Beweisantritts vom Berufungsgericht zu Recht als beweisfällig angesehen worden.

4. Unbegründet ist schließlich die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte Beweis darüber erheben müssen, ob die Klägerin die Bedingung in dem ergänzenden notariellen Testament vom 23.11.2009 erfüllt hat, bis zum Tod des Erblassers im gemeinsamen Haushalt zu wohnen und ihn im Falle dauernder Pflegebedürftigkeit zu pflegen. Entgegen der Ansicht der Revision stellt es keine vorweggenommene Beweiswürdigung dar, dass das Berufungsgericht die von der Beklagten benannte Privatsekretärin des Erblassers nicht als Zeugin dazu vernommen, sondern nur deren schriftliche Aufzeichnungen ausgewertet hat. Die Beklagte hat ein Erinnerungsprotokoll der Zeugin über den Verlauf der letzten Tage vor dem Tod des Erblassers in das Verfahren eingeführt und sich deren Ausführungen bei ihrem Sachvortrag zur angeblich nicht erfüllten Pflegeklausel ausdrücklich zu eigen gemacht. Diesen Parteivortrag hat das Berufungsgericht seiner tatrichterlichen Würdigung zugrunde gelegt. Dabei hat es die Pflegeklausel so ausgelegt, dass die Klägerin Pflege im engeren Sinne nicht selbst erbringen, sondern lediglich in gewissem zeitlichen Umfang „persönlich nach dem Erblasser

mit Blick auf sein Wohlergehen“ schauen musste. Im Zusammenhang damit wertet es den Inhalt der Aufzeichnungen der Zeugin dahin, dass unzureichende Pflegeleistungen der Klägerin nicht dokumentiert seien. Das ist eine revisionsrechtlich nicht zu beanstandende Würdigung des Sachvortrags der Beklagten. Eine Vernehmung der Zeugin war danach nicht mehr geboten.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Bergmann*, MittBayNot 2014, 220 (in diesem Heft).

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. GmbHG §§ 16, 40 (*Möglichkeit der Auslandsbeurkundung, sofern diese der deutschen gleichwertig ist*)

1. **Das Registergericht darf eine zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste nicht schon deshalb zurückweisen, weil sie von einem Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eingereicht worden ist.**
2. **Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung kann auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist (Fortführung von BGHZ 80, 76 = NJW 1981, 1160).**

BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13

Die Beschwerdeführerin zu 1 ist eine im Handelsregister des AG München eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Das Registergericht hat mit Beschluss vom 6.11.2012 die Aufnahme einer von einem in Basel/Schweiz ansässigen Notar am 5.11.2012 erstellten und eingereichten Gesellschafterliste, in der die Beschwerdeführerin zu 2 als neue Inhaberin des (einzigen) Geschäftsanteils Nr. 1 genannt wird, in den elektronischen Registerordner der Beschwerdeführerin zu 1 abgelehnt.

Die durch die Beschwerdeführerinnen eingelegten Beschwerden hat das OLG München (Beschluss vom 6.2.2013, 31 Wx 8/13, ZIP 2013, 458) zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Das Registergericht habe zu prüfen, ob die eingereichte Liste den formalen Anforderungen entspreche. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da nach dem Sinn und Zweck der in § 40 GmbHG getroffenen Regelungen bei einer Auslandsbeurkundung ausschließlich der Geschäftsführer zur Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste, nicht aber der ausländische Notar befugt sei. Für die Einreichung der Gesellschafterliste sei gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in der Fassung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) grundsätzlich der Geschäftsführer zuständig. Die Verpflichtung gehe zwar gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG auf den Notar über, wenn dieser an der in die Liste aufzunehmenden Veränderung mitgewirkt habe. Ein ausländischer Notar könne durch ein deutsches Gesetz aber nicht zur Einreichung verpflichtet werden, so dass es bei der Zuständigkeit des Geschäftsführers bleibe. Eine Berechtigung des ausländischen Notars ohne korrespondierende Verpflichtung sei nicht denkbar, weil § 40 GmbHG die Zuständigkeit von Geschäftsführer und Notar alternativ regelt.

Hiergegen richten sich die vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerden der Beschwerdeführerinnen, mit denen sie weiterhin die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner begehren.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerden haben Erfolg. Sie führen unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen zur Weisung an das Registergericht, die von dem Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eingereichte Gesellschafterliste der Beschwerdeführerin zu 1 in den Registerordner aufzunehmen.

1. Die Rechtsbeschwerden sind nach ihrer Zulassung durch das Beschwerdegericht gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

2. Die Rechtsbeschwerden sind auch begründet. Das Beschwerdegericht hat zu Unrecht angenommen, dass das Registergericht die Entgegennahme der Gesellschafterliste mit der Begründung ablehnen durfte, sie sei nicht von den Geschäftsführern unterzeichnet und die Unterzeichnung eines in Basel/Schweiz ansässigen Notars sei unzureichend.

a) Das Registergericht nimmt die Gesellschafterliste lediglich entgegen und verwahrt sie, ohne eine inhaltliche Prüfpflicht zu haben. Dies ergibt sich schon aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, in dem ausgeführt ist, dass die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister eine die Liste inhaltlich nicht prüfende, sondern lediglich entgegennehmende, verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist (BT-Drucks. 16/6140, S. 38, 44). Die Annahme einer inhaltlichen Prüfpflicht wäre auch mit den durch das MoMiG eingeführten Publizitätswirkungen der Gesellschafterliste nicht zu vereinbaren. Nur derjenige, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist, gilt gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft als solcher. Die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister sind zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Erwerb eines Geschäftsanteils. Ohne die Eintragung und Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter jedoch die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verwehrt (BT-Drucks. 16/6140, S. 37). Nach § 16 Abs. 3 GmbHG kann ferner ein Geschäftsanteil oder ein Recht daran unter bestimmten Voraussetzungen durch Rechtsgeschäft wirksam von einem Nichtberechtigten erworben werden, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der beim Handelsregister verwahrten Gesellschafterliste eingetragen ist. Wegen dieser nachteiligen Wirkungen für den wahren Rechtsinhaber ist die nach Eintritt einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung den wahren Rechtszustand wiedergebende Gesellschafterliste nach ihrer Einreichung auch zügig in das Handelsregister aufzunehmen. Eine inhaltliche Prüfpflicht des Registergerichts würde dagegen unweigerlich in einer Vielzahl von Fällen zu nicht unerheblichen Verzögerungen führen.

b) Das Beschwerdegericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass das Registergericht gleichwohl prüfen darf, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht, und dass es bei Beanstandungen die Entgegennahme verweigern darf (BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rdnr. 10 m. w. N.). Mit der von ihm vorgenommenen Prüfung, ob ein im Ausland ansässiger Notar oder jedenfalls ein Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eine Gesellschafterliste einreichen darf, hat das Registergericht jedoch die Grenzen seines auf die formalen Anforderungen des § 40 GmbHG beschränkten Prüfungsrechts überschritten.

aa) Zu den Voraussetzungen, unter denen eine gemäß § 40 GmbHG eingereichte Gesellschafterliste in das Handelsre-

gister aufzunehmen ist, gehört nicht nur, dass Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung bereits eingetreten sind (BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rdnr. 10), sondern auch, dass die geänderten Eintragungen in der eingereichten Gesellschafterliste von dem Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) oder dem Notar stammen, der an den Veränderungen mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG). Das formale Prüfungsrecht des Registergerichts ist insoweit aber auf die Prüfung beschränkt, ob es sich bei der Person, die eine geänderte Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister einreicht, um eine der in § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG genannten Personen, d. h. um einen Geschäftsführer der Gesellschaft oder einen Notar, der an den Veränderungen mitgewirkt hat, denen die geänderten Eintragungen entsprechen, handelt. Ist dies offensichtlich nicht der Fall, weil die Liste von einem Dritten eingereicht wurde, kann das Registergericht die Liste zurückweisen. Die Frage der formalen Einreichungszuständigkeit lässt sich durch das Registergericht in kurzer Zeit zweifelsfrei klären und durch die Prüfung des Registergerichts kann verhindert werden, dass in das Handelsregister Listen aufgenommen werden, die von offensichtlich Unbefugten eingereicht wurden und bei denen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie die wahre Rechtslage nicht wiedergeben und deshalb zu berichtigen sind.

Etwaige Zweifel, ob der Geschäftsführer oder Notar zur Einreichung der von ihm unterzeichneten Liste im konkreten Fall befugt ist, können dagegen im Registerverfahren nicht ohne Weiteres geklärt werden. In der Regel wird die Prüfung, ob über die formalen Anforderungen hinaus die weitergehenden (materiellen) Voraussetzungen von § 40 Abs. 1 oder 2 GmbHG gegeben sind, nur anhand einer eingehenden Beurteilung des neuen Gesellschafterliste zugrundeliegenden Übertragungsaktes oder sonstigen Veränderungsvorgangs möglich sein (vgl. OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 198, 200; GmbHR 2011, 823, 825 f.; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 238; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl., § 40 Rdnr. 7; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., § 40 Rdnr. 75; *Hasselmann*, NZG 2013, 325, 326; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 629 f.; *Siß*, DNotZ 2011, 414, 415; *Wachter*, GmbHR 2010, 206; vgl. ferner *Wicke*, DB 2013, 1099; *Gerber*, EWIR 2013, 549, 550; *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1039).

bb) Von dem formellen Prüfungsrecht des Registergerichts wäre die Beanstandung der durch den ausländischen Notar eingereichten Liste daher nur umfasst, wenn ein Notar mit Sitz im Ausland oder jedenfalls ein Notar mit Sitz in Basel/Schweiz unter keinen Umständen zur Einreichung einer Gesellschafterliste berechtigt wäre und er deshalb einem Dritten gleichstünde, dessen fehlende Berechtigung vom Registergericht ohne Weiteres festgestellt werden könnte. Dies ist nicht der Fall.

(1) Dabei kommt es nicht darauf an, ob der ausländische Notar, der eine Anteilsübertragung beurkundet hat, zur Einreichung der Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG verpflichtet ist oder diese Pflicht wegen des Territorialprinzips nur deutschen Notaren obliegt. Das Beschwerdegericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass zur Einreichung der Liste nur berechtigt sein kann, wer dazu auch verpflichtet ist. Diese Annahme beruht auf der rechtsirrigen Auffassung, dass sich die Zuständigkeiten des Geschäftsführers und des beteiligten Notars nach § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG gegenseitig ausschließen. In § 40 GmbHG ist jedoch lediglich bezüglich der Verpflichtung zur Einreichung der Gesellschafterliste geregelt, dass diese alternativ den Geschäftsführer oder den beteiligten Notar trifft. Dagegen kann eine Berechtigung des

Geschäftsführers, die Liste einzureichen, auch in den Fällen bestehen, in denen der Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung verpflichtet ist (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, BeckRS 2014, 01756, Rdnr. 32 ff., zur Berechtigung des Geschäftsführers, eine von einem Notar eingereichte Gesellschafterliste zu berichtigen). Für den umgekehrten Fall, dass ein beteiligter Notar nicht zur Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet ist, gilt nichts anderes. Er kann gleichwohl dazu berechtigt sein.

(2) Ein im Ausland ansässiger Notar ist zur Einreichung der Gesellschafterliste über eine Veränderung, an der er mitgewirkt hat, jedenfalls dann berechtigt, wenn die von ihm im Ausland vorgenommene Beurkundung, wie hier einer Anteilsübertragung, einer Beurkundung durch einen deutschen Notar gleichwertig und deshalb im Inland wirksam ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, 3 Wx 236/10, ZIP 2011, 564, 567; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., § 15 Rdnr. 22a; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl., § 40 Rdnr. 9; *Landbrecht/Becker*, BB 2013, 1290, 1292; *Mankowski*, NZG 2010, 201, 203; *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; *Müller*, RIW 2010, 591, 597 f.; *Peters*, DB 2010, 97, 99; *U. H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; im Ergebnis ebenso, allerdings unter Zugrundelegung einer privatautonom zu begründenden Verpflichtung des Notars zur Listeneinreichung *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 629; *Wicke*, DB 2013, 1099, 1101; a. A. LG Frankfurt, Urteil vom 7.10.2009, 3/13 O 46/09, ZIP 2010, 88; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl., § 40 Rdnr. 18; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl., § 40 Rdnr. 27; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 225; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 1103; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG, 11. Aufl., § 15 Rdnr. 87c; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., § 40 Rdnr. 69; *Bauer/Anders*, BB 2012, 593, 595; *Hasselmann*, ZIP 2010, 2486, 2490; *ders.*, NZG 2013, 325, 327; *Hermanns*, RNotZ, 2011, 224, 228; *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1046; *Olk*, NZG 2011, 381, 383). Die Einreichungskompetenz ergibt sich als Annex aus seiner Beurkundungskompetenz. Alles andere wäre ein unnötiger Umweg, der zudem dem Ziel des MoMiG, eine zügige Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister zu erreichen, zuwiderlaufen würde. Die Gefahr, dass Geschäftsführer und ausländischer Notar divergierende Gesellschafterlisten einreichen könnten, steht dem nicht entgegen. Vielmehr geben solche sich widersprechenden Listen den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer Anlass, die Richtigkeit der Gesellschafterliste zu prüfen und ggf. eine Korrektur zu veranlassen.

(3) Vor Inkrafttreten des MoMiG war anerkannt, dass eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden kann, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist. Gleichwertigkeit ist gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht. Dann schadet es auch nicht, wenn der ausländische Notar keine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts besitzt. Zwar wird die Auslandsbeurkundung der in § 17 Abs. 1 BeurkG vorgesehenen Prüfungs- und Belehrungsfunktion unter Umständen nicht gerecht. Diese ist jedoch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Beurkundung, sondern verzichtbar. Ein solcher Verzicht ist anzunehmen, wenn die Beteiligten einen ausländischen Notar aufsuchen, von dem sie regelmäßig eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und deshalb eine umfassende Belehrung von vornherein nicht erwarten können (BGH, Be-

schluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78 f.; Urteil vom 22.5.1989, II ZR 211/88, ZIP 1989, 1052, 1054 f.).

(4) Dies hat sich durch das Inkrafttreten des MoMiG nicht geändert (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, 3 Wx 236/10, ZIP 2011, 564, 565 f.; *Altmeppen in Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl., § 40 Rdnr. 91; *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl., § 15 Rdnr. 27a, 90 f.; *Münch-KommGmbHG/Reichert/Weller*, § 15 Rdnr. 144; *Fastrich in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., § 15 Rdnr. 22a; *Seibt in Scholz*, GmbHG, 11. Aufl., § 15 Rdnr. 87a ff.; *Albers*, GmbHR 2011, 1078, 1083; *Götzel/Mörtel*, NZG 2011, 727, 729; *Hasselmann*, ZIP 2010, 2486, 2490; *Landbrecht/Becker*, BB 2013, 1290, 1291; *Mankowski*, NZG 2010, 201, 204 f.; *Müller*, RIW 2010, 591, 598; *Olk*, NZG 2011, 381, 382; *Peters*, DB 2010, 97, 100; mit Einschränkungen hinsichtlich der Anforderungen an die Gleichwertigkeit *Bayer*, GmbHR 2013, 897, 911 f.; a. A. *Stiß*, DNotZ 2011, 414, 424; zweifelnd *Görner in Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 58; *Wicke*, DB 2011, 1037, 1041; *ders*, DB 2013, 1099, 1101).

Die Regelung des § 15 Abs. 3 GmbHG über das Erfordernis eines in notarieller Form geschlossenen Anteilsübertragungsgeschäfts, deren Wortlaut durch das MoMiG nicht verändert wurde, enthält keinen Hinweis darauf, dass die notarielle Beurkundung nur im Inland vorgenommen werden dürfte.

In systematischer Hinsicht wird gegen die Möglichkeit der Auslandsbeurkundung vorgebracht, durch das MoMiG sei § 8 Abs. 3 GmbHG dahingehend geändert worden, dass die Belehrung der Geschäftsführer über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht nach § 53 Abs. 2 BZRG durch einen Notar oder einen im Ausland bestellten Notar, durch einen Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs oder einen Konsularbeamten erfolgen kann. Der ausdrücklichen Nennung des ausländischen Notars wird im Umkehrschluss entnommen, dass dort, wo im Gesetz nur vom „Notar“ die Rede ist, allein der deutsche Notar gemeint sei (vgl. *MünchKommGmbHG/Heidinger*, § 40 Rdnr. 225; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 40 Rdnr. 56; *Wachter in Bork/Schäfer*, GmbHG, 2. Aufl., § 40 Rdnr. 33; *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1046).

Dagegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber mit der Aufnahme der ausländischen Notare Klarheit lediglich hinsichtlich einer in der Praxis zu der bis dahin geltenden Fassung des § 8 Abs. 3 GmbHG aufgetretenen Frage schaffen und die in Literatur und Rechtsprechung vertretene Ansicht kodifizieren wollte, nach der eine schriftliche Belehrung eines sich im Ausland aufhaltenden Geschäftsführers durch einen ausländischen Notar oder einen deutschen Konsularbeamten ausreichend sei (BT-Drucks. 16/6140, S. 35; vgl. zum Streitstand nach altem Recht *Winter in Scholz*, GmbHG, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 26 Fn. 71; *Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 25). Eine über die Belehrung nach § 8 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 53 Abs. 2 BZRG hinausgehende Bedeutung dahingehend, dass die Tätigkeit eines ausländischen Notars im Bereich des GmbH-Rechts auf besagte Belehrung beschränkt werden sollte, ist den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen. Hinzu kommt, dass die Belehrung gemäß § 8 Abs. 3 GmbHG durch jeden im Ausland bestellten Notar erfolgen kann und nicht etwa nur durch den einem deutschen Notar gleichwertigen, und dass zudem die Belehrung auch durch Rechtsanwälte als Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs vorgenommen werden kann, die ebenfalls nicht einem deutschen Notar gleichwertig im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Auslandsbeurkundung sein müssen. Aus § 8 Abs. 3 GmbHG kann deshalb nicht der Schluss gezogen werden, dass unter den Begriff des

Notars an anderen Stellen des Gesetzes nicht zumindest auch der gleichwertige ausländische Notar zu fassen ist.

Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Meinung (vgl. *Bauer/Anders*, BB 2012, 593, 595; *Stiß*, DNotZ 2011, 414, 422 f.) kann aus der Begründung des Regierungsentwurfs zur Neufassung von § 16 Abs. 1 GmbHG, wonach „die Bestimmungen zur Gesellschafterliste bereits durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 nachgebessert und verschärft worden“ seien, jedoch weiterhin „Lücken“ bestünden, „zum Beispiel bei der Auslandsbeurkundung, die nunmehr geschlossen“ würden (BT-Drucks. 16/6140, S. 37), nicht hergeleitet werden, dass eine Beurkundung durch einen im Ausland ansässigen Notar im Bereich des GmbHG gänzlich ausgeschlossen werden sollte. In der Praxis traten bei Auslandsbeurkundungen Probleme hinsichtlich der Aktualität der Gesellschafterliste im Handelsregister auf, weil bei diesen oftmals keine Mitteilung der Veränderung im Gesellschafterbestand an das Registergericht erfolgte. Die Begründung des Regierungsentwurfs des Handelsrechtsreformgesetzes von 1997 hatte diesen aufgrund fehlender Mitteilungspflicht des ausländischen Notars bestehenden Missstand bereits vorausgesehen, aber hingenommen und war damit explizit von der Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung ausgegangen (vgl. BR-Drucks. 340/97, S. 80). Es liegt nahe, dass eine etwaige Abkehr hiervon in der Gesetzesbegründung zum MoMiG eindeutig erläutert worden wäre. In den Gesetzesmaterialien zu § 16 GmbHG wird in diesem Zusammenhang aber lediglich ausgeführt, die Aufwertung der Gesellschafterliste werde dazu führen, dass auch im Falle der Auslandsbeurkundung vonseiten der Gesellschafter aus Eigeninteresse ein stärkeres Augenmerk darauf gerichtet werde, Veränderungen jeweils durch Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste publik zu machen, und bis dahin in der Praxis häufig anzutreffende Nachlässigkeiten für die Zukunft nicht mehr zu erwarten seien, womit das Ziel der Neuregelung, den Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und unproblematisch im Handelsregister nachvollziehbar zu machen, erreicht werde (BT-Drucks. 16/6140, S. 38). Es erschien dem Gesetzgeber demnach nicht erforderlich, die Auslandsbeurkundungen generell auszuschließen.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich außerdem, dass im Gesetzgebungsverfahren sogar über die vollständige Aufgabe oder zumindest Erleichterungen des Beurkundungserfordernisses bei der Abtretung von Geschäftsanteilen diskutiert, eine Entscheidung hierüber jedoch einer späteren Gesetzesnovelle vorbehalten wurde (BT-Drucks. 16/6140, S. 25 f.). Dies lässt den Schluss zu, dass jedenfalls eine Verschärfung der Anforderungen an die Form der Anteilsübertragung nicht beabsichtigt war.

Sinn und Zweck des § 15 Abs. 3 GmbHG stehen der Zulassung von Auslandsbeurkundungen, soweit die Beurkundung durch den im Ausland ansässigen Notar im Sinne der Rechtsprechung des Senats als gleichwertig anzusehen ist, ebenso wenig entgegen wie die mit den Änderungen durch das MoMiG im Übrigen angestrebten Ziele. Vielmehr verfolgte der Gesetzgeber mit der Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG ausdrücklich den Zweck, die GmbH zu deregulieren und zu modernisieren und dadurch ihre Attraktivität gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsformen zu steigern (BT-Drucks. 16/6140, S. 25). Deshalb wurde unter anderem durch Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG a. F. die Möglichkeit geschaffen, dass sich deutsche Gesellschaften mit ihrer Hauptverwaltung im Ausland niederlassen und nicht wie bisher ihren Verwaltungssitz auch dann am Sitzungssitz im Inland wählen müssen, wenn ihre Geschäftstätigkeit ganz oder überwiegend im Ausland erfolgt (BT-Drucks. 16/6140, S. 29).

(5) Die gesteigerte Bedeutung der Gesellschafterliste und das damit einhergehende gewachsene Interesse an der materiellen Richtigkeit der Gesellschafterliste rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die verstärkte Einbeziehung des Notars in die Aktualisierung der Gesellschafterliste wird in den Gesetzesmaterialien nicht mit einer höheren Richtigkeitsgewähr bei Beteiligung eines (deutschen) Notars, sondern mit verfahrensökonomischen Erwägungen begründet. Es sei sinnvoll und dränge sich zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe im Interesse aller Beteiligten geradezu auf, mit der Abtretung zugleich auch die Folgeformalien mit zu erledigen, da die Berichtigung der Liste – wegen § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG – ohnehin in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Wirksamwerden der Abtretung erledigt werden müsse (BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Die Publizitätswirkungen des § 16 GmbHG treten außerdem in allen Fällen einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ein und nicht nur dann, wenn die mit der Gesellschafterliste dem Registergericht bekanntzugebende Veränderung durch einen Notar beurkundet werden muss, also auch, wenn der Geschäftsführer, der oftmals juristischer Laie ist, die Gesellschafterliste erstellt. Eine Beschränkung auf inländische Notare kann deshalb – unabhängig von der Frage, welche Prüfungspflicht den Notar hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit der Gesellschafterliste trifft – nicht damit begründet werden, dass deutsche Notare zur Prüfung besser geeignet seien als ausländische und deshalb die gewünschte materielle Richtigkeit der Gesellschafterliste eher gewährleisten könnten.

(6) Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich auch nicht deshalb als richtig dar, weil das Registergericht jedenfalls die von dem Schweizer Notar mit Sitz in Basel eingereichte Gesellschafterliste zurückweisen durfte. Zwar wird teilweise vertreten, dass dem Registergericht neben dem Recht, die formalen Voraussetzungen des § 40 GmbHG zu prüfen, ein begrenztes inhaltliches Prüfungsrecht dahingehend zustehen soll, dass es die Aufnahme der Gesellschafterliste verweigern darf, wenn es sichere Kenntnis von ihrer inhaltlichen Unrichtigkeit hat (OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, 31 Wx 38/09, ZIP 2009, 1421; OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.11.2010, 20 W 333/10, GmbHR 2011, 198, 201; Beschluss vom 17.1.2011, 20 W 378/10, GmbHR 2011, 823, 826; OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2010, 6 W 110/10, GmbHR 2010, 598, 599, jeweils m. w. N.). Ob dem Registergericht ein so weitgehendes Prüfungsrecht eingeräumt ist, braucht aber vorliegend nicht entschieden zu werden. Da eine Auslandsbeurkundung im Inland als wirksam anzusehen ist, wenn sie der Beurkundung eines deutschen Notars gleichwertig ist, kann der Umstand, dass die in der Gesellschafterliste aufgenommene Veränderung im Ausland beurkundet wurde, allenfalls dann die offensichtliche Unrichtigkeit der Gesellschafterliste begründen, wenn für das Registergericht ohne Weiteres feststeht, dass der beurkundende ausländische Notar nicht gleichwertig ist. Dies ist bei einem Notar mit Sitz in Basel/Schweiz nicht der Fall, dessen Gleichwertigkeit jedenfalls bis zum Inkrafttreten des MoMiG und der Reform des Schweizer Obligationenrechts von 2008 anerkannt war (BGH, Urteil vom 22.5.1989, II ZR 211/88, ZIP 1989, 1052, 1054 f., für alle Schweizer Notare ohne Differenzierung nach Kantonen; OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 7 U 2511/97, DB 1998, 125, 126; OLG Frankfurt, Urteil vom 25.1.2005, 11 U 8/04 [Kart], GmbHR 2005, 764, 766 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, 3 Wx 236/10, ZIP 2011, 564, 565).

3. Das OLG hätte daher der Beschwerde stattgeben und das Registergericht zur Aufnahme der Gesellschafterliste in den

Registerordner anweisen müssen. Dies kann der Senat selbst nachholen, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG).

12. AktG § 107 Abs. 3, § 131 Abs. 1 (*Erforderlichkeit des Auskunftsverlangens des Aktionärs*)

1. **Die in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG enthaltene Beschränkung des Auskunftsrechts des Aktionärs auf zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung einer Hauptversammlung erforderliche Informationen ist eine zulässige Maßnahme nach Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 der Aktionärsrechterichtlinie.**
2. **Jedenfalls dann, wenn eine Frage auf eine Vielzahl von Informationen gerichtet ist, die zumindest teilweise nicht für die Beurteilung eines Tagesordnungspunkts relevant sind, muss der Aktionär, der auf seine Frage eine aus seiner Sicht unzureichende Pauschalantwort erhält, durch eine Nachfrage deutlich machen, dass sein Informationsinteresse auf bestimmte Detailauskünfte gerichtet ist.**
3. **Der Vorstand darf regelmäßig die Auskunft verweigern, wenn sich das Auskunftsverlangen auf vertrauliche Vorgänge in den Sitzungen des Aufsichtsrats oder der von ihm nach § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG bestellten Ausschüsse richtet.**

BGH, Beschluss vom 5.11.2013, II ZB 28/12

Die Antragstellerin hält Stimmrechtsaktien der Antragsgegnerin, einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland. Sie war auf der ordentlichen Hauptversammlung am 27.5.2010 – deren Tagesordnung unter Tagesordnungspunkt 3 und Tagesordnungspunkt 4 die Beschlussfassung über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats vorsah – durch einen Bevollmächtigten vertreten. Dieser richtete im Rahmen einer Generaldebatte unter anderem folgende Fragen an die Antragsgegnerin:

„II. 3. Bitte geben Sie uns einen detaillierten Überblick über den Erwerb von Sal. Oppenheim. Wer hat hierzu mit wem welche Verträge abgeschlossen und welchen Inhalt haben diese Verträge? (Ist eine Due Diligence durchgeführt worden und wenn ja, von wem?) Nennen Sie alle wesentlichen Punkte der Prüfung, alle aufgedeckten Risiken und einen detaillierten Überblick über den sonstigen Inhalt des Berichts. (...)

II. 4. Welche „vorlagepflichtige Engagements“ wurden im Berichtszeitraum im Risikoausschuss behandelt, bei welchen Engagements wurden welche Beschlüsse gefasst und wie haben sich diese Engagements seit der Beschlussfassung wirtschaftlich entwickelt? Gab es Veränderungen des bankinternen Ratings und wenn ja, wie viele und welche? Gab es Ausfälle bei diesen Engagements?“

Die Antragsgegnerin gab hierauf folgende Antworten:

„Zu Frage II. 3.:

Die Deutsche Bank hat am 28.10.2009 mit den Eigentümern von Sal. Oppenheim eine Rahmenvereinbarung zum Erwerb der Sal. Oppenheim-Gruppe abgeschlossen. Diese Rahmenvereinbarung, die die wesentlichen Eckpunkte regelte, ist durch Ergänzungsvereinbarungen in den folgenden Wochen und Monaten spezifiziert und durch Ausführungsvereinbarungen umgesetzt worden, auf deren Grundlage es dann am 15.3.2010 zum Vollzug der Transaktion, d. h. zum Übertrag der Aktien auf die Deutsche Bank kam. (...) Die Deutsche Bank hat letztes Jahr ab August eine detaillierte, alle Bereiche umfassende Due Diligence durchgeführt. Darüber hinaus wurde bis zur Vertragsunterzeichnung zur Finalisierung der Transaktionsstruktur und Aktualisierung der Ergebnisse/Informationen kontinuierlich eine sog. bestätigende oder Confirmatory Due Diligence betrieben.“

Zudem führte die Antragsgegnerin in anderem Zusammenhang aus:

„(...) wir haben die Risiken isoliert, wir haben die Risiken ja zum großen Teil auch nicht übernommen, und wir haben auch bei der Preisfindung darauf Rücksicht genommen, dass gewisse Restrisiken bestehen können. (...) Aber es ist so, dass Sal. Oppenheim auch gewisse Probleme hat. Das haben wir gesehen. (...)

Zu Frage II. 4.:

Der Risikoausschuss des Aufsichtsrats beschäftigt sich regelmäßig mit Engagements aufgrund von rechtlichen und internen Vorgaben. Dies ist zum Beispiel bei Krediten der Fall, bei denen zwischen dem jeweiligen Kreditnehmer und der Bank eine Mandatsbeziehung besteht. Wie üblich können wir an dieser Stelle zu einzelnen Namen keine Stellung beziehen. Antwort zu 2: Das Ratingprofil des globalen Kreditportfolios der Bank ist grundsätzlich laufenden Änderungen unterworfen. Dies betrifft selbstverständlich auch diejenigen Engagements, die dem Risikoausschuss vorgelegt werden.“

Die Antragstellerin hält ihre Fragen, soweit diese vorstehend nicht in Klammern gesetzt wurden, für unzureichend beantwortet. Mit ihrem Antrag auf gerichtliche Entscheidung über das Auskunftsrecht verfolgt sie ihr Auskunftsbegehren weiter. Das LG hat den Antrag abgewiesen. Die Beschwerde der Antragstellerin hatte keinen Erfolg. Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Antragstellerin.

Das Beschwerdegericht (OLG Frankfurt a. M., ZIP 2012, 2502) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Frage II. 3. sei mit Blick auf die allein relevanten Tagesordnungspunkte der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat in noch ausreichendem Maße beantwortet. An der Voraussetzung der Erforderlichkeit der Auskunft habe sich durch den Erlass der Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11.7.2007 nichts geändert, denn das durch Art. 9 Abs. 1 dieser Richtlinie gewährte Fragerecht stehe unter dem Vorbehalt etwaiger Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten unter anderem zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Vorbereitung und eines ordnungsgemäßen Ablaufs der Hauptversammlung träfen. Hierunter falle die Voraussetzung der Erforderlichkeit der Auskunft.

Der Unternehmenserwerb sei beschrieben worden. Der Überblick über die Transaktion sei zwar nicht sonderlich detailreich. Warum die Information über weitere Einzelheiten zum Ablauf der Transaktion erforderlich gewesen sei, um eine Entlastungsentscheidung sinnvoll treffen zu können, erschließe sich aber nicht.

Die Frage, mit wem die Verträge abgeschlossen worden seien und welchen genauen Inhalt sie gehabt hätten, sei für die Entscheidung über eine Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats ohne erkennbare Relevanz. Der allein wesentliche Aspekt, dass nämlich die Eigentümer die Vertragspartner gewesen seien, sei mitgeteilt worden.

Die Teilfrage nach den geprüften Risiken sei – zumindest im Rahmen des Auskunftsverfahrens – ausreichend beantwortet worden. Dass die Angaben in der Hauptversammlung zu den mit der Transaktion verbundenen Gefahren sehr wenig präzise seien, sei trotz der Bedeutung des Unternehmenskaufs noch hinnehmbar. Geschildert worden sei die Durchführung einer – grundsätzlich umfassenden – Due Dilligence. Wegen fehlender Erforderlichkeit habe die Antragsgegnerin keinen detaillierten Überblick über die übrigen Ergebnisse des Berichts geben müssen. Die Antragsgegnerin sei nicht verpflichtet gewesen, sämtliche aufgedeckten Risiken im Einzelnen zu benennen, weil eine abschließende Aufzählung – selbst wenn eine solche möglich gewesen wäre – das Informationsbedürfnis eines durchschnittlichen Aktionärs deutlich überstieg hätte.

Unabhängig davon, ob die Frage zugleich darauf gerichtet gewesen sei, die wichtigsten Risiken zu benennen und die Gesellschaft unaufgefordert auf diesen reduzierten Teil hätte antworten müssen, stehe dem entgegen, dass identifizierte Unwägbarkeiten nur dann aus der Sicht eines Aktionärs von Interesse seien, wenn diese Risiken von seiner Gesellschaft auch im Rahmen des Unternehmenskaufs übernommen worden seien. Hierzu habe die Antragsgegnerin ausgeführt, dass vorhandene Risikoquellen zum großen Teil nicht übernommen worden seien. Hieraus habe sich für den durchschnittlichen Aktionär zugleich ergeben, dass infolge des Erwerbs nur Restrisiken auf seine Gesellschaft übergegangen seien. Deren Benennung sei nicht mehr

erforderlich gewesen, zumal diese Risiken bei der Preisfindung berücksichtigt worden seien.

Dem Auskunftsbegehren zur ersten Teilfrage der Frage II. 4. nach den Vorlagen und Beschlüssen des Risikoausschusses stehe entgegen, dass es sich bei dem Ausschuss um einen Teil des Aufsichtsrats handle und hinsichtlich der Vorgänge in Aufsichtsratssitzungen regelmäßig kein Auskunftsrecht bestehe. Hiervon eine Ausnahme zu machen, sei nicht veranlasst, weil die Antragstellerin bereits die Erforderlichkeit ihres Auskunftsbegehrens nicht hinreichend dargelegt habe. Es bestehe kein Anhaltspunkt mehr für die Nichtigkeit der im Risikoausschuss getroffenen Entscheidungen. Im Übrigen ergebe sich aus dem geschilderten Hintergrund nichts für ein besonderes Interesse eines durchschnittlichen Aktionärs an den im Einzelnen behandelten Vorlagen und gefassten Beschlüssen. Dass überhaupt der Risikoausschuss im Berichtszeitraum Vorlagen behandelt habe, sei den Ausführungen der Antragsgegnerin zu entnehmen. Es habe nahegelegen, die Frage so zu verstehen, dass alle Engagements im Einzelnen unter Nennung der betroffenen Kreditnehmer beschrieben werden sollten. Hieran müsse sich die Antragstellerin im Auskunftsverfahren festhalten lassen.

Die zweite Teilfrage der Frage II. 4. sei mit dem Hinweis darauf, dass das Ratingprofil des globalen Kreditportfolios der Bank laufenden Änderungen unterworfen sei, ausreichend beantwortet worden.

Die dritte Teilfrage habe sich erkennbar auf die im Aufsichtsrat behandelten Engagements bezogen, so dass auch ihrer Beantwortung die Vertraulichkeit der Beratung im Aufsichtsrat entgegenstehe. Zugleich könne sich die Antragsgegnerin auf das Bankgeheimnis der betroffenen Kreditnehmer und auf die mit dessen Verletzung verbundenen, nicht unerheblichen Nachteile im Sinne des § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG berufen. So wie die Antragsgegnerin die Frage habe auffassen dürfen, sei die Beantwortung zudem nicht erforderlich gewesen.

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig; in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

I.

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1, § 99 Abs. 1 AktG, § 70 Abs. 1 FamFG statthaft, nachdem das Beschwerdegericht sie zugelassen hat. Sie ist auch im Übrigen zulässig.

II.

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

1. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Antragsgegnerin auf die Frage II. 3. die erforderlichen Auskünfte erteilt hat und keine weitergehende Auskunft nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG schuldet.

a) Das Merkmal der Erforderlichkeit der Auskunft in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG zielt nach der Rechtsprechung des Senats darauf ab, missbräuchlich ausufernde Auskunftsbegehren zu verhindern, um die Hauptversammlung nicht mit überflüssigen, für eine sachgemäße Beurteilung des Beschluss- oder sonstigen Gegenstands der Tagesordnung unerheblichen Fragen zu belasten (BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 388 f.). Entsprechend der Funktion des Auskunftsrechts, das auch zur Meinungs- und Urteilsbildung anderer Aktionäre in der Hauptversammlung beitragen soll, ist Maßstab für die „Erforderlichkeit“ eines Auskunftsverlangens der Standpunkt eines objektiv urteilenden Aktionärs, der die Gesellschaftsverhältnisse nur aufgrund allgemein bekannter Tatsachen kennt und daher die begehrte Auskunft als nicht nur unwesentliches Beurteilungselement benötigt (BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389; BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 39 – Kirch/Deutsche Bank). Durch dieses Kriterium wird das Informationsrecht gemäß § 131 AktG in qualitativer und quantitativer Hinsicht sowie hinsichtlich seines Detaillie-

rungsgrads begrenzt (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 39 – Kirch/Deutsche Bank).

b) Entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde verstößt § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht gegen Art. 9 der Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften (Abl. L 184 vom 14.7.2007, S. 17 ff.) – nachstehend Richtlinie oder Aktionärsrechterrichtlinie –, soweit das Auskunftsrecht des Aktionärs auf zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderliche Auskünfte beschränkt ist. Zwar spricht einiges dafür, dass das Fragerecht der Aktionäre und die mit diesem korrespondierende Antwortpflicht der Gesellschaft nicht schon nach Art. 9 Abs. 1 der Aktionärsrechterrichtlinie auf die zur Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung erforderlichen Informationen beschränkt sind. Die in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG enthaltene Beschränkung der Auskunftspflicht ist aber jedenfalls eine zulässige Maßnahme nach Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 der Richtlinie. Der Senat kann die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen zur Auslegung der Richtlinie selbst beantworten.

aa) Es spricht einiges dafür, dass das Fragerecht der Aktionäre nach Art. 9 Abs. 1 Satz 1 der Aktionärsrechterrichtlinie und die mit diesem korrespondierende Antwortpflicht der Gesellschaft nach Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Aktionärsrechterrichtlinie nicht auf die zur Beurteilung der Gegenstände der Tagesordnung erforderlichen Informationen beschränkt ist.

(1) Dem Wortlaut der Richtlinie lässt sich eine solche Einschränkung nicht entnehmen (OLG Stuttgart, ZIP 2012, 970, 973; *Busche* in FS Reuter, 2010, S. 939, 947; KK-AktG/*Kersting*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 113; *ders.* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 651, 652 f.; MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 64; *Pöschke*, ZIP 2010, 1221, 1222; *Ziemons* in *Nirk/Ziemons/Binnewies*, Handbuch der Aktiengesellschaft, Stand März 2013, Rdnr. I 10.667; *Lack*, Rechtsfragen des individuellen Auskunftsrechts des Aktionärs nach dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, 2009, S. 264). Nach diesem genügt es, dass die Frage zu einem Punkt der Tagesordnung gestellt wird. Damit ist nur ein Zusammenhang mit einem Tagesordnungspunkt angesprochen. Aus den vom Senat in den Blick genommenen weiteren Sprachfassungen der Richtlinie, die bei der Auslegung ebenfalls heranzuziehen sind (vgl. EuGH, Slg. 2010, I-4871 Rdnr. 35; Slg. 2011, I-4973 Rdnr. 23; EuGH, NJW 2013, 2579 Rdnr. 25; EuGH, ZIP 2013, 1971 Rdnr. 27), ergibt sich kein anderes Ergebnis. Die Formulierungen „questions concernant des points inscrits à l'ordre du jour“ (französische Sprachfassung), „questions related to items on the agenda“ (englische Sprachfassung), „preguntas relacionadas con los puntos del orden del día“ (spanische Sprachfassung), „porre domande connesse con i punti all'ordine del giorno“ (italienische Sprachfassung) geben keinen Anhaltspunkt für eine Beschränkung des Auskunftsrechts auf erforderliche Angaben (so auch *Kersting* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 651, 653). Dem das Fragerecht des Aktionärs betreffenden Erwägungsgrund 8 der Aktionärsrechterrichtlinie lässt sich für eine über den Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie hinausgehende Einschränkung des Fragerechts bzw. der Antwortpflicht ebenfalls nichts entnehmen.

(2) Für eine inhaltliche Begrenzung des Fragerechts des Aktionärs bzw. der Antwortpflicht der Gesellschaft nach Art. 9 Abs. 1 der Aktionärsrechterrichtlinie lässt sich auch weder aus der Entstehungsgeschichte der Norm noch aus ihrem begrenzten Anwendungsbereich etwas ableiten.

Den Materialien der Aktionärsrechterrichtlinie lassen sich Anhaltspunkte für eine inhaltliche Beschränkung des Fragerechts bzw. der diesem korrespondierenden Antwortpflicht nicht entnehmen. Die Begründung des Richtlinienvorschlages der Kommission spricht lediglich den in Art. 9 Abs. 2 normierten Vorbehalt an (KOM [2005] 685, S. 7). Die allgemeine Begründung des Vorschlags nennt zwar die in Erwägungsgrund 3 zum Ausdruck gekommene Zielsetzung, Hindernisse für die Stimmrechtsausübung im Ausland zu beseitigen, und bezieht sich auf den schwierigen und verzögerten Zugang zu Informationen, die für die Hauptversammlung von Bedeutung sind (KOM [2005] 685, S. 3). Eine inhaltliche Konkretisierung des im Richtlinienentwurf angesprochenen Bezugs zur Tagesordnung lässt sich anhand der Begründung jedoch nicht vornehmen. Dies gilt auch für die Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft und Währung (Plenarsitzungsdokument A6-0024/2007, S. 39) und den Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments (Plenarsitzungsdokument A6-0024/2007, S. 35).

Eine Beschränkung des Fragerechts bzw. der Antwortpflicht auf zur Beurteilung eines Tagesordnungspunkts der Hauptversammlung erforderliche Informationen lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass ihr Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 auf die Ausübung bestimmter, mit Stimmrechtsaktien verbundener Rechte beschränkt ist (so aber OLG Stuttgart, ZIP 2012, 970, 973; *Ziemons* in *Nirk/Ziemons/Binnewies*, Handbuch der Aktiengesellschaft, Stand März 2013, Rdnr. I 10.667 unter Bezugnahme auf den Auslegungsgrundsatz des *effet utile*; *Busche* in FS Reuter, 2010, S. 939, 948). Richtig ist zwar, dass dem Aktionär das Fragerecht – wie bereits anhand der Materialien der Aktionärsrechterrichtlinie aufgezeigt und wie auch in Erwägungsgrund 3 der Richtlinie deutlich wird – nicht losgelöst von der Ausübung seines Stimmrechts zugestanden wird. Selbst wenn der Informationsanspruch die Voraussetzungen für eine sachgerechte Stimmrechtsausübung sicherstellen soll, besagt dies aber nicht, dass für diesen nicht bereits ein subjektives, durch einen inhaltlichen Bezug zu einem Tagesordnungspunkt legitimes Informationsinteresse des einzelnen Aktionärs ausreichend sein kann (zur unterschiedlichen Ausgestaltung der materiellen Voraussetzungen des Auskunftsrechts *Pelzer*, Das Auskunftsrecht der Aktionäre in der Europäischen Union, 2004, S. 205 ff.). Im Übrigen wird in Erwägungsgrund 3 der Aktionärsrechterrichtlinie auch eine wirksame Kontrolle durch die Aktionäre als Grundvoraussetzung für eine solide Unternehmensführung genannt, die erleichtert und gefördert werden sollte (*Kersting* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 651, 655).

bb) Die in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG enthaltene Beschränkung des Auskunftsrechts auf zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderliche Informationen in der oben unter a) näher beschriebenen Auslegung ist aber jedenfalls eine zulässige Maßnahme nach Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 der Aktionärsrechterrichtlinie. Danach bestehen das Fragerecht und die Antwortpflicht nur vorbehaltlich etwaiger Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten ergreifen oder den Gesellschaften zu ergreifen gestatten, um den ordnungsgemäßen Ablauf von Hauptversammlungen und ihre ordnungsgemäße Vorbereitung zu gewährleisten. Die mit der Begrenzung der Auskunftspflicht nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG verbundene Einschränkung des Informationsanspruchs einzelner Aktionäre bewegt sich innerhalb der den Mitgliedstaaten nach Art. 288 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit Erwägungsgrund 8 Hs. 2 und Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie zustehenden Regelungskompetenz und ist offenkundig ein geeignetes und nicht über das erforderliche Maß hinausgehendes Mittel zur Erreichung

der der Aktionärsrechterichtlinie zugrundeliegenden und für die Mitgliedstaaten nach Art. 288 Abs. 3 AEUV verbindlichen Ziele (*Kocher/Lönner*, AG 2010, 153, 155; vgl. auch *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, 50. Lfg., Art. 288 AEUV Rdnr. 112). Sie sorgt für einen angemessenen Ausgleich der Informationsinteressen einzelner Aktionäre mit dem allgemeinen Interesse an einer zielgerichteten und sachbezogenen Information innerhalb der Hauptversammlung (vgl. auch EuGH, Slg. 2011, I-4599 Rdnr. 84 ff.).

(1) Zu Unrecht wird im Schrifttum eingewandt, Maßnahmen zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Ablaufs und der ordnungsgemäßen Vorbereitung der Hauptversammlung könnten nur solche organisatorischer Art sein (*Kersting* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 651, 660; *Pöschke*, ZIP 2010, 1221, 1222 f.). Eine solche Beschränkung kann dem Wortlaut der Richtlinie nicht entnommen werden (*Kocher/Lönner*, AG 2010, 153, 156; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 23). Der ordnungsgemäße Ablauf der Hauptversammlung kann vielmehr nicht nur durch organisatorische Maßnahmen sichergestellt werden, sondern auch dadurch, dass sich die Diskussion in der Hauptversammlung auf die für die Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung wesentlichen Fragen konzentriert. So beruht die Einführung des Erforderlichkeitskriteriums im nationalen Recht nach den Materialien des § 131 AktG gerade darauf, dass Missbräuche des Auskunftsrechts verhindert und ein ordnungsgemäßer Ablauf der Hauptversammlung gewährleistet werden soll (Begründung des Regierungsentwurfs zum Aktiengesetz vom 6.9.1965, abgedruckt bei *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 185; vgl. auch BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389). Abgesehen davon kann der Formulierung „ordnungsgemäßer Ablauf“ in der deutschen Sprachfassung bei der Auslegung kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden, weil insoweit sowohl die englische Sprachfassung („the good order of general meetings and their preparation“) als auch die niederländische Sprachfassung („de voorbereiding en de goede orde van der algemene vergadering“) Formulierungen verwenden, die noch deutlicher machen, dass der Vorbehalt sich nach dem Wortlautbezug nicht auf Maßnahmen organisatorischer Art beschränkt.

Eine Beschränkung des Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 der Aktionärsrechterichtlinie auf organisatorische Maßnahmen lässt sich auch nicht aus Erwägungsgrund 8 der Richtlinie herleiten. Der Erwägungsgrund 8 steht einer inhaltlichen Beschränkung des Fragerechts bzw. der Antwortpflicht nicht entgegen, weil Aktionären nur „grundsätzlich“ entsprechende Möglichkeiten eingeräumt werden sollten und Hs. 2 des Erwägungsgrunds ausdrücklich das Regelungsmessen der Mitgliedstaaten hervorhebt, das durch Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie konkretisiert wird.

(2) Aus dem Zusammenhang der Richtlinie (vgl. zu diesem Auslegungskriterium EuGH, ZIP 2013, 1971 Rdnr. 26) lässt sich ebenfalls nicht ableiten, dass eine Beschränkung der Antwortpflicht auf erforderliche Auskünfte nicht vom Vorbehalt des Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 der Aktionärsrechterichtlinie gedeckt sein kann. Der im Schrifttum erhobene Einwand, Art. 9 Abs. 2 Satz 2 und 3 der Richtlinie enthielten eigenständige und engere Regelungen dazu, in welchem Umfang wiederholende Fragen und auf die Erteilung öffentlich verfügbarer Auskünfte abzielende Fragen zu beantworten seien, so dass für eine weitergehende inhaltliche Einschränkung des Fragerechts kein Raum sei (*Kersting* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 651, 662), ist unbegründet. Art. 9 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, es den Gesellschaften zu gestatten, auf Fragen gleichen Inhalts eine Gesamtantwort zu geben. Damit ist nicht

allgemein die Behandlung wiederholender Fragen, sondern nur die Art und Weise ihrer Beantwortung geregelt. Das in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG genannte Merkmal der Erforderlichkeit ist damit nicht angesprochen. Gleiches gilt für Art. 9 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie, nach dem den Mitgliedstaaten die Festlegung ermöglicht wird, dass eine Frage als beantwortet gilt, wenn die entsprechende Information bereits in Form von Frage und Antwort auf der Internetseite der Gesellschaft verfügbar ist. Diese Vorschrift hat eine Antwortfiktion zum Inhalt („als beantwortet gilt“), was zeigt, dass nicht etwa eine (inhaltliche) Einschränkung der Antwortpflicht geregelt ist, sondern die (organisatorische) Möglichkeit eröffnet wird, durch die Veröffentlichung der Information in der Form von Frage und Antwort auf der Internetseite der Gesellschaft die Wiederholung inhaltsgleicher Antworten zu vermeiden. Entsprechend stellt die Richtlinie nicht auf die öffentliche Verfügbarkeit der jeweiligen Information, sondern auf die Veröffentlichung in der Form von Frage und Antwort ab. Diese – Einzelheiten des Verfahrens bei der Erfüllung des Auskunftsanspruchs regelnden – Vorbehalte sind dabei auch vor dem Hintergrund der durch die Richtlinie eröffneten Möglichkeit zu sehen, Fragen bereits im Vorfeld der Hauptversammlung zu beantworten (Begründung zum Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments, Plenarsitzungsdokument A6-0024/2007, S. 35). Ihnen kann nicht entnommen werden, dass mit diesen Vorbehalten die Behandlung nicht zielführender Fragen in der Hauptversammlung abschließend geregelt werden sollte (a. A. *Kersting* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 651, 662).

(3) Aus der Entstehungsgeschichte der Aktionärsrechterichtlinie ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der den ordnungsgemäßen Ablauf der Hauptversammlung betreffende Regelungsvorbehalt für die Mitgliedstaaten ausschließlich auf den äußeren Ablauf der Auskunftsgewährung bezieht. Dass die Richtlinie beruhend auf einem Änderungsvorschlag des Rechtsausschusses in Art. 9 Abs. 1 abweichend vom Richtlinienvorschlag der Kommission (vgl. Art. 9 Nr. 1 der Vorschlagsfassung, KOM [2005] endgültig) ein Fragerecht nur zu Punkten auf der Tagesordnung eröffnet, besagt nicht, dass mit der Richtlinie die Reichweite des Fragerechts und der mit diesem korrespondierenden Antwortpflicht der Gesellschaft abschließend geregelt werden sollte. Auch der Kommissionsvorschlag enthält in Art. 9 Nr. 2 einen Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 der Aktionärsrechterichtlinie entsprechenden Regelungsvorbehalt. Hätte mit der inhaltlichen Präzisierung des Fragerechts zugleich eine Beschränkung des Regelungsvorbehalts einhergehen sollen, hätte es nahegelegen, im Hinblick darauf auch den Regelungsvorbehalt anzupassen oder dessen geänderten Inhalt zumindest in den Materialien zu dokumentieren. Hieran fehlt es. Vielmehr wird in der Begründung des im Rechtsausschuss eingebrachten Änderungsantrags des Abgeordneten G, der für eine Beschränkung des Fragerechts auf Fragen mit einem Bezug zur Tagesordnung eintrat, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein solcher Bezug im Hinblick auf „einen ordnungsgemäßen Ablauf der Hauptversammlung“ nötig sei (Änderungsantrag 113, abgedruckt im Entwurf eines Berichts des Rechtsausschusses vom 19.9.2006, PE 378.495 v04-00). Dem liegt offensichtlich die Annahme zugrunde, dass der ordnungsgemäße Ablauf der Hauptversammlung auch durch eine inhaltliche Begrenzung des Fragerechts erreicht werden kann. Ferner hat auch der Abgeordnete L in der Plenardebatte am 15.2.2007 darauf hingewiesen, dass nach dem im Rechtsausschuss gefundenen Kompromiss den Mitgliedstaaten die Möglichkeit verbleiben soll, entsprechend ihrer eigenen Rechtstradition vernünftige Anpassungen und auch begrenzte Einschränkungen des Fra-

gerechts vorzunehmen, ohne es grundsätzlich in Frage zu stellen (Protokoll der Plenardebatte vom 15.2.2007, CRE 15/02/2007-5).

(4) Es entspricht vielmehr der in den Erwägungsgründen zum Ausdruck kommenden Zielrichtung der Aktionärsrechtlichrichtlinie (vgl. EuGH, ZIP 2013, 1971 Rdnr. 26), den ordnungsgemäßen Ablauf einer Hauptversammlung in Bezug auf Fragerecht und Antwortpflicht nicht ausschließlich durch organisatorische Maßnahmen, sondern auch durch Regelungen zur Reichweite des Fragerechts und der Antwortpflicht zu steuern. Die Beschränkung der Auskunftspflicht auf zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderliche Informationen sorgt für einen angemessenen Ausgleich der Informationsinteressen einzelner Aktionäre mit dem allgemeinen Interesse an einer zielgerichteten und sachbezogenen Information innerhalb der Hauptversammlung.

Zielsetzung der Aktionärsrechtlichrichtlinie ist nach deren Erwägungsgrund 1 die Stärkung der Rechte der Aktionäre in börsennotierten Gesellschaften, die – vgl. Erwägungsgrund 4 Satz 4 – durch die Einführung gewisser Mindestnormen zum Schutz der Anleger und zur Förderung einer reibungslosen und wirksamen Ausübung der mit Stimmrechtsaktien verbundenen Rechte der Aktionäre erreicht werden soll. Nach Erwägungsgrund 6 Satz 1 soll der Aktionär in der Lage sein, sein Stimmrecht in der Hauptversammlung oder davor in Kenntnis der Sachlage auszuüben. Soweit es – wie in der Vorschrift des § 131 AktG – um die Information der Aktionäre in der Hauptversammlung geht, ist dabei nicht nur die individualrechtliche Komponente des Auskunftsrechts in den Blick zu nehmen; das Auskunftsrecht hat auch die Funktion, zur Meinungs- und Urteilsbildung anderer Aktionäre in der Hauptversammlung beizutragen (BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389). Entsprechend wird ein auf eine gleichmäßige Unterrichtung aller Aktionäre gerichteter Auskunftsanspruch als durch den allgemeinen Gleichheitssatz legitimiert angesehen (BVerfG, ZIP 1999, 1778, 1799). Dieser Sicht steht es nicht entgegen, dass die im Vorschlag der Kommission enthaltene Regelung, Antworten auf Fragen aller Aktionäre auf der Internetseite der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, Art. 9 Abs. 3 der Vorschlagsfassung (KOM [2005] endgültig, S. 7, 16), auf die Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft und Währung hin (Plenarsitzungsdokument A6-0024/2007 endgültig, S. 39) nicht in die Richtlinie aufgenommen wurde. Die Streichung dieser Regelung war in den Stellungnahmen zum Vorschlag der Kommission im Hinblick darauf angeregt worden, dass eine Pflicht zur Veröffentlichung ad hoc gegebener Antworten auf Fragen, die in der Hauptversammlung mündlich gestellt werden, überzogen sei (Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum Richtlinienvorschlag der Kommission, NZG 2006, 577, 578), insbesondere, weil die Antworten regelmäßig nur im Hinblick auf die in der Hauptversammlung erfolgenden Abstimmungen von allgemeinem Interesse seien (Gemeinsame Stellungnahme von BDA/BDI/DAI/DIHK/GDV zum Richtlinienvorschlag der Kommission, NZG 2006, 300, 302). Hierdurch wird eine über das Individualrecht hinausgehende Funktion des Auskunftsrechts in der Hauptversammlung nicht in Frage gestellt.

Das Frage- und Rederecht steht den Aktionären in der Hauptversammlung nur in zeitlich begrenztem Umfang zur Verfügung. Nach § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG ist es den Gesellschaften eröffnet, durch die Satzung oder die Geschäftsordnung den Versammlungsleiter zu ermächtigen, das Frage- und Rederecht des Aktionärs zeitlich angemessen zu beschränken. Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung auf eine zum Teil missbräuchliche Ausübung des Auskunfts- und Rederechts

reagiert, die zur Beeinträchtigung der im Interesse aller Aktionäre wichtigen Diskussionskultur führt. Sie soll den Aktionären bei dem Ziel, eine Abwicklung der Hauptversammlung in angemessener und zumutbarer Zeit zu ermöglichen, mehr Entscheidungsfreiheit einräumen und die Hauptversammlung – sofern sie das wünschen – wieder zu einer straffen, auf die wesentlichen strategischen Entscheidungen konzentrierten Plattform machen (Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts [UMAG], BT-Drucks. 15/5092, S. 17; vgl. auch BGH, Urteil vom 8.2.2010, II ZR 94/08, BGHZ 184, 239 Rdnr. 11 f.). Der Senat hat in diesem Zusammenhang eine Satzungsregelung, nach der das Rede- und Fragerecht durch den Versammlungsleiter in solcher Weise zeitlich beschränkt werden darf, dass die Hauptversammlung, in der nur über die in § 119 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 AktG aufgeführten Gegenstände und/oder die Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien Beschluss zu fassen ist, insgesamt nicht länger als sechs Stunden dauert, aus Rechtsgründen nicht beanstandet (BGH, Urteil vom 8.2.2010, II ZR 94/08, BGHZ 184, 239 Rdnr. 20).

Eine angemessene Unterrichtung der Aktionäre über die Gegenstände der Tagesordnung mit Hilfe der in der Hauptversammlung erteilten Auskünfte kann indes allein durch Maßnahmen organisatorischer Art – wie die vorstehend genannte zeitliche Beschränkung des Rede- und Fragerechts – nicht zuverlässig erreicht werden. Vielmehr würden solche – ihrerseits durch legitime Ziele gerechtfertigten – Beschränkungen zu einer empfindlichen Beeinträchtigung der Mitgliedschaftsrechte anderer Aktionäre führen, wenn die Gesellschaft Auskünfte auf Fragen geben müsste, die zwar in einem Zusammenhang mit einem Tagesordnungspunkt stehen, für die Beschlussfassung vom Standpunkt eines objektiv urteilenden Aktionärs aus betrachtet jedoch nicht beurteilungserheblich sind. Eine Hauptversammlung kann ihre Aufgabe als Entscheidungsforum und „Sitz der Aktionärsdemokratie“ nur erfüllen, wenn der Versammlungsleiter dafür Sorge trägt, dass die zur Verfügung stehende Zeit möglichst gerecht verteilt wird und nicht durch Beiträge oder Fragen einzelner Aktionäre, die ersichtlich nicht auf einen Erkenntnisgewinn in Bezug auf einen zur Entscheidung anstehenden Tagesordnungspunkt gerichtet sind, verbraucht wird (BVerfG, ZIP 1999, 1798, 1800; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 131 Rdnr. 35). Diese Erwägung gilt spiegelbildlich auch für die von der Gesellschaft zu erteilenden Auskünfte. Ist – wie im vorliegenden Fall – die Entlastung der Organmitglieder der Gesellschaft Gegenstand der Tagesordnung, stünden jedwede Fragen mit einem Bezug zur Organtätigkeit mit diesem in einem Zusammenhang, selbst wenn sie – objektiv betrachtet – keine nennenswerte Aussagekraft über die tatsächliche Verwaltungsleistung haben. Müsste bereits ein ausschließlich subjektiv begründetes Informationsbedürfnis eines einzelnen Aktionärs erfüllt werden oder bestünde gar die Möglichkeit, mit missbräuchlichen Auskunftsverlangen gezielt ein verzerrtes Bild über den Gegenstand der Tagesordnung zu zeichnen, würde dies das Mitgliedschaftsrecht anderer Aktionäre beeinträchtigen, denn der Zweck des Auskunftsanspruchs, innerhalb begrenzter Zeit eine ausreichende Informationsgrundlage für die Entscheidung über den Gegenstand der Tagesordnung zu gewinnen, könnte nicht effektiv verwirklicht werden (Kocher/Löchner, AG 2010, 153, 156).

Die Begrenzung des Auskunftsrechts der Aktionäre stellt schließlich auch keine unverhältnismäßige Beschränkung der Aktionärsrechte dar, weil zum einen die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Auskunft durch die Gesellschaft nach § 132 Abs. 1 AktG einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt und zum anderen die Erteilung unzureichender Auskünfte die

Gefahr der Anfechtbarkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses in sich birgt (BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 388; BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 33 ff. – Kirch/Deutsche Bank).

cc) Der Senat kann die Vereinbarkeit von § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG mit der Aktionärsrechterichtlinie feststellen, ohne dass er den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 Abs. 1 bis 3 AEUV um eine Vorabentscheidung ersuchen muss. Die Vorlagepflicht entfällt unter anderem dann, wenn die richtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt („acte claire“; EuGH, Slg. 1982, 3415 Rdnr. 13 ff.; Slg. 2005, I-8151 Rdnr. 39; BGH, Beschluss vom 22.3.2010, NotZ 16/09, BGHZ 185, 30 Rdnr. 33; BGH, Urteil vom 4.3.2013, NotZ (Brfg) 9/12, ZIP 2013, 886 Rdnr. 33; BVerfGE 82, 159, 192 f.; 128, 157, 187 f.; BVerfG, ZIP 2013, 924 Rdnr. 28). Ob dies der Fall ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts und der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung zu beurteilen (EuGH, Slg. 1982, 3415 Rdnr. 17 ff. – Cilfit u. a.). Hieran gemessen war ein Vorabentscheidungsersuchen nicht veranlasst. Der Senat gelangt – wie vorstehend aufgezeigt – bei den sich hier stellenden Fragen zur Auslegung der Aktionärsrechterichtlinie zu einem eindeutigen Ergebnis. Die im Schrifttum geäußerten Zweifel an der Vereinbarkeit des § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG mit Art. 9 der Aktionärsrechterichtlinie sind vereinzelt geblieben und berücksichtigen ebenso wie die Rechtsbeschwerde die in § 288 Abs. 3 AEUV und Art. 5 EUV in Verbindung mit Erwägungsgrund 8 Hs. 2 und Art. 9 Abs. 2 der Aktionärsrechterichtlinie geregelte Kompetenzverteilung nicht hinreichend.

c) Die Annahme des Beschwerdegerichts, die Frage II. 3. der Antragstellerin sei ausreichend beantwortet, ist im Ergebnis zutreffend.

aa) Bei der Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Entlastung (§ 120 Abs. 1 und 2 AktG) haben die Aktionäre darüber zu entscheiden, ob die Tätigkeit der Organmitglieder im abgelaufenen Geschäftsjahr zu billigen ist, sie in der Unternehmensführung eine „glückliche Hand“ bewiesen haben und ihnen das Vertrauen auch für ihre künftige Tätigkeit auszusprechen ist (BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389; BGH, Urteil vom 21.6.2010, II ZR 24/09, ZIP 2010, 1437 Rdnr. 24). Weder die nach § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG beschränkte Wirkung der Entlastung noch das der Hauptversammlung bei dieser Entscheidung zustehende Ermessen rechtfertigen eine Einschränkung des Auskunftsrechts gemäß § 131 AktG oder eine Verschärfung seiner Anforderungen. Dem Aktionär sind vielmehr die für seine Ermessensausübung erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Es ist ihm nicht zuzumuten, die Tätigkeit der Verwaltung ohne die dazu erforderlichen Informationen „abzusegnen“ und ihr das Vertrauen auszusprechen (BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389 f.).

bb) Hieran gemessen musste die Antragsgegnerin jedenfalls ohne eine weitere Rückfrage der Antragstellerin keine weiteren Auskünfte für die Ermessensausübung bei den Entscheidungen über die Entlastung erteilen.

(1) Bei dem Erwerb von Sal. Oppenheim handelte es sich nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts um eine Entscheidung von grundlegender Bedeutung, weil dieser die größte Privatbank Deutschlands betraf. Zudem mussten die Aktionäre aufgrund von Presseinformationen annehmen, dass sich die übernommene Gesellschaft zum damaligen Zeitpunkt in einer existenziellen Krise befand. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist daher davon auszugehen, dass die

ordnungsgemäße Abwicklung des Geschäfts ein für die Billigung des Organhandelns wesentlicher Umstand war und sich das Auskunftsrecht ausnahmsweise auf dessen konkreten Inhalt bezog (vgl. OLG Stuttgart, ZIP 2012, 970, 971; BayObLG, ZIP 1996, 1251, 1253; *Kersting* in KK-AktG, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 208).

(2) Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Mitteilung des genauen Inhalts der über den Erwerb geschlossenen Verträge keine für die Beurteilung der Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns erforderliche Information darstellt und auch die Benennung sämtlicher im Rahmen der Due Diligence aufgedeckten Risiken das für die Beurteilung der Entscheidungen über die Entlastungen maßgebliche Informationsbedürfnis der Antragstellerin deutlich übersteigt (vgl. auch *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 131 Rdnr. 19). Das Auskunftsverlangen ist insoweit auf eine Fülle nebensächlicher Informationen gerichtet, die für die Beurteilung der Verwaltungsleistung keine Relevanz haben. Das bezweifelt auch die Rechtsbeschwerde nicht.

(3) Die Antragsgegnerin war auf die Frage II. 3. hin auch nicht gehalten, näher zu erläutern, welcher Art die von der Due Diligence aufgedeckten Risiken waren, und diese zu quantifizieren. Da die Antragsgegnerin nicht verpflichtet war, sämtliche im Rahmen der Due Diligence aufgedeckten Risiken zu benennen, waren auch nähere Erläuterungen zur Art der Risiken nicht geboten. Nach der Quantifizierung aufgedeckter Risiken hat die Antragstellerin schon nicht ausdrücklich gefragt. Soweit die Antragstellerin die Vorstellung gehabt haben mochte, im Zusammenhang mit der Information über den „sonstigen Inhalt“ des Berichts der Due Diligence auch über den Umfang der Risiken aufgeklärt zu werden, war dies für die Antragsgegnerin nicht hinreichend deutlich. Im Übrigen ist nicht erkennbar, warum aus der Sicht des objektiv urteilenden Durchschnittsaktionärs eine weitere Detaillierung der Auskunft für die Beurteilung der Verwaltungsleistung erforderlich war, nachdem die Antragsgegnerin geantwortet hat, dass die vorhandenen Risiken zu einem großen Teil nicht übernommen worden seien.

(4) Schließlich war die Antragsgegnerin auch nicht von sich aus verpflichtet, die für sie mit dem Erwerb von Sal. Oppenheim verbundenen Restrisiken zu benennen, damit die Antragstellerin hätte nachvollziehen können, ob die Risikübernahme vertretbar war und von der Verwaltung angemessen berücksichtigt wurde. Dabei kann offenbleiben, ob der Vorstand bei einer zumindest teilweise auf nicht erforderliche Auskünfte gerichteten Frage verpflichtet ist, diese in den durch § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG gezogenen Grenzen zu beantworten (bejahend KG, ZIP 1995, 1585, 1589; a. A. Grobkomm. AktG/*Decher*, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 155; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 31; *Groß*, AG 1997, 97, 103; *Marsch-Barner*, WM 1984, 41, 42). Jedenfalls dann, wenn eine Frage auf eine Vielzahl von Informationen gerichtet ist, die zumindest teilweise nicht für die Beurteilung eines Tagesordnungspunkts relevant sind, muss der Aktionär, der auf seine Frage eine aus seiner Sicht unzureichende Pauschalantwort erhält, durch eine Nachfrage deutlich machen, dass sein Informationsinteresse auf bestimmte Detailauskünfte gerichtet ist. Es gelten in diesem Fall dieselben Grundsätze wie bei einer pauschalen Frage, bei der der Aktionär ein auf detaillierte Informationen gerichtetes Auskunftsverlangen ebenfalls durch eine Nachfrage kundtun muss (dazu OLG Hamburg, AG 2001, 359, 360; LG Braunschweig, AG 1991, 36, 37; *Bürgers/Körber/Reger*, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 17; *Hölters/Drinhausen*, AktG, § 131 Rdnr. 22; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 131 Rdnr. 21; KK-AktG/*Kersting*, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 266; *Groß*, AG 1997, 97, 103). Hiervon ausgehend hätte

die Antragstellerin weitere Informationen zu den mit dem Erwerb von Sal. Oppenheim übernommenen Risiken konkret erfragen müssen, weil ihr Auskunftsverlangen sowohl zum Inhalt der für den Erwerb von Sal. Oppenheim geschlossenen Verträge als auch zu den Ergebnissen der Due Diligence auch auf Informationen gerichtet war, die für die Beurteilung der Entscheidung über die Entlastung nicht relevant waren. Es war daher Sache der Antragstellerin, durch eine präzise Nachfrage zum Ausdruck zu bringen, auf welche (weiteren) Informationen es ihr ankam (vgl. auch MünchKommAktG/Kubis, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 77; Marsch-Barner, WM 1984, 41, 42).

2. Das Beschwerdegericht hat im Ergebnis auch ohne Rechtsfehler angenommen, dass der aus der Frage II. 4. folgende Auskunftsanspruch von der Antragsgegnerin erfüllt wurde.

a) Dies gilt zunächst für die Teilfragen 1 und 3 der Frage II. 4. Die Antwort der Antragsgegnerin bleibt insoweit zwar pauschal und enthält die Information über die im Risikoausschuss behandelten Engagements im Einzelnen nicht. Das Beschwerdegericht hat aber im Ergebnis zutreffend eine weitergehende Auskunftspflicht im Hinblick auf den Vorrang der Vertraulichkeit der Vorgänge in den Sitzungen des Risikoausschusses verneint.

aa) Der Vorstand darf regelmäßig die Auskunft verweigern, wenn sich das Auskunftsverlangen auf vertrauliche Vorgänge in den Sitzungen des Aufsichtsrats oder der von ihm nach § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG bestellten Ausschüsse richtet (OLG Stuttgart, AG 1995, 234, 235; LG Mannheim, AG 2005, 780, 781; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 131 Rdnr. 11; KK-AktG/Kersting, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 244, 374; K. Schmidt/Lutter/Spindler, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 44; Ebenroth, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess, 1970, S. 119; vgl. auch BVerfG, ZIP 1999, 1798, 1800; demgegenüber zur GmbH BGH, Beschluss vom 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53 ff.). Die Grundlage für das Auskunftsverweigerungsrecht wird teilweise in § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG gesehen (KK-AktG/Kersting, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 244, 374); teilweise wird es auch als eigenständiges Recht anerkannt (K. Schmidt/Lutter/Drygala, AktG, 2. Aufl., § 171 Rdnr. 15). Unabhängig von dieser Streitfrage sind die Diskussionen im Aufsichtsrat und das Abstimmungsverhalten der Mitglieder des Aufsichtsrats vertraulich, und zwar unabhängig davon, ob dies auch für den Gegenstand der Beratung selbst gilt (BGH, Urteil vom 5.6.1975, II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 331 f.; MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 116 Rdnr. 54; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., § 6 Rdnr. 260 f.; vgl. auch BVerfG, ZIP 1999, 1798, 1800). Ob sich das Auskunftsverweigerungsrecht darüber hinaus auch auf den Gegenstand einer Aufsichtsratssitzung oder den Inhalt eines in ihr gefassten Beschlusses erstreckt (so LG Mannheim, AG 2005, 780, 781; K. Schmidt/Lutter/Drygala, AktG, 2. Aufl., § 171 Rdnr. 15; Bürgers/Körber/Reger, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 13; K. Schmidt/Lutter/Spindler, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 44; Hoffmann-Becking in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, 3. Aufl., § 33 Rdnr. 51) oder ob die Frage der Auskunftspflicht von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt (Heidel in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., § 131 AktG Rdnr. 28; MünchKommAktG/Kubis, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 22; wohl auch Spindler/Stilz/Siems, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 17), kann offen bleiben, weil im vorliegenden Fall die Vertraulichkeit der verlangten Informationen offensichtlich gegeben ist. Entscheidendes Kriterium ist insoweit ein objektives Bedürfnis der Geheimhaltung im Interesse des Unternehmens (BGH, Urteil vom 5.6.1975, II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 329).

bb) Die mit dem Auskunftsverlangen begehrten Informationen zu den im Risikoausschuss behandelten Kreditengagements und die hierzu gefassten Beschlüsse des Risikoausschusses sind vertraulich, weil das Auskunftsverlangen insoweit auf die Mitteilung persönlicher Umstände und Verhältnisse der Kunden der Antragsgegnerin gerichtet ist (vgl. auch LG Frankfurt a. M., ZIP 2005, 1275, 1277; Bürgers/Körber/Reger, AktG, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 19; Heidel in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., § 131 AktG Rdnr. 71). Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde auch nicht. Sie meint vielmehr, es sei der Antragstellerin nicht um die namentliche Benennung der Kunden der Antragsgegnerin gegangen. Dazu hat das Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Frage als auf die Beschreibung aller Engagements im Einzelnen unter Nennung der betroffenen Kreditnehmer gerichtet aufgefasst werden konnte und von der Antragsgegnerin auch aufgefasst wurde.

Das auf der Vertraulichkeit der verlangten Informationen beruhende Recht zur Auskunftsverweigerung tritt hier auch nicht hinter ein vorrangiges Aufklärungsinteresse wegen eines objektiv begründeten Verdachts schwerwiegender Pflichtverletzungen zurück (vgl. BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 43 – Kirch/Deutsche Bank; BGH, Urteil vom 29.11.1982, II ZR 88/81, BGHZ 86, 1, 19 f.). Zu einem solchen Interesse hat das Beschwerdegericht nichts festgestellt. Die Rechtsbeschwerde rügt insoweit auch keine fehlerhafte Tatsachenfeststellung.

b) Eine weiter gehende Antwort war auch auf die Teilfrage 2 nicht geboten. Die Frage nach einer Veränderung des bankinternen Ratings knüpft an die Benennung der im Risikoausschuss behandelten Engagements entsprechend der Teilfrage 1 an. Nachdem – wie vorstehend dargestellt – Einzelheiten über die Tätigkeit des Risikoausschusses bei der Überprüfung von Kreditengagements nicht mitgeteilt werden mussten, konnte die erkennbar auf die Offenlegung anschließender Bewertungsänderungen gerichtete Frage nicht konkret, sondern – wie geschehen – nur pauschal beantwortet werden. Die Antwort der Antragsgegnerin legt diesbezüglich offen, dass es auch hinsichtlich der im Risikoausschuss behandelten Engagements zu nachträglichen Bewertungsänderungen gekommen ist.

13. HGB § 25 (Eintragung eines vorsorglichen Haftungsausschlusses in das Handelsregister)

Zu den Voraussetzungen der Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB im Handelsregister.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 16.5.2013, 3 W 30/13

Die Beteiligte hat unter dem 29.12.2012 ihre wirtschaftliche Neugründung, Sitzverlegung von M nach E sowie ihre Umfirmierung in „G T- und S AG“ zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Außerdem hat sie Folgendes angemeldet:

„Es wird vorsorglich beantragt, vorab – also noch durch das Handelsregister bei dem AG Koblenz, mithin vor Abgabe der Akte zur Eintragung der Satzungsänderungen, die insgesamt durch das Registergericht am zukünftigen Sitz der Gesellschaft in E erfolgen sollen – einzutragen:

Die Gesellschaft wird möglicherweise das Handelsgeschäft der G B GmbH & Co. KG, Sitz E (eingetragen im Handelsregister des AG Fulda, HRA ...) – ganz oder zum Teil – erwerben. Für den Fall des Erwerbes ist mit der G B KG rein vorsorglich vereinbart:

Eine Haftung der hier eingetragenen Gesellschaft (der C-G V AG; zukünftig G B- u. S AG) für die im Betrieb der G B

GmbH & Co. KG ... begründeten Verbindlichkeiten der G B GmbH & Co. KG sowie ein Übergang der im Betriebe dieser KG begründeten Forderungen auf die hier eingetragene Aktiengesellschaft ist ausgeschlossen.“

Mit Schreiben vom 8.2.2013 hat das Registergericht der Beteiligten anheimgestellt, diesen Antrag zurückzunehmen, weil in das Handelsregister nur solche Tatsachen eingetragen werden könnten, die materiellrechtlich bereits eingetreten seien. Eine vorsorgende Eintragung sei nicht zulässig. Das Schreiben hat das Registergericht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung (Beschwerde nach § 382 Abs. 4 FamFG) versehen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, der der Rechtspfleger nicht abgeholfen und die er dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat. Die Beteiligte hat ihre Beschwerde im Laufe des Beschwerdeverfahrens mit verschiedenen „Hilfsanträgen“ versehen.

Aus den Gründen:

II.

1. Das Rechtsmittel ist unzulässig. Das Schreiben des Registergerichts vom 8.2.2013 ist keine Entscheidung, gegen die nach § 382 Abs. 4 Satz 2, §§ 58 ff. FamFG die Beschwerde statthaft ist. Das Schreiben stellt insbesondere keine mit Rechtsmitteln selbständig angreifbare Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG dar.

Wenn eine Anmeldung zur Eintragung in das Register unvollständig ist oder der Eintragung ein behebbares Hindernis entgegensteht, hat das Registergericht dem Antragsteller nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG eine angemessene Frist zur Beseitigung des Hindernisses zu setzen. Um eine solche Vervollständigung des Antrages oder die Beseitigung eines Eintragungshindernisses geht es vorliegend jedoch nicht. Das Schreiben enthält demgemäß auch keine Fristsetzung und Hinweise darauf, in welcher Weise ein Eintragungshindernis behoben werden könnte. Vielmehr teilt der Rechtspfleger in dem Schreiben seine Rechtsauffassung mit, der zufolge dem Eintragungsantrag ein unbehebbares Hindernis, nämlich die rechtliche Unzulässigkeit der begehrten Eintragung, entgegensteht. Konsequenterweise legt das Schreiben dem Antragsteller deshalb auch nahe, seinen Eintragungsantrag zurückzunehmen. Der rechtliche Hinweis auf die Erfolglosigkeit eines Eintragungsantrages und die deshalb gegebene Empfehlung, ihn zurückzunehmen, können nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung im Sinne des Gesetzes sein (vgl. BayObLG, Beschluss vom 4.11.1999, 3Z BR 333/99, NJW-RR 2000, 627; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.12.2009, 20 W 332/09, juris). Angreifbar ist in einem solchen Fall nur die – auf der mitgeteilten Rechtsauffassung beruhende – Antragszurückweisung, an der es im hier zu entscheidenden Fall jedoch bislang fehlt. Die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung in dem Schreiben vom 9.2.2013 ändert hieran nichts. Die Frage, gegen Entscheidungen welcher Art Rechtsmittel statthaft sind, steht nicht zur Disposition der Gerichte.

Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das Beschwerdeverfahren gegen eine Zwischenverfügung die hier von der Beteiligten gestellten „Hilfsanträge“ nicht zulässt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist alleine die Prüfung, ob das Registergericht zutreffend von einem behebbaren Hindernis bei dem Vollzug des bei ihm gestellten Eintragungsantrages ausgegangen ist. Ob hingegen andere (Hilfs-)Eintragungsanträge vollzugsreif sind, hat das Beschwerdegericht nicht zu überprüfen.

2. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass die Rechtsauffassung des Registergerichts in der Sache zutreffend ist.

Insoweit gilt Folgendes:

Zunächst ist klarzustellen, dass die – hier durchaus nachgewiesene – Einigung zwischen dem Veräußerer und Erwerber eines Handelsgeschäfts nach § 25 Abs. 2 HGB darüber, dass der Erwerber nicht für die Verbindlichkeiten des Veräußerers hafte, die Voraussetzungen für die Eintragung dieser Einigung in das Handelsregister alleine nicht erfüllt. Der nachgewiesene rechtsgeschäftliche Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB ist nur dann eine eintragungsfähige Tatsache, wenn auch die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB tatsächlich gegeben sind (OLG Schleswig, Beschluss vom 1.2.2012, 2 W 192/11, FGPrax 2012, 126). Fehlt es also am Tatbestand des § 25 Abs. 1 HGB, scheidet die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 aus (*Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 81). Allerdings ist die Eintragung bereits dann vorzunehmen, wenn die Möglichkeit der Bejahung der Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB ernsthaft in Betracht zu ziehen ist (BGH, Urteil vom 10.7.1996, VIII ZR 261/95, NJW 1996, 2867; OLG Hamm, Beschluss vom 13.8.1991, 15 W 195/91, NJW-RR 1994, 1119; OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.5.2001, 20 W 341/00, NJW-RR 2001, 1404), denn der Erwerber muss davor geschützt werden, dass das Registergericht die Eintragungsfähigkeit des Haftungsausschlusses verneint, das Prozessgericht auf Klage eines Gläubigers die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB indes bejaht.

Im hier zu entscheidenden Fall kommt eine Bejahung der Haftungsvoraussetzungen nach § 25 Abs. 1 HGB schon alleine deshalb nicht ernsthaft in Betracht, weil nicht ersichtlich ist, dass die Beteiligte das Handelsgeschäft der von ihr möglicherweise noch zu übernehmenden Gesellschaft unter deren bisheriger Firma fortführen wird. Dass dies beabsichtigt sei, ist jedenfalls weder der Anmeldung noch dem sonstigen Vortrag der Beteiligten zu entnehmen. Vielmehr hat die Beteiligte mitgeteilt, möglicherweise (irgendwann) das Handelsgeschäft der GmbH & Co. KG zu erwerben. Später hat sie dies dahingehend erläutert, dass die GmbH & Co. KG sich „aus ihrem angestammten Geschäftsfeld zurückziehen wolle“ und die Beteiligte versuchen wolle, Arbeitnehmer der GmbH & Co. KG zu übernehmen. Weiter wollten beide Gesellschaften darauf hinwirken, dass bestimmte Verträge auf die Beteiligte übergangen und bisherige Kunden der GmbH & Co. KG solche der Beteiligten würden. Hierin liegt offensichtlich keine Fortführung des bisherigen Handelsgeschäfts unter dessen bisheriger Firma.

Offen bleiben kann deshalb, ob die von der Beteiligten angestrebte „vorsorgliche Eintragung“, also eine Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB, bevor auch nur ein erster, die Haftung nach § 25 HGB möglicherweise auslösender, aber beabsichtigter Erwerbsakt vollzogen worden ist, zulässig ist. Für den Dritten gegenüber wirksamen Haftungsausschluss ausreichend ist es jedenfalls, wenn die Anmeldung zum Handelsregister dem bereits stattgefundenen Erwerbsvorgang unverzüglich nachfolgt (*Baumbach/Hopt*, HGB, 35. Aufl., § 25 Rdnr. 15). Dies spricht zusätzlich für die Rechtsansicht des Registergerichts, dass die hier vorgenommene Anmeldung jedenfalls zur Zeit in Ermangelung eines bereits vollzogenen Erwerbsgeschäfts nicht eintragungsfähig ist.

(...)

Internationales Privatrecht

14. GBO § 29; EGBGB Art. 15 (*Zum grundbuchrechtlichen Nachweis des Bestehens einer Errungenschaftsgemeinschaft zwischen Ehegatten nach dem Recht der Föderation von Bosnien und Herzegowina*)

1. **Zum grundbuchrechtlichen Nachweis des Bestehens einer Errungenschaftsgemeinschaft zwischen Ehegatten nach dem Recht der Föderation von Bosnien und Herzegowina. (amtlicher Leitsatz)**
2. **Eine gerichtliche Bestätigung, wonach die „Vermögensbeziehungen zwischen den Ehepartnern durch das Familiengesetz der Föderation von Bosnien und Herzegowina geregelt sind, und zwar aufgrund des Artikels 252 I, welcher lautet: ‚Die Ehepartner sind in gleichen Teilen die Mitinhaber in dem ehelichen Vermögen, falls sie sich nicht anders geeinigt haben.‘“ führt nicht den Nachweis des Bestehens einer Errungenschaftsgemeinschaft zwischen den Ehegatten. Artikel 252 I des Familiengesetzes von Bosnien-Herzegowina enthält insoweit eine Öffnungsklausel für eine anderweitige Regelung durch die Ehepartner. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.2.2013, 3 W 159/12

Der Beteiligte zu 2 ist als Alleineigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes eingetragen. Die Beteiligte zu 1, seine mittlerweile von ihm geschiedene frühere Ehefrau, beantragte unter dem 17.9.2012 Grundbuchberichtigung dahingehend, dass einzutragen sei:

„1. S D geboren ..., wohnhaft: ...

„2. H D, geborene P, geboren am ..., wohnhaft ...

in Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Recht der Föderation von Bosnien und Herzegowina.“

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Grundbuchamt diesen Antrag zurückgewiesen unter Verweis auf eine Regelung unter Ziffer XI des Kaufvertrages vom 2.3.2001, Urkunde des Notars ..., URNr. ..., mit dem der Beteiligte zu 2 das Grundstück seinerzeit zu Alleineigentum erworben hatte. Die Regelung in Ziffer XI des Kaufvertrages lautet:

„S D und die miterschienene Ehefrau, Frau H D, sind bosnische Staatsangehörige. Die Eheleute D vereinbaren hiermit gemäß Artikel 15 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, dass für den vorstehend von ihnen erworbenen Grundbesitz des Recht des Lageortes, d. h. deutsches Recht (Zugewinnsgemeinschaft) gelten soll.“

Die Urkunde wurde auch von der Beteiligten zu 1 unterschrieben.

Gegen diesen ablehnenden Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin, die sie trotz entsprechender Aufforderung mit Fristsetzung nicht begründet hat.

II.

Die Beschwerde ist nach § 71 Abs. 1 GBO zulässig. Der Senat ist nach §§ 72, 81 Abs. 1 GBO, § 13a GVG, § 4 Abs. 3 Nr. 2a GerOrgG Rheinland-Pfalz für die Entscheidung über die Beschwerde zuständig.

Die Beschwerde führt in der Sache nicht zu dem angestrebten Erfolg. Das Grundbuchamt hat vielmehr mit zutreffender Begründung den Berichtigungsantrag abgelehnt. Zusammenfassend gilt Folgendes:

Für die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Berechtigten bedarf es grundsätzlich einer Bewilligung des

Betroffenen (§ 19 GBO) oder eines Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO) durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 29 GBO). Vorliegend hat die Beteiligte zu 1 ausdrücklich einen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO gestellt. Hierfür bedarf es der Bewilligung nach § 19 GBO – die hier nicht vorliegt – dann nicht, wenn die Unrichtigkeit, also die Nichtübereinstimmung des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage (§ 894 BGB), in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird (vgl. etwa Senat, Beschluss vom 24.5.2011, 3 W 86/11).

Ein solcher Nachweis in der Form des § 29 GBO ist hier nicht geführt. Zwar hat die Beteiligte zu 1 eine „Bestätigung“ des AG K..., Bosnien-Herzegowina, vom 20.1.2012 in deutscher Übersetzung, versehen mit einer Apostille vom 23.1.2012 gemäß den Vorgaben des Haager Übereinkommens vom 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation (BGBl 1965 II., S. 875) vorgelegt. Das Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 gilt auch für den Rechtsverkehr zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Bosnien-Herzegowina (BGBl 1994 II, S. 82) mit der Wirkung, dass mit dieser Bestätigung des AG K... grundsätzlich ohne vorherige Legalisation ein Nachweis gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO geführt werden kann (vgl. *Demharter*, Grundbuchordnung, 28. Aufl. 2012, § 29 Rdnr. 50 ff.). Der Inhalt der Bestätigung des AG in K... vom 20.1.2012 vermag jedoch eine Miteigentümerstellung der Beteiligten zu 1 nicht zu begründen bzw. zu belegen. Nach dem Wortlaut wird lediglich bestätigt, dass die „Vermögensbeziehungen zwischen den Ehepartnern (der Beteiligten zu 1) und dem Beteiligten zu 2 durch das Familiengesetz der Föderation von Bosnien und Herzegowina geregelt sind und zwar aufgrund des Artikels 252 Abs. 1, welcher lautet: ‚Die Ehepartner sind in gleichen Teilen die Mitinhaber in dem ehelichen Vermögen, falls sie sich nicht anders geeinigt haben.‘“ Art. 252 Abs. 1 des Familiengesetzes von Bosnien-Herzegowina enthält insoweit eine Öffnungsklausel für eine anderweitige Regelung durch die Ehepartner. Diese haben sie, was sich aus dem notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag vom 2.3.2001 ergibt, der sich bei der Akte befindet und im Übrigen auch den Nachweisanforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO genügt, genutzt. Dort haben die Beteiligten zu 1 und 2 als damals noch verheiratete Eheleute unter Ziffer XI eine „ehevertragliche Vereinbarung“ getroffen, wonach für den durch den Grundstückskaufvertrag erworbenen Grundbesitz unter Verweis auf Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Privatrechts, jetzt Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB, das Recht des Lageortes, deutsches Recht, unter ausdrücklicher Benennung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft vereinbart worden ist. Anders als nach Art. 252 Abs. 1 des Familiengesetzes von Bosnien-Herzegowina, der regelmäßig die „Errungenschaftsgemeinschaft“ der Ehepartner vorsieht, ist nach der deutschen Zugewinnsgemeinschaft gemäß § 1363 BGB, die die Beteiligten als Statut für das hier verfahrensgegenständliche Grundstück – wirksam – gewählt haben, der Grundstückserwerb eines Ehegatten zu Alleineigentum ohne Weiteres möglich. Danach hat die Beteiligte zu 1 nicht nur den ihr obliegenden Nachweis für ihre behauptete Miteigentümerstellung an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück nicht erbracht, sondern im Gegenteil dargelegt, dass eine solche, wie der Rechtspfleger des Grundbuchamts zutreffend festgestellt hat, nicht besteht.

(...)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

15. BGB §§ 242, 328, 414; ZPO §§ 767, 768 (*Notwendigkeit des Eintritts des Zessionars einer Sicherungsgrundschuld in den zwischen dem Schuldner und dem Zedenten abgeschlossenen Sicherungsvertrag für das Vorgehen des Zessionars gegen den Schuldner aus einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung*)

1. **Der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld kann aus einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung des Schuldners nur dann gegen diesen vorgehen, wenn er in den zwischen dem Schuldner und Zedenten abgeschlossenen Sicherungsvertrag eingetreten ist.**
2. **Zwar ist der Sicherungsgeber nicht verpflichtet, ein Angebot des neuen Grundschuldgläubigers auf Beitritt zu der Sicherungsvereinbarung anzunehmen. Jedoch verstößt die Weigerung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der Sicherungsgeber sich bei der Bestellung der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen und im Voraus der freihändigen Verwertung des Rechts durch Abtretung ohne seine Zustimmung zugestimmt hat. Denn damit hat er für jeden Zessionar einen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass er aus der Unterwerfungsklausel vorgehen kann.**
3. **Der Sicherungsgeber verhält sich widersprüchlich, wenn er einem Gläubiger, der die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag übernehmen will, den gewählten Weg der Übernahme mit dem Hinweis auf einen anderen rechtlich möglichen Weg versperren will.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 14.6.2013, V ZR 148/12

In notarieller Urkunde vom 18.7.1974 bestellte die Klägerin der C AG zulasten eines ihr gehörenden Grundstücks eine jederzeit fällige Grundschuld über 850.000 DM nebst Zinsen, verbunden mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Die C trat das Recht am 7.7.1988 an die D AG ab. Auf diese wurde die Vollstreckungsklausel am 22.10.2003 umgeschrieben.

Am 3.4.2000 vereinbarte die Klägerin mit der D AG eine Zweckbestimmung für die Grundschuld, nach welcher diese mehrere Kredite sicherte, u. a. einen Vorfinanzierungskredit von 35 Mio. DM einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter die Klägerin und ihr Ehemann waren. Zwischen dem 2.10.2003 und dem 16.6.2004 kündigte die D AG gegenüber der Klägerin und deren Ehemann sämtliche Kreditverhältnisse. Am 11.3.2005 trat sie die Grundschuld und die Rechte aus den Kreditverhältnissen an die S GmbH ab. Die Abtretung der Grundschuld wurde in das Grundbuch eingetragen. Am 28.4.2006 trat die S GmbH die Grundschuld an die Beklagte ab; die Abtretung wurde am 16.11.2007 in das Grundbuch eingetragen. In den Sicherungsvertrag zwischen der Klägerin und der D AG trat die Beklagte damals nicht ein. Am 26.2.2007 erhielt die Beklagte eine auf sie umgeschriebene vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde zum Zweck der Zwangsvollstreckung.

Die Vollstreckungsabwehrklage der Klägerin ist in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit Urteil vom 3.12.2010, V ZR 200/09, BKR 2011, 291 hat der Senat das erste Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. In dem zweiten Berufungsverfahren hat die Klägerin beantragt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Zwangsvollstreckung aufgrund der zu der Grundschuldbestellungsurkunde am 26.2.2007 erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären. Das OLG hat die Berufung erneut zurückgewiesen. Auch diese Entscheidung hat der Senat aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Urteil vom 27.1.2012, V ZR

92/11, ZfIR 2012, 251 [Leitsätze]). In dem dritten Berufungsverfahren hat die Klägerin erneut beantragt, die Zwangsvollstreckung aufgrund der Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären. Ihren zunächst ebenfalls gestellten Hilfsantrag, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 18.7.1974 für unzulässig zu erklären, hat sie zurückgenommen. Dem hat die Beklagte nicht zugestimmt. Das OLG hat die Berufung wiederum zurückgewiesen.

Mit der von ihm zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Hauptantrag und den Hilfsantrag weiter. Zugleich hat sie Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt, soweit das OLG die Revision nicht zugelassen hat. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Rechtsmittel.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält die Klauselgegenklage für unbegründet. Die Voraussetzungen für die Erteilung der die Beklagte als neue Grundschuldgläubigerin ausweisenden Vollstreckungsklausel hätten am Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorgelegen. Die Beklagte habe die Grundschuld im Wege der Abtretung erworben. Sie sei auch in den zwischen der Klägerin und der D AG abgeschlossenen Sicherungsvertrag eingetreten. Denn sie habe der Klägerin unwiderruflich den Beitritt zu dem Vertrag angeboten; deren Weigerung, dieses Angebot anzunehmen, verstoße gegen Treu und Glauben.

Die Vollstreckungsabwehrklage hält das Berufungsgericht ebenfalls für unbegründet. Die Abtretungen der Darlehensforderungen seien wegen deren hinreichender Bestimmtheit wirksam. Das Erlöschen der durch die Grundschuld gesicherten Forderungen habe die Klägerin nicht bewiesen. Das erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte Bestreiten des Zugangs der von der D AG ausgesprochenen Kündigungen der Kreditverhältnisse sei wegen Verspätung nicht zuzulassen. Die D AG habe der Klägerin eine Nachfrist zur Zahlung der Darlehensforderungen gesetzt und die Verwertung der Grundschuld rechtzeitig angedroht.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Die Revision ist insgesamt statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

a) In dem Tenor des angefochtenen Urteils hat das Berufungsgericht die Revision unbeschränkt zugelassen. Am Ende der Entscheidung heißt es, dass die Revision zuzulassen sei, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Frage des Eintritts der Beklagten als Vollstreckungsgläubigerin in den Sicherungsvertrag zwischen der Klägerin und der D AG erfordere. Damit hat das Berufungsgericht ersichtlich keine Beschränkung der Revisionszulassung aussprechen, sondern die Zulassung begründen wollen, zumal sich die Frage des Eintritts der Beklagten in den Sicherungsvertrag sowohl bei der Entscheidung über den Hauptantrag als auch bei der Entscheidung über den Hilfsantrag stellt (vgl. Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 193/11, NJW 2012, 2648, 2649 Rdnr. 5).

b) Aus der unbeschränkten Revisionszulassung folgt, dass die von der Klägerin (vorsorglich) eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde gegenstandslos ist (BGH, Beschluss vom 1.3.2010, II ZR 249/08, WM 2010, 1367 Rdnr. 1; Beschluss vom 24.7.2008, VII ZR 205/07, juris).

2. Die Revision hat keinen Erfolg.

a) Zu Recht hält das Berufungsgericht die Klauselgegenklage (§ 768 ZPO) für unbegründet. Die Klägerin muss sich

so behandeln lassen, als sei die Beklagte in den am 3.4.2000 abgeschlossenen Sicherungsvertrag eingetreten und als habe diese damit die vereinbarten Verpflichtungen des Sicherungnehmers übernommen mit der Folge, dass die ihr erteilte Vollstreckungsklausel wirksam ist.

aa) Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld aus einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung des Schuldners nur dann gegen diesen vorgehen, wenn er in den zwischen dem Schuldner und dem Zedenten abgeschlossenen Sicherungsvertrag eingetreten ist (Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, 148 ff. Rdnr. 34 ff.). Wie sich dieser „Eintritt“ rechtlich vollziehen kann, hat der Senat in seiner Entscheidung vom 11.5.2012 ausgeführt (V ZR 237/11, NJW 2012, 2354, 2355 Rdnr. 7 ff.). Danach ist der Übergang der Rechte aus einer Vollstreckungsunterwerfung im Wege der Vertragsübernahme, des Schuldbeitritts, des Abschlusses eines Vertrags zwischen dem Zessionar und dem Zedenten zugunsten des Sicherungsgebers oder durch vergleichbare Vereinbarungen möglich. Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann der Schuldner mit der Klage nach § 768 ZPO geltend machen (BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172, 173, 184 f. Rdnr. 30).

bb) Da sich die Beklagte nicht darauf beruft, Vereinbarungen mit der D AG hinsichtlich des „Eintritts“ in den Sicherungsvertrag getroffen zu haben, scheidet eine Vertragsübernahme, die der Zustimmung aller Beteiligten bedarf (Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 237/11, NJW 2012, 2354, 2355 Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 20.4.2005, XII ZR 29/02, NJW-RR 2005, 958, 959), somit auch der Klägerin, ebenso aus wie ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) zwischen der D AG und der Beklagten. Es bleibt die Möglichkeit eines Schuldbeitritts, der durch Vertrag zwischen dem die Schuld Übernehmenden und dem Gläubiger, hier also zwischen der Beklagten und der Klägerin, herbeigeführt werden kann. Rechtsfolge ist, dass die Beklagte neben die D AG tritt und die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag gegenüber der Klägerin mit übernimmt. Auf dieselbe Weise, also ebenfalls durch Vertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin, kann eine Schuldübernahme vereinbart werden (§ 414 BGB), die zu einem Schuldnerwechsel führt; die Beklagte tritt hinsichtlich der Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag an die Stelle der D AG. Auch dadurch wird der mit dem „Eintritt“ des Zessionars in den Sicherungsvertrag bezweckte Schutz des Schuldners (dazu BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, 141 f. Rdnr. 24) erreicht (*Knops*, WM 2010, 2063, 2066). Der neue Schuldner (Grundschuldgläubiger) ist verpflichtet, die Sicherungsvereinbarung einzuhalten. Er ist wie der bisherige Grundschuldgläubiger insbesondere verpflichtet, die Sicherungsgeberin aus der Grundschuld nicht über den Grundschuldbetrag nebst Zinsen und Nebenleistung hinaus in Anspruch zu nehmen sowie nach Befriedigung der durch den Sicherungsvertrag gesicherten Ansprüche die Grundschuld nebst Zinsen und Nebenrechten sowie die abgetretenen Rückgewähransprüche und die sonstigen Rechte nach Weisung der Sicherungsgeberin freizugeben (3. (4) und 4. (1) des Sicherungsvertrags).

cc) Schuldbeitritt oder Schuldübernahme wurden nicht bereits durch die Erklärung der Beklagten vom 10.3.2011, sie trete in den Sicherungsvertrag ein und übernehme alle Verpflichtungen der bisherigen Sicherungsgläubigerin, bewirkt. Denn beides erfordert einen Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger, also zwischen der Beklagten und der

Klägerin. Einen solchen Vertrag haben die Parteien zwar nicht geschlossen. Aber die Beklagte hat der Klägerin in dem Schriftsatz vom 18.4.2012 unwiderruflich den „Beitritt“ zu dem Sicherungsvertrag angeboten. Zusammen mit dem übrigen Inhalt dieses Schriftsatzes und mit der Erklärung vom 10.3.2011 ergibt sich daraus die Absicht der Beklagten, mit der Klägerin einen Schuldbeitritt oder eine Schuldübernahme zu vereinbaren. Dieses Angebot durfte die Klägerin nicht, wie jedoch geschehen, ablehnen.

(1) Zwar steht das Recht der Zurückweisung des Angebots regelmäßig in ihrem Belieben, weil niemandem ein Vertragsschluss aufgezwungen werden kann. Eine Ausnahme hiervon gilt aber dann, wenn die Grundschuld nach dem Eintritt des Sicherungsfalls im Wege der freihändigen Verwertung übertragen werden darf (*Clemente*, ZfIR 2010, 441, 446). Denn mit der Abtretung der Grundschuld wird nicht nur der Erwerb des Rechts durch den neuen Gläubiger bezweckt, sondern auch dessen Eintritt in die Vollstreckungsunterwerfung (Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 237/11, NJW 2012, 2354, 2356 Rdnr. 21). Den darf der Sicherungsgeber grundsätzlich nicht vereiteln.

(2) Die Weigerung der Klägerin, das Angebot zur Vereinbarung eines Schuldbeitritts oder einer Schuldübernahme anzunehmen, verstößt gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

(a) Anders als sie meint, verhält sich die Klägerin in zu missbilligender Weise widersprüchlich. Denn einerseits hat sie sich bei der Bestellung der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen und sodann im Voraus der freihändigen Verwertung des Rechts durch Abtretung ohne ihre Zustimmung – unter bestimmten, hier eingehaltenen Voraussetzungen – zugestimmt (3. (3) des Sicherungsvertrags). Damit hat sie für jeden Zessionar einen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass er aus der Unterwerfungsklausel vorgehen kann. Andererseits will sie nunmehr verhindern, dass die Beklagte als neue Gläubigerin das erworbene Recht unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfang wie die ursprüngliche Gläubigerin durchsetzen kann.

(b) Fehl geht der Einwand der Klägerin, ihr könne es nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie sich weigere, einen Vertrag mit einem ihr unbekanntem Grundschuldgläubiger zu schließen, zu dem kein Vertrauensverhältnis bestehe. Diese Überlegung mag zutreffen, wenn der Sicherungsgeber nicht im Voraus einer Abtretung der Grundschuld nach dem Eintritt des Sicherungsfalls zugestimmt hat (so *Clemente*, ZfIR 2010, 441, 446; *Knops*, WM 2010, 2063, 2066). Für den hier vorliegenden Fall der vorherigen Zustimmung trifft sie jedoch nicht zu. Denn mit der Zustimmung gibt der Sicherungsgeber zu erkennen, dass er keine in der Person des neuen Gläubigers begründeten Einwände erheben wird, wenn dieser denselben sicherungsvertraglichen Bindungen unterliegt wie der ursprüngliche Gläubiger.

(c) Ebenfalls erfolglos bleibt der von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erhobene Einwand, die Beklagte könne den Eintritt in den Sicherungsvertrag durch den Abschluss eines Vertrags zugunsten Dritter herbeiführen und sei deshalb nicht auf die Mitwirkung der Klägerin angewiesen. Auf diesen Weg muss sich die Beklagte nicht verweisen lassen. Denn die Klägerin hat sich gegenüber jedem Grundschuldgläubiger, der die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag einhält, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Sie verhält sich widersprüchlich, wenn sie einem Gläubiger, der – wie die Beklagte – die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag übernehmen will, den gewählten rechtlichen Weg der Übernahme mit dem Hin-

weis auf einen anderen rechtlich möglichen Weg versperren will.

(d) Entgegen der Ansicht der Klägerin wird sie keinem unzulässigen Kontrahierungszwang unterworfen. Es geht hier nicht um ihre Verpflichtung, mit der Beklagten einen Schuldbeitritts- oder Schuldübernahmevertrag abzuschließen, sondern darum, ob sie sich auf das Fehlen eines solchen Vertrags berufen kann.

(e) Der „Eintritt“ in den Sicherungsvertrag ist eine Vollstreckungsbedingung (BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172, 178 Rdnr. 17) und nicht, wie die Klägerin meint, eine Rechtsbedingung. Folge des Verstoßes gegen Treu und Glauben ist somit, dass sich die Klägerin so behandeln lassen muss, als sei die Bedingung eingetreten (§ 162 Abs. 1 BGB analog), also als habe die Beklagte – neben (Schuldbeitritt) oder an Stelle (Schuldübernahme) der D AG (zu den dogmatischen Schwächen beider Rechtsinstitute siehe *Bork*, WM 2010, 2057, 2059 f.) – die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag gegenüber der Klägerin übernommen.

b) Ebenfalls zu Recht sieht das Berufungsgericht die mit dem Hilfsantrag erhobene Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) als unbegründet an. Einwendungen aus den durch die Grundsuld gesicherten Darlehensverhältnissen kann die Klägerin der Beklagten zwar entgegenhalten. Denn diese muss sich in dem Verfahren nach § 767 ZPO ebenfalls so behandeln lassen, als sei sie in den Sicherungsvertrag eingetreten. Aber die Einwendungen der Klägerin haben keinen Erfolg.

aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klage zulässig. Eine rechtskräftige Entscheidung über den Anspruch ist bis zur letzten mündlichen Verhandlung in dem dritten Berufungsverfahren nicht ergangen. Der Senat hat das erste Berufungsurteil, mit welchem die Vollstreckungsabwehrklage abgewiesen worden war, insgesamt und nicht nur hinsichtlich der ebenfalls erhobenen prozessualen Gestaltungsklage (§ 767 ZPO analog) aufgehoben. Eine eigene Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage hat er nicht getroffen. Gegenstand des zweiten Berufungsverfahrens war diese Klage nicht, so dass es insoweit nach wie vor an einer rechtskräftigen Entscheidung fehlte. Die Klägerin war deshalb nicht gehindert, die Vollstreckungsabwehrklage in dem dritten Berufungsverfahren zu erheben.

bb) Anders als die Beklagte meint, scheidet der Erfolg der Klage auch nicht an der Regelung in § 767 Abs. 3 ZPO. Danach muss der Schuldner zwar in einer von ihm erhobenen Vollstreckungsabwehrklage alle Einwendungen geltend machen, zu deren Erhebung er imstande ist; eine neue Klage kann er mit solchen Einwendungen nicht begründen. Aber mit diesen Einwendungen ist er nur dann ausgeschlossen, wenn über die frühere Vollstreckungsabwehrklage in der Hauptsache entschieden wurde. Fehlt es an einer solchen Entscheidung, weil die Klage zurückgenommen wurde, werden durch § 767 Abs. 3 ZPO Einwendungen nicht ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 28.5.1991, IX ZR 181/90, NJW 1991, 2280, 2281). So verhält es sich hier. Die Klägerin hat nach der Aufhebung des ersten Berufungsurteils, mit dem über die Klage entschieden worden war, in dem zweiten Berufungsverfahren die zunächst erhobene Vollstreckungsabwehrklage fallen gelassen und im Weg der Klageänderung ausschließlich die Klauselgegenklage verfolgt. Sie konnte deshalb in dem dritten Berufungsverfahren zur Begründung der Vollstreckungsabwehrklage alle Einwendungen erheben, auch wenn sie sie bereits in dem ersten Berufungsverfahren vorgebracht hatte.

cc) Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die durch die Grundsuld gesicherten Darlehensforderungen erworben, die Kreditverhältnisse seien von der D AG zwischen Oktober 2003 und Juni 2004 wirksam gekündigt worden und diese habe die Verwertung der Grundsuld rechtzeitig angedroht, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Klägerin erhebt insoweit auch keine Einwände.

dd) Sie rügt jedoch, dass das Berufungsgericht ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt habe, indem es den von ihr benannten Zeugen B nicht zu ihrer Behauptung vernommen habe, die D AG sei hinsichtlich der gesicherten Darlehensforderungen bereits im Dezember 2004 vollständig befriedigt worden.

Die Rüge hat keinen Erfolg. Die Klägerin hat sich zunächst zum Beweis der Richtigkeit der Behauptung auf diverse Schreiben der D AG berufen, die das Berufungsgericht gewürdigt hat. Rechtsfehler sind ihm dabei nicht unterlaufen. Insbesondere hat es keine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung vorgenommen. Denn den Zeugen hat die Klägerin erst in dem Schriftsatz vom 7.5.2012 dafür benannt, dass „sämtliche Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber der D AG getilgt sind, wozu auf das bisherige Vorbringen der Klägerin unter Einschluss des Beweisanerbietens Bezug genommen wird“. Die Klägerin hätte jedoch darlegen müssen, wann welche Kredite getilgt worden sind. Solcher Tatsachenvortrag fehlt. Das Beweisangebot „Zeugenvernehmung“ kann ihn nicht ersetzen. Die von der Klägerin in der Revisionsbegründung vertretene Ansicht, nach den Einzelheiten der Kredittilgungen sei bei der Vernehmung des benannten Zeugen zu fragen, läuft auf das Ersetzen des fehlenden Tatsachenvortrags durch die Aussage des Zeugen und damit auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus.

III.

Nach alledem bleibt die Revision erfolglos und ist deshalb mit der auf § 97 Abs. 1 ZPO beruhenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Anmerkung:

1. Einleitung – „Märzentscheidung“ reloaded?

Das Rad der Geschichte zum Thema Vollstreckungsunterwerfung, Abtretung und Klauselerteilung bei Sicherungsgrundschulden¹ kommt nicht zum Stehen. Bei Lektüre nur der Entscheidungs-Überschrift wird der fachlich versierte Leser erst einmal erstaunt und mit Recht ausrufen: „Aber das hatten wir doch alles schon einmal. Das ist die Wiederkehr des Urteils des XI. Senats vom 30.3.2010, der sog. Märzentscheidung,² die der eigentlich zuständige VII. Senat zum Glück für die Praxis³ wieder verworfen hat!⁴ Geht es also jetzt wieder von vorne los?“ Der Leser sei an dieser Stelle beruhigt: Dies ist nicht der Fall. Das Rad dreht sich nicht zurück, sondern

¹ Vgl. BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, NJW 2010, 2041 = MittBayNot 2010, 378; BGH, Urteil vom 3.12.2010, V ZR 200/09, BKR 2011, 291 = ZfIR 2011, 584 (Leitsatz); BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489; BGH, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 237/11, NJW 2012, 2354 = DNotZ 2012, 748; auf Aufführung von instanzgerichtlichen Entscheidungen und des Schrifttums wird verzichtet.

² Nämlich in der wohl alles auslösenden „Märzentscheidung“ des XI. Senats, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, NJW 2010, 2041 = MittBayNot 2010, 378.

³ Everts, DNotZ 2011, 724, 728.

⁴ Nämlich durch Beschluss des VII. Senats vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489.

schlicht weiter. Dies zeigt eine Einpassung des Judikats in die bestehende Rechtsprechungslinie. Befriedigend für die prozessuale Dogmatik ist die Entscheidung trotzdem nicht. Auf die tägliche Praxis im Notariat wird sie sich aber voraussichtlich nicht auswirken.

2. Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung

Mit seinem Beschluss vom 29.6.2011⁵ hatte der BGH (VII. Senat), insofern unter Verwerfung der nicht akzeptablen und für die Praxis kaum handhabbaren Märzentscheidung des XI. Senats,⁶ entschieden, dass

- a) bei einer Grundschuldabtretung der Eintritt in den Sicherungsvertrag bzw. die entsprechende treuhänderische Bindung nur Vollstreckungsbedingung im Sinne von § 726 ZPO sein könne und es sich nicht um ein Rechtsnachfolgeproblem im Sinne von § 727 ZPO handle,⁷
- b) jedenfalls der Notar im Klauselerteilungsverfahren nicht qua Auslegung prüfen könne, ja nicht einmal prüfen dürfe, ob jenseits des Wortlauts der Unterwerfungserklärung eine solche Bedingung in der Unterwerfungserklärung enthalten („angelegt“) ist,⁸ sondern
- c) dies der Klauselgegenklage nach § 768 ZPO vorbehalten sei⁹ – und nur mittels dieser auch über den Wortlaut hinaus die Vollstreckungsbedingung anderweitig durch Auslegung und/oder Beweisaufnahme zutage treten könne.

Mit dem in Praxis und Lehre bislang kaum beachteten Besprechungsurteil vom 14.6.2013 baut nun der V. Senat auf diese Erkenntnisse auf und judiziert im Ergebnis, dass

- a) die vorerwähnte Sichtweise des VII. Senats betreffend § 726 ZPO richtig sei,¹⁰
- b) hier nun eine Klauselgegenklage gemäß § 768 ZPO anhängig sei, mit der der mangelnde Eintritt in den Sicherungsvertrag als fehlende Vollstreckungsbedingung eben auch über den Wortlaut hinaus geltend gemacht werden könne,¹¹ und
- c) – umständlich –, dass und wie diese Bedingung hier erfüllt sei.¹²

Die Besprechungsentscheidung steht also nicht im Widerspruch zur bisherigen Judikatur. Vielmehr schließt sie konsequent an diese an. In dem ihr zugrundeliegenden Prozessumfeld (Klage!) steht jetzt zu Recht der Eintritt in den Sicherungsvertrag als Vollstreckungsbedingung im Mittelpunkt, der im Klauselverfahren unberücksichtigt bleiben konnte und musste.

⁵ BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489.

⁶ BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, NJW 2010, 2041 = MittBayNot 2010, 378.

⁷ BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803, Tz. 17; so zuvor schon *Stürner*, JZ 2010, 774, 776; *Everts*, NJW 2011, 567, 568 f.

⁸ BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803, Tz. 19 ff.

⁹ BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803, Tz. 26 ff.

¹⁰ BGH, Urteil vom 14.6.2013, V ZR 148/12, MitBayNot 2014, 270, II. 2. a) cc) (2) (e).

¹¹ BGH, Urteil vom 14.6.2013, V ZR 148/12, MitBayNot 2014, 269, II. 2. a) aa), auch hier unter korrekter Zitierung des Beschlusses vom 29.6.2011 des VII. Senats, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489.

¹² BGH, Urteil vom 14.6.2013, V ZR 148/12, MitBayNot 2014, 269, II. 2. a) bb) etc. der Gründe.

3. Vollstreckungsbedingung – „Missing Link“ in der Argumentationskette

Gleichwohl überzeugt das Urteil an entscheidender Stelle nicht: Denn warum bei dem zugrundeliegenden Sachverhalt bzw. der streitgegenständlichen Unterwerfungserklärung überhaupt eine solche Vollstreckungsbedingung über den Wortlaut hinaus anzunehmen sei, ob kraft Auslegung oder kraft anderer Beweismittel (Klage!, Zeugen o. ä.), – dazu schweigt der V. Senat. Ein entscheidendes Bindeglied in der Argumentationskette fehlt also bei der obigen „Kurzzusammenfassung“ des Beschlusses des VII. Senats, nämlich zwischen den Buchstaben b) und c). Das bloße Zitat dieses Beschlusses¹³ führt deshalb in die Irre!

Nun überprüft der BGH Auslegungen und/oder Tatsachenfeststellungen ja bekanntlich nur eingeschränkt. Womöglich war das Vorliegen einer Vollstreckungsbedingung „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ unstrittig gestellt oder bereits bindend festgestellt, so dass es wirklich nur noch auf Art und Weise des Eintritts in den Sicherungsvertrag ankam? Erst nach Klärung dieses Punkts kennt man den „Schuldigen“. Dazu müsste man aber wiederum die Grundschuldurkunde kennen und die Entscheidungen der Vorinstanzen, die diese Arbeit zuvor eigentlich geleistet haben müssten.

a) Zur Sachbehandlung in den Vorinstanzen

Wenn man sich als Rezensent der Mühe¹⁴ einer entsprechenden Analyse unterzieht, so erfährt man Folgendes: In der Ausgangsentscheidung des LG Dortmund¹⁵ findet man zum Text der Grundschuld selbst nicht mehr als auch im Tatbestand des Besprechungsurteils, so dass unterstellt werden darf, dass es sich um den üblichen Wortlaut einer Unterwerfungserklärung ohne irgendwelche Anhaltspunkte für eine Vollstreckungsbedingung handelte.

Das Urteil des LG Dortmund gibt im Tatbestand aber auch Passagen der Zweckerklärung wieder, die ja, anders als bei der Klauselerteilung zur Rechtsnachfolge, bei der Klauselgegenklage als Beweismittel für eine, wenn auch nicht wörtliche, Vollstreckungsbedingung herangezogen werden könnte (und wohl auch müsste). Dort heißt es:

„Hinsichtlich der Verwertbarkeit der Grundschuld enthielt die Zweckbestimmungserklärung folgende Vereinbarungen:

3. Verwertung der Grundschuld und der persönlichen Haftung

(1) Die Bank ist berechtigt, die Grundschuld durch Zwangsversteigerung zu verwerten oder den Sicherungsgeber aus seiner persönlichen Haftung in Anspruch zu nehmen, wenn der Kreditnehmer fällige Zahlungen auf die gesicherten Forderungen trotz Nachfristsetzung nicht erbracht hat und die Bank aufgrund der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen oder aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zur Kündigung der gesicherten Forderung berechtigt ist. Entsprechendes gilt, wenn ein Kredit zum vereinbarten Rückzahlungstermin nicht getilgt wird.

(2) (...)

¹³ BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489.

¹⁴ Der Rechtsstreit erstreckte sich über gut sechs Jahre mit sechs Vorinstanzen, darunter bereits zweimal der BGH.

¹⁵ LG Dortmund, Urteil vom 6.11.2008, 12 O 109/08, BeckRS 2011, 01822.

(3) Die Bank ist unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen berechtigt, die Grundschuld auch freihändig durch Veräußerung zu verwerten. Ohne Zustimmung des Sicherungsgebers darf die Bank die Grundschuld jedoch nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe veräußern.

(...)

Wegen der weiteren Einzelheiten der Zweckbestimmungserklärung wird auf die Anlage K 5 verwiesen.“

Da entscheidungserhebliche Tatsachen in den Urteilstatbestand unmittelbar aufgenommen werden müssen, ist zu unterstellen, dass sich in der Anlage K 5 keine weiteren Anhaltspunkte für das Vollstreckbarkeitsproblem mehr finden. Dann wäre aber allein Ziffer 3 Abs. 3 Satz 2 ein Anhaltspunkt für eine treuhänderische Bindung der Unterwerfungserklärung zu entnehmen. Wegen textlicher Unbestimmtheit¹⁶ hätte also gerade dieser Punkt weiter aufgeklärt werden müssen. Weder das LG Dortmund noch eine einzige der darauf folgenden Entscheidungen gehen hierauf jedoch näher ein. Eine Außerstreitstellung wird ebenfalls nirgendwo erwähnt.

In der Ausgangsinstanz und beim ersten Berufungsurteil des OLG Hamm vom 7.9.2009¹⁷ war dabei freilich die Problematik noch nicht bekannt; das OLG Hamm befasst sich darüber hinaus nur mit der formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung unter AGB-Gesichtspunkten. Der BGH beschränkt sich in seinem ersten Revisionsurteil vom 3.12.2010 sodann darauf, lediglich die – später verworfene! – Rechtsauffassung des XI. Senats zur eingeschränkten Unterwerfungserklärung vom März desselben Jahres¹⁸ als „Segelanweisung“ zu geben.¹⁹ Daraufhin erfolgt ein prozessuales Intermezzo, in welchem das OLG Hamm in seinem zweiten Berufungsurteil²⁰ die im laufenden Verfahren von der Abwehrklage nach § 767 ZPO auf die Klauselgegenklage nach § 768 ZPO geänderte Berufung als unzulässig zurückweist, was wiederum der BGH in seinem zweiten Revisionsurteil²¹ nicht akzeptiert, um dann lediglich an die besagte „Segelanweisung“ zu erinnern – obgleich da die Entscheidung des VII. Senats vom 29.6.2011²² schon längst bekannt und veröffentlicht war.

In seinem dritten Berufungsurteil vom 4.6.2012 nimmt das OLG den ihm vom V. Senat des BGH zugespielten Ball nun offenbar dankbar an, nimmt also das Vorliegen einer Vollstreckungsbedingung ungeprüft hin und befasst sich ebenfalls nur mit dem Eintritt in den Sicherungsvertrag (und bejaht diesen, wie jetzt im Ergebnis auch der BGH). Das war falsch. Zum einen war zum Zeitpunkt auch dieses Urteils die Rechtsprechung des VII. Senats,²³ die eine solche „Wortlautaus-

legung“ der Unterwerfungserklärung untersagt hatte, schon über ein Jahr alt und veröffentlicht. Und immerhin befand man sich ja im Ergebnis bereits in einer Verfahrensart (Klauselgegenklage, § 768 ZPO), in der eine weitergehende Prüfung auf eine treuhänderische Bindung hin zulässig gewesen wäre. Zum anderen besteht, anders als das OLG Hamm meinte, bei bloßen „Segelanweisungen“ des BGH gerade keine Bindung nach § 563 Abs. 2 ZPO.²⁴

b) Weiterhin: Kein Automatismus für Vollstreckungsbedingungen bei Sicherungsgrundschulden

Alleinverantwortlich für die Begründungslücke im Besprechungsurteil ist also nach alledem tatsächlich der V. Senat selbst: Er hätte entweder die Auslegung der entsprechenden Passagen hin auf eine Vollstreckungsbedingung selbst vornehmen müssen, wenn er die Voraussetzungen dafür für gegeben gehalten hätte (meines Erachtens eher schwer vorstellbar), oder die Sache erneut an das OLG Hamm zur weiteren tatsächlichen Aufklärung auch noch dieses Punktes zurückverweisen müssen. Keinesfalls richtig wäre es, dasjenige, was schon bei der Klauselerteilung nicht einfach angenommen werden kann, nämlich den Eintritt in den Sicherungsvertrag als Vollstreckungsbedingung, auch auf der prozessualen Ebene – weiterhin ungeprüft – zu unterstellen. Bei der Lektüre von Abschnitt II. 2. a) aa) der Gründe drängt sich ein solcher Verdacht aber auf, da hier die Entscheidung des VII. Senats vom 29.6.2011²⁵ zwar zitiert wird, aber allein unter dem Aspekt „richtiger Rechtsbehelf“. Auch wird das OLG Hamm in den vorangehenden Revisionsentscheidungen jedes Mal explizit „aufgefordert“, lediglich den Eintritt in den Sicherungsvertrag zu prüfen, nicht aber, ob eine diesbezügliche Vollstreckungsbedingung überhaupt vorliegt. Ein solcher Ansatz nach dem Motto „Wir sind ja jetzt bei § 768 ZPO, also gelten hier die alten Grundsätze der Märzentscheidung weiter“ wäre aber unzutreffend. Das wäre keine Auslegung, sondern ergebnisorientiertes Wunschenken. Vielmehr muss das Prozessgericht, und zwar gerade das Prozessgericht, das Vorliegen einer (nicht wörtlichen) Vollstreckungsbedingung klären, was demgegenüber dem Klauselorgan nicht möglich bzw. sogar verwehrt ist. Das ist im vorliegenden Fall leider komplett unterblieben. Das eingangs erwähnte Rad ist also steckengeblieben.

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass die vorstehende Problematik sich für „Neufälle“ (vgl. Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB) nicht durch § 1192 Abs. 1a BGB erledigt hat. Dort geht es lediglich um den Erhalt schuldrechtlicher Einreden des Schuldners gegenüber dem Neugläubiger einer Grundschuld auch ohne Eintritt in den Sicherungsvertrag. Davon ist die hier allein interessierende prozessuale Frage abzugrenzen, ob nach den getroffenen Vereinbarungen der weitere Bestand der Vollstreckungsunterwerfung nach Abtretung der Grundschuld vom Eintritt in den Sicherungsvertrag abhängen soll. Hierfür gibt § 1192 Abs. 1a BGB nichts her. „Sicherungsvertraglich gebunden ist nicht die prozessuale Unterwerfungserklärung, sondern allein die Grundschuld.“²⁶

4. Folgen für die Praxis

Die Entscheidung des V. Senats lässt die Kreditwirtschaft vermutlich etwas ratlos zurück. Diese wird weiterhin bemüht

¹⁶ „... ohne Zustimmung des Sicherungsgebers ... nur zusammen mit der gesicherten Forderung“ lässt m. E. Deutungen in alle Richtungen offen – auch, ob in den Neuvaluierungs- oder Umschuldungsfällen die Zustimmung eine etwa anzunehmende Bedingung wieder ausfallen lässt, vgl. hierzu noch unten 4.

¹⁷ OLG Hamm, Urteil vom 7.9.2009, I-5 U 42/09, BeckRS 2011, 01821.

¹⁸ BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, NJW 2010, 2041 = MittBayNot 2010, 378.

¹⁹ BGH, Urteil vom 3.12.2010, V ZR 200/09, BeckRS 2011, 01771 = ZfIR 2011, 584 (nur Leitsatz).

²⁰ OLG Hamm, Urteil vom 4.4.2011, I-5 U 42/09, BeckRS 2011, 13889.

²¹ BGH, Urteil vom 27.1.2012, V ZR 92/11, BeckRS 2012, 05392.

²² BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489.

²³ BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489.

²⁴ BGH, FamRZ 1990, 282, 283; *Musielak/Ball*, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 563 Rdnr. 11.

²⁵ BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489.

²⁶ BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803, Tz. 17.

sein müssen, entweder die Grundsuldformulare oder die Zweckbestimmungsformulare im Hinblick auf den Fortbestand der sofortigen Vollstreckbarkeit in Abtretungsfällen zu überarbeiten, um späteren Überraschungen seitens der Prozessgerichte vorzubeugen. Der Besprechungsfall zeigt, dass solche auch noch nach Jahren drohen. Zudem (und ebenso überraschend wie spät) könnten auf prozessualer Ebene die Fälle der Abtretungen ohne fortbestehende Sicherungsverträge, also im Zuge von Umschuldungen oder Neuvaluierungen,²⁷ erneut Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen werden, insbesondere wenn man sich den apodiktischen Umgang des V. Senats im Besprechungsfall mit der Annahme einer Vollstreckungsbedingung vor Augen führt. Bewirkt hier die Zustimmung des Schuldners den Ausfall einer andernfalls anzunehmenden Vollstreckungsbedingung? Zweckerklärungsbestimmungen, wie zum Beispiel die dem Rezensionsfall zugrundeliegende, münden unvermeidlich in schwierige Auslegungsfragen und schlimmstenfalls in langwierige Gerichtsverfahren.

Für die Notarpraxis besteht jedoch kein Anlass zu erneuter Verunsicherung. Der Notar muss gemäß den Grundsätzen des VII. Senats vom 29.6.2011²⁸ dem Zessionar einer Sicherungsschuld die Klausel als Rechtsnachfolger weiterhin, auch ungeachtet des vorstehenden Urteils des V. Senats, erteilen, wenn die Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. Der Eintritt in den Sicherungsvertrag muss dabei nicht nachgewiesen werden, es sei denn, die Klauselerteilung wäre in der Unterwerfungserklärung ausdrücklich davon abhängig gemacht.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

²⁷ Vgl. hierzu auf der seinerzeit problematischen Klausel-Ebene Everts, NJW 2011, 567 ff.

²⁸ Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 = MittBayNot 2011, 489.

16. BGB §§ 723, 730, 731 Satz 2, §§ 749, 753 Abs. 1; ZVG § 181 Abs. 1; ZPO §§ 769, 771 Abs. 3; HGB §§ 146, 155 (Anordnung der Teilungsversteigerung zur Auseinandersetzung des Vermögens einer gekündigten GbR)

1. Gegenstand eines Teilungsversteigerungsverfahrens kann auch das Grundstück einer GbR sein. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ändert daran nichts.
2. Den Antrag kann der einzelne Gesellschafter stellen, ohne zuvor seinen Anspruch auf Versteigerung des Gesellschaftsgrundstücks gegen die übrigen Gesellschafter oder die GbR gerichtlich durchsetzen zu müssen.
3. Die GbR selbst und die übrigen Gesellschafter können Einwände aus dem Gesellschaftsvertrag oder dem Gesellschaftsverhältnis gegen die Teilungsversteigerung im Wege der Widerspruchsklage analog § 771 ZPO geltend machen.

BGH, Beschluss vom 16.5.2013, V ZB 198/12

I.

Die Beteiligten erwarben 1986 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) das eingangs bezeichnete Grundstück. Sie nutzten es teilweise selbst und vermieteten es im Übrigen. Im Laufe der Jahre kam es zu Spannungen zwischen den Beteiligten, die dazu führten, dass der Be-

teiligte zu 4 Mietüberschüsse nicht mehr an die übrigen Beteiligten auszahlte und schließlich die von ihm als Rechtsanwaltskanzlei genutzten Räume in dem Anwesen aufgab. Die Beteiligte zu 1 kündigte mit Schreiben vom 10.3.2010, 17.1.2012 und vom 22.2.2012 die Gesellschaft.

Das Vollstreckungsgericht hat auf Antrag der Beteiligten zu 1 die Teilungsversteigerung des Grundstücks angeordnet. Einen Antrag des Beteiligten zu 4 auf einstweilige Einstellung des Verfahrens hat es zurückgewiesen. Die sofortigen Beschwerden des Beteiligten zu 4 gegen beide Entscheidungen sind ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde strebt der Beteiligte zu 4 in erster Linie die endgültige Aufhebung der Teilungsversteigerung, in zweiter Linie die einstweilige Einstellung an.

Aus den Gründen:

II.

Das Beschwerdegericht hält die Anordnung der Teilungsversteigerung durch das Vollstreckungsgericht für rechtmäßig. Das Grundstück einer GbR gehöre zwar nicht deren Gesellschaftern gemeinschaftlich, sondern dieser selbst. Es könne dessen ungeachtet aber im Wege der Teilungsversteigerung verwertet werden, wenn die Gesellschaft wirksam gekündigt worden sei. Denn die Vorschriften über die Teilungsversteigerung würden in § 731 Satz 2, § 753 Abs. 1 BGB für anwendbar erklärt. Den Antrag müssten auch nicht alle Gesellschafter gemeinsam stellen. Vielmehr sei jeder einzelne Gesellschafter zur Antragstellung befugt. Für die Anordnung sei nur der Zugang der Kündigung in öffentlicher Form nachzuweisen, nicht dagegen die Wirksamkeit der Kündigung. Einwände gegen die Wirksamkeit der Kündigung seien im Wege der Widerspruchsklage analog § 771 ZPO geltend zu machen. Eine einstweilige Einstellung der Teilungsversteigerung komme nur aus Gründen in Betracht, die innerhalb des in § 180 Abs. 2 ZVG bestimmten Zeitraums einen befristeten Aufschub angemessen erscheinen ließen, nicht dagegen, wenn, wie hier, die Statthaftigkeit des Verfahrens in Zweifel gezogen werde.

III.

Diese Erwägungen treffen zu.

1. Die Anordnung der Teilungsversteigerung durch das Vollstreckungsgericht ist rechtmäßig.

a) Sie ist auch zur Auseinandersetzung des Vermögens einer gekündigten GbR zulässig.

aa) Die Zulässigkeit der Teilungsversteigerung ergibt sich allerdings nicht (mehr) unmittelbar aus § 180 Abs. 1 ZVG. Denn das Grundstück einer GbR steht in deren Alleineigentum und nicht im gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Gesellschafter (Senat, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102, 107 f.). Dass die GbR nach § 47 Abs. 2 GBO unter Angabe ihrer Gesellschafter einzutragen ist, ändert daran nichts (vgl. Senat, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, BGHZ 187, 344, 348 Rdnr. 13).

bb) Die Zulässigkeit der Teilungsversteigerung eines Gesellschaftsgrundstücks ergibt sich aber daraus, dass für die Auseinandersetzung des Vermögens einer gekündigten GbR nach § 731 Satz 2 BGB die Regeln der Gemeinschaft gelten und die Teilung eines Grundstücks danach gemäß § 753 Abs. 1 BGB durch Teilungsversteigerung zu erfolgen hat. Daraus folgt nach heute nahezu unbestrittener Ansicht, dass auch das Grundstück einer GbR im Wege der Teilungsversteigerung, für die dann die Vorschriften der §§ 181 bis 184 ZVG entsprechend gelten, versteigert werden kann (Senat, Beschluss vom 29.11.2007, V ZB 26/07, NJW-RR 2008, 1547, 1548 [implizite]; LG Hamburg, Beschluss vom 26.2.2002, 328 T 103/01, Rpfleger 2002, 532; Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 180 Rdnr. 9;

Stöber, ZVG, 20. Aufl., § 180 Anm. 2.4c und 11.7; in diesem Punkt auch AG Dortmund, Beschluss vom 15.9.2011, 273 K 033/11, juris Rdnr. 16; *Stumpe* in *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, HK-Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., § 180 Rdnr. 12 und § 181 Rdnr. 12; zur alten Rechtslage LG Lübeck, Beschluss vom 6.3.1986, 7 T 162/86, NJW-RR 1986, 836, 837; LG Konstanz, Beschluss vom 5.5.1987, 1 T 68/87, NJW-RR 1987, 1023, 1024; *Eickmann*, Die Teilungsversteigerung, 5. Aufl., Rdnr. 14; *Hamme*, Die Teilungsversteigerung, 2001, Rdnr. 17; *Hintzen*, Rpfleger 1992, 262, 264). Die früher im Anschluss an das Reichsgericht (JW 1934, 3268 f.) vertretene Ansicht, § 753 Abs. 1 BGB sei auf Gesellschaftsvermögen nicht anwendbar, weil dieses nach der Verkehrssitte zu verwerten sei (LG Hamburg, Beschluss vom 14.7.1982, 76 T 44/82, Rpfleger 1983, 35; Beschluss vom 3.7.1989, 76 T 60/89, Rpfleger 1989, 519; RGRK/v. *Gamm*, BGB, 12. Aufl., § 733 Rdnr. 12), ist heute überholt (*Bamberger/Roth/Schöne*, BGB, 3. Aufl., § 733 Rdnr. 19; *Erman/H. P. Westermann*, BGB, 13. Aufl., § 733 Rdnr. 7; *MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer*, 5. Aufl., § 733 Rdnr. 23; *Palandt/Sprau*, 72. Aufl., § 733 Rdnr. 11; *Soergel/Hadding/Kießling*, BGB, 13. Aufl., § 733 Rdnr. 16; *Staudinger/Habermeier*, Stand 2002, § 733 Rdnr. 13) und verkürzt auch die Aussage des RG, das die Pfandverwertung und damit bei einem Grundstück die Teilungsversteigerung als letztes Mittel stets zuließ (JW 1934, 3268, 3269 a. E.). An der entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschriften über die Teilungsversteigerung auf Gesellschaftsgrundstücke ändert auch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR durch den BGH (Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 343 f.) nichts (a. M. *Hintzen* in *Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer*, ZVG, 14. Aufl., § 180 Rdnr. 27; *Becker*, ZfIR 2013, 314, 318). Die Teilrechtsfähigkeit hat nur die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens, nicht aber die Anwendung der Vorschriften über die Auflösung der GbR verändert.

b) Zu Recht nimmt das Beschwerdegericht weiter an, dass die Beteiligte zu 1 allein befugt ist, die Anordnung der Teilungsversteigerung zu beantragen.

aa) Die Frage, wer bei Grundstücken einer GbR zur Stellung des Antrags auf Teilungsversteigerung berechtigt ist, ist umstritten. Nach einer Ansicht ist der einzelne Gesellschafter nicht zur Stellung des Antrags auf Anordnung der Teilungsversteigerung befugt. Die Antragsbefugnis stehe vielmehr nur allen Gesellschaftern gemeinsam zu, weil ihnen nach erfolgter Kündigung der Gesellschaft gemäß § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB die Geschäftsführung gemeinschaftlich obliege (AG Dortmund, Beschluss vom 15.9.2011, 273 K 033/11, juris Rdnr. 16; *Stumpe* in *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, HK-Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., § 180 Rdnr. 12 und § 181 Rdnr. 12; ähnlich LG Hamburg, Beschluss vom 14.7.1982, 76 T 44/82, Rpfleger 1983, 35; Beschluss vom 3.7.1989, 76 T 60/89, Rpfleger 1989, 519). Nach der Gegenauffassung, der auch das Beschwerdegericht folgt, ist die Teilungsversteigerung des Grundstücks einer gekündigten GbR auf Antrag jedes einzelnen Gesellschafters zulässig (LG Hamburg, Beschluss vom 26.2.2002, 328 T 103/01, Rpfleger 2002, 532; *Böttcher*, ZVG, 5. Aufl., § 180 Rdnr. 9; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 180 Anm. 2.4c und 11.7; zur alten Rechtslage LG Konstanz, Beschluss vom 5.5.1987, 1 T 68/87, NJW-RR 1987, 1023, 1024; *Eickmann*, Die Teilungsversteigerung, 5. Aufl., Rdnr. 14; *Hamme*, Die Teilungsversteigerung, 2001, Rdnr. 17; *Hintzen*, Rpfleger 1992, 262, 264; hiervon geht auch LG Lübeck, Beschluss vom 6.3.1986, 7 T 162/86, NJW-RR 1986, 836, 837, aus). Der BGH hat sich mit der Frage bislang nur einmal ausdrücklich befasst (Urteil vom 5.12.1991, IX ZR 270/90, BGHZ 116, 222, 228 f.), sie aber

nicht entschieden (übersehen bei *Hintzen*, Rpfleger 1992, 262, 264). Der Senat ist mittlerweile jedoch unausgesprochen von der Antragsbefugnis des einzelnen Gesellschafters ausgegangen (Beschluss vom 29.11.2007, V ZB 26/07, NJW-RR 2008, 1547, 1548).

bb) Daran hält der Senat fest.

(1) Nach dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften kann der einzelne Gesellschafter einer GbR die Teilungsversteigerung eines Grundstücks der GbR beantragen. Nach § 731 Satz 2 BGB gelten nämlich für die Auseinandersetzung der GbR die Vorschriften über die Gemeinschaft. Diese verweisen in § 753 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BGB auf die Zwangsversteigerung, und damit auf die besonderen Vorschriften über die Versteigerung zur Aufhebung einer Gemeinschaft in den §§ 180 bis 184 ZVG. Nach § 181 ZVG bedarf der Teilhaber zur Einleitung des Verfahrens keines Titels. Er kann vielmehr ohne Weiteres die Teilungsversteigerung beantragen (BGH, Urteil vom 23.2.1984, IX ZR 26/83, BGHZ 90, 207, 216). Er muss allerdings nach § 181 Abs. 2 Satz 1 ZVG als Mitberechtigter im Grundbuch eingetragen sein. Dem entspricht bei der GbR die Eintragung als Gesellschafter nach Maßgabe von § 47 Abs. 2 GBO.

(2) Das Antragsrecht des einzelnen Gesellschafters entspricht auch den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers.

(a) Das Antragsrecht des Teilhabers ist nach der ihm zugrundeliegenden materiellrechtlichen Regelung in § 749 Abs. 1 BGB allerdings schon bei der Gemeinschaft nicht selbstverständlich. Nach dieser Vorschrift kann der Teilhaber von den übrigen jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Das lässt erwarten, dass er diesen Aufhebungsanspruch gegen die übrigen Teilhaber gerichtlich durchsetzen muss und erst auf der Grundlage eines entsprechenden Titels die Teilungsversteigerung beantragen kann. Ein Teil der vor dem Erlass des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung geltenden landesrechtlichen Regelungen ließ deshalb die Teilungsversteigerung, anders als in dem heutigen § 181 Abs. 1 ZVG vorgesehen, nur aufgrund eines Titels über die Aufhebung der Gemeinschaft gegen die übrigen Teilhaber zu. Andere landesrechtliche Regelungen, insbesondere das damalige preußische Recht, verzichteten demgegenüber auf einen solchen Titel und ließen einen einfachen Antrag genügen. Der erste Entwurf des damaligen Bundesrats für ein Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen folgte dem ersten Lösungsansatz und sah in seinem § 229 keine Ausnahme von dem an sich bestehenden Erfordernis eines Vollstreckungstitels vor. Nicht die Teilhaber, die mit einer Teilungsversteigerung nicht einverstanden waren, sollten auf den Klageweg verwiesen werden, sondern derjenige, der sie anstrebte (Motive zum ZVG, 1889, S. 60, 360). Im weiteren Gesetzgebungsverfahren setzte sich dagegen schon in der Erstfassung des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung mit dem heutigen § 181 Abs. 1 ZVG das preußische Recht durch. Die Zulässigkeit der Teilung sei in den meisten Fällen unstrittig. Es bedürfe deshalb keines Rechtsstreits darüber, der für die Beteiligten nur unnötigen Kostenaufwand verursache. Der Teilhaber, der die Unzulässigkeit der Teilung behauptete, könne darauf verwiesen werden, diesen Einwand mit der Widerspruchsklage analog dem heutigen § 771 ZPO geltend zu machen. Außerdem könne die Tatsache, dass die Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen sei, in das Grundbuch eingetragen werden (vgl. § 1010 Abs. 1 BGB) und sei dann von dem Vollstreckungsgericht zu berücksichtigen (*Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1897, Bd. 5, S. 69).

(b) Bei der Schaffung des heutigen § 731 Satz 2 BGB hat eine vergleichbare Diskussion nicht stattgefunden. Der damalige Reichsgesetzgeber hat für die Teilung des Gesellschaftsvermögens auf das Recht der Gemeinschaft verwiesen, weil dies dem früheren Landes Zivilrecht entsprach. Er hat die Einzelheiten im Gesetzgebungsverfahren nicht weiter reflektiert (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, II. Band, 1899, S. 352, 999). Das lag damals allerdings auch nahe. Die GbR war seinerzeit nicht als rechtsfähig anerkannt. Der Reichsgesetzgeber ging im Gegenteil davon aus, dass ein „geschlossenes Gesellschaftsvermögen“ nicht bestehe, vielmehr das „infolge des Vertrags gemeinschaftlich gewordene Vermögen“ den Gesellschaftern selbst zustehe (Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, S. 591). Mit dem Verweis auf das Gemeinschaftsrecht hat er aber auch die dort gefundene verfahrensrechtliche Lösung für die GbR übernommen.

(3) Die mit § 731 Satz 2, § 753 Abs. 1 Satz 1 BGB nach wie vor vorgeschriebene Anwendung des Gemeinschaftsrechts auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht steht nicht im Widerspruch zu der durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR veränderten Systematik des Rechts der GbR oder zu dessen Zwecken. Zwingende Gründe, die Vorschrift des § 731 Satz 2 BGB einschränkend auszulegen, bestehen deshalb nicht.

(a) Die Vorstellung des Reichsgesetzgebers, dass es ein „geschlossenes Gesellschaftsvermögen“ nicht gebe, dieses vielmehr den Gesellschaftern zustehe, ist allerdings durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR überholt. Deren wesentliche Rechtsfolge ist, dass es eben dieses geschlossene Gesellschaftsvermögen heute gibt und dass das von dem Reichsgesetzgeber so bezeichnete „infolge des Vertrags gemeinschaftlich gewordene Vermögen“ gerade nicht mehr den Gesellschaftern, sondern dem Verband selbst zusteht. Entscheidende Veränderungen bewirkt diese konzeptionelle Neuorientierung aber nur für die werbende Außen-GbR. Sie hätte den Gesetzgeber veranlassen können, die Abwicklung einer solchen GbR stärker an die Abwicklung einer oHG anzunähern, wie sie namentlich in § 146 Abs. 1 und § 155 Abs. 1 HGB geregelt ist. Eine solche Änderung hat der Gesetzgeber indessen nicht vorgenommen. Sie ist auch nicht zwingend. Die Aufteilung des Grundvermögens einer GbR betrifft – nach Begleichung der Verbindlichkeiten gegenüber Dritten – das Innenverhältnis der Gesellschafter in der Abwicklungsphase untereinander. In diesem Verhältnis wirkt sich die Anerkennung der Rechtsfähigkeit nicht aus. Jedenfalls lässt sich die Aufteilung des Grundvermögens der GbR unter Anwendung der Regelungen über die Teilungsversteigerung vornehmen, wie das bis heute gesetzlich vorgesehen ist.

(b) Auch die Besonderheiten der Abwicklung einer GbR stehen der Anwendung der Vorschriften über die Teilungsversteigerung nicht entgegen. Anders als eine typische Gemeinschaft kann die GbR allerdings nicht sofort durch Umsetzung ihres Vermögens in Geld (vgl. § 733 Abs. 3 BGB) vollbeendet werden. Sie wird in ihrer werbenden Phase Verbindlichkeiten eingegangen sein und noch Außenstände haben. Beides muss geordnet abwickelt werden. Deshalb sieht das Gesetz in § 733 Abs. 3 und § 734 BGB die Umsetzung von Gesellschaftsvermögen in Geld nur für den Fall vor, dass das Geldvermögen der GbR zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nicht ausreicht oder dass die Verteilung des Überschusses in Natur nicht erreichbar ist. Sowohl die Abwicklung als auch die Verteilung des Überschusses obliegt nach § 730 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BGB allen Gesellschaftern gemeinschaftlich. Diese Besonderheit der GbR steht indessen einer Befugnis des einzelnen Gesellschafters zur Stellung des Antrags auf Anordnung der Teilungsversteigerung nicht entgegen. Zu der Stellung eines

solchen Antrags wird es nur kommen, wenn sich die Gesellschafter gerade hierauf geeinigt haben oder, was näher liegt, weil sie sich über die Verwertung uneins sind, ihre gemeinschaftliche Geschäftsführung also gerade nicht gelingt. In dieser Lage kann der einzelne Gesellschafter die Versteigerung des Gesellschaftsgrundstücks jedenfalls verlangen, wenn das Vermögen der Gesellschaft – wie hier – im Wesentlichen nur aus dem Grundstück besteht (Urteil vom 5.12.1991, IX ZR 270/90, BGHZ 116, 222, 228 f.). Es liegt dann nicht anders als bei der Gemeinschaft, bei der sich der Gesetzgeber für einen Verzicht auf eine vorherige Klage entschieden hat. Dem entspricht die Verweisung in § 731 Satz 2 BGB.

(c) Eine einschränkende Auslegung von § 731 Satz 2 BGB gebietet auch der Umstand nicht, dass die Teilungsversteigerung des Grundstücks einer GbR eine wirksame Kündigung der GbR voraussetzt, im Teilungsversteigerungsverfahren aber nur die Abgabe und der Zugang der Kündigungserklärung, nicht ihre Wirksamkeit geprüft werden kann.

(aa) In der Notwendigkeit einer wirksamen Kündigung unterscheidet sich das Recht der GbR allerdings von dem Recht der Gemeinschaft. Sie entspricht zwar funktionell dem Aufhebungsanspruch des Teilhabers nach § 749 BGB, der, was aus § 749 Abs. 2 BGB folgt, auch ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann. Es ist aber schon nicht so, dass der Gesetzgeber mit dem Recht zur jederzeitigen Kündigung nach § 723 Abs. 1 BGB ein gesetzliches Leitbild für „die“ GbR festgelegt hätte. Vielmehr ist das eine Regelung nur für eine von mehreren unterschiedlichen, jedoch gleichwertig nebeneinanderstehenden Formen der unbefristeten und der befristeten GbR (BGH, Urteil vom 22.5.2012, II ZR 205/10, NJW-RR 2012, 1242, 1243 Rdnr. 11). Diese unterschiedlichen Formen der GbR können in dem Gesellschaftsvertrag individuell ausgestaltet werden. Es muss deshalb von dem Vorhandensein sehr unterschiedlicher Kündigungsregelungen ausgegangen werden. Dann aber fehlen Anhaltspunkte dafür, dass es über die gesellschafts(vertrags)rechtlichen Vorgaben für die Kündigung der GbR und die Verwertung ihres Vermögens unter den Gesellschaftern der GbR in den meisten Fällen keinen Streit gäbe, wie der Gesetzgeber das für die Gemeinschaft voraussetzen konnte. Vielmehr spricht viel dafür, dass es in einer nicht zu vernachlässigenden Zahl von Fällen unter den Gesellschaftern zu Meinungsverschiedenheiten darüber kommt oder jedenfalls kommen kann.

(bb) Auf diesen Unterschied kommt es aber nicht entscheidend an. Der Gesetzgeber hat auch bei der Gemeinschaft Streit darüber nicht für unmöglich gehalten, dass eine Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen oder eingeschränkt und damit eine Teilungsversteigerung nicht oder noch nicht zulässig ist. Er wollte die Last des gerichtlichen Verfahrens jedoch nicht dem aufhebungswilligen, sondern umgekehrt dem Teilhaber zumuten, der die Teilungsversteigerung verhindern will. Es kommt deshalb entscheidend darauf an, ob diese Wertung auch für die GbR gerechtfertigt ist. Der Senat bejaht diese Frage:

(aaa) Ohne ein Antragsrecht könnte der einzelne Gesellschafter einer GbR die Teilungsversteigerung des Grundstücks der GbR nur erreichen, wenn alle Gesellschafter zustimmen oder er seinen Versteigerungsanspruch einklagt. Die Zustimmung aller Gesellschafter zu erreichen wird nicht immer gelingen. Die Nichterteilung der Zustimmung muss dabei nicht sachlich begründet sein. Sie kann ihren Grund auch in Bequemlichkeit, Unsicherheit oder Angst vor der in der Zustimmung zum Ausdruck kommenden Mitverantwortung für die Versteigerung haben. Erteilen aber nicht alle Gesellschafter die Zustimmung, muss der an der Versteigerung interessierte Gesellschafter die Gesellschafter, die nicht zugestimmt haben, auf

Zustimmung verklagen, auch wenn sie eigentlich keine Sacheinwände haben. Diese Last schien dem Gesetzgeber bei der Gemeinschaft unangebracht. Diese Wertung lässt sich auch bei der GbR durchaus sachlich rechtfertigen. Es gibt zahlreiche Ehegatten- und Grundstücks-Gesellschaften bürgerlichen Rechts, deren Auseinandersetzung letztlich nur im Wege der Teilungsversteigerung möglich ist. Bei solchen Gesellschaften verursachte ein Zwang zur Klage auf Zustimmung zur oder Duldung der Zwangsversteigerung nicht unerhebliche, letztlich unnötige Prozesskosten; außerdem erschwerte und verzögerte er eine Auseinandersetzung ohne Not. Bei ihnen liegt es nicht anders als bei der Auseinandersetzung der Gemeinschaft, auf deren Regeln § 731 Satz 2, § 753 Abs. 1 Satz 1 BGB verweisen.

(bbb) Im Ergebnis genauso liegt es bei größeren Gesellschaften bürgerlichen Rechts, insbesondere solchen, die Träger von Unternehmen sind.

Gerade bei solchen Gesellschaften kann das Recht eines Gesellschafters, die Teilungsversteigerung eines Gesellschaftsgrundstücks ohne vorherigen Rechtsstreit zu beantragen, allerdings zu Störungen führen. Ein böswilliger Gesellschafter könnte den Umstand, dass die Wirksamkeit der Kündigung der GbR im Teilungsversteigerungsverfahren von dem Vollstreckungsgericht nicht zu prüfen ist, etwa dazu missbrauchen, mit einem sachlich nicht gerechtfertigten Antrag auf Versteigerung eines Betriebsgrundstücks seinen gesellschaftsinternen Forderungen Nachdruck zu verleihen. Störungen sind auch möglich, wenn die GbR an sich aufgelöst werden soll, aber etwa Streit darüber besteht, ob ein Betriebsgrundstück isoliert oder zusammen mit dem Unternehmen der GbR verwertet werden soll. Hier könnte ein Gesellschafter mit einem Antrag auf Teilungsversteigerung des zur Unternehmensveräußerung benötigten Betriebsgrundstücks die anderen Gesellschafter unter Druck setzen.

Diese möglichen Störungen rechtfertigen es nach der Überzeugung des Senats indessen nicht, die Grundentscheidung des Gesetzgebers für das Antragsrecht des einzelnen Gesellschafters einzuschränken. Der Gesetzgeber hat seine Entscheidung bei dem Recht der Gemeinschaft nicht nur mit dem Kostenargument, sondern auch damit begründet, dass dem Teilhaber, der sich gegen die Teilungsversteigerung wendet, der Rechtsstreit eher zuzumuten sei. Diese Überlegung trifft auch für die GbR und gerade auch für solche Gesellschaften zu, die Trägerinnen von Unternehmen sind und bei denen am ehesten Störungen zu befürchten sind. Die Teilungsversteigerung von Gesellschaftsgrundstücken schlechthin von einem Rechtsstreit über die Erteilung der Zustimmung zur Zwangsversteigerung abhängig zu machen, wäre im Wesentlichen nur bei solchen Gesellschaften gerechtfertigt. Gerade deren Gesellschaftern ist es aber ohne Weiteres möglich und auch zuzumuten, sich gegen den Antrag mit der Widerspruchsklage zur Wehr zu setzen. Ihnen kommt dabei auch zugute, dass sich ein Gesellschafter, der mit einem Antrag auf Teilungsversteigerung gegen seine Pflichten als Gesellschafter verstößt, gegenüber der GbR selbst und gegenüber ihren Gesellschaftern schadenersatzpflichtig machen kann und damit ein beträchtliches Haftungsrisiko eingeht. Die so entstehende Last eines Widerspruchsklageverfahrens ist den Gesellschaftern einer GbR nicht zuletzt auch deshalb zuzumuten, weil sie diese Folge durch einen Formwechsel in eine der Gesellschaftsformen vermeiden können, die der Gesetzgeber speziell für die Führung von Unternehmen vorgesehen hat. Dieser wäre etwa beim Wechsel in eine oHG ohne großen Aufwand durch Anmeldung zum Handelsregister möglich.

(d) Der Gesellschafter muss ferner nicht im Interesse eines effektiven Schutzes der GbR selbst oder der übrigen Gesell-

schafter darauf verwiesen werden, vor der Stellung des Antrags auf Teilungsversteigerung den Versteigerungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter gerichtlich durchzusetzen. Die GbR und die übrigen Gesellschafter können ihre Rechte mit einer Widerspruchsklage analog § 771 BGB wirksam wahrnehmen. Die Teilungsversteigerung wird zwar nicht allein durch Erhebung einer solchen Klage aufgehalten. Analog § 771 Abs. 3, § 769 ZPO kann das Prozessgericht aber mit einer einstweiligen Anordnung die Einstellung des Verfahrens anordnen. Diese Möglichkeit trägt einerseits den berechtigten Interessen der GbR und der übrigen Gesellschafter, andererseits aber auch den Interessen des ausscheidenden Gesellschafters (und seiner Gläubiger, vgl. BGH, Urteil vom 5.12.1991, IX ZR 270/90, BGHZ 116, 222, 228) angemessen Rechnung.

(e) Die Verweisung der übrigen Gesellschafter auf die Widerspruchsklage analog § 771 ZPO führt schließlich entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 4 nicht zu einer unnötigen Doppelprüfung mit der Gefahr widersprechender Entscheidungen, nämlich im Teilungsversteigerungsverfahren einerseits und im Widerspruchsklageverfahren andererseits. Im Teilungsversteigerungsverfahren ist nur zu prüfen, ob die Kündigung erklärt und zugegangen ist. Über die Wirksamkeit der Kündigung ist, wie auch über andere Einwände gegen die Zulässigkeit der Teilungsversteigerung, etwa eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag oder dass die isolierte Versteigerung des Grundstücks zu einer unsachgemäßen Verwertung des Restvermögens der GbR führe, allein im Widerspruchsklageverfahren zu entscheiden. Im Versteigerungsverfahren sind solche Einwände dagegen ausgeschlossen.

c) Die übrigen Voraussetzungen für die Anordnung der Teilungserklärung liegen vor. Die Beteiligte zu 1 ist, wie entsprechend § 181 Abs. 2 Satz 1 ZVG geboten, als Gesellschafterin der GbR im Grundbuch des Gesellschaftsgrundstücks eingetragen. Formgerecht nachgewiesen ist ferner, dass sie die Gesellschaft gekündigt hat und diese Erklärung den übrigen Gesellschaftern zugegangen ist.

2. Die Zurückweisung des Antrags des Beteiligten zu 4 auf einstweilige Einstellung der Teilungsversteigerung nach § 180 Abs. 2 ZVG ist ebenfalls rechtmäßig.

Nach dieser Vorschrift ist die Teilungsversteigerung für die Dauer von längstens einem Jahr auf Antrag eines Miteigentümers einstweilen einzustellen, wenn dies bei Abwägung der widerstreitenden Interessen der mehreren Miteigentümer angemessen erscheint. Eine solche Einstellung des Verfahrens soll nach ihrem Grundgedanken durch Abwägung der widerstreitenden Interessen verhindern, dass ein wirtschaftlich Stärkerer unter Ausnutzung vorübergehender Umstände die Versteigerung „zur Unzeit“ durchsetzt, um den wirtschaftlich Schwächeren zu ungünstigen Bedingungen aus dem Grundstück zu drängen. Besondere Umstände müssen einen befristeten Aufschub angemessen erscheinen lassen, weil in der Einstellungszeit mit deren Veränderung gerechnet werden kann. Sie müssen in den sechs oder zwölf Monaten voraussichtlich zu beheben sein, um die das Verfahren nach § 180 Abs. 2 ZVG ausgesetzt werden kann. Einwände gegen die Teilungsversteigerung als solche fallen nicht darunter (vgl. BGH, Urteil vom 23.1.1981, V ZR 200/79, BGHZ 79, 249, 255 f., und Beschluss vom 25.6.2004, IXa ZB 267/03, NJW 2004, 3635, 3636; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 180 Rdnr. 12.2.d). Solche behebbaren Umstände macht der Beteiligte zu 4 nicht geltend. Er will keinen Aufschub der Teilungsversteigerung erreichen, sondern diese verhindern. Dem dient nicht die einstweilige Einstellung nach § 180 Abs. 2 ZVG, sondern die erwähnte Widerspruchsklage analog § 771 ZPO.

(...)

Anmerkung:

In der Serie der Entscheidungen zu der Frage, wie der Gesetzeswortlaut mit der Figur der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Einklang zu bringen ist, steht auch der hier zu besprechende Beschluss des BGH vom 16.5.2013. Für den Rechtsanwender erfreulich liegt diese Entscheidung wieder auf der Linie „im Zweifel alles wie vor der Rechtsfähigkeit“.

1. Konkret ging es in dem Fall um die Frage, ob der einzelne Gesellschafter einer (rechtsfähigen – eine solche ist im Folgenden im Zweifel immer gemeint) Gesellschaft bürgerlichen Rechts befugt ist, nach der Kündigung die Teilungsversteigerung eines Grundstücks im Eigentum der Gesellschaft zu beantragen und von welchen Voraussetzungen ein solcher Antrag formell abhängig ist.

Für die nicht rechtsfähige GbR hatte man die Zulässigkeit der Teilungsversteigerung bisher unmittelbar aus dem Wortlaut der §§ 180, 181 ZVG gefolgert, die GbR also als „Gemeinschaft“, den Gesellschafter als „Eigentümer“ im Sinne des ZVG gesehen. Jedenfalls Letzteres ist nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR nicht mehr möglich. Dennoch ergibt sich aus der Verweisung des § 731 Satz 2 BGB auf das Recht der Gemeinschaft, dass die Teilung durch Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung erfolgt (§ 753 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zwar wäre eigentlich Teilung in Natur vorrangig. Diese ist aber bei Grundstücken regelmäßig nicht möglich, weil Teilung in Natur Bildung wirtschaftlich gleichartiger Teile ohne Wertminderung und entsprechend der Beteiligungsquoten voraussetzt (Beispiel: Ist bei drei nebeneinanderliegenden Bauplätzen der mittlere gleichartig zu den Eckgrundstücken, die an zwei Seiten an einer Straße liegen?). Antragsbefugt ist der einzelne Gesellschafter, wie sich auch nach Auffassung des BGH ausdrücklich aus §§ 180, 181 ZVG ergibt.

Aus der Entscheidung ergibt sich auch, dass es für das Antragsrecht keine Rolle spielt, ob und ggf. welche weiteren Gegenstände sonst noch im Gesellschaftsvermögen vorhanden sind (so konnte man aber zum Beispiel noch BGHZ 166, 222, verstehen). So bringt der BGH dem Rechtsverkehr durch schlichte Anwendung des Gesetzes über die Verbindung von Rechtsfähigkeit der GbR und Fortführung einer bisherigen Handhabung hinaus zusätzliche Sicherheit.

2. Dabei diskutiert der BGH allerdings ausführlich, ob das Ergebnis anders ausfallen, § 731 Satz 2 BGB also einfach nicht angewendet werden dürfe, weil die GbR inzwischen als rechtsfähig anerkannt ist.

a) Zunächst wird hier der Gesichtspunkt angeführt, dass bei der GbR auch nach Verwertung des Grundstücks im Gesellschaftsvermögen regelmäßig doch eine Art Liquidation stattfinden muss, weil weiteres Vermögen vorhanden ist, noch Gesellschaftsschulden zu berichtigen und die Einlagen zu erstatten sind. Jedoch sind die Einlagen nach der gesetzlichen Regelung nur dem Werte nach und nicht körperlich zurückzugewähren (§ 733 Abs. 2 Satz 2 BGB), so dass letztlich auch die §§ 732 bis 734 BGB auf Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens und Verteilung des Überschusses zielen. Dies ist letztlich aber wegen der Schwierigkeiten der Teilung in Natur nach § 752 BGB auch bei der Bruchteilsgemeinschaft so und auch bei der Bruchteilsgemeinschaft besteht regelmäßig – wie §§ 755 und 756 BGB zeigen – die Notwendigkeit der Berichtigung von externen und internen Verbindlichkeiten. Der BGH bemerkt in diesem Zusammenhang, das Ausmaß der Geschäftsaktivitäten bei der rechtsfähigen GbR sei regelmäßig größer als bei der Bruchteilsgemein-

schaft. Dies ist aber eine nicht belegte und wohl vom konkreten Einzelfall abhängige These (Gegenbeispiel: vermietetes Mehrparteienhaus in Bruchteilsgemeinschaft). Sie sollte daher eigentlich beim abstrakten Verständnis einer Norm keine Rolle spielen.

b) Ebenfalls keine Rolle spielt es richtigerweise, dass bei der OHG und KG das Liquidationsverfahren etwas tiefer geregelt ist als bei der GbR. Betrachtet man die Regelungen des HGB, finden sich dort jedoch vor allem Regelungen zu den Liquidatoren und ihrer Vertretungsbefugnis. Zu dem, was die Liquidation selbst ist – Berichtigung der Gesellschaftsschulden und anschließende Verteilung des Gesellschaftsvermögens – findet sich in §§ 146 ff. HGB nichts anderes als in § 733 BGB für die GbR oder auch in § 755 BGB für die Bruchteilsgemeinschaft.

c) Deswegen ist allerdings § 731 Satz 2 BGB nicht auch auf die Auseinandersetzung der OHG oder der KG anwendbar, auch wenn mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung sowohl bei der Auseinandersetzung der GbR (§ 730 Abs. 2 Satz 2 BGB) als auch bei der Liquidation von OHG und KG (§ 146 Abs. 1 Satz 1 HGB) alle Gesellschafter für die Abwicklung zuständig sind. Nach § 150 Abs. 1 HGB müssen aber die Liquidatoren gemeinsam handeln, sofern sie nicht durch Beschluss oder vertragliche Vereinbarung Einzelvertretungsbefugnis haben. Diese erzwungene Gemeinschaftlichkeit ist mit dem Recht eines Liquidators, eine Teilungsversteigerung herbeizuführen, nicht in Einklang zu bringen. Möglich ist aber selbstverständlich, die Teilungsversteigerung auf Antrag auch nur eines Liquidators gesellschaftsvertraglich zuzulassen.

3. Voraussetzung für die Teilungsversteigerung ist die Auflösung der Gesellschaft, denn nur dann findet bei der GbR eine Auseinandersetzung statt und § 731 Satz 2 BGB greift ein. Insoweit ist die Gesetzeslage bei der GbR anders als bei der Bruchteilsgemeinschaft, wo nach § 749 Abs. 1 BGB (grundsätzlich) jederzeit Auseinandersetzung verlangt werden kann.

a) Die zum Nachweis der Antragsbefugnis erforderlichen Urkunden sind dem Antrag beizufügen (§ 16 Abs. 2 ZVG). Zum Nachweis der Kündigung als solcher reicht dem BGH im entschiedenen Fall (ohne dies näher zu problematisieren) die schriftliche Kündigungserklärung. Dem ist zuzustimmen, da als Nachweis für die Abgabe einer Erklärung auch eine Privaturkunde genügt (§ 416 ZPO). Auf die Wirksamkeit der Kündigung, also auf ihren Inhalt, kommt es im Teilungsversteigerungsverfahren zunächst nicht an (siehe unten). Nachweise sind daher insoweit nicht zu führen, zum Beispiel der Nachweis des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur Kündigung. Folge ist auch, dass die Kündigung nicht in einer öffentlichen Urkunde niedergelegt sein muss. Für den Nachweis des Zugangs der Erklärung ist öffentliche Zustellung erforderlich. Der BGH wendet außerdem entsprechend § 181 Abs. 2 Satz 1 ZVG an, d. h., dass der Antragsteller als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sein muss. Das ist mit Blick darauf, dass auch das Grundbuchverfahrensrecht die Gesellschafter als Berechtigte behandelt (§ 47 Abs. 2 Satz 2 GBO), zur Meidung von Brüchen zwischen Letzterem und dem Vollstreckungsverfahren richtig.

b) Bei Auflösung der Gesellschaft aus anderen Gründen als der Kündigung kann der Nachweis der Auflösung schwieriger sein. Nachweis durch öffentliche Urkunden ist allerdings zumindest in den im Gesetz genannten Gründen Insolvenz (§ 728 BGB) oder Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB) möglich. Schwierigkeiten bereiten wird dagegen regelmäßig der Nachweis des Zweckfortfalls (§ 726 BGB). Hier stellt

sich die Frage, ob und in welcher Form der Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden muss. Da nach § 16 Abs. 2 ZVG die Antragsvoraussetzungen urkundlich belegt sein müssen, genügt insoweit bei strenger Anwendung des Gesetzes nur ein notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag, weil nur er Beweismittel für Abschluss und Inhalt des Vertrags ist (§ 415 Abs. 1 ZPO). Der Nachweis, dass der Vertrag unverändert fortbesteht, muss nach richtiger Auffassung wie im Grundbuchverfahren (was aber dort höchst umstritten ist)¹ nicht geführt werden. Als Nachweis für eine wirksame Rechtsnachfolge nach Vertragsschluss muss in Anwendung des Rechtsgedankens des § 899a BGB die Grundbucheintragung genügen, damit die Wertungen und Wirkungen des materiellen Rechts nicht durch bloßes Verfahrensrecht beeinträchtigt werden. Urkundlich nachgewiesen werden muss neben der vertraglichen Regelung aber auch das Vorliegen des Auflösungsgrundes. Dies dürfte beim Zweckfortfall ebenso oft unmöglich sein wie bei anderen gesellschaftsvertraglich vereinbarten Auflösungsgründen. Es bleibt dann nur die Klage gegen die übrigen Gesellschafter auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung.

c) Zur Umgehung der Nachweisproblematik bietet es sich an, auch in Fällen, in denen die Gesellschaft durch Eintritt eines bestimmten Ereignisses aufgelöst ist, vorsorglich eine Kündigung aus wichtigem Grund zu erklären und diese den übrigen Gesellschaftern öffentlich zuzustellen. Die Kündigung mag zwar ins Leere gehen, die Teilungsversteigerung findet jedoch statt. Unberechtigt ist der Teilungsversteigerungsantrag jedenfalls nicht, denn die Gesellschaft ist ja aufgelöst. Machen die übrigen Gesellschafter die Unwirksamkeit der Kündigung geltend (dazu sogleich), werden sie damit die Teilungsversteigerung nicht verhindern können, wenn dabei festgestellt wird, dass die Gesellschaft aus anderem Grund aufgelöst ist.

4. Wehren gegen eine unberechtigte Teilungsversteigerung können sich die übrigen Gesellschafter mit einer Widerspruchsklage analog § 771 BGB. Zur Sicherung der Rechte der übrigen Gesellschafter kann dann das Prozessgericht im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 771 Abs. 3, § 769 ZPO das Teilungsverfahren bis zur Klärung der materiellrechtlichen Fragen einstweilig einstellen. Wollen die übrigen Gesellschafter also beispielsweise geltend machen, die Kündigung sei materiellrechtlich nicht wirksam oder führe nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern nur zum Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters, oder die Teilungsversteigerung sei ausnahmsweise deshalb unzulässig, weil die Umsetzung des Grundstücks in Geld nicht zur Schuldenbereinigung nötig sei und Teilung in Natur erfolgen könne, müssen

¹ Vor allem dort wird diese Frage in unzähligen Facetten und auch in sich widersprüchlich diskutiert; vgl. z. B. die Rechtsprechung des OLG München zum Vertretungsnachweis durch einen Gesellschaftsvertrag mit Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, RNotZ, 2011, 601 (wegen möglicher etwaiger Änderungen genügt der Gesellschaftsvertrag nicht), zum Nachweis der Erbfolgeregelung mit Beschluss vom 27.11.2012, 34 Wx 303, 406/12, NotBZ, 2013, 153 (der Gesellschaftsvertrag genügt, und zwar auch bei nicht in der Form des § 29 GBO vorgelegtem Gesellschaftsvertrag, mögliche Änderung scheint unerheblich), zum Nachweis, dass die Gesellschaft bei Vollzug der Auflassung noch besteht mit Beschluss vom 15.6.2011, 34 Wx 158/10, MittBayNot 2011, 396 (es genügt – unter Aufgabe der vorherigen abweichenden Rechtsprechung und im Anschluss an BGH, Beschluss vom 28.04.2011, V ZB 194/10, BGHZ 189, 274, die Behauptung der Gesellschafter, sie seien sämtliche Gesellschafter der Gesellschaft im Kaufvertrag; mögliche Änderungen sind unerheblich). Da im Grundbuchverfahren wie beim Antrag auf Teilungsversteigerung der Beweis durch Urkunden zu führen ist, ist die Rechtslage übertragbar.

sie selbst durch Klage aktiv werden. Risiko des die Teilungsversteigerung betreibenden Gesellschafters ist zudem – bei unberechtigtem Antrag – ein Schadensersatzanspruch der übrigen Gesellschafter, auf den der BGH ausdrücklich verweist.

5. Nicht zu verkennen ist auch, dass der Beschluss für die Gläubiger von GbR-Gesellschaftern positiv ist. Nach einer Pfändung des Anteils aufgrund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels können sie selbst die Auseinandersetzung der GbR beschleunigen, indem sie nach § 725 Abs. 1 Satz 1 BGB die Gesellschaft kündigen, und – beim Vertragspfandrecht nach § 1273 Abs. 2, § 1258 Abs. 2 Satz 2 BGB, beim Pfändungspfandrecht wegen der Wirkung der Überweisung (§ 836 Abs. 1 ZPO) aller übertragbaren Rechte im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsanteil, also auch des Auseinandersetzungsanspruchs – als Teil des Auseinandersetzungsanspruchs die Teilungsversteigerung betreiben. Aus Gläubigersicht ist dies vor allem deshalb von Vorteil, weil die GbR-Beteiligung selbst wegen der mit ihr verbundenen persönlichen Haftung in der Regel kaum vernünftig zu verwerten sein wird.

6. Für diejenigen, die wie ich die Rechtsfähigkeit der GbR für ein unnötiges und wieder zu beseitigendes Übel halten, ist es schön und traurig zugleich, dass der V. Zivilsenat in der Entscheidung vom 16.5.2013 die Behauptung widerlegt, der Gesetzgeber habe die Frage, wem das Gesellschaftsvermögen zuzuordnen sei, offengelassen. Diese Behauptung hat unter anderem der II. Zivilsenat in dem Urteil über die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR vom 29.1.2001² aufgestellt. Den Materialien zum BGB entnimmt der V. Zivilsenat vielmehr, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, das Gesellschaftsvermögen stehe den Gesellschaftern zu. Die Folgerung des II. Zivilsenats, die im Gesetzgebungsverfahren zum BGB nicht entschiedene Diskussion um die Rechtsnatur der „Gesamthandsgemeinschaft“ selbst erstrecke sich auf die Vermögenszuordnung, ist daher so nicht haltbar. Der historische Gesetzgeber hatte diesbezüglich eine Vorstellung, nämlich die Zuordnung zu den Gesellschaftern. Das wiederum ist aber mit einer rechtsfähigen GbR nicht vereinbar. Wer nun einwendet, der reine Wille des Gesetzgebers zähle ohnehin nicht (besonders), sondern nur das, was im Gesetz positiviert ist, sei nochmals auf § 718 Abs. 1 BGB verwiesen, in dem bei der Legaldefinition des Gesellschaftsvermögens vom „gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter“ die Rede ist. Umso mehr sollte der Irrweg der Rechtsfähigkeit der GbR wieder verlassen werden.

Notar *Sebastian Ruhwinkel*, Deggendorf

² BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341.

Beurkundungs- und Notarrecht

17. BNotO § 6; GG Art. 12 Abs. 2 (*Beendigung eines Stellenbesetzungsverfahrens aus sachlichen Gründen durch zuständige öffentlichrechtliche Körperschaft*)

Die für die Besetzung einer Notarstelle zuständige öffentlichrechtliche Körperschaft ist aufgrund ihrer Organisationsgewalt grundsätzlich berechtigt, ein Stellenbesetzungsverfahren aus sachlichen Gründen zu beenden. Fällt der für die Besetzung in Aussicht genommene Bewerber weg, muss die Stelle nicht mit einem zuvor ausgefallenen Bewerber besetzt werden, der die Mindestverweildauer am bisherigen Amtssitz nicht erfüllt.

BGH, Beschluss vom 25.11.2013, NotZ (Brfg) 9/13

Der Kläger hat die Entscheidung des Beklagten über die Besetzung der im Bayerischen Justizministerialblatt vom 5.7.2011 ausgeschriebenen Notarstelle in N angefochten, auf die sich u. a. er und der Beigeladene zu 2 beworben haben. Die Ausschreibungsfrist endete am 11.8.2011. In der Ausschreibung hieß es, es werde Bewerbungen von Notarassessoren entgegengesehen, die zum 1.11.2011 eine dreijährige Mindestanwärterzeit (§ 7 Abs. 1 BNotO) vollendet hätten. Der genannte Stichtag gelte für Notare entsprechend hinsichtlich der Mindestverweildauer am bisherigen Amtssitz. Im Bereich des derzeitigen Amtssitzes des Klägers in G/Nordrhein-Westfalen beträgt die Mindestverweildauer fünf Jahre. Die Amtsstelle ist dem Kläger seit dem 1.3.2010 zugewiesen. Die zuständige Rheinische Notarkammer hat sich nach Abstimmung mit der Justizverwaltung in Nordrhein-Westfalen mit Schreiben an den Beklagten vom 13.9.2011 auf die noch nicht abgeleitete Mindestverweildauer als einen Belang einer geordneten Rechtspflege gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO analog berufen und darauf hingewiesen, dass die Notarstelle in G im Falle ihres Freiwerdens nicht eingezogen würde.

Für die Stelle in N bewarben sich keine bayerischen Notare und Notarassessoren, sondern neben dem Kläger der beigeladene Notar W aus Thüringen und Rechtsanwalt und Notar Dr. Sch aus Hessen. Auf Vorschlag der Landesnotarkammer entschied der Beklagte, die ausgeschriebene Notarstelle an Notar W zu übertragen. Der Kläger verzichtete für den Fall der Übertragung der Notarstelle an den Mitbewerber W auf einen rechtsmittelfähigen Bescheid. Dem Mitbewerber, Notar und Rechtsanwalt Dr. Sch, wurde mit Bescheid vom 27.10.2011 angekündigt, dass beabsichtigt sei, die Notarstelle an Notar W zu übertragen. Dieser Bescheid wurde bestandskräftig. Mit Schreiben vom 17.1.2011 teilte Notar W dem Präsidenten der Landesnotarkammer B mit, dass er die Notarstelle aus familiären Gründen nicht übernehmen könne. Der Beklagte entschied auf Vorschlag der Landesnotarkammer, die Notarstelle erneut auszuschreiben, weil Belange der geordneten Rechtspflege einer Übertragung auf den Kläger entgegenstünden und eine Eignung des anderen Mitbewerbers nicht gegeben sei. Diese Gründe legte er in einem Aktenvermerk vom 15.3.2012 nieder. Mit Schreiben vom 26.3.2012 teilte Notar W dem Beklagten mit, dass er nach Wegfall der Hinderungsgründe nunmehr kurzfristig wieder zur Verfügung stehe. Der Beklagte schrieb die Notarstelle im Justizministerialblatt vom 25.4.2012 erneut aus. Auf die Stelle bewarben sich unter anderem der Kläger, Notar W und Notarassessor St, der Beigeladene zu 1. Der Beklagte kündigte mit Bescheid vom 7.8.2012, dem Kläger zugestellt am 9.8.2012, an, dass er beabsichtige, die Notarstelle an Notarassessor St zu übertragen. Mit der Klage vom 4.9.2012 hat der Kläger beantragt, den Bescheid des Beklagten vom 7.8.2012 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, über den Antrag des Klägers auf Zuweisung der am 5.7.2011 und am 25.4.2012 ausgeschriebenen Notarstelle in N unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Das OLG hat die Klage abgewiesen. Der Kläger beantragt, die Berufung gegen dieses Urteil zuzulassen.

Aus den Gründen:

II.

Der Antrag ist zulässig, insbesondere rechtzeitig eingereicht und begründet worden (§ 124a Abs. 4 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO). Er hat in der Sache allerdings keinen Erfolg, da entgegen der Ansicht des Klägers ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils nicht bestehen (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO).

Das OLG hat zu Recht angenommen, dass der Kläger durch die Ablehnung der Übertragung der genannten Notarstelle auf der Basis der Ausschreibung vom 5.7.2011 nicht in seinen Rechten verletzt worden ist. Entgegen der Auffassung des Klägers ist sein Bewerbungsverfahrensanspruch (vgl. dazu BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 12.7.2011, 1 BvR 1616/11, IÖD 2011, 242; BVerwG, Urteil vom 26.01.2012, 2 A 7/09, BVerwGE 141, 361 Rdnr. 26 f., und Urteil vom 22.7.1999, 2 C 14/98 [Berlin], NVwZ-RR 2000, 172) erloschen,

weil der Beklagte das im Juli 2011 eingeleitete Stellenbesetzungsverfahren rechtswirksam aus sachlichem Grund abgebrochen hat.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht dem Bewerber um eine ausgeschriebene Stelle nur dann ein Anspruch auf rechtsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung zu, wenn eine Ernennung vorgenommen wird. Die Ausschreibung einer Stelle zwingt den Dienstherrn nicht, die Stelle mit einem der ursprünglich ausgefallenen Bewerber zu besetzen. Vielmehr darf der Dienstherr ein eingeleitetes Bewerbungs- und Auswahlverfahren aus sachlichen Gründen jederzeit beenden und von einer ursprünglich geplanten Stellenbesetzung absehen (vgl. BGH, Senat für Notarsachen, Beschluss vom 23.7.2012, NotZ [Brfg] 2/12, ZNotP 2012, 358 Rdnr. 4; BVerwG, BVerwGE 141, 361 Rdnr. 26 f. m. w. N., und NVwZ-RR 2000, 172 Rdnr. 25 f.; BVerfG, Beschluss vom 12.7.2011, 1 BvR 1616/11, IÖD 2011, 242 Rdnr. 24). Unsachlich sind dabei solche Gründe, die nicht aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitet werden können, etwa wenn mit dem Abbruch des Auswahlverfahrens das Ziel verfolgt wird, einen unerwünschten Kandidaten aus leistungsfremden Erwägungen von der weiteren Auswahl für die Stelle auszuschließen. Als eine aus dem Organisationsrecht des Dienstherrn erwachsende verwaltungspolitische Entscheidung berührt der Abbruch des Auswahlverfahrens grundsätzlich nicht die Rechtsstellung von Bewerbern. Das für den Abbruch des Auswahlverfahrens maßgebliche organisations- und verwaltungspolitische Ermessen ist ein anderes als das bei einer Stellenbesetzung zu beachtende Auswahlermessen (vgl. BVerwG, BVerwGE 141, 361 Rdnr. 27, und NVwZ-RR 2000, 172, Rdnr. 26; BVerfG, Beschluss vom 12.7.2011, 1 BvR 1616/11, a. a. O.). Allerdings müssen die von dem Verfahren Betroffenen über den Abbruch des Auswahlverfahrens rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen.

b) Diese Grundsätze gelten entsprechend für die Besetzung der Amtsstellen der Notare und der Notarassessoren. Auch insoweit ist die zuständige öffentlichrechtliche Körperschaft aufgrund ihrer Organisationsgewalt grundsätzlich berechtigt, ein Stellenbesetzungsverfahren aus sachlichen Gründen zu beenden (vgl. BGH, Senat für Notarsachen, Beschluss vom 23.7.2012, NotZ [Brfg] 2/12, a. a. O. Rdnr. 5). Als sachliche Gründe sind dabei solche anzusehen, die entweder aus § 4 BNotO oder aus den §§ 5 bis 7 BNotO abgeleitet werden können. Der Abbruch eines Auswahlverfahrens kann allerdings nur dann rechtmäßig sein, wenn neben dem Vorliegen eines sachlichen Grundes sichergestellt ist, dass die von dem Verfahren Betroffenen von dem Abbruch rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen. Dies kann durch Mitteilungen an die im Verfahren bisher beteiligten Personen geschehen, jedoch auch durch eine öffentliche Verlautbarung, etwa die erneute Ausschreibung der zu besetzenden Stelle (vgl. BVerwGE 141, 361 Rdnr. 28; BVerfG, Beschluss vom 28.11.2011, 2 BvR 1181/11, NVwZ 2012, 366 Rdnr. 23).

c) Zwar wurde dem Kläger die Beendigung des Auswahlverfahrens nicht ausdrücklich mitgeteilt, doch erlangte er tatsächlich davon Kenntnis, als die Stelle im Justizministerialblatt vom 25.4.2012 ein zweites Mal ausgeschrieben wurde und er sich erneut bewarb. Einzelheiten über die durch Aktenvermerk vom 15.3.2012 hinreichend dokumentierten Gründe des Abbruchs konnte der Kläger durch Akteneinsicht erfahren (vgl. BVerfG, NVwZ 2012, 366 Rdnr. 23 m. w. N.).

d) Im Streitfall waren sachliche Gründe für den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens aufgrund der Ausschreibung vom 5.7.2011 gegeben.

aa) Der Bewerbungsverfahrenanspruch des Mitbewerbers W war am 17.1.2012 durch Rücknahme seiner Bewerbung für die Notarstelle erloschen (Senat, Beschluss vom 22.7.2013, NotZ [Brfg] 3/13 Rdnr. 2 f.).

bb) Entgegen der Auffassung des Klägers wäre die – vom Beklagten nicht übernommene – Erwägung der Landesnotarkammer rechtlich nicht zu beanstanden, dass hinsichtlich der fachlichen Eignung des Mitbewerbers Rechtsanwalt und Notar Dr. Sch Bedenken bestünden, weil dieser in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung nicht das Prädikat „vollbefriedigend“ erreicht habe, in Bayern aber im Hinblick auf eine qualitativ angemessene Versorgung mit notariellem Rechtsrat nur Bewerber mit mindestens dieser Notenstufe berücksichtigt würden. Der Beklagte hielt sich damit innerhalb der für sein Organisationsermessen maßgebenden Belange einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege und des von Art. 33 GG vorgegebenen Rahmens.

cc) Der Beklagte durfte bei seiner Entscheidung, das Stellenbesetzungsverfahren abzubrechen und neu auszuschreiben, berücksichtigen, dass der Übertragung der Notarstelle auf den Kläger Belange der geordneten Rechtspflege nach § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO entgegenstanden. Zu dem für die Bewerbung maßgeblichen Zeitpunkt hatte der Kläger nämlich die im Bereich seines Amtssitzes in G geltende Mindestverweildauer von fünf Jahren noch nicht erfüllt, denn er hatte die ihm zugewiesene Amtsstelle erst ein Jahr und acht Monate inne. Dieser Hinderungsgrund blieb davon unberührt, dass der Mitbewerber Notar W seine Bewerbung zurückgezogen hatte.

Nach dem Inhalt des Schreibens der zuständigen Rheinischen Notarkammer kam ein Absehen von der Beachtung der Mindestverweildauer nicht in Betracht und schied mithin ein vorzeitiger Amtssitzwechsel des Klägers aus. Mit Recht hat das OLG darauf hingewiesen, dass die Berufung des Beklagten auf die Mindestverweildauer zwar die Rechte des Notars aus Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG in Form der Berufsausübungsfreiheit berührt, jedoch der Eingriff auf der Grundlage des § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO zur Wahrung der Belange einer geordneten Rechtspflege zulässig ist.

Weder durch die Bundesnotarordnung noch durch das Grundgesetz wird einem Bewerber ein Rechtsanspruch auf die Übertragung einer bestimmten Notarstelle gewährt. Dies gilt auch und erst recht dann, wenn ein Bewerber, der bereits Notar ist, um eine Verlegung seines Amtssitzes gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO nachsucht, um die freie Stelle einnehmen zu können. In diesem Fall hat die Justizverwaltung bei Vorlage mehrerer Bewerbungen nicht nur die Auswahl nach § 6 Abs. 3 BNotO zu treffen, vielmehr hängt ihre Entscheidung über die Bewerbung des bereits amtierenden Notars auch und vorrangig davon ab, ob die Verlegung des Amtssitzes im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO mit den Belangen einer geordneten Rechtspflege in Einklang stünde. Bei der Beurteilung dieser Frage ist der Justizverwaltung im Rahmen ihrer Organisationshoheit ein erheblicher, gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Entscheidungsspielraum eingeräumt. Dieser ist insgesamt weiter als derjenige bei einer reinen Auswahlentscheidung nach § 6 Abs. 3 BNotO, denn betroffen wird der bereits amtierende Notar hier nicht in seiner Berufswahlfreiheit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, sondern durch das mögliche weitere Festhalten an seinem bisherigen Amtssitz lediglich in der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG), die aufgrund der staatlichen Bindungen des Notaramts von vornherein besonderen Beschränkungen unterliegt (st. Rspr., vgl. Senat, Beschluss vom 18.7.2011, NotZ [Brfg] 1/11, ZNotP 2011, 394 Rdnr. 13 m. w. N.). Es hält sich im Rahmen des der Justizverwaltung

eingeräumten Organisationsermessens, dass Bewerbungen von Notaren auf andere Notarstellen nur berücksichtigt werden, wenn zwischen der Bestellung am bisherigen Amtssitz und dem Ende der Ausschreibungsfrist ein Zeitraum von mindestens fünf Jahren liegt (vgl. Senat, Beschluss vom 13.12.1993, NotZ 60/92, DNotZ 1994, 333, juris Rdnr. 13 ff. zu § 10 Abs. 1 Satz 2 BNotO a. F.). Durch die ausreichend lange Verweilzeit des Notars an seinem Amtssitz soll eine persönliche Kontinuität der Amtsführung sichergestellt und hierdurch das Vertrauen der Rechtssuchenden in die Amtsausübung des Notars gefördert werden. Durch die Beständigkeit der Amtsführung wächst die Vertrautheit des Notars mit den Besonderheiten seines Amtsbereichs, was zur Steigerung der Qualität der vorsorgenden Rechtspflege beitragen kann. Die Voraussetzung einer Mindestverweildauer am bisherigen Amtssitz vor Übernahme einer anderen Notarstelle dient daher regelmäßig den Belangen einer geordneten Rechtspflege, die mangels weniger belastender Mittel auch erforderlich ist.

An der Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit ändert sich im Ergebnis nichts, wenn ein Notar – wie im vorliegenden Fall – die Verlegung seines Amtssitzes in ein anderes Bundesland erstrebt (vgl. Senat, Beschluss vom 18.7.2011 – NotZ [Brfg] 1/11, a. a. O. Rdnr. 14). Stimmt das abgebende Land der Amtssitzverlegung unter Hinweis auf die nicht erfüllte Mindestverweildauer nicht zu, so ist das aufnehmende Land von Verfassungen wegen nicht gehindert, dem bei der Besetzung einer Notarstelle Rechnung zu tragen. Das Erfordernis einer Mindestverweildauer dient dann zwar nicht aus Sicht des aufnehmenden, wohl aber weiterhin aus Sicht des abgebenden Landes dem Gemeinwohlbelang der Wahrung einer geordneten Rechtspflege. Ein länderübergreifender Bestellungswechsel hat nicht nur unverändert Auswirkungen auf die Kontinuität der Amtsführung an dem betroffenen Amtssitz, sondern berührt überdies die finanziellen Belange des abgebenden Landes, weil ihm die während des Anwärterdienstes erbrachte Ausbildungsleistung nur eingeschränkt zugutekommt. Ein solcher Wechsel kann zudem nachteilige Auswirkungen auf die Altersstruktur innerhalb des gesamten Notariats eines Landes haben. Diese Rechtspflegebelange eines anderen Landes werden durch das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens zu einem Gemeinwohlgut, das auch durch die Justizverwaltung des ausschreibenden Landes berücksichtigt werden darf. Die im Verhältnis der Länder untereinander geschuldete Rücksichtnahme und Zusammenarbeit verbietet es, einem Land mit Blick auf die eigene Justizhoheit zu verwehren, das Ziel einer geordneten Rechtspflege in einem anderen Land trotz hinreichender Informationen zu beachten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.6.2005, 1 BvR 1506/04, ZNotP 2005, 349 Rdnr. 24). Einer näheren Prüfung von sachlichen Gründen für die Mindestverweildauer am bisherigen Amtssitz durch den Beklagten bedurfte es danach nicht, nachdem die Rheinische Notarkammer nach Abstimmung mit der Landesjustizverwaltung in Nordrhein-Westfalen mitgeteilt hatte, dass die Stelle in G jedenfalls nicht eingezogen werde und die Erfüllung der Mindestverweildauer beachtlich sei. Auch der Beklagte verlangt eine Mindestverweildauer im Erstamt von fünf Jahren und im Folgeamt von vier Jahren vor einem Amtswechsel. Die Justizverwaltung eines Bundeslandes ist zwar nicht ohne Weiteres verpflichtet und in der Regel auch nicht in der Lage, durch ihre Personalpolitik die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse in allen Bundesländern zu gewährleisten (vgl. Senat, Beschluss vom 2.12.2002, NotZ 13/02, ZNotP 2003, 154). Doch war der Beklagte jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des bundesfreundlichen Verhaltens (vgl. BVerfG, a. a. O.) befugt, das Interesse des Landes Nordrhein-Westfalen, dass der Kläger die Stelle in G weiterhin innehat, zu berücksichtigen.

Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, dass er sein Amt nach § 48b Abs. 1 Nr. 1 BNotO vorübergehend niederlegen könne. Von dieser Möglichkeit hat er tatsächlich nicht Gebrauch gemacht. Darauf weist das OLG zutreffend hin. Er muss sich daher im Bewerbungsverfahren auch gefallen lassen, dass bei der Besetzungsentscheidung die Belange des Landes, dem die innegehabte Stelle zuzurechnen ist, Berücksichtigung finden.

e) Es ist auch nicht zu beanstanden, dass der Beklagte ferner den zwischenzeitlich potentiell erweiterten Bewerberkreis berücksichtigt hat. Der Kläger kann keine Rechte hieraus für sich herleiten, weil er – wie dargelegt – die Mindestverweildauer nicht erfüllte.

2. Gegen die Besetzungsentscheidung aufgrund der Ausschreibung im Bayerischen Justizministerialblatt vom 25.4.2012 zugunsten des Beigeladenen zu 1 erhebt der Kläger keine weiteren Einwände mehr. Im Hinblick auf die zu dem hierfür maßgeblichen Stichtag vom 1.8.2012 noch nicht einmal um die Hälfte verstrichene Mindestverweildauer ist die Entscheidung des Beklagten, den Kläger nicht in die Auswahl der geeigneten Bewerber aufzunehmen, rechtlich auch nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Senat für Notarsachen, Beschluss vom 12.7.2004, NotZ 7/04, ZNotP 2004, 411, und Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 28.6.2005, 1 BvR 1506/04, ZNotP 2005, 349).

(...)

18. BGB §§ 2346, 2352; BeurkG §§ 7, 27 (Zur wirksamen Beurkundung eines Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichts)

1. **Ein Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht ist keine Verfügung von Todes wegen i. S. v. § 27 BeurkG.**
2. **Die Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts ist nicht deshalb unwirksam, weil der Notar oder einer seiner in § 7 Abs. 1 BeurkG genannten Angehörigen zu den möglicherweise Erb- und Pflichtteilsberechtigten gehört.**
3. **Ein Zuwendungsverzicht ist nur dann im Sinne von § 7 BeurkG auf die Verschaffung eines rechtlichen Vorteils gerichtet, wenn die die Zuwendung enthaltende letztwillige Verfügung wirksam ist.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.7.2013, I-7 U 170/12

Die Klägerin begehrt die Feststellung ihrer Miterbenstellung und macht gegen den Beklagten daraus folgende Ansprüche im Wege der Stufenklage geltend, hilfsweise Ansprüche als Pflichtteilsberechtigte. Sie ist die Halbschwester des Beklagten. Beide sind Kinder des am 22.11.1999 in E verstorbenen F (im Folgenden: Erblasser). Die Klägerin stammt aus der ersten Ehe des Erblassers mit der verstorbenen H, der Beklagte aus der zweiten Ehe des Erblassers mit der verstorbenen F.

Am 30.12.1980 errichteten der Erblasser und seine zweite Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich wechselseitig zu alleinigen Erben einsetzten und ihren Sohn, den Beklagten, zum „Nacherben des Längstlebenden“. Der Klägerin wurde ein Vermächtnis ausgesetzt (Anlage 1). Beurkundet wurde das Testament von dem Notar S 1, dem Schwiegervater des Beklagten. Die Mutter des Beklagten verstarb im Jahr 1984 und wurde von dem Erblasser beerbt. Am 19.12.1988 schlossen der Erblasser und die Klägerin vor dem Notar S 2, dem Schwager des Beklagten, einen Erbverzichtsvertrag (Anlage 2). Darin verpflichtete sich der Erblasser zur Zahlung von 190.000 DM zum Ausgleich aller denkbaren Ansprüche der Klägerin an seinem erstmal einseitigen Nachlass. Mit Erfüllung der Schenkung erklärte sich die Klägerin wegen ihrer möglichen künftigen Erbteils-

und Pflichtteilsansprüche nach ihrem Vater für abgefunden und verzichtete ausdrücklich und unwiderruflich gegenüber dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht für sich und ihre Abkömmlinge. Zugleich erklärte sie ihren unwiderruflichen Verzicht auf jegliche Zuwendungen, die der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung zu ihren Gunsten getroffen hat, insbesondere auf das Vermächtnis aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 30.12.1980.

Die Klägerin hat behauptet, ihr sei nicht erläutert worden, wie sich die errechnete Ausgleichssumme zusammensetze, und es sei ihr auch kein Hinweis auf das tatsächliche Vermögen des Erblassers zum damaligen Zeitpunkt erteilt worden. Hätte eine solche Belehrung stattgefunden, wäre deutlich geworden, auf welche Ansprüche sie letztlich verzichtete und in welchem Missverhältnis die vorgesehene Abfindungssumme zu dem Gesamtvermögen stand. Dieses habe schon zum damaligen Zeitpunkt geschätzt 2 Mio. Euro betragen. Sie ist der Ansicht, dass sowohl das Testament von 1980 als auch der Erbverzichtsvertrag von 1988 unwirksam seien, weil sowohl der Schwiegervater des Beklagten als Notar als auch der Schwager des Beklagten als Notar an der Beurkundung nicht hätten mitwirken dürfen (§ 7 BeurkG). Höchst vorsorglich fechte sie ihre Willenserklärung aus dem Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an, dieses habe sie bereits mit Anwaltsschreiben vom 25.10.2011 (Anlage 3) getan. Ihr sei seinerzeit erklärt worden, nach der damaligen Vermögenslage ihres Vaters hätte sie überhaupt keinen Anspruch. Das Anfechtungsrecht sei auch nicht verjährt, da sie von den die Anfechtung begründenden Tatsachen erst im Oktober 2011 erfahren habe. Für den Fall, dass der Vertrag von 1988 als wirksam erachtet werden sollte und die vorsorglich erklärte Anfechtung nicht durchgreifen würde, ständen ihr gegenüber dem Beklagten als Rechtsnachfolger des Vaters als auch gegenüber dem Notar Schadensersatzansprüche zu. Dem Beklagten sei ein abstrakter rechtlicher Vorteil verschafft worden durch den Verzichtsvertrag, da sie gemäß § 2310 Satz 2 BGB von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen worden sei und damit sich zwangsläufig unmittelbar der gesetzliche Erbteil und der Pflichtteil des verbliebenen gesetzlichen Erben der ersten Ordnung, des Beklagten, verdoppelt habe (...)

Das LG hat die Klage abgewiesen und ausgeführt, der Vertrag vom 19.12.1988 sei weder gemäß § 7 Nr. 3 BeurkG noch gemäß §§ 7 Nr. 3, 27 BeurkG unwirksam. Der Beklagte sei an diesem Vertrag nicht beteiligt gewesen und sei in diesem Vertrag weder bedacht worden im Sinne des § 27 BeurkG noch sei ihm durch den Vertrag ein unmittelbarer rechtlicher Vorteil zugeflossen. Zwar könne es sich für den Beklagten positiv auswirken, wenn ein weiterer Erb- und Pflichtteilsberechtigter durch einen Verzicht ausfalle. Dies führe aber nicht zu einem unmittelbaren rechtlichen Vorteil, da die Erb- und Pflichtteilsposition des Beklagten zu diesem Zeitpunkt noch nicht gesichert gewesen sei. Die Unwirksamkeit der Beurkundung vom 30.12.1980 führe zu keinem anderen Ergebnis, da der Beklagte auch bei Wegfall dieses Testaments zum gesetzlichen Alleinerben seines Vaters geworden sei. Der Vertrag sei nicht wegen Anfechtung nichtig, weil kein die Anfechtung begründender Irrtum nachvollziehbar dargetan worden sei und auch zum Fristablauf kein entsprechender Vortrag vorliege. Eine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch, wie er hilfsweise geltend gemacht worden sei, sei nicht vorhanden.

Dagegen richtet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Sie macht geltend, der unmittelbare rechtliche Vorteil ergebe sich aus ihrem Wegfall als Erb- und Pflichtteilsberechtigte, was dem Beklagten zugutegekommen sei. Darüber hinaus sei in der Urkunde aufgenommen, dass die Klägerin auf ein ihr zugedachtes Vermächtnis verzichte, das den Beklagten belastet hätte. Die falsche Auslegung des LG beruhe auf einer Vermischung der Begriffe „rechtlicher Vorteil“ und „wirtschaftlicher Vorteil“. Rechtlich vorteilhaft sei jede Vermehrung von Rechten, auf eine wirtschaftliche Besserstellung komme es dabei nicht an. Es sei anerkannt, dass immer dann, wenn zugunsten einer Person auf etwas verzichtet werde, ein unmittelbarer rechtlicher Vorteil vorliege.

Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und nach den erstinstanzlich gestellten Anträgen zu erkennen.

Der Beklagte und der Streitverkündete beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das erstinstanzliche Urteil als richtig. Vertiefend führen sie aus, dass das gemeinschaftliche Testament der Eheleute vom 30.12.1980 dahingehend auszulegen sei, dass das der Klägerin ausgesetzte Vermächtnis den überlebenden Ehegatten und nicht den

Beklagten beschweren sollte. Ein Verzicht der Klägerin darauf in dem Erbverzichtsvertrag vom 19.12.1988 habe daher dem Erblasser einen Vorteil gebracht, nicht dem Beklagten. Hilfsweise berufen sie sich auf Verjährung.

Im nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 19.6.2013 hat diese weiterhin beantragt, festzustellen, dass das Vermächtnis zu ihren Gunsten wirksam ist. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze ergänzend Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung ist unbegründet.

A. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Feststellung ihrer Miterbenstellung (Antrag zu Ziffer I.), auf Auskunft (II.), eidesstattliche Versicherung (III.), Herausgabe etc. (IV.), hilfsweise auf Pflichtteilszahlung (VI.), nicht zu. Sie ist an ihrer Geltendmachung durch den mit notarieller Urkunde vom 19.12.1988 des Streithelfers erklärten Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht gehindert. Die nach §§ 2348, 2352 BGB notwendige Beurkundung der entsprechenden Erklärungen ist nicht nach §§ 7, 27 BeurkG unwirksam, noch ist der Verzicht nach § 142 BGB nichtig.

1. Die Beurkundung des Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichts ist nicht nach § 27 BeurkG unwirksam. § 27 BeurkG bezieht sich auf Personen, die „in einer Verfügung von Todes wegen bedacht“ sind. Die Vorschrift ist auf die Beurkundung von Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichten nicht anwendbar, weil diese keine Verfügung von Todes wegen darstellen (*Staudinger/Schotten*, 2010, § 2348 Rdnr. 11; *MünchKommBGB/Wegerhoff*, 5. Aufl., § 2348 Rdnr. 3).

2. Eine Unwirksamkeit des Erb- und Pflichtteilsverzichts folgt nicht aus § 7 Nr. 3 BeurkG. Danach ist die Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, einer Person, die mit dem Notar in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war, einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

Der Beklagte ist der Schwager des beurkundenden Notars und gehört damit dem in § 7 Nr. 3 BeurkG genannten Personenkreis an.

Rechtlicher Vorteil im Sinne von § 7 BeurkG ist jede Verbesserung der Rechtsposition durch die Einräumung vorher nicht bestehender Rechte oder die Verminderung bestehender Verpflichtungen. Der rechtliche Vorteil muss sich unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben und nicht erst als deren Folge eintreten oder gar erst eintreten können. Nicht erforderlich ist demgegenüber eine auf Zuwendung des Vorteils gerichtete Absicht der Beteiligten. Vielmehr genügt es, dass nach der objektiven Rechtslage aus dem Rechtsgeschäft unmittelbar ein rechtlicher Vorteil erwächst (BGH, NJW 2013, 52 = ZEV 2012, 657 m. w. N.; vgl. auch RGZ 88, 147, 150).

Der beurkundete Erb- und Pflichtteilsverzicht der Klägerin und die Annahme durch den Erblasser waren nicht darauf gerichtet, dem Beklagten einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

Durch den Wegfall der Klägerin als Erb- und Pflichtteilsberechtigter hat sich die Rechtsstellung des Beklagten in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Erbe und als Pflichtteilsberechtigter verbessert. Die Verbesserung der Erb- und Pflichtteilsquote stellt aber lediglich eine mittelbare, von weiteren Voraussetzungen abhängige Folge des in der notariellen Urkunde

erklärten Verzichts dar. Der Ursprung und die rechtliche Qualität des Erb- und Pflichtteilsrechts des Beklagten bleiben durch den Verzicht unverändert. Der Wegfall eines eventuellen Miterben und Pflichtteilsberechtigten bedingt lediglich einen möglichen zukünftigen wirtschaftlichen Vorteil, der zum Zeitpunkt der Urkundenerrichtung zudem ungewiss ist, weil die gesetzliche oder gewillkürte Erbenstellung kein gesichertes Anwartschaftsrecht bedingt. Es liegt – anders als die Klägerin meint – kein Verzicht „zugunsten des Beklagten“ vor, sondern allenfalls ein Verzicht zugunsten der zukünftigen Erben des Erblassers (vgl. *Huhn/v. Schuckmann/Armbrüster*, BeurkG, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 4; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 7 Rdnr. 7).

3. Aber auch der von der Klägerin in der notariellen Urkunde vom 19.12.1988 erklärte Zuwendungsverzicht, der sich insbesondere auf das ihr mit dem notariellen Testament des Erblassers und seiner zweiten Ehefrau ausgesetzte Vermächtnis bezog, ist nicht unwirksam, da er dem Beklagten keinen unmittelbaren rechtlichen Vorteil gebracht hat. Nach der objektiven Rechtslage zum Zeitpunkt des Verzichts war der Beklagte mit einem solchen Vermächtnis nicht belastet.

a) Nach dem Wortlaut des Testaments ist nicht der Beklagte mit dem der Klägerin ausgesetzten Vermächtnis beschwert, sondern der überlebende Ehegatte, hier der Vater der Parteien („...[die Klägerin] erhält vom Längstlebenden ein Vermächtnis in der Höhe des Pflichtteils nach dem Tod ihres Vaters. Dies gilt nicht, wenn sie den Pflichtteilsanspruch geltend macht ...“). Legt man das Testament in dieser Weise aus, führte der durch den Zuwendungsverzicht bedingte Wegfall des Vermächtnisses zu einem unmittelbaren rechtlichen Vorteil allein des Erblassers.

b) Der Zuwendungsverzicht stellt aber auch dann keinen unmittelbaren rechtlichen Vorteil für den Beklagten dar, wenn man das notarielle Testament vom 30.12.1980, der Klägerin folgend, so auslegt, dass mit dem Vermächtnis nicht der Längstlebende, sondern der Beklagte als Nacherbe des Erstversterbenden und Schlusserbe des Längstlebenden beschwert war. Der Verzicht reduzierte dann zwar unmittelbar die den Beklagten aus dem Testament treffenden Verpflichtungen. Jedoch hat die Klägerin hier auf etwas verzichtet, auf das sie nach der objektiv bestehenden Rechtslage gar keinen Anspruch hatte. Das Testament vom 30.12.1980 war, soweit es den Beklagten begünstigte, gemäß §§ 7, 27 BeurkG, § 125 BGB unwirksam, weil der Beklagte der Schwiegersohn des beurkundenden Notars war und er in einer letztwilligen Verfügung, dem Testament, „bedacht“ worden ist. Die daraus folgende Unwirksamkeit der Erbeinsetzung des Beklagten führt dann gemäß § 139 BGB zur Unwirksamkeit der in dem notariellen Testament enthaltenen Aussetzung des Vermächtnisses zugunsten der Klägerin. § 2085 BGB greift in diesem Zusammenhang nicht, da beide Testierende für den Fall, dass sie die Längstlebenden sein sollten, ohne die Einsetzung ihres einzigen gemeinsamen Sohnes, des Beklagten, als testamentarischen Alleinerben keinen Anlass für die Aussetzungen eines Vermächtnisses an die Klägerin hatten.

4. Der Erb- und Pflichtteilsverzicht der Klägerin wäre aber auch dann wirksam, wenn man davon ausginge, dass der Zuwendungsverzicht einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil für den Beklagten darstellte, weil das notarielle Testament vom 30.12.1980 den Beklagten als Nacherben des Erstversterbenden und Schlusserven des Längstlebenden beschwert hätte und es auf die objektive Zielrichtung des Vertrages im Sinne eines „Gerichtetseins“ ankäme, unabhängig von der (möglicherweise nicht erkannten) Unwirksamkeit der Bestimmungen des notariellen Testaments vom 30.12.1980. Der Verzicht

reduzierte dann unmittelbar die den Beklagten aus dem Testament treffenden Verpflichtungen. Eine sich daraus ergebende Unwirksamkeit des Zuwendungsverzichts bedingte jedoch keine Unwirksamkeit des in derselben Urkunde enthaltenen Erb- und Pflichtteilsverzichts, da gemäß § 139 BGB keine Gesamtnunwirksamkeit vorliegt, sondern anzunehmen ist, dass die Klägerin und der Erblasser den Erb- und Pflichtteilsverzicht auch ohne den Zuwendungsverzicht aufrechterhalten wollten, zumal die Zuwendung, auf die verzichtet wurde, ohnehin nichtig war.

5. Der Erbverzichtsvertrag vom 19.12.1988 ist nicht nach § 142 BGB nichtig, weil die Klägerin ihre Willenserklärung wegen Irrtums, § 119 BGB, oder arglistiger Täuschung, § 123 BGB, wirksam angefochten hätte. Das LG hat – nach Hinweis – dazu ausgeführt, dem schließt sich der Senat an. Die Klägerin hat hierzu in der Berufungsbegründung nicht weiter vorgebracht.

B. Der Klägerin steht gegen den Beklagten kein Anspruch auf Schadensersatz wegen des Inhalts des gegenüber dem Erblasser erklärten Verzichts zu. Eine Anspruchsgrundlage hierfür ist nicht ersichtlich. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten als Erben des Erblassers aufgrund eines Verhaltens des Erblassers im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Verzichts ist zwar grundsätzlich denkbar, tatsächliche Anhaltspunkte hierfür sind aber weder substantiiert vorgetragen noch sonst ersichtlich. Eine Verpflichtung des Erblassers, die Klägerin über die Angemessenheit der ihr angebotenen Abfindung aufzuklären, bestand nicht.

(...)

Anmerkung:

Das Gericht kommt mit sorgfältiger Begründung zum richtigen Ergebnis. Das Urteil ist geradezu ein Lehrstück über die unzulässige Mitwirkung von Notaren: Der zu entscheidende Sachverhalt enthält gleich zwei anstößige Beurkundungen, und zwar durch zwei verschiedene Notare, zuerst den Schwiegervater und dann den Schwager, jeweils des gleichen Beteiligten.

Im zeitlich ersten Fall (30.12.1980) beurkundet der Notar ein gemeinschaftliches Testament, in dem sich Ehegatten jeweils zu Alleinerben einsetzen und als Schluss(Nach-)erben den einzigen gemeinsamen Sohn, den Schwiegersohn des Urkundsnotars. Der Schlusserbe ist also zwar nicht *formell* beteiligt im Sinne des § 6 Abs. 2 BeurkG, da keine von ihm abgegebenen Erklärungen beurkundet werden, wohl aber *materiell* im Sinne des §§ 3 bzw. 7 und 27 BeurkG. Als Schwiegersohn gehört er zu dem in der jeweiligen Nr. 3 genannten Personenkreis. Mit Recht hält sich das Gericht nicht mit der Prüfung des § 3 BeurkG auf, da diese Vorschrift zwar eine unbedingte zu beachtende Amtspflicht der Beurkundungsperson enthält, deren Verletzung als Sollvorschrift aber nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt.¹ Die Ausschließungsgründe, die zur Unwirksamkeit führen, sind in §§ 6 und 7 BeurkG abschließend aufgezählt. Während ein Verstoß gegen § 6 BeurkG die gesamte Beurkundung unwirksam macht, tritt diese Folge im Fall des § 7 BeurkG nur teilweise ein, nämlich *insoweit*, als durch ein beurkundetes Rechtsgeschäft der Notar oder nahe Angehörige begünstigt werden. Bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen ist neben § 7 BeurkG auch § 27 BeurkG zu beachten.² Das Testament ist daher unwirksam, soweit es den Schwiegersohn des beur-

kundenden Notars begünstigt. Dies führt im vorliegenden Fall gemäß § 139 BGB und entgegen § 2085 BGB auch für das im Testament enthaltene Vermächtnis für die Tochter des Erblassers aus dessen erster Ehe zur Unwirksamkeit. Wie das Gericht feststellt, greift § 2085 BGB in diesem Zusammenhang nicht ein, da beide Testierende für den Fall, dass sie die Längstlebenden sein sollten, ohne die Einsetzung ihres einzigen gemeinsamen Sohnes als testamentarischen Alleinerben keinen Anlass für die Aussetzung eines Vermächtnisses hatten.

Nach Klärung dieser Vorfrage kommt man zur zweiten Beurkundung vom 19.12.1988, in der besagte Tochter des Erblassers aus seiner ersten Ehe ihrem Vater gegenüber einen Erb- und Pflichtteilsverzicht abgibt und auf das Vermächtnis verzichtet. Notar war dieses Mal der Schwager des Sohnes des Erblassers, so dass auch hier Nr. 3 von §§ 3 und 7 BeurkG einschlägig ist. Mit § 3 BeurkG als Sollvorschrift und § 27 BeurkG hält sich das Gericht zu Recht nicht auf, da Letzterer nur für Verfügungen von Todes wegen gilt, also nur für Testamente und Erbverträge,³ nicht aber für Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichte⁴ und im Übrigen sowieso auf § 7 BeurkG verweist. Nach § 7 BeurkG ist die Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, einer dort genannten Person einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen. Soweit ersichtlich ist bisher weder entschieden noch erörtert worden, ob die Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts einen rechtlichen Vorteil im Sinne von § 7 BeurkG für andere Erb- und Pflichtteilsberechtigte begründet. Aus diesem Grund hat das OLG nach § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zugelassen.

Es ist anerkannt, dass sich der rechtliche Vorteil unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben muss und nicht erst als deren Folge eintritt oder gar erst eintreten kann.⁵ Nicht erforderlich ist, wie das OLG in Übereinstimmung mit dem BGH ausführt, eine auf Zuwendung eines Vorteils gerichtete Absicht oder auch nur Kenntnis der Beteiligten.⁶ Es genügt, dass nach der objektiven Rechtslage aus dem Rechtsgeschäft ein Vorteil erwächst oder ein Recht abzuleiten ist.⁷ Dies ist durch den Erb- und Pflichtteilsverzicht allein aber noch nicht der Fall. Zwar hat sich die Rechtsstellung des als Erbe eingesetzten Sohnes als gesetzlicher Erbe und als Pflichtteilsberechtigter durch den Verzicht der Halbschwester verbessert, insbesondere ist er nunmehr alleiniger gesetzlicher Erbe und hat sich sein Pflichtteil nach § 2310 Satz 2 BGB verdoppelt, aber dies ist nur eine mittelbare Folge des Verzichts, die von weiteren Voraussetzungen abhängig ist. Zum Zeitpunkt der Urkundenerrichtung ist dies noch ungewiss, weil die gesetzliche oder gewillkürte Erbstellung bis zum Eintritt des Erbfalls keine gesicherte Rechtsposition, geschweige denn ein Anwartschaftsrecht ist, das zum Beispiel durch eine Vormerkung gesichert werden könnte.⁸ Unabhängig hiervon kommt es unter Umständen auf den Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments an; enthält dieses zum Beispiel eine Änderungsbefugnis für den Überlebenden, könnte der Sohn enterbt werden. Aufgrund § 7 Nr. 3 BeurkG ist die Erbeinsetzung des Sohnes im konkreten Fall sogar

³ Grziwotz/Heinemann, 2012, § 27 BeurkG Rdnr. 2.

⁴ Winkler, vor § 27 BeurkG Rdnr. 3.

⁵ BGH, Beschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96 249, BGHZ 134, 230, 237 = NJW 1997, 946 = MittBayNot 1997, 248 mit Anm. Winkler.

⁶ BGH, Beschluss vom 10.10.2012, IV ZB 14/12, DNotZ 2013, 1949 = MittBayNot 2013, 166.

⁷ Winkler, § 7 BeurkG Rdnr. 4.

⁸ Palandt/Bassenge, 73. Aufl. 2014, § 883 BGB Rdnr. 18.

¹ Winkler, 17. Aufl. 2013, § 3 BeurkG Rdnr. 10.

² Winkler, § 7 BeurkG Rdnr. 2.

unwirksam, wenn dies auch möglicherweise nicht erkannt wurde.

Es ist, wie der BGH in seiner Entscheidung vom 18.12.1996⁵ betont, mit der Rechtssicherheit unvereinbar, wenn die Wirksamkeit einer Urkunde nähere Aufklärung darüber voraussetzt, welche möglicherweise sonstigen Umstände noch bestanden haben oder etwa noch eintreten müssen. Das Beurkundungsgesetz schränkt den Katalog der Unwirksamkeitsgründe im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich auf die ein, die für den Kundigen aus der Urkunde selbst ersichtlich sind.⁹ Anders ist es bei den Mitwirkungsverboten des § 3 BeurkG, die zwar vom Notar unbedingt zu beachten sind, aber nur Sollvorschriften enthalten, deren Verletzung nicht zur Unwirksamkeit führt. Ob § 3 Abs. 1 Nr. 3 BeurkG einschlägig ist, für den es genügt, dass sich die zu beurkundenden Erklärungen und Vorgänge nach ihrem materiellen Gehalt auf eine auch den Notar selbst angehende Sache beziehen,¹⁰ brauchte das OLG daher nicht zu prüfen. Der Notar ist in solchen Fällen aber dienstrechtlich zur Verantwortung zu ziehen – bis hin zur Amtsenthebung (§ 50 Abs. 1 Nr. 9a BNotO).

Notar a. D. Prof. Dr. *Karl Winkler*, München

⁹ BT-Drucks. 5/3282, S. 29.

¹⁰ BGH, Urteil vom 25.5.1984, V ZR 13/83, DNotZ 1985, 231, 232; *Winkler*, § 3 BeurkG Rdnr. 25.

Kostenrecht

19. GNotKG §§ 81, 134, 136 Abs. 1; KostO § 161; RPfG § 11 Abs. 2; GVG § 23a Abs. 2 Nr. 8 (*Anwendung der Kostenordnung auf Grundbucheintragungen im Übergangszeitraum*)

Die Kostenordnung ist für die Abrechnung von Gebühren für Grundbucheintragungen weiter anzuwenden, wenn die Verfahren vor dem 1.8.2013 anhängig geworden oder eingeleitet worden sind.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Dresden, Beschluss vom 9.10.2013, 17 W 996/13

Der die Beschwerde führende Kostenschuldner und der amtsgerichtliche Rechtspfleger streiten um die Berechnung von noch vor Inkrafttreten des GNotKG beantragten, aber erst danach vollzogenen Grundbucheintragungen. Der Beteiligte will die ihm günstigere Abrechnung nach der KostO, stellt daher den seine beiden Kostenansatzerinnerungen zurückweisenden Beschluss des Rechtspflegers zur Überprüfung durch das Beschwerdegericht.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat Erfolg. Abzurechnen ist nach der KostO. Deshalb sind die bisherigen Kostenansätze, soweit sie den Beteiligten betreffen, aufzuheben und neu zu erstellen. Letzteres ist vom Grundbuchamt zu erledigen.

Die Zulässigkeit der Beschwerde beurteilt sich ob deren Einlegung am 24.9.2013, also nach Inkrafttreten des GNotKG, nach neuem Kostenrecht, so nach § 81 GNotKG. Dessen Anforderungen sind erfüllt. Zwar ist der von § 81 Abs. 2 Satz 1 GNotKG vorgesehene Beschwerdewert von mehr als 200 € nicht erreicht. Berechnet sind dem Beteiligten mit den beiden

Kostenrechnungen, die Gegenstand des nun vom Senat zu überprüfenden Beschlusses sind, insgesamt 355,05 € . Nach der KostO wären es, so die Berechnungen des Senats, 197,86 €. So bringt der Beteiligte vor, der angefochtene Beschluss beschwere ihn zu 157,19 €. Damit wäre dessen zuletzt eingereichter Rechtsbehelf an sich als Rechtspflegererinnerung nach § 11 Abs. 2 RPfG zu behandeln und als solche vom Richter beim AG zu bescheiden. Dem jetzt angefochtenen Beschluss des Rechtspflegers und dessen Nichtabhilfeentscheid lässt sich allerdings entnehmen, dass der Rechtspfleger irrtümlich annahm, der Beschwerdewert sei erreicht. In einem solchen Fall muss das Rechtsmittelgericht die von § 81 Abs. 2 Satz 2 GNotKG vorgesehene Entscheidung, ob die Beschwerde zuzulassen ist oder nicht, nachholen. Dies entscheidet der Senat im ersteren Sinne. Denn die hier zur Entscheidung stehende Frage, Abrechnung noch nach KostO oder schon nach GNotKG, ist von grundsätzlicher Bedeutung.

Das, nach Übertragung durch die Einzelrichterin, vom Senat in Dreierbesetzung zu bescheidende Rechtsmittel ist auch begründet. Nicht die vom Rechtspfleger herangezogene Nr. 5 des § 136 Abs. 1 GNotKG, sondern dessen Nr. 1 bestimmt das für die Gerichtskostenberechnung maßgebliche Recht. Und das ist die Kostenordnung.

Bei alledem ist zunächst richtig, dass der grundbuchamtliche Rechtspfleger von einer Beantragung der jetzt abgerechneten Eintragungen schon vor dem Stichtag, also vor dem 1.8.2013, ausgeht. Zwar wurden die am 16.7.2013 eingegangenen Eintragungsanträge zunächst zwischenverfügt und in Reaktion hierauf mit Eingangsdatum vom 2.9.2013 neu gestellt (GA 67). Hiermit war aber keine Zurücknahme des früheren Antrages verbunden. Der neuerliche Antrag war vielmehr nur eine Klarstellung des früheren, mit der die vom Grundbuchamt angenommenen Eintragungsmängel behoben werden sollten.

Ebenso richtig ist die Annahme des grundbuchamtlichen Rechtspflegers, dass bei Anwendung von § 136 Abs. 1 Nr. 5 GNotKG nach neuem Recht abzurechnen wäre. Beide Einträge erfolgten nach dem Stichtag, am 3.9.2013. Die für sie entstandenen Gebühren sind so erst ab 3.9.2013 fällig (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 GNotKG, § 7 KostO). Damit sind sie nicht, wie es § 136 Abs. 1 Nr. 5 GNotKG zur weiteren Anwendung der KostO voraussetzt, vor dem Inkrafttreten des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes fällig geworden.

Vom Rechtspfleger nicht ausreichend berücksichtigt ist aber, dass die Überleitungsregel der Nr. 5 nur, wie es in ihr formuliert ist, „in allen übrigen Fällen“ gilt. Mit der Regelung in Nr. 5 hat der Gesetzgeber also einen Auffangtatbestand geschaffen. Maßgeblich ist er nur für die Fälle, die nicht unter Nr. 1 bis Nr. 4 fallen. Damit passt er für die Abrechnung grundbuchamtlicher Verfahren nicht. Denn diese sind, wie etwa und insbesondere § 23a Abs. 2 Nr. 8 GVG entnommen werden kann, gerichtliche Verfahren. Und in solchen gerichtlichen Verfahren ist nach § 136 Abs. 1 Nr. 1 GNotKG die Kostenordnung weiter anzuwenden, wenn sie vor dem 1.8.2013 anhängig geworden sind oder eingeleitet worden sind. Hier gingen, wie erwähnt, die Anträge, deren Bescheidung per Eintragung abzurechnen ist, noch im Juli 2013 beim Grundbuchamt ein. Mit diesem Antragseingang wurde das grundbuchamtliche Verfahren anhängig. Das führt zur Anwendung noch der KostO.

Die vom Rechtspfleger im Anschluss an eine knapp gehaltene Bemerkung von *Böhringer* (BWNZ 2013, 67, 74) angestellte Erwägung, Grundbuchgebühren seien keine Verfahrens-, sondern Entscheidungs- bzw., wie es *Böhringer* nennt, Aktgebühren, ändert nichts. § 136 Abs. 1 Nr. 1 GNotKG

nimmt weder Gebühren, die im Grundbuchamtlichen Verfahren anfallen, noch allgemein Entscheidungsgebühren aus. Er gilt vielmehr für alle gerichtlichen Verfahren und für alle in ihnen entstehenden Kosten. So finden sich denn auch nirgends Anhaltspunkte dafür, dass es nach der Vorstellung des Gesetzgebers für Grundbuchgebühren nicht auf die Antragstellung beim Grundbuchamt ankommen soll, namentlich auch nicht in der bereits vom Rechtspfleger herangezogenen „Gesetzesbegründung“ (dazu BT-Drucks. 17/11471, S. 193). Das wäre auch ungewöhnlich. Zum einen provoziert dergleichen den Vorwurf verzögerlicher Behandlung vollzugsreifer Anträge durch das Grundbuchamt und damit Anträge nach § 16 KostO bzw. § 21 GNotKG oder gar Amtshaftungsklagen. Zum anderen stellen auch andere Überleitungsregeln, etwa die Dauerübergangsvorschriften in § 134 GNotKG, in § 71 Abs. 1 Satz 1 GKG, in § 63 Abs. 1 Satz 1 FamGKG und in § 60 Abs. 1 Satz 1 RVG sowie die speziell anlässlich der ersten Kostenrechtsmodernisierung angebrachten Regeln der § 72 Nr. 1 GKG und § 61 Abs. 1 Satz 1 RVG nicht darauf ab, wann die jeweilige Gebühr entstanden ist bzw. fällig wurde, sondern durchweg auf die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens bzw. auf die Erteilung des anwaltlichen Auftrages. Schließlich lässt sich die vom Grundbuchamtlichen Rechtspfleger und von *Böhringer* angestellte Erwägung, das bisherige Recht gelte nur für solche Kosten, die vor dem 1.8.2013 fällig geworden sind, nicht mit dem vereinbarten, was der Abgleich der jetzt geltenden Übergangsvorschriften in §§ 136, 134 GNotKG mit der früheren in § 161 Satz 1 KostO nahelegt, nämlich, dass zum anwendbaren Recht früher die Fälligkeit maßgeblich war, dass sie es jetzt aber nicht mehr ist.

Der Senat hält es nach alledem mit seinem Richterkollegen *Seifert*, der in NotBZ 2013, 293, mit überzeugenden Ausführungen zu dem Ergebnis kommt, der Auffassung, dass es bei einer Grundbucheintragung, bei der eine Aktgebühr entsteht, nicht auf die Antragstellung, sondern auf die Eintragung selbst als Fälligkeitszeitpunkt gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 5 GNotKG ankäme, sei nicht zu folgen. Hierauf sei ergänzend verwiesen.

Kosten- und Wertentscheidungen sind nicht nötig, § 81 Abs. 8 GNotKG.

Zuletzt merkt der Senat an, dass der Beteiligte die Kostenanyszerinnerung auch „im Namen und zugunsten der übrigen Sondereigentümer“ einlegte. Diese Erinnerungen der übrigen Eigentümer sind vom Grundbuchamt noch zu bescheiden. Dabei ist vom Beteiligten angekündigt, dass er bei Bedarf eine schriftliche Vollmacht einreichen werde.

Hinweis der Schriftleitung:

Eine gleichlautende Entscheidung ist durch das OLG Bamberg ergangen (Beschluss vom 7.10.2013, 8 W 84/13, BeckRS 2013, 21195).

Öffentliches Recht

20. SGB XII § 2 Abs. 1, § 93 Abs. 1 Satz 1 und 3; SGB X § 33 Abs. 1 (*Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs auf einen Sozialhilfeträger*)

1. **Für die Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII genügt bereits, dass ein überleitungsfähiger Anspruch überhaupt in Betracht kommt, also er nicht von vornherein objektiv ausgeschlossen ist.**
2. **Der überzuleitende Anspruch muss nicht gleichzeitig mit dem sozialhilferechtlichen Anspruch entstanden oder fällig geworden sein, es reicht aus, dass er in dem in der Bewilligung ausgesprochenen Zeitraum noch fällig und nicht erfüllt ist.**
3. **Die nach § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII erforderliche Kausalität liegt vor, wenn dem Leistungsberechtigten die Verwendung der nunmehr als bereitstehend gedachten Mittel zur Beseitigung seiner Hilfebedürftigkeit sozialhilferechtlich zugemutet wird, was sich anhand der Vorschriften über den Einkommens- und Vermögenseinsatz beurteilt.**

LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 12.12.2013, L 7 SO 4209/09

Zwischen den Beteiligten steht im Streit, ob die Beklagte Ansprüche des Klägers gegen den Beigeladenen Ziffer 1 auf sich überleiten durfte.

Der 1960 geborene Kläger bezog in der Zeit vom 19.5.2003 bis zum 30.9.2003 sowie vom 19.3.2004 bis zum 31.12.2004 Hilfe zum Lebensunterhalt BSHG, vom 1.1.2005 bis zum 30.6.2005 Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII und vom 1.7.2005 bis zum 31.12.2008 Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem SGB XII. Die Sozialhilfeaufwendungen der Beklagten für den Kläger betragen in den Jahren 2003 bis 2007 insgesamt 36.621,06 €.

Das LG Karlsruhe verurteilte den Beigeladenen Ziffer 1 zunächst mit rechtskräftigem Teilurteil vom 30.10.2007 (4 O 833/05) zur Zahlung von 13.397,18 € nebst 7,25 % Zinsen p. a. seit dem 1.1.1998 an den Kläger und dann mit rechtskräftigem Urteil vom 16.4.2008 zu einer weiteren Zahlung in Höhe von 790,96 € nebst 7,25 % Zinsen p. a. seit 1.1.1998. Es stützte sein Urteil darauf, dass dem Kläger ein Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage in Höhe von 30.000 DM als stiller Gesellschafter eines Inkassobüros in der Rechtsform der GmbH, die jedoch nie gegründet wurde, zum 1.1.1998 zustehe. Weder über das seit dem 9.12.2005 beim LG Karlsruhe anhängige Klageverfahren noch über den dort geltend gemachten Anspruch hatte der Kläger die Beklagte in seinen Sozialhilfeanträgen unterrichtet (vgl. Anträge vom 19.5.2003, 16.12.2005, 29.5.2006, 19.6.2007).

Der Beigeladene Ziffer 1 teilte der Beklagten mit Schreiben vom 23.11.2007 mit, dass zugunsten des Klägers Ansprüche aus einer Beteiligung als stiller Gesellschafter seit dem 1.1.1998 in Höhe von 13.397,18 € zzgl. Zinsen bestehen, und fragte an, ob und ggf. in welcher Höhe mit befreiender Wirkung an den Kläger dieser Betrag ausbezahlt werden könne.

Mit Bescheid vom 25.1.2008 leitete die Beklagte die dem Kläger gegen den Beigeladenen Ziffer 1 zustehende Forderung aus dem Teilurteil des LG Karlsruhe vom 30.10.2007 in Höhe von 13.397,18 € Zinsen dem Grunde nach auf sich über und informierte den Beigeladenen Ziffer 1 darüber (Bescheid vom gleichen Tag). Die Überleitungsentscheidung stehe im Ermessen des Sozialhilfeträgers. Das Gebot wirtschaftlicher und sparsamer Bewirtschaftung öffentlicher Mittel sei mit den sozialrechtlichen Belangen des Hilfeempfängers und des in Anspruch genommenen Schuldners abzuwägen. Interessen des Klägers, die einer Überleitung entgegenstünden, seien im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Ebenso verhalte es sich mit der Interessenlage des Schuldners der Forderung. Insgesamt betrachtet sei es daher ermessensgerecht, den Anspruch des Klägers aus dem ergangenen Urteil dem Grunde nach auf den Sozialhilfeträger überzuleiten.

Ausweislich eines Aktenvermerks der Beklagten vom 7.2.2008 teilte der Beigeladene Ziffer 1 mit, dass der Kläger seinerzeit die stille Einlage an ihn – den Beigeladenen Ziffer 1 – darlehensweise finanziert habe. Die Bank habe die Forderung ausgebucht, da keine Rückzahlung habe erlangt werden können.

Mit Schreiben vom 26.2.2008, an den Beigeladenen Ziffer 1 adressiert, bezifferte die Beklagte den Sozialhilfeaufwand für den Kläger in den Jahren 2003 bis 2007 auf insgesamt 36.621,06 € und bat um Überweisung des übergeleiteten Betrages. Im März 2003 zahlte der Beigeladene Ziffer 1 im Hinblick auf die Überleitung an die Beklagte einen Betrag i. H. v. 23.282,63 €.

Der Kläger legte Widerspruch gegen den Bescheid vom 25.1.2008 sowie das Schreiben vom 26.2.2008 ein (Schriftsätze seiner Bevollmächtigten vom 1.2.2008 und 1.4.2008) und führte zur Begründung aus, dass er sich im Jahr 1995 mit einem Betrag in Höhe von insgesamt 30.000 DM an einer noch zu gründenden Inkasso-Gesellschaft des Beigeladenen Ziffer 1 als stiller Gesellschafter beteiligt habe. Das Geld dafür habe er durch einen Bankkredit finanziert. Die Inkasso-Gesellschaft sei niemals gegründet worden. Er – der Kläger – habe seine Beteiligung mit Schreiben vom 23.12.1996 gekündigt, die mit Ablauf des 31.12.1997 wirksam geworden sei. Im Jahr 2000 habe sich der Kläger von dem Beigeladenen Ziffer 2 einen Geldbetrag in Höhe von 35.000 DM geliehen und zur Sicherung des Darlehens seine Forderung gegen den Beigeladenen Ziffer 1 nebst Zinsen in Höhe der Darlehensforderung an den Beigeladenen Ziffer 2 abgetreten. Der Beigeladene Ziffer 2 habe den Kläger zur Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen ermächtigt. Mit dem Geld des Beigeladenen Ziffer 2 habe er – der Kläger – den ursprünglichen Bankkredit abgelöst. Die Überleitung durch die Beklagte gehe bereits deshalb ins Leere, weil der Kläger nicht Forderungsinhaber sei.

Der Kläger legte die Kopie eines auf den 16.3.2000 datierenden Darlehensvertrages zwischen ihm und dem Beigeladenen Ziffer 2 vor, wonach der Kläger vom Beigeladenen Ziffer 2 einen Betrag von 35.000 DM als Darlehen erhalten habe, das Darlehen mit 3 % jährlich zu verzinsen sei, der Kläger dem Beigeladenen Ziffer 2 den erstrangigen Teil seines Anspruchs gegen die Firma I D bzw. deren Inhaber – den Beigeladenen Ziffer 1 – auf Rückzahlung der Einlage i. H. v. 30.000 DM nebst Zinsen in Höhe der Darlehensforderung zur Sicherung der Darlehensforderung abgetreten und der Beigeladene Ziffer 2 die Abtretung angenommen sowie der Beigeladene Ziffer 2 den Kläger zur Geltendmachung der Forderung in eigenem Namen und zu deren Einziehung ermächtigt habe.

Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs hatte vor dem SG Karlsruhe keinen Erfolg (SG Karlsruhe, Beschluss vom 29.2.2008, S 1 SO 652/08 ER); seine Beschwerde zum LSG Baden-Württemberg nahm er zurück (L 7 SO 1030/08 ER – B).

Die Beklagte wies den klägerischen Widerspruch gegen den Bescheid vom 25. Januar 2008 als unbegründet (Widerspruchsbescheid vom 25.9.2008) und den Widerspruch gegen das Schreiben vom 26.2.2008 als unzulässig zurück (Widerspruchsbescheid vom 2.10.2008).

Dagegen erhob der Kläger am 27.10.2008 Klage zum SG. Ergänzend zu seinem Vorbringen im Widerspruchsverfahren brachte er vor, dass der Betrag von 35.000 DM auf dreimal in bar ausbezahlt worden sei, nämlich am 8.1.2010 i. H. v. 15.000 DM, am 21.2.2000 i. H. v. 16.000 DM sowie am 6.3.2000 i. H. v. 4.000 DM. Die Beträge seien an den Kläger jeweils auf dessen Anforderung nach Rücksprache mit dem Beigeladenen Ziffer 2 von dessen Sohn Y übergeben worden. Der Kläger habe den Empfang der Beträge quittiert.

Anlässlich des nächsten Deutschlandbesuchs des Beigeladenen Ziffer 2 seien die ausgereichten Gelder in der vorgelegten Darlehensvereinbarung zusammengefasst worden. Spätestens im August 2003 sei die Beklagte über die – damals ungewisse – Forderung gegen den Beigeladenen Ziffer 1 in Kenntnis gesetzt worden. Im Dezember 2007 habe der Bevollmächtigte des Klägers – Rechtsanwalt N – mit dem Sachbearbeiter der Beklagten, Herrn R, telefoniert, diesem den wesentlichen Sachverhalt mitgeteilt und ihn zugleich darauf hingewiesen, dass die Forderung gegen den Beigeladenen Ziffer 1 i. H. v. 35.000 DM an den Beigeladenen Ziffer 2 abgetreten worden sei. Dennoch habe die Beklagte den Überleitungsbescheid erlassen. Die Überleitung gehe schon deshalb ins Leere, da die vor dem LG Karlsruhe eingeklagte Forderung – jedenfalls im Wesentlichen – bereits seit dem Jahr 2000 an den Beigeladenen Ziffer 2 abgetreten sei, welchem sie damit rechtlich und wirtschaftlich zustehe. Zudem wäre

eine Überleitung allenfalls für die Zeit ab 19.3.2004 möglich. Hätte der Kläger das Geld vom Beigeladenen Ziffer 1 rechtzeitig, nämlich zum 1.1.1998, bekommen, so hätte sich dies auf die viele Jahre später, nämlich ab 2003 erfolgte Leistungsgewährung durch die Beklagte überhaupt nicht ausgewirkt. Insbesondere wäre die Darlehensaufnahme bei dem Beigeladenen Ziffer 2 nicht erforderlich geworden. Die Sozialhilfeleistungen durch die Beklagte wären auch bei rechtzeitiger Leistung durch den Beigeladenen Ziffer 1 zu erbringen gewesen. Schließlich habe die Beklagte ermessensfehlerhaft die ihr bekannte und noch anhängige Sozialrechtsstreitigkeit des Klägers gegen die Berufsgenossenschaft außer Acht gelassen, die Einfluss auf die Höhe der bisher erbrachten Sozialleistungen habe. Der Bezifferungsbescheid sei ebenfalls als Verwaltungsakt zu qualifizieren, weshalb er mit Widerspruch anfechtbar sei.

Das SG hat mit Gerichtsbescheid vom 12.8.2009 die Klage abgewiesen, dem Kläger die Kosten des Verfahrens auferlegt und den Streitwert endgültig auf 13.397,18 € festgesetzt. Die von der Beklagten durch den Bescheid vom 25.1.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.9.2008 dem Grunde nach verfügte Überleitung von Ansprüchen des Klägers gegen den Beigeladenen Ziffer 1 aus dem Urteil des LG Karlsruhe vom 30.10.2007 sei nicht zu beanstanden. Der Bescheid sei formell rechtmäßig. Zwar habe die Beklagte vor Erlass des Bescheides weder den Kläger noch den Beigeladenen Ziffer 1 – wie erforderlich – gemäß § 24 Abs. 1 SGB X angehört, jedoch sei die fehlende Anhörung durch das Widerspruchsverfahren geheilt worden (§ 41 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 2 SGB X), denn in diesem habe der Kläger Gelegenheit gehabt, sich zu allen für die Entscheidung der Beklagten wesentlichen Tatsachen zu äußern (unter Hinweis auf BSG, Urteil vom 5.2.2008, B 2 U 6/07 R).

Der Bescheid sei auch materiell rechtmäßig und finde seine Rechtsgrundlage in § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII. Es lägen keine Anhaltspunkte für einen Ausschluss der Überleitung nach § 93 Abs. 4 SGB XII vor. Dem Kläger stehe gegen den Beigeladenen Ziffer 1 nach dem Teilurteil des LG Karlsruhe vom 30.10.2007 ein Anspruch auf Zahlung i. H. v. 13.397,18 € zuzüglich 7,25 % Zinsen hieraus seit dem 1.1.1998 zu. Ob dieser Vermögenswert dem Kläger endgültig zuzurechnen sei oder dem ggf. der mit dem Beigeladenen Ziffer 2 am 16.3.2000 geschlossene Darlehensvertrag einschließlich der darin getroffenen Abtretungserklärungen entgegenstehe, brauche die Kammer vorliegend nicht zu entscheiden. Eine Überleitung sei nämlich nicht schon deshalb rechtswidrig, weil der übergeleitete Anspruch nicht bestehe (unter Hinweis auf BVerwGE 34, 219, 220 ff.). Nur wenn der übergeleitete Anspruch offensichtlich ausgeschlossen sei, wäre nach den Grundsätzen der Negativevidenz eine dennoch erlassene, erkennbar sinnlose Überleitungsanzeige rechtswidrig (unter Hinweis u. a. auf BVerwGE 49, 311, 315 ff.). Es reiche daher aus, dass der Kläger möglicherweise einen Zahlungsanspruch gegen den Beigeladenen Ziffer 1 habe. Ein Fall der Negativevidenz liege hier nicht vor. Dass der Kläger die Forderung gegen den Beigeladenen Ziffer 1 wirksam bereits am 16.3.2000 an den Beigeladenen Ziffer 2 abgetreten habe, erachte die Kammer aufgrund des Darlehensvertrages vom selben Tag nicht für erwiesen. Dieser sei weder im Tatbestand noch in den Entscheidungsgründen des Teilurteils des LG Karlsruhe vom 30.10.2007 erwähnt. Auch habe die Kammer Zweifel an der Wirksamkeit des Darlehensvertrages, da dort – anders als in der Klagebegründung – keine näheren Angaben über die Auszahlung der Darlehenssumme in drei Teilbeträgen erfolgt sei, die Darlehenshingabe als „zur freien Verfügung“ bezeichnet werde, obwohl der Kläger eigenen Angaben zufolge mit der Darlehenssumme ein frühere Bankdarlehen habe tilgen wollen, und als Fälligkeitsdatum für die Darlehensrückzahlung der 1.12.2008 als spätester Zeitpunkt angegeben worden sei, was in etwa dem – im März 2000 überhaupt noch nicht absehbaren – Zeitpunkt der (teilweisen) Beendigung des Rechtsstreits des Klägers gegen den Beigeladenen Ziffer 1 vor dem LG Karlsruhe entspreche. Darüber, ob deshalb der Darlehensvertrag mit dem Beigeladenen Ziffer 2 ggf. als bloßes Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB zu werten und daher nichtig sei, habe nicht das erkennende Gericht in dem Rechtsstreit abschließend zu befinden. Diese materielle Prüfung sei vielmehr zwischen dem Kläger und der Beklagten ggf. in einem weiteren Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten zu klären.

Ob eine rechtzeitige Zahlung des Beigeladenen Ziffer 1 an den Kläger bereits im Jahre 1998 Auswirkungen auf die Höhe der dem Kläger von der Beklagten gewährten Leistungen gehabt hätte, könne offenbleiben, weil eine solche Zahlung tatsächlich nicht erfolgt sei und dem Kläger die Forderung gegen den Beigeladenen Ziffer 1 nach

dem Teilurteil des LG Karlsruhe vom 30.10.2007 seit dem 1.1.1998 durchgehend zugestanden habe, mithin auch während des Bezugs von Leistungen der Beklagten. Zeitidentität im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII setzte lediglich voraus, dass der Anspruch des Hilfeempfängers gegen den Dritten im Zeitpunkt der Sozialhilfeleistung fällig und seinem Gegenstand nach geeignet gewesen sein müsse, die Notlage abzuwenden oder den Hilfebedürftigen zur Selbsthilfe zu befähigen (unter Hinweis auf BVerwGE 110, 5). Es komme mithin nicht darauf an, ob die Forderung des Klägers gegen den Beigeladenen Ziffer 1 für einen mit dem sozialhilferechtlichen Bedarfszeitraum identischen Zeitraum bestimmt sei (unter Hinweis auf BVerwGE 108, 296, 298). Deshalb sei auch ein in der Vergangenheit entstandener Anspruch überleitungsfähig, wenn und soweit er im Zeitpunkt der Hilfestellung – wie hier – nicht erfüllt sei (unter Hinweis auf Senatsbeschluss vom 22.1.2008, L 7 AS 5846/07 ER-B). Der Überleitung nach der zum 1.1.2005 in Kraft getretenen Bestimmung des § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII stehe nicht entgegen, dass der Kläger in den Jahren 2003 und 2004 von der Beklagten Leistungen nach dem BSHG oder dem Grundsicherungsgesetz erhalten habe.

Die Beklagte habe auch die erforderliche Ermessensentscheidung vorgenommen. Sie sei sich des ihr gesetzlich eingeräumten Ermessens bewusst gewesen und habe im Rahmen ihrer Ermessenerwägung die Gründe angeführt, die aus ihrer Sicht für die Überleitung sprächen. Ermessensfehler oder sachwidrige Ermessensgesichtspunkte lägen nicht vor. Soweit die Beklagte bereits im Oktober 2005 gegenüber dem Unfallversicherungsträger wegen der von ihr erbrachten Leistungen einen Anspruch auf Erstattung aus eventuellen Entschädigungsleistungen des Klägers aus der gesetzlichen Unfallversicherung geltend gemacht habe, stelle dies keinen zusätzlichen Ermessensgesichtspunkt dar, den die Beklagte bezüglich der Überleitungsanzeige hätte berücksichtigen müssen. Denn dieser Erstattungsanspruch sei gegenüber der verfügten Überleitung nicht vorrangig und überdies bislang auch nicht befriedigt.

Zu Recht habe die Beklagte den Widerspruch des Klägers gegen ihr Schreiben vom 26.2.2008 als unzulässig zurückgewiesen. Denn dieses Schreiben beinhalte keine Regelung, d. h. keine Begründung, Aufhebung und Änderung oder Feststellung einer verbindlichen Rechtsfolge im Sinne des § 31 Satz 1 SGB X, die der Kläger im Widerspruchsverfahren zur Überprüfung durch die Beklagte stellen könnte.

Gegen den seinen Bevollmächtigten am 18.8.2009 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich der Kläger mit seiner am 14.9.2009 beim LSG Baden-Württemberg eingelegten Berufung, mit der er sein Klagebegehren weiter verfolgt. Zur Begründung hat er ergänzend vorgebracht, dass ein Fall der Negativevidenz vorliege. Eine Forderung des Klägers sei offenkundig nicht gegeben, da diese bereits am 16.3.2000 an den Beigeladenen Ziffer 2 abgetreten worden sei. Zum Beweis seien die Abtretungsurkunde vorgelegt und der Zessionar als Zeuge benannt worden. Weiter trägt der Kläger vor, er habe seine Einlage als stiller Gesellschafter über ein Darlehen der Bank i. H. v. 30.000 DM finanziert. Von den vom Beigeladenen Ziffer 2 geliehenen Geldern von insgesamt 35.000 DM habe er – der Kläger – auf die Rückstände bei der Dresdner Bank zunächst einen Betrag i. H. v. 6.000 DM bezahlt. Schließlich hätte er sich mit der Dresdner Bank auf eine Abstandsanzahlung von weiteren 4.000 DM zur vergleichsweise Erledigung geeinigt. Außerdem habe er weitere Schulden zurückgeführt.

Der Kläger beantragt, unter Aufhebung des Gerichtsbescheides des SG Karlsruhe vom 12.8.2009 die Bescheide der Beklagten vom 25.1.2008 und 26.2.2008 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 25.9.2008 und 2.10.2008 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte ist der Berufung entgegnetreten und verweist zur Begründung auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Gerichtsbescheides.

Der Senat hat R B sowie den A O beigeladen (Beschlüsse vom 21.11.2011 und 7.11.2012); die Beigeladenen haben jeweils keinen Antrag gestellt.

Der Beigeladene Ziffer 2 hat vor dem LG Karlsruhe unter dem Aktenzeichen 11 O 11/12 gegen die Beklagte einen Rechtsstreit auf Zahlung von 23.282,63 €, mithin des Betrages, den der Beigeladene Ziffer 1 auf die Überleitungsanzeige vom 25.1.2008 an die Beklagte geleistet hat, geführt und im Herbst 2013 seine Klage wieder zurückgenommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten, die Verfahrensakten des SG und des Senats sowie die Akten des SG Karlsruhe S 1 SO 652/08 ER und des Senats L 7 SO 1030/08 ER-B Bezug genommen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Das Urteil des SG war lediglich im Kostenausspruch zu berichtigen.

1. Der Senat war berechtigt, trotz Ausbleibens des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2013 und des zuvor gestellten Antrages auf Terminsverlegung (Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 6.12.2013) in der Sache zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung soll der Anspruch auf rechtliches Gehör verhindern, dass die Beteiligten durch eine Entscheidung überrascht werden, die auf Rechtsauffassungen, Tatsachen oder Beweisergebnissen beruht, zu denen sie sich nicht äußern konnten, und sicherstellen, dass ihr Vorbringen vom Gericht in seine Erwägungen miteinbezogen wird (bspw. BSG, Beschluss vom 31.1.2008, B 2 U 311/07 B, juris Rdnr. 4 m. w. N.). Die Beteiligten haben vorliegend schriftsätzlich umfassend in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorgetragen. Der vormalige Berichterstatter hat mit ihnen den Rechtsstreit erörtert (Erörterungstermin vom 4.4.2012). Der Senat hat das persönliche Erscheinen des Klägers zur mündlichen Verhandlung am 12.12.2013 nicht angeordnet und damit zu erkennen gegeben, dass er die persönliche Anwesenheit des Klägers nicht als erforderlich ansieht. Zudem ist der Kläger in der mündlichen Verhandlung durch seinen Bevollmächtigten, der für diesen auch einen Sachantrag gestellt hat, vertreten worden.

2. Die form- und fristgerecht (§ 151 Abs. 1 SGG) eingelegte Berufung ist statthaft und zulässig, da sie nicht der Zulassung bedarf (§§ 143, 144 Abs. 1 SGG).

3. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet der Bescheid vom 25.1.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.9.2008 sowie das Schreiben vom 26.2.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2.10.2008, mit denen die Beklagte dem Grunde nach die Forderung des Klägers gegen den Beigeladenen Ziffer 1 aus dem Urteil des LG Karlsruhe vom 30.10.2007 i. H. v. 13.397,18 € zzgl. Zinsen auf sich übergeleitet und den Sozialhilfeaufwand für die Jahre 2003 bis 2007 gegenüber dem Beigeladenen Ziffer 1 insgesamt auf 36.621,06 € beziffert hat.

4. Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg. Der Bescheid der Beklagten vom 25.1.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.9.2008 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Beklagte hat zutreffend den Zahlungsanspruch des Klägers gegen den Beigeladenen Ziffer 1 aus dem genannten Teilurteil des LG Karlsruhe dem Grunde nach auf sich übergeleitet. Auch ist das SG zutreffend davon ausgegangen, dass die mit Schreiben vom 25.1.2008 gegenüber dem Beigeladenen Ziffer 1 erfolgte Bezifferung des Sozialhilfeaufwandes keinen durch den Kläger anfechtbaren Verwaltungsakt beinhaltet. Der Senat nimmt auf die ausführlichen Darlegungen des SG Bezug und weist die Berufung aus den Gründen des angefochtenen Gerichtsbescheides zurück (§ 153 Abs. 2 SGG).

Ergänzend weist der Senat im Hinblick auf das Vorbringen des Klägers im Berufungsverfahren auf Folgendes hin:

a) Die Überleitungsanzeige ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 33 SGB X. Insoweit ist ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Wille des Sozialhilfeträgers zur Überleitung zum Ausdruck kommt und dass der Hilfeempfänger,

die Art der Hilfe sowie der überzuleitende Anspruch nebst Angabe von Gläubiger und Schuldner bezeichnet werden (vgl. Senatsurteile vom 22.11.2007, L 7 SO 73/06, juris Rdnr. 21). Diesen Anforderungen genügt die Überleitungsanzeige. Der übergeleitete Anspruch ist unter Bezugnahme auf das Teilurteil des LG Karlsruhe vom 30.10.2007, 4 O 8333/05, und Nennung des Klägers als Gläubiger sowie der Anspruchshöhe hinreichend beschrieben. Die Bezifferung der in der Vergangenheit bereits erbrachten Leistungen ist erfolgt (Widerspruchsbescheid vom 25.9.2008).

b) Die Überleitung geht – entgegen der Meinung des Klägers – im Hinblick auf die behauptete Abtretung an den Beigeladenen Ziffer 2 nicht ins Leere. Nach dem Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII, der im Übrigen auch die Überleitung im Hinblick auf Leistungen nach dem BSGH erlaubt (vgl. Senatsurteil vom 22.7.2010, L 7 SO 853/09, juris Rdnr. 27), kann nur ein bestehender Anspruch Gegenstand der Überleitung sein, jedoch muss nach ständiger Rechtsprechung – auch bereits zur Vorgängervorschrift des BSHG – das Bestehen des Anspruchs nicht positiv festgestellt werden. Das Bestehen des Anspruchs ist keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Überleitungsanzeige (dazu und zum Folgenden BSG, Beschluss vom 25.4.2013, B 8 SO 104/12 B, juris Rdnr. 8 ff; Beschluss vom 20.12.2012, B 8 SO 75/12 B, veröffentlicht auf www.sozialgerichtsbarkeit.de; vgl. auch Senatsurteil vom 22.7.2010, L 7 SO 853/09, juris Rdnr. 28). Danach genügt es für die Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII bereits, dass ein überleitungsfähiger Anspruch überhaupt in Betracht kommt, also er nicht von vornherein objektiv ausgeschlossen ist. In der Sozialhilfe dient die Überleitung eines Anspruchs – neben den Vorschriften über den Einsatz eigenen Einkommens und Vermögens – dazu, den Nachrang der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 SGB XII) zu realisieren. Wie beim Einsatz des Einkommens müssen die Vorschriften über die Überleitung von Ansprüchen folglich bedarfsorientiert gesehen werden. Entscheidend ist also nicht, ob ein Anspruch tatsächlich besteht, sondern dass die Überleitung für einen Zeitraum erfolgt, in dem Leistungen der Sozialhilfe tatsächlich gewährt worden sind. Nur wenn offensichtlich ist, dass dieses Ziel nicht verwirklicht werden kann, ist der Erlass einer Überleitungsverfügung sinnlos und trotz Vorliegens aller im Gesetz normierten Voraussetzungen als rechtswidrig aufzuheben. Dies ist nach der Rechtsprechung dann der Fall, wenn ein bürgerlichrechtlicher Anspruch nach objektivem materiellen Recht offensichtlich ausgeschlossen ist. Insofern ist mit Blick auf die Aufgabenzuweisung in dem gegliederten Rechtsschutzsystem der Bundesrepublik Deutschland, das bereits verfassungsrechtlich vorgegeben ist (vgl. Art. 92 ff. GG) und nach dem die Zivilgerichte zur Entscheidung über privatrechtliche Ansprüche berufen sind, strikte Zurückhaltung bei der Annahme von Negativevidenz geboten. Das BSG sieht weitere Prüfungsnotwendigkeiten nicht allein rechtlicher, sondern bereits tatsächlicher Art als Ausschlusskriterium für eine Negativevidenz an. Denn auch hinsichtlich der Beurteilung eines tatsächlichen Ermittlungsbedarfs (sowie hinsichtlich der Bestimmung von Art und Umfang solcher tatsächlichen Ermittlungen) kann im gegliederten Rechtsschutzsystem des deutschen Gerichtswesens nicht auf die jeweils eigene Kompetenz und Erfahrung des maßgeblichen Gerichtszweiges verzichtet werden.

Vorliegend wäre jedoch – wie auch der Kläger einräumt – eine Beweisaufnahme hinsichtlich der vom Kläger behaupteten Abtretung seines Anspruchs gegen den Beigeladenen Ziffer 1 durch Urkunden- und ggf. Zeugenbeweis erforderlich. Mit der Vorlage einer Kopie des auf den 16.3.2000 datierenden Darlehens- und Abtretungsvertrags hat der Kläger den Beweis

für die Tatsache, dass er seinen Anspruch auf Rückzahlung der Einlage gegen den Beigeladenen Ziffer 1 an den Beigeladenen Ziffer 2 tatsächlich vor der Überleitung durch die Beklagte abgetreten hat, nicht ansatzweise geführt. Denn das Original des Schriftstücks würde eine Privaturkunde darstellen, die nach § 118 Abs. 1 SGG, § 416 ZPO bei Echtheit (vgl. §§ 439, 440 ZPO) lediglich den vollen Beweis dafür begründet, dass die in ihr enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind. Nicht von der Regelung des § 416 ZPO, sondern vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung werden jedoch insbesondere die Umstände der Abgabe der Erklärung wie Zeit und Ort und die inhaltliche Richtigkeit und Wirksamkeit der Erklärung, d. h. ob die in der Privaturkunde geschilderten Umstände wirklich so geschehen sind oder nicht, erfasst (vgl. nur *Huber in Musielak*, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 416 Rdnr. 4 m. w. N.). Vorliegend ist jedoch gerade streitig, ob die in dem vorgelegten Darlehens- und Abtretungsvertrag vom 16.3.2000 enthaltenen Erklärungen das tatsächliche Geschehen wiedergeben und zivilrechtlich wirksam sind, wie sich eindrücklich aus dem Klageerwiderungsschriftsatz der Beklagten vom 15.3.2012 im Rechtsstreit des Beigeladenen Klägers 2 vor dem LG Karlsruhe (11 O 11/12) ergibt. Dort wäre nach der Aufgabenzuweisung im gegliederten Rechtssystem die Frage zu prüfen, ob der Beigeladene Ziffer 2 durch Abtretung seitens des Klägers Inhaber der streitigen Forderung gegen den Beigeladenen Ziffer 1 geworden ist. Diese Klage hat der Beigeladene Ziffer 2 jedoch zurückgenommen.

c) Die Ansprüche sind auch zeitidentisch. Die überleitungsfähigen Ansprüche werden begrenzt durch das Tatbestandsmerkmal, wonach eine Überleitung nur für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, zugelassen wird. Der Zeitraum, für den Leistungen gewährt werden, muss danach mit der zeitlichen Leistungspflicht des Dritten übereinstimmen. Der überzuleitende Anspruch muss nicht gleichzeitig mit dem sozialhilferechtlichen Anspruch entstanden oder fällig geworden sein, es reicht aus, dass er in dem in der Bewilligung ausgesprochenen Zeitraum noch fällig und nicht erfüllt ist (Senatsbeschluss vom 22.1.2008, L 7 AS 5846/07 ER-B, juris Rdnr. 9; vgl. ferner etwa *Münder in LPK-SGB XII*, 9. Aufl. 2012, § 93 Rdnr. 30; *Wahrendorf in Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 93 Rdnr. 20; *Wolf in Fichtner/Wenzel*, SGB XII, 4. Aufl. 2009, § 93 Rdnr. 22). Vorliegend bezog der Kläger in der Zeit vom 19.5.2003 bis zum 30.9.2003 sowie vom 19.3.2004 bis zum 31.12.2004 Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem BSHG, vom 1.1.2005 bis zum 30.5.2005 Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII und vom 1.7.2005 bis zum 31.8.2008 Grundsicherungsleistungen der Grundsicherung nach dem SGB XII, wobei die Beklagte die Überleitung auf den Zeitraum bis zum 31.12.2007 und die bis dahin angefallenen Aufwendungen von insgesamt 36.621,06 € begrenzt hat. Der übergeleitete und ab 1.1.1998 fällige Anspruch gegen den Beigeladenen Ziffer 1 war in den genannten Leistungszeiträumen durchgehend fällig und noch nicht erfüllt, so dass dem Erfordernis der Gleichzeitigkeit Genüge getan ist.

d) Auch die erforderliche Kausalität liegt vor. Nach § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII darf der Übergang des Anspruchs nur insoweit bewirkt werden, als bei rechtzeitiger Leistung des anderen entweder die Leistung nicht erbracht worden wäre oder in den Fällen des § 19 Abs. 5 SGB XII und des § 92 Abs. 1 SGB XII Aufwendungsersatz oder ein Kostenbeitrag zu leisten wäre. Nach der vorliegend allein anwendbaren ersten Alternative der Regelung des § 93 Abs. 1 S. 3 SGB XII ist eine Überleitung nur dann berechtigt, wenn bei vorrangiger Leistung des anderen die Hilfgewährung des Hilfetragers nicht erforderlich geworden wäre. Es geht um einen hypothe-

tischen Kausalzusammenhang zwischen der Sozialhilfeleistung und der Nichterfüllung des Anspruchs des Hilfebedürftigen gegen einen Dritten, wobei es auf Entstehungsgrund und Beschaffenheit des Anspruchs (als Anspruch auf einmalige oder laufende Leistung) nicht ankommt (Senatsurteil vom 22.11.2007, L 7 SO 72/06, juris Rdnr. 24; vgl. ferner BVerwG, Urteil vom 28.10.1999, 5 C 28/98, BVerwGE 110, 5, juris Rdnr. 11). Es ist fiktiv zu prüfen, was geschehen wäre, wenn der Dritte seiner Leistungspflicht nachgekommen wäre, und zu ermitteln, ob bei dessen rechtzeitiger Leistung der Hilfeberechtigte gleichwohl Sozialhilfe bezogen hätte (vgl. *Münder*, a. a. O. Rdnr. 31; *Wahrendorf*, a. a. O. Rdnr. 15). Kausalität des zu ermittelnden Anspruchs liegt vor, wenn dem Leistungsberechtigten die Verwendung der nunmehr als bereitstehend gedachten Mittel zur Beseitigung seiner Hilfebedürftigkeit sozialhilferechtlich zugemutet wird, was sich anhand der Vorschriften über den Einkommens- und Vermögenseinsatz beurteilt (BSG, Urteil vom 14.3.2012, B 14 AS 98/11 R, juris Rdnr. 20; *Armbruster* in jurisPK-SGB XII, § 93 Rdnr. 71; *Kiss* in *Mergler/Zink*, Handbuch der Grundsicherung und Sozialhilfe, § 93 SGB XII Rdnr. 31). Geht es um Ansprüche des Hilfebedürftigen gegen einen Dritten, die zum geschützten Einkommen und Vermögen gehören, widersprüche eine Überleitung der sozialhilferechtlichen Wertung der §§ 82 ff., 90 SGB XII (*Wahrendorf*, a. a. O., Rdnr. 16). Daher können nach §§ 82 ff., 90 SGB XII geschütztes Einkommen und Vermögen nicht oder nur teilweise übergeleitet werden (vgl. bspw. *Kiss*, a. a. O., Rdnr. 32; *Münder*, a. a. O., Rdnr. 32; *Wolf*, a. a. O., Rdnr. 49 f.). Nach der Rechtsprechung des BSG ist Einkommen im Sinne des § 82 SGB XII alles, was jemand in dem Bedarfszeitraum wertmäßig dazu erhält, während Vermögen das ist, was er in der Bedarfszeit bereits hat (bspw. Urteil vom 19.5.2009, B 8 SO 35/07 R, juris Rdnr. 14). Dabei stellt zwar eine dem Einkommenszufluss zugrundeliegende Forderung oder Anwartschaft einen wirtschaftlichen Wert dar, der zu dem Vermögen des Sozialhilfeempfängers gehört, jedoch ist der Regelung des § 82 Abs. 1 SGB XII zu entnehmen, dass im Falle der Erfüllung einer (Geld-)Forderung sozialhilferechtlich grundsätzlich nicht das Schicksal der Forderung interessiert, sondern allein auf das Erzielen von Einkünften in Geld oder Geldeswert (als Einkommen) abzustellen ist (BSG, a. a. O., juris Rdnr. 15). Der Tatbestand der Überleitung im Sinne des § 93 SGB XII knüpft gerade an den Fall an, dass dem Leistungsberechtigten noch keine Leistungen aus seiner Forderung zugeflossen sind. Da die hypothetische Betrachtung eine Erfüllung des Anspruchs in Rechnung zu stellen hat, sind die gedachten Mittel grundsätzlich Einkommen im Bedarfszeitraum (vgl. *Armbruster*, a. a. O., Rdnr. 72).

In Anwendung dieser Grundsätze liegt der erforderliche hypothetische Kausalzusammenhang zwischen den dem Kläger erbrachten Sozialhilfeleistungen und der Nichterfüllung seines fälligen Anspruchs gegen den Beigeladenen Ziffer 1 vor. Hätte der Beigeladene Ziffer 1 seine dem Kläger geschuldete Leistung im Bedarfszeitraum erbracht, wäre dem Kläger die Verwendung dieser Mittel als verwertbares Einkommen im Sinne des § 76 BSHG, § 82 SGB XII, zur Beseitigung seiner Hilfebedürftigkeit sozialhilferechtlich zumutbar gewesen. Dass die stille Einlage, deren Rückforderung die streitgegenständliche Überleitung betrifft, nach dem Vortrag des Klägers durch ein Darlehen der Dresdner Bank in Höhe von 30.000 DM finanziert worden sei und er bei Rückzahlung durch den Beigeladenen Ziffer 1 im Zeitpunkt der Fälligkeit das Darlehen zurückgeführt hätte, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn bei der vorzunehmenden hypothetischen Betrachtung ist der Anspruch des Klägers gegen den Beigeladenen Ziffer 1 im maßgeblichen Bedarfszeitraum ab 19.5.2003

als bereites Einkommen zu berücksichtigen. In diesem Zeitraum bestanden aber nach dem eigenen Vorbringen des Klägers keine Verpflichtungen mehr gegenüber der darlehensgebenden Dresdner Bank. Vielmehr hat er – was sich auch aus dem vorgelegten Schreiben der Dresdner Bank vom 16.3.2001 ergibt – es vermocht, die Darlehensforderung teilweise zu befriedigen und einen Erlass der Restforderung durch die Dresdner Bank zu erreichen. Im Übrigen können Schuldverpflichtungen regelmäßig nicht vom Einkommen abgezogen werden (vgl. BSG, Urteil vom 19.9.2008, B 14/7b AS 10/07 R, juris Rdnr. 25).

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG (vgl. Senatsurteil vom 22.7.2010, L 7 SO 853/09; *Münder*, a. a. O., Rdnr. 56; *Wahrendorf*, a. a. O., 27). Dem Kläger sowie den Beigeladenen, die keine Anträge gestellt haben, sind keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten; im Übrigen ist das Verfahren nach § 183 Satz 1 SGG für den Kläger als Empfänger von Sozialhilfeleistungen kostenfrei, denn die Beklagte hat die streitgegenständliche Überleitungsanzeige nach § 93 SGB XII an den Kläger als Sozialhilfeempfänger gerichtet (vgl. zur fehlenden Kostenprivilegierung des Dritten bspw. Bayerisches LSG, Urteil vom 25.11.2010, L 8 SO 136/10, juris Rdnr. 38). Daher war die Kostenentscheidung des SG, die der Senat auch bei Erfolglosigkeit der Berufung in der Hauptsache ändern kann (vgl. *Leitherer* in *Meyer-Ladewig*, 10. Aufl. 2012, § 193 Rdnr. 16), zu berichtigen.

Gründe für die Zulassung der Revision (§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG) liegen nicht vor.

(...)

Steuerrecht

21. GrEStG § 8 Abs. 1 (*Bemessungsgrundlage bei Erwerb des erbaurechtsbelasteten Grundstücks und des Erbbaurechts*)

Die für den Erwerb eines erbaurechtsbelasteten Grundstücks vereinbarte Gegenleistung ist nicht zu kürzen, wenn der Grundstückserwerber gleichzeitig das erbaurechtsbelastete Grundstück und das Erbbaurecht erwirbt und bereits im Erwerbszeitpunkt die Aufhebung des Erbbaurechts beabsichtigt. In diesem Fall ist der Wert des Erbbauzinsanspruchs mit Null anzusetzen.

BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 30/11 (NV)

Die Stadt F war Eigentümerin eines Grundstücks, das mit einem Erbbaurecht zugunsten der Grundstücksverwaltung Stadt F-GmbH (F-GmbH) belastet war. Der jährliche Erbbauzins betrug zuletzt 399.580 €.

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erwarb mit einem am 10.12.2009 mit F sowie der F-GmbH geschlossenen, notariell beurkundeten Grundstücks- und Erbbaurechtskaufvertrag von F das Erbbaugrundstück und von der F-GmbH das Erbbaurecht. Der Gesamtpreis betrug 20.500.000 €, wobei für den Kauf des Erbbaugrundstücks ein Kaufpreis von 6.820.000 € und für den Kauf des Erbbaurechts ein Kaufpreis von 13.680.000 € vereinbart war. In der Präambel des Vertrags war ausgeführt, dass die Klägerin nach Durchführung des Grundstücks- und Erbbaurechtskaufvertrags die Aufhebung des Erbbaurechts beabsichtige. Dazu erklärte die Klägerin unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Eintragung als Grundstückseigentümerin und als Berechtigte in das Grundbuch die Aufgabe des Erbbaurechts und die Zustimmung zur Aufhebung des Erbbaurechts; zugleich beantragte und bewilligte die Klägerin die Löschung des Erbbaurechts aus dem Erbbaugrundbuch (§ 11 des Grundstücks- und Erbbaurechtskaufvertrags).

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) setzte gegen die Klägerin für den Erwerb des erbaurechtsbelasteten Grundstücks

zuletzt durch Bescheid vom 19.4.2010 Grunderwerbsteuer i. H. v. 238.700 € fest. Bemessungsgrundlage war der insoweit vereinbarte Kaufpreis von 6.820.000 €. Der hiergegen erhobene Einspruch, mit dem die Klägerin die Kürzung der Bemessungsgrundlage um den kapitalisierten Erbbauzinsanspruch i. H. v. 4.906.442,82 € und damit die Herabsetzung der Grunderwerbsteuer auf 66.974 € begehrte, hatte keinen Erfolg.

Das FG wies die Klage mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 1643, veröffentlichten Urteil ab. Die Bemessungsgrundlage für den Erwerb des erbaurechtsbelasteten Grundstücks sei nicht um den Kapitalwert des Erbaurechts zu kürzen. Die Klägerin habe nach dem Sinn und Zweck des Grundstücks- und Erbaurechtskaufvertrags die Vollherrschaft an dem unbelasteten Grundstück erlangen sollen. Dem Erbbauzinsanspruch sei daher kein eigenständiger Wert zuzumessen.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, § 8 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Das von F erworbene Grundstück sei aufgrund des bestehenden Erbaurechts wertgemindert gewesen; demgemäß habe F im Wesentlichen den ihr gegen die F-GmbH zustehenden Erbbauzinsanspruch an die Klägerin veräußert. Auch bei einer Zusammenfassung von Grundstücks- und Erbaurechtskaufvertrag in einer Urkunde bleibe es dabei, dass der Erbbauzinsanspruch als reine Geldforderung nicht der Grunderwerbsteuer unterliege.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und den Grunderwerbsteueränderungsbescheid vom 19.4.2010 in der Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 17.9.2010 dahingehend zu ändern, dass die Grunderwerbsteuer auf 66.974 € herabgesetzt wird.

Das Finanzamt beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend erkannt, dass die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um einen kapitalisierten Erbbauzinsanspruch zu kürzen ist.

1. Ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines mit einem Erbaurecht belasteten Grundstücks begründet, unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Die Steuer ist vom Wert der Gegenleistung zu berechnen (§ 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 GrEStG).

a) Beim Erwerb eines mit einem Erbaurecht belasteten Grundstücks ist der mit dem Erbbaugrundstück verbundene Erbbauzinsanspruch gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GrEStG grunderwerbsteuerrechtlich nicht Teil dieses Grundstücks.

Diese Regelung entspricht der Rechtsprechung des BFH (Entscheidungen vom 30.1.1991, II R 89/87, BFHE 163, 251, BStBl II 1991, S. 271; Entscheidung vom 12.4.2000, II B 133/99, BFHE 191, 423, BStBl II 2000, S. 433), wonach es sich bei dem Erbbauzinsanspruch, obgleich er bürgerlich-rechtlich (vgl. § 96 BGB) Bestandteil des Grundstücks ist, um eine bloße Geldforderung handelt. Der Erwerb des Erbbauzinsanspruchs stellt daher keinen Grundstücksumsatz dar und unterliegt auch nach dem Sinn und Zweck des Grunderwerbsteuergesetzes nicht der Grunderwerbsteuer.

b) Entfällt daher beim Erwerb des mit einem Erbaurecht belasteten Grundstücks ein Teil der Gegenleistung auf den Erbbauzins, ist dieser grundsätzlich nach der sog. Boruttau'schen Formel zu berechnende Teil der Gesamtgegenleistung nicht als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer zu berücksichtigen (BFH, Beschluss vom 12.4.2000, BFHE 191, 423, BStBl II 2000, S. 433).

2. Eine entsprechende Kürzung der grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage kommt jedoch nur in Betracht, wenn dem Erbbauzinsanspruch ein Wert zugemessen

werden kann. Daran fehlt es, wenn der Grundstückserwerber gleichzeitig das erbaurechtsbelastete Grundstück und das Erbaurecht erwirbt und bereits im Erwerbszeitpunkt die Aufhebung des Erbaurechts beabsichtigt. In diesem Fall ist der Wert des Erbbauzinsanspruchs mit Null anzusetzen.

a) Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben. Wie sich aus der Präambel sowie § 11 des Grundstücks- und Erbaurechtskaufvertrags ergibt, beabsichtigte die Klägerin bereits bei Abschluss dieses Vertrags, das Erbaurecht nach Durchführung des Grundstücks- und Erbaurechtskaufvertrags aufzuheben. Der Grundstücks- und Erbaurechtskaufvertrag enthielt auch bereits die dafür erforderliche Erklärung der Klägerin zur Löschung des Erbaurechts aus dem Erbbaugrundbuch. Für die Klägerin stand demgemäß bei Abschluss dieses Vertrags objektiv fest, dass sie mangels eines fortbestehenden Erbbauzinsanspruchs nicht mit entsprechenden Zahlungen rechnen konnte. Der Wert des Erbbauzinsanspruchs war daher mit Null anzusetzen.

b) Mit dieser Bewertung des Erbbauzinsanspruchs korrespondiert auch die Ermittlung der grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage für den Erwerb des Erbaurechts von der F-GmbH. Insoweit hat das Finanzamt – zutreffend – lediglich den im Grundstücks- und Erbaurechtskaufvertrag vereinbarten Kaufpreis als Bemessungsgrundlage berücksichtigt. Dies entspricht der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 14.11.2007, II R 64/06, BFHE 220, 534, BStBl II 2008, S. 486), wonach beim Erwerb des Erbaurechts durch den Eigentümer des erbaurechtsbelasteten Grundstücks die Erbbauzinsrealast nicht zur grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung zählt. Die in diesem Fall bestehen bleibende Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzins stellt keine Belastung für den das Erbaurecht erwerbenden Grundstückseigentümer dar, weil keine Leistungspflicht einer anderen Person gegenüber besteht.

Würde man daher dem Erbbauzinsanspruch beim Erwerb des erbaurechtsbelasteten Grundstücks einen Wert beimessen und demgemäß die Bemessungsgrundlage um den entsprechenden Kapitalwert kürzen, so müsste dieser Wert des Erbbauzinsanspruchs der Bemessungsgrundlage für den Erwerb des Erbaurechts hinzugerechnet werden.

c) Vorliegend ist eine vom vereinbarten Kaufpreis abweichende niedrigere Bemessungsgrundlage auch nicht etwa deshalb anzusetzen, weil das Grundstück aufgrund seiner Belastung mit einem Erbaurecht nach Einschätzung der Klägerin wertgemindert war. Für die Bemessung der Grunderwerbsteuer nach der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1, § 9 GrEStG) sind das Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sowie die für die Bemessung der Gegenleistung maßgebenden Motive und Erwartungen der Parteien ohne Bedeutung (BFH, Beschluss vom 2.3.2011, II R 23/10, BFHE 232, 358, BStBl II 2011, S. 932 Rdnr. 18 m. w. N.). Unerheblich ist auch, welche Wertvorstellungen und Motive der Bemessung des hier vereinbarten Kaufpreises für das erbaurechtsbelastete Grundstück zugrunde lagen und welche wirtschaftliche Bedeutung insoweit dem Umstand zukam, dass für F mit dem Verkauf des Erbbaugrundstücks die Aufgabe ihres Erbbauzinsanspruchs gegenüber der F-GmbH verbunden war.

Anmerkung:

Die Entscheidung des BFH bietet Anlass, sich noch einmal die grunderwerbsteuerrechtlichen Folgen von Rechtsvorgängen betreffend erbaurechtsbelasteter Grundstücke vor Augen zu führen. Im Mittelpunkt sollen dabei die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten stehen, die es bei einem geplanten

Erwerb sowohl des Erbbaurechts als auch des Erbbaugrundstücks gibt.

1. Übertragung des Erbbaurechts an einen Dritten

Erbbaurechte werden in § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG Grundstückeigentum gleichgestellt. Die für Grundstücke geltenden Vorschriften des Grunderwerbsteuerrechts gelten daher für Erbbaurechte, gleich welcher Art, entsprechend.¹ Demzufolge unterliegt ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines bestehenden Erbbaurechts begründet, gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG in gleicher Weise der Grunderwerbsteuer wie der Erwerb eines Grundstücks. Das Erbbaurecht und das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück stellen somit zwei selbständige Grundstücke im Sinne des § 2 GrEStG dar.²

Besonderheiten sind beim Erwerb eines Erbbaurechts jedoch bei der Ermittlung der nach § 8 Abs. 1 GrEStG für die Berechnung der Steuer maßgeblichen Gegenleistung zu beachten. In § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GrEStG ist dazu geregelt, dass der Erbbauzins nicht als dauernde Last gilt, welche nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 GrEStG nicht zur Gegenleistung gerechnet wird. Die kraft Gesetzes übergehende Verpflichtung des Erbbaurechtserwerbers zur Entrichtung des Erbbauzinses ist demzufolge mit ihrem Kapitalwert als Teil der Gegenleistung in die Grunderwerbsteuerrechtliche Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Wird die Verpflichtung zur Erbbauzinszahlung schuldrechtlich übernommen, ergibt sich das gleiche Ergebnis unmittelbar aus § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.³

Der Kapitalwert der Erbbauzinsverpflichtung bestimmt sich unter Berücksichtigung der verbleibenden Restlaufzeit des Erbbaurechts gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 BewG aus den in der Anlage 9a zum BewG abgedruckten Vielfältigern.⁴ Anzusetzen ist dabei der zum Besteuerungszeitpunkt maßgebliche Jahreserbbauzins ungeachtet nachträglicher Erhöhungen, zum Beispiel aufgrund einer Wertsicherungsklausel.⁵

2. Erwerb des Erbbaurechts durch den Grundstückseigentümer

Eine andere Beurteilung ist nach der Rechtsprechung des BFH allerdings geboten, wenn das Erbbaurecht durch den Eigentümer des Grundstücks, das mit dem Erbbaurecht belastet ist, erworben wird.⁶ Zwar bleibt die Erbbauzinsrealast als verdinglichte Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzinses gemäß § 889 BGB bestehen; sie wird beim Grundstückseigentümer zur Eigentümerrealast.⁷ Dennoch hat der BFH die Erbbauzinsrealast nicht als Gegenleistung im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG qualifiziert.⁸ Denn der Grundstückseigentümer ist durch die auf ihn übergegangene Erbbauzinsverpflichtung wirtschaftlich nicht belastet, da ihm gemäß § 96

¹ Vgl. dazu auch den koordinierten Ländererlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 7.3.2002, 3 – S 4500/9, DStR 2002, 591 ff.

² Pahlke/Franz, GrEStG, 4. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 73.

³ Boruttau/Loose, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 269; Hofmann/Hofmann, GrEStG, 9. Aufl. 2010, § 9 Rdnr. 47.

⁴ Vgl. dazu BFH, Urteil vom 23.10.2002, II R 81/00, NotBZ 2003, 200; Gottwald, Grunderwerbsteuer, 4. Aufl. 2013, Rdnr. 796 mit Berechnungsbeispiel.

⁵ Vgl. Boruttau/Loose, GrEStG, § 9 Rdnr. 81.

⁶ Vgl. hierzu BFH, Urteil vom 14.11.2007, II R 64/06, DStR 2008, 720.

⁷ Vgl. Palandt/Bassenge, 73. Aufl. 2014, § 1105 Rdnr. 3; MünchKommBGB/Joost, Band 6, 6. Aufl. 2013, § 1105 Rdnr. 54.

⁸ So jetzt auch die Finanzverwaltung, vgl. FinBeh. Hamburg, Erläss vom 17.7.2008, 53 – S 4500 – 013/06, DStR 2008, 2113.

BGB als Bestandteil des Erbbaugrundstücks zugleich das Zinsstammrecht einschließlich des Anspruchs auf die noch nicht fälligen Erbbauzinsleistungen zusteht.⁹

3. Erwerb eines Erbbaugrundstücks durch einen Dritten

Erwirbt ein Dritter ein mit einem Erbbaurecht belastetes Grundstück, erwirbt er zugleich den Anspruch auf den Erbbauzins mit. Der Erbbauzinsanspruch teilt bei einer Veräußerung des Grundstücks dessen rechtliches Schicksal und stellt aus Sicht des Erwerbers eine wertbildende Eigenschaft des erbbaurechtsbelasteten Grundstücks dar.

In die Grunderwerbsteuerrechtliche Bemessungsgrundlage fließen jedoch nur solche Gegenleistungen ein, die für den Erwerb eines Grundstücks aufgewendet wurden.¹⁰ Da mit der Grunderwerbsteuer nicht der Erwerb von Geldforderungen erfasst werden soll, zählt die von dem Erwerber des Erbbaugrundstücks erbrachte Gegenleistung, soweit sie auf den Erbbauzinsanspruch entfällt, nicht zur Gegenleistung im Sinne des Grunderwerbsteuerrechts. Zugleich dient die Ausklammerung des Erbbauzinsanspruchs dem Zweck, eine ansonsten drohende Doppelbesteuerung bei einem sukzessiven Erwerb von Erbbaurecht und Erbbaugrundstück zu vermeiden.

Die danach erforderliche Aufteilung der insgesamt von dem Erwerber zu erbringenden Gegenleistung auf das Erbbaugrundstück einerseits und den kapitalisierten, nicht der Grunderwerbsteuer unterliegenden Erbbauzinsanspruch andererseits geschieht grundsätzlich unter Zuhilfenahme der sog. Boruttau'schen Formel, die bezogen auf die hier behandelte Fallgruppe wie folgt lautet: Gesamtpreis x gemeiner Wert des Grundstücks/(gemeiner Wert des Erbbauzinsanspruchs + gemeiner Wert des Grundstücks).¹¹ Aus Vereinfachungsgründen erlaubt es die Finanzverwaltung, wenn der Kapitalwert des Erbbauzinsanspruchs direkt von dem Wert der Gesamtgegenleistung abgezogen wird.¹²

4. Erwerb des Erbbaugrundstücks durch den Erbbauberechtigten

Der kapitalisierte Wert des Erbbauzinsanspruchs ist auch dann aus der Grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage auszuschneiden, wenn der Erbbauberechtigte selbst das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück erwirbt. Teilweise wird dieses Ergebnis unmittelbar aus § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GrEStG abgeleitet, wonach das Recht des Grundstückseigentümers auf den Erbbauzins nicht zum Grundstück gerechnet wird.¹³

5. Grunderwerbsteuerlich optimierter Erwerb von Erbbaurecht und Erbbaugrundstück

Mit der vorstehend abgedruckten Entscheidung hat der BFH die Kürzung der Gegenleistung um den Erbbauzinsanspruch beim Erwerb des erbbaurechtsbelasteten Grundstücks unter den Vorbehalt gestellt, dass dem Erbbauzinsanspruch ein Wert

⁹ Zum Erbbauzins als Bestandteil des Grundstücks vgl. v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rdnr. 6.24.

¹⁰ Boruttau/Loose, GrEStG, § 9 Rdnr. 15; vgl. auch BFH, Urteil vom 17.4.2013, II R 1/12, DStR 2013, 1130.

¹¹ Gottwald, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 819; Lohaus, NotBZ 2001, 53, 54.

¹² FinMin. Baden-Württemberg, DStR 2002, 591, 592, Ziffer 6.

¹³ Boruttau/Loose, GrEStG, § 9 Rdnr. 538.

beizumessen ist. Ein solcher Wert soll nach Auffassung des BFH nicht mehr vorhanden sein, wenn der Steuerpflichtige, der das Erbbaugrundstück und das Erbbaurecht gleichzeitig erwerbe, bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses das Erbbaurecht aufheben wolle.

Ob diese Sichtweise wirklich stichhaltig ist, sei an dieser Stelle dahingestellt. Jedenfalls hätte der Käufer das gewünschte Ziel, das Grundstück ohne Belastung durch das Erbbaurecht zu erwerben, auch auf eine andere, grunderwerbsteuerlich günstigere Weise erreichen können. Dazu wäre es allerdings notwendig gewesen, den Erwerbsvorgang aufzuspalten und in zwei Teilschritten abzuwickeln.¹⁴ Der Käufer hätte zunächst durch einen separaten Kaufvertrag mit dem Eigentümer das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück erwerben können. Bei der Besteuerung dieses Vorgangs hätte das Finanzamt die vom Käufer begehrte Kürzung der Bemessungsgrundlage um den Kapitalwert des miterworbenen Rechts auf den Erbbauzins nicht ablehnen können.

Im zweiten Schritt hätte sich der Käufer mit der Erbbaurechtigten entweder auf eine Aufhebung des Erbbaurechts verständigen oder das Erbbaurecht von diesem erwerben können. Ein Rechtsgeschäft, durch das ein Erbbaurecht vor dem Ende der vereinbarten Laufzeit aufgehoben wird, unterliegt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Die Steuer bemisst sich nach der vereinbarten Entschädigung für das vom Erbbaurechtseinhaber errichtete oder erworbene Gebäude zzgl. einer sonstigen Gegenleistung wie die Übernahme der auf dem Erbbaurecht noch lastenden und valutierenden Grundpfandrechte.¹⁵ Dagegen zählt der kapitalisierte Wert der Erbbauzinsverpflichtung, die kraft Gesetzes als Folge der Aufhebung des Erbbaurechts erlischt, nicht zur Gegenleistung.¹⁶

Zu einem Ansatz der Erbbauzinsverpflichtung wäre es auch dann nicht gekommen, wenn der Käufer das Erbbaurecht zeitlich nach dem Erwerb des Erbbaugrundstücks erworben und anschließend das Eigentümererbbbaurecht aufgehoben hätte. Die Aufhebung eines Eigentümererbbbaurechts ist mangels Rechtsträgerwechsels schon nicht grunderwerbsteuerbar.¹⁷

Steuerlich nachteilig wäre es dagegen gewesen, wenn der Käufer zunächst das Erbbaurecht und erst danach das erbbaurechts-

rechtsbelastete Grundstück erworben hätte. Die Gegenleistung für den Erwerb des Erbbaurechts wäre dabei nämlich nicht nur der Kaufpreis für das Erbbaurecht, sondern auch der Kapitalwert der übernommenen Pflicht zur Erbbauzinszahlung. Anders als bei der vorstehend vorgeschlagenen Vorgehensweise würde sich dadurch die Gesamtsteuerbelastung wegen des nicht zu vermeidenden Ansatzes der Erbbauzinsverpflichtung erhöhen.

Allerdings sollte vor dem Hintergrund des BFH-Urteils vom 11.6.2013 darauf geachtet werden, dass die beiden Ankaufverträge und die Aufhebung des Erbbaurechts nicht zu eng miteinander verzahnt werden. Grunderwerbsteuerschädlich könnte es beispielsweise im Lichte der BFH-Entscheidung sein, wenn der Erwerber mit dem Erbbaurechtseinhaber schon vor dem Kauf des belasteten Grundstücks die Aufhebung des Erbbaurechts – aufschiebend bedingt durch den Erwerb des Erbbaugrundstücks – vereinbart. Da bei einer solchen Gestaltung zum Zeitpunkt des Grundstückserwerbs die Aufgabe des Erbbauzinsanspruchs feststünde, könnte dem Erwerber ein Abzug des Erbbauzinsanspruchs bei der Berechnung der Grunderwerbsteuer für den Erwerb des erbbaurechtsbelasteten Grundstücks versagt werden.

Für die Besteuerung maßgeblich ist nach ständiger Rechtsprechung derjenige tatsächliche Zustand, in dem das Grundstück zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs gemacht wurde.¹⁸ In der Regel wird dies der Zustand des Grundstücks sein, in welchem es sich im Zeitpunkt der Veräußerung befindet.¹⁹ Sollte sich jedoch aus weiteren Vereinbarungen, die mit dem Rechtsgeschäft über den Erwerb des Grundstücks rechtlich oder zumindest sachlich zusammenhängen, ergeben, dass der Erwerber das beim Abschluss des Kaufvertrags mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück letztlich in einem unbelasteten Zustand erhält,²⁰ könnte das Finanzamt geneigt sein, eine Kürzung der grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage um den Kapitalwert des Erbbauzinsanspruchs abzulehnen. Insofern sollte bei dem Erwerb des Erbbaugrundstücks, soweit möglich, jede rechtliche und zeitliche Verknüpfung mit einer darüber hinaus geplanten Aufhebung oder dem Erwerb des Erbbaurechts vermieden werden.

Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch-Gladbach

¹⁴ Eingehend zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten in diesen Fällen und ihren grunderwerbsteuerlichen Folgen *Behrens/Meyer-Wirgens*, DStR 2006, 1866, 1868 ff.

¹⁵ Vgl. *Bruschke*, UVR 2007, 153, 155.

¹⁶ Vgl. FinMin. Baden-Württemberg, DStR 2002, 591, 592, Ziffer 4.2.

¹⁷ Vgl. dazu auch FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19.9.2002, 3 K 67/01, rkr., EFG 2002, 1629.

¹⁸ BFH, Urteil vom 27.10.1999, II R 17/99, MittBayNot 2000, 63; BFH, Urteil vom 24.1.1990, II R 94/87, BB 1990, 1613.

¹⁹ Vgl. nur BFH, Urteil vom 9.6.1970, II 39/65, BStBl II 1970, 749.

²⁰ Vgl. dazu auch die Rechtsprechung zum einheitlichen Erwerbsgegenstand im Grunderwerbsteuerrecht, zuletzt BFH, Urteil vom 19.6.2013, II R 3/12, MittBayNot 2014, 96; BFH, Urteil vom 27.9.2012, II R 7/12, DStRE 2013, 108.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Walter Hitzlberger, Würzburg,
verstorben am 8.1.2014

2. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 1.5.2014:

Notar Dr. Peter Baltzer, München

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.4.2014:

Notar Dr. Peter Rieder, Erlangen

Mit Wirkung zum 1.7.2014:

Notar Rudolf Spoerer, München

Notar Dr. Uwe Tietgen, München

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.3.2014:

Kulmbach (in Sozietät mit Notar Dr. Allstadt)	dem Notarassessor Benedikt Dremptic (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Albrecht/ Franzmann)
---	---

Mit Wirkung zum 1.4.2014:

Erlangen (in Sozietät mit Dr. Schwanecke)	dem Notar Christian Braun (bisher in Ottobeuren)
---	--

Mit Wirkung zum 1.5.2014:

Kempten (in Sozietät mit Notar Dr. Zechiel)	dem Notarassessor Martin Stemmer (bisher in München Notarstelle Dr. Bohrer)
---	--

Mit Wirkung zum 1.6.2014:

München (in Sozietät mit Notar Ruhland)	dem Notar Sebastian Ruhwinkel (bisher in Deggendorf)
Traunstein (in Sozietät mit Notar Jenewein)	dem Notar Bernhard Gleißner (bisher in Dingolfing)

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.4.2014:

Dr. Peter Schwabenbauer, Starnberg
(Notarstellen Klöcker/Volmer)

Claudia Weichert, Bamberg
(Notarstellen Dr. Euc/Dr. Dietz)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen

Mit Wirkung zum 1.4.2014 haben die Notare Dr. Peter Schubert und Dr. Albert Streber in München ihre Verbindung zur gemeinsamen Büroausübung beendet.

Notarassessor Martin Hörmann, München,
wurde mit Wirkung zum 4.3.2014 promoviert.

Notarassessor Dr. Stephan Serr, Fürstenfeldbruck
(Notarstellen Schüßler/Langnau), ab 1.2.2014 in
Würzburg (DNotI)

Notarassessor Dr. Georg Seitz, Füssen (Notarstellen
Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), ab 17.3.2014 in München
(Notarstelle Dr. Krauß)

Notarassessor Dr. Lovro Tomasic, Schwabmünchen
(Notarstellen Dr. Weigl/Grob), ab 1.5.2014 in München
(Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessorin Inga Franzen, Kandel/Pfalz
(Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer), ab 15.5.2014
in Kaiserslautern (Notarstellen Jacob/Dietrich)

Inspektorin i. N. Susanne Hummel, Dahn (derzeit im
Sonderurlaub), ab 1.4.2014 in Wörth a. Rhein (Notarstelle
Schneider)

Amtfrau i. N. Maria Brunner, Nürnberg (Notarstellen
Eckersberger/Dr. Göppel), ab 1.5.2014 in Hersbruck
(Notarstellen Dr. Lenz/Brückner)

Inspektorin i. N. Lisa Oberndörfer, Fürth (Notarstellen
Dr. Fleischer/Walter), ab 1.5.2014 in Fürth (Notarstelle
Stoll)

Amtmann i. N. Jürgen Reisaus, Fürstenfeldbruck (Notar-
stellen Dr. Buchta/Dr. Jung), ab 1.5.2014 in München
(Notarstellen Huwendiek/Dr. Knapp)

Amtmann i. N. Max Wiltschko, Miesbach (Notarstellen
Schmitt/Hruschka), ab 1.5.2014 in Bad Tölz (Notarstellen
Dolp/Leitenstorfer)

Oberinspektorin i. N. Anja Röß, Bayreuth (Notarstellen
Dr. Franz/Eberl), ab 1.6.2014 in Hofheim i. UFr.
(Notarstelle Dr. Goppert)

7. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung zum 1.4.2014:

Marita Bauer, Passau
(Notarstellen Braun/Paulöhr)

Stefan Berger, Fürstenfeldbruck
(Notarstellen Schüßler/Langnau)

Nadine Böckler, Gunzenhausen
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Veronika Fritsche, Wolfratshausen
(Notarstelle Dr. Wübben)

Stefanie Fünffinger, Nittenau
(Notarstelle Dr. Bischoff)

Christina Gärtner, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Claudia Geisenberger, München
(Notarstelle Dr. Baltzer)

Manuela Hermann, München
(Notarstellen Dr. von Bary/Rapp)

Julia Kirchner, Aschaffenburg
(Notarstellen Klotz/Dr. Morhard)

Marcus Kreller, München
(Notarstellen Dr. Schwab/Dr. Weiler)

Jutta Lallinger, Passau
(Notarstellen Dr. Bandel/Pich)

Katrina Lang, Aichach
(Notarstellen Riedel/Dr. Kilian)

Daniela Märkl, Geisenfeld
(Notarstelle Kuhne)

Monika Meckl, Vohenstrauß
(Notarstelle Lang)

Marina Niederhuber, Altötting
(Notarstellen Habel/Martin)

Jennifer Rohrer, Höchstädt a. d. Donau
(Notarstelle Schmid)

Saskia Rückert, Nürnberg
(Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel)

Christine Schwarzenböck, Traunstein
(Notarstellen Jenewein/vormals Zahnbrecher)

Carmen Semmelsberger, Kaiserslautern
(Notarstellen Jacob/Dietrich)

Maria Weiß, Amberg
(Notarstellen Hantke/Engelhardt)

Monika Wiedergrün, Memmingen
(Notarstellen Erber-Faller/Voran)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Rudolf Eyerer, Fürth (Notarstelle Stoll), ab 1.5.2014 im Ruhestand

Amtmann i. N. Karl-Heinz Graser, Hofheim i. UFr.
(Notarstelle Dr. Goppert), ab 1.6.2014 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Dieter Deck, München (Notarstelle Dr. Baltzer), ab 1.7.2014 im Ruhestand

Notariatsoberrat i. N. Sebastian Lackermeier, Landshut
(Notarstelle Dr. Krebs), ab 1.7.2014 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Horst Müller, Kaiserslautern
(Notarstelle Felder), ab 1.7.2014 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Horst Salzmann, Würzburg
(Notarstelle Prof. Dr. Limmer), ab 1.7.2014 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Fürth, Notarstelle Bode
Telefon: 0911 72301730, Telefax: 0911 723017310
Homepage: www.notar-bode.de

Landau i. d. Pfalz, Notarstellen Sties/Flörsch
Untertorplatz 3 (Deutsches Tor), 76829 Landau i. d. Pfalz

Lohr a. Main, Notarstelle Dr. Apfelbaum
Ludwigstraße 6, 97816 Lohr a. Main

Ludwigshafen am Rhein, Notarstellen Dr. Meyer/Dr. Wolf
Telefon: 0621 591040, Telefax: 0621 513241
E-Mail: info@notare-mw.de
Homepage: www.notare-mw.de

München, Notarstelle Dr. Budnick
Sendlinger Straße 10, 80331 München
E-Mail: info@notar-budnick.de

München, Notarstelle Dr. Schubert
Kaufingerstraße 22, 80331 München

München, Notarstelle Dr. Streber
Sendlinger Straße 18, 80331 München

SONSTIGES

5. Dresdner Forum für Notarrecht der Notarkammer Sachsen in Zusammenarbeit mit der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. und der Juristischen Fakultät der TU Dresden

„Zukunftsfragen des Notariats – Internationalisierung und E-Justiz“

Freitag, 27. Juni 2014,

im Konferenzzentrum der Sächsischen Aufbaubank, Pirnaische Str. 9, 01069 Dresden

- | | | |
|---------------|--|---|
| 09.15 Uhr | Registrierung der Teilnehmer | |
| 09.30 Uhr | Begrüßung
Prof. Dr. <i>Wolfgang Lüke</i> , LL.M. (Chicago),
TU Dresden, und
Notar Dr. <i>Joachim Püls</i> , Dresden, Präsident
der Notarkammer Sachsen | Die Veranstaltung richtet sich an alle mit dem elektronischen
Rechtsverkehr befassten Praktiker und einschlägig interes-
sierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mit-
glieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.
Sämtliche Teilnehmer erhalten nach der Veranstaltung eine
Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. |
| 09.45 Uhr | Grußwort
Dr. <i>Wilfried Bernhardt</i> , Beauftragter für
Informationstechnologie (CIO) des
Freistaates Sachsen, Staatssekretär im
Sächsischen Staatsministerium der Justiz
und für Europa | Die Tagungsgebühr (inkl. Verköstigung und Tagungsband)
beträgt 90 €, für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen
Vereinigung e.V. 70 € und für Notarassessoren 50 €. Notar-
assessoren, die Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen
Vereinigung e.V. sind, sind frei. |
| 10.00 Uhr | Die Zivilrechtsordnung – ein Export-
schlager?
Notar a. D. Dr. <i>Helmut Fessler</i> , Krefeld,
Ehrenpräsident der Internationalen Union
des Notariats (U.I.N.L.)
– anschließend Diskussion – | Ihre Anmeldung richten Sie bitte per E-Mail an
info@notarkammer-sachsen.de, per Telefax an 0351/80727-50
oder schriftlich an die Notarkammer Sachsen, Königstraße 23,
01097 Dresden. Nach Eingang der Anmeldebestätigung und
Rechnung bitten wir um Überweisung der Tagungsgebühr auf
folgendes Konto: IBAN: DE81 8502 0086 0005 9056 30,
BIC: HYVEDEMM496 bei der HypoVereinsbank AG
Dresden. |
| Ca. 11.15 Uhr | Kaffeepause | |
| 11.30 Uhr | Europäisierung des Privatrechts und die
Auswirkungen auf die notarielle Praxis
Notar Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i> , Würzburg
– anschließend Diskussion – | Hotelreservierungen nehmen Sie bitte eigenverantwortlich
vor. Zimmerkontingente wurden unter dem Stichwort „Forum
für Notarrecht“ reserviert im NH Hotel Dresden Altmarkt, An
der Kreuzkirche 2, 01067 Dresden, Tel.: 0351/50155-617,
Fax: 0351/50155-100 (EZ: 133,00 € inkl. Frühstücksbuffet)
sowie im INTERCITY Hotel Dresden, Wiener Platz 8, 01069
Dresden, Tel.: 0351/26355-0, Fax: 0351/26355-200 (EZ:
95,00 €/105,00 €, DZ: 105,00 €/115,00 € jeweils inkl.
Frühstücksbuffet). Die Kontingente stehen bis zum 29.5.2014
zur Verfügung. |
| Ca. 12.30 Uhr | Mittagspause | |
| 13.30 Uhr | Aktuelle Entwicklungen bei den Grund-
buchverfahren – Was bringt das Daten-
bankgrundbuch?
Dr. <i>Ulrike Riedel</i> , Sächsisches Staatsminis-
terium der Justiz und für Europa
– anschließend Diskussion – | |
| Ca. 14.45 Uhr | Kaffeepause | |
| 15.00 Uhr | Elektronischer Rechtsverkehr in Grund-
buchsachen – Praktische Demonstration
der Umsetzung in Sachsen
<i>Grit Fichtner</i> , Gruppenleiterin beim Grund-
buchamt Dresden, und
<i>Marco Herrmann</i> , Notarfachangestellter,
Dresden
– anschließend Diskussion – | |
| Ca. 16.30 Uhr | Ende der Veranstaltung | |

Schriftleitung: Notarassessorin Anja Schaller
Notarassessorin Stefanie Tafelmeier

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, 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.

„Die Beendigung des Erbbaurechts“**Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München**

Mittwoch, 9.7.2014, 16:30 Uhr s. t.
 Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Senatssaal (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Referenten: **Professor Dr. Dres. h.c. Harm**
Peter Westermann
 (Eberhard Karls Universität Tübingen)
Notar a. D. Dr. Manfred Rapp
 Die Themen der Vorträge stehen noch
 nicht fest.

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur
 Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem
 kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht,
 Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
 Tel: 089 2180-1420,
 Fax: 089 2180-13981,
 E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten
 offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine 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 in bar persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter
www.notarrechtsinstitut.de.

Veranstaltungen des DAI

1. 50 Tipps zur Anwendung des GNotKG
 (*Schmidt, Tondorf*)
 9.5.2014 in Kiel, 23.5.2014 in Heusenstamm
2. Gestaltungen im Pflichtteilsrecht
 (*Herrler, Müller*)
 16.5.2014 in Osnabrück
3. Erfahrungen mit dem GNotKG in der Praxis
 (*Schmidt, Tiedtke*)
 16.5.2014 in Bochum
4. Haftungsfallen im Erbrecht
 (*Ivo, Müller*)
 23.5.2014 in Kassel
5. Aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung
 durch die Aufsichtsbehörden
 (*Blaeschke*)
 14.6.2014 in Duisburg

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veran-
staltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind aus-
 schließlich 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@an-](mailto:notare@anwaltsinstitut.de)
[waltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de).

Neuerscheinungen

1. Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. 4. Aufl., Beck, 2014. 2095 S., 169 €
2. Brambring/Mutter (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Erbrecht. 3. Aufl., Beck, 2014. 1323 S. + CD-ROM, 119 €
3. Burandt/Rojahn: Erbrecht. 2. Aufl., Beck, 2014. 1935 S., 199 €
4. Faßbender/Grauel/Ohmen u. a.: Notariatskunde. 18. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2014. 944 S., 59 €
5. Firsching/Graf: Nachlassrecht. 10. Aufl., Beck, 2014. 833 S., 99 €
6. Fleischhauer/Preuß (Hrsg.): Handelsregisterrecht. 3. Aufl., ESV, 2014. 1088 S. + Online-Nutzung, 98 €
7. Hartmann: Kostengesetze. KostG. 44. Aufl., Beck, 2014. 2239 S., 135 €
8. Hofmann/Hofmann: Grunderwerbsteuergesetz. 10. Aufl., NWB, 2014. 729 S. + Online-Nutzung, 99 €
9. Hölters: Aktiengesetz. 2. Aufl., Vahlen, 2014. 2601 S., 269 €
10. von Campenhausen/Richter (Hrsg.): Stiftungsrechts-Handbuch. 4. Aufl., Beck, 2014. 1126 S., 189 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F