

# 5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2015 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

## Schriftleitung:

Stefan Künkele,  
Notarassessor

Anja Schaller,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Morhard*: Immobilienverkauf durch befreite  
Vorerben 361

*Weser*: Prüfung der Testierfähigkeit durch das  
Grundbuchamt 368

*Walter*: Die Grundstücksschenkung unter Vorbehalt  
von Nutzungsrechten und die Pflichtteilergänzung 373

## Rechtsprechung

Unzulässige Unterteilung von Wohnungseigentum  
(BGH, Beschluss vom 4.12.2014, V ZB 7/13) 393  
mit Anmerkung *Rapp* 396

Zulässiger Inhalt einer Grunddienstbarkeit  
(BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13) 398  
mit Anmerkung *Joost* 401

Keine Abänderung eines Vergleichs über Ehegattenunterhalt  
bei Verzicht auf Abänderung  
(BGH, Beschluss vom 11.2.2015, XII ZB 66/14) 405  
mit Anmerkung *Schwab* 408

Bindungswirkung einer Schlusserbeneinsetzung bei  
Zuwendungsverzicht eines der Schlusserben  
(OLG Hamm, Beschluss vom 28.1.2015, I-15 W 503/14) 413  
mit Anmerkung *Reimann* 415

Inhalt des Erbscheins für den Nacherben  
(OLG München, Beschluss vom 1.10.2014, 31 Wx 314/14) 416  
mit Anmerkung *Braun* 417

Verjährung des Abfindungsanspruchs nach Gesellschafteraustritt  
(BGH, Urteil vom 18.2.2014, II ZR 174/11) 420  
mit Anmerkung *Höpfner* 421

Ausschluss der Ansprüche aus einem Übergabevertrag für  
den Träger der Sozialhilfe  
(OLG Köln, Beschluss vom 25.6.2014, 11 U 13/14) 432  
mit Anmerkung *Krauß* 434

Steuerliche Folgen des verbilligten Verkaufs eines Grund-  
stücks einer GmbH an ausscheidenden Gesellschafter  
(BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 44/13) 438  
mit Anmerkung *Ziegler* 440

## Inhalt

### Aufsätze

*Morhard*: Immobilienverkauf durch befreite Vorerben – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg vom 22.1.2015, 3 W 3/15 **361**

*Weser*: Prüfung der Testierfähigkeit durch das Grundbuchamt – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 1.8.2014, I-15 W 427/13 **368**

*Walter*: Die Grundstücksschenkung unter Vorbehalt von Nutzungsrechten und die Pflichtteilsergänzung – Einige Anmerkungen zur höchstrichterlichen Rechtsprechung **373**

### Tagungsbericht

*Barth*: Recht der AGB **385**

### Buchbesprechungen

Johannsen/Henrich: Familienrecht (*Spelsberg-Korspeter*) **388**

Langenfeld/Milzer: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen (*Menzel*) **388**

Kroiß/Horn/Solomon (Hrsg.): Nachfolgerecht – Erbrechtliche Spezialgesetze (*Röhl*) **389**

Philipp: Verschmelzung inländischer Kapitalgesellschaften im Umwandlungssteuerrecht (*Wälzholz*) **390**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Zahlung der letzten Fertigstellungsrate nur bei Mangelfreiheit der Bauleistung (LG Heidelberg, Urteil vom 28.3.2014, 3 O 309/13) **392**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

2. Unterteilung von Wohnungseigentum ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer (BGH, Beschluss vom 4.12.2014, V ZB 7/13) **393**  
mit Anmerkung *Rapp* **396**
3. Unzulässigkeit eines unbeschränkten Nutzungsrechts als Inhalt einer Grunddienstbarkeit (BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13) **398**  
mit Anmerkung *Joost* **401**

4. Zur Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch (OLG Bamberg, Beschluss vom 22.1.2015, 3 W 3/15) **402**
5. Prüfung der Testierfähigkeit durch das Grundbuchamt (OLG Hamm, Beschluss vom 1.8.2014, I-15 W 427/13) **403**

##### Familienrecht

6. Keine Abänderung eines Vergleichs über Ehegattenunterhalt bei Verzicht auf Abänderung (BGH, Beschluss vom 11.2.2015, XII ZB 66/14) **405**  
mit Anmerkung *Schwab* **408**

## Inhalt (Fortsetzung)

7. Rückgewähr von Schenkungen der Schwiegereltern zur Bedienung eines Immobilienkredits  
(BGH, Beschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13) **409**
8. Unterhaltsrechtliche Interessen der leiblichen Kinder bei Stiefkinderadoption  
(OLG Köln, Beschluss vom 2.12.2014, 4 UF 90/14) **412**

### Erbrecht

9. Bindungswirkung einer Schlusserbeneinsetzung bei Zuwendungsverzicht eines der Schlusserben  
(OLG Hamm, Beschluss vom 28.1.2015, I-15 W 503/14) **413**  
mit Anmerkung *Reimann* **415**
10. Beschränkung der Vermögenssorge als letztwillige Verfügung  
(OLG Hamm, Beschluss vom 24.11.2014, I-15 W 425/14) **416**
11. Inhalt des Erbscheins für den Nacherben  
(OLG München, Beschluss vom 1.10.2014, 31 Wx 314/14) **416**  
mit Anmerkung *Braun* **417**
12. Familiengerichtliche Genehmigung einer Erbausschlagung für minderjähriges Kind durch nicht sorgeberechtigten Elternteil  
(OLG Naumburg, Beschluss vom 10.7.2014, 3 WF 94/14) **419**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Beginn der Verjährungsfrist des Abfindungsanspruchs eines Gesellschafters mit ausdrücklicher Annahme des Austritts durch die übrigen Gesellschafter  
(BGH, Urteil vom 18.2.2014, II ZR 174/11) **420**  
mit Anmerkung *Höpfner* **421**
14. Eintragungsfähigkeit der Einzelvertretungsmacht eines „directors“  
(OLG Frankfurt, Beschluss vom 3.2.2015, 20 W 199/13) **423**
15. Vollmachtsnachweis bei Anmeldung zum Handelsregister  
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.11.2014, 11 Wx 61/14) **426**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Durchführung des Versorgungsausgleichs bei Insolvenz eines Ehegatten  
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.11.2014, 3 UF 81/14) **427**

### Beurkundungs- und Notarrecht

17. Bestimmung des Inhalts einer Verwahrungsanweisung  
(BGH, Urteil vom 16.3.2015, NotSt [Brfg] 2 /14) **429**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Kostenrecht

18. Bestimmung des Gegenstandswerts bei einem alsbaldigen Weiterverkauf einer Immobilie  
(OLG München, Beschluss vom 1.9.2014, 34 Wx 358/14) **431**

### Öffentliches Recht

19. Ausschluss der Ansprüche aus einem Übergabevertrag für den Träger der Sozialhilfe  
(OLG Köln, Beschluss vom 25.6.2014, 11 U 13/14) **432**  
mit Anmerkung *Krauß* **434**

### Steuerrecht

20. Erhebung der Grunderwerbsteuer bei Änderung des Gesellschafterbestands einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft nach vorausgegangenem Grundstückserwerb vom Gesellschafter  
(BFH, Urteil vom 17.12.2014, II R 2/13) **435**
21. Steuerliche Folgen des verbilligten Verkaufs eines Grundstücks einer GmbH an ausscheidenden Gesellschafter  
(BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 44/13) **438**  
mit Anmerkung *Ziegler* **440**

### Standesnachrichten **442**

### Sonstiges **III**

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: Notarassessor Stefan Künkele,  
Notarassessorin Anja Schaller  
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

### Immobilienverkauf durch befreite Vorerben

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg vom 22.1.2015, 3 W 3/15 –<sup>1</sup>

Von Notar Dr. *Thilo Morhard*, Aschaffenburg

Kein seltener Fall: Ein Grundstückskaufvertrag. Im Grundbuch ist in Abt. II ein Vor- und Nacherbenvermerk eingetragen. Nacherben sind die jeweiligen Abkömmlinge der Vorerben. Außerdem steht im Vermerk: „Der Vorerbe ist zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt. Es handelt sich bei den Eigentümern also um sog. „befreite Vorerben“. Im konkreten Fall waren Verkäufer zwei Geschwister, die ihr Elternhaus verkauften. Der Kaufvertrag war von einem Makler vermittelt worden. Die Verkäufer waren mit den Käufern nicht verwandt. Das Haus stand – bis auf einige Möbel der Eltern – leer. Die Käufer wollten schnellstens mit dem Renovieren des Hauses beginnen. Das Haus sollte über den Winter nicht weiter leer stehen. Der Preis lag nach der Erfahrung des Notars eher an der Obergrenze dessen, was in diesem Gebiet für ein älteres Haus zu erzielen war. Es war bekannt, dass die Rechtsprechung in mehreren Fällen die Anhörung der Nacherben gefordert hat. Um die Lastenfreistellung sicherzustellen und um die Rechtsauffassung des Grundbuchamtes zum Problem „Anhörung“ zu erfahren, wurde zugleich mit dem Antrag auf Eintragung der Vormerkung der Käufer ein Antrag auf Löschung des Vor- und Nacherbenvermerks gestellt. Das Grundbuchamt wollte den Vermerk mit Eintragung der Vormerkung nicht löschen, hat die Löschung mit Eigentums-umschreibung jedoch am Telefon zugesagt. Bei Eigentums-umschreibung verweigerte das Grundbuchamt jedoch die Löschung des Nacherbenvermerks und forderte mit Zwischenverfügung die Anhörung der Nacherben. Das sind in diesem Fall minder-jährige und möglicherweise noch nicht geborene Kinder. Die dagegen gerichtete Beschwerde wurde mit Beschluss des OLG Bamberg abgelehnt.

#### I. Die materiellrechtliche Situation

Grundsätzlich ist eine Verfügung eines Vorerben über ein Grundstück gemäß § 2113 Abs. 1 BGB unwirksam. Von dieser Beschränkung kann er jedoch nach § 2136 BGB befreit werden. Die entgeltliche Verfügung des befreiten Vorerben über ein Nachlassgrundstück ist stets auch dem Nacherben gegenüber wirksam, § 2112 BGB.<sup>2</sup> Zustimmung des Nacherben ist zur Wirksamkeit der entgeltlichen Verfügung eines befreiten Vorerben nicht erforderlich.<sup>3</sup> Die Löschung des Vor- und Nacherbenvermerks vor Eintritt der Nacherbfolge auf

Antrag des Vorerben, § 13 Abs. 1 GBO, ist möglich, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuches nachgewiesen, § 22 Abs. 1 GBO oder offenkundig, § 29 GBO, ist.<sup>4</sup> Unrichtig ist das Grundbuch dann, wenn das Grundstück endgültig aus dem Nachlass ausgeschieden, zum Beispiel also vom befreiten Vorerben mit wirksamer entgeltlicher Verfügung veräußert worden ist.<sup>5</sup>

Somit ist die materiellrechtliche Situation nach dem BGB eindeutig und unstrittig – und dieser Aufsatz hätte – gäbe es nicht die Rechtsprechung – niemals geschrieben werden müssen.

<sup>1</sup> OLG Bamberg, Beschluss vom 22.1.2015, Az. 3 W 3/15, Mitt-BayNot 2015, 402 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Anm. 3485.

<sup>3</sup> *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 3485.

<sup>4</sup> *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 3510, 3511.

<sup>5</sup> *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 3516.

## II. Die Ansicht der Rechtsprechung<sup>6</sup>

### 1. Reichsgericht

Das RG hatte ursprünglich den Standpunkt vertreten, dass die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Veräußerung generell mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln nicht nachgewiesen werden könne, denn selbst wenn sich eine Verfügung äußerlich als entgeltlich darstelle, sei keineswegs ausgeschlossen, dass dadurch eine in Wirklichkeit unentgeltliche Verfügung verdeckt werde. Auch Offenkundigkeit der Entgeltlichkeit komme kaum je in Betracht. Nach diesem Standpunkt bedurfte es bei entgeltlichen Verfügungen des befreiten Vorerben zur Löschung des Nacherbenvermerks gemäß § 51 GBO in aller Regel sogar einer Zustimmung der Nacherben in der Form des § 29 GBO.<sup>7</sup>

### 2. Bayerisches Oberstes Landesgericht

Der zunächst vom RG eingenommene Standpunkt wurde schon damals von der Literatur kritisiert und als zu starr angesehen.<sup>8</sup> Letztlich gelangte auch die Rechtsprechung zu einer freieren Auffassung, nach der sich der Grundbuchrichter in vielen Fällen anstelle eines zwingenden Nachweises mit aus allgemeiner Lebenserfahrung abgeleiteten Erwägungen begnügen durfte, um den Grundbuchverkehr nicht lahmzulegen, oder über Gebühr zu erschweren. Das BayObLG<sup>9</sup> schloss sich insoweit im Ergebnis der Kritik der Literatur an. Es führte an, das Vertrauen, das der Erblasser in seinen Vorerben gesetzt habe, indem er ihn umfassend befreit habe, werde in gewissem Sinne auch der Grundbuchrichter zu würdigen haben und einer Erklärung des Vorerben, dass seine Verfügung entgeltlich sei, ohne besondere Zustimmungserklärung des Nacherben Vertrauen schenken dürfen, wenn nicht besondere Anhaltspunkte für die Annahme der Unrichtigkeit einer solchen Erklärung im Einzelfall sprächen.<sup>10</sup>

Kurz nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde die Frage aufgeworfen, ob das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 GG dem zuletzt von der Rechtsprechung eingenommenen freieren Standpunkt entgegenstehe. Dem trat das BayObLG seinerzeit jedoch noch entgegen;<sup>11</sup> es hielt eine Anhörung des Nacherben zwar im Einzelfall für sinnvoll, jedoch nicht durchgängig für geboten.<sup>12</sup> Nach der Entscheidung kann von einer Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs auch dann nicht gesprochen werden, wenn der Nacherbe vor der Löschung nicht gehört wird. Denn es handele sich bei der Löschung des Nacherbenvermerks um ein Grundbuchantragsverfahren, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz des § 12 FGG nicht gilt, daher auch nicht der in erster Linie hieraus entwickelte Grundsatz des rechtlichen Gehörs.<sup>13</sup>

Später ging das BayObLG davon aus, dass erst dann, wenn das Antragsverfahren vor dem Grundbuchamt durch Einle-

gung einer Beschwerde in ein Stadium übergeht, in dem widerstreitende Interessen erkennbar werden, nach Art. 103 Abs. 1 GG auch anderen Personen als dem Antragsteller Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben sei.<sup>14</sup>

In einer Entscheidung von 1994 gab das BayObLG seinen früheren Standpunkt ausdrücklich auf und vertrat nunmehr die Meinung, dass in dem Antragsverfahren auf Grundbuchberichtigung wegen nachgewiesener Unrichtigkeit gemäß § 22 GBO die Gewährung rechtlichen Gehörs für die Nacherben stets gemäß Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 91 Abs. 1 BayVerf erforderlich sei.<sup>15</sup> Bei dem Grundbuchberichtigungsverfahren handele es sich zwar um ein Antragsverfahren, es unterscheide sich jedoch von den Antragsverfahren, in denen aufgrund einer Bewilligung eine Eintragung im Grundbuch vorgenommen wird, dadurch, dass derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen ist, nicht durch seine Bewilligung die Grundlage der Eintragung schafft. Die Eintragung, hier die Löschung, würde vielmehr aufgrund Unrichtigkeitsnachweises vorgenommen. Dass der Amtsermittlungsgrundsatz des § 12 FGG im Antragsverfahren nicht gelte und der Antragsteller den lückenlosen Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit zu führen hat, sei kein ausreichender Grund, von der Gewährung rechtlichen Gehörs abzusehen.<sup>16</sup> Der Senat hielt es daher für notwendig, in einem auf die Löschung des Nacherbenvermerks gerichteten Verfahren dem Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren, ihn also am Verfahren zu beteiligen.

### 3. Weitere Oberlandesgerichte

Zuerst vertrat wohl das OLG Hamm 1984 zunächst beiläufig und ohne nähere Begründung die Auffassung, eine Pflegerbestellung wäre in dem dortigen Fall, wenn der Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO hätte geführt werden können, auch zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des aus dem Nacherbenvermerk Berechtigten erforderlich gewesen.<sup>17</sup>

Im Jahr 2004 hatte das OLG Hamburg<sup>18</sup> über die Löschung eines Nacherbenvermerks zu entscheiden. Es entschied, dass eine Bewilligung der Nacherben zu dessen Löschung nicht erforderlich ist. Vielmehr sei er im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO auch dann zu löschen, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuches nachgewiesen ist. Das Grundbuch würde unrichtig, wenn der befreite Vorerbe das Grundstück entgeltlich an einen Dritten veräußert.<sup>19</sup> Von einer Pflicht zur Anhörung der Nacherben ist nicht die Rede.

Der Auffassung des OLG Hamm schlossen sich auch das OLG München 2005 und das OLG Düsseldorf 2012 an.<sup>20</sup> Das OLG München geht noch davon aus, dass das Grundbuchamt

<sup>6</sup> Die nachfolgenden Ausführungen zur Rechtsprechung stützen sich maßgeblich auf ein Gutachten des DNotI, das Herr Notarassessor Dr. Marc Grotheer mit großer Sorgfalt erstellt hat. Ich bin ihm zu großem Dank verpflichtet.

<sup>7</sup> RGZ 61, 228, 223; 65, 214, 220.

<sup>8</sup> BayObLG, Beschluss vom 3.2.1956, BReg. 2 Z 180/55, BayObLGZ 1956, 54, 59 f.; *Güthe*, DNotZ 1911, 9, 21 ff.

<sup>9</sup> BayObLGE 22, 291 = JW 1932, 1037.

<sup>10</sup> BayObLGE 22, 291.

<sup>11</sup> BayObLGZ 1956, 54, 61 = DNotZ 1956, 304.

<sup>12</sup> „Den Nacherben kann es (das Grundbuchamt) vor der beantragten Löschung des Nacherbenvermerks hören, der Nacherbe hat aber keinen Anspruch hierauf.“

<sup>13</sup> BayObLGZ 1956, 54, 61 = DNotZ 1956, 304.

<sup>14</sup> BayObLG, Beschluss vom 28.12.1972, BReg. 2 Z 76/72, BayObLGZ 1972, 397.

<sup>15</sup> BayObLG, Beschluss vom 15.6.1994, 2 Z BR 44/94, BayObLGZ 1994, 177, 179.

<sup>16</sup> Ebenda.

<sup>17</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 16.1.1984, 15 W 3/84, Rpfl. 1984, 312 = BeckRS 1984, 31381345.

<sup>18</sup> HansOLG Hamburg, Beschluss vom 23.6.2004, 2 Wx 30/04, Rpfl. 2004, 617.

<sup>19</sup> Der Senat bezeichnet das unter Hinweis u. a. auf BayObLG Rpfl. 1982, 467, *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3516, *Bauer/v. Oefele* § 51 Rdnr. 139 als „allgemeine Meinung“, obwohl das BayObLG bereits 1994 mit Beschluss vom 15.6.1994, 2 Z BR 44/94, BayObLGZ 1994, 177 ff. seine entsprechende Auffassung ausdrücklich aufgegeben hatte.

<sup>20</sup> OLG München, Beschluss vom 28.2.2005, 32 Wx 17/05, FGPrax 2005, 193 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.3.2012, 3 Wx 299/11, RNotZ 2012, 328, 329 = FamRZ 2012, 1762.

berechtigt und verpflichtet ist, bei der Prüfung der Entgeltlichkeit die Regeln der Lebenserfahrung und der Wahrscheinlichkeit anzuwenden. Als subjektives Kriterium wird gefordert, dass die Vorerbin bei ordnungsgemäßer Verwaltung der unter Nacherbschaft stehenden Nachlassmasse die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen.<sup>21</sup> Schließt der Vorerbe einen als entgeltlich bezeichneten Vertrag mit einem Dritten, so spräche zunächst der erste Anschein für Entgeltlichkeit, anders als bei verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Vorerben und Vertragspartner.<sup>22</sup> Das Grundbuchamt müsse auf der Basis der vorliegenden Unterlagen selbständig beurteilen, ob Anhaltspunkte für eine Unentgeltlichkeit gegeben sind. Im Hinblick auf Art. 103 GG sind jedoch die Nacherben am Verfahren zu beteiligen.<sup>23</sup>

Das OLG Düsseldorf ließ sich auch nicht davon beeinflussen, dass es sich bei dem Verkauf um eine Ackerfläche an die Bundesrepublik Deutschland zum Neubau der Autobahn A 61 handelte und somit keine ernsthaften Zweifel an der Entgeltlichkeit bestehen konnten. Das Anhörungserfordernis wird nicht mehr unmittelbar auf Verfassungsrecht gestützt, sondern auf § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG – die Nacherben seien als in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffene (Muss-)Beteiligte, welche hinzuzuziehen sind.<sup>24</sup> Dies sei auch dann der Fall, selbst wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung bei entsprechender Würdigung der Person des Käufers nicht ernsthaft bestritten werden könne.<sup>25</sup>

#### 4. Weitere Gerichte

Das LG Kleve<sup>26</sup> ging 1954 davon aus, dass mit der Verfügung des Vorerben über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück der Nacherbenvermerk gegenstandslos wird und ohne Löschungsbewilligung der Nacherben gelöscht werden kann. Zum grundbuchmäßigen Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben genüge regelmäßig die Vorlage eines notariellen Vertrages, in dem ein entgeltliches Rechtsgeschäft beurkundet ist.

Das LG Berlin<sup>27</sup> nimmt 1980 noch unter Berufung auf die Entscheidung des BayObLG von 1956<sup>28</sup> an, dass der Nacherbe grundsätzlich keinen Anspruch darauf hat, vor Löschung des Nacherbenvermerks gehört zu werden. Die Löschung des Nacherbenvermerks geschehe auf Antrag des Grundstückseigentümers, wenn dieser in der Form des § 29 GBO den Nachweis erbringt, dass er das Grundstück mit Wirksamkeit gegenüber dem Nacherben erworben hat. Das Grundbuchamt könne unter Berücksichtigung der Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung die Entgeltlichkeit als offenkundig und damit als keines weiteren Nachweises bedürftig ansehen, wenn der Vorerbe das Grundstück gegen Entgelt an einen Dritten veräußert, der zu ihm nicht erkennbar in persönlichen, die

Preisgestaltung beeinflussenden Beziehungen steht. Eine Anhörung könne sich aber anbieten, wenn das Grundbuchamt berechnete Zweifel hat, ob die Voraussetzungen für eine entgeltliche Verfügung gegeben sind.

Auch das LG Nürnberg-Fürth<sup>29</sup> ist noch 1962 der Auffassung, dass bei befreiter Vorerbschaft zur Löschung lediglich der Nachweis der Entgeltlichkeit erforderlich ist. Die Frage, ob der befreite Vorerbe entgeltlich verfügt hat, sein nach den Umständen und den Grundsätzen der Lebenserfahrung vom Grundbuchamt zu prüfen und zu entscheiden.

#### 5. Die Entscheidung des OLG Bamberg

Das OLG Bamberg geht davon aus, dass das Lösungsverfahren vor dem AG – Grundbuchamt – ein gerichtliches Verfahren im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG darstellt. Durch die Löschung des Nacherbenvermerks würde in diesem Verfahren in die Rechte des Nacherben unmittelbar eingegriffen. Deshalb sei dem Nacherben grundsätzlich rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>30</sup> Dies gelte selbst dann, wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung bei entsprechender Würdigung der Person des Käufers nicht ernsthaft bestritten werden kann.<sup>31</sup> Deshalb sei es auch im vorliegenden Fall zwingend, den Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren.

Die Anhörung sei auch nicht reiner Formalismus, da für den Nacherben nicht ohne Weiteres erkennbar sei, ob der Kaufpreis angemessen oder ob durch einen unangemessenen niedrigen Kaufpreis tatsächlich eine gemischte Schenkung vorliegt, die gemäß § 2113 Abs. 2 BGB gegenüber dem Nacherben unwirksam wäre. Durch die Gewährung rechtlichen Gehöres würde nicht nur gewährleistet, dass die Nacherben sich hierzu äußern können, sondern auch, dass möglicherweise noch unbekannte Zweifel oder Einwände an der Berechtigung der Löschung dem Grundbuchamt bekannt werden und von diesem bei seiner Entscheidung berücksichtigt werden können.<sup>32</sup>

#### III. Die Ansicht der Literatur

Zu manchen Themen sind in den letzten Jahren eine Vielzahl von Artikeln erschienen. Nicht so in diesem Fall. Allein die Tatsache, dass selbst ein Gutachten des DNotI auf einen über 100 Jahre alten Aufsatz<sup>33</sup> zurückgreifen muss, zeigt, wie dünn die Literatur dazu ist.

*Schöner/Stöber*<sup>34</sup> stellen unter Hinweis auf die genannte OLG-Rechtsprechung fest, dass das Grundbuchamt den Nacherben vor der beantragten Löschung des Nacherbenvermerks im Wege der Grundbuchberichtigung rechtliches Gehör zu gewähren hat<sup>35</sup> – ungeachtet der vorher vertretenen Auffassung<sup>36</sup> –, wonach der Nachweis, dass die Eintragung des Nacherbenvermerks nachträglich unrichtig geworden ist,

<sup>21</sup> So auch BeckOK-GBO/*Zeiser* § 51 Rdnr. 74: Der Vorerbe muss subjektiv wissen oder zumindest erkennen müssen, dass keine Entgeltlichkeit vorliegt. Von Unentgeltlichkeit könne nicht ausgegangen werden, weil ein besserer Preis hätte erzielt werden können (unter Hinweis auf BayObLG, Beschluss vom 4.8.1988, BReg. 2 Z 19/88, DNotZ 1989, 182).

<sup>22</sup> So auch BeckOK/*Zeiser*, § 51 Rdnr. 83.

<sup>23</sup> OLG München, a. a. O., a. E.

<sup>24</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O.

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.3.2012, 3 Wx 299/11, RNotZ 2012, 328, 329.

<sup>26</sup> LG Kleve, Entscheidung vom 23.1.1954, T 7/94, MDR 54, 418.

<sup>27</sup> LG Berlin, Entscheidung vom 16.6.1980, 84 T 62/80, MDR 81, 152.

<sup>28</sup> BayObLG, Beschluss vom 3.2.1956, BReg. 2 Z 180/55, BayObLGZ 1956, 55, 61.

<sup>29</sup> LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 1.3.1962, 12 T 24/62, DNotZ 1962, 656.

<sup>30</sup> OLG Bamberg vom 22.1.2015, Az. 3 W 3/15, MittBayNot 2015, 402, unter Hinweis auf BayObLG, Beschluss vom 15.6.1994, 2 Z BR 44/94, NJW-RR 1994, 1360; OLG Hamm, Beschluss vom 19.1.1995, Az. 15 W 303/94, DNotI-Report 1995, 90; OLG München, Beschluss vom 28.2.2005, 32 Wx 17/05, NJOZ 2005, 2095; OLG München, Beschluss vom 10.8.2012, 34 Wx 187/12, NJW-RR 2013, 211 a. E.

<sup>31</sup> OLG Bamberg, a. a. O., unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.3.2012, 3 Wx 299/11, NJOZ 2012, 1145.

<sup>32</sup> OLG Bamberg, a. a. O.

<sup>33</sup> *Gütthe*, DNotZ 1911, 9.

<sup>34</sup> *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 351.

<sup>35</sup> So auch *Demharter*, GBO, 24. Aufl. 2002, § 51 Anm. 37.

<sup>36</sup> *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 3518.

Nachweis der Tatsachen erfordert, die ausweisen, dass sich die Nacherbfolge nicht mehr auf das Grundstück erstreckt. Deshalb sei etwa bei dem Verkauf eines Grundstückes an einen Dritten davon auszugehen, dass der vereinbarte Kaufpreis dem Wert des Grundstückes entspricht. Sind jetzt Tatsachen nachzuweisen oder Meinungen anzuhören? *Zeiser*<sup>37</sup> hält das rechtliche Gehör für die sicherste Methode, etwaige Zweifel auszuräumen und Amtshaftungsansprüchen vorzubeugen.

*Krauß*<sup>38</sup> und *Hertel*<sup>39</sup> erwähnen lediglich, dass bei einer Veräußerung durch einen befreiten Vorerben gute Gründe dafür sprechen, den Nacherben von vornherein durch Zustimmung mitwirken zu lassen. Dies würde den Beteiligten die Problematik zumindest klar vor Augen stellen und zu einer Klärung vor Eintritt der Kaufpreisfälligkeit führen.

Nach *Grunsky*<sup>40</sup> gilt: Wird die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung ausgeschlossen, so ist die Entgeltlichkeit als offenkundig, § 29 Abs. 1 GBO, anzusehen. Man würde die Praxis heute dahingehend verstehen dürfen, dass das Grundbuchamt der Frage nach der Entgeltlichkeit nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für Unentgeltlichkeit nachzugehen hat. Gleichwohl sei der Nacherbe vor der Löschung des Nacherbenvermerks anzuhören.<sup>41</sup>

Lediglich *Schaub*<sup>42</sup> vertritt, soweit ersichtlich, die Auffassung, dass der Nacherbe grundsätzlich keinen Anspruch darauf hat, vor Löschung des Nacherbenvermerks gehört zu werden. Bei der Löschung des Nacherbenvermerks handele es sich um ein Grundbuchantragsverfahren, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG nicht gilt.

Man könnte daraus schließen, dass die Rechtsprechung einfach so überzeugend ist, dass es an Gegenargumenten mangelt. Es fällt auf, dass sich weder die Rechtsprechung, noch die Literatur mit den Konsequenzen der Anhörung auseinandersetzt. Dies möchte ich im Folgenden nachholen.

#### IV. Konsequenzen der Rechtsprechung

Nicht „de lege lata“, wohl aber „de iustitia lata“ muss der Notar bei der Vertragsgestaltung davon ausgehen, dass die Löschung eines Vor- und Nacherbenvermerks *in jedem Fall* die Anhörung der Nacherben notwendig macht. Das gilt selbst dann, wenn keinerlei Zweifel an der Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts bestehen. Für die Vertragsgestaltung bleiben ihm damit folgende Möglichkeiten

##### 1. Bewilligung zur Löschung des Nacherbenvermerks

Die Löschung des Nacherbenvermerks vor Eintritt der Nacherbfolge erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 GBO, wenn sie vom

<sup>37</sup> BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51, Rdnr. 100.

<sup>38</sup> *Krauß*, Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, A I Rdnr. 623, 624.

<sup>39</sup> *Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Rdnr. 623.

<sup>40</sup> MünchKommBGB/*Grunsky*, 6. Aufl. 2013, § 2113 BGB Anm. 41.

<sup>41</sup> MünchKommBGB/*Grunsky*, a. a. O., unter Hinweis auf BayObLG, Beschluss vom 15.10.1973, BReg. 2 Z 45/73, BayObLGZ 1973, 272, *Soergell/Harder/Wegmann*, § 2113 BGB Rdnr. 28; *Ermann/Schmidt*, § 2113 BGB Rdnr. 20, NK-BGB/*Gierl*, § 2113 BGB Rdnr. 74.

<sup>42</sup> *Bauer/v. Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 51 Rdnr. 163; zur Begründung beruft er sich lediglich auf die (veraltete) Rechtsprechung des BayObLG, Beschluss vom 3.2.1956, BReg. 2 Z 180/55, BayObLGZ 1956, 64; BayObLG, DNotZ 1973, 289.

Nacherben in der Form des § 29 GBO bewilligt ist, § 19 GBO. Einer Zustimmung der Ersatznacherben bedarf es nach herrschender Meinung nicht.<sup>43</sup>

Ganz abgesehen davon, dass in der Praxis die Vorerben von den mit dem Nacherbenvermerk verbundenen Problemen erst bei der Anmeldung des Kaufvertrages beim Notar erfahren und erst mit Abschluss des Kaufvertrages der Kaufpreis feststeht, stellt sich die Frage, warum ein Nacherbe ohne Vorliegen eines Kaufvertrages das ihn schützende Recht löschen lassen sollte. Der Notar jedenfalls wird ihm nicht dazu raten.

Außerdem sind in den meisten Fällen „die Abkömmlinge“ als Nacherben oder Ersatznacherben eingesetzt. Da deren Zahl und Person erst mit dem Ableben des Vorerben – und damit dem Eintritt des Nacherbfalls – feststehen, wird regelmäßig die Bestellung eines Pflegers für die noch unbekanntes Nacherben/Ersatzerben notwendig sein. Auch hier gilt das Argument: Wieso sollte ein Pfleger vorab, ohne Vorliegen eines Kaufvertrages einen Nacherbenvermerk zur Löschung bewilligen? Außerdem bedarf er der Genehmigung des AG. Auch das Familien- und Betreuungsgericht wird kaum seine gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1, §§ 1643, 1908i, 1915 BGB notwendige Genehmigung<sup>44</sup> vorab erteilen. Vielmehr wird es vermutlich die Genehmigung schon unter Hinweis auf das fehlende Rechtsschutzbedürfnis verweigern.

In aller Regel ist somit die Löschung eines Vor- und Nacherbenvermerks vor Vollzug eines Kaufvertrages ausgeschlossen.

Im Übrigen hat in jüngster Zeit das OLG München<sup>45</sup> auch in diesem Fall – allerdings ohne Begründung – eine Anhörung der Ersatznacherben gefordert. Dem sind das OLG Hamm<sup>46</sup> und *Henn*<sup>47</sup> entgegengetreten. Es geht hier nicht um die Verifizierung der „Entgeltlichkeit“ im Falle der Verfügung eines befreiten Vorerben, sondern darum, ob ein Ersatznacherbe bereits eine so starke Position hat, dass er trotz Bewilligung der Löschung durch die Nacherben am Verfahren zu beteiligen ist. Nachdem weitgehend Einigkeit besteht, dass die Löschungsbewilligung der Nacherben ausreicht, muss sich das OLG München fragen lassen, zu welchem Thema denn die Anhörung der Ersatznacherben erfolgen soll. Zur Frage der „Entgeltlichkeit“ jedenfalls nicht, denn die spielt in diesem Fall keine Rolle. *Henn*<sup>48</sup> geht deshalb zu Recht davon aus, dass dann, wenn sämtliche Nacherben der Verfügung zustimmen, eine Anhörung der Ersatznacherben nicht erforderlich ist. Das OLG Hamm schließt sich ausdrücklich dieser Auffassung an und verweist richtigerweise darauf, dass eine Anhörung nur nach Bestellung eines Pflegers für unbekanntes Ersatznacherben möglich wäre und einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand beanspruchen würde. Wenn jedoch aufgrund bereits gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung feststehe, dass die Zustimmung möglicher Ersatznacherben zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht erforderlich ist, könnten diese auch nicht dadurch in ihren Rechten betroffen sein, dass das Rechtsgeschäft ohne ihre Zustimmung im Grundbuch vollzogen wird.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> OLG München, Beschluss vom 10.8.2012, 34 Wx 187/12, NJW-RR 2013, 211 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; OLG Hamm, Beschluss vom 22.5.2014, I-15 W 102/13, NJW RR 2014, 1288; a. A. *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 3510.

<sup>44</sup> *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 3514.

<sup>45</sup> OLG München, Beschluss vom 10.8.2012, 34 Wx 187/12, NJW-RR 2013, 211.

<sup>46</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 22.5.2014, I-15 W 102/13, NJW RR 2014, 1288.

<sup>47</sup> *Henn*, DNotZ 2013, 246.

<sup>48</sup> *Henn*, a. a. O., 249.

<sup>49</sup> OLG Hamm, a. a. O., a. E.



Auch wenn das OLG Hamm den erheblichen Zeit- und Kostenaufwand, den eine Anhörung auslöst, ausdrücklich anerkennt, lässt sich allein aus dieser Entscheidung nicht ableiten, dass eine Anhörung auch bei einer Verfügung des befreiten Vorerben entbehrlich ist. In diesen Fällen liegt gerade keine Zustimmung der Nacherben vor, vielmehr soll die Löschung „nur“ aufgrund „Unrichtigkeitsnachweis“ erfolgen. Begründete Zweifel an der „Entgeltlichkeit“ der Verfügung sind theoretisch nicht ausgeschlossen. Haben diese Zweifel eine Grundlage, macht eine Anhörung durchaus Sinn. Hier geht es darum, ob auch dann, wenn für solche Zweifel keinerlei objektive Gründe erkennbar sind, eine Anhörung notwendig ist.

## 2. Löschung des Nacherbenvermerks wegen Unrichtigkeit des Grundbuches

Der Nacherbenvermerk ist zu löschen, wenn die Grundbuchunrichtigkeit nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 GBO.<sup>50</sup> Dazu wird von der Rechtsprechung die vorherige Anhörung der Nacherben gefordert. „Anhörung“ klingt nach „Bürgerbeteiligung“ und ist prima facie immer gut. Deshalb soll im Folgenden die „Anhörung“ einmal näher untersucht werden.

### a) Entgeltlichkeit wird bejaht

Die Anhörung des Nacherben und/oder des Pflegers kann ergeben, dass von diesen die Entgeltlichkeit zu Recht bejaht wird. In diesem Fall ist der Nacherbenvermerk zu löschen. Allerdings hat die Anhörung in diesem Fall zwar die Zeitverzögerung für den Vorerben, dem Nacherben aber keine Vorteile erbracht. Man hätte auch auf sie verzichten können.

Interessant ist der Fall, wenn in der Anhörung die Entgeltlichkeit bejaht und daraufhin der Nacherbenvermerk gelöscht wird, objektiv gesehen jedoch keine „Entgeltlichkeit“ vorliegt. Da für den Unrichtigkeitsnachweis allein objektive Fakten maßgeblich sind, muss man zwangsläufig annehmen, dass in diesem Fall der Nacherbenvermerk zu Unrecht gelöscht worden ist und der Nacherbe auch weiterhin seine gesetzlichen Rechte hat. Die Anhörung der Nacherben soll deren Rechte stärken, es wäre verfehlt, in einer zustimmenden Anhörung gleichzeitig einen Verzicht auf das Nacherbenrecht zu sehen. Dafür spricht auch, dass ein Verzicht nur in Form einer Bewilligung zulässig ist, die wiederum öffentlich beglaubigter Form bedarf, während eine Anhörung formlos möglich ist<sup>51</sup> und in aller Regel so auch durchgeführt wird.

### b) Entgeltlichkeit wird zu Recht verneint

Die Anhörung des Nacherben und/oder des Pflegers kann ergeben, dass die Entgeltlichkeit zu Recht verneint wird. In diesem Fall ist der Nacherbenvermerk nicht zu löschen.

Kaufpreise von bebauten oder unbebauten Grundstücken sind nicht einfach irgendwo festgelegt. Es gibt für die Verkäufer „gute“ und „schlechte“ Grundstücksgeschäfte. Die Preisspanne dazwischen ist erheblich. Und ausgerechnet beim Nacherben oder beim Pfleger, denen beide jede Erfahrung mit Grundstücksgeschäften fehlt, liegt jetzt die Entscheidung, ob der Kaufpreis innerhalb oder außerhalb der Preisspanne eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts liegt. Natürlich kann sich der Pfleger m/w die fehlende Kenntnis durch ein Sachverständigen-gutachten holen. Dieses löst erhebliche Kosten aus. Sie sind vom Vorerben als Kosten der Lastenfreistellung zu zahlen.

Gar nicht in der Diskussion sind bis jetzt die Notare: Im Gegensatz zum Nacherben und zum Pfleger haben sie einen

Überblick über die vertretbaren Preise. Sie haben Kontakt mit den Beteiligten und sie kennen die Umstände des Verkaufs. Auch für sie hätte die fehlende „Entgeltlichkeit“ eines Rechtsgeschäfts Konsequenzen: zum einen sind sie verpflichtet, dem Finanzamt – Schenkungsteuerstelle – eine Abschrift der Urkunde zu übermitteln, und zum anderen würde ein Amtshaftungsanspruch für den Nacherben entstehen. Schon aus Eigeninteresse werden die Notare in diesen Fällen sehr vorsichtig agieren und das Vorliegen der „Entgeltlichkeit“ in der Urkunde dokumentieren. Ein teures Sachverständigen-gutachten würde sich in den meisten Fällen erübrigen. Es verwundert deshalb schon ein wenig, dass die Rechtsprechung die Beurteilung nicht dem Notar und dem Grundbuchamt mit ihrer Erfahrung und ihrem Überblick über Grundstücksgeschäfte, sondern einem Nacherben oder Pfleger überlässt, die mit Grundstücksangelegenheiten nicht oder wenig befasst sind.

### c) Entgeltlichkeit wird zu Unrecht verneint

Interessant ist der Fall, dass Entgeltlichkeit zu Unrecht verneint wird. Das Grundbuchamt, das schon ohne Anhörung Angst vor einem Amtshaftungsanspruch hat, wird sich nach der Anhörung erst recht nicht über die Meinung des Nacherben hinwegsetzen. De facto wird damit mit der „Anhörung“ des Nacherben doch dessen Zustimmung gefordert – die kraft Gesetzes gerade nicht notwendig ist.

Es ist davon auszugehen, dass der Nacherbe bei bestehender Entgeltlichkeit analog § 2120 Satz 1 BGB zur Zustimmung verpflichtet ist.<sup>52</sup> Auch kann der Nacherbe der Veräußerung nicht mit dem Argument einer ordnungswidrigen Verwaltung des Nachlasses, § 2130 BGB, entgegengetreten.<sup>53</sup> Der Anspruch kann jedoch nur klageweise durchgesetzt werden. Es käme zu weiteren, erheblichen Zeitverzögerungen.

## 3. Auswirkungen für die Kaufvertragsgestaltung

### a) Die Gestaltung des Kaufvertrages

Der Notar ist für die Lastenfreistellung verantwortlich. Zu den zu löschenden Rechten gehört auch der Vor- und Nacherbenvermerk. Im konkreten Fall wurde der Antrag auf Löschung bereits mit dem Antrag auf Eintragung der Vormerkung gestellt, um die Einstellung des betroffenen Rechtspflegers zum Thema „Anhörung“ auszuloten. Zu diesem Zeitpunkt wurde die Löschung zu Recht verweigert, denn der Kaufvertrag selbst stellt noch keine Verfügung über das Eigentum dar. Außerdem wäre es ein Einfaches, einen Kaufvertrag zu schließen, den Nacherbenvermerk löschen zu lassen und anschließend den Kaufvertrag wieder aufzuheben. Danach könnte der Vorerbe zumindest formal völlig frei über das Grundstück verfügen. Das darf nicht sein.

Somit kann die Löschung des Nacherbenvermerks nur zugleich mit der Eigentumsumschreibung erfolgen. Die Eigentumsumschreibung findet regelmäßig jedoch erst statt, wenn der Kaufpreis bezahlt ist. Um den Kaufpreis fällig zu stellen, ist es notwendig, dass die Lastenfreistellung gesichert ist. Dies ist aber erst mit Eigentumsumschreibung der Fall, weil vorher der Nacherbenvermerk nicht gelöscht werden kann.

Ich sehe deshalb nur folgende Möglichkeit der sicheren Vertragsgestaltung: Der Kaufpreis wird vom Käufer auf ein Aderkonto des Notars hinterlegt. Die Hinterlegung muss erst erfolgen, wenn sämtliche übrigen Voraussetzungen für die

<sup>50</sup> *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 3510.

<sup>51</sup> BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51 Rdnr. 80.

<sup>52</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 20.4.2011, 4 U 78/10, RNotZ 2011, 614, 616 ff.; BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51 Rdnr. 82.

<sup>53</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 20.4.2011, 4 U 78/10, RNotZ 2011, 614, 616.

Kaufpreisfälligkeit vorliegen,<sup>54</sup> die Anhörung keine Hindernisse ergeben und der Notar dies dem Käufer mitgeteilt hat. Der Besitzübergang darf nicht, wie sonst bei Hinterlegungen üblich, bereits mit der Hinterlegung des Kaufpreises stattfinden, sondern erst mit der Löschung des Nacherbenvermerks bei Eigentumsumschreibung. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Käufer Änderungen am Objekt vornimmt, die seinen Wert vermindern oder erhöhen. Im ersten Fall wäre der Verkäufer, im zweiten Fall der Käufer geschädigt. Die Auszahlung erfolgt mit Eigentumsumschreibung und Löschung des Nacherbenvermerks.

Da man nicht absehen kann, welche Zeitverzögerung durch die Anhörung ausgelöst wird, erscheint es sachgerecht, außerdem ein Rücktrittsrecht für den Käufer vorzusehen. Zumindest ihm ist es nicht zuzumuten, auf unabsehbare Zeit und mit dem ungewissen Ergebnis der Anhörung vor Augen an den Kaufvertrag gebunden zu sein. Außerdem wird dadurch den Beteiligten vor Augen geführt, dass trotz Unterschrift unter den Kaufvertrag beim Notar dessen Vollzug nicht sicher ist.

#### b) Die Auswirkungen für die Vertragsteile

Es ist nicht einfach, einem Vorerben und seinem Käufer zu erklären, dass der Vorerbe einerseits ohne Weiteres befugt ist, das Vertragsgrundstück zu verkaufen, die Abwicklung des Kaufvertrages nach höchstrichterlicher Auffassung jedoch wegen der Anhörung einen nicht kalkulierbaren Zeitaufwand erfordert und der Ausgang ungewiss ist. Berücksichtigt man, dass ein Pfleger bestellt und von diesem eine Stellungnahme abgegeben werden muss, ist mit mehreren Monaten zu rechnen.<sup>55</sup> Auch ein Pfleger, auf den die Anhörung praktisch die gesamte Verantwortung, die dem Grundbuchamt und dem Notar nicht zugetraut wird, verlagert, muss mit dem Haftungsrisiko kalkulieren und wird im Regelfall seine Stellungnahme nur nach Rückversicherung durch ein Sachverständigengutachten abgeben. Nur ein schwacher Trost ist dabei, dass die Anhörung wohl nicht vom Familiengericht zu genehmigen ist,<sup>56</sup> da es sich nicht um eine „Verfügung“ im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB handelt. Der Nachweis der Entgeltlichkeit ist in aller Regel nicht in der Form des § 29 GBO zu erbringen, so dass Rechtsprechung und Literatur hier den Freibeweis zulassen.<sup>57</sup>

Die praktische Erfahrung lehrt, dass die Mehrheit der Käufer unter diesen Umständen von ihrer Kaufabsicht Abstand nimmt. Damit wird faktisch dem befreiten Vorerben das ihm materiellrechtlich zustehende Recht des Verkaufs mit den Mitteln des formalen Rechts genommen.

Im konkreten Fall stand das Anwesen bereits leer, die Käufer wollten umgehend mit Modernisierungsarbeiten an dem schon älteren Haus beginnen. Eine Anhörung hätte das verhindert und zudem dafür gesorgt, dass das Haus den Winter über leer steht und vor Frostschäden geschützt werden muss. Bei einer monatelangen, nicht absehbaren Verzögerung des Besitzüberganges hätten die Käufer nach Aussage der Verkäufer vom Kauf Abstand genommen.

<sup>54</sup> Deren Umfang hängt vom konkreten Fall ab und soll hier nicht weiter vertieft werden.

<sup>55</sup> Die Anhörung würde sich erübrigen, wenn ein Nacherbenvollstrecker, § 2222 BGB, bestellt worden wäre, *Schöner/Stöber*, a. a. O., Anm. 3485; *Grotheer*, a. a. O. Das ist jedoch, wie der vorliegende Fall zeigt, häufig nicht der Fall.

<sup>56</sup> BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 52 Rdnr. 105; das Gehör könne durch Zustellung eines normalen Briefes erfolgen, Formvorschriften bestünden insoweit nicht.

<sup>57</sup> BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51 Rdnr. 80.

Nach richterlicher Auffassung muss der Vorerbe, um das scheinbar feststehende Recht des Nacherben auf Anhörung zu gewährleisten, Nachteile hinnehmen. Ich zweifle, ob den Gerichten der Umfang dieser Nachteile bewusst ist. Es fällt auf, dass keiner der Befürworter der Anhörung in Rechtsprechung und Literatur sich Gedanken über die Konsequenzen zu machen scheint. Am schwersten wiegt die zeitliche Verzögerung der Kaufvertragsabwicklung. Dazu kommen erhebliche Mehrkosten: für das Notaranderkonto, den Pfleger (falls dies, wie häufig, ein Rechtsanwalt ist), eventuell ein Sachverständigengutachten. Es können da leicht mehrere Tausend Euro zusammenkommen.

## V. Kritik

Angesichts dieser erheblichen Auswirkungen des formalen Anhörungsverfahrens auf das materielle Recht, halte ich es für angebracht, die von der Rechtsprechung aufgeführten Argumente auf den Prüfstand zu stellen. Sie sind überschaubar – es geht um die Amtshaftung des Grundbuchamts, Art. 103 GG und § 7 Abs. 2 Ziffer 1 FamFG.

### 1. Die Amtshaftung des Grundbuchamtes

Es wird argumentiert,<sup>58</sup> dass mit der Anhörung Amtshaftungsansprüchen gegen das Grundbuchamt vorgebeugt wird. Das beantwortet aber nicht die Frage, ob eine Anhörung notwendig ist. Falls das Gesetz eine Anhörung fordert, ist diese durchzuführen. Falls das Gesetz keine Anhörung fordert,weigert ein Beamter eine Entscheidung in dem ihm obliegenden Aufgabenbereich einzig mit der Begründung, dass durch seine Entscheidung ein Haftungsanspruch entstehen könnte. Ich weigere mich, dies weiter zu kommentieren, da es schwer fällt, sachlich zu bleiben.<sup>59</sup>

Außerdem habe ich in meiner langjährigen Berufstätigkeit einige Fehler – teilweise auch irreparable – von Grundbuchämtern miterlebt, mir ist aber kein Fall bekannt, in dem tatsächlich das Bundesland für ein Versäumnis seines Rechtspflegers m/w belangt worden ist. Im Zweifel wird in diesen Fällen der Notar verklagt mit der Begründung, er hätte diesen Fehler ja voraussehen oder korrigieren müssen.

### 2. Art. 103 GG

Der Rechtsprechung und damit auch dem OLG Bamberg ist in formaler Hinsicht entgegenzuhalten, dass Art. 103 Abs. 1 GG nicht mehr einschlägig ist, seit für die Löschung des Nacherbenvermerks der Rechtspfleger und nicht mehr der Grundbuchrichter zuständig ist, denn die Vorschrift gilt für Entscheidungen des Rechtspflegers nach Ansicht des BVerfG nicht.<sup>60</sup> Vielmehr geht es verfassungsrechtlich um das Recht auf ein rechtstaatliches, faires Verfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und darüber hinaus um die Gewährleistung von Rechtsschutz durch den Richter (gegen den Rechtspfleger) gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, was ebenfalls die Kenntnisnahme des ggf. als Betroffenen anzusehenden Nacherben voraussetzen würde.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> So das GBA Aschaffenburg in seiner Zwischenverfügung; BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51 Rdnr. 100.

<sup>59</sup> Im konkreten Fall hat der zuständige Rechtspfleger die Löschung des Vor- und Nacherbenvermerks vor Zeugen telefonisch zugesagt. Auch insoweit könnte man über eine Amtshaftung diskutieren.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 = DNotZ 2000, 387, 388.

<sup>61</sup> BVerfG, a. a. O.

Außerdem fällt auf, dass die Gerichte in neuerer Zeit zwar intensiv die Rechte der Nacherben betonen, jedoch an keiner Stelle überlegen, ob vielleicht auch die Vorerben Rechte haben. Denken könnte man dabei an die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG, den Schutz des Eigentums, Art. 14 GG und den Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 GG. Danach soll Gleiches gleich, und Ungleiches ungleich behandelt werden. Sind ein „Verkauf“ an einen nahen Verwandten, vielleicht an den Ehegatten oder einen von mehreren Nacherben zu einem offensichtlichen Spottpreis wirklich zu behandeln wie ein von einem Makler vermittelter Verkauf an einen fremden Käufer zu einem nachvollziehbaren Preis?

Wie immer, wenn Rechte verschiedener Beteiligter einander entgegenstehen, ist eine Abwägung dieser Rechte vorzunehmen. Dabei ist, wie es das BayObLG früher einmal ausgeführt hat,<sup>62</sup> auch zu berücksichtigen, dass der Erblasser ja Vertrauen in seinen Vorerben gesetzt, indem er ihn umfassend befreit hat. Die Abwägung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit würde ergeben, dass es sehr wohl Fälle gibt, in denen eine Anhörung der Nacherben geboten ist – und zwar immer dann, wenn sich Anhaltspunkte für eine fehlende Entgeltlichkeit ergeben. Das kann ein Verkauf an einen Verwandten, den Ehegatten oder ein auffällig niedriger Kaufpreis sein. Auf der anderen Seite würde eine Abwägung auch ergeben, dass eine Anhörung dann unverhältnismäßig ist, wenn nicht nur keine Argumente für eine fehlende Entgeltlichkeit bestehen, sondern vielmehr sogar alle Argumente für eine Entgeltlichkeit sprechen – keine Verwandtschaft zwischen Verkäufer und Käufer, Vermittlung durch Makler, unauffälliger Kaufpreis.

Im vorliegenden Fall ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte für eine fehlende Entgeltlichkeit. Im Gegenteil: Die, auch dem Grundbuchamt bekannten, weil aus der Urkunde ersichtlichen, Anhaltspunkte lassen an der Entgeltlichkeit keinen Zweifel.

### 3. § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG

Nach dieser Vorschrift sind diejenigen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird, als Beteiligte hinzuzuziehen. Voraussetzung ist das Vorliegen eines Antragsverfahrens im Sinne des § 7 Abs. 1 FamFG.<sup>63</sup> Ein Antragsverfahren liegt bei der Löschung eines Nacherbenvermerks jedoch nur vor, wenn die Löschung aufgrund einer Bewilligung der Nacherben erfolgt. Eine Anhörung ist in diesem Fall nicht erforderlich, weil sie durch die weitergehende Bewilligung des Nacherben in der Form des § 29 GBO ersetzt wird. Ist das Grundbuch dagegen unrichtig, ist es zu berichtigen – eines Antrags dazu bedarf es nicht. Bestenfalls ist eine „Anregung“ erforderlich, die hier bereits in der Vorlage der Auflassung liegt.

Für dieses Ergebnis spricht auch die Auslegung der Vorschrift: „Verfahren“ heißt vom Wortsinn her, dass ein ergebnisoffener Prozess vorliegt. Ob das der Fall ist, bestimmt das – in der Rechtsprechung irgendwie in Vergessenheit geratene – materielle Recht. Und das sagt: wenn eine entgeltliche Verfügung

des befreiten Vorerben vorliegt, ist das Grundbuch unrichtig. Der Nacherbenvermerk ist in diesem Fall zu löschen, das Grundbuchamt hat keinen Entscheidungsspielraum.<sup>64</sup>

Außerdem verwundert es, wenn die Rechtsprechung meint, die objektiv zu bestimmende „Entgeltlichkeit“ ausgerechnet durch Anhörung einer zwangsläufig subjektiven Meinung, nämlich der des Nacherben, bestimmen zu können.

Richtig betrachtet, gibt es keinen Antrag und keinen Entscheidungsspielraum, der ein „Verfahren“ erfordert. § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ist nicht anwendbar.

## VI. Ergebnis

„De iustitia lata“ muss der Notar davon auszugehen, dass das Grundbuchamt in allen Fällen eine Anhörung der Nacherben fordert. Die Ansicht des OLG Düsseldorf<sup>65</sup>, die selbst bei einem Verkauf von Ackerland an die Autobahndirektion eine Schenkung nicht ausschließt und die widersprüchlichen Ausführungen des OLG Bamberg, wonach bei einem Verkauf es für einen Nacherben nicht ohne Weiteres erkennbar ist, ob der Kaufpreis angemessen ist oder eine gemischte Schenkung vorliegt, gleichzeitig aber im Stile einer „Basta-Entscheidung“ genau die Anhörung dieses seiner Ansicht nach beurteilungsunfähigen Nacherben fordert, ist einem „common man“, wie es im angelsächsischen Recht heißt, nicht mehr vermittelbar.

Das derzeit uneingeschränkte Postulat der Anhörung beruht auf einer einseitigen Betrachtung der Rechte der Nacherben und vernachlässigt die Rechte der Vorerben. Sie vermengt materielles und formelles Recht, Bewilligung und Unrichtigkeitsnachweis, was vor allem bei der verfehlten Anwendung von § 7 Abs. 2 Ziffer 1 FamFG deutlich wird. Es führt dazu, dass der Vorerbe nicht „befreit“, sondern gefesselt ist.

Wie die Übersicht in diesem Artikel zeigt, war die Rechtsprechung schon einmal ausgewogen, als noch die Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung und der Umstände des Verkaufs wesentlich waren. „De iustitia ferenda“ bleibt zu hoffen, dass die Gerichte angesichts der massiven Auswirkungen auf den Grundstücksverkehr zu ihrer ursprünglichen Auffassung zurückkehren und aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Abwägung zwischen den berechtigten Interessen der Nacherben, und denen der Vorerben vornehmen.

Im konkreten Fall hätte das nur dazu führen können, dass eine Anhörung nicht erforderlich ist.

Der im November 2014 beurkundete Kaufvertrag ist bis heute nicht im Grundbuch vollzogen. Erhebliche Zeit beanspruchte ein Streit zwischen dem AG – Betreuungsgericht – und dem AG – Nachlassgericht –, die jeweils die Zuständigkeit des anderen für die Bestellung eines Pflegers für die unbekanntes Nacherben bejahten. Inzwischen haben jeweils der für die minderjährigen Nacherben und der für die unbekanntes Nacherben bestellte Pfleger in der Anhörung die Entgeltlichkeit bejaht – die Urkunde liegt – nach neun Monaten dem Grundbuchamt zum Vollzug vor.

<sup>62</sup> BayObLGE 22, 291.

<sup>63</sup> Vgl. BeckOK-FamFG/Burschel, § 7 Rdnr. 6 ff.; es fällt auf, dass in der ausführlichen Gliederung der Kommentierung Grundbuchsachen überhaupt nicht erwähnt werden.

<sup>64</sup> Siehe oben Ziffer I.

<sup>65</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.3.2012, 3 Wx 299/11, RNotZ 2012, 328.

# Prüfung der Testierfähigkeit durch das Grundbuchamt

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 1.8.2014, I-15 W 427/13 –<sup>1</sup>

Von Notar *Hans-Hermann Weser*, Nürnberg

Der Sachverhalt, welcher der Entscheidung zugrunde liegt, könnte einem Ausbildungshandbuch für Rechtspfleger entstammen. Das OLG Hamm hat ihn schulmäßig gelöst; die im NJW Spezial 2015, Heft 2, Seite 40, rechte Spalte an der Entscheidung geübte Kritik ist unberechtigt.

## I. Zusammenfassung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts; Verfahrensgegenstand

Aus der Mitteilung des Sachverhalts in den Urteilsgründen ergibt sich folgende Chronologie: D, der spätere Erblasser, wurde zunächst unter vorläufige Betreuung gestellt. Der im Betreuungsverfahren eingeschaltete Sachverständige untersuchte ihn am 7.8.2008 persönlich und erstattete hierüber unter dem 9.8.2008 das vom Gesetz (seinerzeit § 68b FGG) vorgeschrieben Gutachten. Dabei hat er bei dem Betroffenen ein demenzielles Syndrom diagnostiziert, das zu einer ausgeprägten Störung des Kurzzeitgedächtnisses geführt hatte. Der Betroffene war in zeitlicher Hinsicht und zur Situation nicht orientiert, die Kritikfähigkeit sowie das Beurteilungsvermögen wiesen Defizite auf. In der Zusammenfassung der Beurteilung kam der Sachverständige zum Ergebnis, der Betroffene sei als geschäftsunfähig einzustufen, er sei jedoch noch als testierfähig anzusehen, weil er Sinn und Zweck eines Testaments verständlich erklären und seinen damaligen Wunsch zum Ausdruck bringen konnte seine Schwägerin M als Alleinerbin einsetzen zu wollen. Am 18.9.2008 erging der Anordnungsbeschluss des AG Meinerzhagen über die nunmehr endgültige Betreuung mit umfassendem Aufgabenkreis, einschließlich der Vermögenssorge, sowie der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts im Aufgabenkreis Vermögenssorge. Dabei wurde offenbar zunächst eine Privatperson zum Betreuer bestellt. Am 22.11.2010 wurde Herr X zum Berufsbetreuer bestellt. Am 28.12.2010 errichtet Notar L in N ein Testament des Herrn D, mit dem dieser Frau F als Alleinerbin einsetzte. In dem Testament hat der Notar festgestellt, der Erblasser sei zu seiner Überzeugung testierfähig. Am 10.9.2013 verkaufte der Vermögensbetreuer X ein Grundstück des Herrn D. Die gerichtliche Genehmigung konnte nicht mehr erteilt werden, da der Betroffene D am 19.9.2013 verstorben ist. Am 24.10.2013 errichtet der Notar L in N eine Urkunde, in der die Beteiligte F „in den Kaufvertrag vom 10.9.2013 eintritt“ und „vorab“ die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge beantragt. Verfahrensgegenstand ist nur letzterer Antrag auf Grundbuchberichtigung, den das Grundbuchamt nicht vollzieht, sondern verlangt, dass die eingetretene Erbfolge durch einen Erbschein nachgewiesen wird.

## II. Die Prüfung durch das Grundbuchamt

Einschlägige Vorschrift für das Grundbuchamt ist § 35 Abs. 1 GBO, der § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO ergänzt, einmal dahin, dass er in seinem Satz 1 im Falle gesetzlicher Erbfolge eine Verschärfung dahin bringt, dass der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein erbracht werden kann, andererseits eine Erleichterung dahin, dass die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis im Grundbuchverfahren genügt, obwohl

materiellrechtlich der Erbschein nach § 2365 BGB nur eine Vermutung für das Bestehen des Erbrechts begründet.<sup>2</sup> Satz 1 bezweckt, das „Grundbuchamt einer nicht selten schwierigen und zeitraubenden Prüfung der erbrechtlichen Verhältnisse zu überheben“.<sup>3</sup> Dagegen wird durch den gegenüber Satz 1 als Ausnahmevorschrift konzipierten Satz 2 Hs. 1. dem Grundbuchamt bei Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen in einer öffentlichen Urkunde die eigene Prüfungspflicht nicht erspart; wobei der maßgebliche Grund für die Auferlegung der Prüfungspflicht in erster Linie im Kostenrecht zu suchen ist.<sup>4</sup> Gemäß Hs. 2 kann das Grundbuchamt jedoch wieder zur Grundregel des Satzes 1 zurückgehen, wenn es die Erbfolge durch die öffentliche Urkunde nicht als erwiesen erachtet.<sup>5</sup>

Nach ganz herrschender Auffassung darf das Grundbuchamt, wenn ihm zur Nachweis der Erbfolge eine Verfügung von Todes wegen und kein Erbschein vorgelegt wird, einen Erbschein nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können, denn zu solchen Ermittlungen ist das Grundbuchamt weder berechtigt noch verpflichtet.<sup>6</sup> Hier ist die Tatsache, dass D bei seinem Ableben unter Betreuung stand, dem Grundbuchamt aus der vorgelegten Urkunde selbst bekannt geworden. Zwar hat die Anordnung der Betreuung selbst keine Auswirkungen auf die Geschäfts- oder Testierfähigkeit des Betreuten,<sup>7</sup> so dass wegen der Konzeption des § 2229 Abs. 4 BGB auch der Betreute in allen Verfahren solange als testierfähig anzusehen ist wie nicht das Gegenteil zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen ist.<sup>8</sup> Das OLG Hamm hat keine Bedenken dagegen geäußert, dass das Grundbuchamt dies zum Anlass genommen hat, in die (beim gleichen AG geführten) Betreuungsakten Einsicht zu nehmen, ohne dies näher zu begründen. Die Tatsache der leichten Erreichbarkeit des Beweismittels kann sicherlich die Beziehung der Betreuungsakte nicht rechtfertigen. Grundlage ist vielmehr das Legalitätsprinzip des Grund-

<sup>2</sup> Zu Regelungsgegenstand und Systematik des § 35 GBO ausführlich *Meikel/Roth*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 5 ff.

<sup>3</sup> Statt vieler *Meikel/Roth* § 35 GBO Rdnr. 1 unter Verweis auf die Denkschrift zur GBO.

<sup>4</sup> Siehe *Meikel/Roth*, § 35 GBO Rdnr. 2.

<sup>5</sup> *Meikel/Roth*, § 35 GBO Rdnr. 96.

<sup>6</sup> Meinungsstand wiedergegeben bei *Burandt/Rojahn/Egerland*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 35 GBO Rdnr. 12; *Egerland* selbst hält entgegen der herrschenden Meinung das Grundbuchamt bis zur Grenze der Willkür für berechtigt, einen Erbschein zu verlangen. Kritisch gegenüber der herrschenden Meinung auch *Meikel/Roth*, § 35 GBO Rdnr. 97.

<sup>7</sup> Statt aller *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rdnr. 19.

<sup>8</sup> Statt aller *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rdnr. 22.

<sup>1</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 1.8.2014, I-15 W 427/13, Mitt-BayNot 2015, 403 (in diesem Heft).

buchverfahrensrechts, wonach jeder Anhaltspunkt für eine dauernde Grundbuchunrichtigkeit das Grundbuchamt zu einer genaueren Prüfung zwingt.<sup>9</sup> Der Anhaltspunkt wiederum liegt in der allgemeinen Lebenserfahrung begründet, dass in einer Vielzahl von Fällen unter Betreuung stehende Personen testierunfähig sind.<sup>10</sup> Daran ändert auch das Vorliegen einer notariellen Verfügung von Todes wegen nichts, in welcher – wie im vorliegenden Fall – der Notar feststellt, dass er sich von der Testierfähigkeit des vor ihm Erschienenen überzeugt hat.

Den Ausführungen OLG Hamm hierzu ist nichts hinzuzufügen, der Notar trifft seine Feststellungen zur erforderlichen Geschäftsfähigkeit nicht als Sachverständiger, sondern lediglich als „Zeuge des Geschehens“.<sup>11</sup> Demgemäß gehen die Obergerichte zu Recht auch davon aus, dass das Grundbuchamt nicht an die Beurteilung des Notars gebunden ist.<sup>12</sup> Der Nachweis der Erbfolge kann nur durch eine wirksame Verfügung von Todes wegen erfolgen; das Grundbuchamt hat zunächst zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Verfügung aus formellen oder materiellen Gründen unwirksam ist. Durch die Einsicht in die Betreuungsakten – namentlich in das in den Akten befindliche Gutachten – hat das Grundbuchamt Kenntnis davon erlangt, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass D bei der Errichtung des notariellen Testaments nicht die erforderliche Geschäftsfähigkeit besaß.

### III. Die Fehleinschätzung des Sachverständigen – Zum Verhältnis von Geschäftsunfähigkeit und Testierunfähigkeit

Zwar hat der Sachverständige im Betreuungsverfahren in seiner zusammenfassenden Beurteilung D als testierfähig bezeichnet; das OLG Hamm geißelt diese zusammenfassende Beurteilung jedoch mit Recht als in sich unschlüssig. Testierfähigkeit als die persönliche Befähigung des Erblassers zur rechtswirksamen Errichtung, Aufhebung oder Änderung eines Testaments<sup>13</sup> setzt voraus, dass der Testierende eine konkrete Vorstellung seines letzten Willens hat und in der Lage ist, sich in Bezug auf die Tragweite seiner Verfügungen und ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen ein klares Urteil zu bilden, entsprechendes gilt für die Gründe, die für und wider die sittliche Berechtigung seiner Anordnungen sprechen. Eine nur vage Vorstellung für die Errichtung eines Testaments und seines Inhalts genügen nicht. Konkret ist erforderlich, dass sich der Erblasser bei der Testamentserrichtung an Sachverhalte und Ereignisse erinnern, Informationen aufnehmen, Zusammenhänge erfassen und in die erforderliche Abwägung einfließen lassen kann. Sie beinhaltet daher das Wissen, überhaupt ein Testament zu errichten, die Fähigkeit zur Einsicht in die Bedeutung der einzelnen Verfügungen und schließlich dementsprechende Handlungsfähigkeit.<sup>14</sup> Die Testierfähigkeit ist eine spezielle Ausprägung der Geschäftsfähigkeit im Erbrecht. § 2229 BGB enthält insoweit Sonderregelungen, die den allgemeinen Grundsätzen des § 104 Nr. 2 und § 105 Abs. 1 und 2 BGB

vorgehen. Wer voll geschäftsfähig ist, ist allerdings immer zugleich auch testierfähig; desgleichen ist der Geschäftsunfähige auch testierunfähig.<sup>15</sup> Den kritischen Worten des Gerichts ist nichts hinzuzufügen; der Sachverständige in dem Betreuungsverfahren hat offenbar den Begriff der Testierfähigkeit grob verkannt.<sup>16</sup> Er hat die Testierfähigkeit fälschlicherweise als eine „natürliche“ Fähigkeit eingeordnet, vergleichbar der Einwilligungsfähigkeit in körperliche Eingriffe; dies genügt aber nach allgemeiner Meinung nicht.

### IV. Verweisung der Problemlösung in ein Erbscheinsverfahren, voraussichtliche Verfahrensweise des Nachlassgerichts

Die Feststellung, dass D kein wirksames Testament errichtet hat, wollte das Grundbuchamt ungeachtet dessen, dass nach Lage der Akten D zum Zeitpunkt der Erstellung des Sachverständigengutachtens wohl testierunfähig war, richtigerweise nicht selbst treffen, sondern hat zu Recht der Antragstellerin aufgegeben, ein Erbscheinsverfahren zum Nachweis der von ihr behaupteten Erbrechtslage durchzuführen.<sup>17</sup> Die erforderlichen Feststellungen zur Testierfähigkeit zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung liegen auf tatsächlichem Gebiet, die nur durch weitere Ermittlungen geklärt werden können. Zu solchen ist das Grundbuchamt im Antragsverfahren aber weder berechtigt noch verpflichtet, weil der in § 29 Abs. 1 GBO verankerte grundbuchrechtliche Beibringungsgrundsatz Vorrang vor dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG hat.<sup>18</sup> Schließlich ist es gerade der Zweck des § 35 GBO, die Prüfung schwieriger erbrechtlicher Verfahren nicht durch das Grundbuchamt vornehmen zu lassen, sondern durch das darauf spezialisierte Nachlassgericht.<sup>19</sup>

Wie wird das Nachlassgericht nun weiter verfahren, unterstellt Frau F stellt einen Erbscheinsantrag, der sie als Alleinerbin ausweist, mit allen Angaben und Nachweisungen, die §§ 2355 und 2356 BGB hierfür vorsehen.<sup>20</sup>

Auch im Erbscheinsverfahren ist bei Anordnung einer Betreuung und zwar auch bei einer mit umfassenden Aufgabenkreisen grundsätzlich von der Vermutung der bestehenden Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen auszugehen.<sup>21</sup> Gibt der Sachverhalt jedoch durch Auffälligkeiten beim Erblasser Anlass zu Zweifeln – wie im konkreten Fall – ist die Frage der Testierfähigkeit vom Gericht von Amts wegen zu prüfen. Das Gericht kann sich bei der Ermittlung des Sachverhaltes sowohl des Freibeweises als auch der Beweismittel der ZPO bedienen; es darf seine Ermittlungen erst abschließen, wenn von einer weiteren Beweisaufnahme

<sup>9</sup> Meikel/Böttcher, Einl. Rdnr. D 15 m. w. N.

<sup>10</sup> So zum Beispiel konstatiert von Burandt/Rojahn/Lauck, § 2229 BGB Rdnr. 19.

<sup>11</sup> Statt vieler T. Zimmermann, BWNotZ 2000, 97, 100 m. w. N. in Fn. 26.

<sup>12</sup> Statt vieler T. Zimmermann, BWNotZ 2000, 97, 100 m. w. N. in Fn. 31.

<sup>13</sup> Vgl. statt aller OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.12.1997, 20 W 264-95, NJW-RR 1998, 870.

<sup>14</sup> Detailliert und zusammenfassend Burandt/Rojahn/Lauck, § 2229 BGB Rdnr. 3.

<sup>15</sup> Unmissverständlich Burandt/Rojahn/Lauck, § 2229 BGB Rdnr. 2; weiter zum Thema am Ende dieser Urteilsanmerkung.

<sup>16</sup> Zwar wurde in der Zeit des Inkrafttretens des Betreuungsgesetzes (vor allem von Damrau/W. Zimmermann, Betreuungsgesetz 1991, § 1903 BGB Rdnr. 15) empfohlen, der Sachverständige im Betreuungsverfahren solle eine Stellungnahme zur Fähigkeit des Betreuten zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen in sein Gutachten aufnehmen; dies hat natürlich nur dann gerichtsentlastende Funktion, wenn der Sachverständige den Begriff der Testierfähigkeit richtig versteht.

<sup>17</sup> Die vom Grundbuchamt erlassene Zwischenverfügung war im konkreten Fall auch die richtige Entscheidungsform, vgl. statt vieler T. Zimmermann, a. a. O., 102.

<sup>18</sup> Burandt/Rojahn/Egerland, § 35 GBO Rdnr. 13 a. E.

<sup>19</sup> Burandt/Rojahn/Egerland, § 35 GBO Rdnr. 1.

<sup>20</sup> Die §§ 2354 ff. BGB sind im Erbscheinsverfahren der Amtsermittlungspflicht vorgeschaltet ohne diese zu verdrängen; siehe statt aller Burandt/Rojahn/Kroiß, § 26 FamFG Rdnr. 2.

<sup>21</sup> Statt aller Burandt/Rojahn/Gierl, § 2358 BGB Rdnr. 19.

ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist.<sup>22</sup> Der Ermittlungsumfang richtet sich nach dem Einzelfall,<sup>23</sup> es bedarf sorgfältiger Ermittlungen unter Einbeziehung der Vorgeschichte und aller äußeren Umstände.<sup>24</sup> Das Nachlassgericht wird bei der ihm obliegenden Untersuchung der Anknüpfungstatsachen für die in Frage stehende Testierunfähigkeit des D zunächst die Betreuungsakte des D (die gesamte, nicht nur das in ihr enthaltene Sachverständigengutachten) beiziehen und auswerten. Dabei wird es bereits der Frage nachgehen, aus welchem Grund seinerzeit vorläufige Betreuung nach § 69f FGG angeordnet wurde, weil sich auch daraus Anhaltspunkte ergeben können. Die Anordnung des Einwilligungsvorbehaltes hingegen besagt in diesem Zusammenhang überhaupt nichts. Zwar wurde bei in Kraft treten des Betreuungsgesetzes vereinzelt vertreten, dass seine Anordnung bedeuten müsse, dass der Betroffene nicht geschäftsunfähig ist.<sup>25</sup> Dem ist jedoch die ganz überwiegende Auffassung nicht gefolgt und hat unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien<sup>26</sup> sich dafür entschieden, dass aus praktischen Gründen, eben weil die Feststellung der Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit mit Schwierigkeiten verbunden ist, die Anordnung des Einwilligungsvorbehaltes keineswegs voraussetzt, dass der in § 104 Nr. 2 BGB beschriebene Befund ausgeschlossen werden könne.<sup>27</sup> Aus den tatsächlichen Feststellungen des seinerzeitigen Sachverständigen – er hatte ein demenzielles Syndrom diagnostiziert, das zu einer ausgeprägten Störung des Kurzzeitgedächtnisses geführt hatte und festgestellt, dass D in zeitlicher Hinsicht und zur Situation nicht orientiert war und seine Kritikfähigkeit sowie das Beurteilungsvermögen Defizite aufwies – wird es die erforderlichen Rückschlüsse auf die Testierunfähigkeit zunächst selbst ziehen. Dem Schluss des Sachverständigen daraus auf die Geschäftsunfähigkeit in seiner zusammenfassenden Beurteilung wird es trotz der Widersprüchlichkeit seiner Ausführungen – Geschäftsfähigkeit nein, Testierfähigkeit ja – einen Beweiswert beimessen, da er nur den Begriff der Testierfähigkeit, nicht den der Geschäftsfähigkeit verkannt hat. Wie das OLG Hamm ganz richtig ausführt, dürfte die vom Sachverständigen festgestellte massive Störung des Kurzzeitgedächtnisses und seine Feststellung zur fehlenden zeitlichen und situativen Orientierung zu dem Schluss führen, dass im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens D testierunfähig<sup>28</sup> war. Zu beurteilen ist aber nicht die Testierunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt, sondern die im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Hier kommt das vom Sachverständigen diagnostizierte demenzielle Syndrom des D ins Spiel. Das OLG Hamm stellt fest, dass mit Rücksicht auf dieses mit keiner Verbesserung, sondern eher mit einem weiteren Fortschreiten seiner kognitiven Defizite zu rechnen ist; es wird maßgeblich die Aufgabe des Nachlassgerichts sein, hierzu zu ermitteln und ggf. Beweis zu erheben. Das Nach-

lassgericht wird in jedem Falle angesichts des Befundes in den Betreuungsakten einen in posthumen Begutachtungen der Testier(un)fähigkeit erfahrenen Sachverständigen bestellen und alle ärztlichen Behandlungsunterlagen, auch Pflegeversicherungsgutachten und Pflegedokumentationen, ggf. auch persönliche Dokumente des Erblassers, beiziehen, sowie möglichst konkrete beobachtungsnahen Angaben von Beteiligten und Zeugen (ggf. auch des das Testament beurkundenden Notars, sofern er von der Pflicht zur Verschwiegenheit befreit wird)<sup>29</sup> erholen, um dem Sachverständigen die für die Begutachtung erforderlichen Anknüpfungspunkte zu liefern.<sup>30</sup>

## V. Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Sachverständigen im Erbscheinsverfahren

Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Sachverständigen ist vom Grundsatz her geklärt. Das Gericht ermittelt den zu begutachtenden Sachverhalt, d. h. die sog. Anknüpfungstatsachen. Der psychiatrische Sachverständige hat nicht nur den medizinischen Befund einer Geisteskrankheit oder -schwäche zu ermitteln, sondern insbesondere deren Auswirkungen auf die Einsichts- oder Willensbildungsfreiheit des Erblassers abzuklären.<sup>31</sup> Das Gericht befragt die Zeugen, am besten in Gegenwart des Sachverständigen,<sup>32</sup> wobei tunlichst darauf Bedacht zu nehmen ist, nur die tatsächlichen Wahrnehmungen der Zeugen und keine Schlussfolgerungen der Zeugen auf die Testierfähigkeit zu erfragen; der Sachverständige wird sich hierbei auch in die sinnvolle Fragestellung einbringen. Der Sachverständige wird – atypischerweise – dem Gericht auch bei der Bewertung der Zeugenaussagen als sachverständiger Gehilfe zur Seite stehen.<sup>33</sup> Das Gericht hat das Gutachten daraufhin zu überprüfen, ob es von dem Sachverhalt ausgeht, den das Gericht selbst für erwiesen hält, diesen umfassend würdigt und in sich logisch schlüssig ist.<sup>34</sup> Das Sachverständigengutachten unterliegt der freien Beweiswürdigung des Gerichts in der Tatsacheninstanz. Das Gericht kann sich nach Maßgabe seiner richterlichen Überzeugung auch gegen das psychiatrische Gutachten entscheiden.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> *Cording*, ZEV 2010, 23, 25 will den Angaben von Hausärzten und Notaren nicht mehr Gewicht beimessen als denen anderer Zeugen und misst a. a. O., S. 27 dem üblichen Standardsatz in notariellen Urkunden „Ich habe mich im Gespräch von der Testierfähigkeit überzeugt“ keinen Beweiswert bei. Demgegenüber gehen die Gerichte immer noch von einer indiziellen Wirkung der Feststellung des Notars aus, vgl. zuletzt OLG München vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14, MittBayNot 2015, 221.

<sup>30</sup> Zu den Beweismitteln und der Rolle des Sachverständigen ausführlich und lesenswert *Cording*, ZEV 2010, 23. Zur Beweiserhebung im Erbscheinsverfahren siehe auch *T. Zimmermann*, a. a. O., 107 f. mit Textvorschlägen einschließlich eines solchen für einen Beweisbeschluss; der Textvorschlag lässt m. E. aber dem Sachverständigen zu viel freie Hand für die Ermittlung der Tatsachen; die Tatsachen ermitteln sollte das Gericht selbst in der Hand behalten.

<sup>31</sup> *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB, Rdnr. 24.

<sup>32</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.12.1997, 20 W 264-95, NJW-RR 1998, 870.

<sup>33</sup> *Cording*, ZEV 2010, 23, 25; dort auch zur (hoffentlich nur vereinzelt vertretenen) Gegenauffassung, dass in diesen Verfahren die Beweiswürdigung nicht allein dem Gericht vorbehalten bleiben könne, sondern nur der psychiatrische Sachverständige den Gehalt der Zeugenaussagen treffend bewerten könne und deren Relevanz für die psychische Verfassung des Testators zu würdigen vermöge.

<sup>34</sup> *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rdnr. 24.

<sup>35</sup> *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rdnr. 24; Lehrreich OLG Köln, Entscheidung vom 3.9.1990, 2 WX 3/90, FamRZ 1991, 1356: Die Ausführungen des Sachverständigen in seinem Gutachten „Die Waagschale neige sich deutlich zur Testierunfähigkeit“ genügte dafür, dass das Tatsachengericht zur Annahme der Testierunfähigkeit gelangen durfte.

<sup>22</sup> Statt aller *Burandt/Rojahn/Kroiß*, § 26 FamFG Rdnr. 1.

<sup>23</sup> *Burandt/Rojahn/Gierl*, § 2358 BGB Rdnr. 19.

<sup>24</sup> *Burandt/Rojahn/Gierl*, § 2358 BGB Rdnr. 20.

<sup>25</sup> *T. Zimmermann*, FamRZ 1991, 270, 277 mit Fundstellen zur seinerzeitigen Diskussion in Fn. 56.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 147 und 137.

<sup>27</sup> MünchKommBGB/*Schwab*, 3. Aufl. 1992, § 1903 Rdnr. 12; seither unbestritten.

<sup>28</sup> Die Wortwahl erfolgt bewusst. Wie auch aus der amtlichen Überschrift des § 2229 BGB erhellt wird der Begriff der Testierfähigkeit vom Gesetz nicht konkret beschrieben; das Gesetz regelt in § 2229 BGB in seinen ersten drei Absätzen die Testierfähigkeit Minderjähriger und im vierten Absatz die Testierunfähigkeit; vgl. *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rdnr. 1. Hierauf wird bei den vom Notar in der Niederschrift zu treffenden Feststellungen zurückzukommen sein.

Der Sachverständige kann den Zustand zum relevanten Zeitpunkt in der Regel nur anhand von davor und danach dokumentierten Befunden bzw. Verhaltensbeobachtungen interpolierend erschließen.<sup>36</sup> Dabei ist im konkreten Fall mit der im Betreuungsverfahren diagnostizierten Demenz<sup>37</sup> ein krankheitswertiger Zustand vor der Testamentserrichtung belegt, bei dem die Voraussetzungen für eine freie Willensbestimmung nicht mehr gegeben war, weil D seinerzeit auch zeitlich und zur Sache nicht orientiert war. Ist der Verlauf der zugrundeliegenden Krankheit im fraglichen Krankheitsabschnitt konstant oder progredient, ist von Geschäftsunfähigkeit auszugehen; eventuelle Schwankungen des Zustandsbilds sind unerheblich, solange sie nicht die Schwelle rechtserheblicher Besserungen überschreiten.<sup>38</sup> Dabei werden dementielle Syndrome grundsätzlich als chronisch-progredient beurteilt;<sup>39</sup> die Skepsis des OLG Hamm an einer Verbesserung des Gesundheitszustandes des D in der Zeit zwischen der Anordnung der Betreuung und dem Tag der Testamentserrichtung ist berechtigt. Da auch bei derartigen Syndromen „luzide Intervalle“ mit Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit praktisch ausgeschlossen sind<sup>40</sup> wird man Frau F keine guten Erfolgsaussichten für die Erlangung des Erbscheins attestieren können. Die Feststellung des Notars im Testament, der Erblasser sei zu seiner Überzeugung testierfähig, ändert an alledem nichts. Die Feststellung des OLG, dass „das Gericht nach umfassenden Mitteln im Ergebnis zu einer anderen Beurteilung der Testierunfähigkeit des Erblassers gelangt als der Urkundsnotar, zu den alltäglichen Vorgängen der Nachlassgerichte gehöre“ dürfte wohl ebenfalls den Tatsachen entsprechen.

Frau F wird, so sie einen solchen jemals hatte, den Glauben an die Justiz verlieren, wenn sie nicht als Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen wird, nimmt man hinzu, dass das Grundbuchamt eventuell die Tatsache, dass Betreuung angeordnet war, nicht bemerkt hätte, wenn Frau F mit dem Käufer einen neuen Kaufvertrag abgeschlossen hätte. Notar L in N hat offenbar aus Kostengründen völlig zu Recht den anderen Weg gewählt.<sup>41</sup>

Dennoch ist das Ergebnis richtig: Das Erbscheinsverfahren mit seiner Möglichkeit im Wege der Amtsermittlung unter Zuhilfenahme sämtlicher verfahrensrechtlich möglicher und

zugelassener Beweismittel die Testierunfähigkeit festzustellen ist hierfür das richtige, das Grundbuchverfahren mit seinem Grundsatz der Beweismittelbeschränkung hierfür nicht das geeignete Verfahren. Wird die gesetzliche Vermutung der Testierfähigkeit, die auch für unter Betreuung stehende Personen gilt, widerlegt,<sup>42</sup> ist auch ein notarielles Testament nicht wirksam. Es sind eben nicht alle Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gleich ausgebildet.

## VI. Folgerungen für die Gestaltung von Beurkundungsverfahren

Ableitungen aus der Entscheidung dafür, dass künftig Notare eine andere Verfahrensweise als die bisher gepflogene zur Beurteilung der Testierunfähigkeit eines Testierenden treffen müssten, sind nicht angezeigt. Auch im Beurkundungsverfahren gilt für den Notar der Grundsatz, dass jeder Beteiligte zunächst als testierfähig gilt. Der Notar braucht nicht zu fragen, ob eine vor ihm erschienene Person unter Betreuung steht.<sup>43</sup> Versuche in der Literatur, dem Notar einfache Hilfsmittel an die Hand zu geben, fundierte Feststellungen zur Testierfähigkeit zu treffen,<sup>44</sup> sind aus methodologischen, rechtssystematischen und praktischen Gründen zum Scheitern verurteilt,<sup>45</sup> zumal sich die medizinisch-psychiatrischen Klassifikationssysteme sich etwa alle 10 bis 15 Jahre ändern.<sup>46</sup> Vielmehr sollte der Notar den Gesetzesbefehl des § 28 BeurkG ernst nehmen und seine tatsächlichen Wahrnehmungen so konkret, anschaulich und ausführlich wie möglich dokumentieren.<sup>47</sup>

**42** Kann sich das Nachlassgericht nicht von der Testierunfähigkeit überzeugen, ist nach dem allgemeinen Grundsatz der Feststellungslast das Testament als wirksam zu betrachten. Letztlich nur nach der Feststellungslast entschieden hat OLG München, Entscheidung vom 31.10.2014, 34WX 293/14 – wie *Roth* in seiner Urteilsanmerkung hierzu richtig feststellt. Die Feststellungen der nervenärztlichen Fachärztin in ihrem Gutachten vom 21.9.2010 zur partiellen freien Willensbestimmungsmöglichkeit des Probanden für die Errichtung eines Testaments, weil dessen Inhalt eine „vorgeformte“ Erklärung darstelle, nämlich den Grundsätzen einer dem Schicksal dankbaren bescheiden gebliebenen sozialdenkenden Persönlichkeit entsprechend, sind höchst zweifelhaft. Erstens muss die Testierfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments gegeben sein, zweitens darf vom Inhalt des Testaments nie auf die Testierfähigkeit und Testierunfähigkeit geschlossen werden.

**43** Statt aller *Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 11 Rdnr. 8.

**44** *Lichtenwimmer*, MittBayNot 2002, 240; *Lichtenwimmer/Stoppe*, DNotZ 2005, 806.

**45** *Cording*, ZEV 2010, 23, 27. Der in der Literatur hierzu vorgeschlagene Mini-Mental-Status-Test (MMST) soll nach *Cording/Roth*, a. a. O., 29 bei sog. dysexekutiven Syndromen (solche sollen beispielsweise bei einer subkortikalen arteriosklerotischen Enzephalopathie, der häufigsten Form vaskulärer Demenzen vorliegen) meist mehr oder weniger normale Ergebnisse bringen. Auch in dem Fall des OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.10.2005, 20 W 151/05, NJW-RR 2006, 450 hatte die Erblasserin im Mini-Mental-Test 29 von 30 Punkten erreicht; das Gericht war im konkreten Fall von der Geschäftsunfähigkeit überzeugt, was in folgendem bemerkenswerten Schlusssatz des Beschlusses gipfelt: „Auch hier zeigt sich das dem Senat aus seiner Befassung mit Betreuungssachen bekannte Phänomen, dass es insbesondere gebildeten Geschäftsfähigen nicht selten gelingt, bei kürzeren Kontakten eine Fassade aufrecht zu erhalten, die selbst Ärzte über ihren wahren Zustand täuschen kann.“

**46** *Cording*, ZEV 2010, 115, 116.

**47** *Cording*, ZEV 2010, 23, 27. Seinem Wunsch nach Niederlegung in einer separaten Niederschrift kann der Notar natürlich für den Regelfall nicht Folge leisten; die Feststellung hat grundsätzlich in der Niederschrift selbst zu erfolgen, vgl. BayObLG, Beschluss vom 2.7.1992, 3 Z BR 58/92, DNotZ 1993, 471, 473; zu dem Ausnahmefall, dass der ausführliche Vermerk in der Urkunde selbst den Testierenden in seinem Selbstwertgefühl verletzt, ihn seelisch belastet oder/und die Akzeptanz des Notars als Mittler zur richtigen Gestal-

**36** *Cording*, ZEV 2010, 115, 120.

**37** Auch wenn es sehr vielfältige Demenzformen gibt (vgl. zu den Formen beispielweise den Fall des OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.3.1998, 7 U 210/95, FamRZ 1988, 1064), besteht innerhalb der psychiatrischen Wissenschaft am Krankheitswert der Demenz als einer solchen, welche die freie Willensbestimmung ausschließt, kein Zweifel, vgl. *Cording/Roth*, NJW 2015, 26, 27. Die Ausführungen von *Wetterling/Neubauer/Neubauer*, ZEV 1995, 46, 48, dass erst ab einer mittelschweren Demenz Testierunfähigkeit anzunehmen sei, dann aber stets, können allenfalls als grobe Faustregel gelten, siehe *Cording*, ZEV 2010, 115, 117.

**38** *Cording*, ZEV 2010, 115, 120.

**39** Ebenda.

**40** Ebenda.

**41** Auch wenn die Formulierung über den „Eintritt in den bestehenden Vertrag“ unglücklich ist; richtigerweise wäre zu formulieren gewesen, dass die Erbin sämtliche Erklärungen, die in der Urkunde für den zwischenzeitlich verstorbenen Betroffenen abgegeben wurden, genehmigt. Mit dem Tod des Betroffenen ist nämlich ein Schwebezustand eingetreten, der sich mit dem Tod des Betroffenen in der Person des Erben fortsetzt. Die Entscheidung über die Genehmigung oder die Versagung der Genehmigung steht dem/den Erben zu. Jedenfalls ist dies seit KG OLGE 4, 416, 417 und BayObLGZ 1964, 350, 351 ganz einhellige Meinung in der Literatur, vgl. statt vieler *Palandt/Götz*, BGB, 69. Aufl. 2015, § 1829 Rdnr. 7.

Der nähere Inhalt und der Umfang des Vermerks stehen im Ermessen des Notars.<sup>48</sup> Da § 2229 Abs. 4 BGB nur die Testierunfähigkeit – nicht die Testierfähigkeit – regelt,<sup>49</sup> sollte man zunächst den Hergang des Beurkundungsverfahrens dokumentieren und daran anknüpfend die Feststellung m. E. dahin treffen, dass sich keine Bedenken gegen die Testierfähigkeit ergeben haben.<sup>50</sup> Stellt sich die Frage, was der Notar bei der Beurkundung eines Erbvertrages zu ermitteln und zu vermerken hat, den die Beteiligten oder einer von ihnen als Erblasser schließt, angesichts dessen, dass § 2275 Abs. 1 BGB volle Geschäftsfähigkeit verlangt, also einen positiven Tatbestand formuliert, im allgemeinen Teil des BGB aber wiederum in § 104 Nr. 2 BGB nur die Geschäftsunfähigkeit geregelt ist bzw. in § 105 Abs. 1 und 2 BGB die Nichtigkeit einer Willenserklärung.<sup>51</sup> Für die Praxis helfen zwei Entscheidungen des BayObLG<sup>52</sup> weiter. In ihnen hat das Gericht es für unschädlich erklärt, wenn das LG bei der Prüfung der Wirksamkeit eines Erbvertrages statt auf Geschäftsfähigkeit auf die Testierfähigkeit abgestellt hat mit der Begründung, dass sich die Begriffe zwar nicht in allen Einzelheiten deckten, § 2229 Abs. 4 BGB aber sachlich nur die Gesichtspunkte zusammenfassen würde, die gemäß § 104 Nr. 2, § 105 BGB zur Nichtigkeit einer Willenserklärung führen. Sowohl für die Geschäftsunfähigkeit wie für die Testierunfähigkeit muss ein Doppeltatbestand erfüllt sein. Zum einen muss eine im rechtlichen (nicht im medizinischen!) Sinne krankheitswertige psychische Störung vorliegen, die grundsätzlich zum Ausschluss der freien Willensbestimmung führen kann. Zum zweiten muss ggf. zusätzlich der Nachweis erbracht werden, dass die durch die Krankheit hervorgerufenen psychopathologischen Symptome (psychische Funktionsstörungen) die

tung leidet und der dann gebotenen Verfahrensweise siehe *Burandt/Rojahn/Egerlan*, § 28 BeurkG Rdnr. 5 m. Nachw. Analog dazu wird man – wegen der Eilbedürftigkeit – den weiteren (sehr seltenen) Sonderfall, behandeln, dass der Erblasser einen Willen noch bei voller Geistesfähigkeit erklären kann, sich sein Geisteszustand aber bis zur Verlesung der Niederschrift und ihrer Genehmigung verschlechtert; hier ist nach BGH, Urteil vom 1.7.1959, V ZR 169/58, BGHZ 30, 294, 298 die Verfügung von Todes wegen dennoch wirksam, wenn er im Zeitpunkt der Genehmigung noch allgemein die Bedeutung des Testaments erkennen und sich auf das Vorgelesene zustimmend oder ablehnend äußern kann.

**48** Statt aller *Burandt/Rojahn/Egerland*, § 28 BeurkG, Rdnr. 4. Eine Feststellung des Notars in der Urkunde selbst darüber, wie er zu seiner Überzeugung gelangt ist, ist – jedenfalls in kurzer Form – auch in dem Fall erforderlich, dass sich a priori keinerlei Zweifel ergeben haben, vgl. statt vieler *T. Zimmermann*, a. a. O., 100 m. Nachw. Ein kurzer Vermerk genügt auch dann, wenn lediglich die äußeren Umstände der Beurkundung vom Normalfall abweichen, zum Beispiel bei Beurkundung im Krankenhaus, vgl. statt vieler *Burandt/Rojahn/Egerland* § 28 BeurkG Rdnr. 4 m. Nachw. Fehlt der Vermerk oder ist er unvollständig ändert dies selbstverständlich an der Wirksamkeit der Urkunde nichts; der Beweiswert der Urkunde kann dadurch aber eingeschränkt sein. Auch drohen Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung, wenn der Notar erkennbare Symptome, die gegen die erforderliche Geschäftsfähigkeit sprechen, in der Niederschrift nicht vermerkt, vgl. *Burandt/Rojahn/Egerland*, § 28 BeurkG Rdnr. 6 m. Nachw.

**49** Man beachte die amtliche Überschrift zu § 2229 BGB. In den ersten drei Absätzen der Vorschrift ist die Testierfähigkeit Minderjähriger geregelt, in seinem Abs. 4 allgemein die Testierunfähigkeit.

**50** Ob man dem Gesetzeswortlaut folgend auch bei Testamenten attestiert, dass sich gegen die erforderliche Geschäftsfähigkeit keine Bedenken ergeben haben, erscheint mir eher eine Geschmacksfrage zu sein.

**51** Die amtliche Gesetzesüberschrift des § 2275 BGB hilft nicht weiter, da hier nur – eher blass – von „Voraussetzungen“ die Rede ist.

**52** BayObLG, Beschlüsse vom 6.3.1996, 1 Z BR 199/95, NJW-RR 1996, 1289 und vom 6.4.2001, 1 Z BR 123/00, RNotZ 2001, 524.

Fähigkeit zur freien Willensbestimmung bezüglich der vorliegenden Art von Rechtsgeschäften tatsächlich ausgeschlossen haben.<sup>53</sup> Man wird zunächst – außer dass der Erblasser grundsätzlich<sup>54</sup> volljährig sein muss – keinen anderen Prüfungsmaßstab anzulegen haben als bei einem Einzeltestament<sup>55</sup> und auch negativ formulieren dürfen, dass gegen die erforderliche Geschäftsfähigkeit sich keine Bedenken ergeben haben. Der Notar prüft im Beurkundungsverfahren damit zunächst nur, ob aufgrund krankheitsbedingter Disposition die vor ihm erschienene Person ein Testament nicht errichten oder nicht als Erblasser einen Erbvertrag abschließen kann.<sup>56</sup> Im Rahmen seiner Pflichten nach § 17 BeurkG wird der Notar – ohne dass er hierüber in der Urkunde Feststellungen zu treffen hätte – sich aber auch Gedanken darüber machen, inwieweit die Person, die eine Verfügung von Todes wegen treffen will, die Tragweite der konkreten Gestaltung in einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ überblickt und beim Abschluss eines Erbvertrages als Erblasser die vertragliche Bindung und ihre Reichweite versteht, mag es dogmatisch auch keine relative Testierfähigkeit<sup>57</sup> oder eine besondere Erbvertragsfähigkeit<sup>58</sup> geben.

**53** *Cording/Roth*, a. a. O., 27; wenn die Autoren in diesem Zusammenhang allerdings die Deliktsfähigkeit auch als eine Unterform der Geschäftsfähigkeit bezeichnen, bekommt man allerdings Zweifel ob insbesondere der Autor *Cording* in den zivilrechtlichen Kategorien wirklich so sattelfest ist wie er sich in den verschiedenen Abhandlungen, die in dieser Urteilsanmerkung zitiert sind, geriert.

**54** Aus den Ausnahmebestimmungen hierzu in § 2275 Abs. 2 und 3 BGB sollte man keine dogmatischen Folgerungen ableiten. Sie sind rein rechtspraktischer Natur, um einen einheitlichen Ehe- und Erbvertrag von Ehegatten zu ermöglichen, auch wenn einer der Ehegatten noch nicht volljährig ist, auch wenn es für ihr Eingreifen nicht Tatbestandsvoraussetzung ist, dass der Erbvertrag mit einem Ehevertrag verbunden ist.

**55** *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 7 Rdnr. 27 zitiert in seinem Schaubild für die von ihm so bezeichnete Erbvertragsfähigkeit – den Begriff kennt das BGB selbst nicht – daher nicht ganz zu Unrecht § 2229 Abs. 4 BGB.

**56** Maßgeblicher Zeitpunkt ist grundsätzlich die der Erklärung gegenüber dem Notar sowie Genehmigung der Niederschrift. In dem Sonderfall, dass der Erblasser einen Willen noch bei voller Geistesfähigkeit erklären kann, sich sein Geisteszustand aber bis zur Verlesung der Niederschrift und ihrer Genehmigung verschlechtert, ist nach BGH, Urteil vom 1.7.1959, V ZR 169/58, BGHZ 30, 294, 298, die Verfügung von Todes wegen aber dennoch wirksam, wenn er im Zeitpunkt der Genehmigung noch allgemein die Bedeutung des Testaments erkennen und sich auf das Vorgelesene zustimmend oder ablehnend äußern kann. Zur Behandlung durch den Notar siehe oben Fn. 47.

**57** Die h. M., namentlich die Rechtsprechung, lehnt eine relative Testierfähigkeit ab, vgl. mit Nachweisen auch zur Gegenauffassung *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rdnr. 5. Für die Annahme einer relativen Testierunfähigkeit sprechen gute Gründe; Zusammenfassung und Diskussion bei *Nieder/Kössinger/Kössinger*, § 7 Rdnr. 15 und ausführlich bei *Dittmann/Reimann/Bengel/Voit*, Testament & Erbvertrag, 3. Aufl. 2000, § 2229 BGB, Rdnr. 12 mit dem zutreffenden Hinweis am Ende der Anmerkung, dass die Testierfähigkeit nicht erfordert, dass der Erblasser die wirtschaftlichen Zusammenhänge im Einzelnen nachzuvollziehen imstande ist. Da die Rechtsprechung – aus praktischen Gründen – weder eine partielle noch eine relative Testierfähigkeit anerkennt, formuliert der Verfasser in der Feststellung, dass sich keine Bedenken gegen die Fähigkeit ein Testament zu errichten bzw. einen Erbvertrag als Erblasser zu schließen, ergeben haben.

**58** Der Verfasser hat sich hierzu bereits in MittBayNot 1992, 161, 169 positioniert, was auf Kritik in der Literatur gestoßen ist, z. B. bei *Dittmann/Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament & Erbvertrag, 3. Aufl. 2000, § 2275 BGB Rdnr. 3. Das Anliegen des Verfassers ist richtig eingeordnet bei MünchKommBGB/*Musielak*, 3. Aufl. 1997, § 2275 Rdnr. 3 Fn. 6.



# Die Grundstücksschenkung unter Vorbehalt von Nutzungsrechten und die Pflichtteilergänzung

## – Einige Anmerkungen zur höchstrichterlichen Rechtsprechung –

Von Notar a. D. Dr. *Wolfgang Walter*, Landsberg am Lech

Der BGH hat in den Jahren 1990, 1992, 1994, 1996 und 2006 in mehreren grundlegenden Urteilen entschieden, wie Grundstücksschenkungen unter Vorbehalt von Nutzungsrechten bei der Berechnung von Pflichtteilergänzungsansprüchen zu behandeln sind.<sup>1</sup> Diese Urteile haben zum Teil Zustimmung, zum Teil aber auch deutliche Kritik erfahren.<sup>2</sup> Der BGH hat die Kritik, die vor allem im Schrifttum und vereinzelt auch in der Rechtsprechung der OLG erhoben wurde, bislang stets zurückgewiesen.<sup>3</sup> Die Rechtspraxis hat sich deshalb an seiner Rechtsprechung auszurichten, obwohl diese teilweise zu Ergebnissen führt, die durchaus Anlass zur Kritik geben. Welche Ergebnisse das sind, lässt sich am besten anhand eines Musterfalls aufzeigen. Dazu ist es erforderlich, vorab kurz die einschlägige Rechtsprechung des BGH darzulegen.

### I. Vorbemerkung

#### 1. Die Grundzüge der Rechtsprechung

a) Nach Ansicht des BGH ist bei der Berechnung von Pflichtteilergänzungsansprüchen zunächst der für die Bewertung maßgebliche Stichtag des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB durch eine Vergleichsrechnung zu ermitteln. Dabei sind gegenüberzustellen der Grundstückswert zur Zeit der Schenkung (umgerechnet unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwunds auf den Erbfall) und derjenige zur Zeit des Erbfalls; das Nutzungsrecht bleibt hier zunächst unberücksichtigt. Ist danach die Zeit der Schenkung als Bewertungsstichtag maßgeblich, dann ist die Differenz zwischen dem Wert des Grundstücks und dem Wert des Nutzungsrechts, d. h. der kapitalisierten Nutzungen, zu bilden und nach dem Kaufkraftschwund auf den Todestag umzurechnen.<sup>4</sup> Ist dagegen der Grundstückswert im Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich, dann kommt ein Abzug des Nutzungsrechts nicht in Betracht; in diesem Zeitpunkt ist das Nutzungsrecht nicht mehr werthaltig, es ist erloschen.<sup>5</sup>

b) Nach Auffassung des BGH liegt eine für den Fristbeginn erforderliche Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB nur dann vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen. Behält er sich bei der Schenkung eines Grundstücks etwa den Nießbrauch uneingeschränkt vor, so gibt er den

„Genuss“ des verschenkten Gegenstands nicht auf; eine Leistung des verschenkten Gegenstands im Sinne von § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB liegt daher (trotz Umschreibung im Grundbuch) nicht vor.<sup>6</sup>

#### 2. Die Auswirkungen in der Praxis

a) Wie sich die Rechtsprechung des BGH in der Praxis auswirkt, soll nunmehr dargestellt werden anhand des folgenden

##### Musterfalls:

Der Witwer W. hat zwei Kinder, den Sohn S. und die Tochter T. Er hat S. testamentarisch zu seinem Alleinerben eingesetzt. W. ist Eigentümer eines mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstücks. Eine Wohnung des Zweifamilienhauses bewohnt er selbst, die andere hat er vermietet. Er überträgt nun in Vorwegnahme der künftigen Erbfolge das Zweifamilienhaus an S., und zwar unter Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchs.

Um den Pflichtteilergänzungsanspruch von T. zu berechnen, wird von folgenden Annahmen ausgegangen:

Wert des Grundstücks zur Zeit der Schenkung: 400.000 €, nach dem Kaufkraftschwund auf den Zeitpunkt des Erbfall umgerechnet: 460.000 €.

Wert des Nießbrauchs zur Zeit der Schenkung: 200.000 €.

Wert des Grundstücks zur Zeit des Erbfalls: 470.000 € (Variante 1), 450.000 € (Variante 2).

In Variante 1 ist der Wert zur Zeit der Schenkung anzusetzen, da dieser geringer ist als der Wert zur Zeit des Erbfalls. Vom Wert des Grundstücks zu 400.000 € ist demnach der Wert des Nießbrauchs von 200.000 € abzuziehen und der verbleibende Differenzbetrag von 200.000 € unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwunds auf die Zeit des Erbfalls umzurechnen. Damit ergibt sich ein Betrag von 230.000 €, der bei der Berechnung in Ansatz zu bringen ist. Bei einer Pflichtteilsquote von  $\frac{1}{4}$  beträgt der Pflichtteilergänzungsanspruch von T. danach 57.500 €.

In Variante 2 ist der Wert zur Zeit des Erbfalls anzusetzen, da dieser geringer ist als der Wert zur Zeit der Schenkung. Der Wert des Nießbrauchs ist nicht abzuziehen. Es verbleibt somit bei dem Betrag von 450.000 €, der bei der Berechnung in Ansatz zu bringen ist. Bei einer Pflichtteilsquote von  $\frac{1}{4}$  beträgt der Pflichtteilergänzungsanspruch von T. danach 112.500 €.

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 30.5.1990, IV ZR 254/88, DNotZ 1991, 902 = NJW-RR 1990, 1158 = FamRZ 1991, 552; BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, DNotZ 1993, 122 = MittBayNot 1992, 280 = NJW 1992, 2887 = FamRZ 1992, 802; BGH, Urteil vom 29.4.1992, IV ZR 252/91, NJW 1992, 2888; BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784 = MittBayNot 1994, 340 = NJW 1994, 1791 = FamRZ 1994, 885; BGH, Urteil vom 17.1.1996, IV ZR 214/94, MittBayNot 1996, 307 = NJW-RR 1996, 705; BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, NJW-RR 2006, 877 = ZEV 2006, 265 = FamRZ 2006, 777.

<sup>2</sup> Siehe die Nachweise bei *Gehse*, RNotZ 2009, 366, 372; Münch-KommBGB/Lange, § 2325 Rdnr. 40, 59; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2325 Rdnr. 25, 28.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 30.5.1990, IV ZR 254/88, DNotZ 1991, 902; BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, DNotZ 1993, 122; BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, NJW-RR 2006, 877.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, DNotZ 1993, 122.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, NJW-RR 2006, 877, 878.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784.

In beiden Varianten wird die Ausschlussfrist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht in Lauf gesetzt, da aufgrund des Nießbrauchsvorbehalts noch keine Leistung im Sinn dieser Bestimmung erfolgt ist.

b) Dieses Ergebnis leuchtet jedoch schon auf den ersten Blick nicht ganz ein, und zwar aus folgenden Gründen:

aa) Nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB ist bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs der Wert des Grundstücks zur Zeit des Erbfalls mit dessen Wert zur Zeit der Schenkung zu vergleichen und der geringere der beiden Werte in Ansatz zu bringen. Der Ansatz des geringeren Werts müsste folglich auch zu einem niedrigeren Pflichtteilsergänzungsanspruch führen. Wie der Musterfall zeigt, ist dies jedoch nur der Fall, wenn wie in Variante 1 der Wert zur Zeit der Schenkung geringer ist. Ist dagegen wie in Variante 2 der Wert zur Zeit des Erbfalls geringer, dann trifft dies allerdings nicht zu. Hier führt der Ansatz des zur Zeit des Erbfalls geringeren Werts zu einem höheren Pflichtteilsergänzungsanspruch als es bei einem Ansatz des höheren Werts zur Zeit der Schenkung der Fall wäre. Eigentlich müsste es aber doch umgekehrt sein.

bb) Aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs wird die Frist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht in Lauf gesetzt. Wäre im Musterfall das Grundstück ohne diesen Vorbehalt übertragen worden, dann hätte diese Frist bereits ab dem Zeitpunkt der Schenkung zu laufen begonnen. Eine vorbehaltlose Schenkung schmälert das Vermögen und damit den künftigen Nachlass des Erblassers erheblich stärker als eine Schenkung, bei der er sich ein Nutzungsrecht vorbehält. Sie ist deshalb für den Pflichtteilsberechtigten von größerem Nachteil. Es ist aus diesem Grund nicht recht verständlich, dass zwar die für den Pflichtteilsberechtigten nachteiligere vorbehaltlose Schenkung die Frist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB in Gang setzen soll, die für ihn wesentlich weniger nachteilige Schenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts aber nicht.

cc) Im Folgenden soll deshalb diesen Bedenken näher nachgegangen und die einschlägige Rechtsprechung des BGH einer genaueren Betrachtung unterzogen werden. Dabei soll insbesondere geklärt werden, was er bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts unter dem „verschenkten Gegenstand“ im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB, unter dem „Gegenstand“ im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB und unter einer „Leistung“ im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB versteht. Anschließend soll dann überprüft werden, ob und inwieweit seine Ansicht zutreffend ist und welche Korrekturen ggf. erforderlich sind. Bei der Überprüfung werden neben dem Gesetzestext selbst vor allem die Protokolle zum Gesetzgebungsverfahren und die eigene Rechtsprechung des BGH berücksichtigt. Auf das umfangreiche Schrifttum zu dieser Thematik kann im Rahmen der nachstehenden Anmerkungen nur am Rand eingegangen werden.

## II. Der „verschenkte Gegenstand“ im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB

### 1. Die Rechtsprechung des BGH

Zunächst ist die Frage zu klären, was der BGH bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts als „verschenkten Gegenstand“ im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB ansieht. Ist es das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück oder das unbelastete Grundstück? Eine ausdrückliche Definition findet sich in seinen einschlägigen Entscheidungen nicht. Man muss deshalb versuchen, anhand seiner Ausführungen in den Entscheidungsgründen eine Antwort auf diese Frage zu finden.

a) Der BGH hat zunächst in seiner grundlegenden Entscheidung vom 30.5.1990 zu einer Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt Folgendes festgestellt:

„In seiner bisherigen Praxis hat der Senat im Rahmen der Pflichtteilsergänzung Schenkungen, bei denen dem Schenker die Nutzungen des verschenkten Gegenstands verblieben, lediglich in dem Umfang in Ansatz gebracht, in dem der Wert des weggeschenkten Gegenstandes den Wert der kapitalisierten verbleibenden Nutzungen überstieg. Dies geschah unabhängig davon, ob ein dingliches Nutzungsrecht wie ein Nießbrauch oder ein Wohnungsrecht zustande gekommen war oder ob die Nutzungen dem Schenker lediglich schuldrechtlich zugesagt waren. Ebenso wenig hat der Senat hierzu einen Unterschied gemacht, ob der Schenker sich den etwaigen Nießbrauch ausdrücklich vorbehalten hatte oder ob dieser wie eine Gegenleistung des Beschenkten oder eine Auflage an ihn formuliert war. (...) Der Senat hat seine Praxis (...) einer erneuten Prüfung unterzogen. Er ist (...) der Auffassung, dass es bei der bisherigen Rechtsprechung verbleiben muss. (...) Es macht nämlich einen Unterschied, ob der Beschenkte einen belasteten oder unbelasteten Gegenstand erhält. (...) Dieser Unterschied zwischen einem belasteten und einem unbelasteten Geschenk schlägt sich auch in der Bewertung nieder und muss dementsprechend zu verschiedenen hohen Pflichtteilsergänzungen führen.“<sup>7</sup>

In dieser Entscheidung kommt eindeutig zum Ausdruck, dass als verschenkter Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück anzusehen ist.

b) Der BGH hat dann in einer weiteren grundlegenden Entscheidung vom 8.4.1992 zu einer Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt die vorstehenden Feststellungen folgendermaßen modifiziert und ergänzt:

„Hat der Erblasser ein Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt weggeschenkt, dann ist für den maßgeblichen Stichtag gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Vergleichsrechnung nötig. Dabei sind gegenüberzustellen der Grundstückswert zur Zeit der Schenkung (umgerechnet unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwunds auf den Erbfall) und derjenige zur Zeit des Erbfalls; der Nießbrauch bleibt hier zunächst unberücksichtigt. Ist danach die Zeit der Schenkung als Bewertungsstichtag maßgebend, dann ist im Grundsatz die Differenz zwischen Grundstücks- und Nießbrauchswert zu bilden und nach dem Kaufkraftschwund auf den Todestag umzurechnen.“<sup>8</sup>

Diese für einen Nießbrauchsvorbehalt entwickelte Rechtsprechung hat der BGH in seiner Entscheidung vom 17.1.1996 auf den Vorbehalt eines Wohnungsrechts übertragen.

Der BGH hat schließlich in seiner Entscheidung vom 8.3.2006 zu einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts seine Rechtsprechung nochmals bestätigt und dazu Folgendes ausgeführt:

„Nach ständiger, seit langem gefestigter Rechtsprechung geht der Senat davon aus, dass unter Beachtung des Niederstwertprinzips in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB die Schenkung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt lediglich in dem Umfang ergänzungspflichtig ist,

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 30.5.1990, IV ZR 254/88, DNotZ 1991, 902, 903.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, DNotZ 1993, 122.

in dem der Grundstückswert den Wert des dem Erblasser verbliebenen Nießbrauchs übersteigt. Kommt es danach auf den Stichtag der Grundstücksübertragung an, weil der für den Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs (zunächst ohne Berücksichtigung des Wohnrechts) ermittelte Wert des Grundstücks unter dessen Wert im Zeitpunkt des Erbfalls liegt, ist der Wert des Wohnungsrechts bei der Ermittlung des ergänzungspflichtigen Schenkungswerts (jetzt) in Abzug zu bringen. Ist dagegen der Grundstückswert im Zeitpunkt des Erbfalls der maßgebliche Wert, kommt ein Abzug nicht mehr in Betracht; in diesem Zeitpunkt ist das Wohnungsrecht nicht mehr werthaltig, es ist erloschen. (...) Dass das vorbehaltene Wohnungsrecht zum Zeitpunkt des dinglichen Vollzugs der Schenkung für den Erblasser einen Wert hat und daher den Wert der Schenkung mindert, liegt – vor allem wirtschaftlich betrachtet – ebenso auf der Hand wie der im Falle des Erbfallstichtags gegebene Wertverlust des Nutzungsrechts mit dem Tod des Erblassers.“<sup>9</sup>

Wie aus den drei vorgenannten Entscheidungen hervorgeht, hat der BGH die in seinem Urteil vom 30.5.1990 aufgestellten Grundsätze zwar modifiziert und ergänzt, in einem wesentlichen Punkt jedoch nichts geändert: Für den Fall, dass gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB der Wert zur Zeit der Schenkung anzusetzen ist, muss bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs der Wert des vorbehaltenen Nutzungsrechts in Abzug gebracht werden. Deshalb ist, zumindest auf den Zeitpunkt der Schenkung bezogen, als verschenkter Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB nach wie vor das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück anzusehen. Auf dieser grundlegenden Feststellung basieren auch die nachfolgenden Anmerkungen.

c) Was der BGH als verschenkten Gegenstand für den Fall ansieht, dass auf den Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen ist, lässt sich nicht so eindeutig feststellen. Er hat in seiner Entscheidung vom 8.3.2006 einen Abzug des Wohnungsrechts mit folgender Begründung abgelehnt: Im Zeitpunkt des Erbfalls ist das Wohnungsrecht nicht mehr werthaltig, es ist erloschen.<sup>10</sup> Er könnte aufgrund der Formulierung „ist erloschen“ als verschenkten Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB das bereits vom Nutzungsrecht entlastete, also das unbelastete Grundstück angesehen haben. Er könnte aber auch aufgrund der Formulierung „ist das Wohnungsrecht nicht mehr werthaltig“ als verschenkten Gegenstand weiterhin das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück betrachten und nur den Abzug des Wohnungsrechts mangels Werthaltigkeit ausgeschlossen haben. In der Praxis spielt es keine Rolle, welcher Auslegung man zuneigt. Der Wert des Nutzungsrechts ist im Zeitpunkt des Erbfalls so oder so außer Ansatz zu lassen. Die Antwort auf diese Frage kann deshalb an dieser Stelle offen bleiben.

## 2. Anmerkungen

Die vorstehend vertretene Auffassung steht in Einklang mit anderen Entscheidungen, die der BGH zum Pflichtteilsergänzungsanspruch gefällt hat.

a) Ein Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß § 2325 BGB setzt nach Ansicht des BGH voraus, dass der Erblasser einem Dritten eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB gemacht

hat.<sup>11</sup> Durch eine solche Schenkung wird zwischen dem Schenker und dem Beschenkten ein Schuldverhältnis begründet, das den Schenker zu einer bestimmten Leistung verpflichtet. Um welche Leistung es sich dabei handelt, ist dem konkreten Schuldverhältnis zu entnehmen,<sup>12</sup> dessen Inhalt sich wiederum nach den von Vertragsteilen getroffenen Vereinbarungen richtet. Betrachtet man bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts den einschlägigen Schenkungsvertrag (in der Praxis meist als Überlassungsvertrag bzw. Übergabevertrag bezeichnet), dann hat der Schenker dem Beschenkten kein unbelastetes, sondern nur ein mit einem Nutzungsrecht belastetes Grundstück zu verschaffen. Nur dieses ist der verschenkte Gegenstand.

b) Der Schutzzweck der §§ 2325 ff. BGB besteht nach Auffassung des BGH darin, eine Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch lebzeitige Rechtsgeschäfte des Erblassers zu verhindern und somit sicherzustellen, dass der Erblasser die für den Todesfall festgeschriebene Beteiligung von Pflichtteilsberechtigten an seinem Vermögen nicht durch unentgeltliche Weitergabe von Vermögenswerten schmälert. Es kommt dabei nicht darauf an, in welchem Ausmaß der Beschenkte bereichert, sondern darauf, in welchem Umfang der Erblasser durch die Schenkung entreichert wird.<sup>13</sup> Bei einer Schenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts verbleiben dem Erblasser zunächst noch die Nutzungen des Grundstücks, er bzw. seine Erben dürfen diese auch nach dem Erbfall behalten. Der Erblasser wird somit um den Wert der Nutzungen, die er in der Zeit zwischen der Schenkung und dem Erbfall zieht, nicht entreichert. Verschenkt ist wirtschaftlich betrachtet nur die Differenz zwischen dem Wert des Grundstücks und dem Wert des vorbehaltenen Nutzungsrechts, nur diesen Restwert hat der Erblasser im Zeitpunkt der Schenkung aus seinem Vermögen ausgegliedert.<sup>14</sup> Als verschenkter Gegenstand kann deshalb auch unter diesem Aspekt nur das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück angesehen werden.

Die dem Erblasser zunächst noch verbleibenden Nutzungen kommen, soweit ihr Wert etwa in Form von angesammelten Miet- und Pachtzinsen oder ersparten Aufwendungen in den Nachlass gelangt, dem Erben und damit über den ordentlichen Pflichtteil auch dem Pflichtteilsberechtigten zugute.<sup>15</sup> Insofern wird das Pflichtteilsrecht gerade nicht ausgehöhlt.

c) Nach Ansicht des BGH stellt die Übernahme eines Nutzungsrechts bei einer Grundstücksschenkung keine Gegenleistung des Beschenkten dar, sondern mindert lediglich den Wert des Geschenks.<sup>16</sup> Aus diesem Grund vermindert auch ein vorbehaltenes Nutzungsrecht bereits im Zeitpunkt der Schenkung den Verkehrswert dessen, was verschenkt worden ist.<sup>17</sup> Diese Betrachtungsweise entspricht im Übrigen auch dem Bewertungsverfahren, das in der Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (Immobilienwertermittlungsverordnung – ImmoWertV) vom 19.5.2010 angewendet wird. Diese Verordnung enthält allgemein anerkannte Grundsätze für die Ermittlung des Verkehrswerts von Grundstücken, ihre Anwendbarkeit ist nicht auf die Wertermittlung durch Gutachterausschüsse (§§ 192, 193

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, NJW-RR 2006, 877, 878.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, NJW-RR 2006, 877, 878.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 10.12.2003, IV ZR 249/02, NJW 2004, 1382.

<sup>12</sup> Palandt/Grüneberg, § 241 BGB Rdnr. 1.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 28.4.2010, IV ZR 73/08, DNotZ 2011, 129, 131.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784, 785.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 29.4.1992, IV ZR 252/91, NJW 1992, 2888.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 7.4.1989, V ZR 252/87, NJW 1989, 2122.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 29.4.1992, IV ZR 252/91, NJW 1992, 2888.

BauGB) beschränkt.<sup>18</sup> Sie kann deshalb, wie nebenbei bemerkt vom Gesetzgeber in § 193 Abs. 1 Nr. 3 BauGB selbst angedeutet, auch im Rahmen der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen herangezogen werden. Nach dieser Verordnung gehören die ein Grundstück belastenden Nutzungsrechte zu den wertbeeinflussenden Grundstücksmerkmalen (§ 4 Abs. 2, § 6 Abs. 2 ImmoWertV). Sie fließen unmittelbar in die Bewertung eines Grundstücks mit ein und mindern bereits auf diese Weise dessen Verkehrswert.

d) Für die Frage, ob und inwieweit eine Grundstücksübertragung unentgeltlich ist und damit zum fiktiven, der Pflichtteilsergänzung unterliegenden Nachlass gehört, kommt es nach Ansicht des BGH auf die Wertverhältnisse bei Vollzug des Vertrags an.<sup>19</sup> Was verschenkt worden ist, lässt sich deshalb nur aus der Sicht zur Zeit der Schenkung beurteilen. Spätere Wertveränderungen ändern an der Rechtsnatur der Übertragung nichts. Bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts ist deshalb auch im Zeitpunkt des Erbfalls das damit belastete Grundstück noch als verschenkter Gegenstand anzusehen. Im Zeitpunkt des Erbfalls hat sich nicht der verschenkte Gegenstand, sondern nur sein Wert geändert.

### III. Zum „Gegenstand“ im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB

#### 1. Die Rechtsprechung des BGH

Als nächstes ist die Frage zu klären, was der BGH bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts als „Gegenstand“ im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB ansieht. Ist es das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück, also der verschenkte Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB, oder das unbelastete Grundstück? Eine ausdrückliche Definition findet sich in seinen einschlägigen Entscheidungen auch hier nicht. Man muss deshalb wiederum versuchen, anhand seiner Ausführungen in den Entscheidungsgründen eine Antwort auf diese Frage zu finden.

a) In einer Entscheidung vom 17.4.2002, in der es um eine Grundstücksübertragung unter Vorbehalt eines Wohn-, Mitbenützung- und Pflgerechts ging, hat der BGH u. a. festgestellt, dass es, sofern die Übertragung teilweise unentgeltlich erfolgt ist, für § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB nur auf diesen aus der Sicht zur Zeit der Schenkung zu bewertenden Anteil ankommt.<sup>20</sup> Da bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts eine Unentgeltlichkeit nur insoweit vorliegt, als der Wert des Grundstücks nicht durch den Wert des Nutzungsrechts gemindert ist (s. o.), wäre danach als Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück anzusehen. Andererseits hat der BGH in seiner Entscheidung vom 8.4.1992 und in der Folgezeit wiederholt festgestellt, dass im Rahmen der gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB vorzunehmenden Vergleichsrechnung das vorbehaltene Nutzungsrecht zunächst nicht zu berücksichtigen ist.<sup>21</sup> Danach wäre wiederum unter dem Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB das unbelastete Grundstück zu verstehen. Es stellt sich deshalb die Frage, wie der BGH die Nichtberücksichtigung des Nut-

zungsrechts im Rahmen der Vergleichsrechnung begründet hat.

b) Nach der vom BGH in seiner Entscheidung vom 8.4.1992 vertretenen Auffassung muss das Nutzungsrecht bei der Feststellung des maßgeblichen Niederstwertes gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB zunächst unberücksichtigt bleiben, „denn der Vorteil des Beschenkten, der darin liegt, dass das Nutzungsrecht mit dem Tod des Erblassers endet, beruht auf einem substantiellen Zuwachs des Geschenks. Er fällt damit nicht unter diejenigen Wertsteigerungen, die § 2325 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB dem Erben vorbehalten will und die dem Pflichtteilsberechtigten daher nicht zugutekommen.“<sup>22</sup>

aa) Der BGH stellt hier entscheidend auf den substantiellen Zuwachs des Geschenks ab. Es ist deshalb zu klären, auf welche Weise und in welchem Umfang dieser Zuwachs seiner Ansicht nach zustande kommt. Auszugehen ist dabei von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.<sup>23</sup> Wirtschaftlich betrachtet ist die Substanz einer Sache das, was ihren Wert ausmacht.<sup>24</sup> Der Wert einer Sache liegt zu einem wesentlichen Teil darin, sie nutzen zu können. Dem Erblasser verbleibt bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts vorübergehend noch ein Teil der Grundstückssubstanz, der in seiner Hand auch einen wirtschaftlichen Wert hat.<sup>25</sup> Beim Erbfall fällt mit dem Erlöschen des Nutzungsrechts dem Beschenkten auch dieser bei der Schenkung vorbehaltene Teil der Grundstückssubstanz zu.<sup>26</sup> Auf diese Weise erfährt das Geschenk einen substantiellen Zuwachs.

bb) Dem Erblasser verbleibt jedoch, wie vom BGH festgestellt, aufgrund der vorbehaltenen Nutzungen noch ein Teil der Grundstückssubstanz.<sup>27</sup> Diese Nutzungen können sich im Laufe der Zeit in seinem Vermögen, etwa in Form von angesammelten Miet- oder Pachtzinsen oder von ersparten Aufwendungen für eine sonst erforderliche Mietwohnung, niederschlagen und kommen insofern seinen Erben und auch den Pflichtteilsberechtigten zugute.<sup>28</sup> Daraus ist ersichtlich, dass die vom Erblasser in der Zeit zwischen der Schenkung und dem Erbfall gezogenen Nutzungen Teil seines Vermögens werden, d. h. nach Eintritt des Erbfalls in seinen eigenen Nachlass fallen und nicht auf den Beschenkten übergehen. Der substantielle Zuwachs ist somit auf den Teil der Nutzungen beschränkt, die der Beschenkte nach Eintritt des Erbfalls selbst ziehen kann. Nur insoweit erlangt dieser durch den Wegfall des Nutzungsrechts einen Vorteil.

cc) Der BGH trägt dem auch Rechnung, wenn er den Wert zur Zeit der Schenkung ermittelt. Er verlangt, im Rahmen der Bewertung die künftige Nutzungsbefugnis des Beschenkten mit zu berücksichtigen,<sup>29</sup> und zwar in der Weise, dass der Wert des weggeschenkten Grundstücks um den Wert der dem Erblasser verbleibenden kapitalisierten Nutzungen vermindert wird.<sup>30</sup> Der BGH bezieht danach bei der Ermittlung des Werts zum Zeitpunkt der Schenkung zwar die künftige Nutzungsbefugnis des Beschenkten in die Bewertung des

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, DNotZ 1993, 122.

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784, 785.

<sup>24</sup> Duden, Fremdwörterlexikon, Stichwort „Substanz“.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, DNotZ 1993, 122, 124.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 29.4.1992, IV ZR 252/91, NJW 1992, 2888.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 29.4.1992, IV ZR 252/91, NJW 1992, 2888.

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, DNotZ 1993, 122, 124; BGH, Urteil vom 29.4.1992, IV ZR 252/91, NJW 1992, 2888.

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 29.4.1992, IV ZR 252/91, NJW 1992, 2888.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 30.5.1990, IV ZR 254/88, DNotZ 1991, 902, 903.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 12.1.2001, V ZR 420/99, NJW-RR 2001, 732 (zur WertV 1988); BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2311 Rdnr. 19.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 17.4.2002, IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469, 2470.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 17.4.2002, IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469, 2470.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, DNotZ 1993, 122; BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, NJW-RR 2006, 877, 878.

Geschenks mit ein, nicht aber die Nutzungsbefugnis, die dem Erblasser aufgrund des vorbehaltenen Nutzungsrechts in der Zeit zwischen Schenkung und Erbfall verbleibt.

dd) Aus den Ausführungen des BGH lassen sich demnach folgende Schlussfolgerungen ziehen: Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist der auf die Nutzungen entfallende Teil der Grundstückssubstanz zwischen dem Erblasser und dem Beschenkten aufzuteilen. Der Anteil, der auf die in der Zeit vor dem Erbfall vom Erblasser gezogenen Nutzungen entfällt, bleibt endgültig in seinem Vermögen, er geht nach Eintritt des Erbfalls nicht auf den Beschenkten über. Insoweit erfolgt auch kein substantieller Zuwachs des Geschenks. Dieser Anteil ist demgemäß nicht in die Bewertung des Geschenks mit einzubeziehen. Nur der Anteil, der auf die dem Beschenkten nach Eintritt des Erbfalls zustehenden Nutzungen entfällt, bewirkt einen substantiellen Zuwachs des Geschenks, nur er ist bei dessen Bewertung zum Zeitpunkt der Schenkung mit zu berücksichtigen.

## 2. Anmerkungen

a) Dem Erblasser verbleiben, wie vom BGH zutreffend festgestellt, die in der Zeit zwischen der Schenkung und dem Erbfall gezogenen Nutzungen. Die rechtliche Grundlage dafür liefert das vorbehaltene Nutzungsrecht. Dieses gewährt dem Erblasser nicht nur das Recht, die Nutzungen in der Zeit zwischen der Schenkung und dem Erbfall weiter zu ziehen, sondern auch das Recht, die in dieser Zeit gezogenen Nutzungen zu behalten. Dieser Anteil an den Nutzungen darf folglich bei der Bewertung dessen, was dem Beschenkten zu seinem Vorteil an Grundstückssubstanz zugewendet wird, nicht angesetzt werden. Das geschieht jedoch nur dann, wenn entgegen der Ansicht des BGH das vorbehaltene Nutzungsrecht bei der Ermittlung des zur Zeit der Schenkung maßgeblichen Werts berücksichtigt, d. h. der Wert des Nutzungsrechts vom Wert des übertragenen Grundstücks abgezogen wird. Nur auf diese Weise wird der dem Erblasser verbleibende Teil der Grundstückssubstanz nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich richtig zugeordnet.

Im Zeitpunkt der Schenkung wurde dem Beschenkten nur die künftige, jedoch noch nicht die aktuelle Nutzungsbefugnis übertragen. Diese erlangt er erst dann, wenn mit dem Erbfall das Nutzungsrecht des Erblassers erlischt. Der damit verbundene substantielle Zuwachs des Geschenks erfolgt also erst im Zeitpunkt des Erbfalls. Er erhöht somit nur dessen Wert im Zeitpunkt des Erbfalls, auf den Wert im Zeitpunkt der Schenkung wirkt er sich jedoch nicht mehr aus. Der Wert des vorbehaltenen Nutzungsrechts darf deshalb nur bei der Ermittlung des Werts zur Zeit des Erbfalls, nicht aber bei der Ermittlung des Werts zur Zeit der Schenkung außer Ansatz bleiben.

Der Hinweis des BGH auf den substantiellen Zuwachs, den das Geschenk beim Wegfall des Nutzungsrechts erfährt, rechtfertigt es also nicht, das vorbehaltene Nutzungsrecht im Rahmen der nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB vorzunehmenden Vergleichsrechnung unberücksichtigt zu lassen. Gegen die in seiner Entscheidung vom 17.4.2002<sup>31</sup> vertretene Ansicht, bei einem teilweise unentgeltlichen Rechtsgeschäft, wie es eine Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts in der Regel ist, komme es für § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB nur auf diesen aus der Sicht zur Zeit der Schenkung zu bewertenden Anteil an, ist unter diesem Aspekt nichts einzuwenden. Folgt man richtigerweise dieser Entscheidung, dann ist das vorbehaltene Nutzungsrecht schon im Rahmen der Ver-

gleichsrechnung nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB zu berücksichtigen. Dies bedeutet wiederum, dass unter dem Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB nichts anderes zu verstehen ist als unter dem verschenkten Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB.

b) Die Frage ist nun, ob man im Wege der Gesetzesauslegung<sup>32</sup> zu dem gleichen oder einem anderen Ergebnis kommt.

aa) Bei der Auslegung ist zunächst vom Wortlaut auszugehen. Danach besagt § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB nur, dass ein anderer Gegenstand als eine verbrauchbare Sache mit dem Wert zur Zeit des Erbfalls bzw. mit dem geringeren Wert zur Zeit der Schenkung in Ansatz kommt. Er sagt jedoch nichts darüber aus, wann und wo der jeweils maßgebliche Wert in Ansatz zu bringen ist. Er bedarf insoweit noch einer Ergänzung, und zwar durch den vorhergehenden § 2325 Abs. 1 BGB. Diesem ist zu entnehmen, wann und wo der jeweils maßgebliche Wert in Ansatz zu bringen ist, nämlich bei der Hinzurechnung des verschenkten Gegenstands zum Nachlass. § 2325 Abs. 1 BGB besagt wiederum nur, dass der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzuzurechnen ist, er lässt jedoch offen, mit welchem Wert die Hinzurechnung zu erfolgen hat. Er bedarf insoweit ebenfalls noch einer Ergänzung, und zwar durch den nachfolgenden § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB. Danach ist bei der Hinzurechnung entweder dessen Wert zur Zeit des Erbfalls oder, falls geringer, dessen Wert zur Zeit der Schenkung in Ansatz zu bringen. § 2325 Abs. 1 BGB und § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB ergänzen sich wechselseitig und ergeben erst im Zusammenhang betrachtet eine in sich abgerundete und sinnvolle Aussage. Diese Aussage lautet: Der verschenkte Gegenstand ist entweder mit seinem Wert zur Zeit des Erbfalls oder, wenn sein Wert zur Zeit der Schenkung geringer ist, mit diesem dem Nachlass hinzuzurechnen. Als Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB ist somit nichts anderes als der verschenkte Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB zu verstehen. Bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts ist dies, wie oben festgestellt, das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück.

Der BGH lässt das Nutzungsrecht im Rahmen der Vergleichsrechnung gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB unberücksichtigt, er stellt also insoweit stets auf den Wert des unbelasteten Grundstücks ab. Er müsste dann aber konsequenterweise diesen Wert gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB bei Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs immer in Ansatz bringen, also auch dann, wenn der Wert zur Zeit der Schenkung maßgeblich ist. Wenn der BGH in diesem Fall an dessen Stelle dennoch den Wert des mit dem Nutzungsrecht belasteten Grundstücks in seine Berechnung einbezieht, dann ist fraglich, auf welcher rechtlichen Grundlage dies geschieht. § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB kann dafür, so wie er diese Vorschrift auslegt, ersichtlich nicht in Betracht kommen.

bb) Als Nächstes stellt sich die Frage, welcher Wille des Gesetzgebers der in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB enthaltenen Regelung zugrunde liegt und ob daraus etwas entnommen werden kann, was für oder gegen die vorstehende Auslegung spricht. Die noch heute geltende Fassung dieser Vorschrift wurde im Gesetzgebungsverfahren von der 2. Kommission beschlossen und laut der dazu geführten Protokolle wie folgt begründet:

„Eine etwaige Verminderung des Wertes, die der verschenkte Gegenstand in der Zeit zwischen der Schenkung und dem Erbfall erleide, dürfe man dem zur

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 17.4.2002, IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469, 2470.

<sup>32</sup> Zu den maßgeblichen Auslegungskriterien siehe *Thiele*, DNotZ 1998, 85, 90.

Gewährung des Pflichtteiles Verpflichteten nicht tragen lassen. Denn der Pflichtteilsberechtigte werde nur dadurch geschädigt, dass der Wert, den der verschenkte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls habe, zur Zeit des Erbfalls nicht mehr vorhanden sei. Es würde an sich auch widersprechend sein, die Einrechnung ganz zu versagen, wenn der verschenkte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls ganz entwertet sei, dagegen auf den Wert im Zeitpunkt der Schenkung Gewicht zu legen, wenn der Wert sich in der Zwischenzeit nur gemindert habe. Habe sich der Wert in der Zwischenzeit erhöht, so sei es gleichfalls billig, diesem Umstand keinen Einfluss auf die Erhöhung des Pflichtteilsanspruches einzuräumen. Denn der Pflichtteilsberechtigte könne nur verlangen, dass der Erblasser solche Verfügungen unterlasse, durch welche sein Pflichtteil illusorisch gemacht werden könne, auf etwaige Erhöhungen des Wertes der verschenkten Sachen habe er keinen Anspruch.<sup>33</sup>

Aus den Protokollen ist somit ersichtlich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers zwar eine zwischenzeitliche Wertminderung des „verschenkten Gegenstands“, nicht aber eine zwischenzeitliche Werterhöhung der „verschenkten Sache“ zu berücksichtigen ist. Der Gesetzgeber stellt insoweit ausdrücklich auf den verschenkten Gegenstand und nicht auf den Gegenstand als solchen ab. Dem ist bei der Auslegung von § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB, der auf diesen Feststellungen des Gesetzgebers beruht, Rechnung zu tragen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber unter dem Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB nichts anderes als den verschenkten Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB verstanden hat. Bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts ist dies das damit belastete Grundstück.

Der Gesetzgeber wollte, wie ebenfalls aus den Protokollen ersichtlich, zwischenzeitlichen Werterhöhungen keinen Einfluss auf die Erhöhung des Pflichtteilsanspruches einräumen und Schenkungen nur insoweit berücksichtigen, als durch sie der Pflichtteil „illusorisch“ gemacht werden könne. Die bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts in der Zeit zwischen der Schenkung und dem Erbfall dem Erblasser verbleibenden Nutzungen können sich, wie vom BGH selbst festgestellt, in seinem Vermögen niederschlagen und kommen dann dem Pflichtteilsberechtigten über den ordentlichen Pflichtteil zugute. Insoweit wird dessen Pflichtteil durch die Schenkung nicht illusorisch gemacht. Illusorisch wird dessen Pflichtteil durch die Schenkung nur in dem Umfang, in dem das Vermögen des Erblassers im Zeitpunkt der Schenkung tatsächlich vermindert wird. Dies geschieht bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts aber nur in Höhe des Restwerts des Grundeigentums, den der Erblasser schon im Zeitpunkt der Schenkung wirtschaftlich aus seinem Vermögen ausgeglichen hat.<sup>34</sup>

cc) Die Frage ist nun noch, welcher Zweck mit der in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB getroffenen Regelung verfolgt wird. Wenn dort bestimmt ist, dass der Wert zur Zeit des Erbfalls mit dem Wert zur Zeit der Schenkung zu vergleichen und der geringere der beiden Werte bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruches anzusetzen ist, dann kann damit nur bezweckt worden sein, dass der Ansatz des geringeren Werts auch zu

einem niedrigeren Pflichtteilsergänzungsanspruch führt. Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH jedoch nur dann der Fall, wenn der Wert zur Zeit der Schenkung geringer ist als der Wert zur Zeit des Erbfalls, jedoch nicht im umgekehrten Fall. Hier würde sich nach der Berechnungsmethode des BGH ein niedriger Pflichtteilsergänzungsanspruch nur dann ergeben, wenn nicht der geringere Wert zur Zeit des Erbfalls, sondern der höhere Wert zur Zeit der Schenkung in Ansatz käme. Vom Wert des Grundstücks wäre dann der Wert des Nutzungsrechts abzuziehen und nur der Differenzbetrag der Berechnung zugrunde zu legen. Ein Blick auf den Musterfall vermag dies zu verdeutlichen: Würde man in Variante 2 nicht den geringeren Wert zur Zeit des Erbfalls i. H. v. 450.000 €, sondern den höheren Wert zur Zeit der Schenkung in Höhe von 460.000 € zugrunde legen, dann ergäbe sich wie in Variante 1 nur ein Betrag von 230.000 €, der bei der Berechnung in Ansatz zu bringen wäre. Für T. ergäbe sich damit ein Pflichtteilsergänzungsanspruch von 57.500 € und nicht, wie nach der Berechnungsmethode des BGH, ein solcher von 112.500 €.

Das dem Sinn und Zweck des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB widersprechende Ergebnis, dass der Ansatz des geringeren Werts zur Zeit des Erbfalls im Rahmen der Vergleichsrechnung nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB zu einem höheren Pflichtteilsergänzungsanspruch führt als dies bei einem Ansatz des höheren Werts zur Zeit der Schenkung der Fall wäre, lässt sich nur vermeiden, wenn bereits bei der Vergleichsrechnung der Wert des vorbehaltenen Nutzungsrechts berücksichtigt wird.

dd) Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 30.5.1990 darauf hingewiesen, dass sich der Unterschied zwischen einem belasteten und einem unbelasteten Grundstück in der Bewertung niederschlägt und dies dementsprechend zu verschiedenen hohen Pflichtteilsergänzungen führen muss.<sup>35</sup> Da der Wert eines mit einem Nutzungsrecht belasteten Grundstücks geringer ist als ein damit nicht belastetes, müsste dementsprechend die Schenkung eines Grundstücks, das mit einem Nutzungsrecht belastet ist, zu einen niedrigeren Pflichtteilsergänzungsanspruch führen, als wenn das Grundstück unbelastet verschenkt worden wäre. Das ist nach der Rechtsprechung des BGH jedoch nur dann der Fall, wenn der Wert des unbelasteten Grundstücks im Zeitpunkt der Schenkung niedriger ist als zur Zeit des Erbfalls. Ist er dagegen höher, dann kommt man im Ergebnis zu gleich hohen Pflichtteilsergänzungsansprüchen. Auch dies lässt sich anhand des Musterfalls verdeutlichen: Hätte W. das Zweifamilienhaus ohne Vorbehalt eines Nießbrauchs an S. verschenkt, dann wäre dieses in Variante 2 mit seinem Wert zur Zeit des Erbfalls i. H. v. 450.000 € bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruches anzusetzen gewesen. Das ist aber genau der gleiche Betrag, der nach der Berechnungsmethode des BGH auch bei der Schenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts in Ansatz zu bringen ist. Der Unterschied zwischen der Schenkung eines belasteten und eines unbelasteten Grundstücks führt hier entgegen der Forderung des BGH nicht zu verschiedenen hohen Pflichtteilsergänzungen. Dieser Forderung wird man nur dann gerecht, wenn bereits im Rahmen der Vergleichsrechnung nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB das vorbehaltene Nutzungsrecht berücksichtigt wird.

Die Forderung des BGH beruht, obwohl von ihm nicht ausdrücklich erwähnt, auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Danach ist nicht nur wesentlich Gleiches gleich, sondern auch wesentlich Ungleiches – im Verhältnis der Ungleichheit – un-

<sup>33</sup> Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V: Erbrecht, S. 789 (abrufbar im Internet).

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784, 785.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 30.5.1990, IV ZR 254/88, DNotZ 1991, 902, 903.

gleich zu behandeln.<sup>36</sup> Wie das vorstehende Beispiel zeigt, führt in den Fällen, in denen der Wert des unbelasteten Grundstücks im Zeitpunkt der Schenkung höher ist als zur Zeit des Erbfalls, die Rechtsprechung des BGH dazu, dass die Schenkung eines mit einem Nutzungsrecht belasteten Grundstücks zu einem genauso hohen Pflichtteilsergänzungsanspruch führt wie die Schenkung eines damit nicht belasteten. Auf diese Weise wird aber wesentlich Ungleiches gleich und nicht, wie es das Gleichbehandlungsgebot verlangt, ungleich behandelt. Bei der hier vertretenen Auffassung ist dies nicht der Fall, zumindest so lange nicht, als der Wert des Grundstücks im Zeitpunkt des Erbfalls nicht unter den Wert des belasteten Grundstücks im Zeitpunkt der Schenkung gesunken ist. Im Musterfall würde dies zum Beispiel erst dann zutreffen, wenn der Wert des Grundstücks im Zeitpunkt des Erbfalls nur noch 230.000 € oder weniger betragen würde. Es dürfte sich dabei, wie dieses Beispiel zeigt, aber nur um wenige Ausnahmefälle handeln. Die damit verbundene Gleichbehandlung von Ungleichem ist dann jedoch aufgrund der vom Gesetzgeber in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB getroffenen Regelung zwangsläufig hinzunehmen.

c) Fasst man die vorstehenden Anmerkungen zusammen, dann kommt man zu folgendem Ergebnis: Als Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB ist das Gleiche wie unter dem verschenkten Gegenstand im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB zu verstehen. Bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts ist dies das mit dem Nutzungsrecht belastete Grundstück. Aus diesem Grund ist bereits im Rahmen der Vergleichsrechnung nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB der Wert des vorbehaltenen Nutzungsrechts dann abzuziehen, wenn der Wert zur Zeit der Schenkung zu ermitteln ist.

d) Es stellt sich nun noch die Frage, wie die Wertermittlung konkret zu erfolgen hat. Nach Ansicht des BGH hat dies in der Weise zu geschehen, dass der Wert des weggeschenkten Grundstücks um den Wert der dem Erblasser verbleibenden kapitalisierten Nutzungen vermindert wird (und zwar unter Berücksichtigung der Lebenserwartung des Nutzungsberechtigten). Bei diesem Bewertungsverfahren wird der Wert erfasst, um den sich das Vermögen des Erblassers durch die Schenkung verringert, also auf seine Entreicherung abgestellt. Es ist somit grundsätzlich geeignet, den maßgeblichen Wert des unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts verschenkten Grundstücks zum Zeitpunkt der Schenkung zu bestimmen. Im Einzelfall müsste dieser Wert dann noch mit Hilfe eines oder mehrerer der Bewertungsverfahren ermittelt werden, die die Immobilienwertermittlungsverordnung hierfür zur Verfügung stellt.<sup>37</sup>

#### IV. Zur „Leistung“ im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB

##### 1. Die Rechtsprechung des BGH

Schließlich ist noch zu klären, was der BGH bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts unter einer „Leistung“ im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB versteht. Im Unterschied zu den Begriffen „verschenkter Gegenstand“, im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB und „Gegenstand“ im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB hat der BGH in seiner Entscheidung vom 27.4.1994, die eine Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt zum Gegenstand hatte, dazu ausführlich Stellung genommen und diesen Begriff wie folgt definiert:

„Eine Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB (jetzt § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB) liegt vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen.“<sup>38</sup>

a) Der BGH verlangt nach dieser Definition für eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB deutlich mehr als gemäß § 518 Abs. 2 BGB an sich für die Bewirkung der bei einer Schenkung versprochenen Leistung erforderlich ist. Er begründet dies folgendermaßen:

„Von dem fiktiven Nachlass, aus dem der Pflichtteilsergänzungsanspruch berechnet wird, wollte der Gesetzgeber nur solche Schenkungen ausnehmen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich daher einzugewöhnen hatte. Darin sah der Gesetzgeber eine gewisse Sicherheit vor ‚böslischen‘ Schenkungen, durch die Pflichtteilsberechtigte benachteiligt werden sollen. Deshalb gilt eine Schenkung nicht als im Sinne von § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB geleistet, wenn der Erblasser den ‚Genuß‘ des verschenkten Gegenstands nicht auch tatsächlich entbehren muss (BGHZ 98, 226/232 = DNotZ 1987, 315, 317).“<sup>39</sup>

Nach Ansicht des BGH besteht der Genuss eines Grundstücks zwar auch in seinem wirtschaftlichen Wert. Es ist aber seiner Ansicht nach nicht nur vom Tatsächlichen her verfehlt, ein Grundstück allein unter dem Gesichtspunkt seines wirtschaftlichen Werts zu sehen. Auch rechtlich gehöre zum Eigentum neben der Möglichkeit, es zu veräußern, die Befugnis, es zu nutzen. Werde bei einer Schenkung aber – wie im gegebenen Fall – ein uneingeschränkter Nießbrauch vorbehalten, dann sei der Genuss des verschenkten Gegenstands nicht aufgegeben worden. Um das Ziel des Gesetzgebers zu erreichen, nur solche Vermögensstücke aus der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs herauszunehmen, deren Genuss der Erblasser schon zehn Jahre vor dem Erbfall entbehrt hat, könne jedenfalls im vorliegenden Fall nicht von einer Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB ausgegangen werden.<sup>40</sup>

Der BGH vertritt also die Auffassung, dass zumindest bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines uneingeschränkten Nießbrauchs der Erblasser nicht darauf verzichtet, das Grundstück im Wesentlichen weiterhin zu nutzen und er deshalb den Genuss des verschenkten Gegenstands nicht aufgegeben und diesen daher im Sinne von § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB noch nicht geleistet hat. Wie beim Vorbehalt anderer Nutzungsrechte zu verfahren ist, hat der BGH bisher noch nicht entschieden. In der Rechtsprechung der Untergerichte und im Schrifttum werden dazu sehr unterschiedliche Ansichten vertreten.<sup>41</sup>

b) Der BGH hatte ursprünglich in einer Entscheidung vom 25.5.1970 unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung zu § 518 Abs. 2 BGB die Ansicht vertreten, dass die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB schon dann zu laufen beginnt,

<sup>36</sup> BVerfG, Beschluss vom 28.9.2010, 1 BvR 1660/08, BeckRS 2010, 54503.

<sup>37</sup> Siehe dazu näher BGH, Urteil vom 12.1.2001, V ZR 420/99, NJW-RR 2001, 732.

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784, 786.

<sup>39</sup> BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784, 786.

<sup>40</sup> BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784, 786.

<sup>41</sup> Siehe dazu die Zusammenstellungen bei Schindler, ZEV 2005, 290 und Gehse, RNotZ 2009, 361.

wenn der Erblasser alles getan hat, was von seiner Seite für den Erwerb durch den Beschenkten erforderlich ist. Er hat in dieser Entscheidung auch zum Hauptgrund und Hauptzweck des § 2325 Abs. 3 BGB Stellung genommen und diesen darin gesehen, dass nicht mehr auf Vorgänge zurückgegriffen werden sollte, die sich schon vor vielen Jahren zugetragen haben.<sup>42</sup> Er hat sich dabei auf die in den Protokollen der 2. Kommission enthaltenen Gesetzesmaterialien berufen. Der BGH hat dann mit seiner Entscheidung vom 17.9.1986 einen Wandel zu seiner jetzigen Rechtsprechung hin vollzogen und sich dabei ebenfalls auf die Gesetzesmaterialien berufen, diese allerdings in einem anderen Sinn ausgelegt. Es ist deshalb von besonderem Interesse, wie der BGH diesen Wandel begründet hat.

aa) Der BGH ist zunächst davon ausgegangen, dass die Bedeutung des Wortes „Leistung“ in diesem Zusammenhang weder nach dem allgemeinen Sprachgebrauch noch nach dem spezifisch juristischen Sinn, der ihm auf dem Gebiet des Schuldrechts (zum Beispiel §§ 812, 518 BGB) oder des Erbrechts (vgl. § 2301 BGB) beigelegt wird, allgemein bestimmt werden könne. Die Bedeutung des Wortes „Leistung“ müsse im Bereich des bürgerlichen Rechts für die betreffende Vorschrift unter Beachtung des jeweiligen Regelungszusammenhangs und des mit ihr verfolgten gesetzgeberischen Zwecks erschlossen und entwickelt werden.<sup>43</sup>

bb) Um den Regelungszusammenhang der Vorschrift und den mit ihr verfolgten gesetzgeberischen Zweck zu ermitteln, greift der BGH dann auf die Ziele zurück, die der Gesetzgeber mit der Einführung der Zeitschranke des § 2325 Abs. 3 BGB verfolgt hat. Er zitiert dabei folgende Stelle aus den Protokollen der 2. Kommission:

„Für die Aufnahme einer Frist, über welche hinaus die weiter zurückliegenden Schenkungen dem Angriff der Pflichtteilsberechtigten entzogen werden sollten, spreche schon die billige Rücksicht auf den Beschenkten, dessen Recht nicht zu lange im Schwebezustand gehalten werden dürfe. Es bestehe aber auch ein innerer Grund für die Fristbestimmung darin, dass während einer längeren Zwischenzeit zwischen der Vornahme der Schenkung und dem Tode des Erblassers nicht nur der letztere selbst, sondern auch seine pflichtteilsberechtigten Angehörigen sich in den durch die eingetretene Vermögensminderung geschaffenen Zustand eingewöhnt hätten. Die ganze Lebenshaltung der Familie werde sich inzwischen den veränderten Verhältnissen angepasst, die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge würden andere Verhältnisse vielleicht gar nicht gekannt haben. Sie würden daher die auf eine weit zurückliegende Schenkung zurückzuführende Verringerung ihres Pflichtteils nicht als Schädigung empfinden. Der Umstand, dass bei solchen Schenkungen der Erblasser selbst noch längere Zeit hindurch deren Folgen zu tragen habe, biete zugleich eine Sicherheit dafür, dass der Erblasser bei der Vornahme der Schenkung sich von guten Gründen und nicht von der Absicht habe leiten lassen, die Pflichtteilsberechtigten zu benachteiligen. ... Hinsichtlich des Beginns der Frist erscheine die Bestimmung gerechtfertigt, dass bei Schenkungen an den Ehegatten des Erblassers die Frist erst von der Auflösung der Ehe an laufen solle. Bei Schenkungen unter Ehegatten bleibe der verschenkte Gegenstand tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen, der Schenker habe also während der Ehe auch nach der Schenkung den

Genuss desselben nicht zu entbehren ... (Protokolle V, 587/588).“<sup>44</sup>

Der BGH hat daraus Folgendes abgeleitet: Die Einführung der Zeitschranke sei darauf angelegt, bei der Bemessung des außerordentlichen Pflichtteils nur solche Schenkungen auszunehmen, deren Folgen der Erblasser selbst längere Zeit hindurch zu tragen hat, in die er und seine Familie sich daher eingewöhnt hatten und die deshalb und dadurch eine (gewisse) Sicherheit vor solchen Benachteiligungen der Pflichtteilsberechtigten bieten, die nicht von guten Gründen getragen sind. Darüber hinaus spreche die Begründung zu § 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB (jetzt § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB) dafür, solche Schenkungen, bei denen der Schenker den Genuss des verschenkten Gegenstands auch nach der Schenkung nicht tatsächlich entbehren muss, wie es bei Schenkungen unter Ehegatten die Regel sein dürfte, und die den Erblasser schon wegen ihrer Folgen von „bölichen“ Schenkungen abhalten mögen, auch im Sinne von § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB (jetzt § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB) noch nicht als geleistet gelten sollen.

cc) Der BGH hat für seine Rechtsauffassung noch zusätzlich folgendes Argument angeführt: Würde man es für den Fristbeginn genügen lassen, dass der Erblasser alles getan hat, was von seiner Seite für den Erwerb durch den Beschenkten erforderlich ist, dann würde ihm dadurch die Möglichkeit eröffnet, sein Vermögen unter Benachteiligung von Pflichtteilsberechtigten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden planmäßig „am Nachlass vorbei“ ohne für ihn fühlbares Vermögensopfer weiterzuleiten, sofern er nur rechtzeitig vor seinem Tode tätig wird. Auf diesem Weg würde das Recht der Pflichtteilsberechtigten auf angemessene Beteiligung an dem Vermögen des Erblassers in einem Ausmaß gefährdet, das schwerwiegende Fehlentwicklungen befürchten lasse. Der BGH habe das Interesse der Pflichtteilsberechtigten stets besonders beachtet. Für den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB reiche es demgemäß nicht schon aus, wenn der Erblasser alles getan hat, was von seiner Seite für den Erwerb durch den Beschenkten erforderlich ist. Nötig sei vielmehr, dass der Erblasser einen Zustand geschaffen habe, dessen Folgen er selbst noch zehn Jahre lang zu tragen habe und der ihn schon im Hinblick auf diese Folgen von einer „bölichen“ Schenkung abhalten könne. Dazu bedürfe es jedenfalls einer „wirtschaftlichen Ausgliederung“ des Geschenks aus dem Vermögen des Erblassers.<sup>45</sup>

## 2. Anmerkungen

Es stellt sich nun die Frage, ob diese Begründung stichhaltig genug ist, um bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB zu verneinen.

a) Der BGH stützt sich mit seiner vorstehenden Begründung primär auf die von ihm zitierte Stelle in den Protokollen der 2. Kommission. In diesen Protokollen sind jedoch noch weitere Ausführungen enthalten, die vom BGH offensichtlich übersehen worden sind.

Im Laufe der Beratungen wurden im Gesetzgebungsverfahren bezüglich der Neufassung des damaligen § 2009 verschiedene Anträge gestellt. Bezüglich des Fristbeginns wurde (als Teil der Anträge b und c) folgender Zusatz vorgeschlagen:

„Hat sich der Erblasser den Widerruf der Schenkung oder das Recht vorbehalten, die Nutzungen des verschenkten

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 25.5.1970, III ZR 141/68, NJW 1970, 1638.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 17.9.1986, IV a ZR 13/85, DNotZ 1987, 315, 316.

<sup>44</sup> Siehe *Mugdan*, a. a. O., S. 791.

<sup>45</sup> BGH, DNotZ 1987, 315, 318.



Gegenstandes zu ziehen, oder ist die Schenkung mit der Auflage wiederkehrender Leistungen an den Erblasser erfolgt, so beginnt der Lauf der (damals vorgeschlagenen) fünfjährigen Frist erst mit dem Erlöschen des vorbehaltenen oder sich aus der Auflage ergebenden Rechts des Erblassers.“

Dazu wurde noch der Unterantrag gestellt, am Schluss hinzuzufügen:

„Ist die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt der Lauf der Frist erst mit Auflösung der Ehe.“

Als Teil des Antrags c wurde bezüglich des Fristbeginns weiter noch folgender Zusatz vorgeschlagen:

„Eine durch Leistung des geschenkten Gegenstandes vollzogene Schenkung, die 5 Jahre vor dem Erbfall erfolgt ist, bleibt außer Betracht – es sei denn, dass der Erblasser die Schenkung in der Absicht gemacht hat, den Pflichtteilsberechtigten zu beeinträchtigen.“<sup>46</sup>

In Protokollen heißt es dann aber weiter:

„Dass diese Frist bei Schenkungen an den Ehegatten des Erblassers erst mit Auflösung der Ehe zu laufen beginnen solle, wurde gebilligt, die in den Anträgen b und c vorgeschlagenen sonstigen Modifikationen des Fristbeginns wurden dagegen ebenso abgelehnt wie die im Antrag c enthaltene Aufhebung der Frist für den Fall absichtlicher Benachteiligung des Pflichtteilsberechtigten. (...) Hinsichtlich des Beginns der Frist erscheine die Bestimmung, dass bei Schenkungen an den Ehegatten des Erblassers die Frist erst von der Auflösung der Ehe an laufen solle, gerechtfertigt. Bei Schenkungen unter Ehegatten bleibe der verschenkte Gegenstand tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten, der Schenker habe während der Ehe auch nach der Schenkung den Genuss desselben nicht zu entbehren, zudem liege hier auch aus anderen Gründen der Verdacht arglistigen Verhaltens besonders nahe. Keine Billigung verdienen dagegen die in den Anträgen b und c vorgeschlagenen anderweitigen Modifikationen des Fristbeginns, die, ohne inneren Grund und ohne Beispiel in den sonstigen Bestimmungen des Entw., eine unnötige Verwicklung des Gesetzes zur Folge haben würden. Das Gleiche und nicht unerhebliche praktische Schwierigkeiten würden auch die Folge der Annahme des Vorschlags sein, dass die zeitliche Beschränkung bei nachgewiesener Absicht des Erblassers, die Pflichtteilsberechtigten zu beeinträchtigen, in Wegfall kommen solle.“<sup>47</sup>

Aus diesen weiteren Ausführungen in den Protokollen ist zweierlei zu entnehmen:

aa) Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers sollte bei einer Grundstücksschenkung der Vorbehalt eines Nutzungsrechts nicht dazu führen, dass die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB erst mit dem Erlöschen des Nutzungsrechts beginnt.<sup>48</sup> Der Gesetzgeber wollte eine Schenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts in Bezug auf den Fristbeginn ausdrücklich anders behandelt wissen als eine Schenkung unter Ehegatten. Die vom BGH ausgehend von Ehegattenschenkungen entwickelte „Genuss-Rechtsprechung“ lässt sich schon deshalb nicht auf eine Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts übertragen.

bb) Nach dem ebenso eindeutigen Willen des Gesetzgebers sollte die Zeitschranke des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB selbst dann nicht in Wegfall kommen, wenn der Erblasser eine Schenkung in der nachgewiesenen Absicht vorgenommen hat, den Pflichtteilsberechtigten zu beeinträchtigen. Die Ansicht des BGH, die Frist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB diene dazu, den Erblasser von „böswilligen“ Schenkungen abzuhalten, ist somit nicht vom Willen des Gesetzgebers gedeckt.

cc) Der BGH hat sich zur Begründung seiner Rechtsprechung zwar auf die Protokolle gestützt, dabei jedoch die entscheidenden Passagen unberücksichtigt gelassen. Ausweislich der Protokolle ist es der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers gewesen, Schenkungen unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts nicht von der Zeitschranke des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB auszunehmen. Der Vorbehalt eines Nutzungsrechts und die Ausübung der sich daraus ergebenden Befugnisse kann schon deshalb nicht als Argument dafür verwendet werden, dass der Erblasser die Leistung des verschenkten Gegenstands nicht erbracht hat. Aus dem gleichen Grund kann die Aufgabe der Nutzungsbefugnis und der damit verbundene Genussverzicht nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zu den Folgen gezählt werden, die der Erblasser noch längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich einzugewöhnen hat. Es ist deshalb auch nicht gerechtfertigt, dem Erblasser eine „böswillige“ Schenkung zum Nachteil von Pflichtteilsberechtigten anzulasten, nur weil er sich ein Nutzungsrecht am weggegebenen Grundstück vorbehalten hat.

b) Abgesehen davon sind die Schlussfolgerungen, die der BGH aufgrund der von ihm zitierten Stelle aus den Protokollen gezogen hat, keineswegs zwingend.

aa) Wie aus den Protokollen hervorgeht spricht nach Ansicht des Gesetzgebers für die Aufnahme einer Frist, über welche hinaus die weiter zurückliegenden Schenkungen dem Angriff der Pflichtteilsberechtigten entzogen werden sollten, schon die billige Rücksicht auf den Beschenkten, dessen Recht nicht zu lange im Schwebezustand gehalten werden dürfe. Der Gesetzgeber legt dann noch dar, dass für die Fristbestimmung auch ein innerer Grund bestehe, weil sich während einer längeren Zwischenzeit zwischen Schenkung und Erbfall der Erblasser und seine pflichtteilsberechtigten Angehörigen an den durch die Vermögensminderung geschaffenen Zustand gewöhnt hätten und die auf eine weit zurückliegende Schenkung zurückzuführende Verringerung ihres Pflichtteils nicht mehr als Schädigung empfinden würden. Der BGH schenkt diesen Ausführungen jedoch ersichtlich keine Beachtung mehr, sondern berücksichtigt nur noch einseitig die Interessen der Pflichtteilsberechtigten. Es lässt damit die an sich gebotene Interessenabwägung mit den berechtigten Belangen des Erblassers und des Beschenkten vermissen. Schon aus diesem Grund bestehen gegen seine Rechtsprechung erhebliche Bedenken.

bb) Bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts stellt sich darüber hinaus die Frage, was denn eigentlich die Folgen sind, die der Erblasser nach dem Inhalt des Schenkungsvertrags rechtlich und wirtschaftlich zu tragen hat. Der Erblasser hat das Eigentum am Grundstück auf den Beschenkten zu übertragen und kann infolge dessen das Grundstück nicht mehr veräußern und belasten. Er hat dem Beschenkten auch den Besitz am Grundstück einzuräumen, jedoch nur insoweit als dieser nicht aufgrund des vorbehaltenen Nutzungsrechts bei ihm verbleibt. Er kann und darf das Grundstück deshalb auf Dauer und im Umfang des vorbehaltenen Nutzungsrechts weiter nutzen, braucht also insoweit auf den Genuss des Grundstücks nicht zu verzichten. Ein solcher Genussverzicht gehört somit weder wirtschaftlich noch recht-

<sup>46</sup> Mugdan, a. a. O., S. 787, 788.

<sup>47</sup> Mugdan, a. a. O., S. 790, 791, 792.

<sup>48</sup> So schon Reiff, ZEV 1998, 241, 246.

lich zu den Folgen, die der Erblasser bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts zu tragen hat. Man kann deshalb von ihm auch nicht verlangen, eine Folge zu tragen, die er aufgrund des Schenkungsvertrags gar nicht zu tragen hatte, weder wirtschaftlich noch rechtlich. Genau das tut aber der BGH, wenn er vom Erblasser verlangt, auf eine Weiternutzung zu verzichten.

c) Der BGH will im Interesse eines wirksamen Schutzes von Pflichtteilsberechtigten der Möglichkeit eines Erblassers entgegen treten, sein Vermögen zu deren Nachteil planmäßig am Nachlass vorbei ohne ein für ihn fühlbares eigenes Vermögensopfer weiterzuleiten. Dazu bedarf es seiner Ansicht nach einer wirtschaftlichen Ausgliederung des Geschenks. Wie vorstehend dargelegt, ist bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts das Grundstück mit Ausnahme der dem Erblasser in der Zeit zwischen der Schenkung und dem Erbfall verbleibenden Nutzungsbefugnis bereits vollständig an den Beschenkten übertragen worden. Der Erblasser hat also, wie der BGH selbst feststellt, schon mit der Schenkung den damit verbundenen Restwert wirtschaftlich und rechtlich aus seinem Vermögen ausgegliedert.<sup>49</sup> Da dieser Restwert in aller Regel einen erheblichen Betrag ausmacht, dürfte allein schon darin ein für den Erblasser fühlbares Vermögensopfer liegen.

Es kommen jedoch noch weitere Opfer hinzu, die der Erblasser bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts erbringt.

Der Erblasser kann aufgrund der Schenkung das Grundstück nicht mehr veräußern oder belasten. Er wird zwar im Zeitpunkt der Schenkung eine Veräußerung oder Belastung nicht ernsthaft beabsichtigen. Er kann aber später durchaus einmal in eine Lage kommen, in der eine Veräußerung oder Belastung für ihn aus persönlichen und/oder wirtschaftlichen Gründen notwendig werden könnte. Der Erblasser kann das Grundstück zudem in aller Regel nicht mehr zurückverlangen und anderweitig darüber verfügen. Es ist bereits endgültig aus seinem Vermögen und damit auch aus seinem künftigen Nachlass ausgeschieden und steht ihm für eine anderweitige lebzeitige oder letztwillige Zuwendung nicht mehr zur Verfügung. Dies kann sich für ihn persönlich später als sehr belastend erweisen, etwa wenn die Gründe, die ihn zur Schenkung bewogen haben, später weggefallen sind. Die Beteiligten sind sich der daraus möglicherweise ergebenden Probleme durchaus bewusst. Gerade auf Seiten des Erblassers bestehen deshalb oft erhebliche Bedenken gegenüber einer lebzeitigen Übertragung. Wenn er sich dennoch dazu entschließt, dann erbringt er aus seiner Sicht nicht nur ein fühlbares Vermögensopfer, sondern häufig auch ein erhebliches persönliches Opfer, dessen Folgen ihn sehr wohl von einer „böslchen“ Schenkung abhalten können.

d) Fasst man die vorstehenden Anmerkungen zusammen, dann ist Folgendes festzustellen: Mit der vom BGH in seinen Entscheidungen vom 17.9.1986 und vom 27.4.1994 vorgetragenen Begründung lässt es sich nicht rechtfertigen, eine Grundstücksschenkung unter Vorbehalt von Nutzungsrechten von der Zeitschranke des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB auszunehmen. Dem stehen der erklärte Wille des Gesetzgebers und, wie vorstehend dargelegt, auch noch andere Gründe entgegen. Ebenso kann die vom BGH diesbezüglich vorgenommene Definition der Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB mit dieser Begründung nicht aufrechterhalten werden.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, DNotZ 1994, 784, 785.

e) Der Begriff der Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB ist somit zumindest für eine Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts anderweitig auszulegen.

aa) Nach dem Wortlaut des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB muss für den Fristbeginn die Leistung des „verschenkten Gegenstands“ erfolgt sein. Was der verschenkte Gegenstand ist, wird in dieser Bestimmung nicht näher ausgeführt. Da hier jedoch der gleiche Ausdruck verwendet wird wie in dem vorhergehenden § 2325 Abs. 1 BGB, liegt es nahe, ihn im gleichen Sinn auszulegen. Der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung ergibt sich aus § 2325 Abs. 1 BGB. Durch § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB wird dieser Anspruch lediglich zeitlich begrenzt. Dieser Regelungszusammenhang spricht ebenfalls dafür, unter dem verschenkten Gegenstand in beiden Bestimmungen das Gleiche zu verstehen.

Nach Ansicht des BGH setzt ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 Abs. 1 BGB eine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB voraus.<sup>50</sup> Dann wäre es aber auch naheliegend, eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB als erbracht anzusehen, wenn die versprochene Leistung gemäß § 518 Abs. 2 Satz 2 BGB bewirkt worden ist. Der BGH hat es in seiner Entscheidung vom 25.5.1970 im Einklang mit seiner Rechtsprechung zu § 518 Abs. 2 BGB zunächst auch genügen lassen, dass der Erblasser alles getan hat, was von seiner Seite für den Erwerb durch den Beschenkten erforderlich ist.<sup>51</sup> In einer späteren Entscheidung aus dem Jahr 1987 hat der BGH jedoch für eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB noch zusätzlich verlangt, dass die Schenkung vollständig vollzogen ist, bei einer Grundstücksschenkung also bereits das Eigentum auf den Beschenkten umgeschrieben worden ist. Der BGH hat dies u. a. damit begründet, dass § 2325 Abs. 3 BGB nur solche Verfügungen des Erblassers ausnimmt, durch die er mehr als zehn Jahre vor seinem Tod Gegenstände aus seinem Vermögen weggeschenkt hat. Damit sei nicht der schuldrechtliche Schenkungsvertrag (Versprechensschenkung) gemeint, sondern die Verfügung über den geschenkten Gegenstand. Dementsprechend komme es nicht darauf an, von welchem Zeitpunkt an der Beschenkte sicher sein kann, das versprochene Grundstück demnächst zu Eigentum zu erlangen, sondern darauf, wann der Schenker es wirklich an den Beschenkten vollständig verliert; erst dann kann die Zeit der Eingewöhnung an die Folgen der Schenkung zu laufen beginnen, um die es dem Gesetz mit der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB geht. Diese Lösung habe zudem den Vorzug, dass damit auf denselben Stichtag abgestellt wird, der für die Bewertung gemäß § 2325 Abs. 2 BGB maßgebend ist.<sup>52</sup> Diese Begründung ist nachvollziehbar. Es ist deshalb rechtlich nichts dagegen einzuwenden, wenn sich der BGH für eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht mit der Vornahme der Leistungshandlung begnügt, sondern zusätzlich noch den Eintritt des rechtlichen Leistungserfolgs fordert. Auch aus praktischen Gründen ergeben sich keine grundsätzlichen Einwände. Zum einen wird bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts zwischen dem Abschluss des Schenkungsvertrags und der Eintragung im Grundbuch in aller Regel kein allzu langer Zeitraum liegen. Zum anderen werden, wenn wirklich einmal ein längerer Zeitraum dazwischen liegen sollte, dadurch etwa auftretende Probleme durch die neu eingeführte „Pro-rata-Regelung“ des § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB entschärft.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 10.12.2003, IV ZR 249/02, NJW 2004, 1382.

<sup>51</sup> BGH, Urteil vom 25.5.1970, III ZR 141/68, NJW 1970, 1638.

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 2.12.1987, IVa ZR 149/86, NJW 1988, 821, 822.

bb) Der Wille des Gesetzgebers ist aufgrund der Protokolle klar und eindeutig zu ermitteln. Bei einer Grundstücksschenkung soll der Vorbehalt eines Nutzungsrechts, wie oben ausführlich dargestellt, nicht dazu führen, die Zeitschranke des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB außer Kraft zu setzen.

cc) Durch die zeitliche Begrenzung des Pflichtteilsergänzungsanspruch sollen ausweislich der Protokolle die billigen Interessen des Beschenkten gewahrt werden, dessen Recht nicht zu lange im Schwebezustand gehalten werden dürfe. Der BGH hat in seiner früheren Entscheidung vom 25.5.1970 in Übereinstimmung mit den Ausführungen in den Protokollen den Hauptgrund und Hauptzweck des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB zu Recht darin gesehen, dass nicht mehr auf Vorgänge zurückgegriffen werde, die sich schon vor vielen Jahren zugetragen haben. Auch nehme der Zusammenhang zwischen dem verschenkten Gut und dem eigentlichen Nachlass im Laufe der Zeit immer mehr ab. Zudem würden sich der Erblasser und die Pflichtteilsberechtigten an den durch die Vermögensminderung geschaffenen Zustand gewöhnen.<sup>53</sup> Die Einwände, die der BGH in seiner späteren Entscheidung vom 17.9.1986 dagegen vorgebracht hat, finden demgegenüber, wie oben ausführlich dargelegt, in den Protokollen keinen ausreichenden Rückhalt.

Folgt man der neueren Auffassung des BGH, dann würden bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt wesentlicher Nutzungsrechte auch Schenkungen noch berücksichtigt, die vielleicht schon 20 oder 30 Jahre vor dem Erbfall vorgenommen worden sind. Eine solche Schenkung mag seinerzeit bei den dadurch benachteiligten Pflichtteilsberechtigten mehr oder minder große Verstimmungen ausgelöst und den Familienfrieden erheblich gestört haben. Im Laufe der Zeit können sich die Verstimmungen jedoch gelöst haben und der Familienfriede kann längst wieder hergestellt worden sein. Es entspricht dem Sinn und Zweck des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB, diesen Zustand zu bewahren und zu verhindern, dass noch Jahrzehnte später durch eine Geltendmachung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen erneut Unfrieden in die Familie hinein getragen wird.

dd) Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Zeitschranke noch einen weiteren Zweck verfolgt. Ausweislich der Protokolle wurde in der 2. Kommission ausführlich diskutiert, ob ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nur denjenigen zustehen solle, die bereits im Zeitpunkt der Schenkung pflichtteilsberechtigt waren. Die Befürworter einer solchen Regelung vertraten die Auffassung, dass durch die rein abstrakte Möglichkeit der Entstehung eines solchen (Pflichtteilsberechtigten) dem Erblasser die Freiheit, über sein Vermögen zu verfügen, nicht verkümmert werden dürfe.<sup>54</sup> Die Mehrheit der Kommission hat sich dieser Ansicht jedoch nicht angeschlossen und dies u. a. damit gerechtfertigt, dass die Einführung der Zeitschranke den sonst begründeten Bedenken gegen die Erweiterung des Kreises der berechtigten Personen auf alle zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten ihr Gewicht nehme.<sup>55</sup> Dieser Gesichtspunkt ist, gerade nachdem der BGH die früher von ihm entgegen dem Willen des Gesetzgebers vertretene Theorie der Doppelberechtigung aufgegeben hat, wieder gebührend zu berücksichtigen.

f) Schließlich ist bei der Auslegung noch der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Dieser verlangt, wesentlich

Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches – im Verhältnis der Ungleichheit – ungleich zu behandeln.<sup>56</sup> Schutzzweck der §§ 2325 ff. BGB ist es, eine Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch lebzeitige Rechtsgeschäfte des Erblasser zu verhindern. Verschenkt der Erblasser zu seinen Lebzeiten ein Grundstück, dann handelt er diesem Schutzzweck zuwider, gleichviel ob er sich dabei ein Nutzungsrecht vorbehält oder nicht. Insoweit besteht zwischen beiden Arten der Schenkung im Hinblick auf den Schutzzweck der §§ 2325 ff. BGB kein wesensmäßiger Unterschied. Der Grundsatz, wesentlich Gleiches gleich zu behandeln, verlangt schon deshalb, den Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB beide Male zum gleichen Zeitpunkt beginnen zu lassen.

Eine Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts ist wirtschaftlich im Ergebnis für den Pflichtteilsberechtigten deutlich weniger schädlich als eine vorbehaltlose Schenkung. Insoweit besteht zwischen beiden Schenkungen durchaus ein Unterschied. Wenn aufgrund dieses Unterschieds beide Formen der Schenkung ungleich behandelt werden sollen, dann müsste dies im Verhältnis der Ungleichheit geschehen. Die für den Pflichtteilsberechtigten weniger nachteilige Schenkung müsste für den Erblasser bzw. dessen Erben dann aber eher weniger und als stärker einschneidende Folgen nach sich ziehen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist dies jedoch nicht der Fall. Nach ihr werden eine Schenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts und eine vorbehaltlose Schenkung zwar ungleich behandelt werden, jedoch nicht im Verhältnis der Ungleichheit, sondern gerade umgekehrt dazu.

g) Fasst man die vorstehenden Anmerkungen zusammen, dann lassen sich folgende Schlussfolgerungen ziehen: Die vom BGH bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts vorgenommene Einschränkung des Begriffs der Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB ist nicht gerechtfertigt. Eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB ist vielmehr bereits dann erbracht, wenn der rechtliche Leistungserfolg eingetreten ist. Bei einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts reicht es somit aus, wenn die Eigentumsumschreibung im Grundbuch vollzogen und der Besitz, soweit aufgrund des Schenkungsvertrags geschuldet, an den Beschenkten übergeben worden ist. Für den Musterfall bedeutet dies, dass die Fristen des § 2325 Abs. 3 BGB bereits mit der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu laufen beginnen.

## V. Abschließende Anmerkungen

### 1. Rechtliche Schlussfolgerungen

a) Die vorstehenden Anmerkungen zeigen, dass die Rechtsprechung des BGH zu Grundstücksschenkungen unter Vorbehalt von Nutzungsrechten in zwei entscheidenden Punkten einer Korrektur bedarf: Zum einen ist das vorbehaltene Nutzungsrecht bereits im Rahmen der Vergleichsrechnung gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB wertmindernd zu berücksichtigen, wenn der Wert zur Zeit der Schenkung zu ermitteln ist.<sup>57</sup> Zum anderen ist eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB bereits dann als erbracht anzusehen, wenn die Eigentumsumschreibung im Grundbuch und – soweit geschuldet – die Besitzübergabe erfolgt sind, d. h. der rechtliche Leistungserfolg

<sup>53</sup> BGH, Urteil vom 25.5.1970, III ZR 141/68, NJW 1970, 1638, 1639.

<sup>54</sup> *Mugdan*, a. a. O., S. 790.

<sup>55</sup> *Mugdan*, a. a. O., S. 791.

<sup>56</sup> BVerfG, Beschluss vom 28.9.2010, 1 BvR 1660/08, BeckRS 2010, 54503.

<sup>57</sup> So auch *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157, 167; *Schippers*, MittRhNotK 1996, 197, 212; *Palandt/Weidlich*, § 2325 BGB Rdnr. 22.

eingetreten ist.<sup>58</sup> Bei den notwendigen Korrekturen, braucht dabei kein juristisches Neuland betreten zu werden. Es reicht im Grundsatz völlig aus, bei der Auslegung von § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB auf die Entscheidung des BGH vom 30.5.1990 und bei der Auslegung von § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB auf seine Entscheidung vom 25.5.1970 zurückzugreifen.

b) Die Frage, wie sich die Rechtsprechung des BGH auf den Vorbehalt anderer Nutzungsrechte als eines uneingeschränkten Nießbrauchs auf den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB auswirken würde, stellt sich bei der hier vertretenen Ansicht nicht mehr. Wenn schon beim Vorbehalt eines uneingeschränkten Nießbrauchs die Frist in Gang gesetzt wird, dann gilt dies erst recht beim Vorbehalt eines weniger einschneidenden Nutzungsrechts.

c) In Rechtsprechung und Schrifttum wird noch diskutiert, ob und wann der Vorbehalt von Widerrufsrechten einer Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB entgegensteht.<sup>59</sup> Diese Frage ist zwar nicht Gegenstand der heutigen Anmerkungen, es soll jedoch kurz auf Folgendes hingewiesen werden: Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der Vorbehalt eines Widerrufs nicht dazu führen, dass die Frist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht in Gang gesetzt wird (siehe oben). Damit dürfte diese Frage wenigstens im Grundsatz beantwortet sein. Andererseits sind jedoch durchaus Ausnahmefälle denkbar, in denen ein Widerrufsvorbehalt einem Fristbeginn entgegenstehen könnte, etwa wenn sich der Schenker den uneingeschränkten Nießbrauch und zudem das Recht vorbehalten hat, die Schenkung jederzeit und ohne Angabe von Gründen zu widerrufen. In diesem Fall verbleiben dem Schenker nicht nur die Nutzungen, er kann nach seinem Belieben auch die Eigentumsübertragung und die Besitzübergabe, d. h. den rechtlichen Leistungserfolg wieder rückgängig machen. Hier stellt sich ernsthaft die Frage, ob dann noch eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB vorliegt.

## 2. Praktische Schlussfolgerungen

a) Die Grundstücksschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts ist im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge eine bei den Beteiligten sehr beliebte und häufig gewünschte Vertragsgestaltung, die durch die Änderung des § 25 ErbStG sogar noch an Attraktivität gewonnen hat.<sup>60</sup> Als Mittel zur Reduzierung eventueller Pflichtteilsergänzungsansprüche ist sie nach der derzeitigen Rechtsprechung des BGH nur sehr begrenzt geeignet. Dies ändert sich, wenn man sich der hier vertretenen Ansicht anschließt. Der Wert des verschenkten Grundstücks zur Zeit der Schenkung lässt sich ggf. durch ein Wertgutachten ziemlich exakt bestimmen, die nach dem Kaufkraftschwund erforderliche Umrechnung auf den Zeit-

punkt des Erbfalls aufgrund der langjährigen Entwicklung des Verbraucherpreisindex in etwa kalkulieren. Der maximal in Betracht kommende Pflichtteilsergänzungsanspruch kann deshalb im Voraus einigermaßen genau ermittelt werden. Wie auch immer sich dann der Wert des Grundstücks bis zum Erbfall entwickelt, ein höherer Wert als der zur Zeit der Schenkung kann nicht angesetzt werden. Und mit jedem Jahr, das seit der Zeit der Schenkung verstreicht, reduziert sich der Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB um ein Zehntel. Gegenüber der Rechtsprechung des BGH wäre damit wieder ein großes Maß an Planungssicherheit gewonnen.

b) In der Rechtsprechung der Untergerichte und im Schrifttum werden zum Teil sehr kontroverse Auffassungen vertreten, ob und wann beim Vorbehalt eines anderen Nutzungsrechts als eines uneingeschränkten Nießbrauchs eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB vorliegt. Nach der hier vertretenen Ansicht spielt diese Frage keine Rolle mehr. Die Rechtsberatung und Vertragsgestaltung würden damit deutlich vereinfacht und auf eine sicherere rechtliche Grundlage gestellt. Diesbezüglich würde auch kein Anlass zu Rechtstreitigkeiten mehr gegeben und – als nützlicher Nebeneffekt – so zur Entlastung der Gerichte mit beigetragen.

c) An dieser Stelle ist noch auf einen weiteren Aspekt hinzuweisen: Die Entwicklung der Grundstückspreise verläuft in Deutschland keineswegs einheitlich. Es gibt Gebiete, in denen die Grundstückspreise auch längerfristig betrachtet stärker steigen als die allgemeinen Lebenshaltungskosten. In diesen Gebieten ist nach der Rechtsprechung des BGH bei der Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen in der Regel der niedrigere Grundstückswert zur Zeit der Schenkung anzusetzen und folglich der Wert des Nutzungsrechts abzuziehen. In den anderen Gebieten ist dagegen der niedrigere Grundstückswert zur Zeit des Erbfalls anzusetzen, der Wert des Nutzungsrechts also nicht in Abzug zu bringen. Das hat zur Folge, dass faktisch der Pflichtteilsergänzungsanspruch in Deutschland regional unterschiedlich berechnet wird. In Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung sollte dies eigentlich vermieden werden.

d) Es wäre zu wünschen, dass der BGH bei nächster Gelegenheit seine Rechtsprechung einer Überprüfung und Korrektur unterzieht. Wie aus seiner Entscheidung vom 8.3.2006 hervorgeht, besteht bei ihm an sich das Bestreben, an einer von ihm entwickelten und jahrelang fortgeführten Rechtsprechung festzuhalten. Der Umstand, dass er sich in seinen Entscheidungen vom 28.4.2010 zur Bewertung des Bezugsrechts einer Lebensversicherung und vom 23.5.2012 zur Aufgabe der Theorie der Doppelberechtigung ausführlich und kritisch mit seinen bis dahin vertretenen Rechtsauffassungen auseinandergesetzt und diese aus besserer Erkenntnis heraus korrigiert hat, berechtigt zu der Hoffnung, dass er auch seine Rechtsprechung zu den Auswirkungen einer Grundstücksschenkung unter Vorbehalt von Nutzungsrechten auf die Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen nochmals überdenkt und ebenfalls einer Korrektur unterzieht.

<sup>58</sup> So auch *Nieder*, DNotZ 1987, 319, 320; MünchKommBGB/*Lange*, § 2325 Rdnr. 59 m. w. N.; BeckOK-BGB/*J. Mayer*, § 2325 Rdnr. 28 m. w. N.

<sup>59</sup> Siehe dazu *Herrler*, ZEV 2008, 461.

<sup>60</sup> Siehe dazu *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 87.

# TAGUNGSBERICHT

## Recht der AGB

### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 22.4.2015

Von Jan Barth, München

Am 22.4.2015 fand die erste Tagung des Sommersemesters 2015 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Recht der AGB“. Zunächst richtete der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, einige einführende Worte an das Auditorium. *Hager* erläuterte, dass eine Entscheidung aus dem Herbst des Jahres 2013 Anlass für die Durchführung einer AGB-rechtlichen Tagung gewesen sei. Damals habe der BGH der bis dato gängigen Bankpraxis, zur Erbenlegitimation einen Erbschein verlangen zu können, eine Absage erteilt. Das Erbscheinsverfahren sei für den Betroffenen teuer und lästig. Allerdings habe der BGH die Frage, wie zukünftig ein Erbnachweis aussehen könne, offengelassen. Hier habe sich der erste Referent, Professor Dr. *Wolfgang Wurmnest*, Augsburg, bereit erklärt, etwas Licht ins Dunkel zu bringen. *Hager* stellte *Wurmnest* und den zweiten Referenten, Notar *Robert Martin*, Altötting, vor. *Martin*, so *Hager*, werde eine weitere Fallgruppe beleuchten, in der das Notariat mit einer AGB-rechtlichen Problematik in Berührung komme. Auch hier sei Grundlage ein Urteil des BGH, diesmal bereits aus dem Jahre 2010, in welchem der BGH Stellung zur maximalen Länge sog. Angebotsfristen bezogen habe. Und auch hierbei sei es an der Praxis, Lösungen zum Umgang mit Alt- und zur Gestaltung von Neuverträgen zu finden. Zunächst übergab *Hager* das Wort an *Wurmnest*, der zu „Erbnachweisklauseln im Visier der AGB-Kontrolle“ referierte.

*Wurmnest* leitete sein Referat ein, indem er auf den Interessenkonflikt der Bank des Erblassers und dessen Erben hinwies. Die Bank habe ein Interesse daran, sich das Erbrecht möglichst aussagekräftig nachweisen zu lassen, um nicht an den Falschen zu leisten. Daher präferierten die Banken einen Erbschein, um schuldbefreiend an dessen Inhaber leisten zu können. Zur Minimierung ihres Risikos vereinbarten die Banken daher per AGB regelmäßig, wie der Erbe des Kunden sein Erbrecht nachweisen könne (sog. Erbnachweisklausel), und weiter, dass sie, bei entsprechendem Nachweis, mit befreiender Wirkung an den Nachweisführer leisten könne (sog. Leistungsbefreiungsklausel). Nachdem die tradierte Erbnachweisklausel, nach der sich die Banken das Recht vorbehielten, einen Erbschein zu verlangen, vom BGH 2013 für unwirksam erklärt wurde,<sup>1</sup> bestehe nun das praktische Problem, wie zukünftig der Erbnachweis gegenüber Kreditinstituten zu führen sei.

Zunächst hielt *Wurmnest* kurz fest, dass eine gesetzliche Regelung darüber, wie der Erbe sein Recht gegenüber einer Bank nachzuweisen habe, nicht bestehe. Ein Recht des Schuldners, seine Leistung an die Vorlage eines Erbscheins zu knüpfen, bestehe ebenfalls nicht. Eine Sonderregel für den Nachweis enthalte § 35 GBO. Jenseits dessen Anwendungsbereichs könne der Schuldner der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme letztlich aber nur durch eine Hinterlegung

begegnen. Diese sei allerdings als ultima ratio den Banken erst gestattet, wenn eine Klärung der Nachlassverhältnisse in naher Zukunft nicht zu erwarten sei oder sich der Erbprätendent trotz bestehender Zweifel über das Erbrecht weigere, einen Erbschein vorzulegen. Daher, so *Wurmnest* weiter, versuchten die Banken, diesen Konflikt vermittels ihrer AGB zu lösen. Nach der inzwischen für unwirksam erklärten Erbnachweisklausel hätten die Banken regelmäßig einen Erbschein verlangen können, wobei die Bank bei Vorlage eines eröffneten Testaments oder Erbvertrags nebst Eröffnungsbeschluss auf die Vorlage habe verzichten können. Der BGH habe darin einen Verstoß gegen § 307 BGB erblickt, da die Klausel nicht danach differenziere, ob im konkreten Einzelfall das Erbrecht auch auf einfachere und kostengünstigere Weise hätte nachgewiesen werden können. Damit gebe die Klausel im Zweifelsfalle stets, d. h. auch in ganz einfach gelagerten Fällen, die Möglichkeit, einen Erbschein zu verlangen, sie sei daher unangemessen.

Da es kaum möglich sei, klar umrissene Kriterien zu benennen, unter welchen Umständen die Vorlage etwa von Personenstandsurkunden oder eines Testaments zum Erbnachweis genüge, hätten die Banken bei der Neufassung der Erbnachweisklausel nunmehr meist lediglich die Rechtslage wiedergegeben und eine allgemeine Beweislastregel für den Erbnachweis formuliert. Diese rein deklaratorischen Klauseln seien lediglich am Transparenzgebot zu messen und hielten diesem Maß stand. Neben der Klauselfestigkeit der neuen Erbnachweisklauseln stelle sich seit der Entscheidung des BGH aber auch verstärkt die Frage nach der Wirksamkeit der Leistungsbefreiungsklauseln. Grundsätzlich müsse der Schuldner, um der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme zu entgehen, an den richtigen Gläubiger leisten. Eine Ausnahme sehe das Gesetz nur hinsichtlich des Scheinerben vor. Durch ihre Leistungsbefreiungsklauseln versuchten die Banken, dies zu ihren Gunsten dahingehend zu modifizieren, dass eine schuldbefreiende Leistung auch an denjenigen möglich sei, der sich durch eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift einer letztwilligen Verfügung des Erblassers nebst zugehöriger Eröffnungsniederschrift als Erbe ausweise. Diese Klauseln seien zwar nicht Gegenstand der genannten Entscheidung gewesen. Allerdings habe der BGH ausgeführt, dass bei der Beurteilung der AGB nicht auf die Interessen des verstorbenen Bankkunden, sondern auf die Interessen seiner Erben abzustellen sei. Dennoch, so *Wurmnest*, seien die Klauseln als wirksam zu betrachten. Zum einen erfassten sie nicht die Fälle der gesetzlichen Erbfolge, sondern nur die Fälle, in denen es mit einem Testament des Bankkunden zumindest einen Anknüpfungspunkt gebe. Zum anderen trete keine Leistungsbefreiung ein, wenn die Bank die Nichtberechtigung gekannt oder fahrlässig verkannt habe. Da die Gründe für eine etwaige Unwirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen in der Sphäre des Erblassers lägen, müsse es zulässig sein, die daraus resultierenden Risiken auf die Erben abzuwälzen. Dies korrespondiere auch mit der Neufassung der Erbnachweisklauseln. In dem Maße, in dem die Kreditinstitute den Erben durch eine größere Bandbreite an Erbnach-

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 8.10.2013, XI ZR 401/12, BGHZ 198, 250 = MittBayNot 2014, 345 m. Anm. *Litzenburger*.

weisen entgegenkämen, müssten sie im Gegenzug auch ihre Haftung beschränken können.

In der Praxis stelle sich nun freilich die Frage, wie die Erben zukünftig im Bankverkehr ihr Erbrecht nachweisen könnten. Soweit eine Parallele zu § 35 GBO gezogen werde, sei zu berücksichtigen, dass die Banken, anders als die Grundbuchämter, keine Nachlassakten beziehen könnten. Außerdem sei den Banken nicht zuzumuten, komplexere Rechtsfragen zu prüfen. Da es im Verkehr mit Kreditinstituten, anders als im Grundbuchverfahren, keine Beweismittelbeschränkung gebe, könne es hingegen tunlich sein, dass diese auch sonstige Beweismittel, etwa die Abschrift eines eröffneten privaten Testaments berücksichtigten. Allgemein könne die Bank daher nur auf die Nachweise bestehen, deren Vorlage dem Erbprätendenten im Einzelfall zumutbar sei. Dabei sei das Risiko der Bank gegen das Interesse des Prätendenten an einem zügigen und kostengünstigen Nachweis abzuwägen. Auch sei zu berücksichtigen, ob die Bank aufgrund ihrer Leistungsbefreiungsklausel mit befreiender Wirkung leisten könne. Gerade deswegen komme nun der Frage, ob diese Klauseln einer Kontrolle standhielten, überragende Bedeutung zu.

In Anwendung dieser grundsätzlichen Erwägung komme einem eröffneten öffentlichen Testament bzw. einem Erbvertrag ein gesteigerter Nachweiswert zu, da der Notar nicht nur dessen Identität und Testierfähigkeit zu prüfen habe, sondern auch darauf hinwirke, dass der wahre Wille des Erblassers deutlich zum Ausdruck komme. In der Regel habe ein Kreditinstitut daher ein notarielles Testament als Nachweis des Erbrechts zu akzeptieren. Wie im Grundbuchverfahren berechtigten allgemeine Vermutungen über die Existenz abändernder Verfügungen allein noch nicht dazu, dennoch Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, solange die Erbfolge zweifelsfrei aus der Urkunde, ggf. unter Hinzuziehung von Personenstandsunterlagen, bestimmbar sei. Ergäben sich Zweifel, etwa weil die Erben nicht namentlich, sondern etwa als Abkömmlinge eingesetzt worden seien, so könne die Bank, ähnlich wie das Grundbuchamt in ähnlich gelagerten Fällen, durch einfache Erklärung von den Prätendenten abfragen, ob weitere Abkömmlinge hinzutreten seien. Die straf- und haftungsrechtlichen Konsequenzen seien genügend, um diese zur Wahrheit anzuhalten. Privatschriftliche Testamente hingegen wiesen für die Banken ein erhöhtes Haftungspotential auf. Könne daher etwa die Urheberschaft des Erblassers durch die Bank anhand ihrer Unterschriftprobe nicht eindeutig festgestellt werden, bestünden Zweifel an der Testierfähigkeit oder könne der Inhalt auch unter Einschaltung der Rechtsabteilung nicht eindeutig ermittelt werden, dürften die Kreditinstitute auch weiterhin im Einzelfall auf die Vorlage eines Erbscheins bestehen. Liege schließlich kein Testament vor, so ergebe sich die Erbfolge aus dem Gesetz. Dann allerdings griffen auch die Leistungsbefreiungsklauseln der Banken nicht, so dass sie sicherlich deutlich häufiger einen Erbschein verlangen könnten. Eine Ausnahme sei aber in ganz einfach gelagerten Fällen geboten. Eine weitere Ausnahme müsse man in Bagatellfällen annehmen, wenn das Auszahlungsrisiko der Bank aufgrund des geringen Kontoguthabens beherrschbar sei. Damit kam *Wurmnest* zum Schluss seiner Ausführungen und wies noch darauf hin, dass in der Praxis der Erbschein auch weiterhin eine nicht unwesentliche Rolle beim Erbnachweis gegenüber Kreditinstituten spielen werde, da eben die meisten Erbfälle ganz ohne Testament abgewickelt würden.

*Martin* leitete sein Referat zur AGB-Problematik bei Angebotsfristen mit dem Hinweis ein, sich der bekannten Thematik

über einen weniger beachteten Aspekt nähern zu wollen. Nach wie vor bestehe freilich ein erhebliches praktisches Bedürfnis nach Vertragsgestaltungen mit gewissen Schwebeständen, etwa um im Vorfeld öffentlichrechtliche Genehmigungen oder Bodenuntersuchungen abzuklären. Paradefall sei der Ankauf von Grundstücken durch eine Gemeinde, die Baugebiet ausweisen wolle, wobei freilich zunächst ein Bauleitplanverfahren ungewissen Ausgangs durchgeführt werden müsse. Dreh- und Angelpunkt, um sich überhaupt mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine vertraglich durch eine Angebotsfrist herbeigeführte Schwebelage einer AGB-Kontrolle standhalte, sei § 310 Abs. 3 BGB. Eine Kontrolle finde danach zwar auch bei einmaliger Verwendung der Vertragsbedingungen statt, allerdings nur, wenn der Vertrag ein Verbrauchervertrag sei und der Verbraucher auf den Inhalt der Formulierung keinen Einfluss haben können. Es sei daher lohnend, so *Martin* weiter, die Unternehmereigenschaft der handelnden Gemeinde genauer zu untersuchen. Erforderlich sei für die Unternehmereigenschaft auch bei Personen des öffentlichen Rechts eine gewerbliche Tätigkeit. Nach den allgemeinen Grundsätzen liege eine solche vor, wenn die Gemeinde planmäßig am Markt agiere. Sie fiele daher unter den Unternehmerbegriff, wenn sie eine Tätigkeit ausübte, die nicht rein öffentlichrechtlich motiviert sei, sondern auch von anderen Rechtssubjekten so durchgeführt werden könnte. Jedenfalls dann, wenn sie nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig im Wettbewerb mit privaten Anbietern Bauland verkaufe, sei dies – auch und gerade bei den sog. Einheimischenmodellen – der Fall. Davon zu unterscheiden sei allerdings, wie der Ankauf von potentiell Bauland zu qualifizieren sei. Käme als Alternative zu einem privatrechtlichen Auftreten der Gemeinde auch ein hoheitliches Handeln, etwa durch eine Enteignung, in Betracht, liege, so *Martin*, möglicherweise keine unternehmerische Tätigkeit vor. Ein weiteres Ausschlusskriterium für die Anwendbarkeit der AGB-rechtlichen Vorschriften sei die bereits erwähnte Möglichkeit des Verbrauchers, auf den Inhalt der Vertragsbedingungen Einfluss zu nehmen. Eine Klausel sei vom Verwender dann nicht ernsthaft zur Disposition gestellt, wenn der Verbraucher nur vor die Wahl gestellt werde, die AGB anzunehmen oder vom Vertragsschluss ganz abzusehen. Beim Verkauf von Bauplätzen an einzelne Bauwerber sei dies regelmäßig der Fall. Bei Ankauf von potentiell Bauland durch die Gemeinde werde allerdings häufig, da es sich um einmalige Vorgänge handele, der Vertrag im Einzelnen ausgehandelt. Dann aber sei schon der Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht eröffnet und es stelle sich auch nicht die Frage, ob eine Angebotsfrist zu lang im Sinne des § 308 Nr. 1 BGB sei.

An dieser Vorschrift, so *Martin* weiter, habe der BGH in seiner ersten Entscheidung von 2010 eine Bindungsfrist gemessen und im Ergebnis für zu lang befunden.<sup>2</sup> Als Maßstab habe sich der BGH bekanntermaßen des § 147 Abs. 2 BGB bedient und für den Regelfall angenommen, dass eine Bindungsfrist vier Wochen nicht übersteigen dürfe. Außerhalb des Anwendungsbereichs der AGB-Prüfung, also etwa im unternehmerischen Rechtsverkehr, ziehe, so *Martin*, lediglich § 138 Abs. 1 BGB eine Grenze. Zu erwägen sei auch, ob im Einzelfall eine längere Bindungsfrist nicht durch Sachgründe gerechtfertigt werden könne, etwa wenn Sonderwünsche des Verbrauchers einen erhöhten Zeitaufwand erforderlich machten. Weitgehendes Einvernehmen bestehe auch darüber, dass eine Überschreitung der vierwöchigen Frist auch durch die Zahlung eines Bindungsentgelts durch den Verwender

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, MittBayNot 2011, 49 m. Anm. *Kanzleiter*.

gerechtfertigt werden könne. Der Gestaltung, die Bindungsfrist für das Angebot auf vier Wochen zu begrenzen, das Angebot danach aber als einseitig widerruflich aufrechtzuerhalten, sei der BGH in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 2013 entgegengetreten.<sup>3</sup> Wesentlicher Begründungsaspekt sei, dass auch durch diese Klausel die Dispositionsfreiheit des Verbrauchers eingeschränkt werde und diese Beschränkung nur durch ein aktives Tun des Verbrauchers aufgehoben werden könne.

Für den Umgang mit Altverträgen, also mit beurkundeten Kaufvertragsangeboten, die eine sehr lange Angebotsfrist vorsähen, schlug *Martin* eine Bestätigung des nichtigen Angebotes nach § 141 BGB vor. Der Anbietende könne bei der Beurkundung der Angebotsannahme erneut mitwirken, etwa durch den Beisatz, dass der Kaufvertrag nochmals rein vorsorglich bestätigt werde. Erforderlich sei allerdings, dass dieser dabei einen entsprechenden Bestätigungswillen habe,

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12, MittBayNot 2014, 42 m. Anm. *Suttmann*.

wofür es allerdings genüge, wenn durch seine Mitwirkung aus seiner Sicht Zweifel an der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ausgeräumt werden sollten. Für Neuverträge, bei denen ein Bedürfnis für einen längeren Schwebezustand bestehe, diskutierte *Martin* schließlich eine Beurkundung aufschiebend bedingter Kaufverträge in Kombination mit Rücktrittsrechten. Auch hier stelle sich freilich die AGB-Problematik, wenn auch im Gewand des § 308 Nr. 3 BGB. Danach sei die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts unwirksam, wenn sich der Verwender ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht lösen könne. Als solcher Grund könne die Abklärung der öffentlichrechtlichen Bebaubarkeit bzw. die Aufstellung eines Bebauungsplanes erwogen werden.

Damit kam *Martin* zum Schluss seiner Ausführungen. Unmittelbar nach den Vorträgen kam es zu einer Diskussion mit den Referenten, die sich den zahlreichen Fragen des Auditoriums widmeten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Teilnehmer und Referenten die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Johannsen/Henrich: Familienrecht. 6. Aufl., Beck, 2015. 2432 S., 149 €

Der durch Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Dieter Henrich* herausgegebene *Johannsen/Henrich* bietet auch in der 6. Auflage eine Kommentierung der auf verschiedene Gesetze verteilten Vorschriften des Familienrechts in einem Band. Eingeschlossen ist das Verfahrensrecht. Hier schafft unter anderem die speziell auf das Verfahren vor den Familiengerichten bezogene Erläuterung der nach § 76 Abs. 1 FamFG und § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG entsprechend anzuwendenden §§ 114-127 ZPO im Vergleich zu anderen Darstellungen einen praktischen Mehrwert.

Der gegenüber der 5. Auflage aus dem Jahr 2010 sowohl in der Gesetzgebung als auch in Rechtsprechung und Schrifttum eingetretenen Weiterentwicklung trägt die Neuauflage zuverlässig Rechnung. Hervorzuheben sind aus Sicht der familiengerichtlichen Praxis die lebensnahen Erläuterungen zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern sowie die übersichtliche Aufarbeitung der umfangreichen Rechtsprechung zum Versorgungsausgleich. Hohe praktische Bedeutung haben ferner die in einem Anhang zu Art. 17 EGBGB erläuterten Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (ABl. 2010 L 343/10).

Zielgruppe des Werks sind in erster Line Rechtsanwälte und Richter. Der durch die hochkarätige Zusammensetzung des Autorenteam sowie die sorgfältige Auswertung der Rechtsprechung gewährleistete enge Bezug zur obergerichtlichen Praxis bietet jedoch auch für den Vertragsgestalter wertvolle Informationen darüber, in welchem Kontext sich die gewählte Regelung im Streitfall bewähren muss. Ein Beispiel sind die Ausführungen zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Familiengericht berechtigt und verpflichtet ist, auch bei Vorliegen einer formell wirksamen Vereinbarung über den Versorgungsausgleich Auskünfte der Versorgungsträger ein-

zuholen. Gestaltungsüberlegungen werden zu den für die notarielle Praxis relevanten Vorschriften nur in groben Zügen skizziert. Formulierungsvorschläge bleiben dem spezifisch kautelarjuristischen Schrifttum (z. B. *Münch*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2013) vorbehalten. Die im Unterhaltsrecht bestehende Besonderheit regional unterschiedlicher Leitlinien der Oberlandesgerichte wird unter Bezugnahme auf die für deren Anwendung formulierten Vorgaben des BGH erläutert. Ein Abgleich des anhand der Kommentierung gefundenen Ergebnisses mit dem Inhalt der örtlich zu berücksichtigenden Leitlinien bleibt naturgemäß erforderlich.

Die Erläuterungen zu den einzelnen Vorschriften sind überzeugend gegliedert, in ganzen Sätzen ausformuliert und durch Zitate – überwiegend aus der obergerichtlichen Rechtsprechung sowie den Gesetzesmaterialien – praxistgerecht belegt. Vorangestellte Übersichten erleichtern den zielgerichteten Zugriff auf einzelne Randnummern. Hinweise auf weiterführende Literatur sind jeweils nach der Wiedergabe des Normtexts in einem Block zusammengefasst. Wünschenswert wäre, bei der Bezugnahme auf in Zeitschriften – häufig der FamRZ – veröffentlichte Entscheidungen ergänzend das Datum, das Aktenzeichen und, soweit vergeben, die amtliche Randnummer der Fundstelle anzuführen. Der elektronische, auf höchstrichterliche Entscheidungen über die Seite des Gerichts kostenlose Zugriff würde hierdurch erleichtert. Bislang ist der handelnde Spruchkörper vorbehaltlich besonders gelagerter Ausnahmefälle, in denen divergierende Entscheidungen desselben Gerichts angeführt werden, erst nach ergänzender Recherche ersichtlich.

Insgesamt ist der Ansatz einer in Kommentarform gefassten, aber auf einen Band beschränkten Darstellung des Familienrechts auch in der Neuauflage überzeugend umgesetzt. Wer einen konkreten Bezug zur forensischen Praxis sucht, trifft mit dem *Johannsen/Henrich* eine erstklassige Wahl.

Regierungsdirektor Dr. *Ullrich Spelsberg-Korspeter*,  
München

### Langenfeld/Milzer: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. 7. Aufl., Beck, 2014. 377 S. + CD-ROM, 59 €

Nach vier Jahren liegt die Neuauflage des ursprünglich von Prof. Dr. *Gerrit Langenfeld* begründeten Werkes vor. Nach dem Tod des Autors im Jahre 2011 wird das Werk nun von Notariatsdirektor *Lutz Milzer* fortgesetzt. *Lutz Milzer*, der ebenso wie *Langenfeld* seine Wurzeln im badischen Notariat hat, tritt hierbei ein schweres Erbe an. Führt er doch ein Werk fort, das von einer Lichtgestalt in der wissenschaftlichen Kautelarjurisprudenz (*Reimann/Bengel* im Nachruf in der ZEV 2011, 617) verfasst worden ist und das zu Recht als ein „Klassiker“ der familienrechtlichen Literatur gilt.

Der neue Autor hat hierbei den methodischen Grundansatz der Vertragsgestaltung nach Eheypen, der maßgeblich von *Langenfeld* geprägt wurde, beibehalten. Die Gliederung in

acht Kapitel entspricht der Voraufgabe. Das Werk hat nicht zuletzt aufgrund der sich kontinuierlich weiterentwickelnden Rechtsprechung des BGH zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen im Vergleich zur Voraufgabe an Umfang wieder etwas zugelegt (77 Seiten) und umfasst nunmehr bei gleichbleibend sehr moderatem Verkaufspreis 377 Seiten.

Aus Praktikersicht erfreulich, beinhaltet das Buch wieder eine CD-ROM, die mit dem im Werk befindlichen Formulierungsvorschlägen aufwartet. Wünschenswert wäre es gewesen, wenn das Verzeichnis der Formulierungsvorschläge mit einem Hyperlink zu den einzelnen Formulierungsvorschlägen ausgestattet worden wäre. Ferner ist kritisch anzumerken, dass das Werk bei Beck-Online nach wie vor nicht im Notar-modul „Notarrecht PLUS“ abrufbar ist, obwohl es ein von Notaren verfasstes Standardwerk v. a. für die notarielle Praxis ist.



Schwerpunkte der Neubearbeitung waren das Unterhaltsrecht, der Abschnitt über den Versorgungsausgleich und die Internationalisierung des Familienrechts einschließlich einer kurzen Darstellung der deutsch-französischen Wahl-Zugewinnungsgemeinschaft. Allerdings sind die in den früheren Rezensionen (vgl. Müller, MittBayNot 2001, 59 zur 4. Auflage und Everts, MittBayNot 2007, 31 zur 5. Auflage) angeführten Kritikpunkte (u. a. die Verweisungs- und Wiederholungsproblematik) nach wie vor noch nicht abgeändert. Neben der Bearbeitung dieser Kritikpunkte wäre eine inhaltliche Vertiefung der auch weiterhin sehr knappen Darstellungen zum Auslandsbezug wünschenswert. Im Vergleich zur Voraufgabe, die hierzu nur in Kapitel 2 (Güterrechtliche Vereinbarungen) eine kurze Ausführung bereithielt, hat der neue Autor nunmehr in Kapitel 1 (Grundlagen) einen neuen, leider aber immer noch sehr knappen Abschnitt (§ 10) hinzugefügt, der sich mit Fragen der Auslandsberührung und der Europäisierung des Familienrechts einschließlich der Rechtswahl auseinandersetzt. Neben der Thematik der güterrechtlichen Rechtswahl (einschließlich der geplanten Rom IVa-Verordnung) geht der Autor hierbei auch kurz auf die Rom III-Verordnung (Scheidungsstatut), das Haager Protokoll vom 23.11.2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (HUnt-Prot) und die Europäische Erbrechtsverordnung ein. Grundsätzlich ist dieses Kapitel noch weiter ausbaufähig, insbesondere was die Anzahl der Formulierungsvorschläge angeht.

Als Neuerungen hervorzuheben sind u. a. die Ausführungen von Milzer zur „neuen Disparitätslehre“ des BGH (Rdnr. 77 ff., hierzu bereits Milzer, NZFam 2014, 773 ff.). Zu Recht zeigt Milzer anhand der nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, NJW 2004, 930 ff. ergangenen BGH-Rechtsprechung, dass es weniger auf den Gegenstand

des Ehevertrags als auf die Umstände des Zustandekommens ankommt (Milzer, NZF am 2014, 773, 775). Denn einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht, wie der BGH bereits in der vorgenannten Grundsatzentscheidung vom 11.2.2004 festgestellt hat. Eine objektiv einseitige Lastenverteilung ist demnach nur zu beanstanden, wenn sie auf der subjektiven Ebene Ergebnis einer unterlegenen Verhandlungsposition des benachteiligten Ehepartners ist (hierzu jüngst BGH, NJW 2014, 1101, 1105). Es ist zu begrüßen, dass Milzer in diesem Zusammenhang die große Bedeutung des geordneten notariellen Verfahrens für die Wirksamkeitskontrolle hervorgehoben hat und die Privatautonomie durch die neueren Entscheidungen des BGH als gestärkt ansieht. Es bleibt zu hoffen, dass sich diese Erkenntnis weiter durchsetzt. Die Ausführungen von Milzer haben mich in meiner Vertragsspraxis bestärkt, von den Beteiligten gewünschten weitreichenden ehevertraglichen Einschränkungen nicht a priori eine Absage zu erteilen, sondern vielmehr in einem (bzw. regelmäßig mehreren) Beratungsgespräch(en) mit den Beteiligten eine einvernehmliche Lösung zu erarbeiten. Dass hierbei regelmäßig vorab ein Entwurf (bzw. meistens mehrere Versionen) versandt wird (werden), versteht sich von selbst. Ebenso, dass dies entsprechend in der Urkunde grundsätzlich dokumentiert werden sollte.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das Werk von Langenfeld in Milzer einen würdigen Nachfolger aus der Praxis gefunden hat. Auch der neue „Langenfeld“ bzw. nunmehr der „Langenfeld/Milzer“ gehört damit weiterhin in die Handbibliothek eines jeden Notars.

Notar Dr. Ralf Menzel, Rottenburg a. d. Laaber

### Kroiß/Horn/Solomon (Hrsg.): Nachfolgerecht – Erbrechtliche Spezialgesetze. 1. Aufl., Nomos Verlag, 2015. 2100 S., 158 €

Wer bei unbefangener Wahrnehmung des Titels des hier zu besprechenden Werkes noch glaubt, der Nomos Verlag wolle mit dem kürzlich erschienenen Buch „Nachfolgerecht“ ein Konkurrenzprodukt zu den bereits zahlreich vorhandenen Praxiskommentaren zur lebzeitigen und letztwilligen Vermögensnachfolge auf dem Markt etablieren, den wird zunächst der Untertitel „Erbrechtliche Spezialgesetze“ stutzig machen und die anschließende Lektüre des Vorworts schließlich eines Besseren belehren. Dort liest man zunächst – völlig zutreffend –, dass sich erbrechtliche Mandate heute nicht mehr allein auf Grundlage des 5. Buches des BGB sachgerecht lösen lassen, sondern dass auch die Kenntnis der Schnittstellen mit anderen Rechtsgebieten – etwa dem Straf-, Arbeits-, Gesellschafts- oder Steuerrecht – erforderlich ist. Ziel des vorliegenden Werkes sei es daher – so liest man weiter –, insgesamt 36 erbrechtlich relevante Rechtsgebiete teils klassisch kommentiert, teils systematisch dargestellt zu behandeln, um so für den Praktiker das relevante Wissen jenseits des Rechts der Vermögensnachfolge im engeren Sinne zu vermitteln.

Um es an dieser Stelle bereits vorwegzunehmen: Herausgekommen ist ein beeindruckender Fundus an erbrechtlichem Spezialwissen, das man in dieser Form im breit gefächerten Büchermarkt bislang vergebens gesucht hat.

Der fast 850 Seiten umfassende Teil 1 des Werkes widmet sich speziellen nachfolgerelevanten Fragen des Zivilrechts. Für die notarielle Praxis bedeutsam sind v. a. die betreuungsrechtlichen Ausführungen von Hecker („Der Betreute als Erbe oder Vermächtnisnehmer“), die Kommentierung von Gutfried zu den §§ 27 bis 35 BeurkG und den einschlägigen Vorschriften der BNotO sowie die Erläuterungen von Schwackenbergs und Plückelmann zu denjenigen Normen des Familien- bzw. des Handels- und Gesellschaftsrechts, die bei der Bearbeitung erbrechtlicher Mandate eine Rolle spielen können. Hervorzuheben sind des Weiteren die instruktiven Ausführungen von Herzog zu den hochaktuellen, bislang nur im Ansatz geklärten Rechtsfragen des sog. „Digitalen Nachlasses“ und der mit Musterformulierungen angereicherte Überblick von Horn zum Themenbereich „(Vorsorge-)Vollmacht“.

In Teil 2 des Buches werden verfahrensrechtliche Fragen beleuchtet. Der Leser findet hier insbesondere eine Kommentierung zu den erbrechtlich relevanten Vorschriften des FamFG, der GBO, des GNotKG und der ZPO. Etwas bedauerlich aus notarieller Sicht ist der Umstand, dass die Ausführungen von Wilsch zum GNotKG sehr „gerichtslastig“ ausgefallen sind und nur vereinzelt Erläuterungen zur Gebührenerhebung durch Notare enthalten. An dieser Stelle gäbe es möglicherweise noch Nachbesserungsbedarf für die 2. Auflage.

Von besonderem Wert auch und gerade für die notarielle Praxis ist Teil 3 des Buches, in dem Köhler auf fast 200 Druck-

seiten eine Kommentierung der gesamten EuErbVO bietet. Aus Praktikersicht erfreulich ist es, dass sich der Autor nicht nur mit einer übersichtlichen und gut lesbaren Erläuterung des neuen Internationalen Erbrechts begnügt hat, sondern diese zudem angereichert wurde mit zahlreichen Hinweisen für die Praxis, Formulierungsbeispielen und Prüfungsschemata. So wird die Lektüre zu einem echten Gewinn.

Für den Notar nicht ganz so relevant – wenngleich nicht minder interessant – sind die folgenden Teile 4 (Strafrecht) und 5 (Verwaltungsrecht) des vorliegenden Werkes. Im vorletzten Teil 6 (Steuerrecht) werden die wesentlichen Steuerfolgen eines Erbfalls dargestellt und praxistaugliche Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt. Zudem findet sich ein Überblick über das Internationale Erbschaftsteuerrecht. Im abschließenden Teil 8 werden schlussendlich die nachfolgerelevanten Vorschriften des SGB I (Allgemeiner Teil), II (Grundsicherung für Arbeitsuchende – „Hartz IV“) und XII (Sozialhilfe) kommentiert und dabei die drängendsten Fragen behandelt, die auch in jedem notariellen Beratungsgespräch und in jeder Beurkundung beantwortet oder zumindest bedacht werden

müssen, soweit deren Gegenstand die lebzeitige Übertragung von Grundbesitz oder Betriebsvermögen bzw. die Gestaltung letztwilliger Verfügungen betrifft.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass den drei Herausgebern und den 30 (!) weiteren Autoren mit der vorliegenden Neuerscheinung ein beachtlicher Wurf gelungen ist. Das Werk füllt eine Lücke im bisherigen Büchermarkt und bietet mit seinem Blick „über den Tellerrand“ zahlreiche informative und – auch für den Notar – praxisrelevante Einblicke in erbrechtliche „Nebenkriegsschauplätze“. Ihm ist daher eine weite Verbreitung zu wünschen. Da allerdings der Schwerpunkt des Werkes nicht den Kernbereich notarieller Tätigkeit betrifft, sondern eher die Anwalts- und Gerichtspraxis im Blick hat, wird das hier zu besprechende Werk wohl nicht zu den unverzichtbaren Bestandteilen einer jeden Notarbibliothek zu zählen sein. Eine interessante Ergänzung und Bereicherung ist das Buch aber allemal.

Notar Dr. *Christoph Röhl*, Wegscheid

### **Philipp: Verschmelzung inländischer Kapitalgesellschaften im Umwandlungssteuerrecht. Duncker & Humblot, 2014. 584 S., 99 €**

Die Dissertation von *Moritz Philipp* wurde nicht ohne Grund in die renommierte Reihe der Schriften zum Steuerrecht von Prof. Dr. *Wolfgang Kessler* in Freiburg aufgenommen. Wenige Dissertationen eignen sich auch für den Praktiker zur Lektüre. Dies mag unterschiedliche Ursachen haben; teils liegt dies in dem sehr beschränkten Blickwinkel, teils in dem rein theoretischen Ansatz begründet. Beides ist bei der Dissertation von *Philipp* nicht anzutreffen. „L’art pour l’art“ ist die Grundmaxime so mancher Dissertation. Keinesfalls gilt dies hingegen für das Werk von *Philipp*, das mit über 570 Seiten bereits umfangmäßig beeindruckt. Viel beeindruckender ist allerdings der Inhalt. Nach einer Einführung von rund 20 Seiten widmet *Philipp* sich in rund 120 Seiten dem Zivil- und Handelsrecht der Verschmelzung von inländischen Kapitalgesellschaften. Damit ist mit über 100 Seiten bereits das gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsrecht von Kapitalgesellschaften in einem Umfang und einer Tiefe dargestellt, dass die Lektüre auch jedem Praktiker und Interessierten des Umwandlungsrechts große Freude bereitet. Den Schwerpunkt der Arbeit bildet hingegen mit rund 300 Seiten die vertiefte Auseinandersetzung mit den umwandlungssteuerrechtlichen Folgen der Verschmelzung inländischer Kapitalgesellschaften. Auch die besonders komplexen Fragen bei Bezügen zu ausländischem Vermögen oder Recht wie bei einem Verwaltungssitz im Ausland werden von *Philipp* dabei nicht gescheut und kompetent behandelt. *Philipp* orientiert sich im steuerrechtlichen Teil der Dissertation in erster Linie an den Vorgaben der Praxis und damit an dem Umwandlungssteuererlass 2011 vom 11.11.2011. Dabei bleibt *Philipp* jedoch keineswegs stehen, sondern hinterfragt die Richtigkeit der Positionen der Finanzverwaltung an zahlreichen Stellen. Dies ist der größte wissenschaftliche Verdienst von *Philipp* und zeigt seinen wissenschaftlichen Mut, sowohl Positionen des BMF als auch des BFH anhand der Grunddogmatik des Gesetzes zu hinterfragen, systematisch das Gesetz und seine Zusammenhänge auszulegen und einem eigenen Ergebnis zuzuführen.

Die Lektüre dieser Dissertation erweckt weniger den Eindruck eines wissenschaftlichen Neulings, sondern zeigt ein erhebliches praktisches Verständnis für umwandlungssteuerrechtliche und gesellschaftsrechtliche Probleme bei Verschmelzungen. Stets hat der Autor dabei nicht nur die Bedürfnisse der Praxis vor Augen, sondern fühlt sich einer steuersystematischen und am Gesetz orientierten Interpretation des Gesetzes verpflichtet. Es wäre wünschenswert, wenn diese Stringenz und Systematik im Steuerrecht häufiger anzutreffen wäre.

Die Gründlichkeit der Arbeit zeigt sich nicht nur, aber auch an dem umfassenden Fußnotenapparat der Arbeit. Mehr als die Hälfte der Seiten ist dadurch gekennzeichnet, dass der im unteren Bereich befindliche Fußnotenapparat einen größeren Raum einnimmt als der eigentliche Text der Arbeit. Darunter leidet die Arbeit und deren Verständlichkeit jedoch keineswegs, da alle entscheidenden Gedankengänge sich ausschließlich im Haupttext der Arbeit wiederfinden. Allein das Literaturverzeichnis, Rechtsquellenverzeichnis und Rechtsprechungsverzeichnis machen mehr als 100 Seiten aus.

Die Dissertation von *Philipp* beweist bereits einen solchen Tiefgang und eine solche Reife in der gedanklichen Auseinandersetzung mit Wissenschaft, Finanzverwaltung und Rechtsprechung, dass der Leser dieser Arbeit den Buchdeckel nach Lektüre der letzten Seite der Arbeit schließt und bereits voller Spannung und Vorfreude darauf wartet, was wir von dem Autor noch in Zukunft zu lesen bekommen werden (bereits eine kurze Suche in elektronischen Datenbanken zeigt, dass die Erwartung weiterer Aufsätze und Werke nicht lange auf sich warten ließ).

Inhaltlich unterscheidet *Philipp* genau zwischen der Ebene der übertragenden Kapitalgesellschaft, bei der auf Antrag eine Buchwertfortführung bei der Schlussbilanz möglich ist, den steuerlichen Wirkungen bei der aufnehmenden Kapitalgesellschaft, die grundsätzlich an die bilanziellen Ansätze der übertragenden Kapitalgesellschaft gebunden ist und der Ebene der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Im Regelfall stellt sowohl für die übertragende Gesellschaft wegen des Subjektsteuerprinzips als auch für die Gesellschafter der

übertragenden Kapitalgesellschaft der Verschmelzungsvorgang einen gewinnrealisierenden Veräußerungstatbestand dar. Von der steuerpflichtigen Gewinnrealisierung kann nur abgesehen werden, soweit die steuerlichen Voraussetzungen der §§ 11 ff. UmwStG erfüllt sind. Zu Recht setzt *Philipp* sich kritisch mit der Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine andere Kapitalgesellschaft auseinander, wenn es sich dabei um eine Organgesellschaft handelt, deren Gewinne einer Mitunternehmerschaft nach § 14 ff. KStG zuzurechnen sind. Dieser Verschmelzungsteil kann nach überzeugender Auffassung von *Philipp* nicht den Möglichkeiten einer Buchwertfortführung entzogen werden.

Besondere Aufmerksamkeit widmet *Philipp* beispielsweise dem Untergang von Verlusten aus Anlass von Verschmelzungen aufgrund § 12 Abs. 3 UmwStG i. V. m. § 4 Abs. 2, 3 UmwStG. Hierin ist eine systematische Ausnahme von der steuerrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge zu sehen. Überzeugend und mit gutem Auge für die praktischen Probleme weist *Philipp* jedoch darauf hin, dass auch ungenutzte Verlustvorträge des aufnehmenden Rechtsträgers untergehen können nach § 8c KStG bzw. § 10a GewStG (S. 380 ff.).

*Philipp* behandelt auch nicht nur die einfachen Fälle von Verschmelzungen, sondern auch die Besonderheiten bei *upstream*-mergers und *downstream*-mergers (steuerrechtlich siehe insbesondere S. 358, 386 ff. und gesellschaftsrechtlich S. 84 ff.). Überzeugend gelangt *Philipp* auf S. 88 ff. zu dem Ergebnis, dass bei einer Verschmelzung die gewährten Anteile gesellschaftsrechtlich nicht zwingend einen angemessenen Gegenwert für die bisherige Beteiligung darstellen müssen, sofern die Anteilsinhaber des übertragenen Rechtsträgers dem zustimmen. Das Handelsregister hat eine entsprechende Wertkongruenz nicht zu prüfen (S. 90). Tiefen Einblick in die praktischen Probleme von Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften mit großem Gesellschafterkreis beweist *Philipp* in seinen Ausführungen auf S. 63. Dort weist er auf den Vorteil der Mehrfachverschmelzung zur *Neugründung* hin, wodurch sich Beschlussmängelklagen durch die Anteilsinhaber übernehmender Rechtsträger vermeiden lassen, indem alle bisher beteiligten Anteilsinhaber an den übertragenden Rechtsträgern beteiligt sind, denen weitgehend die Beschlussmängelklage durch Verweis ins Spruchverfahren abgeschnitten ist.

*Philipp* setzt sich an mehreren Stellen kritisch mit der Auffassung der Finanzverwaltung auseinander und gelangt insbesondere in folgender Hinsicht mit guten Gründen zu abweichenden Ergebnissen vom Umwandlungssteuererlass 2011:

- Zwingende Gewinnrealisierung bei Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine Organgesellschaft mit einkommensteuerpflichtigem Organträger;
- Bewertungsobergrenze „gemeiner Wert“ nach § 11 Abs. 2 Satz 1 UmwStG bei einem gemeinen Wert unterhalb des Buchwerts;
- Keine Entstrickungsprüfung nach § 11 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG für die übergehenden Anteile der Obergesellschaft an der Untergesellschaft auf die Gesellschafter der Obergesellschaft beim *downstream*-merger, da es sich hierbei nicht um übergehende Wirtschaftsgüter im Sinne des § 11 UmwStG handele;
- rückwirkende Organschaftsbegründung durch Rückwirkungsfiktion der finanziellen Eingliederung.

Auch mit den überaus umstrittenen und gleichzeitig praxisrelevanten Fragen der schenkungsteuerpflichtigen Wertverschiebungen zwischen Kapitalgesellschaften und zwischen Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften beschäftigt *Philipp* sich ausführlich und überzeugend, auch vor dem Hintergrund des neugeschaffenen § 7 Abs. 8 ErbStG (siehe S. 449 ff.).

Die Arbeit von *Philipp* ist an Gründlichkeit kaum zu überbieten. Die Arbeit spürt die Probleme der Praxis auf und führt sie auf außerordentlich hohem wissenschaftlichem Niveau einer wissenschaftlich fundiert begründeten und gleichzeitig praxistauglichen Lösung zu. Die Dissertation von *Philipp* ist sicher kein Muss für eine durchschnittliche notarielle Bibliothek. Dem umwandlungsrechtlichen Praktiker mit ausgeprägtem steuerrechtlichem Interesse verspreche ich jedoch, dass er nach erstmaligem Reinschnuppern gerne auf der Suche nach Lösungen für außergewöhnliche Problemfälle in dieser Arbeit nachblättern wird.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

## RECHTSPRECHUNG

## Bürgerliches Recht

1. BGB § 305c Abs. 2, § 307 Abs. 1 Satz 1, § 434 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2, § 633 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 2, § 640 Abs. 1 (*Zahlung der letzten Fertigstellungsrate nur bei Mangelfreiheit der Bauleistung*)

**Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrages verwendete Klausel, wonach der Verkäufer die letzte Rate in Höhe von 3,5 % der Vertragssumme „nach vollständiger Fertigstellung“ fordern darf, ist so zu verstehen, dass nicht nur sämtliche Arbeiten erbracht sein müssen, sondern auch keine Mängel vorhanden sein dürfen. Dies gilt auch für solche Mängel, die der Abnahmefähigkeit nicht entgegenstehen (vgl. auch BGH, Urteil vom 27.10.2011, VII ZR 84/09, NJW 2012, 56).**

LG Heidelberg, Urteil vom 28.3.2014, 3 O 309/13

Die klagende Bauträgerin verlangt von den Beklagten die restliche Zahlung der letzten Kaufpreiskrate (Fertigstellungsrate).

Mit notariellem Kauf- und Werkvertrag vom 24.2.2011 (Anlage K 1) haben die Beklagten von der Klägerin zu gleichen Teilen zwei Eigentumswohnungen (Wohnung A2-09 x: 86,74 m<sup>2</sup> und A2-10 y: 108,22 m<sup>2</sup>) sowie zwei Tiefgaragenstellplätze in der R1-Straße ..., H. (sog. Bahnstadt) zum Gesamtkaufpreis von 680.000 € erworben. Gemäß § 2 Abs. 2 verpflichtet sich der Verkäufer zur Errichtung der Anlage „nach Maßgabe der Baubeschreibung vom 21.12.2010“ (vgl. Anlage K 9) und „unter sorgfältiger Beachtung aller Regeln der Baukunst“. In § 2 Abs. 3 wird auf die Teilungserklärung vom 21.12.2010 Bezug genommen. Zur Fälligkeit des Kaufpreises ist in § 4 des Vertragstextes unter anderem Folgendes geregelt:

„(2) Der Kaufpreis ist gemäß dem vereinbarten Ratenplan nach Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen gemäß Abs. (3) und (4) zinslos fällig, nicht jedoch vor Ablauf von 14 Tagen, nachdem die allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen nach Abs. (3) eingetreten sind und der Verkäufer dem Käufer den Bautenstand schriftlich mitgeteilt hat.

(3) (...)

(4) Der Kaufpreis ist nach Vorliegen der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen gemäß Abs. (3) in Raten zu zahlen. Die Höhe der vom Käufer zu zahlenden Raten legt der Verkäufer nach seinem freien Ermessen entsprechend dem tatsächlichen Bauablauf fest, wobei es nie nur aus den nachgenannten Vorphundertätzen zusammensetzen und höchstens 7 Teilbeträge anfordern darf:

a) (...)

(...)

m) 3,5 % nach vollständiger Fertigstellung.

Gemäß der weiteren Regelung ist der Restbetrag von 5 % der Vertragssumme zur Zahlung fällig nach Erbringung einer Sicherheit durch die Klägerin für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von mindestens 5 % der Gesamtvergütung. Diese Sicherheit hat die Klägerin unstreitig erbracht.

In Bezug auf die Abnahme ist in § 7 unter anderem Folgendes bestimmt:

(...)

(7) Das Gemeinschaftseigentum ist nach vollständiger Fertigstellung abzunehmen. Hierzu wird dem Verwalter Vollmacht erteilt, der bei der Abnahme einen Sachverständigen hinzuziehen muss. Das Recht des Käufers, am Abnahmetermin teilzunehmen und die Abnahme selbst vorzunehmen, bleibt unberührt. Soweit der Käufer die Abnahme nicht selbst durchführt,

erkennt er die vom Verwalter durchgeführte Abnahme als für sich verbindlich an. Im Übrigen gelten die vorstehenden Vereinbarungen auch für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums.

(...)“

Das Sondereigentum an beiden Wohnungen haben die Beklagten gemäß den als Anlage K2 vorliegenden Abnahmeprotokollen am 17.7.2012 abgenommen. Hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums fand am 22.8.2012 unter Teilnahme von Vertretern der Klägerin, der Streithelferin als Generalunternehmer sowie – zumindest zeitweise – mehrerer Wohnungseigentumserwerber und Mitglieder des Verwaltungsbeirats mit dem Gutachter E. eine Begehung statt. Im schriftlichen Abnahmeprotokoll vom selben Tag (Anlage K3) ist festgehalten, dass die Leistungen insgesamt abgenommen wurden unter Vorbehalt der Nachbesserung der in der dortigen Anlage 1 aufgeführten Mängel.

Mit Schreiben vom 18.2.2013 (Anlage K4) hat die Klägerin die Beklagten als „5. Zahlungsanforderung“ die Zahlung der Schlussrate von 3,5 % „nach vollständiger Fertigstellung“ i. H. v. 23.800 € verlangt. Mit Schreiben vom 4.3.2013 (Anlage B1) haben die Beklagten die fehlende Fälligkeit der Rechnung wegen im Einzelnen aufgeführter Mängel gerügt. Mit Schreiben vom 13.10.2013 (Anlage B3) haben die Beklagten die Nichtbeseitigung von Protokollmängeln des Sondereigentums sowie nach der Abnahme sichtbar gewordener weiterer Mängel im Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum gerügt. Am 17.10.2013 haben die Beklagten eine Zahlung von 7.800 € geleistet. Weitere Zahlungen verweigern Sie.

Die Klägerin sowie ihr folgend auch die Streithelferin sind der Ansicht, die Beklagten seien zur Zahlung des noch offenen Teils der Schlussrate verpflichtet. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei das Gemeinschaftseigentum auch ihnen gegenüber wirksam abgenommen worden. Gemäß dem TOP 10 des Protokolls der Wohnungseigentümersammlung vom 4.7.2012 (Anlage K 5), bei der auch die Beklagten anwesend gewesen seien, sei die Verwaltung beauftragt worden, zusammen mit dem Verwaltungsbeirat die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durchzuführen. Die Abnahme sei am 22.8.2012 wirksam erfolgt. Die Klägerin habe die von ihr geschuldete Leistung mangelfrei erbracht. Die von den Beklagten behaupteten Mängel am Gemeinschaftseigentum lägen nicht vor. Ebenso seien die bei Abnahme vorbehaltenen Mängel des Sondereigentums ordnungsgemäß beseitigt worden. Die von dem Beklagten geforderte Bewässerung der Außenanlage sei von der Klägerin nicht geschuldet.

Die Klägerin beantragt, zu erkennen:

Die Beklagten werden verurteilt, an die Klägerin gesamtschuldnerisch 16.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach folgender Zinsstaffel zu zahlen: aus 22.800 € vom 29.9.2013 bis 17.10.2013, aus 16.000 € seit dem 18.10.2013.

Die Beklagten beantragen, die Klage abzuweisen.

(...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Klage ist derzeit unbegründet, da der Zahlungsanspruch auf den Restkaufpreis bzw. die restliche Fertigstellungsrate gemäß dem Kauf- und Werkvertrag vom 24.2.2011 derzeit nicht fällig ist.

1. Gemäß § 4 Abs. 4 Satz 1 des Vertrages ist der Kaufpreis nach Vorliegen der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen gemäß Abs. 3 in Raten zu zahlen. Gemäß § 4 Abs. 4 Satz 2 lt. m) darf der Verkäufer die letzte Rate in Höhe von 3,5 % (der Vertragssumme bzw. des Gesamtkaufpreises) „nach vollständiger Fertigstellung“ fordern. Diese Formulierung ist unmissverständlich und kann, insbesondere durch den Gebrauch des Wortes „vollständig“, bei objektiver und inter-

essengerechter Auslegung nur so verstanden werden, dass nicht nur sämtliche Arbeiten erbracht sein müssen, sondern auch keine Mängel vorhanden sein dürfen bzw. sämtliche vorhandenen Mängel beseitigt sein müssen. Dabei genügt es nicht, wenn wesentliche, die Abnahmefähigkeit im Sinne von § 640 Abs. 1 BGB hindernde Mängel beseitigt sind. Nicht vollständig fertig gestellt ist die Leistung vielmehr nach zutreffender, vom BGH (Urteil vom 27.10.2011, VII ZR 84,09, NJW 2012, 56 Tz. 23) bestätigter Ansicht auch bei solchen Mängeln, die der Abnahmefähigkeit nicht entgegenstehen. Der Verkäufer muss grundsätzlich sämtliche Restmängel seiner Bauleistung beseitigt haben. Eine einschränkende Auslegung der Vertragsbestimmung, bei der es sich (unbestritten) um eine von der Klägerin den Beklagten als Verbrauchern gestellte allgemeine Geschäftsbedingung handelt, dass nur wesentliche, die Abnahmefähigkeit hindernde Mängel der Fälligkeit entgegenstehen, wäre auch mit der gemäß § 305c Abs. 2 BGB gebotenen kundenfreundlichen Auslegung zum Nachteil des Verwenders unvereinbar. Dabei regelt die Bestimmung – wenn man hier eine solche Unterscheidung überhaupt machen möchte – gemäß ihrem Wortlaut und Sinnzusammenhang eine Fälligkeitsvoraussetzung sowohl der letzten Kaufpreisratenforderung als auch des Anspruchs auf den restlichen Kaufpreis (bzw. den restlichen Werklohn) überhaupt.

Ob der Käufer sich im Einzelfall auf die genannte Vertragsbestimmung auch dann berufen kann, wenn lediglich noch derart unwesentliche Mängel vorliegen, dass die Zurückhaltung der Schlussrate als treuwidrig erschiene, bedarf für den Streitfall keiner Entscheidung. Weder die Klägerin noch die Streithelferin haben ein solch treuwidriges Verhalten der Beklagten behauptet. Die Mängel der von der Klägerin erbrachten Leistung sind, wie sogleich auszuführen ist, auch erheblich.

2. Im erreichten Sach- und Streitstand steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerin die geschuldete Leistung derzeit nicht mangelfrei erbracht hat.

(...)

d) Ob weitere Mängel vorhanden sind, kann dahinstehen. Eine Beweisaufnahme darüber ist entbehrlich. Bereits die vorgenannten Mängel sind erheblich und führen zu dem Ergebnis, dass die Leistung der Klägerin nicht wie vertragsgemäß als Fälligkeitsvoraussetzung geregelt vollständig fertig gestellt ist.

3. Ohne Erfolg behauptet die Klägerin, das Gemeinschaftseigentum sei mit Wirkung für die Beklagten abgenommen worden. Abgesehen davon, dass es hierauf bereits nach der Regelung zur Fälligkeit der Schlussrate „nach vollständiger Fertigstellung“ gemäß § 4 Abs. 4 des Vertrages nicht entscheidend ankommt (vgl. oben 1.), vermag das Gericht im erreichten Sach- und Streitstand von einer auch gegenüber den Beklagten wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht auszugehen.

a) Die Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft konnte die Abnahme am 22.8.2012 insoweit nicht wirksam erklären. Die formularmäßige Bevollmächtigung gemäß § 7 Abs. 7 des Vertrages ist unbeachtlich. Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrages verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmbaren Erstverwalter ermöglicht, ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Sie benachteiligt die Erwerber unangemessen. Denn es besteht die Gefahr, dass ein solcher Verwalter die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums nicht neutral prüft, sondern zugun-

sten des Bauträgers verfährt, wodurch dieser entscheidenden Einfluss auf die Abnahme nehmen könnte (BGH, Beschluss vom 12.9.2013, VII ZR 308/12, juris, NJW 2013, 3360 Tz. 8).

b) Da die Beklagten selbst eine rechtsgeschäftliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht erklärt haben, kann diese mit Wirkung für sie allenfalls durch den Verwaltungsbeirat auf der Grundlage des Beschlusses zu TOP 10 der Wohnungseigentümersammlung vom 4.7.2012 herbeigeführt worden sein, in welchem die Verwaltung beauftragt worden ist, zusammen mit dem Verwaltungsbeirat die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durchzuführen. Ob dieser Beschluss nicht nur eine Beauftragung, sondern zugleich eine wirksame Bevollmächtigung des Verwaltungsbeirats enthält, kann dahinstehen. Jedenfalls hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin nicht bewiesen, dass der Verwaltungsbeirat tatsächlich die Abnahme erklärt hat. Insofern verweisen die Beklagten zutreffend darauf, dass dies entgegen dem Vortrag der Klägerin bei der Abnahmebegehung am 22.8.2012 ausweislich des Protokolls gerade nicht geschehen ist. Vielmehr waren alle drei Verwaltungsbeiräte nicht bis zum Schluss der Begehung anwesend und haben auch das Protokoll nicht unterschrieben. Soweit sich der Wohnungseigentümer Dr. U. bereit erklärt hat, das Protokoll zu unterzeichnen, ist bereits nicht nachgewiesen, ob alle drei Verwaltungsbeiräte diese Erklärung nachträglich genehmigt haben. Gegenstand der von der Klägerin behaupteten nochmaligen Begehung am 28.8.2013 war nach deren eigenen Vortrag lediglich die Beseitigung der im Abnahmeprotokoll vorbehaltenen Mängel. Zudem seien hier lediglich zwei (der insgesamt drei) Verwaltungsbeiräte anwesend gewesen. Hier von abgesehen führen die Beklagten mit Recht aus, dass eine Genehmigung auch nicht wirksam hätte erteilt werden können, da nach Wortlaut und Sinn und Zweck des zugrundeliegenden Beschlusses der Eigentümersammlung nicht nur die Abnahmeerklärung, sondern auch der dieser Abnahme zugrundeliegende Prüfungsvorgang durch die Verwaltungsbeiräte persönlich hätte erfolgen müssen.

(...)

2. BGB § 892; WEG § 8; GBO § 53 Abs. 1 (*Unterteilung von Wohnungseigentum ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer*)

1. **Die ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer erfolgte Unterteilung eines Wohnungseigentums ist unzulässig, wenn Räume, die nach der Teilungserklärung nicht zu Wohnzwecken dienen, nach der Unterteilungserklärung ein neues Wohnungseigentum bilden.**
2. **Grundbucheintragungen, die eine solche Unterteilung vollziehen, sind inhaltlich unzulässig und können nicht Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb sein.**

BGH, Beschluss vom 4.12.2014, V ZB 7/13

Der während des Rechtsbeschwerdeverfahrens verstorbene Rechtsvorgänger der Beteiligten zu 1 (fortan: Beteiligter zu 1) und der Beteiligte zu 2 bildeten eine Wohnungseigentümergeinschaft, zu deren Anlage zwei Wohneinheiten gehören. Nach der Teilungserklärung vom 11.4.1994 ist das Sondereigentum des Beteiligten zu 1 im Erd- und Dachgeschoss des in Hanglage errichteten Gebäudes belegen (Wohnung Nr. 1). Das Sondereigentum des Beteiligten zu 2 (Grundbuch Bl. 2994, in der Beschwerdeentscheidung irrtümlich mit Bl. 2993 bezeichnet) befindet sich in den beiden darunter liegenden Stockwerken (Wohnung Nr. 2); es umfasst unter anderem die „Woh-

nung“ in dem „Kellergeschoss“ und „sämtliche Kellerräume“ in dem (unter dem Kellergeschoss liegenden) „Untergeschoss“.

Mit notarieller Urkunde vom 13.5.2011 unterteilte der Beteiligte zu 2 ohne Zustimmung des Beteiligten zu 1 sein Wohnungseigentum unter Bezugnahme auf einen geänderten Aufteilungsplan in zwei getrennte Wohneinheiten. Der erste neu gebildete Miteigentumsanteil ist im Wesentlichen mit dem Sondereigentum an den Räumen im Kellergeschoss verbunden (Wohnung Nr. 2 neu), der weitere Miteigentumsanteil mit dem Sondereigentum an den Räumen im Untergeschoss (Wohnung Nr. 2 a). Mit notariellem Vertrag vom 26.5.2011 übertrug der Beteiligte zu 2 die Einheit Nr. 2a unentgeltlich auf die Beteiligte zu 3, seine Tochter. Am 22.7.2011 schloss das Grundbuchamt antragsgemäß das Grundbuch für das bisherige Wohnungseigentum Nr. 2 (Bl. 2994) und legte neue Grundbücher für die Wohnungseigentumseinheiten Nr. 2 neu (Bl. 3634) und Nr. 2a (Bl. 3635) an. An demselben Tag trug es auch die Übertragung der Einheit Nr. 2a auf die Beteiligte zu 3 in das Grundbuch ein.

Den Antrag des Beteiligten zu 1, hinsichtlich der Eintragung der Unterteilung und der Übertragung auf die Beteiligte zu 3 einen Amtswiderspruch einzutragen, hat das Grundbuchamt zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos gewesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Rechtsnachfolgerin des Beteiligten zu 1 dessen Rechtsschutzziel weiter.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Beschwerdegericht sieht die von dem Beteiligten zu 2 vorgenommene Aufteilung in zwei Wohneinheiten als unzulässig an. Die im Untergeschoss gelegenen Räume hätten nach der Teilungserklärung vom 11.4.1994 nicht zu Wohnzwecken gedient und könnten daher ohne die Zustimmung des Beteiligten zu 1 nur eine Teileigentumseinheit bilden. Die Beteiligte zu 3 habe die Einheit aber gutgläubig als Wohnungseigentum erworben. Die Bezeichnung als Wohnungs- oder Teileigentum nehme an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Eine positive Kenntnis der Beteiligten zu 3 von der Unzulässigkeit der Aufteilung sei zu verneinen. Selbst wenn diese die Tatsachen gekannt haben sollte, aus denen sich die Unrichtigkeit der Bezeichnung „Wohnungseigentum“ ableite, sei sie insoweit einem erklärlichen Rechtsirrtum unterlegen; immerhin habe das Grundbuchamt die Rechtsauffassung des Beteiligten zu 2 geteilt und die Aufteilung für zulässig gehalten.

## III.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die statthafte (§ 78 GBO) und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die Unterteilung ohne Mitwirkung des Beteiligten zu 1 unzulässig ist, weil die Räume im Untergeschoss, die nunmehr die Wohneinheit Nr. 2a bilden sollen, nicht zu Wohnzwecken dienen.

a) Dass die Räume im Untergeschoss nicht zu Wohnzwecken dienen, ergibt sich aus dem Grundbuch des Wohnungseigentums Nr. 2 (Bl. 2994) und der dort in Bezug genommenen Teilungserklärung vom 11.4.1994.

aa) Ob eine Grundbucheintragung Nutzungsbeschränkungen enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Weil die Teilungserklärung und der darin in Bezug genommene Aufteilungsplan Bestandteil der Grundbucheintragung sind, kann das Beschwerdegericht die Auslegung auch insoweit in vollem Umfang nachprüfen. Dabei ist – wie stets bei Auslegung einer Grundbucheintragung – auf den Wortlaut und Sinn der Teilungserklärung abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb der Eintragung und der dort zulässig in

Bezug genommenen Unterlagen, insbesondere also der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung, dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. nur Senat, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, BGHZ 160, 354, 361 f. m. w. N.). Angaben in dem Aufteilungsplan kommt allenfalls nachrangige Bedeutung zu (Senat, Urteile vom 15.1.2010, V ZR 40/09, NJW-RR 2010, 667 Rdnr. 7 ff.; vom 16.11.2012, V ZR 246/11, ZWE 2013, 20 Rdnr. 5).

bb) Die Auslegung der Grundbucheintragung ergibt, dass die Räume im Untergeschoss nicht zu Wohnzwecken dienen. Sowohl in der Grundbucheintragung selbst als auch in der Teilungserklärung vom 11.4.1994 werden die Räume im Untergeschoss als „Kellerräume“ bezeichnet, die Räume im Kellergeschoss dagegen als „Wohnung nebst Kellerraum“. Dies steht – auch wenn dem allenfalls nachrangige Bedeutung zukommt – im Einklang mit dem Aufteilungsplan. In dem Gebäudequerschnitt wird das Untergeschoss als „Keller I“ bezeichnet; auch im Grundriss des Untergeschosses sind die einzelnen Räume als Keller I, II und III gekennzeichnet. Die Gegenüberstellung von Wohn- und Kellerräumen ist nächstliegend dahingehend auszulegen, dass zum Wohnen nur die Wohn-, nicht aber die Kellerräume dienen sollen.

cc) Hieraus ergibt sich eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter für die Räume im Untergeschoss, die diese zu Nebenräumen und ihre Nutzung zu nicht nur vorübergehenden Wohnzwecken unzulässig macht (vgl. Senat, Beschluss vom 16.6.2011, V ZA 1/11, ZfIR 2011, 757 Rdnr. 6 [Teileigentum und Hobbyraum]; Urteil vom 11.5.2012, V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rdnr. 9; Urteil vom 16.5.2014, V ZR 131/13, NJW 2014, 2640 Rdnr. 7 [Spitzboden]; OLG Zweibrücken, FGPrax 2006, 114 f. [Keller]; *Schultzky in Jennißen*, WEG, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 47). Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – Nebenräume Teil einer Wohnung sind und in der Teilungserklärung daher nicht ausdrücklich als Teileigentum bezeichnet werden („unselbständiges Teileigentum“, vgl. *Schultzky in Jennißen*, WEG, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 30; *Klein in Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 39). Ob die Räume tatsächlich zu Wohnzwecken genutzt worden sind, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

b) Dagegen wird das Sondereigentum in dem für die Einheit Nr. 2a angelegten Grundbuch (Bl. 3635) sowohl in der Grundbucheintragung selbst als auch in der in Bezug genommenen Teilungserklärung vom 13.5.2011 als „Wohnung im 2. Untergeschoss“ bezeichnet. Dementsprechend dient das Untergeschoss nach den Angaben in dem Gebäudequerschnitt des geänderten Aufteilungsplans dem „Wohnen“, und die einzelnen Räume werden im Grundriss des Untergeschosses nunmehr mit „Schlafen“, „Bad“, „Wohnen/Essen/Kochen“ gekennzeichnet.

c) Die ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer erfolgte Unterteilung eines Wohnungseigentums ist unzulässig, wenn – wie hier – Räume, die nach der Teilungserklärung nicht zu Wohnzwecken dienen, nach der Unterteilungserklärung ein neues Wohnungseigentum bilden. Zwar bedarf die Unterteilung von Wohnungseigentum in zwei oder mehrere Einheiten nach der Rechtsprechung des Senats nicht der Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer; dies gilt – vorbehaltlich einer Vereinbarung gemäß § 12 WEG – auch für die nachfolgende Veräußerung der neu geschaffenen Einheiten (Senat, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 211/11, NJW 2012, 2434 Rdnr. 8 ff.; Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 2/78, BGHZ 73, 150, 155; Beschluss vom 17.1.1968, V ZB 9/67, BGHZ 49, 250 ff.). Anders liegt es aber, wenn – wie hier – im Zuge der

Aufteilung die bisherige Zweckbestimmung der Räume geändert wird (so bereits Senat, Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 2/78, BGHZ 73, 150, 152; BayObLG, NJW-RR 1986, 244 f.; vgl. auch *Riecke/Schmid/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 77; *Timme/Kral*, WEG, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 67.1; *Bauer/v. Oefele*, GBO, 3. Aufl., Rdnr. AT V 365). Dies erforderte eine Änderung der Teilungserklärung vom 11.4.1994, die materiellrechtlich durch eine Vereinbarung (ggf. – unter den Voraussetzungen von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG – auf Verlangen eines Wohnungseigentümers) erfolgen kann; grundbuchrechtlich bedarf es einer Bewilligung (§§ 19, 29 GBO) der weiteren Wohnungseigentümer, hier des Beteiligten zu 1. Andernfalls hätte zwar eine Unterteilung in eine Wohneinheit (Nr. 2) und eine Teileigentumseinheit (Nr. 2a) erfolgen können, nicht aber die Unterteilung in zwei Wohneinheiten.

2. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts können die Grundbucheintragungen, die eine solche Unterteilung vollziehen, nicht Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb (hier der Beteiligten zu 3) sein; sie sind im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ihrem Inhalt nach unzulässig. Inhaltlich unzulässig ist eine Eintragung, die ihrem – ggf. durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt nach einen Rechtszustand oder -vorgang verlaubar, den es nicht geben kann; dem steht es gleich, wenn Eintragungsvermerke in einem wesentlichen Punkt einander widersprechende Angaben enthalten oder so unklar sind, dass ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann (RGZ 113, 223, 231; 130, 64, 67; BayObLGZ 1987, 390, 393; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 53 Rdnr. 49). Eine solche Eintragung ist ohne materielle Wirkung und scheidet als Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb gemäß § 892 BGB aus (vgl. Senat, Urteile vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 170 f.; vom 1.10.2004, V ZR 210/03, NJW-RR 2005, 10, 11). So liegt es bei der Eintragung der durch die Unterteilung vermeintlich entstandenen Wohneinheiten in dem Bestandsverzeichnis des Grundbuchs, weil diese – wie die Rechtsbeschwerde zutreffend hervorhebt – in einem unauflöselichen Widerspruch zu der in dem Grundbuch Bl. 2994 in Bezug genommenen Teilungserklärung vom 11.4.1994 steht.

a) Die Rechtsverhältnisse innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft bestimmen sich ungeachtet der Unterteilung ergänzend nach der Teilungserklärung vom 11.4.1994.

aa) Auf diese wird in den neu angelegten Grundbüchern (Bl. 3634 und 3635) zwar nicht ausdrücklich Bezug genommen. Das ist aber auch nicht erforderlich, weil der (aufgeteilte) Bestand aus dem Grundbuch Bl. 2994 in die neuen Grundbücher übertragen worden ist. Die in den neuen Grundbüchern allein in Bezug genommene Unterteilungserklärung vom 13.5.2011 bezieht sich ausschließlich auf das unterteilte (frühere) Wohnungseigentum Nr. 2. Dementsprechend regelt auch der geänderte Aufteilungsplan nur die Unterteilung (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 76). Dagegen richten sich die Beziehungen zu dem weiteren Wohnungseigentümer, die Vereinbarungen und die Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum weiterhin nach der für die gesamte Anlage geltenden Teilungserklärung vom 11.4.1994. Aus dieser ergibt sich, welche Räume zum gemeinschaftlichen Eigentum gehören und welche Vereinbarungen mit dinglicher Wirkung (§ 10 Abs. 3 WEG) getroffen worden sind (vgl. BayObLGZ 1998, 70, 73 f.; *Armbrüster*, WEG, 12. Aufl., § 2 Rdnr. 97; offengelassen von Senat, Urteil vom 1.10.2004, V ZR 210/03, NJW-RR 2005, 10, 11).

bb) Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass nur der letzte Grundbuchstand für den gutgläubigen Erwerb maßgeblich sei (vgl. aber *Röll*, DNotZ 1993, 158, 162 f.; ähnlich *Staudinger*/

*Rapp*, 2005, § 6 WEG Rdnr. 4b; *ders.*, MittBayNot 1996, 344, 347). Denn der aktuelle Grundbuchinhalt im Verhältnis zu dem Beteiligten zu 1 als weiterem Wohnungseigentümer ergibt sich unverändert aus der Teilungserklärung vom 11.4.1994 (vgl. BayObLGZ 1998, 70, 73 f.; BayObLG, NJW-RR 1996, 721, 722; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2976a). Dies ist eine notwendige Folge des Umstands, dass die von einem einzelnen Wohnungseigentümer vorgenommene Unterteilung seines Wohnungseigentums nur für diese Einheit Geltung beanspruchen, nicht aber die Teilungserklärung nebst Aufteilungsplan insgesamt ändern oder außer Kraft setzen kann (vgl. BayObLG, DNotZ 1988, 316, 317). Die einseitige Befugnis zur Unterteilung besteht nur, wenn und soweit der Status der übrigen Wohnungseigentümer gewahrt wird (vgl. Senat, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 211/11, NJW 2012, 2434 Rdnr. 8 m. w. N).

b) Die Teilungserklärung vom 11.4.1994 und die Unterteilungserklärung vom 13.5.2011 widersprechen sich inhaltlich, weil die Räume im Untergeschoss in ersterer als Keller- und in letzterer als Wohnräume ausgewiesen sind. Infolgedessen ist ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen; das Grundbuch ist nicht lediglich unrichtig, was zur Folge hätte, dass ein gutgläubiger Erwerb möglich und ggf. ein Amtswiderspruch einzutragen wäre.

aa) Eine bloße Unrichtigkeit des Grundbuchs lässt sich nicht aus der Überlegung ableiten, dass der verlaubarte Rechtszustand zuträfe, wenn der Beteiligte zu 1 materiellrechtlich seine Zustimmung erteilt hätte.

(1) Richtig ist allerdings, dass das Fehlen einer erforderlichen grundbuchrechtlichen Bewilligung (§§ 19, 29 GBO) das Grundbuch für sich genommen allenfalls unrichtig werden lässt, nämlich dann, wenn die materielle Rechtslage unrichtig wiedergegeben ist; andernfalls ist das Grundbuch ungeachtet der fehlenden Bewilligung richtig (*Meikell/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 19 Rdnr. 166; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 17, jeweils m. w. N.). Daher ließe sich argumentieren, dass das Grundbuch nicht in sich widersprüchlich, sondern lediglich unrichtig ist, weil die fehlende Vereinbarung gemäß § 10 Abs. 2 WEG formlos zustande gekommen sein könnte (vgl. zu Letzterem nur *Bärmann/Klein*, WEG, 12. Aufl., § 10 Rdnr. 67).

(2) Diese Sichtweise ließe jedoch außer Acht, dass die Unterteilung eines Wohnungseigentums mit geänderter Zweckbestimmung auf Dauer erfolgt. Die Änderung der Zweckbestimmung muss deshalb auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern der Wohnungseigentümer wirken. Dies ist nur der Fall, wenn die betreffende Vereinbarung gemäß § 10 Abs. 3 WEG als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen ist und damit dingliche Wirkung hat (vgl. Senat, Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 11/77, BGHZ 73, 145, 148; BGH, Beschluss vom 13.9.2000, V ZB 14/00, BGHZ 145, 133, 137). Eine außerhalb des Grundbuchs zustande gekommene Vereinbarung kann dagegen nicht taugliche Grundlage einer solchen Unterteilung sein. Weil sie nur zwischen den Beteiligten wirkt, würde das Grundbuch unrichtig, sobald ein Wohnungseigentümer aus dem Verband ausscheidet. Richtigerweise kann ein Erwerber nicht darauf vertrauen, dass die Räume Wohnzwecken dienen, wenn eine entsprechende Vereinbarung aller Wohnungseigentümer nicht aus dem Grundbuch hervorgeht und deshalb ein Widerspruch zwischen Teilungs- und Unterteilungserklärung besteht.

bb) Dass es sich um eine inhaltlich unzulässige Eintragung handelt, belegt zudem der unauflöseliche Widerspruch zwischen den für die einzelnen Einheiten angelegten Grundbüchern, den ein gutgläubiger Erwerb nach sich zöge. Bei einer

Unterteilung wird in den Grundbüchern der übrigen Sondereigentumseinheiten nämlich nur die Veränderung der Beschränkung des Miteigentums durch das aus der Unterteilung hervorgegangene Sondereigentum vermerkt (§ 7 Abs. 1 Satz 2 WEG, § 3 Abs. 1c) WGV; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2976; *Meikell/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 3 WGV Rdnr. 23). Die Unterteilungserklärung und der die Unterteilung betreffende Aufteilungsplan werden dort hingegen nicht in Bezug genommen, weil sie nur die unterteilte Einheit betreffen. Demzufolge wären die Räume nach dem Inhalt der für die übrigen Einheiten angelegten Grundbücher weiterhin Teileigentum, obwohl ein gutgläubiger Erwerb von Wohnungseigentum stattgefunden hätte.

3. Die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung als Wohnungseigentum betrifft sämtliche Räume der Einheit Nr. 2a und erstreckt sich auf die gesamten im Zusammenhang mit der Unterteilung bewirkten Eintragungen (vgl. BayObLGZ 1995, 399, 404; 1998, 70, 74 f.; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 73). Die Unterteilung kann nicht mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, dass das Wohnungseigentum Nr. 2a eine Teileigentumseinheit darstellt, weil eine inhaltlich unzulässige Eintragung nur durch Löschung, nicht aber durch Berichtigung oder Vervollständigung beseitigt werden kann (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 53 Rdnr. 59; *Meikell/Streck*, GBO, 10. Aufl., § 53 Rdnr. 137, jeweils m. w. N.). Im Übrigen ist nicht anzunehmen, dass der Beteiligte zu 2 die Unterteilung auch mit diesem Ziel vorgenommen hätte. Weil sich die Eintragung des unterteilten Wohnungseigentums als unzulässig darstellt, ist auch die Eintragung der Beteiligten zu 3 ohne materielle Wirkung geblieben.

#### IV.

Die angefochtene Entscheidung kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist zur Endentscheidung reif (§ 78 Abs. 3 GBO, § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG). Da das Rechtsbeschwerdegericht die Unzulässigkeit der Eintragungen von Amts wegen beachten muss, ist es an das von dem Rechtsbeschwerdeführer verfolgte Rechtsschutzziel nicht gebunden (BayObLGZ 1998, 70, 72 f.; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 53 Rdnr. 56). Weil die Eintragungen inhaltlich unzulässig sind und sich ein gutgläubiger Erwerb hieran nicht anknüpfen kann, ist nicht – wie beantragt – ein Amtswiderspruch einzutragen. Vielmehr ist das Grundbuchamt anzuweisen, eine Löschung der im Zusammenhang mit der Unterteilung vorgenommenen Eintragungen von Amts wegen vorzunehmen (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO). Der Sache nach muss die Unterteilung rückgängig gemacht werden; die Grundbücher Bl. 3634 und Bl. 3635 sind zu schließen und der (nicht unterteilte) Bestand in ein neu anzulegendes Grundbuchblatt zu überführen, das den Beteiligten zu 2 als Eigentümer ausweist (vgl. BayObLGZ 1995, 399, 404).

(...)

#### Anmerkung:

In Zeiten knappen Wohnraums werden immer häufiger in Gebäuden bisher nicht ausgebaute Räume zu Wohnzwecken ausgebaut. Die Städteplaner nennen dies „Nachverdichtung“. Ist das Gebäude, in dem ausgebaut werden soll, in Wohnungseigentum aufgeteilt, so ergibt sich die erste Differenzierung bei der Frage, ob die neu auszubauenden Räume bisher im Gemeinschaftseigentum stehen oder ob sie bereits zum Sondereigentum in der Form des Teileigentums einem Wohnungseigentümer alleine gehören. Wird Gemeinschaftseigentum ausgebaut, so handelt es sich um eine bauliche Verände-

rung gemäß § 22 Abs. 1 WEG,<sup>1</sup> die wegen des damit verbundenen finanziellen Aufwandes jeden Wohnungseigentümer betrifft und deshalb auch nur mit Zustimmung *aller* Wohnungseigentümer beschlossen werden kann. Der Ausbau selbst ändert an der Eigentumssituation nichts; die neuen Wohnräume bleiben im Gemeinschaftseigentum. Der vom BGH entschiedene Fall betrifft die andere Variante: Bisherige, im Sondereigentum stehende Nebenräume (im BGH-Fall Kellerräume) werden zu Wohnzwecken ausgebaut. Im BGH-Fall entstand dadurch im gesamten Bereich des Sondereigentums des ausbauenden Eigentümers eine zweite, in sich abgeschlossene Wohnung. Dementsprechend unterteilte der Wohnungseigentümer auf der Grundlage eines für seine bisherige Einheit neu erstellten Aufteilungsplanes samt Abgeschlossenheitsbescheinigung in zwei Einheiten. Dabei wandelte er die im ursprünglichen Aufteilungsplan von 1994 ausgewiesenen Kellerräume, die nach Ausbau wohnungsmäßig nutzbar waren, in Wohnungseigentum um. Eine Zustimmung des anderen Wohnungseigentümers (im entschiedenen Fall bestanden von Anfang an nur zwei Einheiten) lag dem Grundbuchamt nicht vor. Gleichwohl hat dieses die Unterteilung mit der beantragten Änderung in Wohnungseigentum vollzogen.

1. In Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung nimmt der BGH an, dass die Unterteilung eines Wohnungseigentums in zwei oder mehrere Einheiten nicht der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer bedarf,<sup>2</sup> auch wenn in diesem Zusammenhang eine Veräußerung einer neu geschaffenen Einheit stattfindet (Ziffer III. 1. c)). Dies entspricht allgemeiner Meinung.<sup>3</sup> Vorbehalte sind jedoch dann angebracht, wenn die Unterteilung Auswirkungen auf das Stimmrecht<sup>4</sup> der anderen Wohnungseigentümer hat oder wenn im Zusammenhang mit der Unterteilung bisheriges Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum im Wege der Auflassung überführt werden muss, um beispielsweise einen im Gemeinschaftseigentum stehenden Vorflur für die unterteilten Einheiten zu schaffen.<sup>5</sup> Eine Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer ist jedoch auch dann erforderlich, wenn mit der Unterteilung eine Änderung der im Grundbuch eingetragenen Vereinbarung gemäß § 10 Abs. 3 WEG einhergeht, insbesondere wenn eine Nutzungsänderung, zum Beispiel Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum oder umgekehrt, erfolgen soll.

2. Im entschiedenen Falle hatte das Grundbuchamt die zu Wohnzwecken ausgebauten Kellerräume unter Bezugnahme auf den neuen Aufteilungsplan als Wohnungseigentum im Grundbuch eingetragen, wobei die Zustimmung des anderen Wohnungseigentümers fehlte. Bereits aus dem formellen Konsensprinzip des § 19 GBO ergibt sich, dass der andere Wohnungseigentümer durch die Nutzungsänderung in seinem Recht betroffen ist, so dass das Grundbuchamt ohne seine Zustimmung die Eintragung nicht hätte vornehmen dürfen. Der BGH beschäftigt sich in der Entscheidung schwerpunktmäßig mit der Frage, ob diese fehlerhafte Eintragung lediglich zu einer Unrichtigkeit des Grundbuchs, wie vom Beschwerdegericht angenommen, führt oder ob gar eine inhaltliche Unzu-

<sup>1</sup> *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl. 2015, § 22 WEG Rdnr. 2.

<sup>2</sup> BGH, Entscheidung vom 17.1.1968, V ZB 9/67, BGHZ 49, 250; BGH, Entscheidung vom 24.11.1978, V ZB 2/78, BGHZ 73, 150; BGH, Entscheidung vom 7.10.2004, V ZB 22/04, BGHZ 160, 366.

<sup>3</sup> *Staudinger/Rapp*, WEG, 2005, § 6 Rdnr. 4; *Palandt/Bassenge*, a. a. O., Rdnr. 6.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, BGHZ 160, 367; BGH, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 211/11 NJW 2012, 2434 Rdnr. 8; Beck'sches Notarhandbuch/*Rapp*, 6. Aufl. 2014, A III Rdnr. 85a.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 5.10.1998, II ZR 182/97, DNotZ 1999, 661; OLG München, DNotI-Rep. 2007, 164; Beck'sches Notarhandbuch/*Rapp*, a. a. O., Rdnr. 83.



lässigkeit der Eintragung gegeben ist. Der entscheidende Unterschied zwischen der Unrichtigkeit des Grundbuchs und der unzulässigen Eintragung besteht darin, dass sich an die Erstere ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann, an die Letztere jedoch nicht.<sup>6</sup>

Eine inhaltlich unzulässige Eintragung liegt dann vor, wenn ein Rechtszustand verlaublich wird, den es nicht geben kann, also zum Beispiel einen vererblichen Nießbrauch oder einen eingetragenen Mietvertrag. Angesichts des Typenzwanges im Sachenrecht ist es evident, dass solche Rechte nicht bestehen können. Der inhaltlich unzulässigen Eintragung wird gleichgestellt eine in sich widersprüchliche Eintragung, vor allem eine Doppeleintragung<sup>7</sup> für dasselbe Eigentum.

#### Beispiel:

Für das Grundstück FINr. 100 ist in Blatt 1000 A als Alleineigentümer eingetragen, für dasselbe Grundstück FINr. 100 ist in Blatt 2000 B als Alleineigentümer eingetragen. Hieran kann ein guter Glaube genau so wenig anknüpfen wie an eine unklare Eintragung, deren Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann (Ziffer III. 2.).

Der BGH ordnet die Eintragung, über die zu entscheiden war, der Fallgruppe der inhaltlich unzulässigen Eintragung zu. Die inhaltliche Unzulässigkeit ergibt sich aus der Widersprüchlichkeit der Eintragungen: Bei der Begründung des Wohnungseigentums wurden die zu einer Wohnung ausgebauten Räume als Kellerräume, also als Teileigentum, im Grundbuch eingetragen. Gemäß dem neuen Aufteilungsplan erfolgte für diese Räume die Eintragung als Wohnungseigentum. Der entscheidende Fehler des Grundbuchamtes lag darin, dass die Eintragung als Wohnungseigentum nur in den beiden neuen Grundbuchblättern für die unterteilten Einheiten vorgenommen wurde, nicht jedoch bei der Einheit des anderen Wohnungseigentümers, also bei derjenigen, bei der die Eigentümerzustimmung zur Umwandlung fehlte. Dieses Ergebnis wird vom BGH mit dogmatisch überzeugenden Gründen dargelegt (Ziffer III. 2. b) aa) (2); Ziffer III. 2. b) bb)).

Bei der Begründung von Wohnungseigentum/Teileigentum wird durch Vereinbarung<sup>8</sup> der Miteigentümer (im Falle der Teilung nach § 8 gilt die einseitige Erklärung als Vereinbarung: § 8 Abs. 2 Satz 1, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG) festgelegt, ob die Einheiten als Wohnungseigentum oder als Teileigentum ausgewiesen werden. Diese Vereinbarung erhält dingliche Wirkung nur dadurch, dass sie gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch eingetragen wird. Die Vereinbarungen gemäß § 10 Abs. 3 WEG werden von allen Wohnungseigentümern geschlossen. Entsprechendes gilt für die Änderung oder die Aufhebung eingetragener Vereinbarungen. Um die dingliche Wirkung zu erreichen muss die Vereinbarung zwingend in allen Grundbuchblättern der Anlage eingetragen werden. So lange eine solche allseitige Eintragung nicht vorgenommen worden ist fehlt eine Eintragung gemäß § 10 Abs. 3 WEG. Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen, dass ein im Miteigentum stehendes Grundstück mit einer Benutzungsdienstbarkeit belastet werden soll: Auch in diesem Falle entsteht die Dienstbarkeit erst mit Eintragung an allen Miteigentumsanteilen.<sup>9</sup>

3. Das vom BGH angenommene Ergebnis überzeugt auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt. Nähme man an, die Eintragung nur bei der unterteilten Einheit wäre unrichtig mit der Folge der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs, so würde ein Erwerber dieser unterteilten Einheit Wohnungseigentum erwerben. Ein Erwerber der nicht unterteilten Einheit – im entschiedenen Falle die Einheit 1 – würde jedoch eine Einheit erwerben bei der im Grundbuch eine Vereinbarung des Inhalts bestünde, dass es sich bei der unterteilten Einheit um Teileigentum handelt. Auch dieser Erwerber würde gutgläubig erwerben mit der Folge, dass die unterteilte Einheit infolge des gutgläubigen Erwerbs wieder Teileigentum werden würde.

4. Für die Praxis des Notars hat dies zur Folge, dass er bei Wohnungseigentum zu prüfen hat, ob Vereinbarungsänderungen, die nach § 10 Abs. 3 WEG in allen Grundbuchblättern vollzogen werden müssen, dort auch überall vollzogen worden sind. Ergibt sich jedoch aus der Grundbucheintragung bei einer Grundbuchstelle, dass die Änderung auch an allen anderen Grundbuchstellen vermerkt worden ist, so hat der Notar seine Sorgfaltspflicht zur Grundbucheinsicht (§ 21 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) erfüllt. Diese Grundbucheintragung stellt eine öffentliche Urkunde dar.

5. Die Gemeinschaftsordnung kann vorsehen, dass ein Wohnungseigentümer/Teileigentümer einseitig ermächtigt ist, eine Umwandlung in die jeweils andere Qualifikation vorzunehmen.<sup>10</sup> Eine solche vorweggenommene Zustimmung aller Miteigentümer zu einer Umwandlung führt zu einer „geänderten Vereinbarung“ gemäß § 10 Abs. 3 WEG. Sie wirkt gegenüber Sonderrechtsnachfolgern nur, wenn sie in das Grundbuch eingetragen wird, § 10 Abs. 3 WEG. Eintragung einer Vereinbarung bedeutet, dass sie in allen Grundbuchblättern der Anlage vorgenommen werden muss.

Erfolgt die Änderung dagegen aufgrund einer Öffnungsklausel, so liegt ein Beschluss vor, der nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG nicht eintragungsbefähigt und damit auch nicht eintragungsfähig ist.<sup>11</sup> Geht man von diesem Grundsatz aus, so ist stets bei Bestehen einer Öffnungsklausel der öffentliche Glaube des Grundbuchs darüber, ob es sich um Wohnungseigentum oder um Teileigentum handelt, aufgehoben. Dies wäre eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Rechtsverkehrs, die nicht hingenommen werden sollte. Sie würde die Verkehrsfähigkeit und vor allem die Beleihungsfähigkeit von Wohnungseigentum/Teileigentum in einer gefährlichen Weise mindern. Dies widerspricht dem Zweck des WEG, wonach die Begründung von Wohnungseigentum gerade ermöglicht werden soll.<sup>12</sup> § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG ist deshalb in dieser Frage entgegen seinem Wortlaut nicht anzuwenden mit der Folge, dass der allgemeine Grundsatz über die Änderung von Vereinbarungen wieder Gültigkeit erlangt. Aufgrund einer Öffnungsklausel vorgenommene Änderungen von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt sind deshalb, um Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern zu entfalten, in das Grundbuch einzutragen.

6. Dem besprochenen Beschluss des BGH ist zuzustimmen, auch wenn nicht unterschätzt werden soll, dass er für die Praxis des Notars Erschwernisse und auch Unsicherheiten zur Folge haben kann.

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

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, MittBayNot 1995, 379, 381; *Staudinger/Gursky*, 2013, § 892 Rdnr. 88 ff.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 19.10.2007, V ZR 211/06, NJW 2007, 3777.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 217/02, DNotZ 2004, 145; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.4.2008, 20 W 119/06, ZWE 2008, 436.

<sup>9</sup> BGH, Entscheidung vom 29.11.1961, V ZR 181/60, BGHZ 36, 187; *Palandt/Bassenge* 74. Aufl. 2015, § 1018 Rdnr. 36, § 1008 Rdnr. 6.

<sup>10</sup> BayObLG, Beschluss vom 15.2.1989, BReg. 2 Z 129/88, DNotZ 1990, 44.

<sup>11</sup> OLG München, DNotZ 2010, 196; *Bärmann/Klein*, WEG, 12. Aufl. 2013, § 10 Rdnr. 190.

<sup>12</sup> Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 30.6.1992, GmS-OBG 1/91, BGHZ 119, 42, 51.

3. BGB § 874, GBO § 44 Abs. 2, § 53 Abs. 1 Satz 2 (*Unzulässigkeit eines unbeschränkten Nutzungsrechts als Inhalt einer Grunddienstbarkeit*)

1. **Das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten ist nicht auf eine Nutzung des dienenden Grundstücks in einzelnen Beziehungen begrenzt, wenn es jegliche Nutzung im Rahmen der jeweiligen öffentlichrechtlichen Vorschriften zulässt.**
2. **Ein unbeschränktes Nutzungsrecht kann auch dann nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein, wenn seine Ausübung auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks begrenzt ist.**
3. **Ist bei der Buchung eines Rechts im Grundbuch ganz oder teilweise über den nach § 874 BGB zulässigen Umfang hinaus auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen worden, stellt sich die Eintragung des Rechts im Grundbuch selbst aber als inhaltlich zulässig dar, hat das Grundbuchamt von Amts wegen einen Vermerk in das Grundbuch einzutragen, durch den klargestellt wird, welche Teile der Eintragungsbewilligung nicht Inhalt des Grundbuchs geworden sind.**

BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind gemeinsam mit einem Dritten Miteigentümer des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks (dienendes Grundstück). Der Beteiligte zu 3 ist Eigentümer eines Nachbargrundstücks (herrschendes Grundstück). Für den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist im Grundbuch des dienenden Grundstücks seit dem 5.3.1999 eine auf 99 Jahre befristete Dienstbarkeit mit folgendem Inhalt eingetragen: „Recht auf Nutzung als Spielfläche, Grünfläche, Kfz-Stellfläche, Bebauungsrecht.“

Die Eintragung ist unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom 9.2.1999 erfolgt; diese hat unter anderem folgenden Inhalt:

„Der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist berechtigt, diejenige Teilfläche des dienenden Grundstücks, welche im anliegenden Lageplan schraffiert und mit den Buchstaben A-B-C-D-A gekennzeichnet ist, und welche eine Tiefe von zwanzig Metern, gerechnet ab der hinteren Grundstücksgrenze D-C hat, für die Dauer von 99 Jahren, gerechnet ab heute, unter Ausschluss des Eigentümers des dienenden Grundstücks in der nach den jeweils gültigen öffentlichrechtlichen Vorschriften zulässigen Weise zu nutzen, insbesondere als Spielfläche, Grünfläche, Kfz-Stellfläche oder durch Bebauung jedweder öffentlichrechtlich zulässiger Art. Der jeweilige Eigentümer des dienenden Grundstücks hat dies zu dulden (...)“

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben beantragt, das Grundbuch des dienenden Grundstücks durch die Löschung der Eintragung der Grunddienstbarkeit gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1, § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu berichtigen. Sie halten die Eintragung der Dienstbarkeit für inhaltlich unzulässig, da sie jede beliebige Nutzung ermögliche; zudem sei auch der Inhalt des Bebauungsrechts nicht bestimmt.

Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1 und 2 ihren Antrag weiter.

Aus den Gründen:

## II.

Das Beschwerdegericht hält die Eintragung des Rechts zur Bebauung für hinreichend bestimmt und klar, weil die Nutzungsbefugnis aus der Grunddienstbarkeit im Grundbuch schlagwortartig gekennzeichnet und der nähere Inhalt des Rechts nach der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung dahin bestimmt sei, dass dem Berechtigten jede Bebauung erlaubt sei und Beschränkungen sich nur aus dem öffentlichrechtlichen Baurecht ergäben. Die Dienstbarkeit erlaube dem Berechtigten jedoch nicht jede beliebige Art der Nut-

zung. Die in der Eintragungsbewilligung zunächst zum Ausdruck gebrachte pauschale Nutzungsmöglichkeit werde durch die nachfolgende Formulierung wieder eingeschränkt. Die Aufzählung in der Eintragungsbewilligung wäre überflüssig, wenn sich aus ihr keine Beschränkung der zulässigen Nutzung ergäbe. Dem Wort „insbesondere“ könne daher nur die Bedeutung beigemessen werden, dass dem Berechtigten andere Nutzungen lediglich insoweit erlaubt seien, als es sich dabei um vergleichbare oder ähnliche Nutzungen handele. Die Rechtsbeschwerde sei zuzulassen, weil der Fall die grundsätzliche, höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage aufwerfe, ob die Eintragung einer Dienstbarkeit im Grundbuch nur zulässig sei, wenn dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ein wirtschaftlich verwertbares Restnutzungsrecht an dem Grundstück verbleibe, oder ob es genüge, wenn die Dienstbarkeit dem Berechtigten die Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen ermögliche.

## III.

Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG statthafte Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Die Eintragung ist nicht zu löschen.

1. Dem angefochtenen Beschluss liegt allerdings eine fehlerhafte Auslegung der bei der Eintragung der Grunddienstbarkeit in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zugrunde.

a) Das Beschwerdegericht zieht die Eintragungsbewilligung zur Ermittlung der Bedeutung des Eingetragenen heran. Das ist im Ausgangspunkt zutreffend, weil der Inhalt des Grundbuchs sich grundsätzlich aus dem Eintrag im Grundbuch und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt. Bei einer rechtlich zulässigen Verweisung wird die Eintragungsbewilligung genauso Inhalt des Grundbuchs wie die in ihm vollzogene Eintragung selbst (Senat, Beschluss vom 1.6.1956, V ZB 60/55, BGHZ 21, 34, 41; Beschluss vom 22.9.1961, V ZB 16/61, BGHZ 35, 378, 381 f.; Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, BGHZ 193, 152 Rdnr. 22).

b) Unzutreffend ist jedoch die Annahme des Beschwerdegerichts, dass ein auf bestimmte Nutzungen beschränktes Recht bewilligt worden sei. Die Rechtsbeschwerde weist vielmehr zu Recht darauf hin, dass nach der Eintragungsbewilligung dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks ein uneingeschränktes Nutzungsrecht an der Teilfläche des Grundstücks zustehen sollte, auf die sich die Ausübungsbefugnis aus der Dienstbarkeit beschränkt (zur Festlegung der Ausübungsstelle durch die Eintragungsbewilligung Senat, Urteil vom 6.3.1981, V ZR 2/81, NJW 1981, 1781).

aa) Der Senat kann den Inhalt des Grundbuchs selbst auslegen (st. Rspr. Senat, Urteil vom 26.10.1984, V ZR 67/83, BGHZ 92, 351, 355; Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 11). Das gilt sowohl für die Eintragung im Grundbuch selbst als auch für die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung (Senat, Urteil vom 14.3.1969, V ZR 61/66, WM 1969, 661; Beschluss vom 17.11.2011, V ZB 58/11, NJW 2012, 530 Rdnr. 12). Bei der Auslegung ist vorrangig auf den Wortlaut und den Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Außerhalb dieser Urkunden liegende Umstände dürfen nur insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr. Senat, Urteil vom 26.10.1984, V ZR 67/83, a. a. O.; Urteil vom 7.7.2000, V ZR 435/98, BGHZ 145, 16, 20 f.; Urteil vom 8.2.2002, V ZR 252/00, NJW 2002, 1797, 1798; Urteil vom 15.11.2013, V ZR 24/13, NJW 2014, 311 Rdnr. 6).

bb) Danach hat die Eintragungsbewilligung den Inhalt, dass dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks ein umfassendes (nicht auf einzelne Nutzungsarten beschränktes) Recht gewährt werden sollte. Die Beschreibung des Rechtsinhalts, dass der Berechtigte das dienende Grundstück unter Ausschluss des Eigentümers „in der nach den jeweiligen öffentlichrechtlichen Vorschriften zulässigen Art“ nutzen darf, kann nur so verstanden werden, dass der Berechtigte die Fläche, auf die sich die Dienstbarkeit bezieht, wie ein Eigentümer soll nutzen können. Deutlicher als in der gewählten Formulierung kann der Wille, dem Dienstbarkeitsberechtigten alle dem Eigentümer nach § 903 Satz 1 BGB zustehenden Nutzungsbefugnisse zu gewähren, kaum zum Ausdruck gebracht werden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Verweis auf die jeweils geltenden öffentlichrechtlichen Vorschriften. Das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten ist nicht auf eine Nutzung des dienenden Grundstücks in einzelnen Beziehungen (§ 1018 BGB) begrenzt, wenn bestimmt wird, dass die Nutzung nur im Rahmen der jeweiligen öffentlichrechtlichen Vorschriften zulässig ist. Dem Berechtigten stehen deswegen keine geringeren Nutzungsbefugnisse als dem Grundstückseigentümer zu, da Einschränkungen aus dem öffentlichen Recht diesen in der gleichen Weise treffen.

Eine Einschränkung des bewilligten Nutzungsrechts ergibt sich auch nicht aus der nachfolgenden Aufzählung einzelner Nutzungsarten. Dass es sich hierbei nicht um eine abschließende Bestimmung, sondern nur um eine beispielhafte Aufzählung zulässiger Nutzungen handelt, folgt schon daraus, dass der Aufzählung das Wort „insbesondere“ vorangestellt ist. Im allgemeinen Sprachgebrauch hat dieses Wort die Bedeutung „vor allem“ oder „besonders“; in Rechtstexten wird es dazu verwendet, um zu kennzeichnen, dass die nachfolgende Enumeration nicht abschließend, sondern beispielhaft sein soll (vgl. § 308 Abs. 1 BGB, § 2 Abs. 1 UrhG). Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass ein unbefangener Betrachter den Wortsinn der Eintragungsbewilligung anders – nämlich als eine auf die nachstehend genannten Nutzungsarten beschränkte Rechtsgewährung – verstehen könnte, sind nicht erkennbar; die gegenteilige Auslegung des Beschwerdegerichts ist nicht haltbar.

2. Ein solches Nutzungsrecht kann allerdings nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein, da nach § 1018 Alt. 1 BGB als Dienstbarkeit nur eine Belastung zulässig ist, die es dem Berechtigten erlaubt, das Grundstück „in einzelnen Beziehungen“ zu nutzen. Eine derartige Nutzung steht als eine bestimmte, näher definierte Nutzungsart im Gegensatz zu einem umfassenden, nicht näher bezeichneten oder begrenzten Nutzungsrecht (BayObLG, BayObLGZ 1989, 442, 444 und BayObLGR 2003, 170; KG, DNotZ 1992, 673, 674; OLG Celle, NJW-RR 2005, 102). Ein nicht auf bestimmte Nutzungen beschränktes Nutzungsrecht kann auch dann nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB sein, wenn seine Ausübung auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks begrenzt ist (BayObLGZ 1986, 54, 55; KG, a. a. O., OLG Celle, a. a. O.; OLG München, DNotZ 2010, 845, 846; *Demharter*, MittBayNot 2010, 390, 391; *Lemke* in FS Wenzel, S. 391, 398; MünchKommBGB/*Joost*, 6. Aufl., § 1018 Rdnr. 28; *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 1018 Rdnr. 15).

3. Der Fehler des Beschwerdegerichts bei der Auslegung der Eintragungsbewilligung wirkt sich allerdings nicht aus, weil nach dem Eintrag im Grundbuch nicht ein umfassendes Recht zur Nutzung des dienenden Grundstücks, sondern ein auf vier Nutzungen (als Spielfläche, Grünfläche, Kfz-Stellplatz und zur Bebauung) beschränktes Recht gebucht worden ist.

Die Eintragung einer Dienstbarkeit mit dem im Eintragungsvermerk bezeichneten Inhalt ist inhaltlich zulässig und daher nicht nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Eine Eintragung ist inhaltlich unzulässig, wenn das Recht mit dem Inhalt oder der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (BayObLG, NJW-RR 1986, 1209) oder wenn die Eintragung etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch durch Auslegung nicht ermittelt werden kann (RGZ 113, 223, 231; BayObLGZ 1987, 390, 393). Beides trifft auf die im Grundbucheintrag bezeichnete Dienstbarkeit nicht zu.

a) Das mehrere Nutzungen gewährende Recht kann Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein. Nach § 1018 Alt. 1 BGB ist eine Benutzungsdienstbarkeit auch mit einer Kombination verschiedenartiger Befugnisse zur Nutzung des dienenden Grundstücks zulässig (vgl. *Ermann/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl., § 1013 Rdnr. 13; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1147; *Staudinger/Mayer*, 2009, § 1018 Rdnr. 31). In derartigen Fällen ist allerdings der verschiedenartige Inhalt der Dienstbarkeit im Grundbuch selbst anzugeben (OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 272, 273; *Schöner/Stöber*, a. a. O.; *Staudinger/Mayer*, a. a. O.), weil der wesentliche Inhalt des Benutzungsrechts zumindest schlagwortartig im Grundbuch selbst gekennzeichnet sein muss (Senat, Urteil vom 22.9.1961, BGHZ 35, 378, 382; Urteil vom 29.9.2007, V ZR 25/06, Rpfleger 2007, 34 Rdnr. 13). Der vorliegende Eintrag im Grundbuch entspricht in Bezug auf die aufgeführten Nutzungsarten diesen Anforderungen.

b) Das in dem Eintrag schlagwortartig bezeichnete Bebauungsrecht hat auch einen sachenrechtlich bestimmten Inhalt. Die diesen Punkt betreffenden Angriffe der Rechtsbeschwerde sind unbegründet.

Das Bestimmtheitsgebot erfordert, dass der Umfang der Belastung aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne Weiteres ersichtlich ist (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., Anh. zu § 13 Rdnr. 5). Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, so dass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen und zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann (OLG Brandenburg, FGPrax 2009, 100; OLG München, NotBZ 2011, 299). Das Bestimmtheitsgebot ist dagegen nicht schon verletzt, wenn die Beteiligten unterschiedlicher Auffassung über den Inhalt des Rechts sind (hier über die im Falle einer Bebauung der Teilfläche von dem Berechtigten einzuhaltenden Abstandsflächen), sondern erst dann, wenn die richterliche Auslegung der Grundbucheintragung ergibt, dass der Inhalt der Grunddienstbarkeit mehrdeutig oder nicht vollständig geregelt ist (BayObLGZ 2004, 103, 106; OLG München, a. a. O., S. 300).

Diese Anforderungen an die Bestimmtheit sind hier erfüllt. Der Inhalt des Bebauungsrechts wird durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung konkretisiert. Diese Verweisung ist nach § 874 BGB zulässig, da sie den Inhalt des im Eintragungsvermerk mit „Bebauungsrecht“ schlagwortartig gekennzeichneten Rechts näher bestimmt. Das eingetragene Bebauungsrecht zeichnet sich danach dadurch aus, dass dem Berechtigten keine Beschränkungen bei der Bebauung auferlegt sind, der Verpflichtete vielmehr jede nach dem jeweiligen öffentlichen Baurecht zulässige Bebauung der Teilfläche dulden muss. Dass derartige Bestimmungen des Inhalts eines Rechts zur Bebauung nach dem jeweils geltenden öffentlichrechtlichen Bauplanungsrecht (sog. dynamische Verweisung

gen) sachenrechtlich zulässig sind, hat der Senat für das Erbaurecht entschieden (vgl. Senat, Urteil vom 23.5.2014, V ZR 208/12, WM 2014, 1970 Rdnr. 25 m. w. N.). Für ein durch eine Dienstbarkeit begründetes Bebauungsrecht gilt nichts anderes.

c) Die mit dem Eintrag gebuchte Grunddienstbarkeit hat auch nicht deshalb einen unzulässigen Inhalt, weil der Eigentümer des dienenden Grundstücks auf der Teilfläche, auf der die Dienstbarkeit ausgeübt werden kann, von jeder wirtschaftlich sinnvollen Nutzung ausgeschlossen worden ist. Der Senat hat bereits entschieden, dass eine solche Grunddienstbarkeit jedenfalls dann inhaltlich zulässig ist, wenn – wie hier – dem Eigentümer die volle Nutzung an dem von der Ausübungsbefugnis des Dienstbarkeitsberechtigten nicht erfassten Teil des Grundstücks verbleibt (Urteil vom 25.10.1991, V ZR 196/90, NJW 1992, 1101). Die Rechtsfrage, deretwegen das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde zugelassen hat, ist für eine Dienstbarkeit, deren Ausübung auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks beschränkt ist, damit geklärt.

4. Die Eintragung der Grunddienstbarkeit ist auch nicht wegen des Widerspruchs zwischen Eintragungsvermerk und Eintragungsbewilligung unzulässig, der sich hier daraus ergibt, dass im Grundbuch selbst ein auf vier Nutzungsarten beschränktes Recht eingetragen ist, in der in Bezug genommenen Bewilligung jedoch ein unbeschränktes Nutzungsrecht gewährt wird.

a) Dieser Teil der Eintragungsbewilligung ist nämlich nicht Bestandteil der Eintragung geworden. Zwar setzt sich der Inhalt der Eintragung regelmäßig aus dem Eintragungsvermerk und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zusammen (siehe oben 1. a)). Anders ist es jedoch bei einer nach dieser Vorschrift unzulässigen Bezugnahme. Der nicht zulässig in Bezug genommene Teil der Eintragungsbewilligung wirkt dann nicht als Eintragung (vgl. Senat, Urteil vom 19.10.2007, V ZR 211/06, BGHZ 174, 61 Rdnr. 19 m. w. N.).

b) Die Bezugnahme ist hier insoweit unzulässig, als der Umfang des Rechts nach der Eintragungsbewilligung über das hinausgeht, was sich aus dem Eintrag im Grundbuch ergibt. Das überschreitet die Grenze einer nach § 874 BGB zulässigen Bezugnahme, mit der nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung verwiesen werden darf. Bei der Eintragung einer Dienstbarkeit ist die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung danach unzulässig, wenn der Berechtigte nach deren Inhalt weitergehende Nutzungsbefugnisse an dem dienenden Grundstück hätte als dies durch den Eintrag im Grundbuch verlautbart wird (vgl. OLG Hamm, DNotZ 1954, 207, 208; OLG Düsseldorf, DNotZ 1958, 155, 156; KG, OLGZ 1975, 301, 303; OLG Karlsruhe, Rpfleger 2005, 79, 80). So verhält es sich hier.

c) Die Unzulässigkeit der Bezugnahme führt jedoch nicht zu einer inhaltlich unzulässigen Eintragung des dinglichen Rechts. Weist der Eintrag der Grunddienstbarkeit im Grundbuch einzelne Nutzungsarten auf, hat das Recht allein den sich aus dem Eintragungsvermerk ergebenden Inhalt. Der sich aus der durch die unzulässige Bezugnahme ergebende weitergehende Inhalt ist nicht Teil der Eintragung geworden; der über den Eintragungsvermerk hinausgehende (im Grundbuch verschwiegene) Teil ist mangels Buchung nicht entstanden (OLG Nürnberg, OLGZ 1978, 79, 80; NJW-RR 2000, 1257, 1258; OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 272, 274). Erfüllt der Eintrag im Grundbuch mit den zulässigen Teilen der Bezugnahme – wie hier – alle wesentlichen Erfordernisse für die Buchung einer Grunddienstbarkeit, liegt keine inhaltlich un-

zulässige, nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschende Eintragung vor.

5. Das Grundbuch ist auch nicht nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO zu berichtigen. Der Löschungsantrag wäre allerdings nach dieser Vorschrift begründet, wenn in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wäre, dass die Eintragung unrichtig ist, weil das eingetragene Recht mangels Übereinstimmung der Buchung mit der dinglichen Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB nicht entstanden und von dem Beteiligten zu 3 auch nicht nach § 892 Abs. 1 BGB erworben worden ist. Daran fehlt es jedoch. Zwar sind Einigung und Eintragung insoweit nicht kongruent, als ein inhaltlich unbeschränktes Recht zur Nutzung der Teilfläche begründet werden sollte, im Grundbuch dagegen nur ein auf vier Nutzungsarten beschränktes Recht eingetragen worden ist. Dass die Eintragung hinter der dinglichen Einigung zurückgeblieben ist, muss aber nicht die Unrichtigkeit des Eingetragenen herbeigeführt haben, weil das Recht jedenfalls in dem eingetragenen Umfang gewollt und damit entstanden sein kann (vgl. Senat, Urteil vom 15.2.1985, V ZR 131/83, WM 1985, 876, 878). Anderes ist zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 nicht anzunehmen, weil die Beweisregel des § 139 BGB, nach der die Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge hat, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre, im Grundbuchberichtigungsverfahren nach § 22 GBO nicht gilt (BayObLG, NJW-RR 1990, 722, 723; NJW-RR 1997, 590, 591) und selbst bei Anwendung des § 139 BGB davon auszugehen wäre, dass die Einigung über ein weitergehendes Recht in der Regel den Willen der Beteiligten über das Entstehen wenigstens des Teilrechts umfasst (NK-BGB/Krause, 3. Aufl., § 873 Rdnr. 56; *Staudinger/Gursky*, BGB, 2012, § 873 Rdnr. 196).

#### IV.

1. Die Sache ist nach dem Vorstehenden gemäß § 74 Abs. 6 FamFG entscheidungsreif. Die Rechtsbeschwerde ist als unbegründet zurückzuweisen.

2. Die Zurückweisung erfolgt allerdings mit der Maßgabe, dass das Grundbuchamt von Amts wegen bei der Eintragung der Grunddienstbarkeit einen klarstellenden Vermerk über den zulässigen Umfang der Bezugnahme einzutragen hat.

Enthält eine im Grundbuch in Bezug genommene Eintragungsbewilligung nicht eintragungsfähige Vereinbarungen, müssen diese Teile durch die Eintragung eines Vermerks von der Bezugnahme ausgenommen werden (vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 1992, 345; *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., § 44 Rdnr. 91; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 44 Rdnr. 39). Ein solcher Vermerk kann auch zur Klarstellung der Eintragung erforderlich sein, wenn der vorhandene Eintrag im Grundbuch Umfang und Inhalt des eingetragenen Rechts nicht in einer Weise verlautbart, die Zweifel ausschließt (vgl. Senat, Beschluss vom 6.3.2014, V ZB 27/13, NJW 2014, 1450 Rdnr. 12). So verhält es sich, wenn – wie hier – bei der Buchung des Rechts im Grundbuch zwar ganz oder teilweise über den nach § 874 BGB zulässigen Umfang hinaus auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen worden ist, die Eintragung des Rechts im Grundbuch selbst sich aber als inhaltlich zulässig darstellt. Das Grundbuchamt hat dann von Amts wegen einen Vermerk in das Grundbuch einzutragen, durch den klargestellt wird, welche Teile der Eintragungsbewilligung nicht Inhalt des Grundbuchs geworden sind. Dadurch wird für den Verkehr deutlich, dass dem Berechtigten aus der Dienstbarkeit nur die sich aus dem Grundbucheintrag selbst ergebenden Nutzungsbefugnisse zustehen.

(...)

**Anmerkung:**

Die Entscheidung behandelt eine ganze Reihe wichtiger Fragen des Rechts der Grunddienstbarkeit, dies weitgehend im Sinne der bisherigen Rechtsprechung. Bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit (oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit) ist besonders große Sorgfalt geboten. Es kommt immer wieder vor, dass im Bestellungsverfahren Fehler gemacht werden, die zur Unwirksamkeit der Dienstbarkeit führen. Oft stellt sich dies erst nach geraumer Zeit heraus, ohne dass die Möglichkeit besteht, den Fehler nachträglich zu korrigieren. Die Entscheidung des BGH hat es gleich mit zwei schweren Fehlern zu tun.

**I. Benutzung in einzelnen Beziehungen**

Nach der Eintragungsbewilligung sollte eine Grunddienstbarkeit des Inhalts entstehen, dass der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks eine näher bezeichnete Teilfläche des dienenden Grundstücks unter Ausschluss des Eigentümers des dienenden Grundstücks „in der nach den jeweils gültigen öffentlichrechtlichen Vorschriften zulässigen Weise“ sollte nutzen dürfen, „insbesondere als Spielfläche, Grünfläche, Kfz-Stellfläche oder durch Bebauung jedweder öffentlichrechtlich zulässiger Art“. Dies kann nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein. Sie kann nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 1018 BGB nur zur Nutzung „in einzelnen Beziehungen“ berechtigen, also nicht zu allen. Daran ändert sich durch die beispielhafte Beifügung einer Aufzählung von vier Nutzungsarten nichts. Das Beschwerdegericht hatte demgegenüber gemeint, die Aufzählung der vier Nutzungsarten schränke die zunächst in der Eintragungsbewilligung formulierte pauschale Nutzungsmöglichkeit wieder ein, sodass die Grunddienstbarkeit nur vier konkrete Nutzungsarten betreffe. Diese Auslegung bezeichnet der BGH, der den Inhalt des Grundbuchs und der Eintragungsbewilligung selbst auslegen kann, mit Recht als nicht haltbar. In der Eintragungsbewilligung wird unzweideutig ein allgemeines Nutzungsrecht formuliert, das durch eine beispielhafte („insbesondere“) Aufzählung erläutert wird. Es gibt keine Anhaltspunkte für eine dem Wortlaut völlig widersprechende Beschränkung auf die vier Nutzungsarten. Die Beschränkung auf einzelne Nutzungen gilt auch, wenn sich die Nutzung auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks bezieht. Eine zur unbeschränkten Nutzung berechtigte Grunddienstbarkeit konnte daher – entgegen dem Willen der Beteiligten – nicht entstehen. Es ist erstaunlich, dass der Fehler bei dem Bestellungsakt offenbar nicht erkannt wurde.

**II. Eintragung und Eintragungsbewilligung**

Ein zweiter schwerer Fehler betrifft das Verhältnis von Eintragung und Eintragungsbewilligung. Die Eintragung zählt nur vier konkrete Nutzungsarten auf. Zwar kann zur Bezeichnung des Inhalts des Rechts nach § 874 BGB auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, was auch geschehen ist. Der Eintragungsvermerk muss aber gleichwohl inhaltlich das Recht zumindest schlagwortartig bezeichnen,<sup>1</sup> bei mehreren Rechten alle. Das ist im Hinblick auf die allgemeine Nutzung des dienenden Grundstücks „in der nach den jeweils gültigen öffentlichrechtlichen Vorschriften zulässigen Weise“ nicht geschehen. Wer nur die Eintragung mit den vier genannten besonderen Nutzungsarten liest, wird nicht auf die Idee kommen, dass darüber hinaus auch alle anderen Nutzungen zivilrechtlich zulässig sein sollen. Die Bezugnahme auf die

Eintragungsbewilligung ist insoweit mangels eines hinreichenden Eintragungsinhalts unwirksam. Weshalb der textliche Inhalt der Eintragungsbewilligung hinsichtlich der pauschalen Nutzung nicht in die Eintragung übernommen wurde, ist unklar. Möglicherweise war erkannt worden, dass ein umfassendes Nutzungsrecht nicht eintragungsfähig ist. Dem kommt aber keine Bedeutung zu, weil die Eintragung die dingliche Einigung der Beteiligten nicht ändern kann.

**III. Teilunwirksamkeit**

Die Grunddienstbarkeit ist demnach nicht mit dem Inhalt entstanden, wie die Beteiligten es mit ihrer dinglichen Einigung gewollt haben. Im Regelfall führt das zur Unwirksamkeit des eingetragenen Rechts, sodass ein Löschungsantrag nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO begründet ist. Der BGH nimmt aber an, dass die Grunddienstbarkeit mit dem im Grundbuch eingetragenen Inhalt der vier bezeichneten Nutzungsarten entstanden ist. Dem ist zuzustimmen. Es kommt dabei im Ergebnis nicht darauf an, ob man bei einer Teilunwirksamkeit des Bestellungsaktes § 139 BGB im Grundbuchberichtigungsverfahren anwendet. Der BGH weist überzeugend darauf hin, dass eine Grunddienstbarkeit mit den vier Nutzungsarten auch dann von den Beteiligten gewollt ist, wenn die weitergehende unbeschränkte Nutzungsmöglichkeit nicht wirksam vereinbart ist. Es ist nicht erkennbar, dass zwischen den vier bezeichneten Nutzungsarten und der weitergehenden pauschalen Nutzungsmöglichkeit ein notwendiger Zusammenhang besteht, der einer Beschränkung der Grunddienstbarkeit auf die vier Nutzungsarten den Sinn nehmen würde. Zumindest ist damit die Regel des § 139 BGB widerlegt. Im Übrigen wird die Kombination verschiedener Nutzungsarten in einer Grunddienstbarkeit allgemein als zulässig angesehen.

**IV. Bestimmtheitsgrundsatz**

Bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit müssen die Beteiligten den Inhalt des Rechts hinreichend bestimmt festlegen,<sup>2</sup> da er sich nicht aus dem Gesetz ergibt. Dabei treten immer wieder erhebliche Zweifelsfragen auf. Bei einem zu engen Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes bestünde die Gefahr, dass viele Grunddienstbarkeiten dem Verdikt der Unwirksamkeit anheimfielen, weil ihr Inhalt nicht detailreich genug formuliert ist. Es muss deshalb eine allgemeine Umschreibung genügen. Die bloße Bezeichnung als Bebauungsrecht im Rahmen der öffentlichrechtlichen Bestimmungen hält der BGH mit Recht für hinreichend bestimmt. Die Bezeichnung bringt klar zum Ausdruck, dass der Berechtigte jede nach dem öffentlichen Recht zulässige Bebauung vornehmen kann. Eine konkrete Art der Bebauung muss nicht angegeben werden. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass besonders für den Eigentümer des dienenden Grundstücks eine gewisse Unsicherheit besteht, wie ggf. gebaut werden kann bzw. wird. Darüber kann er sich aber anhand des öffentlichrechtlichen Baurechts informieren. Im Übrigen muss der Besteller einer derartigen Grunddienstbarkeit wissen, worauf er sich einlässt.

**V. Ausschluss des Eigentümers**

Die bestellte Grunddienstbarkeit sollte zur Nutzung einer Teilfläche unter Ausschluss des Eigentümers berechtigen. Nach herrschender Meinung darf die Grunddienstbarkeit den Eigentümer des dienenden Grundstücks nicht von jeglicher wirtschaftlich sinnvoller Nutzung seines Grundstücks

<sup>1</sup> MünchKommBGB/Joost, 6. Aufl. 2013, § 1018 Rdnr. 59 m. w. N.

<sup>2</sup> MünchKommBGB/Joost, § 1018 Rdnr. 10.

ausschließen,<sup>3</sup> weil dem Dienstbarkeitsberechtigten eben nur die Nutzung in einzelnen Beziehungen zugewiesen sein kann, sodass die anderen Nutzungen dem Eigentümer des dienenden Grundstücks verbleiben. Dieser Grundsatz wird zunehmend bezweifelt.<sup>4</sup> Er weist in der Tat gewisse Schwächen auf. Er ist nicht ausdrücklich gesetzlich fixiert, sondern beruht auf dem Unterschied zum Nießbrauch und der Beschränkung der Grunddienstbarkeit auf nur einzelne Nutzungen, sodass dem Eigentümer des dienenden Grundstücks die anderen Nutzungen verbleiben. Außerdem ist seine Anwendung in der gerichtlichen Praxis von mannigfaltigen Unsicherheiten geprägt.<sup>5</sup> Der BGH äußert sich zu dem Grundsatz erkennbar vorsichtig. Er hält den Ausschluss des Eigentümers jedenfalls dann für zulässig, wenn die Nutzung nur eine Teilfläche betrifft und dem Eigentümer des dienenden Grundstücks die vollständige Nutzung des von der Grunddienstbarkeit nicht erfassten Teils des Grundstücks verbleibt. Dem ist zuzustimmen, da sich der Grundsatz, so man ihn weiterhin anerkennt, ohnehin auf das belastete Gesamtgrundstück und nicht auf den tatsächlich mit der Nutzung beanspruchten Grundstücksteil bezieht.<sup>6</sup> In der Zukunft ist möglicherweise mit einem Abrücken von dem Grundsatz durch die Rechtsprechung zu rechnen.

## VI. Verfahren

Es ergibt sich demnach, dass die Grunddienstbarkeit mit den vier genannten Nutzungsarten entstanden ist und die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung insoweit zulässig ist, als sie die Grunddienstbarkeit inhaltlich erläutert, dass aber die im Grundbuch eingetragene Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung insoweit unzulässig ist, als sie sich auf weitergehende Nutzungen bezieht. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den unzulässigen Teil der Bezugnahme zu beseitigen. Die Entscheidung betrifft einen Löschantrag nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. Dessen Voraussetzungen verneint der BGH trotz der teilweise unzulässigen Bezugnahme. Dieser Teil der Eintragungsbewilligung sei nicht Bestandteil der Eintragung.<sup>7</sup> Die Eintragung wird damit insgesamt als richtig angesehen, sodass keine Löschung zu erfolgen hat. Da aber die Eintragungsbewilligung nicht eintragungsfähige Vereinbarungen enthalte, müssten diese Teile durch die Eintragung eines entsprechenden Vermerks ausgenommen werden, wozu der BGH das Grundbuchamt anweist. Eine genaue gesetzlich fixierte Rechtsgrundlage benennt der BGH hierfür nicht.<sup>8</sup> Es dürfte sich um eine Gesetzesergänzende Rechtsfortbildung handeln.

Die Argumentation des BGH begegnet Bedenken. Wieso etwas, das eingetragen ist (unbeschränkte Bezugnahme), als teilweise nicht eingetragen anzusehen ist (unzulässiger Teil der Bezugnahme), erschließt sich nicht ohne Weiteres. Man kann in der Argumentation auch einen kleinen verdeckten Widerspruch sehen: Wenn nichts Unzulässiges eingetragen ist, bedürfte es auch keines klarstellenden Vermerks.

Geht man demgegenüber allein vom Wortlaut der Eintragung aus, so enthält sie eine teilweise unzulässige Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, sodass die Voraussetzungen von

<sup>3</sup> MünchKommBGB/Joost, § 1018 Rdnr. 28.

<sup>4</sup> Erman/Grziewotz, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1018 Rdnr. 13 m. w. N.

<sup>5</sup> Siehe die Beispiele bei Erman/Grziewotz, § 1018 Rdnr. 13 m. w. N.

<sup>6</sup> MünchKommBGB/Joost, § 1018 Rdnr. 28.

<sup>7</sup> Unter Verweis auf BGH, Urteil vom 19.10.2007, V ZR 211/06, BGHZ 174, 61, Rdnr. 19.

<sup>8</sup> Er verweist aber auf BGH, Beschluss vom 6.3.2014, V ZB 27/13, NJW 2014, 1450, Rdnr. 12. Diese Entscheidung bezieht sich jedoch auf einen unklaren Grundbuchinhalt. Die unbeschränkte Bezugnahme ist dagegen als solche klar und eindeutig, nur eben unzulässig.

§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO erfüllt sind.<sup>9</sup> Die Dienstbarkeit ist daher von Amts wegen zu löschen, soweit sie sich infolge der Bezugnahme auf weitergehende Nutzungen als die im Grundbuch genannten Nutzungen bezieht. Im Ergebnis macht das keinen großen Unterschied zur Lösung des BGH, hat aber möglicherweise Folgen für die Kostenentscheidung.

Prof. Dr. Detlev Joost, Hamburg

<sup>9</sup> Dafür Amann, ZfIR 2015, 208, 210.

4. § 2113 Abs. 2 Satz 1 BGB; Art. 103 Abs. 1 GG (*Zur Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch*)

**Vor der Löschung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch ist dem Nacherben auch dann rechtliches Gehör zu gewähren, wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung bei entsprechender Würdigung der Person des Käufers nicht ernsthaft bestritten werden kann.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Bamberg, Beschluss vom 22.1.2015, 3 W 3/15

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind in Erbengemeinschaft Eigentümer des Grundstücks Flur Nr. ... der Gemarkung X. Die Eigentümerstellung haben sie aufgrund Erbfolge als Vorerben zur freien Verfügung über die Erbschaft erlangt. In Abteilung II des Grundbuchs ist vermerkt, dass Nacherbfolge sowie Ersatznacherbfolge angeordnet ist. Nacherben der Beteiligten zu 1 und 2 sind die Beteiligten zu 5-7 als jeweilige Abkömmlinge der Vorerben. Sie sind derzeit noch minderjährig. Die endgültigen Nacherben stehen noch nicht fest.

Mit Urkunde Nr. .../14 vom 6.10.2014 veräußerten die Beteiligten zu 1 und 2 das Grundstück an die Beteiligten zu 3 und 4. Diese beantragten am 18.11.2014 die Auflassung des Grundstücks und Löschung des Nacherbenvermerks. Hierauf erließ das AG – Grundbuchamt – Aschaffenburg am 29.12.2014 die angefochtene Zwischenverfügung. Das AG – Grundbuchamt – Aschaffenburg sieht sich an der Eintragung deshalb gehindert, weil den Nacherben bislang noch kein rechtliches Gehör gewährt worden sei. Zwar sei durch die entgeltliche Verfügung das Grundstück aus dem Nachlass ausgeschieden und das Grundbuch damit unrichtig. Allerdings sei zur Vermeidung von berechtigten Zweifeln an der Entgeltlichkeit und der Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen den Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren, bevor die beantragte Löschung vorgenommen werden könne. Vorliegend sei ein Pfleger zu bestellen, weil die Nacherben entweder minderjährig oder nicht bekannt seien.

Gegen diese am 30.12.2014 mitgeteilte Zwischenverfügung richtet sich die am 5.1.2014 eingegangene Beschwerde der Beteiligten zu 1-4. Neben dem Hinweis auf die Schwierigkeiten, die mit der Bestellung eines Pflegers verbunden seien, verweisen die Beteiligten zu 1 und 4 darauf, dass Zweifel an der Wirksamkeit der entgeltlichen Verfügung nicht erkennbar seien und auch nicht geäußert würden. Der Verkauf sei durch einen Makler vermittelt worden, der schon aus Provisionsgründen kein Interesse an einem Verkauf unter Wert habe. Jedenfalls dann, wenn das Grundbuchamt keine begründeten Zweifel an der Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts äußere, sei es unverhältnismäßig, die Löschung des Nacherbenvermerks von der Anhörung der Nacherben abhängig zu machen.

Das AG – Grundbuchamt – Aschaffenburg hat der Beschwerde mit Verfügung vom 7.1.2015 nicht abgeholfen. Es ist der Ansicht, dass das Grundrecht des rechtlichen Gehörs höher zu bewerten sei als die Tatsache, dass an einer ordentlichen Entgeltlichkeit bzw. Wirksamkeit des Vertrags keine Zweifel bestehen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die nach § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das Grundbuchamt hat die angefochtene Zwischenverfügung zu Recht erlassen.

Das Lösungsverfahren vor dem AG – Grundbuchamt – stellt ein gerichtliches Verfahren im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG dar. Durch eine Löschung des Nacherbenvermerks wird in diesem Verfahren in die Rechte des Nacherben unmittelbar eingegriffen. Deshalb ist dem Nacherben grundsätzlich rechtliches Gehör zu gewähren (BayObLG, NJW-RR 1994, 1360; OLG Hamm, Beschluss vom 19.1.1995, Az. 15 W 303/94; OLG München, NJOZ 2005, 2095 a. E.; OLG München, NJW-RR 2013, 211 a. E.). Dies gilt selbst dann, wenn „die Entgeltlichkeit der Verfügung bei entsprechender Würdigung der Person des Käufers nicht ernsthaft bestritten werden könne“ (so ausdrücklich OLG Düsseldorf, NJOZ 2012, 1145).

Deshalb ist es aus Sicht des Senats auch vorliegend zwingend, dass den Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren ist. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer handelt es sich hierbei nicht um reinen Formalismus. Insbesondere bei dem Verkauf und der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist für einen Nacherben nicht ohne Weiteres erkennbar, ob der Kaufpreis angemessen oder ob durch einen unangemessen niedrigen Kaufpreis tatsächlich eine gemischte Schenkung vorliegt, die gemäß der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 Satz 1 BGB gegenüber den Nacherben unwirksam wäre. Durch die Gewährung des rechtlichen Gehörs wird nicht nur gewährleistet, dass die Nacherben sich hierzu äußern können, sondern auch, dass möglicherweise noch unbekanntes Zweifel oder Einwände an der Berechtigung der Löschung dem Grundbuchamt bekannt werden und von diesem bei seiner Entscheidung berücksichtigt werden können.

Dass die bislang bekannten Nacherben minderjährig sind und deshalb ein erhöhter Aufwand zu betreiben ist, kann nicht zur Verkürzung von verfassungsmäßigen Rechten führen. Dies ist vielmehr zum Schutze der Minderjährigen in Kauf zu nehmen.

Die Beschwerde muss daher ohne Erfolg bleiben.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Morhard*, MittBayNot 2015, 361 (in diesem Heft)

5. GBO § 35 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 71 Abs. 1, § 73 BGB §§ 1903, 2229 Abs. 4 (*Prüfung der Testierfähigkeit durch das Grundbuchamt*)

- Wenn das Grundbuchamt aus den Akten Kenntnis davon erhält, dass für den Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments ein Betreuer bestellt war, liegt ein hinreichend konkreter Anlass dafür vor, die Betreuungsakten im Hinblick darauf auszuwerten, ob Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers bestehen.**
- Die Beurteilung des Sachverständigen in dem Betreuungsverfahren, bei dem Erblasser bestehe ein demenzielles Syndrom mit einer ausgeprägten Störung des Kurzzeitgedächtnisses, dieser sei als geschäftsunfähig einzustufen, jedoch noch als testierfähig anzusehen, berechtigt das Grundbuchamt, wegen tatsächlicher Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 1.8.2014, I-15 W 427/13

Als Alleineigentümer der eingangs genannten Grundstücke ist seit dem 21.4.xxxx D (im Folgenden: Erblasser) eingetragen. Für ihn war

bereits im Jahre 2008 durch Beschluss des AG Meinerzhagen vom 18.9.2008 (6 XII C 36) Frau I als Betreuerin mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsfürsorge, Vertretung des Betroffenen gegenüber Behörden und Sozialversicherungsträgern sowie Vermögenssorge bestellt und im letztgenannten Aufgabenkreis zusätzlich ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet worden. An deren Stelle wurde durch Beschluss vom 22.1.2010 Herr X zum Berufsbetreuer bestellt.

Der Erblasser errichtete zu notarieller Urkunde vom 28.12.2010 (URNr. 236/2010 Notar L in N) ein Testament, in dem er die Beteiligte als Alleinerbin einsetzte.

In notarieller Urkunde vom 10.9.20xx hat der Betreuer in gesetzlicher Vertretung des Erblassers die vorgenannten Grundstücke an Frau G verkauft und aufgelassen. Der Antrag des Betreuers auf Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung zu diesem Vertrag ist nicht mehr beschieden worden, nachdem der Erblasser am 19.9.20xx verstorben ist.

Die Beteiligte nimmt für sich in Anspruch, aufgrund des nach dem Tode des Erblassers eröffneten Testaments als seine Alleinerbin berufen zu sein. Sie hat in notarieller Urkunde vom 24.10.2013 (URNr. 611/2013 Notar L in N) mit Frau G vereinbart, in den Kaufvertrag vom 10.9.2013 einzutreten und die Auflassung neu erklärt. Ferner hat sie beantragt, „vorab“ die Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge nach dem Testament vom 28.12.2010 im Grundbuch einzutragen.

Diesen Grundbuchberichtigungsantrag hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 7.11.2013 dahin beanstandet, die Erbfolge könne nicht durch das notarielle Testament vom 28.12.2010 als nachgewiesen angesehen werden, weil aufgrund der Vorgänge des Betreuungsverfahrens konkrete Bedenken gegen die Testierfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung bestünden.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, die sie mit Schriftsatz des Urkundsnotars vom 15.11.2013 bei dem Grundbuchamt eingelegt hat.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde gegen die angefochtene Zwischenverfügung ist nach den § 71 Abs. 1, § 73 GBO zulässig. Der Senat geht davon aus, dass Beschwerdeführerin nur die im Beschlusseingang genannte Beteiligte F ist, weil für den von ihr in der Urkunde vom 24.10.2013 „vorab“ gestellten Antrag auf Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge allein sie antragsberechtigt und dementsprechend auch beschwerdeberechtigt ist.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet. Gegenstand des Verfahrens ist der Antrag der Beteiligten auf Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge nach dem Erblasser, den sie in der notariellen Urkunde vom 24.10.2013 „vorab“, also mit der Maßgabe gestellt hat, dass die Grundbuchberichtigung vor der nachgehend zur Eintragung beantragten Auflassungsvormerkung eingetragen werden soll.

Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Nach Satz 2 Hs. 1 derselben Vorschrift genügt bei einer Erbfolge aufgrund letztwilliger Verfügung, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, die Vorlage dieser Urkunde sowie der Niederschrift über die Eröffnung dieser letztwilligen Verfügung. Wenn wie hier eine solche letztwillige Verfügung vorliegt, kann das Grundbuchamt nach Hs. 2 derselben Vorschrift gleichwohl die Vorlage eines Erbscheins verlangen, wenn es die Erbfolge durch die vorgelegte Urkunde nicht für nachgewiesen hält. Grundsätzlich hat danach das Grundbuchamt eine vorgelegte letztwillige Verfügung in Form einer öffentlichen Urkunde selbst auch inhaltlich daraufhin zu überprüfen, ob sich daraus die Erbfolge ableitet, die im Berichtigungswege im Grundbuch eingetragen werden soll.

Der Umfang dieser Prüfungspflicht wird jedoch dadurch eingeschränkt, dass im Grundbucheintragungsverfahren tatsächliche Ermittlungen nicht durchgeführt werden dürfen. Deshalb hat das Grundbuchamt trotz des Vorliegens einer notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, wenn sich bei der Feststellung der Erbfolge tatsächliche Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35, Rdnr. 39 m. w. N.). Die Durchführung solcher Ermittlungen ist vielmehr dem Nachlassgericht im Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins vorbehalten.

Das Grundbuchamt hat hier zu Recht angenommen, dass solche tatsächlichen Zweifel an der Wirksamkeit der Erbeinsetzung der Beteiligten bestehen. Solche Zweifel können auch im Hinblick auf eine Testierunfähigkeit des Erblassers begründet sein, die nach § 2229 Abs. 4 BGB zur Unwirksamkeit der testamentarischen Erbeinsetzung führt. Solche Zweifel aufzugreifen hat das Grundbuchamt allerdings nur Anlass, wenn konkrete Umstände für eine Testierunfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung sprechen. Auf dieser Grundlage bestehen keine Bedenken dagegen, dass das Grundbuchamt die Erklärung des Herrn X in der weiteren zum Vollzug vorgelegten Kaufvertragsurkunde vom 10.9.2013, er gebe seine Erklärungen als rechtlicher Betreuer für den Erblasser ab, zum Anlass genommen hat, in die bei demselben AG geführten Betreuungsakten Einsicht zu nehmen. Die Auswertung der dortigen Verfahrensvorgänge führt in Übereinstimmung mit der Beurteilung des Grundbuchamtes zu dem Ergebnis, dass massive Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung bestehen:

Nach vorausgegangenem vorläufiger Betreuerbestellung hat das AG durch Beschluss vom 18.9.2008 Frau I als Betreuerin für den Erblasser bestellt, und zwar mit umfassenden Aufgabenkreisen Gesundheitsfürsorge, Vertretung gegenüber Behörden und Sozialversicherungsträgern sowie Vermögenssorge. Gleichzeitig wurde für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge ein Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) angeordnet. Dieser Betreuerbestellung lag das Gutachten des ärztlichen Sachverständigen C vom 9.8.2008 zugrunde, der den Betroffenen am 7.8.2008 persönlich untersucht hat. Der Sachverständige hat bei dem Betroffenen ein demenzielles Syndrom diagnostiziert, das zu einer ausgeprägten Störung des Kurzzeitgedächtnisses geführt hatte. Der Betroffene war in zeitlicher Hinsicht und zur Situation nicht orientiert. Die Kritikfähigkeit sowie das Beurteilungsvermögen wiesen Defizite auf. In seiner zusammenfassenden Beurteilung kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, der Betroffene sei als geschäftsunfähig einzustufen, sei jedoch noch als testierfähig anzusehen, weil er Sinn und Zweck eines Testamentes verständlich habe erklären und seinen (damaligen) Wunsch zum Ausdruck bringen können, seine Schwägerin M als Alleinerbin einsetzen zu wollen.

Bereits das Grundbuchamt hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die begriffliche Unterscheidung des Sachverständigen zwischen Geschäftsunfähigkeit und Testierunfähigkeit im juristischen Begriffsverständnis unhaltbar ist. Jedenfalls in dem Kernbereich der Beurteilung, dass der Betroffene aufgrund krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder Geisteschwäche nicht mehr zu einer freien Willensbestimmung in der Lage ist, stimmen beide Begriffe inhaltlich überein. Es gibt auch kein relatives Verhältnis zwischen einer Geschäftsunfähigkeit für schwierige Rechtsgeschäfte und einer noch bestehenden Testierfreiheit für eine vermeintlich einfachere

Testamenterrichtung. Denn für die Annahme einer Fähigkeit zur freien Willensbestimmung reicht es nicht aus, dass der Erblasser den Vorgang der Testamenterrichtung als solchen erfassen und seine Vorstellung zum Ausdruck bringen kann, in bestimmter Weise einen Erben bestimmen zu wollen. Vielmehr muss der Erblasser auch in der Lage sein, sich ein klares Urteil über die Tragweite seiner Anordnungen sowie über die Gründe, die für und gegen deren sittliche Berechtigung sprechen, zu bilden (vgl. etwa BGH NJW 1959, 1822; Senat OLGZ 1989, 273; ZEV 1997, 75 = FamRZ 1997, 1026). Für diesen Prozess der Willensbildung ist die von dem Sachverständigen festgestellte massive Störung des Kurzzeitgedächtnisses und der zeitlichen und situativen Orientierung von tragender Bedeutung. Im Hinblick auf die von dem Sachverständigen festgestellte demenzielle Erkrankung ist für den Zeitraum zwischen der Gutachtenerstattung im Jahre 2008 und der Testamenterrichtung am Jahresende 2010 mit keiner Verbesserung, sondern eher mit einem weiteren Fortschreiten der kognitiven Defizite des Erblassers zu rechnen.

Diese Anhaltspunkte mögen nicht ausreichen, um im Grundbucheintragungsverfahren positiv die abschließende Feststellung treffen zu können, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Testamenterrichtung testierunfähig gewesen sei. Diese Anhaltspunkte sind jedoch ausreichend, um in dem eingangs dargestellten Sinn berechnete Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers zu begründen, denen vor Erteilung eines Erbscheins in Form eines Erbscheins durch weitere tatsächliche Ermittlungen nachgegangen werden müsste.

So zu entscheiden ist das Grundbuchamt nicht gehindert durch die in der notariellen Urkunde vom 28.12.2010 niedergelegte Feststellung der Überzeugung des Notars, der Erblasser sei zum damaligen Zeitpunkt testierfähig gewesen. Diese Feststellung beruht auf § 28 BeurkG, bringt jedoch lediglich die persönliche Überzeugung des Notars auf der Grundlage des mit dem Erblasser geführten Gesprächs zum Ausdruck. Die Überzeugungsbildung des Urkundsnotars hat durchaus eine gewichtige Bedeutung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zur Frage einer Testierunfähigkeit des Erblassers. Irgendeine Bindungswirkung für spätere gerichtliche Verfahren ist mit dieser Feststellung nicht verbunden, insbesondere aus der angeführten gesetzlichen Vorschrift auch nicht ableitbar. Dass ein Gericht nach umfassenden Ermittlungen im Ergebnis zu einer anderen Beurteilung der Testierunfähigkeit des Erblassers gelangt als der Urkundsnotar, gehört zu den alltäglichen Vorgängen der Nachlassgerichte. Dementsprechend kann entgegen der Auffassung der Beschwerde auch für das Verfahren auf Eintragung einer Grundbuchberichtigung nicht angenommen werden, das Grundbuchamt sei allein wegen der Feststellung der persönlichen Überzeugung des Notars gehindert, gewichtige andere Anhaltspunkte für eine gleichwohl bestehende Testierunfähigkeit aufzugreifen und deshalb eine Grundbuchberichtigung von der Vorlage eines Erbscheins abhängig zu machen.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weser*, MittBayNot 2015, 368 (in diesem Heft)



6. BGB §§ 313, 1573 Abs. 2 und 5 a. F., § 1578b Abs. 2, § 1579 Nr. 7 a. F.; FamFG § 239 (*Keine Abänderung eines Vergleichs über Ehegattenunterhalt bei Verzicht auf Abänderung*)

**Haben die Parteien in einem Scheidungsfolgenvergleich die Zahlung eines unbefristeten Ehegattenunterhalts vereinbart, kann sich der Unterhaltspflichtige nicht auf eine Störung der Geschäftsgrundlage durch spätere Änderungen der Rechtslage (hier: Änderung der Senatsrechtsprechung zur Bedeutung des Ehedauer im Rahmen von Billigkeitsentscheidungen nach § 1573 Abs. 5 BGB a. F.) berufen, wenn die Parteien in der Ausgangsvereinbarung auf das Recht zur Abänderung des Vergleichs ausdrücklich verzichtet haben (Fortführung von Senat, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238; NJW 2010, 440 = FamRZ 2010, 192; NJW 2012, 309 = FamRZ 2012, 197 und NJW 2012, 1209 = FamRZ 2012, 525).**

BGH, Beschluss vom 11.2.2015, XII ZB 66/14

Der 1955 geborene Antragsteller und die 1961 geborene Antragsgegnerin sind rechtskräftig geschiedene Eheleute. Sie streiten um die Abänderung einer im Jahre 1993 gerichtlich protokollierten Unterhaltsvereinbarung.

Die Beteiligten, aus deren am 13.9.1985 geschlossener Ehe eine am 11.10.1987 geborene Tochter hervorgegangen ist, lebten seit Juli 1989 getrennt; am 11.5.1990 wurde der Scheidungsantrag gestellt. Am 29.1.1993 ließen die Beteiligten im Scheidungstermin vor dem AG einen Scheidungsfolgenvergleich protokollieren, durch die sich der Antragsteller – unter anderem – zur Zahlung eines wertgesicherten Ehegattenunterhalts in monatlicher Höhe von 1.500 DM an die Antragsgegnerin verpflichtete. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezog der Antragsteller Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit als Architekt sowie aus Vermietung und Verpachtung. Die Antragsgegnerin, die das seinerzeit minderjährige Kind der Beteiligten betreute, ging einer Teilzeitbeschäftigung als technische Zeichnerin nach.

Die Vereinbarung enthält verschiedene Regelungen, die eine Anpassung der Unterhaltsleistung zum Gegenstand haben. Insbesondere soll die Antragsgegnerin eine Erhöhung des vereinbarten Unterhalts bei Krankheit, Berufsunfähigkeit und Arbeitslosigkeit verlangen können, letzteres auch für den Fall einer durch nachweislich gestiegenen Betreuungsbedarf für die gemeinsame Tochter veranlassten Eigenkündigung ihres Arbeitsplatzes. Der nach einer Anhebung durch den Antragsteller zu zahlende Unterhalt ist allerdings einerseits durch  $\frac{3}{7}$  seines „durchschnittlichen bereinigten Nettoeinkommens“ und andererseits durch einen absoluten Höchstbetrag von 3.000 DM begrenzt. Der Antragsteller kann im Fall eigener Krankheit, Arbeitsunfähigkeit oder Berufsunfähigkeit seinerseits eine Abänderung der Unterhaltsvereinbarung zugunsten einer vollständigen „Neuberechnung des geschuldeten Unterhalts entsprechend der gesetzlichen Regelung“ fordern. Bei einer Wiederverheiratung der Antragsgegnerin entfällt die Verpflichtung zur Zahlung von Ehegattenunterhalt. Zu einer Reduzierung oder Einstellung seiner Unterhaltszahlungen nach Maßgabe der „im Zeitpunkt des Abänderungsverlangens gültigen Rechtsprechung zu § 1579 Nr. 7 BGB“ soll der Antragsteller berechtigt sein, wenn die Antragsgegnerin in „eheähnlichen Verhältnissen“ mit einem neuen Partner lebt. Abschließend enthält die Unterhaltsvereinbarung folgende Regelung:

„Die Eheleute sind im Übrigen berechtigt, ihre gegenwärtigen Einkünfte beliebig zu erhöhen, ohne dass sich hieraus ein Abänderungsgrund ergibt.

Die in dieser Vereinbarung genannten Abänderungsgründe sind abschließend. Im Übrigen verzichten die Eheleute auf das Recht zur Abänderung der Vereinbarung über die Unterhaltszahlungen.“

Die Ehescheidung ist seit dem 13.4.1993 rechtskräftig. Der in der Scheidungsfolgenvereinbarung festgesetzte nacheheliche Unterhalt wurde zwischen 1995 und 2011 aufgrund einer vereinbarten Wertsicherungsklausel mehrfach angepasst und beträgt derzeit monatlich 976 €.

Im vorliegenden Abänderungsverfahren hat der Antragsteller unter Hinweis auf eine geänderte Rechtslage zur zeitlichen Begrenzung von Unterhaltsansprüchen auf einen Wegfall seiner Unterhaltspflicht

seit Oktober 2012 angetragen. Das AG hat diesem Antrag in vollem Umfang entsprochen. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde der Antragsgegnerin hat das OLG die Entscheidung des AG abgeändert und den Abänderungsantrag zurückgewiesen.

Dagegen wendet sich der Antragsteller mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der er eine Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung erstrebt.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Der Antragsteller könne keine Abänderung des geschlossenen Vergleichs dahingehend verlangen, dass seine Unterhaltspflicht gegenüber der Antragsgegnerin seit Oktober 2012 nicht mehr bestehe. Die Beteiligten hätten in ihrer Scheidungsfolgenvereinbarung eine ausdrückliche Regelung getroffen, wonach eine spätere Abänderung ausschließlich aus den im Einzelnen aufgeführten und ausdrücklich als abschließend bezeichneten Gründen möglich sein solle, die im vorliegenden Fall nicht gegeben seien. Der Verzicht auf die Abänderung aus anderen, in der Vereinbarung nicht genannten Gründen umfasse bei Würdigung des gesamten Regelungsinhalts der Vereinbarung auch Änderungen der Gesetzeslage und der Rechtsprechung. Denn für die Antragsgegnerin bedeute diese Vereinbarung, dass sie sich, solange sie nicht wieder heiraten oder eine eheähnliche Partnerschaft eingehen sollte, auf die lebenslange Zahlung eines inflationsgeschützten Mindestunterhalts i. H. v. 1.500 DM verlassen könne. Dieser sei von den Beteiligten auch nicht nach konkreten gesetzlichen Vorgaben berechnet, sondern ausdrücklich frei vereinbart worden.

Im Zeitpunkt des Abänderungsverlangens sei die gemeinsame Tochter der Beteiligten bereits volljährig gewesen, so dass es nur noch um die Abänderbarkeit des vereinbarten Aufstockungsunterhalts gehe. Bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Scheidungsfolgenvereinbarung habe der Aufstockungsunterhalt aber gemäß § 1573 Abs. 5 BGB a. F. zeitlich begrenzt werden können. Die Ansicht des Antragstellers, dass nach der seinerzeitigen Rechtsprechung des BGH eine zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin nicht möglich gewesen sei, treffe nicht zu. Der BGH habe in seinen damaligen Entscheidungen keine bestimmte Ehedauer festgelegt, die eine zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs stets ausgeschlossen hätte. Vielmehr habe er darauf hingewiesen, dass die Ehedauer nur eines der Merkmale gewesen sei, die neben anderen Gesichtspunkten in eine Billigkeitsabwägung mit dem Ziel einer angemessenen Entscheidung jedes Einzelfalls einbezogen werden müssten. Schon nach der damaligen Rechtsprechung des BGH sei es für die Frage der Befristung des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin daher auf eine umfassende Billigkeitsabwägung angekommen. Von dem betreuenden Elternteil sei nach der damals herrschenden Rechtsprechung eine Vollzeittätigkeit erwartet worden, sobald das Kind etwa 15 Jahre alt geworden war. Es könne daher nicht davon gesprochen werden, dass bei Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung noch keine Veranlassung dazu bestanden hätte, die Frage der zeitlichen Befristung – insbesondere des Unterhaltsanspruchs nach § 1573 Abs. 2 BGB – zu bedenken. Die Beteiligten hätten in der Scheidungsfolgenvereinbarung nicht nur zugunsten der Antragsgegnerin eine Befristung ihres Unterhaltsanspruchs auf Dauer ausschließen wollen, sondern ausdrücklich vereinbart, dass – im Übrigen auch zulasten der Antragsgegnerin – auf andere als die in der Vereinbarung genannten Abänderungsgründe wechselseitig verzichtet werde.

2. Dies hält rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

Wie das Beschwerdegericht im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat, richtet sich die Abänderung eines Prozessvergleichs allein nach materiellrechtlichen Kriterien (§ 239 Abs. 2 FamFG). Im vorliegenden Fall entscheiden daher der durch Auslegung zu ermittelnde Vertragsinhalt und ggf. die Grundsätze der Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) darüber, ob der Antragsteller eine Abänderung der Scheidungsfolgenvereinbarung mit der Begründung verlangen kann, dass der hier allein noch in Rede stehende Anspruch auf Aufstockungsunterhalt mangels ehebedingter Nachteile der Antragsgegnerin zu befristen sei.

a) Vorrangig gegenüber einer Störung der Geschäftsgrundlage ist dabei zunächst durch Auslegung zu ermitteln, ob und mit welchem Inhalt die Beteiligten eine bindende Regelung hinsichtlich einer möglichen Begrenzung des im Vergleich festgesetzten Unterhalts getroffen haben (Senatsurteile, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rdnr. 13 und vom 25.1.2012, XII ZR 139/09, FamRZ 2012, 525 Rdnr. 28).

aa) Der Senat hat in diesem Zusammenhang vor allem auf die Bedeutung des Umstands hingewiesen, dass die Unterhaltsbefristung nach § 1578b Abs. 2 BGB (bzw. nach § 1573 Abs. 5 BGB a. F.) von der Unbilligkeit einer fortdauernden Unterhaltsleistung abhängt und im Zeitpunkt der Scheidung die für eine künftige Billigkeitsentscheidung maßgeblichen Umstände regelmäßig noch nicht vorhersehbar zutage treten. Aus diesem Grund wird jedenfalls bei der erstmaligen und scheidungsnahe Festlegung des nahehelichen Unterhalts typischerweise davon auszugehen sein, dass sich die Vertragsparteien die Entscheidung über eine spätere Befristung des Unterhalts vorbehalten wollten, weil der Unterhaltspflichtige mit einem sofortigen Ausschluss des Befristungseinwands regelmäßig nicht einverstanden sein wird und auch der Unterhaltsberechtigte nach Treu und Glauben die Zahlungsbereitschaft des Unterhaltspflichtigen nur als eine in diesem Sinne eingeschränkte verstehen kann (Senatsurteil, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rdnr. 24). Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich der Unterhaltsvereinbarung eine ausdrückliche oder konkludente Regelung dahingehend entnehmen lässt, dass die abschließende Entscheidung zugunsten einer unbefristeten Dauer der Unterhaltspflicht schon bei Vertragsschluss getroffen werden sollte (Senatsurteil, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rdnr. 23).

bb) Die vom Beschwerdegericht vorgenommene Auslegung hält den für eine Prüfung der tatrichterlichen Auslegung individualvertraglicher Abreden durch das Rechtsbeschwerdegericht geltenden Maßstäben (Senatsurteile, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rdnr. 15 und vom 26.6.2013, XII ZB 133/11, FamRZ 2013, 1366 Rdnr. 23 m. w. N.) stand. Das Beschwerdegericht ist bei seiner Auslegung der Unterhaltsvereinbarung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Geltendmachung des Befristungseinwands dauerhaft ausgeschlossen sein sollte. Dies hat das Beschwerdegericht daraus gefolgert, dass einerseits eine Befristung von Erwerbslosigkeits- und Aufstockungsunterhalt schon nach dem Rechtszustand bei Vertragsschluss im Jahre 1993 gesetzlich möglich gewesen wäre (§ 1573 Abs. 5 BGB a. F.) und dass andererseits die Geltendmachung eines Befristungseinwands durch den Antragsteller nicht zu den in der Unterhaltsvereinbarung enu-merierten Abänderungsgründen gehört.

Das lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Allein aus dem Umstand, dass die Vertragsparteien die spätere Abänderung ihrer Unterhaltsvereinbarung schon bei Vertragsschluss bedacht haben und einzelne Regelungen zu deren Abänderbarkeit –

etwa im Hinblick auf Einkommensentwicklungen – getroffen haben, lässt sich zwar noch nicht zwangsläufig folgern, dass damit alle anderen denkbaren Abänderungsgründe und insbesondere der Befristungseinwand ausgeschlossen werden sollen (Senatsurteil, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rdnr. 18). Im vorliegenden Fall hat das Beschwerdegericht demgegenüber allerdings mit Recht auf den eindeutigen Wortlaut der Vereinbarung abgestellt, wonach die in der Vereinbarung genannten Abänderungsgründe seinerzeit „abschließend“ sein sollten und die Beteiligten im Übrigen auf das „Recht zur Abänderung“ ausdrücklich „verzichtet“en. Auch die Rechtsbeschwerde erinnert insoweit nichts.

b) Auch wenn die Auslegung des Vertrages zu dem Ergebnis führt, dass die Vertragsparteien bei Abschluss ihrer Unterhaltsvereinbarung im Hinblick auf die damals geltende Rechtslage – hier im Jahre 1993 – eine Befristung des Unterhalts auf Dauer ausschließen wollten, bedarf es einer weiteren Prüfung, ob sich die für den Unterhaltsanspruch relevanten gesetzlichen Grundlagen oder die höchstrichterliche Rechtsprechung nach Abschluss der Vereinbarung grundlegend geändert haben und dies nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) für den Unterhaltspflichtigen nunmehr die Möglichkeit zur Geltendmachung eines Befristungseinwands eröffnet (vgl. Senatsurteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 16).

Geschäftsgrundlage sind die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (vgl. Senatsbeschluss vom 3.12.2014, XII ZB 181/13, juris Rdnr. 17; BGH, Urteil vom 6.5.2014, X ZR 135/11, FamRZ 2014, 1547 Rdnr. 12 m. w. N.). Bei Unterhaltsvereinbarungen wird der Geschäftswille der Vertragsparteien dabei regelmäßig auf der gemeinschaftlichen Erwartung vom Fortbestand einer bestimmten Rechtslage aufgebaut sein (vgl. Senatsurteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192 Rdnr. 28).

aa) Unter diesem Gesichtspunkt kann eine Störung der Geschäftsgrundlage entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht bereits deshalb verneint werden, weil die Beteiligten eine vom Gesetz losgelöste Unterhaltsregelung mit einem eigenen Schuldgrund geschaffen hätten, die einer Abänderung im Hinblick auf eine geänderte Rechtslage zum gesetzlichen Unterhaltsrecht nicht zugänglich wäre. Der Wille der Parteien, den Unterhaltsanspruch völlig auf eine vertragliche Grundlage zu stellen und ihn damit des Wesens eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zu entkleiden, kann nach ständiger Rechtsprechung des Senats nur beim Vorliegen besonderer dafür sprechender Anhaltspunkte angenommen werden (Senatsurteile vom 21.9.2011, XII ZR 173/09, FamRZ 2012, 699 Rdnr. 19 und vom 26.9.1990, XII ZR 87/89, FamRZ 1991, 673, 674; BGH, Urteil vom 28.6.1984, IX ZR 143/83, FamRZ 1984, 874, 875).

Solche Anhaltspunkte ergeben sich auch aus den von der Antragsgegnerin in der Rechtsbeschwerdeerwiderung aufgezeigten Aspekten nicht. Die bloße Beschränkung der Abänderungsmöglichkeit besagt – für sich genommen – noch nichts über die Rechtsnatur des in Rede stehenden Anspruchs (Senatsurteil vom 26.9.1990, XII ZR 87/89, FamRZ 1991, 673, 674). Auch Vereinbarungen über die Nichtanrechnung von Einkünften sind sowohl bei einem gesetzlichen als auch bei einem vertraglich begründeten Unterhaltsanspruch möglich (Senatsurteile vom 25.1.2012, XII ZR 139/09, FamRZ

2012, 525 Rdnr. 33 und vom 26.9.1990, XII ZR 87/89, FamRZ 1991, 673, 674). Demgegenüber sind verschiedene andere Regelungen aus der Unterhaltsvereinbarung der Beteiligten eindeutig an unterhaltsrechtliche Grundsätze angelehnt. Die Antragsgegnerin sollte beim Eintreten typisch unterhaltsrechtlicher Bedürfnislagen – Ausweitung der Kinderbetreuung, Krankheit oder Arbeitslosigkeit – berechtigt sein, eine Erhöhung des Unterhalts zu fordern. Soweit der Antragsteller wegen eigener Krankheit oder Erwerbsunfähigkeit seinerseits eine Abänderung der Unterhaltsvereinbarung verlangen kann, soll eine freie Neuberechnung des Unterhalts „entsprechend der gesetzlichen Regelung“ erfolgen. Der Unterhaltsanspruch soll bei Wiederverheiratung der Antragsgegnerin entfallen (vgl. § 1586 Abs. 1 BGB) und – unter ausdrücklichem Hinweis auf § 1579 Nr. 7 BGB a. F. – bei der Aufnahme eines „eähnlichen Verhältnisses“ durch die Antragsgegnerin ganz oder teilweise verwirkt werden können. Dies lässt mit hinreichender Deutlichkeit darauf schließen, dass die Beteiligten mit ihrer Vereinbarung lediglich den sich aus §§ 1570 ff. BGB ergebenden gesetzlichen Unterhaltsanspruch ausgestalten wollten.

bb) Auch dass das Beschwerdegericht eine schwerwiegende Veränderung der rechtlichen Verhältnisse offensichtlich schon deshalb verneinen will, weil die Befristung des Aufstockungsunterhalts gemäß § 1573 Abs. 5 BGB a. F. schon nach dem Stand der Rechtsprechung bei Vertragsschluss eine umfassende Billigkeitsabwägung vorausgesetzt habe, begegnet rechtlichen Bedenken.

(1) Der Senat hat mehrfach ausgesprochen, dass sich eine Änderung der zuvor gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung – und zwar bezogen auf die zur Befristung des Aufstockungsunterhalts im Rahmen des § 1573 Abs. 5 BGB a. F. anzustellenden Billigkeitsabwägungen – durch die Senatsentscheidung vom 12.4.2006 (XII ZR 240/03, FamRZ 2006, 1006) vollzogen hat (Senatsurteile vom 16.1.2013, XII ZR 39/10, FamRZ 2013, 534 Rdnr. 17 und vom 23.5.2012, XII ZB 147/10, FamRZ 2012, 1284 Rdnr. 18 m. w. N.). Denn der Senat hat mit diesem Urteil seine zunächst nach dem Unterhaltsänderungsgesetz vom 20.2.1986 (BGBl I S. 301) ergangene und grundlegend auf das Jahr 1990 zurückgehende Rechtsprechung geändert. Zwar hatte er es in dieser früheren Rechtsprechung abgelehnt, dem Kriterium der Ehedauer im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 1573 Abs. 5 BGB a. F. einen absoluten Vorrang in dem Sinne einzuräumen, dass der Unterhaltsanspruch unabhängig von den sonstigen Umständen des Einzelfalls generell keiner Befristung mehr zugänglich sein solle, wenn die Ehedauer (einschließlich der ihr gleichgestellten Kinderbetreuungszeit) eine bestimmte feste Zeitgrenze übersteigt. Andererseits hatte der Senat aber betont, dass sich eine Ehedauer von mehr als zehn Jahren dem Grenzbereich nähern dürfte, in dem der Dauer der Ehe als Billigkeitskriterium im Rahmen von § 1573 Abs. 5 BGB ein „durchschlagendes“ Gewicht für eine dauerhafte Unterhaltsgarantie und gegen die Möglichkeit zeitlicher Begrenzung des Unterhalts zukommen werde (Senatsurteile vom 28.3.1990, XII ZR 64/89, FamRZ 1990, 857, 859 und vom 10.10.1990, XII ZR 99/88, FamRZ 1991, 307, 310; zur Entwicklung der Senatsrechtsprechung vgl. *Dose*, FamRZ 2007, 1289, 1294 f.).

(2) Unter den hier obwaltenden Umständen war bei Protokollierung der Scheidungsfolgenvereinbarung im Januar 1993 absehbar, dass die Ehe der Beteiligten bis zu ihrer kurz bevorstehenden Scheidung knapp sieben Jahre gedauert haben würde. Bei der Scheidung war die im Haushalt der Antragsgegnerin lebende gemeinsame Tochter erst sechs Jahre alt, so dass die Beteiligten darüber hinaus auf der Grundlage des

früher angewandten Altersphasenmodells damit rechnen konnten, dass sich an die Rechtskraft der Ehescheidung eine noch rund zehnjährige Kinderbetreuungszeit anschließen würde. Daraus hätte sich für eine Billigkeitsabwägung nach § 1573 Abs. 5 BGB a. F. eine gesamt zu berücksichtigende Zeitspanne von etwa 17 Jahren ergeben. In diesem Fall wäre nach dem Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Abschluss der Unterhaltsvereinbarung die spätere Befristung eines Anspruchs der Antragsgegnerin auf Aufstockungsunterhalt – wenn überhaupt – nur unter außergewöhnlichen Umständen möglich gewesen. Es liegt durchaus nahe, dass der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen und damit auch auf der Erwartung aufbaute, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung, die der Ehedauer im Rahmen der Billigkeitsabwägung eine überragende Bedeutung zugewiesen hatte, auch künftig Bestand haben werde.

cc) Allein die schwerwiegende Veränderung der Vertragsgrundlage rechtfertigt indessen noch nicht das Verlangen nach einer Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB. Vielmehr muss als weitere Voraussetzung hinzukommen, dass der durch die Änderung der Verhältnisse belasteten Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage ist deshalb insbesondere dann kein Raum, wenn nach der vertraglichen Regelung derjenige das Risiko zu tragen hat, der sich auf die Störung beruft (BGH, Urteil vom 6.10.2003, II ZR 63/02, FamRZ 2004, 94; BGHZ 74, 370, 373 = NJW 1979, 1818, 1819 m. w. N.). In diese Richtung vermag der Senat die Unterhaltsvereinbarung der Beteiligten auf der Grundlage der vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen selbst auszulegen (vgl. dazu Senatsurteil, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rdnr. 17).

(1) Eine vertragliche Risikoübernahme kann insbesondere darin zu erblicken sein, dass die Beteiligten einen umfassenden Anpassungsausschluss vereinbaren. Von einem Anpassungsausschluss, der auch der Abänderung eines Unterhaltsvergleichs wegen nachträglicher Änderung der gesetzlichen Grundlagen oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung entgegensteht und für den der Abänderungsgegner darlegungs- und beweisbelastet ist, wird indessen nur beim Vorliegen einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung auszugehen sein (Senatsurteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192 Rdnr. 29). An die Deutlichkeit dieser Vereinbarung sind hohe Anforderungen zu stellen. Auf eine umfassende Unabänderbarkeit der Unterhaltsvereinbarung kann nicht schon daraus geschlossen werden, dass die Vertragsparteien den Unterhalt pauschal ohne konkrete Berechnungsmodalitäten und ohne Rücksicht auf ihre tatsächlichen Einkommensverhältnisse festgelegt haben (vgl. Senatsurteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192 Rdnr. 27 ff.). Auch aus dem Umstand, dass die Parteien im Hinblick auf die bei Vertragsschluss geltende Rechtslage eine als „lebenslanglich“ bezeichnete Zahlung von Unterhalt verabredet haben, folgt für sich genommen noch nicht zwangsläufig, dass ihre Unterhaltsvereinbarung in Bezug auf die Geltendmachung eines Befristungseinwands auch bei nachträglich geänderter Gesetzeslage oder geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung unumstößlich wäre (vgl. auch Senatsurteil vom 25.1.2012, XII ZR 139/09, FamRZ 2012, 525 Rdnr. 31 ff.).

(2) Im vorliegenden Fall haben die Beteiligten allerdings eine ausdrückliche Bestimmung getroffen, wonach die Abänderung der Unterhaltsvereinbarung aus anderen als den in der Vereinbarung selbst enumerierten Gründen ausgeschlossen sein soll. Enthält der Vertrag einen solcherart ausdrücklichen

Anpassungsausschluss, soll dieser offenbar unbedingt und ohne Rücksicht auf mögliche Störungen gelten; die auftretenden Risiken sollen dort verbleiben, wohin sie fallen (Münch-KommBGB/*Finkenauer*, 6. Aufl., § 313 Rdnr. 66).

Für eine einschränkende Auslegung dahingehend, dass die von den Beteiligten getroffene Regelung – noch verstärkt durch den „Verzicht“ auf das „Recht zur Abänderung“ der Unterhaltsvereinbarung im Übrigen – nicht solche Störungen ergreift, die sich erst aus der nachträglichen Änderung der gesetzlichen Grundlagen oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergeben, gibt der Wortlaut der Vereinbarung keinen Anhalt. Zwar bildet auch ein vermeintlich klarer und eindeutiger Wortlaut einer Erklärung keine Grenze für die Auslegung anhand der Gesamtumstände, weil sich die Feststellung, ob eine Erklärung eindeutig ist oder nicht, erst durch eine alle Umstände berücksichtigende Auslegung treffen lässt (Senatsurteile vom 15.10.2014, XII ZR 111/12, WM 2014, 2280 Rdnr. 50 und vom 19.12.2001, XII ZR 281/99, NJW 2002, 1260, 1261 m. w. N.).

Besondere Umstände, die an dem Verständnis der Regelung als einem uneingeschränkten Anpassungsausschluss zweifeln lassen könnten, werden von der Rechtsbeschwerde aber nicht aufgezeigt und sind auch sonst nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass der rechtliche Ausgangspunkt, wonach nicht nur Gesetzesänderungen, sondern auch Änderungen einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Störungen vertraglicher Dauerschuldverhältnisse führen können, die nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Wege der Anpassung zu bereinigen sind, in der Rechtsprechung des BGH schon lange vor Abschluss der hier verfahrensgegenständlichen Unterhaltsvereinbarung im Jahre 1993 allgemein anerkannt war (vgl. BGHZ 58, 355, 362 f. = NJW 1972, 1577, 1579; Senatsurteil vom 26.1.1983, IVb ZR 344/81, FamRZ 1983, 569, 573; vgl. auch *Johannsen/Henrich/Brudermüller*, Eherecht, 2. Aufl. 1992, § 323 ZPO Rdnr. 66; *Wendll/Staudigl*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 2. Aufl. 1990, S. 1007 f.; *Graba*, NJW 1988, 2343, 2347). Bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses musste deshalb beiden Beteiligten bewusst sein, dass sie sich mit der ausdrücklichen Vereinbarung eines uneingeschränkten Abänderungsverzichts auch solcher Anpassungsmöglichkeiten begaben, die sich erst aufgrund einer nachträglichen Änderung der Rechtslage zu ihren Gunsten eröffnen konnten. Die auf der Ungewissheit über die Entwicklung der künftigen unterhaltsrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung beruhenden Risiken werden gerade in diesem Fall bei dem Beteiligten zu verbleiben haben, bei dem sie sich verwirklichen (im Ergebnis ebenso OLG Hamm, Beschluss vom 3.8.2011, 8 UF 83/11, juris Rdnr. 32). Im Übrigen findet die in der Abrede der Unabänderlichkeit liegende vertragliche Risikozuweisung grundsätzlich erst dort ihre Grenze, wo die Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen zur Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz führen würde (RGZ 166, 40, 49; OLG Bamberg, FamRZ 1998, 830, 831; OLGR Saarbrücken 2004, 13, 15; *Staudinger/Baumann*, § 1585c Rdnr. 251; *Erman/Böttcher*, BGB, 14. Aufl., § 313 Rdnr. 57; *Münch*, MittBayNot 2010, 212, 213; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 Rdnr. 35 ff. zur Inhaltskontrolle einer unterhaltsersetzenden Leibrentenvereinbarung).

c) Der Antragsteller kann daher einen Abänderungsantrag nicht allein auf die Begründung stützen, dass ihm wegen schwerwiegender Änderungen der rechtlichen Vertragsgrundlagen nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) die Geltendmachung eines Befristungseinwands eröffnet sein müsse.

## Anmerkung:

1. Im vorliegenden Fall geht es um ein Verfahren auf Abänderung eines im Jahr 1993 abgeschlossenen Vergleichs über nahehehlichen Aufstockungsunterhalt wegen später geänderter Rechtslage.

Zum Hintergrund: Vereinbarungen über Scheidungsfolgen, mit denen üblicherweise die Situation zwischen den Ehegatten befriedet und ein Gerichtsverfahren oder seine Fortsetzung vermieden werden soll, können sich als kurzlebig erweisen. Das gilt vor allem für Vergleiche über den nahehehlichen Unterhalt: Nicht nur die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse wie des Einkommens können das Abänderungsverlangen (§ 239 FamFG) einer Partei begründen, sondern bereits die spätere Änderung der Rechtslage. Als solche wird schon die Änderung einer „gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung“ angesehen.<sup>1</sup>

Ob ein Abänderungsverlangen begründet ist, richtet sich auch bei titulierten Vergleichen nicht nach den Kriterien des § 238 FamFG, sondern nach der materiellrechtlichen Vorschrift über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 239 Abs. 2 FamFG).<sup>2</sup> Das bedeutet vor allem, dass die Präklusionsvorschrift des § 238 Abs. 2 FamFG nicht anzuwenden ist.<sup>3</sup> Einer Abänderung nach diesen Grundsätzen unterlagen in jüngerer Zeit vor allem Unterhaltsvereinbarungen, die vor dem 1.1.2008, also dem Tag des Inkrafttretens des neuen Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes<sup>4</sup> geschlossen worden waren. Vor allem die nun geschaffene Möglichkeit, *alle* nahehehlichen Unterhaltsansprüche *zu befristen* (also nicht nur, wie vordem den Arbeitslosen- und Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 1, 2 BGB), veranlasste viele Unterhaltsschuldner, die Beendigung ihrer Verbindlichkeit unter Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage aufgrund der neuen Billigkeitsklausel (§ 1578b BGB) zu erreichen, vielfach mit Erfolg. Selbst bei Vergleichen über Ansprüche, die schon vor dem 1.1.2008 nach dem früheren § 1578 Abs. 1 Satz 2 nach Billigkeit herabgesetzt werden konnten, konnte die Reform zu einer Abänderung führen; der BGH begründete dies damit, auch hinsichtlich der möglichen Herabsetzung der Unterhaltshöhe hätten sich durch die Einführung der alternativ möglichen Befristung die Maßstäbe geändert.<sup>5</sup> Zudem deutet der BGH die Änderung seiner Rechtsprechung durch Entscheidung vom 12.4.2006 (erleichterte Befristung des Aufstockungsunterhalts)<sup>6</sup> als Rechtsänderung, die schon vor Inkrafttreten der genannten Reform die Geschäftsgrundlage von Vergleichen tangieren konnte (vorliegende Entscheidung Ziffer

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192 Rdnr. 28 ff.; Urteil vom 29.9.2010, XII ZR 205/08, FamRZ 2010, 1884 Rdnr. 16; Urteil vom 8.6.2011, XII ZR 17/09, FamRZ 2011, 1381 Rdnr. 18; Urteil vom 20.3.2013, XII ZR 72/11, FamRZ 2013, 853 Rdnr. 26 und öfter.

<sup>2</sup> Ebenso das frühere Recht, BGH, Urteil vom 21.9.2011, XII ZR 173/09, FamRZ 2012, 699 Rdnr. 28.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 29.6.2011, XII ZR 157/09, FamRZ 2011, 1721 Rdnr.17; Urteil vom 26.5.2010, XII ZR 143/08, FamRZ 2010, 1238 Rdnr.12 (betr. § 323 Abs. 2 ZPO a. F.).

<sup>4</sup> Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl I 3189).

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 21.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 12.4.2006, XII ZR 240/03, FamRZ 2006, 1006.

II. 2. b) bb) (1)).<sup>7</sup> Insgesamt verfolgte der BGH bisher eine Linie, welche die Abänderung zulasten der Unterhaltsberechtigten stark favorisierte. Dies zeigte sich unter anderem in der Entwertung der Vertrauensschutzklausel des § 36 Nr. 1 EGZPO; in einem Fall sprach der Senat aus, diese – vom Gesetzgeber bewusst der Reform hinzugefügte – Klausel brauche nicht eigens geprüft, sondern könne bereits im Rahmen der Billigkeitswertung berücksichtigt werden.<sup>8</sup>

2. Bei dieser Lage fragt es sich, ob Parteien, die durch die Vereinbarung eine wirklich haltbare Basis für ihre weiteren Rechtsbeziehungen schaffen wollen, die Möglichkeit offen steht, künftige Abänderungen – sei es wegen tatsächlicher oder rechtlicher Veränderungen – vertraglich auszuschließen. Diese Frage liegt im Zentrum der hier zu besprechenden Entscheidung. Der BGH bejaht wie schon früher<sup>9</sup> diese Möglichkeit, freilich unter strikten Voraussetzungen: Ein solcher Wille muss ausdrücklich verlautbart sein, an die Deutlichkeit dieser Vereinbarungen sind hohe Anforderungen zu stellen (Ziffer II. 2. b) cc) (1)). Angesichts des Umstandes, dass im vorliegenden Fall die Parteien die Frage der Abänderung zum Gegenstand einer ausführlichen Regelung gemacht und dann die vereinbarten Abänderungsgründe ausdrücklich für abschließend erklärt hatten, war dem Gebot der Deutlichkeit Genüge getan (Ziffer II. 2. a) bb)). Das hatte zur Folge, dass nach dem Inhalt des Vergleichs die Geltendmachung des Befristungseinwands dauerhaft ausgeschlossen sein sollte.

3. Das bedeutet allerdings noch nicht die endgültige Rettung des Vergleichs. Denn auch für eine solche Absprache prüft der Senat, ob nicht durch die seit Vergleichsschluss eingetretene Rechtsänderung die Geschäftsgrundlage gestört sein könnte (Ziffer II. 2. b)). Es waren folglich die Kriterien des § 313 Abs. 1 BGB zu prüfen, insbesondere, ob dem Unterhaltsschuldner das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann (Ziffer II. 2. b) bb) (2)). In diesem Zusammenhang sieht der BGH in der Vereinbarung eine *Risikoübernahme* des Unterhaltsschuldners, die es diesem verwehrt, sich – bezogen auf dieses Risiko – auf die Störung der Geschäftsgrundlagen zu berufen (Ziffer II. 2. b) cc) –c)). Damit blieb das Abänderungsbegehren ohne Erfolg.

4. Ein anderer Weg, die Vereinbarung zu retten, hätte darin gelegen, im Scheidungsvergleich nicht eine Modifikation der gesetzlichen Rechtslage, sondern einen *selbständigen, vom Gesetzesrecht gelösten Unterhaltsvertrag* zu sehen. Der BGH prüft vorliegend auch diese Möglichkeit, bleibt aber – wie schon in früheren Entscheidungen<sup>10</sup> – auf einer zurückhaltenden Linie. Solche selbständigen Unterhaltsverträge können nur angenommen werden, wenn besondere dafür sprechende Anhaltspunkte gegeben sind (Ziffer II. 2. b)). Das verneint der Senat im vorliegenden Fall im Hinblick auf die im Vergleich enthaltenen Regelungen, die an das gesetzliche Unterhaltsrecht angelehnt sind (Ziffer II. 2. b) aa)). Im Übrigen hat der

<sup>7</sup> So schon BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192 Rdnr. 33; Urteil vom 18.11.2009, XII ZR 65/09, FamRZ 2010, 111 Rdnr. 60; Urteil vom 27.1.2010, XII ZR 100/08; Urteil vom 29.9.2010, XII ZR 205/08, FamRZ 2010, 538 Rdnr. 22; Urteil vom 29.9.2010, XII ZR 205/08, FamRZ 2010, 1884 Rdnr. 18-23; Urteil vom 8.6.2011, XII ZR 17/09, FamRZ 2011, 1381 Rdnr. 18; Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 20; Urteil vom 25.1.2012, XII ZR 139/09, FamRZ 2012, 525 Rdnr. 24; Urteil vom 23.5.2012, XII ZR 147/10, FamRZ 2012, 1284 Rdnr. 18.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 23.5.2012, XII ZR 147/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 21.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192 Rdnr. 29.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 25.1.2012, XII ZR 139/09, FamRZ 2012, 525; BGH, Urteil vom 26.5.2010, XII ZR 143/08, FamRZ 2010, 1238.

BGH in einer früheren Entscheidung zu erkennen gegeben, dass sogar selbständige Unterhaltsversprechen gegen die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen der Änderung des *gesetzlichen* Unterhaltsrechts nicht gefeit sind.<sup>11</sup>

5. Sieht man die vorliegende Entscheidung auf der Linie der bisherigen BGH-Rechtsprechung, so ergibt sich ein positiver Akzent in Richtung Vertragsfreiheit: Es ist möglich, das einseitige Recht auf Abänderung von Scheidungsvergleichen wegen späterer Gesetzesreformen durch eindeutige Vertragsbestimmungen auszuschließen. Es muss dies nur klar, konsequent und mit Nachdruck als Risikoübernahme formuliert werden. Dass auch eine solche Risikoüberweisung nicht grenzenlos trägt, formuliert der Senat am Schluss der Entscheidung (Ziffer II. 2. b) cc) (2)); die Grenze liegt da, „wo die Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen zur Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz führen würde“.

Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab, Regensburg

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 25.1.2012, XII ZR 139/09, FamRZ 2012, 525 Rdnr. 40.

7. BGB §§ 313, 516 (*Rückgewähr von Schenkungen der Schwiegereltern zur Bedienung eines Immobilienkredits*)

**1. Schenkungen von Schwiegereltern an ihr Schwiegerkind zur Bedienung eines Immobilienkredits können ihre Geschäftsgrundlage im dauerhaften Wohnen des eigenen Kindes nur im Umfang des Tilgungsanteils haben. Mit dem Zinsanteil werden demgegenüber Kosten des laufenden Lebensunterhalts bestritten, welche grundsätzlich nicht zu einer Rückforderung berechtigen.**

**2. Zum Umfang der für den Rückgewähranspruch zu berücksichtigenden Zweckerreichung wegen der bis zum Scheitern der Ehe erfolgten Nutzung.**

BGH, Beschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13

Der Antragsteller ist der frühere Schwiegervater des Antragsgegners. Er begehrt nach Scheitern der Ehe seiner Tochter mit dem Antragsgegner die Rückgewähr von Geldzuwendungen.

Die Ehe wurde 1996 geschlossen. Im selben Jahr erwarben die Ehegatten ein Einfamilienhausgrundstück zu hälftigem Miteigentum und nahmen zur Finanzierung ein Darlehen auf. Der Antragsteller und seine Ehefrau wandten den Ehegatten während der Ehe verschiedene Geldbeträge zu. Unter anderem überwies sie von Januar 1997 bis Dezember 2001 monatlich 800 DM und von Januar 2002 bis Juni 2008 monatlich 409 € auf das Girokonto des Antragsgegners.

Der Antragsgegner und die Tochter des Antragstellers (im Folgenden: Tochter) trennten sich im Jahr 2008. Die Ehe wurde durch Urteil vom 9.2.2011 rechtskräftig geschieden. Am 16.9.2011 schlossen die Ehegatten eine notarielle Scheidungsfolgenvereinbarung. Der Antragsgegner übertrug der Tochter seinen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück gegen Zahlung von 75.000 € sowie gegen Übernahme der Restverbindlichkeiten. Ferner vereinbarten die Ehegatten, dass etwaige wechselseitige Zugewinnausgleichsansprüche ausgeglichen und erledigt sein sollten.

Der Antragsteller hat – aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau – Zahlung von 32.000,04 € als hälftige Erstattung von geleisteten Zuwendungen geltend gemacht. Das AG hat dem Antrag nur wegen einer weiteren Zuwendung i. H. v. 852,15 € stattgegeben. Auf die Beschwerde des Antragstellers hat das OLG auch wegen der von 1997 bis 2008 geleisteten monatlichen Zahlungen einen anteiligen Ausgleichsanspruch angenommen und dem Antragsteller weitere 12.700 € zugesprochen.

Dagegen wendet sich der Antragsgegner mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit welcher er die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses erstrebt.

Aus den Gründen:

II.

(...)

a) Das OLG hat die monatlichen Geldzuwendungen als Schenkung der Schwiegereltern (auch) an den Antragsgegner angesehen. Das hält der von der Rechtsbeschwerde erhobenen Verfahrensrüge stand und ist auch im Übrigen nicht zu beanstanden.

aa) Der von der Rechtsbeschwerde gerügte Gehörsverstoß (Art. 103 Abs. 1 GG) liegt nicht vor. Die Rechtsbeschwerde macht geltend, das OLG habe entscheidungserhebliches Vorbringen des Antragsgegners und dessen entsprechenden Beweisantritt übergangen. Der Antragsgegner habe vorgetragen, dass die Zahlungen der Schwiegereltern ausschließlich für ihre Tochter zur Ermöglichung mietfreien Wohnens bestimmt gewesen seien. Die Zahlungen seien bereits vor dem Kauf des Eigenheims und der Eheschließung geflossen und hätten den Lebensstandard und das Einkommen der Familie erhöht. Die Höhe der Zahlungen habe exakt dem Wert des mietfreien Wohnens in der zuvor von den Ehegatten bewohnten, dem Nießbrauch der Schwiegereltern unterliegenden Wohnung entsprochen. In gleicher Höhe hätten die Schwiegereltern auch ihrer weiteren Tochter Zahlungen erbracht.

Dieses Vorbringen stellt aber weder eine dem Antragsgegner erbrachte Zuwendung noch deren Unentgeltlichkeit in Frage. Auch vor Eheschließung und Erwerb des Eigenheims geflossene Zahlungen wären unentgeltlich gewesen, zumal sie schon wegen des den Schwiegereltern zustehenden Nießbrauchs unabhängig von einer Gegenleistung erfolgten. Zudem ergibt sich aus dem Vortrag des Antragsgegners, dass die Zahlungen das Einkommen der Familie erhöhten und ihm somit jedenfalls mittelbar zugutekamen. Dass die vom Antragsgegner vorgetragene Zahlungen auch seinerzeit ihm persönlich direkt zufließen, ist nicht erforderlich. Denn jedenfalls nach der Eheschließung wurden die Beträge nach den Feststellungen des OLG auf sein Girokonto überwiesen, wogegen die Rechtsbeschwerde keine Rügen erhoben hat. Wenn der Antragsgegner im Widerspruch dazu dennoch behauptet hat, die Zahlungen der Schwiegereltern seien ausschließlich für ihre Tochter bestimmt gewesen, so hat das OLG dieses nicht näher konkretisierte Vorbringen zutreffend als unbeachtlich angesehen und demzufolge auch dem – ohnehin nur pauschalen – Beweisantritt des Antragsgegners zu Recht nicht entsprochen.

bb) Bei den monatlichen Überweisungen handelte es sich mithin um unentgeltliche Vermögenszuwendungen aus dem Vermögen des Antragstellers und seiner Ehefrau im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB, die auch den Antragsgegner bereichern haben. Die Bereicherung besteht bereits in der vom Antragsgegner jeweils erlangten Kontogutschrift, ohne dass es auf die weitere Verwendung des Geldes ankommt (vgl. Senatsurteil, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 60). Schließlich ist es für die Bewertung der Zuwendungen als Schenkung nicht von Bedeutung, dass diese monatlich sukzessive über einen längeren Zeitraum erbracht wurden. Dass die Tochter des Antragstellers als (mittelbare) Empfängerin der Zuwendungen von ihren Eltern ebenfalls mitbedacht wurde, ist dadurch berücksichtigt worden, dass der Antragsteller die geltend gemachte Forderung auf die hälftigen Beträge der Zuwendungen beschränkt hat.

Schwiegerelterliche Zuwendungen erfüllen nach der neueren Rechtsprechung des Senats auch dann sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 Abs. 1 BGB, wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes willen erfolgen.

Insbesondere fehlt es nicht an einer Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (Senatsurteil, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 21).

b) Auf schwiegerelterliche Zuwendungen sind jedoch, auch wenn sie als Schenkung zu werten sind, die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB anwendbar (Senatsurteile, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 25 ff.; vom 21.7.2010, XII ZR 180/09, FamRZ 2010, 1626 Rdnr. 13 und vom 20.7.2011, XII ZR 149/09, FamRZ 2012, 273 Rdnr. 21).

aa) Nach ständiger Rechtsprechung sind Geschäftsgrundlage die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut. Ist dies hinsichtlich der Vorstellung der Eltern, die eheliche Lebensgemeinschaft des von ihnen beschenkten (künftigen) Schwiegerskinds mit ihrem Kind werde Bestand haben und ihre Schenkung demgemäß dem eigenen Kind dauerhaft zugutekommen, der Fall, so bestimmt sich bei Scheitern der Ehe eine Rückabwicklung der Schenkung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (Senatsurteile BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 26 und vom 21.7.2010, XII ZR 180/09, FamRZ 2010, 1626 Rdnr. 14, jeweils m. w. N.).

Die mit einer Zuwendung verbundene Erwartung, die Schenkung werde dem eigenen Kind dauerhaft zugutekommen, ist nur berechtigt, wenn diese entweder gegenständlich oder jedenfalls mit ihrem Gegenwert dazu bestimmt ist, das (Aktiv-) Vermögen des Empfängers dauerhaft zu erhöhen. Nur dann können die Schwiegereltern erwarten, dass ihr Kind von der Zuwendung dauerhaft profitieren wird. Wenden die Schwiegereltern dem Schwiegerskind dagegen Beträge zur Bestreitung laufender Kosten, insbesondere des täglichen Konsums zu, so verbleibt kein für das eigene Kind nutzbarer Vermögenswert, auch wenn insoweit eine schenkweise Bereicherung des Empfängers eingetreten ist. Erbringen die Schwiegereltern die Zuwendung zur Befreiung von Verbindlichkeiten, so kommt es darauf an, ob und inwiefern die Zuwendung das Vermögen des Empfängers dauerhaft erhöhen soll (vgl. Senatsurteil vom 20.7.2011, XII ZR 149/09, FamRZ 2012, 273 Rdnr. 31).

Die Geschäftsgrundlage einer schwiegerelterlichen Schenkung, dass die Zuwendung auch dem eigenen Kind auf Dauer zugutekommt, fällt jedenfalls dann (teilweise) weg, wenn das eigene Kind nicht im vorgestellten Umfang von der Schenkung profitiert. Falls dies Folge des Scheiterns der Ehe des Kindes mit dem Zuwendungsempfänger ist, ist die Geschäftsgrundlage dementsprechend insoweit entfallen, als die Begünstigung des eigenen Kindes entgegen der Erwartung seiner Eltern vorzeitig endet (Senatsurteile BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 59 und vom 20.7.2011, XII ZR 149/09, FamRZ 2012, 273 Rdnr. 29; vgl. auch Senatsurteil vom 7.9.2005, XII ZR 316/02, FamRZ 2006, 394, 395). Rückforderungsansprüche von Schwiegereltern können dann auch nicht deswegen verneint werden, weil das eigene Kind Miteigentümer der mit der schwiegerelterlichen Zuwendung finanzierten Immobilie ist und diese auch nach der Trennung bewohnt (Senatsurteil vom 20.7.2011, XII ZR 149/09, FamRZ 2012, 273 Rdnr. 30).

bb) Allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt allerdings noch nicht zu einer Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB. Vielmehr muss als weitere Voraussetzung

hinzukommen, dass dem Zuwendenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten an unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

Durch diese Formulierung kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 Abs. 3 BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für den Zuwendenden zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (BGH, Urteil vom 1.2.2012, VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rdnr. 30 m. w. N.; vgl. auch Senatsurteile, BGHZ 172, 22, FamRZ 2007, 983 Rdnr. 24 zum Unterhalt und vom 19.9.2012, XII ZR 136/10, FamRZ 2012, 1789 Rdnr. 25 zum Ausgleich unbenannter Zuwendungen unter Ehegatten). Ob dies der Fall ist, kann nur nach einer umfassenden Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände festgestellt werden (BGHZ 181, 77 = NJW-RR 2010, 960 Rdnr. 72; Senatsurteil, BGHZ 165, 1 = FamRZ 2006, 607, 609; vgl. auch zur früheren Rechtslage Senatsurteile, BGHZ 142, 137 = FamRZ 1999, 1580, 1583 und BGHZ 127, 48 = FamRZ 1994, 1167, 1168).

Im Falle einer Schwiegerelternschenkung führt das Scheitern der Ehe von Kind und Schwiegerkind daher auch dann, wenn der Fortbestand der Ehe Geschäftsgrundlage der Zuwendung war, nicht automatisch, sondern nur bei gesondert festzustellender Unzumutbarkeit des Festhaltens an der Schenkung zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung.

Hierbei sind insbesondere die Kriterien heranzuziehen, die auch nach der Senatsrechtsprechung zu unbenannten schwiegerelterlichen Zuwendungen zugrunde zu legen waren; lediglich güterrechtlichen Aspekten kommt allerdings keine Bedeutung mehr zu (Senatsurteile, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 58 und vom 20.7.2011, XII ZR 149/09, FamRZ 2012, 273 Rdnr. 28). Neben der Ehedauer sind dabei unter anderem die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse von Schwiegereltern und früheren Ehegatten, der Umfang der durch die Zuwendung bedingten und beim Schwiegerkind noch vorhandenen Vermögensmehrung, aber auch mit der Schenkung verbundene Erwartungen des Zuwendenden hinsichtlich seiner Versorgung im Alter von Bedeutung (vgl. hierzu etwa Senatsurteile vom 7.9.2005, XII ZR 316/02, FamRZ 2006, 394, 395 ff.; vom 28.10.1998, XII ZR 255/96, FamRZ 1999, 365, 366 f. und vom 4.2.1998, XII ZR 160/96, FamRZ 1998, 669, 670; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 6. Aufl., Rdnr. 562 ff. m. w. N.).

cc) Liegen die genannten Voraussetzungen vor und hat der Zuwendende einen Anspruch auf Vertragsanpassung, so hat diese unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu erfolgen (Senatsurteil, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 58 m. w. N.).

Insbesondere ist die Höhe der durch die Zuwendung bedingten, beim Empfänger noch vorhandene Vermögensmehrung zu berücksichtigen. Der Anpassungs- und Rückforderungsanspruch setzt grundsätzlich eine beim Wegfall der Geschäftsgrundlage noch vorhandene, messbare Vermögensmehrung voraus, die zugleich den Anspruch nach oben begrenzt (vgl. Senatsurteil vom 20.7.2011, XII ZR 149/09, FamRZ 2012, 273 Rdnr. 31).

In welchem Umfang in dem vorgegebenen Rahmen eine Vertragsanpassung und Herausgabe geschuldet ist, wird ferner davon beeinflusst, inwiefern sich die zur Geschäftsgrundlage gewordenen Vorstellungen der zuwendenden Schwiegereltern

verwirklicht haben (Senatsurteile, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 59 und vom 28.10.1998, XII ZR 255/96, FamRZ 1999, 365, 367, jeweils m. w. N.). Hierbei ist darauf abzustellen, was die Schwiegereltern für den Empfänger insoweit erkennbar nach Treu und Glauben erwarten durften. Dagegen lässt sich – insbesondere bei Immobilien – ohne konkrete Anhaltspunkte keine allgemeine zeitliche Grenze angeben, mit der die vorgestellte Nutzungsdauer abgelaufen ist. Daher verbietet sich die Annahme des OLG, die Nutzung der angeschafften Immobilie sei ohne Weiteres schon dann als hinreichend zu betrachten, wenn eine Ehedauer von 20 Jahren erreicht ist oder wenn die Enkel volljährig geworden sind (wie das OLG auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2014, 161 und OLG Frankfurt Beschluss vom 4.6.2012, 6 UF 12/12, juris; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 7 Rdnr. 231; *Büte*, FuR 2011, 664, 665). Das würde voraussetzen, dass die Schwiegereltern von vornherein die Vorstellung hätten, dass ihr Kind lediglich für eine begrenzte Dauer von der Zuwendung profitieren und eine zugewendete – oder eine ersatzweise angeschaffte andere – Immobilie etwa nach Auszug der Enkelkinder nicht mehr bewohnen werde. Mangels entsprechender konkreter Anhaltspunkte fehlt einer solchen Annahme die Grundlage. Für sie kann insbesondere nicht die Lebenserfahrung angeführt werden. Die nach Auffassung der Rechtsbeschwerde gebotene Orientierung an der für die Schenkungsrückforderung gemäß § 528 BGB geltenden Frist von zehn Jahren (§ 529 Abs. 1 BGB) ist erst recht nicht gerechtfertigt. Die § 528 BGB zugrundeliegende Fallkonstellation ist mit der vorliegenden bereits deshalb nicht vergleichbar, weil im Fall des § 528 BGB mit der Schenkung keine bestimmten Erwartungen im Hinblick auf die künftige Verwendung des Geschenks verbunden sind.

dd) Gemessen an diesen Grundsätzen kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben.

Das OLG hat es nach durchgeführter Beweisaufnahme als erwiesen angesehen, dass die vom Antragsteller und seiner Frau monatlich geleisteten Zahlungen für die Ehegatten erkennbar als Beitrag zur Finanzierung des Hauses und damit der dauerhaften Vermögensbildung dienten. Die Zahlungen seien auf das Girokonto des Antragsgegners geflossen, weil von diesem Konto die Darlehensverbindlichkeiten erfüllt wurden. Das trägt indessen noch nicht die Bewertung, dass die Schenkung dem eigenen Kind dauerhaft zugutekommen sollte. Eine solche Annahme ist – wie ausgeführt – nur berechtigt, wenn die Schenkung entweder gegenständlich oder jedenfalls mit ihrem Gegenwert dazu bestimmt ist, das (Aktiv-)Vermögen des Empfängers dauerhaft zu erhöhen.

Zwar kann eine mit einer Geschäftsgrundlage verbundene Zuwendung grundsätzlich auch in der Form erbracht werden, dass diese in monatlichen Einzelbeträgen geleistet wird. Wenn die Schwiegereltern von vornherein die erkennbare Absicht haben, über längere Zeit regelmäßige Leistungen zu erbringen, kann damit ebenfalls die Erwartung verbunden sein, dass mit ihrer Hilfe im Lauf der Zeit ein erheblicher Vermögenswert geschaffen wird, der dem eigenen Kind dauerhaft zugutekommen soll. Durch die monatlich überwiesenen Beträge ist indessen nur insoweit eine zur dauerhaften Nutzung bestimmte Vermögensbildung eingetreten, als die Darlehensverbindlichkeiten mit ihrer Hilfe getilgt werden sollten. Der Zinsanteil stellt sich demgegenüber nicht als eine solche Vermögensbildung dar. Vielmehr dienten die zugewendeten Beträge insoweit zur Begleichung von regelmäßigen (Darlehens-)Kosten, die – vergleichbar mit einer gezahlten Wohnungsmiete – das Vermögen nicht bleibend erhöht

haben, sondern zur Befriedigung des Wohnbedarfs und mithin zur Bestreitung des Lebensunterhalts dienen (vgl. Senatsurteil vom 8.5.2013, XII ZR 132/12, FamRZ 2013, 1295 Rdnr. 23, 25 für Zuwendungen in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft). Es fehlt somit an Feststellungen zu der Frage, inwiefern die Zahlungen der Schwiegereltern ihrer Tochter dauerhaft zugutekommen sollten.

3. Die angefochtene Entscheidung ist demnach aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil es hierfür weiterer Feststellungen und tatrichterlicher Beurteilung bedarf.

Das OLG hat den Beteiligten Gelegenheit zum weiteren Vortrag zu geben, in welchem Umfang die Darlehensverbindlichkeiten durch die monatlichen Zahlungen getilgt werden sollten und welcher Anteil auf die Zinsen entfiel. Aus der teilweisen Zweckerreichung ergibt sich nicht notwendig der Betrag der Rückforderung. Die teilweise Zweckerreichung muss nur ersichtlich in die letztlich anhand sämtlicher Umstände umfassend zu treffende Billigkeitsabwägung einfließen. Das OLG wird in diesem Rahmen abschließend zu beurteilen haben, ob der dem Antragsgegner verbliebene Vermögenswert noch eine Größenordnung erreicht, die den Fortbestand der Schenkung für den Antragsteller und seine Ehefrau nicht zuletzt auch im Hinblick auf die beiderseitigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse unzumutbar erscheinen lässt. In diesem Zusammenhang kann auch das Vorbringen des Antragsgegners Bedeutung erlangen, dass die monatlichen Zuwendungen sich entsprechend früherer Handhabung in einem Rahmen bewegten, in dem auch laufende Wohnkosten angefallen wären (vgl. Senatsurteil vom 8.5.2013, XII ZR 132/12, FamRZ 2013, 1295 Rdnr. 23, 25 für Zuwendungen in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft).

(...)

8. BGB §§ 1684, 1741, 1745 (*Unterhaltsrechtliche Interessen der leiblichen Kinder bei Stiefkinderadoption*)

**Der Umstand, dass der Unterhaltsanspruch der leiblichen Kinder des Annehmenden durch das Hinzutreten eines weiteren Unterhaltsberechtigten in der Person des Annehmenden zu einer Reduzierung des Unterhaltsanspruchs auf 100 % des Regelunterhalts führt, genügt nicht, um von einem Überwiegen der Interessen der Kinder des Annehmenden im Sinne des § 1745 BGB auszugehen.**

OLG Köln, Beschluss vom 2.12.2014, 4 UF 90/14

Der Annehmende ist der leibliche Vater der Beteiligten zu 4 und 5. Diese leben bei ihrer Mutter, von der der Annehmende seit Jahren geschieden ist. Der Annehmende ist ihnen gegenüber gemäß der Urkunde des Jugendamtes über die Verpflichtung zum Unterhalt vom 6.7.2010 in Höhe von 105 % des Mindestunterhalts der jeweiligen Altersstufe zum Unterhalt verpflichtet. Im Mai 2013 hat er beantragt, diese Urkunde dahin abzuändern, dass er nicht mehr zu Unterhalt verpflichtet ist, weil er aufgrund eingeschränkter Arbeitsfähigkeit, berufsbedingter Aufwendungen und der Höhe der Miete nicht mehr leistungsfähig sei. Eine Entscheidung in diesem beim AG Waldbröl anhängigen Verfahren (12 F 159/13) ist noch nicht ergangen.

In zweiter Ehe ist er seit Februar 2012 mit der Mutter des Anzunehmenden verheiratet. Aus einer früheren Ehe der jetzigen Ehefrau des Annehmenden sind der Beteiligte zu 2 und dessen ältere Schwester E3, geboren 1996, hervorgegangen. Der Annehmende lebt mit seiner Ehefrau und deren beiden Kindern in einem Haushalt zusammen.

Mit notarieller Urkunde vom 16.4.2012 haben der Annehmende und seine Ehefrau sowie deren Tochter E3 beantragt, dass das AG die

Adoption des Anzunehmenden und seiner Schwester ausspricht; der leibliche Vater des Anzunehmenden hat dem zugestimmt. Mit Beschluss vom 26.6.2014 hat das AG die Adoption im Hinblick auf § 1745 BGB abgelehnt, nachdem die Beteiligten zu 4 und 5 erklärt hatten, dass sie mit der Annahme nicht einverstanden seien, weil sie hierdurch Nachteile für sich in ihrer Beziehung zu ihrem Vater befürchteten.

Hiergegen hat der Annehmende Beschwerde eingelegt, soweit es um die Adoption des Beteiligten zu 2 geht; die Adoption von E3 hat er im Hinblick auf deren inzwischen eingetretene Volljährigkeit nicht weiter verfolgt.

Der Senat hat den Anzunehmenden und die Beteiligten zu 4 und 5 am 28.10.2014 angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den entsprechenden Vermerk Bezug genommen, zu dem die Beteiligten Stellung nehmen konnten.

*Aus den Gründen:*

## II.

1. Die Beschwerde des Annehmenden ist zulässig, insbesondere wurde sie fristgerecht eingelegt. Zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung war ihm der Beschluss des Familiengerichts noch gar nicht zugestellt gewesen, so dass für ihn die Rechtsmittelfrist noch gar nicht zu laufen begonnen hatte.

2. Die Beschwerde ist auch begründet.

a) Die Voraussetzungen für eine Adoption des Anzunehmenden durch den Annehmenden gemäß § 1741 BGB liegen vor, wovon wohl auch das Familiengericht bei seiner Entscheidung ausgegangen ist. Insbesondere kann aufgrund der seit Jahren bestehenden familiären Gemeinschaft, in der Annehmender und Anzunehmender leben, sowie der deutlichen Distanzierung des Anzunehmenden von seinem leiblichen Vater davon ausgegangen werden, dass zwischen ihnen bereits heute ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist.

b) Die Auffassung des Familiengerichts, dass § 1745 BGB der Adoption entgegenstehe, teilt der Senat nicht. Allerdings geht auch der Senat davon aus, dass berechnete Interessen der leiblichen Kinder des Annehmenden, der Beteiligten zu 4 und 5 der Adoption entgegenstehen, jedoch überwiegen diese Interessen nicht das Interesse an der Adoption.

Beide Töchter haben in ihrer Anhörung durch den Senat glaubhaft erklärt, dass sie befürchten, dass eine Zulassung der Adoption ihr Verhältnis zu ihrem Vater noch weiter beeinträchtigen werde. Es ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass sie, die unter dem – jedenfalls aus ihrer Sicht vom Vater zu verantwortenden – Kontaktabbruch leiden, die Adoption als rechtliche Sanktionierung dieses Kontaktabbruchs verstehen. Das ist sie allerdings nicht. An der Verpflichtung des Anzunehmenden zum Umgang mit seinen beiden leiblichen Töchtern (§ 1684 BGB) ändert sich durch die Adoption nichts. An der faktischen Situation, dass seit Jahren ein Kontakt zwischen dem Vater und seinen Töchtern nicht besteht, würde eine Entscheidung des Senats, egal wie diese ausfällt, aber nichts ändern. Der Kontaktabbruch ist Folge des Umstandes, dass die Ehe des Annehmenden mit der Mutter seiner beiden Töchter gescheitert ist, er inzwischen erneut verheiratet ist und mit seiner Ehefrau und deren Kindern zusammenlebt. Hieraus und nicht aus der Adoption folgt die Entfremdung (vgl. auch MünchKommBGB/Maurer, 6. Aufl., 2012, § 1745 Rdnr. 9; Staudinger/Frank, 2007, § 1745 Rdnr. 14). Dementsprechend sind auch beide Töchter des Annehmenden im Rahmen ihrer Anhörung resigniert davon ausgegangen, dass sich das Verhalten ihres Vaters ihnen gegenüber „so oder so“ nicht mehr ändern würde. Damit würde die Versagung der Adoption im Hinblick auf den Kontaktabbruch mit den leibli-



chen Kindern aber zu einer reinen Sanktion und das ist nicht Sinn und Zweck der Regelung des § 1745 BGB.

Auch die unterhaltsrechtlichen Interessen der leiblichen Töchter des Annehmenden haben nicht ein solches Gewicht, dass deswegen die Adoption gemäß § 1745 BGB unzulässig würde. Soweit es in § 1745 Satz 2 BGB heißt, dass vermögensrechtliche Interessen nicht ausschlaggebend sein sollen, ist davon auszugehen, dass hiermit gemeint ist, dass vermögensrechtliche Interessen nicht im Vordergrund der Abwägung stehen sollen. Auch der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass solche Interessen mit in die Abwägung eingestellt werden können, denn sonst hätte es der Regelung des § 1745 Satz 2 BGB gar nicht bedurft. Wenn aber auch vermögensrechtliche Interessen mit zu berücksichtigen sind, müssen diese jedenfalls im Einzelfall auch ausschlaggebend sein können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es auch ansonsten schon schwerwiegende, nicht vermögensrechtliche Interessen gibt, die für sich allein genommen, aber noch nicht ganz ausreichen, um ein Übergewicht im Sinne des § 1745 BGB annehmen zu können.

Im Schrifttum wird insoweit verbreitet angenommen, dass gerade in Fällen – wie hier – der Stiefkindadoption die Unterhaltsinteressen der leiblichen Kinder ein solches Gewicht erlangen können, dass sie der Adoption entgegenstehen (MünchKommBGB/Maurer, a. a. O., § 1745 Rdnr. 12; *Staudinger/Frank*, a. a. O., § 1745 Rdnr. 18). Der BGH hat dies jedenfalls für den Fall angenommen, dass die leiblichen Kinder infolge der Adoption Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen (BGH, Urteil vom 8.2.1984, IVb 67/82, FamRZ 1984, 378).

Es bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen Auswirkungen der Adoption auf den Unterhalt der leiblichen Kinder einer Adoption im Sinne des § 1745 BGB entgegenstehen. Das erforderliche Gewicht haben diese Auswirkungen jedenfalls nur dann, wenn sie erheblich und spürbar sind. Davon kann hier aber nicht ausgegangen werden. Derzeit besteht die Unterhaltsverpflichtung des Annehmenden gegenüber seinen beiden Töchtern in Höhe von 105 % des Mindestunterhalts. Das entspricht auch seiner aktuellen Leistungsfähigkeit, wie sie sich aus den vom Annehmenden eingereichten VKH-Unterlagen ergibt. Infolge der Adoption des Anzunehmenden würde der Unterhaltsanspruch der Beteiligten zu 4 und 5 künftig auf 100 % des Mindestunterhalts sinken, weil durch die Adoption ein weiterer Unterhaltsberechtigter hinzutreten würde. Das Hinzutreten eines weiteren Unterhaltsberechtigten führt ggf. zur Herabstufung in die nächstniedrigere Stufe der Düsseldorfer Tabelle. Durch die Adoption würde sich der Unterhaltsanspruch der Beteiligten zu 4 und 5 dementsprechend von derzeit 356 €/Monat/Kind auf 334 €/Monat/Kind verringern. Das ist zwar schon spürbar, wird die Lebensführung der Beteiligten zu 4 und 5 aber aller Voraussicht nach nicht erheblich beeinträchtigen.

Der Umstand, dass der Annehmende den seinen leiblichen Kindern nach dem vorliegenden Unterhaltstitel geschuldeten Unterhalt schon seit geraumer Zeit nicht bezahlt und er die Abänderung dieses Titels anstrebt, hat nichts mit der Adoptionsentscheidung zu tun. Er beruft sich darauf, dass er aufgrund eingeschränkter Arbeitsfähigkeit nicht mehr leistungsfähig sei. Darauf, ob dieser Einwand berechtigt ist, oder ob nicht vielmehr aufgrund seines im VKH-Verfahren dargelegten Einkommens von einer uneingeschränkten Leistungsfähigkeit für den geschuldeten Unterhalt auszugehen ist, kommt es für die Entscheidung im Rahmen des § 1745 BGB nicht an. Sollte die Leistungsfähigkeit des Annehmenden tatsächlich in dem von ihm behaupteten Umfang eingeschränkt sein, wäre

dies nicht Folge der Adoption. Auch durch eine Versagung der Adoption würde sich an der vorgetragenen eingeschränkten Leistungsfähigkeit nichts ändern

(...)

9. BGB §§ 2094, 2270, 2271 Abs. 2 Satz 1, § 2352 (*Bindungswirkung einer Schlusserbeneinsetzung bei Zuwendungsverzicht eines der Schlusserben*)

**Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament zwei Kinder als Schlusserben eingesetzt und schließt der überlebende Ehegatte mit einem dieser Kinder einen entgeltlichen Zuwendungsverzicht mit Erstreckung auf dessen Abkömmlinge, so bezieht sich die Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung für den überlebenden Ehegatten im Zweifel auch auf den Erbteil, der dem anderen Kind infolge des Zuwendungsverzichts angewachsen ist.**

OLG Hamm, Beschluss vom 28.1.2015, I-15 W 503/14

Aus der Ehe E mit dem vorverstorbenen M sind drei Kinder hervorgegangen: der Beteiligte A und seine Schwestern B und C. Die Beteiligte Y ist eine Tochter von C.

Die Eheleute errichteten am 4.1.1980 ein formwirksames Ehegattentestament, in dem sie unter Ziffer 1 die folgende Verfügung getroffen haben:

„Wir, die Eheleute M und E setzen uns gegenseitig zum Erben ein.

Als Nacherben im Sinne von § 2100 BGB und Erben des Überlebenden von ... uns setzen wir unsere Kinder A und C. Unsere Tochter B soll aufgrund ihres antifamiliären Verhaltens nur das gesetzlich festgelegte Erbteil bekommen. Der überlebende Ehegatte ist befreiter Vorerbe.“

Unter Ziffer 5 ihres Ehegattentestaments ordneten die Eheleute an, dass ein Kind, das nach dem Tode des zuerst Versterbenden seinen Pflichtteil verlange, auch nach dem Tode des zuletzt Versterbenden nur den Pflichtteil erhalten solle.

Am 24.1.1991 errichteten die Eheleute gemeinsam eine als „Ergänzung unseres gemeinschaftlichen Testaments vom vierten Januar eintausend-neunhundertachtzig“ bezeichnete letztwillige Verfügung, in der sie „vorsorglich“ klarstellten, dass es sich bei dem dort unter Ziffer 1 der Tochter B zugeordneten gesetzlich festgelegten Erbteil um den Pflichtteil handele und B keine Miterbin werden solle.

Nach dem Tod ihres Ehemannes wurde der E auf ihren Antrag ein Erbschein als befreite Vorerbin erteilt (AG Dortmund, 11 VI 167/99).

Am 26.3.2001 schloss die Erblasserin E mit ihren Kindern A und C einen notariellen Vertrag, in dem die Vertragsbeteiligten erklärten, dass C in der Vergangenheit von der Erblasserin Zahlungen von insgesamt 150.000 DM erhalten habe. C wolle daher ihr Nacherbenrecht auf den A übertragen und aus der gesetzlichen Erbfolge nach der Erblasserin insgesamt ausscheiden sowie auf ihr gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht nach der Erblasserin verzichten. (...)

C verstarb im Februar 2002. Am 15.8.2013 errichtete die Erblasserin ein handschriftliches Testament, in dem sie die Beteiligten zu 2 und 3 zu ihren Erben bestimmte.

Die Erblasserin verstarb im November 2013. In der notariellen Urkunde vom 10.2.2014 hat A, der Beteiligte zu 1, beantragt, einen Erbschein zu erteilen, der ihn als Alleinerben nach der Erblasserin ausweist. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind der Erteilung des Erbscheins entgegen getreten. Sie vertreten die Ansicht, dass sie die Erben der Erblasserin sind.

Durch Beschluss vom 30.10.2014 hat das AG – Nachlassgericht – in Bezug auf den Antrag des Beteiligten zu 1 die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Gegen diesen ihnen jeweils am 5.11.2014 zugestellten Beschluss richten sich die frist- und formgerecht eingelegten Beschwerden der Beteiligten zu 2 und 3.

Das AG hat den Beschwerden durch Beschluss vom 19.11.2014 nicht abgeholfen und selbige dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. We-

gen des weiteren Vorbringens der Beteiligten und des übrigen Sachverhaltes wird auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist gemäß § 58 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Der Beschwerdewert von 600 € gemäß § 61 Abs. 1 FamFG ist erreicht.

In der Sache haben die Beschwerden keinen Erfolg.

Der Beteiligte zu 1 ist auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute vom 4.1.1980 in Verbindung mit dem von seiner Schwester C in der notariellen Urkunde vom 26.3.2001 erklärten Zuwendungsverzicht Alleinerbe nach der Erblasserin geworden.

In ihrem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 4.1.1980 haben die Eheleute ihre Kinder A, den Beteiligten zu 1, und C zu Erben des Letztversterbenden berufen. Die Erbeinsetzung der Tochter C ist dadurch weggefallen, dass diese in dem notariellen Vertrag vom 26.3.2001 auf diese testamentarische Berufung verzichtet hat. Die Auslegung dieses Vertrages ergibt, dass der dort vereinbarte entgeltliche Verzicht sich nicht lediglich auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht bezieht, sondern auch die testamentarische Erbeinsetzung in dem Testament vom 4.1.1980 umfasst.

C hat in dem mit der Erblasserin und dem Beteiligten zu 1 geschlossenen notariellen Vertrag vom 26.3.2001 erklärt, dass sie im Hinblick auf von der Erblasserin in der Vergangenheit erhaltene Zahlungen von 150.000 DM und weitere avisierte Zahlungen von 30.000 DM insgesamt aus der Erbfolge nach der Erblasserin ausscheiden will. Der von ihr unter Ziffer III dieser notariellen Urkunde erklärte Erbverzicht bezieht sich daher nicht nur auf ein etwaiges gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht, sondern auch auf die allen Vertragsbeteiligten bekannte Einsetzung als hälftige Erbin nach der Erblasserin in dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 4.1.1980. Mit dem von ihr erklärten Zuwendungsverzicht ist C als Erbin weggefallen (JurisPK/Ehm, § 2094 Rdnr. 6).

Die Abkömmlinge der Tochter C sind nicht testamentarisch als Ersatzerben berufen. Denn der Zuwendungsverzicht erstreckt sich auch auf die Abkömmlinge der Tochter C. Die Vorschrift des § 2352 BGB in ihrer seit 1.1.2010 geltenden neuen Fassung (Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts) verweist in ihrem Satz 3 auch auf § 2349 BGB, ordnet also dessen entsprechende Anwendung an. § 2349 BGB lautet: „Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt ist.“ Nach der neuen, ab 1.1.2010 geltenden Fassung des § 2352 BGB gilt (abweichend von der alten Rechtslage) mithin, dass sich ein Zuwendungsverzicht grundsätzlich auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt, es sei denn, es ist von den Vertragsparteien des Verzichtsvertrages etwas anderes bestimmt. Die neue Fassung gilt für alle Erbfälle ab 1.1.2010 (Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB) und damit, auch für den vorliegend zu beurteilenden Fall der Erbfolge nach der am 16.11.2013 verstorbenen Erblasserin (vgl. *Staudinger/Schotten*, BGB, Neubearb. 2010, § 2352 Rdnr. 45 und Schleswig-Holsteinisches OLG, NJW-RR 2014, 1356).

Hier spricht alles dafür, dass eine Erstreckung jedenfalls nicht ausgeschlossen werden sollte, wie sich aus der ausdrücklichen Erwähnung der Erstreckungswirkung beim Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht ergibt.

Der Wegfall der testamentarischen Erbeinsetzung der Tochter C mit Erstreckung auf ihre Abkömmlinge führt hier dazu, dass dieser Erbteil dem Beteiligten zu 1 gemäß § 2094 Abs. 1 BGB angewachsen ist. Für einen von den Ehegatten etwa gewollten Ausschluss der Anwachsung (§ 2094 Abs. 3 BGB), der hier nur durch Eintritt der gesetzlichen Erbfolge hinsichtlich dieses Erbteils denkbar wäre, ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte. Denn die Ehegatten haben ihre Erbfolge erkennbar abschließend durch testamentarische Erbeinsetzung unter Ausschluss der gesetzlichen Erbfolge regeln wollen. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass sie nur zwei ihrer drei Kinder zu Erben des Letztversterbenden berufen und darüber hinaus durch die Klarstellung in ihrem Testament vom 24.1.1991 ihre Tochter B ausdrücklich von der Erbfolge ausgeschlossen haben. Daraus folgt, dass es keinesfalls den Vorstellungen der testierenden Ehegatten entsprochen hätte, wenn hinsichtlich des der Tochter C zugedachten Erbteils infolge ihres Zuwendungsverzichts gesetzliche Erbfolge eingetreten und auf diese Weise die Tochter B in die Erbengemeinschaft eingertickt wäre.

Die Erblasserin war nach dem Tod ihres Ehemannes durch die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments gehindert, durch eine einseitige letztwillige Verfügung die Rechtsstellung des Beteiligten zu 1 als Alleinerbe zu beeinträchtigen (§ 2271 Abs. 2 Satz 1, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese Bindungswirkung erstreckt sich auf den Erbanteil des Beteiligten zu 1 insgesamt einschließlich des ihm durch den Zuwendungsverzicht angewachsenen Erbanteils, der ursprünglich der Tochter C zugedacht war. Diese Bindungswirkung setzt voraus, dass die Einsetzung des Beteiligten zu 1 als Schlusserbe im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu der Einsetzung der Erblasserin als Vorerbin ihres erstverstorbenen Ehemannes steht (§ 2270 BGB). Die Testamentsauslegung führt hier zu dem Ergebnis, dass diese Wechselbezüglichkeit zu bejahen ist.

Die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung des Beteiligten zu 1 ergibt sich im Ausgangspunkt bereits aus der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB.

Nach § 2270 Abs. 2 BGB ist anzunehmen, dass M seine Ehefrau nur deshalb zur Vorerbin eingesetzt und damit seine Kinder enterbt hat, weil die Ehefrau/Erblasserin ihrerseits zwei der gemeinsamen Kinder zu ihren Erben berufen hat.

Nach dem Willen der testierenden Ehegatten erstreckt sich diese gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen nicht nur auf den dem Beteiligten zu 1 ursprünglich zugedachten, sondern auch auf den ihm infolge des Zuwendungsverzichts zugewachsenen Erbanteil. Die Wechselbezüglichkeit bezieht sich auf die Schlusserbeinsetzung des Beteiligten zu 1 so wie sie in dem gemeinschaftlichen Testament vom 4.1.1980 verfügt worden ist und damit unter Einschluss der bereits dargestellten Anwachsungswirkung, die sich aus dem inneren Gefüge des Testaments insgesamt ergibt. Für den Fall, dass – wie auch hier – ein Ehegattentestament eine Pflichtteilsstrafklausel enthält und einer von mehreren Abkömmlingen durch ein Pflichtteilsverlangen die auflösende Bedingung seiner Schlusserbeinsetzung herbeiführt, ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die auf diese Weise begründete Anwachsungswirkung bei den Erbanteilen der übrigen Abkömmlinge an der Bindungswirkung für den überlebende Ehegatten teilnimmt (BayObLG, FGPrax 2004, 82, 84; Senat, FGPrax 2011, 169, 170). Im vorliegenden Fall ist zwar die Anwachsungswirkung nicht durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung der Schlusserbeinsetzung entstanden, sondern durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zwischen der Erblasserin und der Tochter C. Die für den Zuwendungsverzicht vereinbarte

Abfindung spricht jedoch maßgebend dafür, im Rahmen der Testamentsauslegung diese rechtsgeschäftliche Abwicklung mit den Rechtsfolgen eines Pflichtteilsverlangens gleich zu behandeln. Denn ein Abkömmling, der bereits zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten Vermögenswerte aus dem elterlichen Nachlass erhalten möchte, hat es bei bestehendem Einvernehmen in der Hand, den rechtsgeschäftlichen Weg zu wählen, der zu diesem Ergebnis führt. Für die Bewertung im Rahmen der Testamentsauslegung ist maßgebend, dass ein Ausgleich für die Wertminderung durch die zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten aus dem Nachlass abfließenden Vermögenswerte dadurch stattfindet, dass der weggefallene Erbanteil dem verbleibenden Schlusserben anwächst. Die in dem gemeinschaftlichen Testament angestrebte Verteilungsgerechtigkeit kann deshalb nur dadurch gewährleistet werden, dass der überlebende Ehegatte durch die Bindungswirkung gehindert ist, im Umfang des weggefallenen Erbanteils eine anderweitige letztwillige Verfügung zu errichten, insbesondere den durch Zuwendungsverzicht ausgeschiedenen Abkömmling selbst oder – wie hier – dessen weiteren Abkömmling oder Dritte testamentarisch zu bedenken.

(...)

#### Anmerkung:

1. Gegenstand des Beschlusses des OLG Hamm ist ein Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB). Der Sachverhalt ist alltäglich: Ehegatten errichteten ein formwirksames gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Vorerben und zwei ihrer drei Kinder (A und C) zu Nacherben und zu Schlusserben einsetzten. Nach dem Tod des Ehemannes schloss die überlebende Ehefrau mit diesen beiden im gemeinschaftlichen Testament zu Nacherben und Schlusserben eingesetzten Kindern einen Zuwendungsverzichtsvertrag. In diesem erklärte das eine der beiden Kinder (C) einen Verzicht auf die Zuwendung und auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht nach der Erblasserin. Die überlebende Ehefrau (Mutter von A und C) errichtete danach ein handschriftliches Testament, in dem sie die Abkömmlinge der Tochter C, welche zuvor den Zuwendungsverzicht abgegeben hatte, zu ihren Erben bestimmte. Das Kind A machte sein Alleinerbenrecht geltend. Das OLG Hamm bestätigte diese Rechtsauffassung.

2. Die Gestaltungspraxis hat sich noch immer nicht vollständig auf die Rechtslage, die für Erbfälle ab 1.1.2010 aufgrund des Gesetzes über die Reform des Erb- und Verjährungsrechtes vom 24.9.2009 (BGBl I 3142) gilt, eingestellt. Nach früherem Recht erstreckte sich der Zuwendungsverzicht wegen der in § 2352 Satz 3 BGB fehlenden Verweisung auf § 2349 BGB nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden. Der Zuwendungsverzicht spielte deshalb in der erbrechtlichen Praxis kaum eine Rolle. Er beseitigte nur das eigene Erbrecht des Verzichtenden, erfasste aber grundsätzlich nicht dessen Abkömmlinge. Daher hatte der Zuwendungsverzicht in vielen Fällen keinen Erfolg, nämlich immer dann, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser starb und dann seine Abkömmlinge durch die ursprüngliche Verfügung berufen waren (*Keim*, ZEV 2002, 437; *Weidlich*, ZEV 2007, 463). Eine solche Ersatzberufung konnte sich aus einer ausdrücklichen Anordnung, durch individuelle Auslegung oder nach § 2069 BGB ergeben.

Nach der für Erbfälle ab 1.1.2010 geltenden Regelung gilt die Vorschrift des § 2349 BGB nunmehr auch für den Zuwendungsverzicht (§ 2352 Satz 3 BGB). Damit scheint im Grundsatz alles geklärt zu sein (vgl. *Keim*, MittBayNot 2010, 85; *J. Mayer*, ZEV 2010, 2; kritisch zur jetzigen Rechtslage

*Kanzleiter*, DNotZ 2009, 805; *Klinck*, ZEV 2009, 53; *Verf.*, FamRZ 2009, 1633).

3. Im Detail gibt es aber doch Anwendungsprobleme, wie der vom OLG Hamm entschiedene Fall zeigt.

a) Zu klären bleibt trotz der Neuregelung, ob sich der Zuwendungsverzicht überhaupt auf die Abkömmlinge erstreckt, wenn der Vertrag, wie im entschiedenen Fall, hierüber keine Regelung enthält. § 2349 BGB ist im originären Anwendungsbereich (Erb- und Pflichtteilsverzicht) eine Dispositivnorm, die Rechtsfolge tritt somit unabhängig vom Willen der Vertragsteile ein, kann aber von ihnen – wie das Gesetz selbst (§ 2349 BGB: „...sofern nicht ein anderes bestimmt ist“) vorsieht – abbedungen werden. Dies ist ggf. durch Auslegung zu ermitteln (*Staudinger/Schotten*, BGB, Bearb. 2010, § 2352 Rndr. 40). Nimmt man dagegen an, § 2349 BGB mutiere im Rahmen von § 2352 BGB, da nicht in gesetzliche Positionen (Erbrecht, Pflichtteilsrecht) eingegriffen wird, zur Auslegungsregel (so *Weidlich*, FamRZ 2010, 166, 167 ff; *Palandt/Weidlich*, BGB, 74. Aufl. 2015, § 2352, Rdnr. 5) tritt beim Zuwendungsverzicht die Erstreckung auf Abkömmlinge nur ein, wenn sich ein entsprechender Parteiwille aus dem Vertrag – ggf. durch Auslegung – ergibt. Das OLG Hamm hat sich hierzu nicht geäußert. Im Einzelfall und bei anders gelagertem Sachverhalt könnte die Frage aber entscheidungserheblich sein. Für die Kautelarpraxis folgt hieraus der Ratschlag, die mögliche Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge ausdrücklich zu regeln, um etwaige Probleme, die sich aus § 2249 BGB ergeben könnten, von vornherein auszuschließen.

b) In der nächsten Stufe ist zu prüfen, in welchem Umfang durch einen Zuwendungsverzicht, der gegen den Stamm des Verzichtenden wirkt, die Testierfreiheit des Vertragspartners wiederhergestellt wird. Diese Frage betrifft die zugrundeliegende Verfügung von Todes wegen, also ihre Auslegung, im entschiedenen Fall somit das bindend gewordene gemeinschaftliche Testament der Ehegatten. Da § 2352 BGB nicht auf § 2350 BGB verweist, ist es nicht möglich, die Begünstigung, die durch den Zuwendungsverzicht eintritt, in diesem zu steuern.

Der Zuwendungsverzicht ist ein abstraktes Verfügungsgeschäft und entkleidet die betreffende Verfügung von Todes wegen (hier Schluss- und Nacherbeneinsetzung des Kindes C) im Umfang des Verzichts ihrer Wirkung, hebt sie aber nicht auf. Der Anfall der Zuwendung unterbleibt, wie wenn der Bedachte den Erbfall nicht erleben sollte. Geht man davon aus, dass der Zuwendungsverzicht mit Wirkung auf die Abkömmlinge abgegeben wurde, entfällt die Anwendung des § 2069 BGB. Das OLG Hamm hat zutreffend die Vorschrift des § 2094 BGB angewandt. Hiernach wächst der Erbteil eines Miterben dem anderen an, wenn dieser vor oder nach Eintritt des Erbfalls wegfällt. Der Erblasser kann die Anwachsung ausschließen (§ 2094 Abs. 3 BGB), sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend. Insofern ist die zugrundeliegende Verfügung von Todes wegen auslegungsfähig (BayObLG, Entscheidung vom 30.9.1992, BReg. 1 Z 72/91, FamRZ 1993, 736). Hieraus ergibt sich der kautelarjuristische Hinweis, in derartigen Fällen eine ausdrückliche Regelung zu treffen, um nicht auf die Auslegung eines Testamentes angewiesen zu sein.

Der entschiedene Sachverhalt belegt, wie tückisch der Zuwendungsverzicht – noch dazu in Verbindung mit einem gemeinschaftlichen Testament – sein kann.

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

10. BGB § 1638 Abs. 1, § 2300 Abs. 1 Satz 1 (*Beschränkung der Vermögenssorge als letztwillige Verfügung*)

**Der Rücknahme eines Erbvertrages aus der amtlichen Verwahrung steht nicht entgegen, dass die darin enthaltene Zuwendung an einen Minderjährigen mit der Bestimmung verknüpft ist, dass die elterliche Vermögenssorge in Ansehung des Zuwendungsgegenstandes nur von dem Kindesvater soll ausgeübt werden können.**

OLG Hamm, Beschluss vom 24.11.2014, I-15 W 425/14

Die Beteiligten haben am 9.3.2010 in der o. a. Urkunde einen Erbvertrag geschlossen. In diesem hat der Beteiligte zu 1 in vertragsmäßiger Form dem Sohn des Beteiligten zu 1 ein Vermächtnis zugewandt. Für den Fall, dass der Vermächtnisnehmer beim Eintritt des Erbfalls noch minderjährig sein sollte, hat der Beteiligte zu 2 die elterliche Vermögenssorge bei der Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes dahingehend beschränkt, dass diese allein bei dem Vater, dem Beteiligten zu 1, liegen sollte. Der Erbvertrag ist durch den Notar auftragsgemäß in amtliche Verwahrung des Nachlassgerichts gegeben worden.

Im August 2014 sind die Beteiligten beim Nachlassgericht erschienen und haben um Rückgabe des Erbvertrages aus der amtlichen Verwahrung gebeten. Diesem Antrag hat die zuständige Rechtspflegerin nicht entsprochen, da sie die Anordnung hinsichtlich der Beschränkung der elterlichen Sorge als Rechtsgeschäft unter Lebenden bewertet hat. Die Beteiligten haben daraufhin gebeten, den Erbvertrag einstweilen wieder in die Verwahrung zu nehmen. Anfang September haben sie sich durch ein gemeinsames Schreiben an das Nachlassgericht gewandt und nochmals um die Herausgabe des Erbvertrages gebeten, wobei sie um rechtsmittelfähige Bescheidung baten. Das Nachlassgericht hat dieses Schreiben als Antrag auf einen neuen Termin zwecks Rückgabe des Erbvertrages ausgelegt und diesen mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Es ist im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass das AG auf der Grundlage des § 2300 Abs. 2 Satz 1 BGB den Inhalt des Erbvertrages näher auf das Vorliegen lebzeitiger Rechtsgeschäfte geprüft und die Anordnung betr. die elterliche Vermögenssorge insoweit als bedenklich angesehen hat. Denn die Rücknahme eines Erbvertrages aus der amtlichen Verwahrung ist für die Vertragsbeteiligten mit Rücksicht auf die Möglichkeit versteckter oder gar konkludenter, lebzeitiger Rechtsgeschäfte in der Urkunde, die den Beteiligten in ihrer Bedeutung oft nicht präsent sein werden, mit einem nicht unerheblichen Risiko verbunden. Enthält nämlich die Urkunde auch ein solches Rechtsgeschäft, so bleibt die Rücknahme ohne Wirkung, d. h., dass der Erbvertrag dann, entgegen den Erwartungen der Beteiligten, wirksam bleibt.

Auch ist die Anordnung nach § 1638 BGB hinsichtlich der Einordnung als letztwillige Verfügung nicht unproblematisch. Hinsichtlich § 2300 Abs. 2 Satz 1 BGB ist nämlich nicht eindeutig, welche Vorstellung der Gesetzgeber mit dieser Einschränkung verbunden hat. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 14/9266, S. 49) schweigt sich hierzu aus. Klar ist insoweit nur, dass der Begriff der letztwilligen Verfügung hier im Sinne der einzelnen Anordnung und nicht, wie bei § 1638 Abs. 1 BGB, im Sinne der äußeren Form (vgl. hierzu auch § 1937 BGB) verwandt wird. Abzustellen ist danach auf den Inhalt des jeweiligen Rechtsgeschäfts. Inhaltlich lässt sich eine letztwillige Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB aber ebenfalls nicht eindeutig zuordnen. Auf der einen Seite kann sie nur bezogen auf den durch die erbrechtliche Verfügung bedingten Rechtsübergang Bedeutung erlangen, andererseits

regelt sie nicht diesen, sondern allein die danach geltende familienrechtliche Situation.

Der Senat wertet die für den Fall des erbrechtlichen Rechtsenerwerbs getroffene Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB gleichwohl als letztwillige Verfügung im Sinne des § 2300 Abs. 2 Satz 1 BGB (ebenso BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2300 Rdnr. 3). Maßgebend für den Senat ist dabei die enge, sachliche Verknüpfung der geregelten Rechtsfolgen mit der konkreten erbrechtlichen Regelung. Denn völlig unabhängig von subjektiven Zielsetzungen der Beteiligten oder gar entsprechenden Absprachen kann eine solche Anordnung nur dann zum Tragen kommen, wenn auch die letztwillige Zuwendung Bestand hat. Welchen Zweck man der Beschränkung des § 2300 Abs. 2 Satz 1 BGB auf letztwillige Verfügungen auch immer beilegen mag, macht doch die Unterscheidung zwischen der letztwilligen Zuwendung und der Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB keinen Sinn, da Letztere mit der Zuwendung steht und fällt. Im Übrigen vermeidet ein solches Verständnis Verwerfungen mit der überkommenen Auslegung des § 1638 Abs. 1 BGB, nach der sich auch die Aufhebung der die Anordnung enthaltenden Verfügung nach den allgemeinen erbrechtlichen Regeln richtet (vgl. *Staudinger/Engler*, BGB, 2009, § 1638 Rdnr. 9 unter Hinweis auf Mot IV 170).

11. BGB §§ 2353, 2363 (*Inhalt des Erbscheins für den Nacherben*)

1. **Zur Fassung des Erbscheins nach Eintritt der Nacherbfolge.**
2. **Ist dem Vorerben als Vorausvermächtnis der bewegliche Nachlass und ein Teil des Grundbesitzes zugewandt, muss auch der nach Eintritt der Nacherbfolge erteilte Erbschein angeben, dass sich das Erbrecht auf diese Gegenstände nicht erstreckt. Das kann – wie beim Erbschein für den Vorerben – positiv oder negativ ausgedrückt werden.**
3. **Die zusätzliche Berechnung und Ausweisung des anteiligen Werts des Vorausvermächtnisses im Verhältnis zum Gesamtnachlass ist nicht erforderlich. Das gilt sowohl für den Erbschein für den Vorerben als auch für den Erbschein nach Eintritt der Nacherbfolge.**

OLG München, Beschluss vom 1.10.2014, 31 Wx 314/14

Gegenstand der Beschwerde ist die Frage, wie der Erbschein nach Eintritt der Nacherbfolge zu fassen ist.

Der nach dem Tod des Erblassers erteilte Erbschein vom 10.12.2003 lautet: „J. A. (= Erblasser) ... ist beerbt worden von Ma. A. (= Ehefrau) allein.

Nacherbfolge ist angeordnet bezüglich  $\frac{7}{10}$  des Nachlasses. Das Recht der Nacherben erstreckt sich nur auf das Anwesen H. Die Nacherbfolge tritt ein beim Tode des Vorerben. Nacherben sind: Mo. A. (= Tochter, Beteiligte zu 2, H. A. (= Sohn, Beteiligter zu 3 ...“.

Nach dem Tod der Vorerbin hat das Nachlassgericht am 13.11.2013 folgenden Erbschein erteilt: „J. A. ist mit dem infolge Todes der Vorerbin Ma. A. eingetretenen Nacherbfall beerbt worden von

1. Ma. A. (= Ehefrau) zu  $\frac{3}{10}$
2. Mo. A. (= Tochter) zu  $\frac{7}{20}$
3. H. A. (= Sohn) zu  $\frac{7}{20}$ “.

Mit Beschluss vom 6.6.2014 hat das Nachlassgericht den Erbschein dahin berichtigt, dass es hinsichtlich der  $\frac{3}{10}$  bei der Alleinerbenstellung der Ma. A. aus dem Erbschein vom 10.12.2003 bleibe.

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die Quoten im Erbschein nicht nachvollziehbar seien. Lege man die Werte zugrunde, die eine Sachverständige 2004 im Hinblick auf Pflichtteilsansprüche ermittelt habe, mache der Wert des Anwesens H. nur 44 % aus. Nur auf dieses Grundstück erstreckte sich das Recht der Nacherben.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Der Erbschein vom 13.11.2013 bringt auch in der berichtigten Fassung die Erbrechtslage nach Eintritt des Nacherbfalls nicht zutreffend zum Ausdruck.

1. Das Recht der Nacherben bezieht sich nicht auf den gesamten Nachlass. Aus dem Testament vom 28.10.1997 ergibt sich, dass sich das Recht der Nacherben auf das Hausgrundstück H. beschränken soll. Das heißt, die Nacherbfolge erstreckt sich nicht auf das bewegliche Vermögen und nicht auf die übrigen Grundstücke.

Der Erbschein vom 10.12.2003 hat diese Beschränkung der Nacherbenrechte richtig wiedergegeben mit dem Zusatz: „Das Recht der Nacherben erstreckt sich nur auf das Anwesen H.“ Damit ist zugleich zum Ausdruck gebracht, dass die als Alleinerbin eingesetzte Ehefrau das gesamte übrige Vermögen (im Wege des Vorausvermächtnisses) unbeschwert durch die Nacherbfolge erworben hat.

In gleicher Weise muss der nach Eintritt des Nacherbfalls zu erteilende Erbschein eindeutig zum Ausdruck bringen, wer jetzt zu welchem Anteil (Nach-)Erbe ist und inwieweit das (Nach-)Erbrecht beschränkt ist. Nacherben sind hier nur die Beteiligten zu 2 und 3 zu gleichen Teilen; ihr Erbrecht als Nacherben beschränkt sich auf das Anwesen H.

2. Das geht aus dem Erbschein vom 13.11.2013 auch nach Berichtigung nicht hervor: Er weist als Erbin nach eingetretene Nacherbfall die inzwischen nachverstorbene Vorerbin zu  $\frac{3}{10}$  aus mit dem Hinweis, dass es insoweit an ihrer Alleinerbenstellung aus dem Erbschein vom 10.12.2003 verbleibe, daneben als Miterben die Beteiligten zu 2 und 3 zu je  $\frac{7}{20}$ . Die Quoten ergeben sich offenbar daraus, dass bei Erteilung des Erbscheins vom 10.12.2003 der anteilige Wert des Anwesens H. im Verhältnis zu den nicht der Nacherbfolge unterliegenden Nachlassbestandteilen berechnet und in den Erbschein aufgenommen wurde („Nacherbfolge ist angeordnet bezüglich  $\frac{7}{10}$  des Nachlasses. Das Recht der Nacherben erstreckt sich nur auf das Anwesen H. ...“). Dabei ist das vereinfachte Sachwertverfahren angewendet worden, das zu anderen Werten geführt hat als das Gutachten der Sachverständigen.

3. Die zusätzliche Angabe des anteiligen Wertverhältnisses ist hier überflüssig und irreführend, denn der Erblasser hat für die Nacherbfolge bzw. die Ausnahme davon nur auf bestimmte Vermögensgegenstände abgestellt und nicht auf deren anteiligen Wert am Gesamtvermögen. Der Umfang der Nacherbfolge kann durch Angabe des betreffenden Vermögensgegenstandes im Erbschein eindeutig bestimmt und abgegrenzt werden.

a) Die gegenteilige Auffassung (vgl. *Graf*, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, Rdnr. 4.283 ohne nähere Begründung) orientiert sich offenbar an der Entscheidung des BayObLG vom 17.12.1965 (BayObLGZ, 1965, 458/465). Diese Entscheidung befasst sich im Wesentlichen mit der Auslegung eines Testaments und gibt unter Ziffer IV. Hinweise zur weiteren Sachbehandlung durch das LG, unter anderem zur Fassung des Erbscheins. Bei der angegebenen Formulierung handelt es sich um einen Vorschlag für eine mögliche Fassung („der Passus ... hätte also etwa zu lauten gehabt“). In diesem Zu-

sammenhang wird die Formulierung vorgeschlagen „Bezüglich eines x-tels des Nachlasses ist Nacherbfolge angeordnet.“ Das Recht der Nacherben erstreckt sich nur auf das Anwesen. Aus dieser Anregung zur Fassung des Erbscheins im damals entschiedenen Fall lässt sich nicht herleiten, dass bei einer Beschränkung der Rechte des Nacherben auf einen bestimmten Nachlassgegenstand im Erbschein stets sowohl der Gegenstand als auch dessen quotaler Anteil am Nachlasswert anzugeben ist.

b) Nichts anderes ergibt sich aus der vom BayObLG zitierten Entscheidung des KG vom 25.1.1940 (JFG 21, 122/125). Danach muss die unmittelbare erbrechtliche Wirkung des Vorausvermächtnisses auf den Umfang der nach § 2363 BGB im Erbschein anzugebenden Nacherbfolge im Erbschein ebenso bezeugt werden wie wenn der Erbe hinsichtlich eines Bruchteils mit der im Übrigen angeordneten Nacherbschaft nicht beschwert ist. Diese Ausführungen machen deutlich, dass Vorausvermächtnis einerseits und Beschränkung der Nacherbfolge auf einen Bruchteil andererseits zwei unterschiedliche Fallgestaltungen sind, die jeweils die Angabe im Erbschein erfordern, dass sich darauf das Recht des Nacherben nicht erstreckt. Die Umrechnung des Vorausvermächtnisses in einen Bruchteil des Nachlasswerts vermengt die beiden Fallgestaltungen.

Es besteht folglich regelmäßig kein Anlass, für die Gegenstände eines Vorausvermächtnisses, auf die sich das Recht des Nacherben nicht erstreckt, zusätzlich deren wertmäßigen Anteil am Gesamtnachlass zu berechnen und im Erbschein auszuweisen. Es genügt, den Umfang des Vorausvermächtnisses – positiv oder negativ – zu bezeichnen (vgl. *Fröhler*, BWNNotZ 2005, 1/6).

4. Das Nachlassgericht hat deshalb den Erbschein vom 13.11.2013 einzuziehen und entsprechend dem geänderten Antrag der Beteiligten einen Erbschein entsprechend Ziffer III des Tenors zu erteilen:

„J. A. ist mit dem infolge Todes der Vorerbin Ma. A. eingetretenen Nacherbfall beerbt worden von

1. Mo. A. (= Tochter) zu  $\frac{1}{2}$

2. H. A. (= Sohn) zu  $\frac{1}{2}$

Das Erbrecht erstreckt sich nur auf das Anwesen H. in ... (Grundbuch ... Bd. ... Bl. ...“

(...)

### Anmerkung:

#### I. Problemstellung

Die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge führt nicht selten zu relativ komplizierten rechtlichen Fragestellungen. Diese betreffen zwar zumeist die Verfügungsbefugnis des Vorerben<sup>1</sup> oder die Frage, wessen Mitwirkung für ein „Erstarken“ der Vor- zur Vollerbfolge erforderlich ist.<sup>2</sup> Wie die vorliegende Entscheidung des OLG München zeigt, beginnen die Schwierigkeiten allerdings bisweilen bereits mit der Frage, wie der Erbschein im Falle der Vor- und Nacherbfolge zu fassen ist. Dabei kann sowohl die Fassung des unmittelbar nach dem Erbfall zu erteilenden Erbscheins Probleme bereiten, als auch die Formulierung des nach Eintritt des Nacherbfalles auszustellenden Erbscheins. Zwar betrifft der Beschluss des OLG

<sup>1</sup> So im Fall des OLG München, Beschluss vom 2.9.2014, 34 Wx 415/13, BeckRS 2014, 20771.

<sup>2</sup> So im Fall des OLG Schleswig, Beschluss vom 1.4.2010, 3 Wx 80/90, Zerb 2010, 215.

München unmittelbar nur den letztgenannten Aspekt, in seiner Begründung und den amtlichen Leitsätzen geht das Gericht allerdings auch auf die Frage ein, wie der dem Vorerben zu erteilende Erbschein richtig zu fassen gewesen wäre.

Die Schwierigkeiten ergaben sich im vorliegenden Fall daraus, dass zugunsten des Vorerben ein Vorausvermächtnis angeordnet worden war, welches den gesamten Nachlass mit Ausnahme eines Hausgrundstücks betraf. Ein solches Vorausvermächtnis hat – sofern die Vermutung des § 2110 Abs. 2 BGB nicht widerlegt werden kann – nach der ganz herrschenden Auffassung unmittelbar dingliche Wirkung dergestalt, dass die Vermächtnisgegenstände bereits mit dem Erbfall aus der Vorerbmasse ausscheiden.<sup>3</sup> Wie sich dieser Umstand auf die Fassung eines Erbscheins auswirkt, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Für den dem Vorerben zu erteilenden Erbschein ist grundsätzlich nur die Angabe, dass eine Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt und wer der Nacherbe ist (§ 2363 Abs. 1 Satz 1 BGB) vorgesehen. Ferner sind gemäß § 2363 Abs. 1 Satz 2 BGB die dort genannten Befreiungen von den gesetzlichen Beschränkungen eines Vorerben anzugeben. Weitere Regelungen enthält das BGB für den Erbschein des Vorerben nicht. Eine besondere gesetzliche Regelung für den nach Eintritt der Nacherbfolge zu erteilenden Erbschein fehlt sogar gänzlich. Es ist daher nicht sonderlich verwunderlich, dass das AG an der richtigen Formulierung des Erbscheins gescheitert ist.

## II. Die Lösungsversuche des AG: Warum einfach, wenn es auch kompliziert geht?

Das AG hatte versucht in der Formulierung der von ihm beim Erbfall und beim Nacherbfall jeweils erteilten Erbscheine zweierlei zum Ausdruck zu bringen: Zum einen, dass die Vor- und Nacherbfolge als Rechtsinstitut grundsätzlich den gesamten Nachlass und nicht nur einzelne Nachlassgegenstände betrifft; zum anderen den Umstand, dass ein Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben dazu führt, dass die Vermächtnisgegenstände nicht der Vor- und Nacherbfolge unterliegen. Letzteres ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, entspricht jedoch der allgemeinen Auffassung, dass neben den in § 2363 Abs. 1 BGB genannten Fällen auch alle anderen Befreiungen des Vorerben von dinglich wirkenden Verfügungsbeschränkungen im Erbschein aufzuzeigen sind.<sup>4</sup>

Das Bemühen des AG führte allerdings dazu, dass die Erbscheine insgesamt dreimal unrichtig oder zumindest missverständlich gefasst wurden. Es ist offensichtlich, dass der infolge des Nacherbfalles erteilte Erbschein – trotz Berichtigung – die Erbfolge nicht zutreffend wiedergab: Weder kann die Vorerbin (wie in der ersten Formulierung angegeben) aufgrund ihres eigenen Todes zu  $\frac{3}{10}$  Nacherbin geworden sein, noch ist der Ausweis einer Alleinerbfolge zu  $\frac{3}{10}$  sinnvoll. Auch die Angabe der Erbquoten der Nacherben mit jeweils  $\frac{7}{20}$ , insgesamt also  $\frac{7}{10}$  stellt kein taugliches Zeugnis über deren Erbrecht (vgl. § 2353 BGB) dar. Vielmehr fragt sich der unbefangene Leser, wer denn Nacherbe hinsichtlich der verbleibenden  $\frac{3}{10}$  geworden sein könnte (im ersten Versuch fand sich hier immerhin eine – wenn auch falsche – Antwort, da insoweit die verstorbene Vorerbin als Erbin aufgrund des Nacherbfalles aufgeführt war). Schließlich lässt keine

Fassung des den Nacherben erteilten Erbscheines die Beschränkung der Erbfolge gerade auf das Hausgrundstück erkennen. Eine der materiellen Rechtslage entsprechende Grundbuchberichtigung ausschließlich auf die beiden Nacherben (in Erbengemeinschaft) als neue Eigentümer hätte sich angesichts dieser Erbscheinsfassungen vermutlich nicht erreichen lassen.

Etwas weniger verwirrend ist der ursprünglich der Vorerbin erteilte Erbschein geraten: Hier findet sich immerhin der Hinweis, dass sich die Nacherbfolge nur auf das Hausgrundstück erstreckt. Nicht völlig klar wird allerdings, ob hinsichtlich dieses Grundstücks die Vor- und Nacherbfolge insgesamt gilt oder ob hier zusätzlich die im Erbschein aufgeführte quotenmäßige Begrenzung auf  $\frac{7}{10}$  des Nachlasses greift.

## III. Die Lösung des OLG München: Warum kompliziert, wenn es auch einfach geht?

Das OLG München hat – völlig zu Recht – entschieden, dass der aufgrund der Nacherbfolge erteilte Erbschein die Erbrechtslage nicht korrekt zum Ausdruck bringt. Das Gericht stellt dabei zunächst fest, dass sich aus dem nach Eintritt des Nacherbfalles zu erteilenden Erbschein ergeben muss, wer jetzt zu welchem Anteil (Nach-)Erbe ist und inwieweit das (Nach-)Erbrecht beschränkt ist. Hierfür wäre es ausreichend gewesen, die Beteiligten Nacherben als Erben zu je  $\frac{1}{2}$  in dem Erbschein auszuweisen und zu vermerken, dass das Erbrecht sich lediglich auf das Hausgrundstück erstreckt.

Die zusätzliche Angabe einer Quote, welche das Verhältnis des der Nacherbfolge unterliegenden Nachlasses zum Gesamtnachlass ausweist, hält das OLG München in der vorliegenden Konstellation für überflüssig und irreführend. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Zwar beschränkte sich die Nacherbfolge aufgrund des Vorausvermächtnisses an den Vorerben auf einen bestimmten Gegenstand, insoweit war sie aber insgesamt (und nicht nur hinsichtlich eines Bruchteils) angeordnet. Eine quotenmäßige Angabe kann daher hier nur verwirren. Für den Rechtsverkehr bringt sie keinerlei zusätzlichen Nutzen. Konsequenterweise ist das Gericht daher der Auffassung, dass die Angabe einer Nacherbquote auch im dem Vorerben zu erteilenden Erbschein hätte unterbleiben können und müssen.

Nicht unerwähnt sollte in diesem Zusammenhang allerdings bleiben, dass das BayObLG in der vom OLG München selbst zitierten Entscheidung<sup>5</sup> durchaus dogmatische Bedenken gegen eine derartige Formulierung des Erbscheins geäußert hatte. Die vom OLG München richtigerweise vorgenommene Differenzierung zwischen der hinsichtlich eines Bruchteils des Nachlasses angeordneten Vor- und Nacherbfolge (= quotenmäßige Begrenzung) und der Kombination einer Vor- und Nacherbfolge mit einem Vorausvermächtnis an den Vorerben (= gegenständliche Begrenzung) findet sich in der Entscheidung des BayObLG nicht. Das BayObLG war vielmehr folgender Auffassung: „Wie oben ausgeführt ist, kann ... eine Nacherbfolge nur hinsichtlich des ganzen Nachlasses oder eines quotenmäßigen Bruchteils angeordnet werden, nicht aber hinsichtlich eines einzelnen Nachlassgegenstandes.“<sup>6</sup> Hieraus folgerte das BayObLG seinerzeit, dass im Falle eines Vorausvermächtnisses an den Vorerben zugleich eine Vor- und Nacherbfolge hinsichtlich eines Bruchteils vorliegen müsse, welche sich in den nicht vom Vorausvermächtnis um-

<sup>3</sup> Siehe nur BGH, BGH, Urteil vom 10.2.1960, V ZR 39/58, NJW 1960, 959 f.; MünchKommBGB/Mayer § 2263, Rdnr. 18; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2110, Rdnr. 3; Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl., § 2110, Rdnr. 2.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu etwa MünchKommBGB/Mayer § 2263, Rdnr. 17; Palandt/Weidlich § 2363, Rdnr. 4.

<sup>5</sup> BayObLG, Beschluss vom 17.12.1965, BReg. 1a Z 70/65, BayObLGZ 1965, 457 ff.

<sup>6</sup> BayObLG, Beschluss vom 17.12.1965, BReg. 1a Z 70/65, BayObLGZ 1965, 457, 465.

fassten Gegenständen „erschöpfe“.<sup>7</sup> Folglich sei neben den der Nacherbfolge unterliegenden Gegenständen auch ein entsprechender Bruchteil im Erbschein anzugeben.<sup>8</sup> Nach Ansicht des BayObLG war somit „der Satz ‚Bezüglich des Hauses ... ist Nacherbschaft angeordnet‘ ... mindestens ungenau.“<sup>9</sup> Wie das OLG München angesichts dieser klaren Formulierungen – allein aufgrund des Verweises auf eine Entscheidung des KG – zu der Ansicht kommen konnte, auch das BayObLG hätte zwischen den beiden Konstellationen differenziert, wird wohl dessen Geheimnis bleiben. Ein unvoreingenommener Leser wäre wohl eher zu dem Ergebnis gelangt, dass das BayObLG – ebenso wie im vorliegenden Fall das AG – die beiden Fallgestaltungen „vermengt“ hat.

Auf den Einwand des BayObLG, dass hinsichtlich eines einzelnen Nachlassgegenstandes die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge nicht möglich sei, geht das OLG München leider nicht ein. Diese Aussage ist zwar zunächst durchaus richtig, im Ergebnis aber – wie gerade die vorliegende Konstellation zeigt – dennoch unzutreffend. Ist nämlich ein Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben angeordnet, führt die unmittelbar dingliche Wirkung dieses Vermächtnisses dazu, dass die Vor- und Nacherbfolge ausschließlich den nicht vom Vermächtnis erfassten „Restnachlass“ betrifft. Sind sämtliche Nachlassgegenstände mit Ausnahme eines einzigen vermacht, betrifft die Vor- und Nacherbfolge folglich nur einen einzigen Gegenstand. Aus diesem Gesichtspunkt lässt sich daher das Erfordernis der Angabe einer „Nacherbquote“ in der hiesigen Konstellation nicht herleiten.

Es bleibt somit festzuhalten, dass eine Begrenzung der Vor- und Nacherbfolge je nach Fallkonstellation entweder in quotenmäßiger oder durch Vorausvermächtnis in gegenständlicher Hinsicht erfolgen kann. Je nachdem wie die Begrenzung erfolgt ist dies jeweils entsprechend im Erbschein anzugeben. Nur wenn der Erblasser ausnahmsweise die Nacherbfolge hinsichtlich eines Bruchteils mit einem Vorausvermächtnis an den Vorerben kombiniert haben sollte, muss beides aus dem Erbschein ersichtlich sein. In einem solchen Fall wäre zur Vermeidung von Zweifeln in etwa wie folgt zu formulieren: „Es ist Nacherbfolge angeordnet. Dieses Recht erstreckt sich nur/nicht auf (...). Soweit der Nachlass der Nacherbfolge unterliegt, ist diese ferner nur bezüglich eines Bruchteils von 1/x des Nachlasses angeordnet.“

#### IV Fazit

Die Entscheidung des OLG München verdient uneingeschränkte Zustimmung. Sie wird der Funktion des Erbscheins, für den Rechtsverkehr einen tauglichen (weil verständlichen!) Erbnachweis bereitzustellen, voll gerecht. Zudem lässt sie sich auf Basis der herrschenden Meinung auch dogmatisch deutlich besser halten als die – einen zusätzlichen quotenmäßigen Ausweis der Nacherbfolge fordernde – Gegenauffassung.<sup>10</sup> Die Auffassung des OLG München vermeidet darüber hinaus eine sonst häufig gar nicht erforderliche exakte Wertermittlung der Nachlassgegenstände und hiermit potentiell verbundene Streitigkeiten. Angesichts dieser Vorzüge mag man die etwas kreative Interpretation der Entscheidung des

BayObLG verschmerzen. Es bleibt zu hoffen, dass die Nachlassgerichte dem OLG München in der Praxis in großem Umfang folgen werden.

Notar *Stefan Braun*, LL.M. (London),  
Maître en droit (Paris), Erlangen

12. BGB § 1643 Abs. 2, § 1822 Nr. 2 (*Familiengerichtliche Genehmigung einer Erbausschlagung für minderjähriges Kind durch nicht sorgeberechtigten Elternteil*)

**Tritt der Anfall der Erbschaft an ein minderjähriges Kind infolge der Erbausschlagung eines zu diesem Zeitpunkt nicht sorgeberechtigten und damit nicht vertretungsberechtigten Elternteils ein, bedarf die Erbausschlagung für das Kind durch den allein sorgeberechtigten Elternteil auch dann der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn der nicht sorgeberechtigte Elternteil nachträglich (hier durch Heirat mit der Kindesmutter) sorgeberechtigt und damit vertretungsberechtigt wird. § 1643 Abs. 2 BGB greift nur dann ein, wenn der ausschlagende Elternteil bereits im Zeitpunkt der Erbausschlagung für sich zur Vertretung des Kindes berechtigt war.**

OLG Naumburg, Beschluss vom 10.7.2014, 3 WF 94/14

#### Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss des AG – Familiengericht – Gardelegen vom 6.3.2014 (Az.: 5 F 267/12) wird aus den beanstandungsfreien Gründen der angefochtenen Entscheidung, auf die zwecks Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, zurückgewiesen.

Hierzu sieht sich der Senat jedoch zu folgender Anmerkung veranlasst:

Gemäß § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 1822 Nr. 2 BGB bedürfen Eltern, die nicht Erbe geworden sind, für eine Erbausschlagung im Namen ihres Kindes der Genehmigung des Familiengerichts. Hiervon macht § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB für den Fall eine Ausnahme, dass der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils eintritt, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt. In diesen Fällen ist die Genehmigung nur erforderlich, wenn der Elternteil neben dem Kind zur Erbfolge berufen war. Die Genehmigungsfreiheit der Ausschlagung setzt dabei voraus, dass der Anfall der Erbschaft auf der Ausschlagung eines vertretungsberechtigten Elternteils beruht (*Ivo*, ZEV 2002, 309, 311; *Staudinger/Engler*, § 1643 BGB Rdnr. 42). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 1643 Abs. 2 BGB.

In dem hier vorliegenden Fall der „Vorab“-Ausschlagung durch den Kindsvater hat die alleinsorgeberechtigte Kindesmutter, die nicht zugleich Erbin geworden ist, für das Kind am 1.6.2012 die Ausschlagung erklärt, so dass es zwingend einer familiengerichtlichen Genehmigung bedurfte.

Daran ändert auch nichts, dass die Kindeseltern am 23.9.2013 geheiratet haben. Denn der ausschlagende Kindsvater muss bereits im Zeitpunkt seiner Ausschlagung zur Vertretung des Kindes berechtigt sein (*Ivo*, a. a. O.; *Staudinger/Engler*, a. a. O.). Wird die Ausschlagung durch ein nicht vertretungsberechtigtes Elternteil erklärt, so tritt der Anfall nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB eben nicht aufgrund der Ausschlagung durch ein vertretungsberechtigtes Elternteil ein. Durch Ab-

<sup>7</sup> BayObLG, Beschluss vom 17.12.1965, BReg. 1a Z 70/65, BayObLGZ 1965, 457, 465.

<sup>8</sup> BayObLG, Beschluss vom 17.12.1965, BReg. 1a Z 70/65, BayObLGZ 1965, 457, 465; dem folgend *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, 10. Aufl., Rdnr. 4.284.

<sup>9</sup> BayObLG, Beschluss vom 17.12.1965, BReg. 1a Z 70/65, BayObLGZ 1965, 457, 465.

<sup>10</sup> BayObLG, Beschluss vom 17.12.1965, BReg. 1a Z 70/65, BayObLGZ 1965, 457, 465; *Firsching/Graf*, Rdnr. 4.284.

gabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung vor Ausschlagung durch den Kindesvater hätte dieser die genehmigungsfreie Ausschlagung für das Kind miterklären können, so dass es keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedurft hätte.

Auch inhaltlich ist die versagte Genehmigung nicht zu beanstanden. Es mag sein, dass durch aufgelaufene Restzinsen bis zum Erbfall und durch die Beerdigungskosten von 5.000 € der Nachlass weiter geschmälert wurde. Demgegenüber sind zwei gemeinschaftliche Bauspartguthaben vorhanden gewesen, die mit jeweils gerundet 2.970 € zum Erbfall valuierten und aus denen zumindest die Hälfte in den Nachlass fällt. Sofern die den Nachlass übernehmende Ehefrau den Wert der nach dem Tode an sie ausgekehrten Rentenversicherung als ausdrücklich namentlich eingesetzte Begünstigte und nicht als Erbin empfangen haben sollte (insoweit erfolgte kein Nachweis), fällt dieser Wert nicht in den Nachlass, sondern löst allenfalls Ergänzungsansprüche zum Pflichtteil aus. Verbindlichkeiten, die ansonsten für den Erblasser zu entrichten gewesen wären, sind nicht nachgewiesen. Geschäftsanteile von 500 € und der verbliebene Firmenwert, der sich gerade nicht nur auf das steuerrechtlich zu bewertende Anlagevermögen reduzieren lässt – hier mit angegebenen 1.307 € Erwerbsgeschäft und 500 € LKW – sind dem ferner hinzuzurechnen.

Konkrete Gründe, aus denen sich die fehlende bzw. reduzierte Werthaltigkeit des Nachlasses, hier des Hausgrundstücks in seiner ideellen Hälfte zum Erbfallzeitpunkt, ergeben könnte, sind demgegenüber nicht ersichtlich.

Die Beschwerdeführerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens bei einem Beschwerdewert von 6.000 € zu tragen; außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet (§ 84 FamFG, Nr. 1314 des Kostenverzeichnisses nach Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 FamGKG).

Ein Rechtsmittel wird nicht zugelassen (§ 70 FamFG).

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. BGB §§ 195, 199, 242 (*Beginn der Verjährungsfrist des Abfindungsanspruchs eines Gesellschafters mit ausdrücklicher Annahme des Austritts durch die übrigen Gesellschafter*)

**Die Annahme eines Gesellschafteraustritts, der ohne wichtigen Grund erklärt wurde, bewirkt, dass dem Gesellschafter eine Abfindung zu zahlen und sein Geschäftsanteil durch Einziehung oder Abtretung zu verwerten ist. Der Annahmewille der Gesellschaft muss daher, wegen dieser weitreichenden Folgen, mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 18.2.2014, II ZR 174/11

Der Kläger war einer von drei Gesellschaftern der Beklagten zu 1, einer mit der Planung und Herstellung von Tanküberwachungssystemen befassten GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2 ist. Zugleich war der Kläger bei der Beklagten zu 1 als Vertriebs- und Projektleiter angestellt. Der Gesellschaftsvertrag enthält zum Ausscheiden einzelner Gesellschafter und der Einziehung von Geschäftsanteilen keine Regelung. Nach § 4 des Gesellschaftsvertrags kann die auf unbestimmte Zeit errichtete Gesellschaft von jedem Gesellschafter mit einer Frist von einem Jahr zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden.

Mit Schreiben vom 20.10.2006 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten zu 1, er kündige das bestehende Arbeitsverhältnis sowie „das Gesellschaftsverhältnis mit der G. (= der Beklagten zu 1)“ jeweils aus

wichtigem Grund und mit sofortiger Wirkung unter Berufung darauf, dass er am Vortag aus der Gesellschaft ausgeschlossen und sein Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt worden sei.

Nachdem der Kläger anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen und seinen Abfindungsanspruch vorläufig auf 114.000 € beziffert hatte, entgegnete die Beklagte zu 1 mit Anwaltsschreiben vom 22.12.2006, am 19.10.2006 sei kein Beschluss über den Ausschluss des Klägers aus der Gesellschaft gefasst worden. Daher sei die fristlose Kündigung des Gesellschaftsvertrags durch den Kläger ohne wichtigen Grund erfolgt und insoweit unwirksam. Weiter heißt es in dem Schreiben: „Sollte aus anderen Gründen eine unüberwindbare Zerrüttung des Gesellschafterverhältnisses vorliegen, so hat allein Ihr Mandant durch sein schädigendes Verhalten diese verursacht. Die darauf gestützte Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses nimmt unsere Mandantin zur Kenntnis.“ Zum geltend gemachten Abfindungsanspruch wurde „höchst vorsorglich“ ausgeführt, ein Anspruch bestehe nicht, da der Geschäftsanteil des Klägers keinen positiven Verkehrswert habe.

Am 8.2.2007 beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1, den Geschäftsanteil des Klägers einzuziehen. Im Protokoll wurde festgehalten, dass der Kläger mit der Kündigung des Gesellschaftsvertrages zugleich die Zustimmung zur Einziehung seines Geschäftsanteils erklärt habe.

Mit seiner im Juni 2010 erhobenen Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass der Einziehungsbeschluss nichtig ist, jedenfalls aber seine Wirkung verloren hat. Hilfsweise hat der Kläger von den Beklagten im Wege der Stufenklage – und in zweiter Instanz höchst hilfsweise mit einem gegen die Beklagte zu 1 auf Zahlung von 114.000 € nebst Zinsen seit dem 8.2.2007 gerichteten Antrag – die Zahlung einer Abfindung beansprucht. Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom erkennenden Senat hinsichtlich des Hilfsbegehrens zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Abfindungsanspruch weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Beklagte zu 1 richtet. Sie führt hinsichtlich der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Hilfsanträge des Klägers auf Zahlung einer Abfindung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Gegenüber dem Beklagten zu 2 ist die Revision unbegründet.

#### I.

Das Berufungsgericht (OLG München, ZIP 2011, 2148) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

In der mit Schreiben vom 20.10.2006 erklärten Kündigung liege ein außerordentlicher Austritt des Klägers, keine Kündigung der Gesellschaft. Ob ein wichtiger Grund für den Austritt vorgelegen habe, könne offenbleiben, da die Beklagte zu 1 den Austritt akzeptiert habe. Ansprüche des Klägers auf Abfindung und vorbereitende Auskunft, die sich nur gegen die Beklagte zu 1 richten könnten, seien jedoch verjährt. Ein Abfindungsanspruch sei bereits mit Zugang der Austrittserklärung des Klägers bei der Beklagten zu 1 am 23.10.2006 entstanden und sofort fällig geworden. Zudem habe die Beklagte zu 1 den Austritt des Klägers bereits im Jahr 2006 akzeptiert, wie sich aus ihrem Schreiben vom 22.12.2006 ergebe. Die dreijährige Verjährungsfrist habe somit am 31.12.2009 geendet und durch die am 4.6.2010 bei Gericht eingegangene Klage nicht mehr gehemmt werden können.

#### II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Der Abfindungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1 ist nicht verjährt. Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts beruht auf der rechtsfehlerhaften Annahme, der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist (§§ 195, 199 Abs. 1



BGB) habe bereits mit dem Schluss des Jahres 2006 begonnen, da der Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Abfindung noch in 2006 entstanden und fällig geworden sei.

a) Die Erklärung des Klägers in seinem Schreiben vom 20.10.2006, er kündige das Gesellschaftsverhältnis mit der Beklagten zu 1, führte noch nicht zur Entstehung eines Abfindungsanspruchs.

Allerdings ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht dieser Äußerung des Klägers in tatrichterlicher Auslegung eine (fristlose) Austrittserklärung entnommen hat; dies wird von den Parteien im Revisionsverfahren auch nicht angegriffen. Weiter ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Gesellschafter einer GmbH das Recht hat, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszutreten, sofern die zum Austritt führenden Umstände nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen bereinigt werden können. Dieses Recht besteht auch, wenn es im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen ist; es kann dort auch nicht wirksam ausgeschlossen werden (BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 369).

Das Berufungsgericht hat jedoch offengelassen, ob ein wichtiger Grund zum Austritt vorlag, und keine Feststellungen getroffen, die dem Senat eine eigene Beurteilung dieser Frage ermöglichen. Revisionsrechtlich ist daher zugunsten des Klägers zu unterstellen, dass kein wichtiger Austrittsgrund bestand. Schon deshalb konnte die Austrittserklärung noch keinen Abfindungsanspruch begründen und die Verjährungsfrist nicht in Lauf setzen.

b) Ein Abfindungsanspruch des Klägers ist vor dem Ende des Jahres 2006 auch nicht dadurch entstanden und fällig geworden, dass die Beklagte zu 1 mit dem Austritt des Klägers einverstanden war. Der Gesellschafter einer GmbH kann zwar auch unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes wirksam aus der Gesellschaft austreten, wenn die Gesellschaft den Austritt annimmt (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2009, II ZR 208/08, ZIP 2010, 324 Rdnr. 10). Dies ist aber bis Ende 2006 nicht geschehen.

aa) Die erforderliche Annahmeerklärung der Beklagten zu 1 ergibt sich nicht aus dem Antwortschreiben vom 22.12.2006, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft annimmt. Unabhängig von der Frage, ob der Annahmeerklärung ein Gesellschaftersbeschluss zugrunde liegen muss und ob das hier der Fall war, lässt sich dem Schreiben schon inhaltlich nicht entnehmen, dass die Beklagte zu 1 den Austritt des Klägers annimmt.

Das Berufungsgericht hat die an eine Annahmeerklärung zu stellenden Anforderungen verkannt. Die Annahme eines Gesellschaftersaustritts, der ohne wichtigen Grund erklärt wurde, bewirkt, dass dem Gesellschafter eine Abfindung zu zahlen und sein Geschäftsanteil durch Einziehung oder Abtretung zu verwerten ist. Wegen dieser weitreichenden Folgen muss der Annahmewille der Gesellschaft mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen. Dem genügt das Schreiben vom 22.12.2006 nicht. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte zu 1 habe die Kündigung des Klägers akzeptiert, da sie der Kündigung selbst nicht widersprochen, sondern sie „zur Kenntnis“ genommen habe. Hierbei lässt das Berufungsgericht außer Acht, dass mit der schlichten Erklärung der Kenntnisnahme weder eine Ablehnung noch eine Zustimmung verbunden ist und eine Entscheidung für eine der beiden Optionen gerade vermieden wird.

bb) Die Annahme des Austritts durch die Beklagte zu 1 kann sich aus der Einziehung des Geschäftsanteils ergeben, die aber erst nach Ablauf des Jahres 2006 am 8.2.2007 beschlossen wurde. Eine (etwa) auf den Zeitpunkt des Zugangs der

Austrittserklärung zurückbezogene Wirkung ist dem hier gefassten Einziehungsbeschluss nicht zu entnehmen.

2. Die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Stufenklage hat das Berufungsgericht zu Recht abgewiesen. Der Beklagte zu 2 ist nicht Schuldner eines möglichen Abfindungsanspruchs des Klägers.

III. Das Berufungsurteil ist danach unter Zurückweisung der gegen den Beklagten zu 2 gerichteten Revision aufzuheben, soweit die auf Zahlung einer Abfindung gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Hilfsanträge des Klägers abgewiesen wurden (§ 562 Abs. 1 ZPO). Im Umfang der Aufhebung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit es die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die vom Berufungsgericht offengelassene Frage, ob ein wichtiger Grund zum Austritt tatsächlich vorlag, keiner Klärung mehr bedarf. Denn die Beklagte zu 1 kann sich hinsichtlich des Verjährungsbeginns gegenüber dem Kläger, der seinen Abfindungsanspruch nach dem Verkehrswert seines Geschäftsanteils zum Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses bemessen möchte, nicht darauf berufen, dass der Abfindungsanspruch durch eine wirksame Austrittserklärung schon im Oktober 2006 entstanden und fällig geworden sei, so dass dem nachfolgenden Einziehungsbeschluss vom 8.2.2007 keine eigenständige anspruchsbegründende Wirkung mehr zukomme. Andernfalls setzte sie sich in treuwidriger Weise in Widerspruch zu ihrer Erklärung vom 22.12.2006, mit der sie einen wichtigen Grund zum Austritt unter Berichtigung des vom Kläger damals zugrunde gelegten Sachverhalts abgestritten und damit zugleich die Voraussetzungen eines allein durch die Austrittserklärung begründeten Abfindungsanspruchs des Klägers verneint hatte (§ 242 BGB).

### Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung betrifft die Wirksamkeit des Austritts eines GmbH-Gesellschafters aus der Gesellschaft. Trotz des etwas eigentümlichen Sachverhalts („Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses“ wegen eines angeblichen Ausschlusses aus der Gesellschaft) enthält das Urteil verallgemeinerungsfähige Aussagen zu den Voraussetzungen des im GmbHG nicht geregelten, aber im Grundsatz allgemein anerkannten<sup>1</sup> Austrittsrechts.

### I. Das Austrittsrecht des GmbH-Gesellschafters

Zunächst bekräftigt der II. Senat seine Rechtsprechung, wonach ein GmbH-Gesellschafter nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft austreten kann.<sup>2</sup> Einen solchen wichtigen Grund kann auch ein zuvor unwirksam beschlossener Ausschluss aus der Gesellschaft darstellen, sofern dieser zur Unzumutbarkeit der weiteren Mitgliedschaft

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Entscheidung vom 16.12.1991, II ZR 58/91, NJW 1992, 892, 895 = MittBayNot 1992, 213; MünchKommGmbHG/Berner, 2011, § 60 Rdnr. 76 f.; Henssler/Strohn/Fleischer, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 34 GmbHG Rdnr. 24; Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl. 2012, Anh. § 34 Rdnr. 6; MünchKommGmbHG/Strohn, 2. Aufl. 2015, § 34 Rdnr. 102, 178; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, GmbHG, 2006, Anh. § 34 Rdnr. 46; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 401.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 18.2.2014, II ZR 174/11, MittBayNot 2015, 420 (in diesem Heft), Ziff. II. 1. a); vgl. zuvor etwa BGH, Entscheidung vom 1.4.1953, II ZR 235/52, NJW 1953, 780; BGH, Entscheidung vom 16.12.1991, II ZR 58/91, NJW 1992, 892 = MittBayNot 1992, 213.

für den betreffenden Gesellschafter führt.<sup>3</sup> Allerdings bringt die Eigenkündigung dem ausscheidenden Gesellschafter gegenüber dem Ausschluss in der Regel keinen Vorteil, da grundsätzlich in beiden Fällen ein Abfindungsanspruch entsteht.<sup>4</sup> Auf ein Auflösungsverschulden kommt es daher – anders als bei der unberechtigten Abberufung des Geschäftsführers<sup>5</sup> – nicht an.

Ob im vorliegenden Fall ein wichtiger Grund zum Austritt vorgelegen hat, hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die vermeintliche Annahmeerklärung seitens der Gesellschaft offengelassen.<sup>6</sup> Die Frage muss auch nach der Zurückverweisung an das Berufungsgericht nicht geklärt werden. Der BGH weist zu Recht darauf hin, dass jedenfalls die nachträgliche Berufung der Gesellschaft auf die Wirksamkeit des einseitigen Austritts und damit auf die Verjährung des Abfindungsanspruchs nach §§ 195, 199 BGB wegen Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB ausgeschlossen ist, weil die GmbH zuvor den vom Kläger geltend gemachten wichtigen Grund (hier: Ausschluss aus der Gesellschaft) abgestritten hat.<sup>7</sup>

## II. Einvernehmliche Beendigung der Gesellschafterstellung

Neben der einseitigen Beendigung der Mitgliedschaft kommt allerdings auch eine einvernehmliche Beendigung der Gesellschafterstellung in Betracht. Ein Austritt aus der GmbH ohne wichtigen Grund ist wirksam, wenn die Gesellschaft ihn annimmt und hierdurch keine Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden.<sup>8</sup>

### 1. Annahmeerklärung durch Gesellschafter oder durch Gesellschaft?

Umstritten ist allerdings, welches Organ für die Abgabe der Annahmeerklärung im Namen der Gesellschaft zuständig ist. Grundsätzlich obliegt die Vertretung der GmbH im Außenverhältnis nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dem Geschäftsführer. Allerdings wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten, dass für die Annahme des Austrittsbegehrens eines Gesellschafters ohne wichtigen Grund ein Beschluss der Gesellschafterversammlung (mit Ausnahme des austretenden Gesellschafters) notwendig ist.<sup>9</sup> Der BGH hat diese Frage im vorliegenden Urteil ausdrücklich offengelassen,<sup>10</sup> wengleich die sich an-

schließende inhaltliche Prüfung der Annahmeerklärung durch ein im Namen der Gesellschaft (und nicht der Gesellschafterversammlung) abgegebenes Antwortschreiben nahelegt, dass der II. Senat in diesem Punkt zu einer großzügigeren Betrachtung tendieren könnte.

Die überzeugenderen Gründe sprechen aufgrund der mit dem Austritt verbundenen weitreichenden Konsequenzen, insbesondere im Hinblick auf den entstehenden Abfindungsanspruch, gleichwohl für die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses. Die Gegenauffassung verweist zwar darauf, dass der Geschäftsführer sich im Namen der Gesellschaft mit dem Gesellschafter darauf einigen könne, dass ein bereits erfolgter Austritt aus wichtigem Grund nicht erklärt sein soll.<sup>11</sup> Daher müsse der Geschäftsführer auch über die Annahme des Austritts ohne wichtigen Grund entscheiden dürfen.<sup>12</sup> Die Argumentation kann jedoch nicht überzeugen, da die Einigung darüber, dass der Austritt nicht erklärt worden sei, lediglich den status quo ante wiederherstellt, während die Annahme einer Austrittserklärung ohne wichtigen Grund zu einer Änderung der Rechte und Pflichten des Gesellschafters führt. In diesem Fall ist jedoch auch für die Einigung über die Nichterklärung des Austritts ein Gesellschafterbeschluss erforderlich.<sup>13</sup>

### 2. Inhaltliche Anforderungen an die Annahmeerklärung

Inhaltlich verlangt der BGH zu Recht, dass die Annahmeerklärung der Gesellschaft „mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen“ muss.<sup>14</sup> Die im vorliegenden Fall abgegebene Erklärung, dass „die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses ... zur Kenntnis genommen“ werde, genügt diesen Anforderungen nicht. Die schlichte Kenntnisnahme durch die Gesellschaft enthält aus Sicht eines objektiven Dritten keine Willensäußerung über die Zustimmung oder die Ablehnung der vom Gesellschafter angestrebten Beendigung der Mitgliedschaft, sondern ist lediglich als eine Art der Empfangsbestätigung zu interpretieren. Das gilt im vorliegenden Fall erst recht, wenn man diese Aussage im Kontext der gesamten Erklärung betrachtet. Da in dem betreffenden Schreiben zugleich der vom Gesellschafter behauptete Ausschließungsbeschluss und damit das Vorliegen eines wichtigen Grundes bestritten worden ist, kann die bloße Kenntnisnahme der Austrittserklärung keinesfalls als Zustimmung zum Austritt aus der Gesellschaft gewertet werden.

Privatdozent Dr. Clemens Höpfner, Köln/Konstanz

<sup>3</sup> Vgl. dazu *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, Anh. § 34 Rdnr. 11; *Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer*, GmbHG, 2006, Anh. § 34 Rdnr. 54.

<sup>4</sup> Vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Anh. § 34 Rdnr. 11, 25; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, Anh. § 34 Rdnr. 22, 53.

<sup>5</sup> Vgl. dazu BGH, Entscheidung vom 6.3.2012, II ZR 76/11, NJW 2012, 1656; vom 28.10.2002, II ZR 146/02, NJW 2003, 351; MünchKommBGB/Henssler, § 628 Rdnr. 64 ff.

<sup>6</sup> OLG München, Entscheidung vom 28.7.2011, 23 U 750/11, MittBayNot 2012, 60, 61.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 18.2.2014, II ZR 174/11, MittBayNot 2015, 420 (in diesem Heft), Ziffer III.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 18.2.2014, II ZR 174/11, MittBayNot 2015, 420 (in diesem Heft), Ziff. II. 1. b); BGH, Entscheidung vom 30.11.2009, II ZR 208/08, NZG 2010, 270 Rdnr. 11; BeckOK-GmbHG/Schindler, Stand: 1.12.2014, § 34 Rdnr. 165; MünchKommGmbHG/Strohn, 2. Aufl. 2015, § 34 Rdnr. 178.

<sup>9</sup> OLG Köln, Entscheidung vom 21.5.1996, 3 U 130/95, NJW-RR 1997, 356, 357; BeckOK-GmbHG/Schindler, Stand 1.12.2014, § 34 Rdnr. 165; *Schodder*, EWIR 2014, 581, 582.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 18.2.2014, II ZR 174/11, MittBayNot 2015, 420 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. b) aa).

<sup>11</sup> Vgl. *Michalski/Michalski/Funke*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Anh. § 34 Rdnr. 58; a. A. *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner*, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 34 Rdnr. 108: Erklärung der Gesellschafter notwendig.

<sup>12</sup> So *Froehner*, GWR 2014, 215.

<sup>13</sup> *Michalski/Michalski/Funke*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Anh. § 34 Rdnr. 58.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 18.2.2014, II ZR 174/11, MittBayNot 2015, 420 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. b) aa).

14. HGB §§ 5, 13d Abs. 1, § 13g Abs. 1, GmbHG, § 39 (Eintragungsfähigkeit der Einzelvertretungsmacht eines „directors“)

**Die auf die Zweigniederlassung einer englischen private company limited by shares beschränkte konkrete Einzelvertretungsmacht eines im Übrigen gesamtvertretungsberechtigten directors ist im Handelsregisterblatt der Zweigniederlassung eintragungsfähig.**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.2.2015, 20 W 199/13

Mit elektronischer Anmeldung vom 17.5.2013, auf die wegen ihres Inhalts im Einzelnen Bezug genommen wird, hat der Beteiligte zu 2 angemeldet seine Bestellung zum „Geschäftsführer (Director)“ der Gesellschaft, das Ausscheiden dreier weiterer, von zum Anmeldezeitpunkt insgesamt fünf im Handelsregister der Zweigniederlassung unter der Bezeichnung „Geschäftsführer“ eingetragenen Personen und weiterhin, dass in Bezug auf die deutsche Zweigniederlassung jeder – also auch er selbst – der verbliebenen „Geschäftsführer (Directors)“ der Gesellschaft Einzelvertretungsbefugnis in Bezug auf die Zweigniederlassung besitze.

Vorliegend ist Verfahrensgegenstand der Beschwerde nur noch der Teil der Anmeldung des Beteiligten zu 2 als „Geschäftsführer (Director)“, nachdem das ebenfalls angemeldete Ausscheiden von drei weiteren als „Geschäftsführer“ eingetragenen Personen sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens nach Eintragung dieses Ausscheidens aufgrund nochmaliger anderweitiger Anmeldung erledigt hat.

Zum Anmeldezeitpunkt waren alle fünf damals im Handelsregister der Zweigniederlassung unter der Bezeichnung „Geschäftsführer“ eingetragenen Personen unter Spalte 4 b) des Handelsregisterblattes mit dem persönlichen Zusatz „einzelvertretungsberechtigt; beschränkt auf die Zweigniederlassung“ versehen, was auch der ihrer Eintragung zugrundeliegenden Erstanmeldung der Zweigniederlassung vom 20.7.2012 entsprach.

Als allgemeine Vertretungsregelung ist im Handelsregister unter Spalte 4 a) eingetragen: „Die Geschäftsführer vertreten gemeinsam“.

Der verfahrensgegenständlichen Anmeldung vom 17.5.2013 sind Erklärungen des englischen Notars beigefügt vom 28.5.2013, in der dieser unter anderem bescheinigt, dass der Beteiligte zu 2 als einer der Vorstandsmitglieder der Gesellschaft eingetragen sei und in seiner vorbeschriebenen Eigenschaft befugt sei, die Anmeldung im Namen der Gesellschaft zu unterzeichnen, sowie vom 3.5.2013, in der er unter anderem bestätigt, dass der Beteiligte zu 2 am 1.4.2013 bestellt worden sei und aufgrund eines von ihm eingesehenen, am 20.7.2012 satzungsmäßig gefassten Beschlusses des Vorstandes der Gesellschaft ordentlich befugt sei, die Gesellschaft in Bezug auf die deutsche Zweigniederlassung gerichtlich und außergerichtlich jeweils alleine zu vertreten.

Die Rechtspflegerin des Registergerichts hat sodann unter anderem darauf hingewiesen, der Anmeldung könne nicht entsprochen werden, da diese durch sämtliche Geschäftsführer zu erfolgen habe, einer entsprechenden Anmeldung werde entgegengesehen (Bl. 21 der Registerakte). Mit weiterem Schreiben hat sie unter anderem erklärt, es bleibe bei der vorgenannten Beanstandung. Die Eintragungen im hiesigen Handelsregister der Zweigniederlassung müssten mit den Eintragungen im ausländischen Register übereinstimmen. Es sei daher nicht möglich, den director abweichende konkrete Vertretungsregelungen zu erteilen. Laut Bescheinigung zur Ersteintragung der Zweigniederlassung sei die allgemeine Vertretungsregelung, dass sämtliche director die Gesellschaft gemeinsam vertreten. Für die einzelnen director seien keine abweichenden Vertretungsregelungen bestimmt. Solche konkreten Vertretungsregelungen seien daher auch nicht im hiesigen Handelsregister einzutragen. Der Einreichung einer Anmeldung, nach welcher die directors jeweils nach der allgemeinen Vertretungsregelung vertreten, werde entgegengesehen (Bl. 22 f. der Registerakte).

Mit Schreiben an das Registergericht vom 10.6.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten unter Bezugnahme auf eine mitübersandte Fundstelle aus der Literatur unter anderem die Auffassung vertreten, dass es nach englischem Recht möglich sei, einzelnen „Direktoren“ in Bezug auf eine Zweigniederlassung Einzelvertretungsberechtigung zu erteilen und es sich nicht erschließe, wieso dies im Handelsregister der Zweigniederlassung nicht eintragungsfähig sein solle. Die Eintragungen für eine Zweigniederlassung dienten

gerade dazu, Auskunft über die Vertretungsberechtigung der gesetzlichen Vertreter in Bezug auf diese zu geben. Außerdem sei der Gedanke einer auf eine Zweigniederlassung beschränkten Vertretungsmacht dem deutschen Recht keineswegs fremd. So sei diese Möglichkeit in § 50 Abs. 3 HGB für die Prokura ausdrücklich geregelt. Ferner bestünde auch kein Widerspruch zu den Eintragungen im ausländischen Register, da in das Register des Companies House die Art und Weise der Vertretungsbefugnis überhaupt nicht aufgenommen werden müsse (Bl. 29 ff. der Registerakte).

Die Rechtspflegerin des Registergerichts hat trotz diesen Ausführungen an ihren Beanstandungen festgehalten und erklärt, die Anmeldung hinsichtlich der Einzelvertretung des Beteiligten zu 2 sei zurückzunehmen (Bl. 27 der Registerakte).

Mit Schreiben vom 14.6.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten Beschwerde gegen die Verfügungen des Registergerichts vom 5.6., 7.6. und 12.6.2013 eingelegt, im Wesentlichen unter Wiederholung der bereits zuvor geäußerten Rechtsansichten (Bl. 38 ff. der Registerakte).

Daraufhin hat die Rechtspflegerin des Registergerichts ihre Ansicht nochmals bekräftigt und weiter ausgeführt. Die Möglichkeit der Erteilung einer Einzelvertretungsberechtigung für einzelne director sei nach englischem Recht gegeben. Von dieser Möglichkeit sei bei der Hauptniederlassung in England jedoch kein Gebrauch gemacht worden. Daher könne eine solche Einzelvertretung lediglich für die hiesige Zweigniederlassung nicht eingetragen werden. Auch die Beschränkungsmöglichkeit der Prokuristen erteilten Handlungsvollmacht auf eine Zweigniederlassung sei kein Argument für die Erteilung einer abweichenden Vertretungsberechtigung von Geschäftsführern einer Zweigniederlassung, da es sich bei der Prokura um eine Befugnis der Vertretung der Gesellschaft aufgrund einer Vollmacht und nicht um eine organschaftliche Vertretung handele (Bl. 37 der Registerakte).

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 23.6.2013 hat die Rechtspflegerin des Registergerichts sodann die Anmeldung vom 17.5.2013 zurückgewiesen (wegen der Begründung im Einzelnen wird auf Bl. 45 f. der Registerakte Bezug genommen). Sie hat insbesondere darauf hingewiesen, dass bei der Eintragung von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften die hiesige Eintragung im Handelsregister den Spiegel zur Eintragung im ausländischen Register bilden müsse. Da eine von der allgemeinen Vertretungsregelung abweichende Regelung bei der Hauptniederlassung im Ausland nicht erteilt worden sei, könne eine solche – auch lediglich bezogen auf die Zweigniederlassung beschränkt erteilte – Einzelvertretungsberechtigung im hiesigen Handelsregister nicht eingetragen werden. Da keine Behebung der Beanstandung erfolgt sei, die Anmeldung nicht zurückgenommen worden und um eine rechtsmittelfähige Entscheidung gebeten worden sei, sei die Anmeldung nunmehr zurückzuweisen.

Mit Schreiben an das Registergericht vom 4.7.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten unter Wiederholung des Inhalts seines Schreibens an das Registergericht vom 14.6.2013 Beschwerde eingelegt (Bl. 48 ff. der Registerakte), der die Rechtspflegerin des Registergerichts mit Beschluss vom 9.7.2013, auf den im einzelnen Bezug genommen wird, nicht abgeholfen hat (Bl. 59 f. der Registerakte). Eine Zweigniederlassung habe, mit Ausnahme der besonderen Vertreter nach § 53 KWG und § 106 VAG und der ständigen Vertreter, keine besonderen gesetzlichen Vertreter. Es erfolge die Eintragung der im ausländischen Register eingetragenen organschaftlichen Vertreter mit entsprechender Vertretungsregelung. Die Vertretungsmacht könne nicht auf eine Zweigniederlassung beschränkt oder ausgenommen werden; die Vertretungsmacht der Geschäftsführer sei daher gemäß der Eintragung im ausländischen Register im deutschen Handelsregister einzutragen. Es sei nicht möglich, eine ausländische Vertretungsregelung, welche eine Vertretung durch alle Geschäftsführer gemeinsam vorsehe, durch einfache Anmeldung dahingehend abzuändern, dass alle Geschäftsführer einzelvertretungsberechtigt seien.

Letztlich wird Bezug genommen auf die nach Hinweisen des Senats vom 12.8.2014 (Bl. 123 f. der Registerakte), vom 19.9.2014 (Bl. 147 f. der Registerakte) und vom 4.12.2014 (Bl. 160 ff. der Registerakte) übersandten und nach Rücksendung der Originale noch in beglaubigter Abschrift in der Registerakte befindlichen weiteren Erklärungen des englischen Notars vom 2.9.2014 nebst zweier Protokolle von board meetings der Gesellschaft vom 20.7.2012 und

1.4.2013 (Bl. 130 ff. der Registerakte), vom 5.11.2014 nebst einer von dem Beteiligten zu 2 als director der Gesellschaft erstellten „Vollmacht“ vom selben Tag sowie vom 21.1.2015 nebst eines Beschlusses des board of directors vom 9.1.2015 (Bl. 168 ff. der Registerakte).

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerden der Beteiligten sind gemäß § 382 Abs. 3, § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig, da sie insbesondere form- und fristgerecht eingelegt wurden (§§ 63, 64 FamFG) und die Beteiligten – die vorliegend auch Antragsteller sind – durch die Zurückweisung der Anmeldung der Eintragung des Beteiligten zu 2 als neuer director der Gesellschaft in eigenen Rechten beeinträchtigt sind (§ 59 Abs. 1 und 2 FamFG; zum Beschwerderecht des Beteiligten zu 2 neben der Gesellschaft vgl. KG Berlin, Beschluss vom 18.11.2003, 1 W 444/02, zitiert nach juris, Rdnr. 15 m. w. N.).

Die Beschwerden sind der Sache nach begründet, da die Anmeldung vom 17.5.2013, wonach der Beteiligte zu 2 als director der Gesellschaft eingetragen werden soll, verbunden mit dem persönlichen Zusatz, dass dieser, was die Vertretung der Zweigniederlassung betrifft, einzelvertretungsberechtigt ist, von dem Registergericht aus unzutreffenden Gründen zurückgewiesen worden ist und auch darüber hinausgehende Eintragungshindernisse jedenfalls im Laufe des Beschwerdeverfahrens behoben worden sind.

Allerdings war die Eintragung selbst – die nur vom Registergericht vorgenommen werden kann – noch von der im Tenor dieses Beschlusses dargelegten förmlichen Übersendung der dort genannten – und die rechtliche Grundlage der angemeldeten Tatsache bildenden – Urkunden, die dem Senat im Beschwerdeverfahren vorab in Papierform übersandt worden waren, abhängig zu machen.

Die vorliegende Anmeldung des Beteiligten zu 2 findet ihre Rechtsgrundlage in § 13d Abs. 1, § 13g Abs. 1 und 5 HGB i. V. m. § 39 GmbHG.

Danach ist bei einer Zweigniederlassung von „Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ mit Sitz im Ausland jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer unter Beifügung der Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift zur Eintragung in das Handelsregister der deutschen Zweigniederlassung anzumelden. Soweit dabei auf „Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ mit Sitz im Ausland Bezug genommen wird, entspricht es allgemeiner Auffassung, die auch der Auffassung des Senats entspricht, dass eine britische private company limited by shares – um die es sich vorliegend bei der Gesellschaft handelt – im Hinblick auf die Anwendung der genannten gesetzlichen Bestimmungen aufgrund deren Vergleichbarkeit mit der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung gleichgestellt ist (wegen der Begründung vgl. Senat, Beschluss vom 29.12.2005, 20 W 315/05, zitiert nach juris, Rdnr. 5 m. w. N.; so auch Senat, Beschluss vom 17.6.2010, 20 W 241/09, nicht veröffentlicht; weiterhin u. a. BGH, Beschluss vom 7.5.2007, II ZB 7/06, zitiert nach juris Rdnr. 6; KG Berlin, a. a. O., Rdnr. 12; Thüringer OLG, Beschluss vom 9.3.2006, 6 W 693/05, zitiert nach juris Rdnr. 6; OLG München, Beschluss vom 4.5.2006, 31 Wx 23/06, zitiert nach juris Rdnr. 5; OLG Hamm, Beschluss vom 21.7.2006, 15 W 27/06, zitiert nach juris Rdnr. 27; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.6.2010, 11 Wx 35/10, zitiert nach juris Rdnr. 9; MünchKommAktG/Pentz, 3. Aufl. 2008, § 13e HGB, Rdnr. 14; *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., 2014,

§ 13 e, Rdnr. 1; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Pentz*, HGB, 3. Aufl., 2014, § 13e Rdnr. 12).

Der Beteiligte zu 2 ist auch befugt, seine Bestellung zum lediglich in Bezug auf die Zweigniederlassung einzelvertretungsberechtigten director trotz der im Übrigen bei der Gesellschaft geltenden Gesamtvertretung durch die directors alleine anzumelden, da ihm – wie angemeldet – in zulässiger Weise Einzelvertretungsbefugnis für die Angelegenheiten der Zweigniederlassung erteilt worden ist. Zu diesen Angelegenheiten gehören auch die Anmeldungen zum Handelsregister der Zweigniederlassung.

Der Senat hat – woran er festhält – bereits in seinem oben in Bezug genommenen Beschluss vom 17.6.2010 (a. a. O.) entschieden, dass für eine englische private limited company by shares nicht zwingend im deutschen Handelsregister nur eine Gesamtvertretung eingetragen werden darf, sondern auch die Eintragung einer dem director erteilten umfassenden Einzelvertretungsbefugnis, jedenfalls soweit die Satzung der Gesellschaft die Erteilung einer derartigen Einzelvertretungsbefugnis zulässt. Andernfalls würde dies der Funktion des Handelsregisters, die Vertretungsverhältnisse einer Gesellschaft mit Hauptsitz im Ausland in vergleichbarer Weise zu verlautbaren, wie dies für die Geschäftsführer einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorgesehen ist, nicht gerecht. Die entsprechende Eintragung sei daher geboten, um dem Rechtsverkehr einen möglichst zutreffenden Überblick über die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft zu verschaffen und eine Irreführung zu vermeiden.

Nichts anderes kann dann nach Ansicht des Senats auch für den vorliegenden Fall gelten, bei dem es nicht um die zulässige Eintragung einer umfassenden Einzelvertretungsbefugnis, sondern um ein Weniger hierzu geht, nämlich die Eintragung einer solchen auf die Zweigniederlassung beschränkten Einzelvertretungsberechtigung eines directors.

Schon daraus ergibt sich, dass die Auffassung der Rechtspflegerin des Registergerichts, die Vertretungsmacht könne für einen „organschaftlichen Vertreter“ nicht auf eine Zweigniederlassung beschränkt werden, vorliegend bereits deswegen nicht erheblich sein kann, weil es hier tatsächlich nicht um eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Beteiligten zu 2 geht. Dessen Vertretungsmacht soll gerade nicht auf die Zweigniederlassung beschränkt werden, sondern insoweit gegenüber seiner fortbestehenden Vertretungsmacht als director der Gesellschaft mit Gesamtvertretungsbefugnis dahingehend erweitert werden, dass er im Hinblick auf die Angelegenheiten der Zweigniederlassung sogar einzelvertretungsberechtigt ist.

Die Rechtspflegerin des Registergerichts übersieht bei ihren Ausführungen auch, dass es vorliegend nicht auf die von ihr geforderte, der Anmeldung entsprechende („spiegelbildliche“) Eintragung zur Vertretungsbefugnis im ausländischen Register – also bei dem companies house – ankommen kann, da dort nur die Namen und weitere personenbezogene Daten der directors aufgenommen werden, aber keinerlei Aussagen zu deren Vertretungsbefugnis (vgl. Beschluss des Senats vom 17.6.2010, a. a. O., m. w. N.; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 311c).

Der Senat hat in seinem Beschluss vom 17.6.2010 (a. a. O.) weiterhin bereits darauf hingewiesen, dass, obwohl die im englischen Recht zulässige Erteilung einer umfassenden Einzelvertretungsmacht für einen director eher als Regelung einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis erscheinen möge, dies ihrer Publizierung im deutschen Handelsregister nicht entgegenstehe, da diese Einzelvertretungsbefugnis be-

züglich ihrer rechtlichen Auswirkungen der dem Geschäftsführer einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung erteilten Einzelvertretungsbefugnis unbeschadet der rechtlichen Herleitung durchaus vergleichbar erscheine.

Im Hinblick auf diese Vergleichbarkeit der Einzelvertretungsbefugnisse hält es der Senat auch im vorliegenden Fall nach wie vor für angezeigt, das insoweit im maßgeblichen englischen Recht Zulässige schon im Interesse des Rechtsverkehrs an einer umfassenden Darlegung der tatsächlichen, bei der Gesellschaft gegebenen Vertretungsverhältnisse so auch im Handelsregister der Zweigniederlassung zu verlautbaren.

Dies gilt auch dann, wenn man, was der Senat in seinem Beschluss vom 17.6.2010 (a. a. O.) angedeutet hat, tatsächlich davon auszugehen haben dürfte, dass die im englischen Recht zulässige Erteilung einer umfassenden Einzelvertretungsmacht für einen director die Regelung einer rechtsgeschäftlichen und keiner organschaftlichen Vertretungsbefugnis darstellt.

Insoweit wird nämlich in der – soweit eingesehenen – deutschsprachigen Literatur zum englischen Gesellschaftsrecht übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass die Befugnisse jedenfalls des einzelnen director tatsächlich nicht aus einer Stellung als gesetzlicher Vertreter erwachsen, sondern dieser vielmehr als Beauftragter der Gesellschaft und nicht als deren Organ – einem Rechtsbegriff, der danach dem englischen Recht fremd ist – anzusehen ist (sog. Mandats-theorie). Dies wird mehrheitlich auch für das board of directors also die Gesamtheit der directors, so gesehen (andere Ansicht hinsichtlich des board of directors wohl *Schall*, NZG, 2006, 54, 55). Danach stehen dem director bzw. dem board of directors keine originär aus dem Gesetz abgeleiteten Befugnisse zu, sondern diese leiten sich vielmehr von den Gesellschaftsmitgliedern auf der Basis der allgemeinen Regeln des Auftragsrechts ab (vgl. insgesamt *Just*, Die englische Limited in der Praxis, 4. Aufl., 2012, Rdnr. 156; *Triebel/Illmer/Ringel/Vogener/Ziegler/Ringe/Otte*, Englischtes Handels- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2012, Rdnr. 207, 223; *Birle/Klein/Müller*, Praxishandbuch der GmbH, 3. Aufl., 2014, Rdnr. 8472; *Triebel/von Hase/Melerski*, Die Limited in Deutschland, 2006, Rdnr. 175, 179; *Behrens*, Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2. Aufl., 1997, S. 860, 861; *Hirtel/Bücker/Kasolowsky/Schall*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl., 2006, Rdnr. 26, 3; *Heinz/Hartung*, Die englische Limited, 3. Aufl., 2012, 7. Abschnitt, Rdnr. 6).

Geht man nun davon aus, dass nach einhelliger Auffassung (vgl. nur *Palandt/Thorn*, BGB, 74. Aufl., 2015, Anh. EGBGB 12, Rdnr. 17 m. w. N. zur Rspr.) lediglich für die Frage der organschaftlichen Vertretung auf das Personalstatut – vorliegend das englische Recht – abzustellen ist, für die Frage der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung jedoch auf das Vollmachtstatut – vorliegend auf das deutsche Recht – wäre unter Zugrundelegung der dargelegten Mandats-theorie bereits jegliche Eintragung eines directors in das deutsche Handelsregister unzulässig. Dies folgt daraus, dass das deutsche Recht eine auf Vollmacht beruhende Vertretungsmacht nur in besonderen – im vorliegenden Fall nicht gegebenen – im Gesetz normierten Fällen als im Handelsregister eintragungsfähig anerkennt. So ist insbesondere die Prokura, obwohl es sich bei dieser lediglich um eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht handelt (vgl. nur *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weber*, HGB, 3. Aufl., 2014, § 48 Rdnr. 1), in das Handelsregister einzutragen (§ 53 Abs. 1 HGB). Ob dies auch für die ebenfalls eine Bevollmächtigung darstellende Handlungsvollmacht nach § 54 HGB gilt, ist jedenfalls für die unbeschränkte General-

vollmacht streitig (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., 2014, § 8 Rdnr. 5 m. w. N.). Ebenfalls nach deutschem Recht in das Handelsregister eintragungsfähig ist die Bestellung eines ständigen Vertreters nach § 13e Abs. 2 Nr. 3 HGB, wobei jedoch streitig ist, ob dieser lediglich rechtsgeschäftlich vertritt oder aber organschaftliche Befugnisse hat (vgl. u. a. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 317; OLG München, Beschluss vom 4.5.2006, 31 Wx 23/06 und Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 18.12.2012, 2 W 97/12, jeweils zitiert nach juris; *Hopt*, a. a. O., § 13e Rdnr. 3; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Pentz*, a. a. O., § 13e Rdnr. 31).

Eine derart strikte Abgrenzung nach Personalstatut und Vollmachtstatut würde im vorliegenden Fall der Aufgabe des Handelsregisters jedoch nicht gerecht. Andernfalls wäre – wie gesagt – schon die Eintragung von directors und deren Vertretungsbefugnis im Handelsregister mangels gesetzlich normierter Eintragungsfähigkeit ausgeschlossen, was im Interesse des Rechtsverkehrs an einem möglichst zutreffenden Überblick über die Vertretungsverhältnisse auch der private company limited by shares nicht gewollt sein kann.

Die Berücksichtigung derartiger Besonderheiten eines ausländischen Rechts verlangt letztlich auch der Gesetzgeber u. a. ausdrücklich in §§ 13g Abs. 4 und 5; § 13 f. Abs. 2, 4, 5 und § 13d Abs. 3 HGB.

Hinzu kommt weiterhin, dass gemäß § 13g Abs. 2 Satz 2 HGB i. V. m. § 8 Abs. 4 Nr. 2 GmbHG bei der Anmeldung von Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Sitz im Ausland auch Art und Umfang der „Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer“ anzumelden ist. Da damit jedenfalls nicht der ständige Vertreter nach § 13e Abs. 2 Nr. 3 HGB gemeint sein kann, sondern eben nur ein dem deutschen Geschäftsführer stärker vergleichbarer director, kann diese Anmelde- und Eintragungspflicht (§ 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) hinsichtlich eines directors einer englischen private company limited by shares letztlich auch dann nicht ins Leere gehen, wenn dieser kein organschaftlicher Vertreter wie ein deutscher Geschäftsführer ist.

Im Hinblick auf diese rechtsgeschäftliche Bestellung des directors hat der Senat vorliegend auch keine Bedenken – so wie dies auch in der vorgelegten „notariellen Bescheinigung“ vom 2.9.2014 gesehen wird – die notwendige satzungsmäßige Zulassung der vorliegend angemeldeten, auf die Zweigniederlassung beschränkten Einzelvertretungsbefugnis, in Artikel 3.3. der maßgeblichen Satzung der Gesellschaft vom 15.5.2012 zu sehen. Danach können die directors sogar sämtliche ihnen nach der Satzung zukommenden Rechte an eine andere Person übertragen, was letztlich bei Übertragung der Rechte aller zunächst bestellter directors auf ein und die selbe Person, beispielsweise auch einen der directors, zu einer entsprechenden Einzelbevollmächtigung führen könnte.

Die entsprechende Beschlussfassung über die Bestellung eines directors obliegt nach Artikel 6.2 der Satzung auch nicht alleine der Gesellschafterversammlung durch „ordinary resolution“ (Artikel 6.2.1), sondern alternativ auch der Entscheidung der directors („decision of the directors“ Artikel 6.2.2.). Somit reicht dem Senat jedenfalls die neuerliche einstimmige Beschlussfassung vom 9.1.2015 aus, bei der drei der vier directors der Gesellschaft im Ergebnis der Erteilung der der Anmeldung zugrundeliegenden „Einzelvollmachtserteilung“ an sämtliche directors – damit auch an den Beteiligten zu 2 – zugestimmt haben. Im Hinblick auf Artikel 4.5.2 der Satzung, wonach – auch in Übereinstimmung mit der vorgelegten „notariellen Bescheinigung“ vom 2.9.2014, für die Abhaltung einer Vorstandssitzung lediglich die Teilnahme

zweier directors erforderlich ist, bestehen insoweit an der Beschlussfähigkeit der Versammlung der directors vom 9.1.2015 auch keine Bedenken.

Die Notwendigkeit der im Tenor genannten förmlichen Übersendung der dort genannten Urkunden folgt aus § 13g Abs. 5 HGB i. V. m. § 39 Abs. 2 GmbHG. Diese Urkunden und nicht die weitere Urkunde über das meeting of the board of directors vom 20.7.2012 bilden die Grundlage für die angemeldete Eintragung. Der am 20.7.2012 gefasste Beschluss der Gesellschaft deckt nach Ansicht des Senats die einschränkungslos angemeldete Einzelvertretungsbefugnis des Beteiligten zu 2 in Bezug auf die Zweigniederlassung nicht, wie der Senat dies in seinem Hinweis vom 19.9.2014 an den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten unter Bezugnahme auf die Bestätigung des englischen Notars vom 2.9.2014 im Einzelnen, beispielsweise im Hinblick auf Grundstücksaufverträge ausgeführt hat. Auf diesen Hinweis und die genannte Bestätigung des englischen Notars wird wegen der – hier nicht zu wiederholenden – Begründung im Einzelnen nochmals ausdrücklich Bezug genommen.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass die Eintragung des Beteiligten zu 2 als director und nicht, wie bislang bei den Eintragungen im Handelsregisterblatt der Zweigniederlassung erfolgt, als Geschäftsführer – deswegen erforderlich ist, weil diese Eintragungsfassung dem Zweck des Handelsregisters, die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der Zweigniederlassung der Gesellschaft als ausländischer Kapitalgesellschaft möglichst klar, verständlich, vollständig und richtig anzugeben am ehesten entspricht. Der director einer englischen private company limited by shares ist rechtlich nicht identisch mit einem Geschäftsführer nach deutschem Recht. Dass die streitgegenständliche Anmeldung vom 17.5.2013 den Begriff director zwar nur in Großschreibung und als Klammerbegriff zu dem Begriff Geschäftsführer enthält, steht dem nicht entgegen, da die Handelsregisteranmeldung auslegungsfähig ist und nicht zwingend mit der vorzunehmenden Handelsregistereintragung übereinstimmen muss. Die Formulierung der Eintragung ist vielmehr alleine Sache des Registergerichts, so dass es ausreicht, dass die einzutragende registerfähige Tatsache der Anmeldung im Wege der Auslegung hinreichend klar zu entnehmen ist (vgl. hierzu *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., 2013, Rdnr. 76 und 173 m. w. N. zur einhelligen Rspr.).

Insoweit wird das Registergericht auch zu prüfen haben, ob eine amtswegige Fassungsberichtigung der weiteren ausschließlich als Geschäftsführer eingetragenen directors in Frage kommt.

15. HGB § 12 Abs. 1, BGB § 129, BeurkG §§ 39, 40 (*Vollmachtsnachweis bei Anmeldung zum Handelsregister*)

**Beim Nachweis der Erteilung einer Registervollmacht mittels beglaubigter Abschrift der öffentlich beglaubigten Vollmachtserklärung kann das Registergericht die Vorlage einer aktuellen Beglaubigung verlangen, wenn seit dem Zeitpunkt der Beglaubigung der Abschrift eine erhebliche Zwischenzeit vergangen ist.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.11.2014, 11 Wx 61/14

Die Antragstellerin ist eine im Handelsregister A des AG Mannheim eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft.

Am 9.7.2013 wurde durch notarielle Urkunde der Eintritt neuer Kommanditisten und der Eintritt der Sonderrechtsnachfolge bei ei-

nem Kommanditisten zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Unter Punkt 3 der Urkunde heißt es:

„Der Unterzeichner handelt aufgrund Vollmacht für sämtliche Gesellschafter der Gesellschaft, insbesondere die persönlich haftende Gesellschafterin und sämtliche Kommanditisten, auch die eintretenden und auch die verbleibenden. Entsprechende Handelsregistervollmachten liegen dem Handelsregister vor. Insofern wird auf die Grundakten Bezug genommen. Soweit die Vollmachten dem Handelsregister nicht vorliegen, sind Originale oder beglaubigte Abschriften der Vollmachtsurkunde bei Vorlage zum Handelsregister beigelegt, wobei im zweitgenannten Fall die Urschrift bei Unterzeichnung im Original vorlag.“

Die Anmeldung ist von Herrn H. M. unterschrieben. Die Unterschriftsbeglaubigung des Notars liegt vor. Beigefügt war u. a. die beglaubigte Abschrift einer Vollmacht der Antragstellerin zugunsten des Herrn M. hinsichtlich der Vertretung in Handelsregisterangelegenheiten. Bezüglich der Einzelheiten wird auf den bei den Akten befindlichen Ausdruck vorgenannter notarieller Urkunde nebst Anlagen verwiesen.

Das Registergericht monierte daraufhin, dass sich bei den Gerichtsakten unzureichende Vollmachten zugunsten der Antragstellerin befänden. Soweit es sich hierbei um beglaubigte Abschriften von Vollmachten handele, reichten diese im Hinblick auf die fehlende Fortbestandsvermutung nicht aus.

Durch Zwischenverfügung vom 16.5.2014 beanstandete das Registergericht die nachfolgend genannten Vollmachten als unzureichend: (...)

Diesbezüglich verlangte das Registergericht die Einreichung von Vollmachten im Original, Ausfertigung oder aktueller beglaubigter Abschriften. Gegen die der Antragstellerin am 20.5.2014 zugestellten Verfügung hat diese durch Anwaltschriftsatz vom 6.6.2014 Beschwerde eingelegt. Das Registergericht hat der Beschwerde durch Beschluss vom 9.7.2014 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige, insbesondere nach § 382 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und nach §§ 63, 64 FamFG form- und fristgemäß eingelegte Beschwerde hat keinen Erfolg.

Das AG hat mit seiner Zwischenverfügung zu Recht aktuelle Nachweise der Bevollmächtigung durch Vollmachten im Original, Ausfertigung oder zeitnah beglaubigter Abschriften verlangt. Dies gilt selbst dann, wenn man zugunsten der Beschwerde davon ausgeht, dass sämtliche vom Registergericht monierte Vollmachten bereits in beglaubigter Abschrift vorliegen.

1. Die Anmeldung zum Handelsregister ist grundsätzlich auch durch einen Bevollmächtigten möglich (*Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., § 12 Rdnr. 3; *MünchKommHGB/Krafka*, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 25; *Staub/Koch*, HGB, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 36), wobei vorliegend dahinstehen kann, welche Einschränkungen der Vertretung bei höchstpersönlichen Erklärungen bestehen (vgl. *MünchKommHGB/Krafka*, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 32 m. w. N.). Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB ist bei Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister für eine Vollmacht zur Anmeldung die gleiche Form wie in § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB vorgesehen, also die öffentliche Beglaubigung. Anzuwenden ist deshalb § 129 BGB i. V. m. §§ 39, 40 BeurkG (*MünchKommHGB/Krafka*, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 38). Maßgeblicher Zeitpunkt für das Bestehen der Vertretungsmacht ist gemäß allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regeln derjenige der Abgabe der Registeranmeldung (*MünchKommHGB/Krafka*, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 25). Dabei zerfällt der Nachweis des Bestehens einer Vollmacht zu einem bestimmten Zeitpunkt in den Nachweis der Erteilung der

Vollmacht und in den Nachweis, dass die Vollmacht bis zu dem entscheidenden Zeitpunkt nicht erloschen ist (so schon KG, Jahrbuch der Entscheidungen des KG in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen 37, A 221, A 224; vgl. BayObLGZ 1975, 137, 142).

2. Für den Nachweis der Erteilung der Vollmacht ist anerkannt, dass der durch § 12 Abs. 1 HGB vorgeschriebenen Form durch eine beglaubigte Abschrift der öffentlich beglaubigten Vollmachtserklärung genügt wird (BayObLZ 1975, 137, 140 f.; KG, Jahrbuch der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts 2, 173 ff; MünchKommHGB/Krafka, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 14; Ammon, DStR 1993, 1025, 1027). Dies zieht das Registergericht zu Recht nicht in Zweifel.

3. Bei der Frage, ob die vorgelegte Vollmacht zum maßgeblichen Zeitpunkt der Registeranmeldung noch nicht erloschen ist, gilt der Grundsatz der Amtsermittlung (MünchKommHGB/Krafka, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 31; vgl. zum Grundbuchrecht KG, Jahrbuch der Entscheidungen des KG in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen 37, A 221, A 225). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verwendung beglaubigter Abschriften den Vollmachtgeber nicht daran hindert, die Vollmacht zu widerrufen und die Urschrift heraus zu verlangen und auf diese Weise den Rechtsschein des § 172 Abs. 2 BGB zu zerstören (vgl. Staub/Koch, HGB, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 46). Bei Anwendung des Amtsermittlungsgrundsatzes gilt, dass die nur gedachte Möglichkeit des Erlöschens der Vollmacht für weitere Nachforschungen nicht ausreicht und nähere Nachforschungen zum Fortbestehen der Vertretungsmacht nur dann anzustellen sind, wenn begründeter Anlass zu Zweifeln gegeben ist (MünchKommHGB/Krafka, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 31). Ist seit der Erteilung der Vollmacht kein zu langer Zeitraum verstrichen, besteht für begründete Zweifel kein Anlass und das Gericht kann sich mit dem bloßen Nachweis der Erteilung begnügen (KG, Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts 1, 322, 328 f.). Dagegen stellt der Ablauf einer erheblichen Zwischenzeit einen Anlass für weitere Nachforschungen dar (KG, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen 37, A 221, A 226; vgl. BayObLGZ 1975, 137, 142). Letzteres ist vorliegend der Fall, da die Vollmachten ausweislich der unter I. ersichtlichen Erteilungsdaten zwischen 40 und acht Jahre alt sind und die Erstellung beglaubigter Abschriften im Zuge der Vollmachtserteilung erfolgte, diese also gleich alt sind. Eine derartige Zeitspanne lässt eine Qualifikation als nicht allzu langer Zeitraum nicht mehr zu. Bei den hier verfahrensgegenständlichen Vollmachten handelt es sich – wovon sich der Senat selbst überzeugt hat – auch nicht um unwiderrufliche Vollmachten, so dass die der Entscheidung BayObLGZ 1975, 137, 142 ff. zugrundeliegende besondere Sachverhaltskonstellation hier nicht vorliegt.

4. Soweit die Beschwerdeschrift ausdrücklich das Vorhandensein von Vollmachten der B. KG, von K. B. aus S. sowie der R. + Co. GmbH vorträgt, sind bei den Registerakten diesbezügliche Originalvollmachten nicht aufzufinden gewesen.

5. Zur vorliegenden Problematik der registerrechtlichen Behandlung von Dauervollmachten sind in der Literatur bereits Lösungsvorschläge entwickelt worden (MünchKommHGB/Krafka, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 31; Staub/Koch, HGB, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 46; Jeep, NJW 2007, 2439, 2445), ohne dass das vorliegende Verfahren diesbezüglich zu einer rechtlichen Bewertung durch den Senat Anlass gibt.

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. VersAusglG § 48 Abs. 2 Nr. 1 und 2 (*Durchführung des Versorgungsausgleichs bei Insolvenz eines Ehegatten*)

- Der Insolvenzverwalter ist im Versorgungsausgleichsverfahren kein Beteiligter. Ihm fehlt deshalb auch die Beschwerdeberechtigung.**
- Tritt nach dem Ende der Ehezeit bei einem Ehegatten der Insolvenzfall ein, hat dies keinen Einfluss auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Denn der Anspruch auf Teilung der Versorgungsanrechte ist bereits mit dem Ehezeitende entstanden. Bei der gerichtlichen Versorgungsentscheidung als Gestaltungsakt handelt es sich lediglich um den Vollzug, der keinen Erwerb von Rechten zulasten der Insolvenzmasse im Sinne von § 91 InsO darstellt.**

OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.11.2014, 3 UF 81/14

Die Beteiligten streiten über den Versorgungsausgleich.

Auf den am 20.5.1999 zugestellten Antrag hat das AG durch Urteil vom 21.9.2001 die am 3.4.1981 geschlossene Ehe der im Jahr 1947 geborenen Antragstellerin (im Folgenden: Ehefrau) und des ebenfalls 1947 geborenen Antragsgegners (im Folgenden: Ehemann) rechtskräftig geschieden, nachdem es zuvor in der mündlichen Verhandlung vom gleichen Tag mit Zustimmung beider Ehegatten die Folgesache betreffend den Versorgungsausgleich vom Scheidungsverbund abgetrennt hatte. Mit Beschluss vom 7.6.2002 wurde das Versorgungsausgleichsverfahren vom AG gemäß § 2 VAÜG ausgesetzt. Durch weiteren Beschluss vom 8.4.2005 ist diese Verfahrensaussetzung aufrechterhalten worden.

Mit Beschluss des AG Cottbus vom 3.11.2011, 63 IN 299/11 ist über das Vermögen des Ehemannes das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt R. aus C. zum Insolvenzverwalter ernannt worden.

Nach Wiederaufnahme des Versorgungsausgleichsverfahrens Anfang des Jahres 2012 und Einholung neuer Auskünfte hat das AG mit Beschluss vom 4.6.2014 den Versorgungsausgleich gemäß Art. 111 Abs. 3 und 4 FGG-RG, § 48 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VersAusglG unter Anwendung des seit dem 1.9.2009 geltenden Verfahrensrechts und materiellen Rechts durchgeführt. Es hat die während der Ehezeit vom 1.4.1981 bis 30.4.1999 (§ 3 VersAusglG) von beiden geschiedenen Ehegatten erworbenen Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung durch interne Teilung gemäß § 10 VersAusglG ausgeglichen (Ziffer 1. bis 3. des Beschlusstextes). Daneben hat das AG die bei der weiteren Beteiligten zu 4 in Form einer Kapitaleistung gemäß einer Versorgungszusage für Beratungsstellenleiter vom 23.12.1996 erworbenen Anrechte des Ehemannes aus einer betrieblichen Altersversorgung in den Versorgungsausgleich einbezogen. Die weitere Beteiligte zu 4 hat die Höhe des betrieblichen Erlebensfallkapitals mit rund 47.688 € und den Ehezeitanteil dieses Alterskapitals mit 18.226,41 € berechnet. Als Ausgleichswert unter Berücksichtigung von Kosten wurde für die ausgleichsberechtigte geschiedene Ehefrau ein Betrag i. H. v. 8.999,29 € vorgeschlagen. Das AG hat auch diese betrieblichen Anrechte des Ehemannes intern geteilt und zugunsten der Ehefrau den vom Versorgungsträger vorgeschlagenen Betrag i. H. v. 8.999,29 €, bezogen auf den 30.4.1999, nach Maßgabe der Teilungsregeln für den Versorgungsausgleich vom 30.7.2010 der Lohnsteuerhilfe e.V. zugunsten der Antragstellerin übertragen (Ziffer 4. des Beschlusstextes).

Gegen die Entscheidung des AG betreffend die Anrechte des Ehemannes aus einer betrieblichen Altersversorgung bei der weiteren Beteiligten zu 4 richten sich die Beschwerden des Insolvenzverwalters und der Ehefrau. Der Insolvenzverwalter vertritt vor allem die Auffassung, das vorhandene Abfindungskapital unterliege dem Insolvenzbeschlagnahme und sei an die Insolvenzmasse auszukehren. Folglich habe es nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen werden dürfen. Die Ehefrau trägt insbesondere vor, sie habe rein vorsorglich Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, bei Verlust der Anrechte bei der Lohnsteuerhilfe e. V. i. H. v. 8.999,29 € aufgrund eines wirksamen Verfügungsrechts des Insolvenzverwalters eine entsprechende Kür-

zung der von ihrem Versicherungskonto zugunsten des Ehemannes zu übertragenden Anwartschaften in der allgemeinen Rentenversicherung (Ost) zu erreichen. Sie gehe allerdings nicht von einem wirksamen Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters aus. Nach der Entscheidung des AG sei zulasten ihres Anrechts in der allgemeinen Rentenversicherung (Ost) zugunsten des Ehemannes ein Anrecht in Höhe von 7.0533 Entgeltpunkten (Ost) zu übertragen, was einem Kapitalwert von 31.482,44 € entspreche. Hiervon sei der in Rede stehende Betrag von 8.999,29 € in Abzug zu bringen, so dass nur ein diesem verbleibenden Kapitalwert von 22.483,15 € entsprechendes, in Entgeltpunkte (Ost) umzurechnendes Anrecht zugunsten des Ehemannes auszugleichen sei.

Von der zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Ende 2011 vorhandenen Kapitalleistung gemäß Versorgungszusage der weiteren Beteiligten zu 4 i. H. v. rund 47.688 € ist von dem Insolvenzverwalter anschließend ein Kapitalbetrag von 38.414,54 € gepfändet worden. Die Auszahlung dieser Summe sollte in drei Raten erfolgen, und zwar jeweils zum 28.2.2013, 28.2.2014 und 28.2.2015. Im Zeitpunkt dieser Beschlussfassung wurden bereits zwei Raten, mithin ein Gesamtbetrag von 25.609,69 €, an den Insolvenzverwalter zur Auszahlung gebracht. Die letzte Rate i. H. v. 12.804,85 € soll nach den Angaben der weiteren Beteiligten zu 4 in der Beschwerdeinstanz am 28.2.2015 an den Insolvenzverwalter ausgezahlt werden. Nach der Gesamtauszahlung sei – so das Vorbringen der weiteren Beteiligten zu 4 – noch ein Restkapital i. H. v. 9.273,60 € vorhanden. Dieser Betrag solle für den vom AG zugunsten der Ehefrau unter Ziffer 4 des Beschlusstextes angeordneten Versorgungsausgleich i. H. v. 8.999,29 € zuzüglich Teilungskosten eingesetzt werden.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstands sowie wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerden des Insolvenzverwalters und der Ehefrau, über die der Senat nach Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäß § 68 Abs. 3 FamFG ohne mündliche Verhandlung entscheidet, führen nicht zum Erfolg.

1. Die Beschwerde des Insolvenzverwalters erweist sich als unzulässig.

Der Insolvenzverwalter ist weder im Ehescheidungsverfahren noch in dem Verfahren, das den Versorgungsausgleich betrifft, Beteiligter im Sinne von §§ 219, 7 FamFG (vgl. hierzu auch *Raab*, jurisPR-InsR 11/2012, Anmerkung 5). Als Nichtbeteiligtem fehlt es ihm jedoch an der erforderlichen Beschwerdeberechtigung im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG.

Aber selbst bei einer unterstellten Beschwerdebefugnis wäre das Rechtsmittel des Insolvenzverwalters jedenfalls in der Sache unbegründet. Er kann sich insbesondere nicht mit Erfolg auf § 91 InsO berufen. Nach dieser Bestimmung können nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Drittrechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse mehr entstehen. Um einen solchen Fall geht es vorliegend jedoch nicht.

Auch wenn die Anrechte des Ehemannes aus einer betrieblichen Altersversorgung bei der ... Lohnsteuerhilfe e. V. (ausschließlich) auf eine Kapitalzahlung gerichtet sind, fallen sie unabhängig von dieser Leistungsform in den Versorgungsausgleich (vgl. hierzu BGH, FamRZ 2014, 1613).

Im Hinblick auf das Erlebensfallkapital steht der Zweck der Alterssicherung eindeutig fest. Der Ehemann hat aus seiner beruflichen Tätigkeit als Beratungsstellenleiter für die Lohnsteuerhilfe e. V. keine weiteren Versorgungsleistungen (monatliche Rentenleistungen) erworben, und ihm wurde auch kein Umwandlungsrecht in eine monatliche Rentenzahlung eingeräumt. Vor diesem Hintergrund bestehen schon im An-

satz Bedenken, ob hier die betriebliche Kapitalleistung nach §§ 35, 36 InsO überhaupt (ganz oder teilweise) zur Insolvenzmasse gehört und deshalb mit einem Beschlagnahme der Gläubiger des Ehemannes bzw. des Insolvenzverwalters belegt werden kann.

Zudem wird im Streitfall der Schutzzweck des § 91 InsO – der im Wesentlichen vor einem den Zwecken der Gläubiger des Ehemannes zuwiderlaufenden Erwerb von Vermögensgegenständen des Schuldners schützen soll – nicht tangiert. Der Versorgungsausgleich beruht auf dem Gedanken der hälftigen Teilhabe des einen Ehegatten an der in der Ehezeit erworbenen Versorgung des anderen Ehegatten. Vorliegend endete die Ehezeit bereits am 30.4.1999 und damit über zwölf Jahre vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens Ende des Jahres 2011. Mit Inkrafttreten des neuen Versorgungsausgleichsrechts zum 1.9.2009, und damit ebenfalls lange vor der Insolvenzeröffnung, ist der Anspruch der Ehefrau auf Teilhabe an der betrieblichen Altersversorgung des Ehemannes und auf einen Ausgleich des von ihm in der Ehezeit vom 1.4.1981 bis 30.4.1999 erworbenen Erlebensfallkapitals, der entsprechend den Vorgaben des Versorgungsträgers durch eine interne Teilung gemäß § 10 VersAusglG erfolgen soll, entstanden. Der richterliche Gestaltungsakt, der eine solche Übertragung der Anrechte des Ehemannes aus seiner betrieblichen Altersversorgung anordnet, stellt bloß noch die Umsetzung und den Vollzug dar. In der vom AG angeordneten Übertragung des vorgeschlagenen Ausgleichswerts i. H. v. 8.999,29 € ist deshalb kein Erwerb im Sinne von § 91 InsO zu sehen. Mit Blick auf die von der Lohnsteuerhilfe e. V. mit Schriftsatz vom 13.8.2014 mitgeteilten Höhe des noch insgesamt vorhandenen betrieblichen Erlebensfallkapitals sowie des von ihr für den Versorgungsausgleich vorgesehenen Teilbetrages der Kapitalleistung unterliegt jedenfalls der für die geschuldete Übertragung auf die Ehefrau vorgesehene Betrag von 8.999,29 € nebst Teilungskosten nicht dem Insolvenzbeschlagnahme und ist nicht an die Insolvenzmasse auszukehren.

2. Die Beschwerde der Ehefrau ist ebenfalls nicht zulässig. Ihr fehlt die hierfür erforderliche Beschwerdebefugnis bzw. das Rechtsschutzbedürfnis.

Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch einen Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt wird. Auch für Ehegatten gilt im Versorgungsausgleichsverfahren für ihre Beschwerdeberechtigung das Erfordernis eines unmittelbaren Eingriffs in ein bestehendes subjektives Recht (vgl. hierzu z. B. OLG Köln, FamRZ 2014, 1642 m. w. N.). Insoweit reicht es für eine Rechtsbeeinträchtigung im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG allerdings aus, dass der Beschwerdeführer geltend macht, durch die Regelung des Versorgungsausgleichs werde in einer dem Gesetz nicht entsprechenden Weise in seine Rechtsstellung eingegriffen (vgl. hierzu BGH, FamRZ 2005, 1240).

Vorliegend fehlt es bereits an der Darlegung einer solchen unmittelbaren Beeinträchtigung und materiellen Beschwer durch die Ehefrau. Sie wird durch die bezüglich des streitgegenständlichen Anrechts zu ihren Gunsten ergangene Entscheidung des AG nicht belastet. Die Ehefrau macht auch selbst keine Rechtsbeeinträchtigung durch den angefochtenen Beschluss geltend. Vielmehr hält sie die Anordnung der internen Teilung und Übertragung von 8.999,29 € in Ziffer 4. des Beschlusstextes des AG in der Sache für zutreffend und verteidigt diese in erster Linie gegenüber den mit der Beschwerde vorgebrachten Angriffen des Insolvenzverwalters. Mangels Rechtsbeeinträchtigung ist für die Ehefrau danach kein Rechtsmittel gegen den Beschluss des AG vom 4.6.2014 eröffnet.



Im Übrigen könnte die Ehefrau aber auch in der Sache mit ihrem Rechtsmittel nicht durchdringen. Es fehlt an einer Grundlage für die von ihr „vorsorglich“ beantragte Ausgleichsform. Zudem ist eine interne Teilung des von dem Ehemann in der Ehezeit erworbenen betrieblichen Erlebensfallkapitals, wie ausgeführt, möglich und hat auch stattzufinden.

(...)

## Beurkundungs- und Notarrecht

17. BeurkG §§ 54b, 17; BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2 (*Bestimmung des Inhalts einer Verwahrungsanweisung*)

**Der Notar ist nicht berechtigt, ein nicht zweifelfreies Verständnis vom Inhalt einer Verwahrungsanweisung seinem Handeln zugrunde zu legen, ohne mit der Treugeberin ein Einvernehmen herbeigeführt zu haben.**

BGH, Urteil vom 16.3.2015, NotSt (Brfg) 2/14

Der Kläger ist Anwaltsnotar. Gegenstand des Disziplinarverfahrens ist folgender Sachverhalt:

Am 28.8.2009 beurkundete der Kläger einen Grundstückskaufvertrag ohne Auflassung. Zwischen den Parteien wurde vereinbart, dass der Kaufpreis i. H. v. 120.000 € vom Erwerber auf ein neu einzurichtendes Anderkonto bis zum 30.9.2009 zu überweisen sei. Voreingetragene Rechte bzw. Rechtsverhältnisse sollten nicht übernommen werden. Der Kläger wurde von den Kaufvertragsparteien übereinstimmend angewiesen, den Kaufgegenstand pfandfrei zu machen und einen eventuellen Restbetrag auf ein Konto des Veräußerers oder an einen vom Veräußerer noch zu benennenden Dritten weiter zu überweisen. Die Auszahlungen setzten voraus, dass alle Voraussetzungen zur vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung einschließlich Eintragungsantrag auf den Erwerber, ausgenommen das Vorliegen der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung, erfüllt sind.

Bezüglich des Kaufobjekts wurde vor dem AG als Vollstreckungsgericht von der Gläubigerin einer in Abteilung III unter der laufenden Nr. 1 eingetragenen Grundschuld ein Zwangsversteigerungsverfahren betrieben. Der in Abteilung II Nr. 3 eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk sowie die brieflose Grundschuld über 217.640 € sollten gelöscht werden. Zur Finanzierung eines Teiles des Kaufpreises nahm die Erwerberin des Grundstücks ein Darlehen der I. AG i. H. v. 58.000 € in Anspruch. Die Valuta gelangte am 28.9.2009 auf dem notariellen Anderkonto zur Gutschrift. Für die Verfügung über diesen Betrag erteilte die I. AG mit Schreiben vom 21.9.2009 folgende Hinterlegungsanweisung:

„Über diesen Betrag können Sie nur dann verfügen, wenn sichergestellt ist, dass folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Eintragung einer erstrangig vollstreckbaren Buchgrundschuld über 58.000 € (in Worten: achtundfünfzigtausend), nebst 12 % Zinsen p. A. zu unseren Gunsten und zulasten des Objektes: (...)

In Abteilung III dürfen keine und in Abteilung II keine wertmindernden Rechte vorgehen.

Wir sehen die Eintragung als sichergestellt an, wenn

- Sie beim Grundbuchamt die Urkunde/n zur Bestellung unseres/r Grundpfandrechts/e vorgelegt und Eintragungsanträge in zulässigem Umfang auch in unserem Namen gestellt haben.
- Ihnen zur Bereitstellung des vorstehend verlangten Ranges der Grundschuld/en sämtliche Unterlagen zur Verfügung stehen. Der Gebrauch dieser Unterlagen muss Ihnen spätestens nach Zahlung der Ablösebeträge gestattet sein, die von den Berechtigten verlangt werden. Die Ablösung muss aus dem bei Ihnen hinterlegten Betrag möglich sein.
- Ihnen auf der Grundlage Ihrer Akten und der Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten (ohne Geschäftseingang) bzw. die Markentabelle eines elektronisch geführten Grundbuchs keine sonstigen Umstände bekannt geworden

sind, die der Eintragung unserer Grundschuld/en im vorstehend verlangten Rang entgegenstehen.

- Der uns benannte Kaufpreis über 120.000 € vollständig bei Ihnen hinterlegt ist.
- Die Übergabe einer Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde/n mit persönlicher Haftungserklärung aller Darlehensnehmer an uns erfolgt ist.“

Mit Schreiben vom 25.8.2009 erteilte die Altgläubigerin die Löschungsbewilligung sowie einen Treuhandauftrag für die Verfügung über die Löschungsbewilligung für die Grundschuld. Außerdem übersandte sie am 9.9.2009 dem Kläger den Antrag auf Rücknahme des Versteigerungsantrags im Versteigerungsverfahren vor dem AG. Mit Schreiben vom 17.9.2009 bestätigte die I. AG, dass die Grundschuld nur als Sicherheit für die auf die Kaufpreisschuld geleisteten Zahlungen dienen solle. Die zur Absicherung der Kreditforderung bestellte Buchgrundschuld i. H. v. 58.000 € wurde am 8.10.2009 im Grundbuch eingetragen zunächst an rangbereiter Stelle nach dem Versteigerungsvermerk und dem noch zu löschenden Altgrundpfandrecht, jedoch im Range vor der zugunsten der Erwerberin eingetragenen Auflassungsvormerkung. Am 30.10.2009 reichte der Kläger den Grundstückskaufvertrag vom 28.8.2009, die Löschungsbewilligung für das nicht übernommene Altgrundpfandrecht verbunden mit dem Antrag auf Löschung der zugunsten der Erwerberin eingetragenen Auflassungsvormerkung beim zuständigen Grundbuchamt ein. Er leitete am selben Tag dem Vollstreckungsgericht die Erklärung der Rücknahme des Antrags auf Zwangsversteigerung zu und verfügte über den auf dem Anderkonto hinterlegten Kaufpreis.

Mit Zwischenverfügung vom 3.11.2009 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass die Auflassung für das Grundstück noch fehle, bislang nur die Anträge auf Löschung der Vormerkung und der Grundschuld der Altgläubigerin, nicht jedoch der Antrag auf Eigentumsumschreibung gestellt seien und vor den begehrten Eintragungen zunächst die Löschung des Zwangsversteigerungsvermerks herbeigeführt werden müsse. Am 9.11.2009 wurde die noch fehlende Auflassung beurkundet und am 10.11.2009 beim Grundbuchamt eingereicht. Am 19.11.2009 wurden mit Eintragung der Auflassung der Zwangsversteigerungsvermerk und die (Alt-)Belastung gelöscht.

Der Beklagte hat mit Verfügung vom 26.4.2013 nach § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO i. V. m. § 17 Abs. 1 Satz 1 BDG das Disziplinarverfahren eingeleitet. Zum Ermittlungsbericht vom 28.5.2013 hat sich der Kläger mit Schriftsatz vom 13.6.2013, beim LG eingegangen am 17.6.2013, geäußert. Er hat den Verstoß gegen die Hinterlegungsanweisung der Kaufvertragsparteien eingeräumt. Einen Verstoß gegen den Treuhandauftrag der I. AG vom 21.9.2009 hat er hingegen in Abrede gestellt. Er hat die Auffassung vertreten, dass dem Verwahrauftrag vom 21.9.2009 entnommen werden könne, dass die Gläubigerstellung der I. AG bereits dann als gewährleistet anzusehen sei, wenn sämtliche Unterlagen zur Bereitstellung des vorstehend verlangten Ranges der Grundschuld beim Treuenehmer zur Verfügung stünden. Der Gebrauch dieser Unterlagen müsse dem Treuenehmer spätestens nach Zahlung der Ablösebeträge gestattet sein, die von dem Berechtigten verlangt werden. Die Ablösung müsse aus dem beim Treuenehmer hinterlegten Betrag möglich sein. Für die Bereitstellung des verlangten Ranges sei zwar die Rücknahme des Zwangsversteigerungsantrags notwendig gewesen. Die hierfür erforderliche Urkunde habe aber vorgelegen und der Kläger habe auch darüber verfügen dürfen. Das Versteigerungsgericht sei nach Eingang des Rücknahmeantrags der Gläubigerin verpflichtet gewesen, die Löschung des Versteigerungsvermerks herbeizuführen. Durch Rückfrage beim Vollstreckungsgericht habe sich der Kläger außerdem am 30.10.2009 vergewissert, dass weitere Gläubiger dem Zwangsversteigerungsverfahren nicht beigetreten seien.

Der Beklagte hat gegen den Kläger wegen eines Dienstvergehens durch Verletzung der Amtspflichten als Notar nach § 54b Abs. 1 und Abs. 3 Satz 4 BeurkG in zwei Fällen eine Geldbuße i. H. v. 500 € verhängt. Den Widerspruch des Klägers hat der Präsident des OLG, dem der Beklagte nach Nichtabhilfe die Sache zur Entscheidung vorgelegt hat, mit Bescheid vom 28.8.2013, dem Kläger zugestellt am 2.9.2013, zurückgewiesen. Mit der Klage vom 24.9.2013 hat der Kläger die Aufhebung der Disziplinarverfügung vom 26.6.2013 verlangt, soweit diese wegen eines Verstoßes gegen den Treuhandauftrag der I. AG vom 21.9.2009 ergangen ist; hilfsweise hat er beantragt festzustellen, dass der Kläger gegen den Treuhandauftrag der I. AG vom 21.9.2009 nicht verstoßen hat.

Das OLG hat sich der Auffassung des Klägers angeschlossen, die Disziplinarverfügung abgeändert und gegen den Kläger wegen schuldhafter Verletzung seiner Amtspflichten in einem Fall einen Verweis verhängt. Mit der vom Senat zugelassenen Berufung begehrt der Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils und die Abweisung der Klage. Er macht geltend, das OLG habe die Treuhandanweisung der I. AG stark verkürzt in den Blick genommen und deshalb den Umfang der Voraussetzungen verkannt, die für die Annahme der Sicherstellung der Gläubigerin erforderlich gewesen seien. Die I. AG habe den Kläger auch angewiesen, nur dann über den finanzierten Kaufpreisteil zu verfügen, wenn sichergestellt sei, dass „... in Abteilung III keine und in Abteilung II keine wertmindernden Rechte vorgehen“. Diese Voraussetzung sei zum Zeitpunkt der Verfügung des Klägers über den finanzierten Kaufpreis am 30.10.2009 nicht erfüllt gewesen. Bei der Abwicklung eines Treuhandverhältnisses habe der Notar zu beachten, dass der Treugeber den Auftrag bis zur bedingungsgemäßen Sicherstellung jederzeit widerrufen könne und der Notar die Rückgabe des zu treuen Händen übergebenen Treuguts nicht vereiteln dürfe. Der Kläger hätte, um pflichtgemäß zu handeln, zumindest das Einvernehmen der Treugeberin mit der Modifizierung des Treuhandauftrages herbeiführen müssen.

#### Aus den Gründen:

Die Berufung des Beklagten ist begründet. Das Urteil des OLG erweist sich als fehlerhaft.

1. Entgegen der Auffassung des OLG lässt sich der Wortlaut der Anweisung der I. AG an den Kläger nicht darauf verstehen, dass zum Zeitpunkt der Verfügung über den anvertrauten Kaufpreis alle zur Herbeiführung der rangrichtigen Eintragung erforderlichen Unterlagen lediglich in seinem Besitz sein mussten. Dies war außerdem nicht der Fall, weil dem Kläger jedenfalls nicht der für die rangrichtige Eintragung erforderliche Beschluss über die Aufhebung der Beschlagnahme vorlag, als er den restlichen Kaufpreisbetrag an die Altgläubigerin überwies. Zudem lag dem Grundbuchamt auch kein Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Löschung des Versteigerungsvermerks vor.

a) Zutreffend weist der Beklagte darauf hin, dass die Auffassung des OLG zwar den Wortlaut des ersten Satzes des zweiten Spiegelstrichs der Treuhandanweisung in Betracht nimmt, aber die in der Treuhandanweisung genannten übrigen Voraussetzungen für die Sicherung der Gläubigerstellung der I. AG unberücksichtigt lässt. Der Kläger durfte über den Kaufpreis erst verfügen, wenn ihm auf der Grundlage seiner Akten und der Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten (ohne Geschäftseingang) bzw. die Markentabelle eines elektronisch geführten Grundbuches keine sonstigen Umstände bekannt geworden sind, die der Eintragung der Grundschuld der I. AG im ersten Rang entgegenstehen (vgl. Spiegelstrich 3 der Treuhandanweisung). Solange der Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuch eingetragen war, war diese Voraussetzung nicht erfüllt.

b) Entgegen der Auffassung des Klägers sicherte nicht schon die Einreichung der Erklärung der Rücknahme des Antrags auf Zwangsversteigerung beim Vollstreckungsgericht die I. AG in dem in der Treuhandanweisung niedergelegten Umfang.

Zwar war das Vollstreckungsgericht verpflichtet, nach der Rücknahme des Zwangsversteigerungsantrags das Grundbuchamt um Löschung des Versteigerungsvermerks zu ersuchen (§ 34 ZVG). Doch setzte das Ersuchen zunächst die Aufhebung des Zwangsversteigerungsverfahrens gemäß § 29 ZVG voraus. Erst damit endete die Beschlagnahme (vgl. BGH, Beschluss vom 10.7.2008, V ZB 130/07, BGHZ 177, 218 Rdnr. 10 ff. zur Zwangsverwaltung). Die Beschlagnahme wird durch hoheitliches Handeln des Vollstreckungsgerichts, das für den Staat als Inhaber der Zwangsgewalt tätig wird

(vgl. BVerfGE 61, 126, 136), bewirkt und ist somit öffentlich-rechtlicher Natur. Daraus folgt, dass nur das Vollstreckungsgericht die durch den Anordnungsbeschluss (§ 20 ZVG) wirksam gewordene Beschlagnahme wieder beseitigen kann. Dafür bedarf es eines Aufhebungsbeschlusses (§ 32 ZVG), der konstitutiv wirkt. Eine hoheitliche Maßnahme kann nicht von einem Privaten durch Rücknahme des Vollstreckungsantrags aufgehoben werden (vgl. BGH, Beschluss vom 10.7.2008, V ZB 130/07, a. a. O., Rdnr. 12). Auch der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit verlangt, dass die Wirkungen der Beschlagnahme erst mit dem Aufhebungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts und nicht bereits mit dem Eingang der Rücknahmeerklärung des Gläubigers bei dem Gericht enden. Anderenfalls können Zweifel darüber auftreten, in welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Beschlagnahme beendet ist. Zum Zeitpunkt der Verfügung über den verwahrten Betrag durch den Kläger bestand die Beschlagnahme fort.

c) Dass der I. AG als der Treugeberin kein Schaden erwachsen ist, ändert an dem Verstoß nichts. Der Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass jederzeit weitere Gläubiger dem Zwangsversteigerungsverfahren hätten beitreten können und es dann nicht zu einem Erlöschen des der rangrichtigen Eintragung der Finanzierungsgrundschuld entgegenstehenden Versteigerungsvermerks gekommen wäre. Zwar hat sich der Kläger am 30.10.2009 durch Einsicht in die Akte des Zwangsversteigerungsverfahrens vergewissert, dass ein Beitritt weiterer Gläubiger nicht erfolgt ist. Dies entlastet den Kläger aber nicht. Auch wenn dem Kläger zuzugeben ist, dass Rechte eines persönlichen Gläubigers, der dem Zwangsversteigerungsverfahren beitrifft, an dem Grundstück erst mit der zu seinen Gunsten veranlassten Beschlagnahme des Grundstücks bzw. durch den Beitrittsbeschluss (§ 27 Abs. 1 Satz 1 ZVG) entstehen können, lässt sich doch die Gefahr der Zwangsversteigerung bis zur Aufhebung des Verfahrens nicht ausschließen. Nach dem Wortlaut der Treuhandanweisung wollte die Treugeberin ein solches Risiko gerade nicht eingehen.

2. Der Kläger war nicht berechtigt, seinem Handeln ein nicht zweifelsfreies Verständnis vom Inhalt der Verwahrungsanweisung zugrunde zu legen, ohne mit der Treugeberin ein Einvernehmen herbeigeführt zu haben. Die Formulierung im dritten Spiegelstrich der Hinterlegungsanweisung der I. AG, dass dem Kläger „keine sonstigen Umstände bekannt geworden sind, die der Eintragung unserer Grundschuld/en im vorstehend verlangten Rang entgegenstehen“, lässt sich zwar auch so verstehen, dass nur bei Auftreten nachträglicher Belastungen – wie zum Beispiel der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek oder des Beitritts weiterer Gläubiger zur Zwangsversteigerung – es nicht ausreichend sei, dass dem Kläger sämtliche Unterlagen zur Bereitstellung der Grundschuld im ersten Rang zur Verfügung stehen. Jedoch durfte der Kläger den Inhalt der Verwahrungsanweisung nicht durch seine eigene Auslegung bestimmen. Er hätte vielmehr entsprechend den Regelungen in § 17 BeurkG, § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO (Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 17 BeurkG Rdnr. 8) bei der Treugeberin nachfragen und eine Anpassung der Treuhandauflagen der kaufpreisfinanzierenden I. AG erwirken müssen (vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2008, III ZR 255/07, NJW RR 2008, 1644, juris Rdnr. 13). Nicht der Kläger, sondern allein die kreditgewährende Bank hatte zu entscheiden, ob sie bei Kenntnis des Risikos vor der Aufhebung der Beschlagnahme den Kläger anweist, über den von ihr finanzierten Teil des Kaufpreises zu verfügen. Mit Recht weist der Beklagte darauf hin, dass andernfalls die dem Treugeber zustehende Entscheidungskompetenz in die Hände des Notars gelegt würde. Die ihm günstige Auslegung der Verwendungsaufgaben durch den

Kläger ist außerdem nicht vereinbar mit den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen, wonach bei der Verwahrung fremden Vermögens in besonderem Maße Korrektheit und wegen des ansonsten drohenden Haftungsrisikos ein streng an dem Inhalt der Verwahrungsanweisung ausgerichtetes Handeln des Notars gefordert ist (vgl. BGH, Urteile vom 21.11.1996, IX ZR 182/95, BGHZ 134, 100, 107; vom 27.9.2007, III ZR 278/06, juris Rdnr. 13; vom 8.5.2003, III ZR 294/02, VersR 2004, 249 Rdnr. 15; vom 25.10.2001, IX ZR 427/98, NJW 2002, 1346, 1347; vom 10.2.2000, IX ZR 41/99, NJW 2000, 1544; vom 18.11.1999, IX ZR 153/98, WM 2000, 193, 195; BGH, Beschluss vom 28.10.2010, V ZB 70/10, juris Rdnr. 32). Der Notar ist nicht berechtigt, seine Pflichten bei der Abwicklung der Verwahrung durch eine eigene Auslegung des Inhalts der Verwahrungsanweisung zu bestimmen (vgl. hierzu *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl., § 23 Rdnr. 58, 71 ff. m. w. N.).

3. Die Höhe der Geldbuße ist mit Rücksicht auf das Maß der Pflichtwidrigkeit und die Vermögensverhältnisse des Klägers angemessen. Sie berücksichtigt, dass der Kläger sich einsichtig gezeigt hat, disziplinarrechtlich bisher nicht in Erscheinung getreten und das Verschulden gering ist (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO i. V. m. § 13 Abs. 1 BDG). Dem Kläger ist allerdings ein zweifacher Treuhandverstoß anzulasten. Gesichtspunkte, die die Verhängung einer mildereren Disziplinarmaßnahme nahelegen würden, sind ersichtlich nicht gegeben. (...)

## Kostenrecht

18. GNotKG § 46 Abs. 1, § 47 Satz 1 und 3, § 59 (*Bestimmung des Gegenstandswerts bei einem alsbaldigen Weiterverkauf einer Immobilie*)

**Auch unter Geltung des GNotKG kann bei einem alsbaldigen Weiterverkauf der hierbei erzielte Erlös, nicht der merklich niedrigere ursprüngliche Kaufpreis, den für die Bewertung maßgeblichen Verkehrswert der Immobilie bilden.**

OLG München, Beschluss vom 1.9.2014, 34 Wx 358/14 Kost

Für die Umschreibung des Eigentums an drei Miteigentumsanteilen je verbunden mit dem Sondereigentum an vermieteten Wohn- und sonstigen Räumen sowie für die Katasterfortführung setzte das Grundbuchamt zum Zweck der Gebührenbemessung zunächst den im Kaufvertrag vom 17.6.2013 mit dem Beteiligten zu 1 als Erwerber bestimmten Kaufpreis von 550.000 € an (1.015 € zzgl. 304,50 €). Das Eigentum wurde auf Antrag vom 30.1.2014, Eingang 31.1.2014, am selben Tag auf den Erwerber umgeschrieben. Am 10.2.2014 verkaufte der Beteiligte zu 1 den Grundbesitz zum Kaufpreis von 817.000 € weiter, wovon 7.000 € auf bewegliche Gegenstände entfielen. Daraufhin führte der Kostenbeamte am 19.2.2014 eine Nacherhebung durch. Ausgehend von einem angenommenen Wert von 817.000 € belief sich die Differenz auf 624 €. Gegen die Nacherhebung richtete sich eine Erinnerung des Beteiligten zu 1, der geltend machte, der Verkehrswert bestimme sich nach den Gegebenheiten des Marktes und nicht nach etwaigen Kaufverträgen, es müssten Verhandlungsgeschick und Werbestrategie berücksichtigt werden, so dass nicht vom Verkaufserlös auf den Verkehrswert geschlossen werden könne.

Mit Beschluss vom 10.6.2014 hat das Grundbuchamt – Rechtspflegerin – nach Beteiligung des Bezirksrevisors (des Beteiligten zu 2) den Geschäftswert für die Eigentumsumschreibung am 31.1.2014 auf 817.000 € festgesetzt. Das AG hat als Verkehrswert den höheren Wert gemäß dem Weiterverkauf für maßgeblich erachtet. Wertsteigernde Maßnahmen am Objekt hätten in der kurzen Zeit zwischen Eigentumsumschreibung und Weiterverkauf erkennbar nicht stattgefunden; Verhandlungsgeschick und Werbestrategie rechtfertigten

keinen Abschlag, zumal keine Anhaltspunkte für einen übersteuerten Preis beim Weiterverkauf vorlägen.

Gegen den am 12.6.2014 zugestellten Beschluss richtet sich die am 23.7.2014 eingegangene und nicht weiter begründete Beschwerde, der das Grundbuchamt mit Vorlage an den Senat vom 25.8.2014 nicht abgeholfen hat.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Gebührenerhebung, die Wertfestsetzung und das Verfahren richten sich nach dem am 1.8.2013 in Kraft getretenen GNotKG, weil der Eintragungsantrag nach diesem Zeitpunkt gestellt wurde.

Die nach §§ 79, 83 Abs. 1 Satz 1, 3 und 5, § 81 Abs. 3 und 5 Satz 1 und 4 GNotKG, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG zulässige Beschwerde ist im Wesentlichen unbegründet. Zu entscheiden hat hierüber der Einzelrichter des Senats (§ 81 Abs. 6 Satz 1 GNotKG).

1. Der Wert der Eintragung als Eigentümer richtet sich im Zusammenhang mit dem Kauf nach § 47 GNotKG. Danach bestimmt in erster Linie der Kaufpreis den Wert der Sache (§ 47 Satz 1 GNotKG). Die Vorschrift dient der Vereinfachung (*Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG § 47 Rdnr. 2; *Hartmann*, Kostengesetze, 44. Aufl., § 47 GNotKG Rdnr. 2). Jedoch ist bei einem Kaufpreis, der niedriger ist als der Verkehrswert, der Verkehrswert maßgebend (§ 47 Satz 3 GNotKG). Im Kern übernommen wird die frühere Regelung in § 20 Abs. 1 KostO (*Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, a. a. O.; *Hartmann*, § 47 GNotKG Rdnr. 1). Um dem Vereinfachungszweck der Regelung Rechnung zu tragen, ist der Wert der Sache – also der Verkehrswert – nur dann festzustellen, wenn Anhaltspunkte vorhanden sind, dass der Kaufpreis nicht annähernd so hoch ist wie sich der aus § 47 Satz 1 GNotKG ergebende Wert (BayObLGZ 1974, 422/425; BayObLG, JurBüro 1989, 824/825). Im Wesentlichen können die unter Geltung der Kostenordnung entwickelten Grundsätze beibehalten werden (dazu BGH, JurBüro 2006, 209 mit Anm. *Schmidt*; BayObLGZ 1974, 422/424; BayObLG, JurBüro 1989, 824/825; auch Senat vom 4.7.2013, 34 Wx 266/13 Kost, bei juris; *Rohs/Wedewer*, KostO 108. Aktualisierung, Stand Juli 2011, § 20 Rdnr. 1).

Kommt es bis zur Grundbucheintragung zu Veränderungen im Grundstückswert, gilt im Ausgangspunkt ebenfalls § 47 Satz 1 GNotKG; zu berücksichtigen ist aber auch § 47 Satz 3 GNotKG, so dass mindestens der Verkehrswert im Zeitpunkt des Antrags auf Eigentumsumschreibung anzusetzen ist (§ 59 GNotKG; *Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, § 47 Rdnr. 13 i. V. m. Rdnr. 34).

Für die Wertbemessung nicht beachtlich – d. h. herauszurechnen – ist aber in jedem Fall der Wert mitverkauften Zubehörs (*Hartmann*, § 47 GNotKG Rdnr. 29; *Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, § 47 Rdnr. 13). Denn der gebührenausslösende Vorgang bezieht sich nur auf das Grundstück selbst.

Anhaltspunkte für einen abweichenden Verkehrswert lassen sich namentlich dem Umstand entnehmen, dass bei einem alsbaldigen Weiterverkauf der Immobilie ein Kaufpreis erzielt wird, der auf einen den ursprünglichen Kaufpreis deutlich übersteigenden Verkehrswert schließen lässt (siehe etwa OLG Düsseldorf, MittBayNot 1994, 360). Nach der Rechtsprechung des BayObLG kann es sogar genügen, dass sich der höhere Verkehrswert im Verkaufsangebot des Grundstückserwerbers niederschlägt (BayObLG, JurBüro 1996, 602), ein erfolgreicher Verkauf also gar nicht stattgefunden haben muss.

2. Nach diesen Grundsätzen ist es nicht zu beanstanden, dass der Wert des Grundstücks nicht nach dem Kaufpreis im Vertrag vom 17.6.2013, sondern nach dem Verkaufspreis gemäß dem etwa sieben Monate später geschlossenen Vertrag vom 10.2.2014 bestimmt wurde. Der letztgenannte Zeitpunkt liegt deutlich näher an dem hier für die Wertberechnung erheblichen Zeitpunkt der Antragstellung am 31.1.2014. Wertsteigernde Maßnahmen am Kaufobjekt vor der Weiterveräußerung sind nicht ersichtlich. Anhaltspunkte dafür, dass die Käuferin übervorteilt wurde, sind ebenso wenig erkennbar. Dagegen spricht deutlich auch die zeitgleiche Beleihung des Objekts mit einer Grundschuld i. H. v. 570.000 €, also ca. 70 % des Kaufpreises, durch eine örtliche Sparkasse. Dann aber sprechen die Umstände mit Deutlichkeit dafür, dass sich der Wert des Objekts in dem Preis widerspiegelt, der beim Weiterverkauf am 10.2.2014 erzielt wurde.

Mit der Maßgabe, dass der von den Vertragsparteien für Zubehör angesetzte Wert von 7.000 € in Abzug zu bringen ist, erweist sich demnach das Rechtsmittel als erfolglos.

3. Das Beschwerdeverfahren ist gebührenfrei; Kosten werden nicht erstattet (§ 83 Abs. 3 GNotKG).

## Öffentliches Recht

19. EGBGB Art. 96 (*Ausschluss der Ansprüche aus einem Übergabevertrag für den Träger der Sozialhilfe*)

**Eine Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) kommt nicht in Betracht. Es fehlt jedenfalls an der für eine gerichtliche Vertragsanpassung notwendigen Voraussetzung der unvorhergesehenen Änderung der Umstände, die Geschäftsgrundlage geworden sind. Bei der Vereinbarung eines lebenslangen Wohnungsrechtes muss jede Vertragspartei grundsätzlich damit rechnen, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit oder Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tod ausüben kann. Der Umzug in ein Pflegeheim ist daher in aller Regel kein Grund, den der Bestellung eines lebenslangen Wohnungsrechtes zugrundeliegenden Vertrag anzupassen.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 25.6.2014, 11 U 13/14

Der Kläger macht als Träger der Sozialhilfe aus übergeleitetem Recht gemäß § 93 SGB XII Ansprüche aus einem notariellen Vertrag vom 20.12.1979 geltend, in dem die Mutter des Beklagten zu 1, Frau T, diesem und seiner Ehefrau, der Beklagten zu 2, das Wohnhaus J 5, N übertragen hat. Im Gegenzug räumten die Beklagten Frau T ein Wohnrecht ein und verpflichteten sich zu Pflegeleistungen. Seit dem 1.11.2011 war die Mutter in einem Pflegeheim untergebracht. Nachdem ihr Vermögen aufgebraucht war, gewährte der Kläger ihr seit dem 1.1.2010 bis zu ihrem Tode am 19.5.2013 Sozialhilfe durch Übernahme der ungedeckten Heimpflegekosten. Nach Behauptung des Klägers wurde die Wohnung, auf die sich das Wohnrecht der Mutter erstreckte, von den Beklagten seit dem 1.7.2009 zu einem Mietzins i. H. v. 320 € monatlich vermietet und die Miete auf das Konto des Beklagten zu 1 überwiesen. Mit der Klage begehrt der Kläger bis zur Höhe der entstandenen Sozialhilfearbeitungen die Erstattung des Mietzinses für die Zeit ab dem 1.1.2010 i. H. v. 320 € als Geldersatzanspruch aus dem Wohnrecht sowie 5 € pro Stunde als ersparte Aufwendungen aus der Pflegeleistung. Insgesamt macht der Kläger einen Rückzahlungsanspruch i. H. v. 30.021,30 € für den Zeitraum vom 1.1.2010 bis zum 30.6.2012 und in Höhe weiterer 10.639,43 € für den Zeitraum vom 1.7.2012 bis zum 19.5.2013 jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.7.2012 bzw. 8.6.2013 geltend.

Die Beklagten wenden insbesondere ein, die monatliche Miete von 320 € habe nur aufgrund von erheblichen Eigeninvestitionen der Beklagten nach dem Auszug der Mutter erzielt werden können. Das Objekt habe zwischenzeitlich auch längere Zeit leer gestanden. Die Sanierungsarbeiten seien von den Mieteinnahmen bestritten worden. Der Mietvertrag betreffe im Übrigen nicht die Räumlichkeiten des ursprünglichen Wohnrechts, sondern einen Anbau, den die Mutter seit 1984 bewohnt habe.

Das LG, auf dessen Urteil zum erstinstanzlichen Sach- und Streitstand im Übrigen Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Klagebegehren in vollem Umfang weiter. Zur Begründung wiederholt und vertieft er sein erstinstanzliches Vorbringen. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Berufung. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung und die Berufungserwiderung verwiesen.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Zur Begründung wird auf den Beschluss des Senats vom 16.5.2014 verwiesen, in dem er ausgeführt hat:

„1. Die geltend gemachten Ansprüche lassen sich nicht auf Art. 96 EGBGB i. V. m. § 15 PrAGBGB stützen. Nach gefestigter Rechtsprechung wird eine Grundstücksübertragung noch nicht allein durch eine Wohnrechtsgewährung mit Pflege- und Versorgungsverpflichtung zu einem Altenteils- oder Leibgedingvertrag. Erforderlich ist, dass ein Beteiligter einem anderen nach Art einer vorweggenommenen Erbfolge seine wirtschaftliche Lebensgrundlage überträgt, um dafür in die persönliche Gebundenheit eines abhängigen Versorgungsverhältnisses einzutreten, während der Übernehmer eine wirtschaftlich selbstständige Stellung erlangt (BGH NJW 2003, 1126, 1127; NJW 2003, 1325, 1326; NJW 2007, 1884, 1885; NJW-RR 2007, 1390, 1391; MünchKommBGB/Habersack, 6. Aufl., EGBGB 96 Rdnr. 6 ff.; *Krüger*, ZNotP 2010, 2). Erforderlich ist insbesondere, dass dem Übernehmer ein Gut oder Grundstück überlassen wird, kraft dessen Nutzung er sich eine eigene Lebensgrundlage verschaffen und gleichzeitig den dem Altenteiler geschuldeten Unterhalt gewinnen kann (BGH, NJW 2003, 1126; NJW 2007, 1884, 1885). Nach dem notariellen Vertrag wurde den Beklagten der Grundbesitz gegen Gewährung eines Wohnrechts und der Übernahme einer Pflegeverpflichtung übertragen. Die genannten Besonderheiten eines Altenteilvertrages, an denen es bei derartigen Vertragsgestaltungen regelmäßig fehlt (*Krüger*, a. a. O.), lassen sich auch dem hier zu beurteilenden Vertrag nicht entnehmen. Sie werden auch vom Kläger – worauf das LG richtig verweist – selbst ansatzweise nicht vorgetragen. Das gilt auch für die Berufungsbegründung.

2. Ein übergeleiteter Anspruch auf Erstattung der Mieterlöse steht dem Kläger auch nicht aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten zu.

a) Eine Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) kommt nicht in Betracht. Es fehlt jedenfalls an der für eine gerichtliche Vertragsanpassung notwendigen Voraussetzung der unvorhergesehenen Änderung der Umstände, die Geschäftsgrundlage geworden sind. Bei der Vereinbarung eines lebenslangen Wohnungsrechtes muss jede Vertragspartei grundsätzlich damit rechnen, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit oder Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tode ausüben kann. Der Umzug in ein Pflegeheim ist daher in aller Regel kein Grund, den der Bestellung eines lebenslangen Wohnungsrechtes zugrundeliegenden Vertrag anzupassen (BGH, NJW 2009, 1348; NJW 2012, 3572 Tz. 7).

b) Die Klage ist auch nicht auf der Grundlage einer – gegenüber der Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorrangigen – ergänzenden Vertragsauslegung begründet. Zwar ist eine ergänzende Vertragsauslegung in Bezug auf die Herausgabe der vom Eigentümer nach dem Umzug des Berechtigten in ein Pflegeheim erzielten Mieterträge in Betracht zu ziehen (BGH, NJW 2009, 1348). Das LG hat sie vorliegend aber zutreffend verneint. Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt zum einen eine planwidrige Regelungslücke voraus. Zudem muss die Lücke mit einem eindeutigen Ergebnis geschlossen werden können. Bei der Ergänzung der Regelungslücke ist darauf abzustellen, was redliche und verständige Parteien in Kenntnis der Regelungslücke nach dem Vertragszweck und bei sachgemäßer Abwägung wider ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten (BGH, NJW 2009, 1348, 1349). Dabei mag zu berücksichtigen sein, dass das Wohnungsrecht einen Teil der Altersvorsorge darstellt und dass ein Grund, weshalb der Umzug in ein Pflegeheim zu einer wirtschaftlichen Besserstellung der Eigentümer führen soll, nicht erkennbar ist. Andererseits besteht keine Verpflichtung des Eigentümers, die Wohnung zu vermieten (BGH, a. a. O.; Senat, ZEV 2011, 670, 671). Das LG hat eine ergänzende Auslegung des Vertrages dahin, dass die Beklagten verpflichtet seien, den erzielten Mieterlös an die Berechtigten auszukehren, mit der Begründung ausgeschlossen, es bestünden keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, ob die Vertragsparteien dann, wenn sie das Problem gesehen hätten, eine entsprechende Vereinbarung getroffen oder aber im Gegenteil verabredet hätten, dass die Eigentümer das Objekt vermieten und die Miete behalten dürften. Dem ist zu folgen. Eine Vereinbarung, nach der den Beklagten die Mieterträge verbleiben sollen, wäre ebenso wie eine Löschung des Wohnungsrechts unbedenklich in Betracht gekommen und rechtlich zulässig gewesen (BGH, NJW 2009, 1346). Es liegt nahe, dass die Mutter den Beklagten sämtliche Vorteile aus der Vermietung hätte zukommen lassen, um diese nicht mit Forderungen des Pflegegeldträgers zu belasten. Dafür spricht insbesondere, dass mit einer Vermietung immer auch – zum Teil sogar erhebliche – Aufwendungen verbunden sind und eine Vermietung zu massiven Unannehmlichkeiten führen kann (OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1104, 1105). Dies zeigt sich im vorliegenden Fall in besonderem Maße: Die Beklagten machen gerade geltend, dass sie die Vermietbarkeit der Wohnung nur durch hohe Aufwendungen haben erreichen können. Außerdem sei die Wohnung zwischenzeitlich gar nicht vermietet gewesen. Bei sachgemäßer Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben sprechen die ganz überwiegenden Gesichtspunkte dafür, dass die Mutter den Beklagten diese Schwierigkeiten und die – im Falle eines Rechtsstreits überdies kostenträchtigen – Auseinandersetzungen mit dem Sozialhilfeträger hätte ersparen wollen und ihnen die erzielten Mieterträge überlassen hätte. Das Gegenteil hat die darlegungs- und beweispflichtige Klägerin nicht dargetan.

c) Der Anspruch kann auch nicht auf § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gestützt werden. Da das Wohnungsrecht auf ein höchst persönliches Nutzungsrecht beschränkt war und der Berechtigten kein Recht auf Vermietung zustand, haben die Beklagten durch die Vermietung nicht in die Rechtsposition der Berechtigten eingegriffen und sich auf deren Kosten bereichert (BGH, NJW 2012, 3572; OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1104, 1105).

3. Einen Anspruch auf Erstattung der Pflegekosten hat das LG ebenfalls mit zutreffender Begründung verneint. Der Kläger macht insoweit eine Kapitalisierung der Pflegeverpflichtung als Ausgleich dafür geltend, dass die Beklagten ein

Mehr an Freizeit durch die dauerhafte Heimunterbringung der Anspruchsinhaberin gewonnen hätten und berechnet dies mit einem pauschalen Pflegesatz von 5 € pro Stunde. Wenn die Beteiligten beim Abschluss eines Übergabevertrages davon ausgegangen sind, der Übergeber könne im Alter zu Hause gepflegt werden, und deshalb keine Regelung für den Fall seines Umzuges in ein Senioren- oder Pflegeheim getroffen haben, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, nach der der Verpflichtete die ersparten Aufwendungen zu erstatten hat (BGH, NJW 2010, 2649; Krüger, ZNotP 2010, 2, jeweils m. w. N.). Der Umfang der ersparten Aufwendungen richtet sich nach dem Inhalt der ursprünglichen Verpflichtung zu Wart und Pflege. An die Stelle nicht mehr zu erbringender Sachleistungen treten Zahlungsverpflichtungen, die den Wert der ersparten Aufwendungen für diese Leistungen abschöpfen. Hinsichtlich vereinbarter Pflege und sonstiger Dienstleistungen ist zu differenzieren: Sind die Vertragsparteien bei Abschluss des Übergabevertrages übereinstimmend davon ausgegangen, dass der Übernehmer hierfür eine Hilfskraft engagiert und bezahlt, zählt das Entgelt für die Hilfskraft zu den infolge des Heimaufenthalts ersparten Aufwendungen. Dagegen tritt an die Stelle von Pflege- und Dienstleistungen, die nach der Vorstellung der Vertragsparteien von dem Übernehmer oder dessen Familienangehörigen persönlich erbracht werden sollten, kein Zahlungsanspruch des Übergebers. Anderenfalls führt die ergänzende Vertragsauslegung zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstandes, da der Übernehmer sich zur Pflege und Betreuung meist in der Annahme verpflichtet, die geschuldeten Dienste selbst oder durch Familienangehörige, also ohne finanziellen Aufwand, erbringen zu können. Es entspricht deshalb in aller Regel nicht dem – für die ergänzende Vertragsauslegung maßgeblichen – hypothetischen Parteiwillen, dass Geldzahlungen an die Stelle der versprochenen Dienste treten, wenn diese aus Gründen, die der Übernehmer nicht zu vertreten hat, nicht mehr erbracht werden können. Müsste der Übernehmer den aufgrund des Heimaufenthaltes des Übergebers entstandenen (Frei-)Zeitgewinn in Geld ausgleichen, wäre jedoch genau dieses die Folge (zum Vorstehenden BGH, NJW 2010, 2649). Die geforderte Pflegepauschale steht dem Kläger damit nicht zu. Dass die Beklagten Sachaufwendungen erspart hätten, macht der Kläger nicht geltend. Für die Feststellung und Berechnung einer solchen Ersparnis mangelt es im Übrigen an konkreten Anknüpfungstatsachen.“

Die Stellungnahme des Klägers vom 17.6.2014 enthält keine erheblichen, noch nicht berücksichtigten Gesichtspunkte und veranlasst keine abweichende Beurteilung. Zur nochmaligen Klarstellung sei lediglich auf Folgendes hingewiesen: Für die Voraussetzungen eines Altenteilsvertrages ist der Kläger darlegungs- und beweispflichtig. Es ist daher nicht – wie der Kläger meint – Sache der Beklagten, Nachweise zu erbringen, dass das übertragene Grundstück für sie nicht eine Existenzgrundlage darstellen könnte. Die Besonderheiten eines Altenteilsvertrages hat der Kläger in den von ihm angeführten Schriftsätzen aber selbst ansatzweise nicht dargetan. Die vom Kläger vertretene These, der Umzug in ein Pflegeheim dürfe nicht zu einer wirtschaftlichen Besserstellung führen, entspricht keineswegs der Rechtsprechung des BGH. Im Urteil vom 9.1.2009, V ZR 168/07, NJW 2009, 1348 Rdnr. 17 hat er auf den dortigen Fall bezogen lediglich ausgeführt, im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung werde zu berücksichtigen sein, „dass ein Grund, weshalb ihr Umzug (nämlich der der Mutter) in ein Pflegeheim zu einer wirtschaftlichen Besserstellung der Beklagten führen sollte, nicht erkennbar ist.“ Dass die Auslegung zu dem abweichenden Ergebnis führen könne, dass die Pflegepflichtigen die Miet-

einkünfte behalten dürfen, hat er gerade nicht ausgeschlossen. Eine derartige Vereinbarung ist rechtlich wirksam und stellt weder einen Vertrag zulasten noch eine sittenwidrige Benachteiligung des Sozialhilfeträgers dar. Das hat der BGH im Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08, NJW 2009, 1346; (dazu *Krüger*, ZNotP 2010, 2, 5 f.) ausführlich begründet. Wie der Senat in Übereinstimmung mit dem LG ausgeführt hat liegt es nahe, dass die Vertragsparteien bei Kenntnis der für den Fall des Umzuges der Mutter in ein Pflegeheim entstehenden Vertragslücke eine Vereinbarung getroffen hätten, nach der die Beklagten den Mietzins behalten dürfen. Der nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweispflichtige Kläger führt keine zwingenden Gesichtspunkte an, die zu einer ihm günstigen abweichenden Auslegung führen müssten.

(...)

### Anmerkung:

Das OLG Köln fasst den aktuellen „Frontverlauf“ der BGH-Rechtsprechung zum Schicksal ortsgebundener Duldungs- (Wohnungsrecht) bzw. Leistungs- (Pflege) Pflichten, einerseits, bzw. der an ihre Stelle tretenden Geldersatzleistungen, andererseits, zusammen, und zwar jeweils für den Fall, dass weder zum Schicksal der Leistung selbst noch der an deren Stelle möglicherweise tretenden Ersatzleistung vertragliche Regelungen getroffen worden sind.

Im Einzelnen:

## I. Primäransprüche

### 1. Gesetz

Das beschränkt dingliche Recht „Wohnungsrecht“ erlischt nicht, wenn der Berechtigte dauerhaft subjektiv an seiner Ausübung gehindert ist: Sofern der Berechtigte (bzw. sein gesetzlicher Vertreter) aus freien Stücken – allgemein oder für den Einzelfall – zustimmt, könnte es auch durch Überlassung an Dritte (also wirtschaftlich in Form der Vermietung) ausgeübt werden. Die Löschung des Wohnungsrechts im Grundbuch ist also nicht Grundbuchberichtigung, sondern Aufgabenerklärung, die jedoch auch durch einen Betreuer ohne Verstoß gegen das Schenkungsverbot erfolgen kann, wenn das weitere Innehaben des dinglichen Rechts zu finanziellen Verpflichtungen führen würde.<sup>1</sup>

### 2. Vertrag

Kautelarjuristisch ist es jedoch möglich, das Wohnungsrecht als dingliches Recht auflösend bedingt zu bestellen und die auflösende Bedingung so definieren, dass die Grundbuchberichtigung unter Einhaltung der Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO erfolgen kann. So ist es beispielsweise denkbar, die Existenz einer diesbezüglichen notariellen Eigenurkunde (also nicht den darin behaupteten Inhalt!) zur auflösenden Bedingung zu erheben und den Notar entsprechend zu ermächtigen, diese Eigenurkunde zu fertigen, wenn beispielsweise ein Arzt schriftlich bestätigt hat, dass mit einer Rückkehr in die vom Wohnungsrecht erfassten Räume aus medizinischer Sicht nicht zu rechnen ist.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BGH, Entscheidung vom 25.1.2012, XII ZB 479/11, NotBZ 2012, 270 m. Anm. *Müller; Zimmer*, NJW 2012, 1919 ff.

<sup>2</sup> Formulierungsvorschläge bei *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 1067 f.

## II. Sekundäransprüche

### 1. Gesetz

An die Stelle der nicht mehr unmittelbar ausübbareren Duldungs- bzw. Leistungsansprüche (Wohnungsrecht bzw. Verpflichtung zu häuslicher Pflege) können Geldersatzansprüche treten, die der zur Deckung der Kosten des stationären Heimaufenthalts in Vorleistung tretende Sozialleistungsträger gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII auf sich überleitet. In Betracht kommen drei Rechtsgrundlagen:

- a) **Landesrechtliche Bestimmungen zum Altenteils-/Leibgedingsrecht**, z. B. gemäß § 96 EGBGB, Art. 18 BayAGBGB: Im Urteilssachverhalt lagen die Voraussetzungen eines Leibgedings (Übertragung einer die Existenz sichernden Wirtschaftseinheit gegen eine Mehrheit nicht kaufmännisch abgewogener, der Versorgung dienender, ortsbezogener Dienstleistungs- und Duldungspflichten) nicht vor.
- b) **Anpassungsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB**: Dieser früher von den Oberlandesgerichten häufig bemühte (an sich der ergänzenden Vertragsauslegung, siehe nachstehend 3., nachrangige) Topos, ist seit der grundlegenden BGH-Entscheidung vom 9.1.2009<sup>3</sup> obsolet: Der altersbedingte Umzug in ein Pflegeheim ist in der heutigen sozialen Wirklichkeit kein „unvorhergesehener Umstand“ mehr, sondern im Bewusstsein aller Beteiligten präsent. Die Entscheidung zugunsten eines Wohnrechts anstelle eines Nießbrauchs trägt diesem Umstand von vornherein Rechnung. Seit 2009 ist daher kein Fall mehr veröffentlicht worden, der zu einer Geldersatzleistung, gestützt auf § 313 BGB, geführt hätte.
- c) **Ergänzende Vertragsauslegung, § 157 BGB**: Dieser Argumentationstopos hat sich insbesondere in der Vergangenheit als besonders tückisch erwiesen; die Rechtsprechung hat jedoch insoweit einen „Rückzug auf Raten“ vollzogen:
  - aa) Am Anfang standen die zu allerlei Fehlinterpretationen einladenden Urteile des BGH vom 21.9.2001<sup>4</sup> und vom 23.1.2003<sup>5</sup> („Vertrag zu Lasten Dritter“): Im zweiten Urteilssachverhalt hatten sich durch notariellen Altenteilsvertrag des Jahres 1972 der erwerbende Sohn und dessen (nunmehr beklagte, verwitwete) Ehefrau „zur Erbringung sämtlicher häuslicher Arbeiten und zur Betreuung und Pflege in gesunden und kranken Tagen, solange kein Krankenhausaufenthalt notwendig wird“, verpflichtet. Da der medizinisch indizierte Aufenthalt in einem Pflegeheim nicht erwähnt sei, handele es sich um eine Vertragslücke, die entgegen der (m. E. richtigen) Auffassung des Berufungsgerichts nicht durch eine Gleichstellung mit dem Krankenhausaufenthalt (mit der Folge des vollständigen Erlöschens aller, auch sekundärer, Verpflichtungen) zu schließen sei, sondern, angesichts des in der Vertragsklausel zum Ausdruck kommenden umfassenden Versorgungswillens, durch die Annahme einer finanziellen Beteiligung an den stationären Heimkosten in Höhe der ersparten Aufwendungen, die sich im Urteilsfall auf insgesamt immerhin 982 € pro

<sup>3</sup> BGH, Entscheidung vom 9.1.2009, V ZR 168/07, ZNotP 2009, 147, NotBZ 2009, 222 m. Anm. *Krauß*.

<sup>4</sup> BGH, Entscheidung vom 21.9.2001, V ZR 14/01, MittBayNot 2002, 179 m. Anm. *Mayer*, S. 153; DNotZ 2002, 702 m. Anm. *Krauß*.

<sup>5</sup> BGH, Entscheidung vom 23.1.2003, V ZB 48/02, ZEV 2003, 211 m. Anm. *J. Mayer*, MittBayNot 2004, 181.

Monat addierten! Jedes andere Auslegungsergebnis komme einem verbotenen Vertrag zu Lasten Dritter gleich. Letztere Bemerkung nährte den (im Ergebnis unzutreffenden, siehe nachstehend 2.) Verdacht, auch eine ausdrückliche Vereinbarung, dass bei auswärtiger Unterbringung keine Geldersatzleistungen geschuldet seien, stelle dann einen verbotenen Vertrag zu Lasten des Sozialleistungsträgers dar.

- bb) Eine Akzentverschiebung trat ein mit der Entscheidung des BGH vom 9.1.2009:<sup>6</sup> Ein „klassisches Wohnungsrecht“, das auf Lebenszeit des Veräußerers ohne weitere Regelung bestellt wird, ist angesichts seiner höchstpersönlichen Natur und der familiären Verbundenheit zwischen Veräußerer und Erwerber, ungeachtet des Umstands, dass das Wohnungsrecht der Alterssicherung des Berechtigten dient, nicht durch ergänzende Vertragsauslegung dahin gehend zu ergänzen, dass bei Heimunterbringung eine Verpflichtung des Berechtigten zur Vermietung der Wohnung und Herausgabe des erzielten Erlöses bestehe.
- cc) Diesen Ansatz hat der BGH ein Jahr später<sup>7</sup> auch auf das Schicksal ortsgebundener Leistungs- (nicht Duldungs-) Pflichten übertragen: Ein Ausgleich für ersparten tatsächlichen Dienstleistungsaufwand (in Bezug auf Pflege und hauswirtschaftliche Verrichtungen), also eine Abgeltung gewonnener Freizeit, sei als Ergebnis ergänzender Auslegung zur Schließung der Vertragslücke nur dann geschuldet, wenn die Beteiligten beim Abschluss des Übergabevertrags übereinstimmend davon ausgegangen waren, der Erwerber werde diese Leistungen nicht selbst erbringen, sondern hierfür eine Hilfskraft engagieren und bezahlen. Andernfalls bleibe es lediglich bei der Erstattung ersparter Sachaufwendungen der Pflege (Fahrtkosten, Verbandsmittel etc.).

Diese Grundsätze wendet das OLG Köln konsequent an: Dem bisher mit Wohnungsrecht und ortsgebundener Pflegeverpflichtung belastete Eigentümer stehe es frei, die Räume leer stehen zu lassen, sofern er sie vermiete, gebühre die Miete ihm; und auch hinsichtlich der Pflegeverpflichtung ist nicht die gewonnene Freizeit, sondern allenfalls ersparter Sachaufwand in Geld auszugleichen.

## 2. Vertrag

Wer sich nicht auf die ungewissen, wenngleich durch dichter werdende Rechtsprechung zunehmend gefestigten, Ergebnisse richterlicher Auslegung verlassen will, wird es vorziehen – zugleich zur Vermeidung landesrechtlicher Anspruchsgrundlagen, die ausdrücklich gegenüber vertraglicher Abänderung dispositiv sind, vgl. Art. 7 BayAGBGB –, im Übergabevertrag klarzustellen, dass im Fall eines dauernden Wegzugs des Berechtigten keine Geldersatzleistung zu erbringen sei. Solche „Leistungsbegrenzungsklauseln“ hat der BGH in seiner Entscheidung vom 6.2.2009<sup>8</sup> gebilligt, sie verstößen insbesondere nicht gegen die guten Sitten. Es erscheint allerdings ratsam, zur Vermeidung einer Schlechterbehandlung des Sozialleistungsträgers (Pflegefallrisiko) nicht abzustellen auf den „Umzug in ein Pflegeheim“, sondern

objektiv anzuknüpfen an das dauernde Verlassen des übergebenen Anwesens, gleich aus welchem Grund (also auch für den Fall, dass der Übergeber dauerhaft zur neuen Lebensgefährtin zieht oder in der letzten Lebensphase als Mallorca-Rentner südliche Sonne genießen möchte). Mitunter wird gewünscht, ein Restelement an disziplinierender Wirkung dadurch aufrechtzuerhalten, dass Geldersatzansprüche für den „verschuldeten“ Wegzug, so schwierig dieser auch zu beweisen sein mag, aufrechterhalten bleiben, so dass folgendermaßen formuliert werden könnte:

„Diese Leistungspflichten ruhen, solange der Veräußerer, gleich aus welchem Grund, nicht mehr im übergebenen Anwesen wohnt. Geldersatz steht ihm nur zu, wenn der Erwerber den Wegzug gemäß Art. 20, 21 BayAGBGB veranlasst hat, anderenfalls werden Ersatzansprüche aus jedem Rechtsgrund ausgeschlossen.“

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

## Steuerrecht

20. GrEStG a. F. § 1 Abs. 2a Satz 3, § 3 Nr. 2, § 3 Nr. 6, § 5 Abs. 2, § 5 Abs. 3, § 6 Abs. 3; AO § 119 Abs. 1, § 125 Abs. 1, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (*Erhebung von Grunderwerbsteuer bei Änderung des Gesellschafterbestands einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft nach vorausgegangenem Grundstückserwerb vom Gesellschafter*)

**Die Anrechnung der Bemessungsgrundlage nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG für einen Grundstückserwerb der Personengesellschaft von ihrem Gesellschafter auf die Bemessungsgrundlage für einen späteren steuerbaren Wechsel im Gesellschafterbestand dieser Personengesellschaft hat unabhängig davon zu erfolgen, ob die Steuer für den Grundstückserwerb der Gesellschaft von ihrem Gesellschafter festgesetzt und erhoben wurde.**

BFH, Urteil vom 17.12.2014, II R 2/13

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine grundstücksbesitzende GmbH & Co. KG, deren Grundstücke zuvor zum Betriebsvermögen der Einzelfirma von C gehörten. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 27.12.2000 (UR 88) hatte C zunächst sein Einzelunternehmen einschließlich des Grundvermögens im Wege der Schenkung auf die H-OHG übertragen, an der seine drei Söhne D, E und F beteiligt waren (Übertragungsvorgang 1). Die H-OHG wurde sodann formwechselnd in die Klägerin umgewandelt. Deren Komplementärin ohne eigenen Kapitalanteil ist die CH-GmbH. Kommanditisten waren zunächst D, E und F.

Durch weiteren notariell beurkundeten Vertrag vom 27.12.2000 (UR 99) übertrugen D, E und F ihre Kommanditanteile an der Klägerin auf die ebenfalls am 27.12.2000 errichtete CG-KG, an deren Vermögen wiederum zu gleichen Teilen D, E und F beteiligt waren (Übertragungsvorgang 2). Komplementärin der CG-KG ohne eigenen Kapitalanteil ist die Grundstücksverwaltungs GmbH. Durch weiteren notariell beurkundeten Vertrag vom 27.12.2000 (UR 02) traten D, E und F ihre Kommanditbeteiligungen an der CG-KG an die CH-GmbH ab (Übertragungsvorgang 3).

Das seinerzeit zuständige FA H setzte gegen die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der H-OHG zunächst bezüglich des Übertragungsvorgangs 1 auf der Grundlage des für die übertragenen Grundstücke gesondert festgestellten Grundbesitzwerts von 1.512.912 € durch Bescheid vom 17.5.2004 (GrESt-Nummer ... 5) Grunderwerbsteuer i. H. v. 52.951 € fest. Zur Begründung führte es aus, dass die Vergünstigung nach § 5 Abs. 2 des Grunderwerbsteuergesetzes in der hier maßgeblichen Fassung (GrEStG) aufgrund § 5 Abs. 3 GrEStG zu versagen sei, weil sich die Anteile von D, E und F am Vermögen der Klägerin durch die nachfolgende Anteilsübertragung auf die CG-KG

<sup>6</sup> BGH, Entscheidung vom 9.1.2009, V ZR 168/07, DNotZ 2009, 431 m. Anm. Herrler, S. 408 ff.; Volmer, MittBayNot 2009, 276 ff; NotBZ 2009, 222 m. Anm. Krauß.

<sup>7</sup> BGH, Entscheidung vom 29.1.2010, V ZR 132/09, NotBZ 2010, 182 m. Anm. Krauß.

<sup>8</sup> BGH, Entscheidung vom 6.2.2009, V ZR 130/08, ZErB 2009, 150, NotBZ 2009, 221, m. Anm. Krauß.

(Übertragungsvorgang 2) vermindert hätten. Aufgrund des Übertragungsvorgangs 2 sah das FA H die Voraussetzungen einer Änderung des Gesellschafterbestands der Klägerin im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG als erfüllt an und setzte für diesen Erwerbsvorgang durch weiteren Bescheid vom 17.5.2004 (GrESt-Nummer ... 8) die Grunderwerbsteuer in Anwendung des § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG auf 0 € fest.

Aufgrund der hiergegen eingelegten Einsprüche hob der Beklagte und Revisionsbeklagte – das zwischenzeitlich zuständig gewordene FA R – durch Bescheid vom 6.11.2006 den Grunderwerbsteuerbescheid vom 17.5.2004 für den Übertragungsvorgang 1 ersatzlos auf, da die Übertragung des Grundvermögens auf die frühere H-OHG nach § 3 Nr. 2 GrEStG steuerbefreit sei. Den Einspruch gegen den Übertragungsvorgang 2 betreffenden Grunderwerbsteuerbescheid verwarf das FA mit Einspruchsentscheidung vom 14.11.2006 mangels Beschwer als unzulässig.

Durch einen nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der Abgabenordnung (AO) geänderten Bescheid vom 5.12.2006 – unter Angabe der GrESt-Nummer ... (vorher ...8) – setzte das FA gegen die Klägerin wiederum Grunderwerbsteuer i. H. v. 52.951 € fest. Als besteuertes Sachverhalt ist unter Bezugnahme auf die notarielle Urkunde des Notars „URNr./ Aktenzeichen 88“ der „Überlassungsvertrag vom 27.12.2000“ bezeichnet. Zur Erläuterung ist ausgeführt, dass die Besteuerung wegen der Übertragung aller Kommanditbeteiligungen auf die CG-KG gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG erfolge. Die Nichterhebung der Steuer gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG komme nicht in Betracht, da mit der Übertragung der Kommanditanteile an der CG-KG auf die CH-GmbH (Übertragungsvorgang 3) gemäß Vertrag vom 27.12.2000, UR 02, die Haltefrist des § 6 Abs. 3 GrEStG nicht eingehalten worden sei. Insoweit werde auch auf den Bericht der Betriebsprüfung vom 20.3.2006 verwiesen. Die Grundlage für die Anrechnung der Bemessungsgrundlage im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG sei entfallen, da der Grunderwerbsteuerbescheid vom 17.5.2004 durch Bescheid vom 6.11.2006 aufgehoben worden sei.

Der hiergegen eingelegte Einspruch blieb ohne Erfolg. Im Verlauf des Klageverfahrens erklärte das FA die Steuerfestsetzung durch Änderungsbescheid vom 28.7.2011 gemäß § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO für vorläufig hinsichtlich der Frage, ob die Heranziehung der Grundbesitzwerte im Sinne des § 138 des Bewertungsgesetzes als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer verfassungsgemäß ist.

Das FG wies die auf Aufhebung der Steuerfestsetzung gerichtete Klage mit der Begründung ab, der Grunderwerbsteuerbescheid vom 5.12.2006 sei inhaltlich hinreichend bestimmt. Die Klägerin habe aufgrund der im Bescheid angegebenen GrESt-Nummern und der beigelegten Erläuterungen ohne Weiteres erkennen können, welcher Bescheid geändert werde und welcher Sachverhalt von der Änderung betroffen sei. Die Änderung des Grunderwerbsteuerbescheids für den Übertragungsvorgang 2 sei auch zu Recht erfolgt. Die Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheids für den Übertragungsvorgang 1 durch Bescheid vom 6.11.2006 sei in Bezug auf die Anrechnung der Bemessungsgrundlage nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG für den Übertragungsvorgang 2 ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2013, 491 veröffentlicht.

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin die fehlende Inhaltsbestimmtheit des angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheids und Verletzung des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung vom 15.5.2007 sowie die Grunderwerbsteuerbescheide vom 5.12.2006 und vom 28.7.2011 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, der Einspruchsentscheidung und der angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheide (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zwar zutreffend die hinreichende Inhalts-

bestimmtheit des Änderungsbescheids vom 5.12.2006 bejaht. Die Änderungsvoraussetzungen des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO für diesen Bescheid waren aber nicht erfüllt.

(...)

2. Entgegen der Auffassung des FG sind die Voraussetzungen für eine Änderung des bestandskräftigen Grunderwerbsteuerbescheids vom 17.5.2004 nicht erfüllt. Die Grunderwerbsteuer für den Übertragungsvorgang 2 ist trotz der Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheids vom 17.5.2004 für den Übertragungsvorgang 1 materiellrechtlich zutreffend auf 0 € festzusetzen. Damit fehlt es an der für die Änderung nach §§ 172 ff. AO erforderlichen Rechtswidrigkeit eines bestandskräftigen Steuerbescheids (vgl. z. B. BFH-Urteil vom 30.8.2001, IV R 30/99, BFHE 196, 507, BStBl II 2002, S. 49; *Tipke/Kruse/Loose*, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, vor § 172 AO Rdnr. 28).

a) Durch die am 27.12.2000 erfolgte Übertragung der Anteile von D, E und F an der Klägerin auf die CG-KG (Übertragungsvorgang 2) wurde der Tatbestand des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG verwirklicht. Die zuvor nicht am Vermögen der Klägerin beteiligte CG-KG erlangte dadurch eine Beteiligung von 100 % am Vermögen der Klägerin. Der Anwendung des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG steht nicht entgegen, dass D, E und F nach der Übertragung ihrer Anteile an der Klägerin auf die CG-KG zunächst als Gesellschafter dieser KG weiterhin mittelbar an der Klägerin beteiligt blieben und sich die Übertragung der Anteile auf die CG-KG im Ergebnis als bloße Verlängerung der Beteiligungskette darstellt (BFH, Urteile vom 29.2.2012 II R 57/09, BFHE 237, 244, BStBl II 2012, S. 917, und vom 25.9.2013 II R 17/12, BFHE 243, 404, BStBl II 2014, S. 268).

b) Dieser Erwerbsvorgang ist infolge des Übertragungsvorgangs 3 (Abtretung der Kommanditbeteiligungen an der CG-KG an die CH-GmbH) nicht mehr gemäß § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG begünstigt.

aa) Nach § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG wird beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand die Steuer nicht erhoben, soweit Anteile der Gesellschafter am Vermögen der erwerbenden Gesamthand den jeweiligen Anteilen dieser Gesellschafter am Vermögen der übertragenden Gesamthand entsprechen. Bei doppelstöckigen Gesamthandsgemeinschaften, bei denen eine Gesamthand unmittelbar an einer anderen beteiligt ist, ist dabei nicht die Gesamthand als solche als Zurechnungssubjekt anzusehen, sondern ein Rückgriff auf die am Vermögen der Gesamthand Beteiligten geboten (BFH, Urteile in BFHE 237, 244, BStBl II 2012, S. 917, und vom 3.6.2014, II R 1/13, BFHE 245, 386, BStBl II 2014, S. 855).

bb) Für den Übertragungsvorgang 2 sind die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG nicht erfüllt. Zwar waren D, E und F zunächst am Vermögen der CG-KG im selben Verhältnis wie am Vermögen der Klägerin beteiligt. D, E und F haben aber ihre Anteile an der CG-KG noch am 27.12.2000 an die CH-GmbH abgetreten und damit ihre von § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 GrEStG vorausgesetzte gesamthänderische Beteiligung am Vermögen der Klägerin verloren.

Nach der auf im Jahr 2000 verwirklichte Erwerbsvorgänge anzuwendenden ständigen Rechtsprechung des BFH war die Begünstigung des § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG zu versagen, wenn und soweit die Gesamthänder entsprechend einem vorgefassten Plan in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung von einer Gesamthand auf die andere Gesamthand ihre gesamthänderische



sche Beteiligung völlig oder teilweise (durch Verminderung der Beteiligung) aufgaben oder sich ihre Beteiligung durch Hinzutritt weiterer Gesamthänder verringerte (BFH, Urteile vom 24.4.1996, II R 52/93, BFHE 180, 472, BStBl II 1996, S. 458; vom 10.5.1999, II R 55/97, BFH/NV 1999, 1376, und vom 18.12.2002, II R 13/01, BFHE 200, 426, BStBl II 2003, S. 358). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, weil D, E und F ihre Kommanditbeteiligungen an der am 27.12.2000 errichteten CG-KG entsprechend einer ersichtlich zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Absprache noch am selben Tag an die CH-GmbH abgetreten haben.

Dabei ist es unerheblich, ob D, E und F im Umfang der von ihnen auf die CH-GmbH übertragenen Anteile der CG-KG wirtschaftlich weiterhin am Gesamthandsvermögen der CG-KG und der Klägerin beteiligt blieben. Eine solche wirtschaftliche Beteiligung genügt den Anforderungen des § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG nicht, weil der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nicht dinglich an einem zum Vermögen der Personengesellschaft gehörenden Grundstück mitberechtigt ist (BFH, Urteile in BFHE 200, 426, BStBl II 2003, S. 358, und in BFHE 245, 386, BStBl II 2014, S. 855 m. w. N.). Die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ist auch keine Fortführung einer bisher bestehenden gesamthänderischen Mitberechtigung am Grundstück (BFH, Urteil in BFHE 243, 404, BStBl II 2014, S. 268 m. w. N.).

c) Bei der Festsetzung der Grunderwerbsteuer für die Übertragung der Kommanditbeteiligungen von D, E und F an der Klägerin auf die CG-KG (Übertragungsvorgang 2) war nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG die Bemessungsgrundlage für den vorausgegangenen Erwerb der Grundstücke durch die Klägerin (Übertragungsvorgang 1) anzurechnen.

aa) Hat die Personengesellschaft vor dem Wechsel des Gesellschafterbestandes ein Grundstück von einem Gesellschafter erworben, ist nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG auf die nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG ermittelte Bemessungsgrundlage die Bemessungsgrundlage anzurechnen, von der nach § 5 Abs. 3 GrEStG die Steuer nachzuerheben ist. Die Vorschrift soll eine Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer ausschließen (vgl. BT-Drucks. 14/443, S. 42). Eine solche entstände, wenn einerseits für den Grundstückserwerb der Personengesellschaft von einem Gesellschafter gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG die Vergünstigung aus § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GrEStG versagt oder rückgängig gemacht wird und andererseits der durch den nachfolgenden Gesellschafterwechsel fingierte Erwerb desselben Grundstücks durch die fiktiv neue Personengesellschaft nach § 1 Abs. 2a GrEStG ebenfalls der Besteuerung unterworfen und für diesen Grundstückserwerb der fiktiv neuen Personengesellschaft die Begünstigung nach § 6 Abs. 3 GrEStG versagt würde (*Pahlke*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 5. Aufl., § 1 Rdnr. 312; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 10. Aufl., § 1 Rdnr. 124).

bb) Die Anrechnung der Bemessungsgrundlage nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG setzt daher voraus, dass die Personengesellschaft ein Grundstück von einem Gesellschafter erworben hat, im Anschluss daran in Bezug auf dieses Grundstück durch die Änderung des Gesellschafterbestands der Tatbestand des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG erfüllt wurde und dass aufgrund der Regelung des § 5 Abs. 3 GrEStG die Voraussetzungen für eine Nichterhebung der Steuer nach § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 GrEStG in Bezug auf den Grundstückserwerb der Personengesellschaft von ihrem Gesellschafter nicht vorliegen oder rückwirkend entfallen sind. Dabei muss eine innere Verknüpfung der nachträglichen Versagung der Steuerbegünstigung mit dem Wechsel im Gesellschafterbestand bestehen (*Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 124).

cc) Im Streitfall sind diese Voraussetzungen für eine Anrechnung der Bemessungsgrundlage für den vorausgegangenen Grundstückserwerb der Klägerin (Übertragungsvorgang 1) auf die Bemessungsgrundlage für die nachfolgende Änderung des Gesellschafterbestands der Klägerin im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG (dazu II. 2. a und b) erfüllt.

(1) Die Klägerin hat vor der Übertragung der Kommanditbeteiligungen von D, E und F auf die CG-KG ein Grundstück von einem Gesellschafter im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG erworben. Mit dem nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG grunderwerbsteuerbaren Vertrag vom 27.12.2000 (UR 88) hat C im Wege der Schenkung das zum Betriebsvermögen seines Einzelunternehmens gehörende Grundvermögen auf die aus den Gesellschaftern D, E und F bestehende H-OHG übertragen (Übertragungsvorgang 1). Für diesen Erwerbsvorgang waren zunächst die Begünstigungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 i. V. m. § 3 Nr. 2 GrEStG und – da C mit D, E und F in gerader Linie verwandt ist – § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG erfüllt (vgl. zum Beispiel, BFH, Urteil vom 25.9.2013 II R 2/12, BFHE 243, 398, BStBl II 2014, S. 329; *Boruttau/Meißbacher-Hönsch*, Grunderwerbsteuergesetz, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 40, m. w. N.). Diese Vergünstigungen bleiben auch durch eine homogene formwechselnde Umwandlung der grundstückserwerbenden Gesamthand – im Streitfall durch den Formwechsel der H-OHG in die Klägerin – unberührt (vgl. *Boruttau/Viskorf*, a. a. O., § 5 Rdnr. 106).

(2) Die Begünstigung des § 5 Abs. 2 i. V. m. § 3 Nr. 2 und Nr. 6 GrEStG für den Übertragungsvorgang 1 ist jedoch wegen des Übertragungsvorgangs 3 entfallen.

Die Begünstigung nach § 5 Abs. 2 i. V. m. § 3 Nr. 2 und Nr. 6 GrEStG kann nur gewährt werden, wenn keine Verminderung der Beteiligung des erwerbenden Gesamthänders im Sinne des § 5 Abs. 3 GrEStG eintritt. Über eine personenbezogene Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 und Nr. 6 GrEStG wird lediglich das Tatbestandsmerkmal „Gesamthänder“ ersetzt. Die übrigen Voraussetzungen der Begünstigung nach § 5 Abs. 2 GrEStG, insbesondere die in § 5 Abs. 3 GrEStG bestimmte Behaltefrist von fünf Jahren, sind von den in gerader Linie verwandten oder beschenkten Personen einzuhalten (BFH, Entscheidungen vom 26.12.2003 II B 202/01, BFHE 201, 323, BStBl II 2003, S. 528, und in BFHE 243, 404, BStBl II 2014, S. 268 Rdnr. 21; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 10. Aufl., § 3 Rdnr. 3). Die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Steuer gemäß § 5 Abs. 2 i. V. m. § 3 Nr. 2 und Nr. 6 GrEStG entfallen daher rückwirkend im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 AO, soweit sich der Anteil des Veräußerers beziehungsweise der verwandten oder beschenkten Personen am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert.

Im Streitfall ist eine solche Anteilsverminderung im Sinne des § 5 Abs. 3 GrEStG noch nicht dadurch eingetreten, dass D, E und F ihre Anteile an der Klägerin auf die CG-KG übertragen haben. Insoweit blieben D, E und F aufgrund Gesellschafteridentität über die CG-KG weiterhin in gesamthänderischer Verbundenheit an der Klägerin beteiligt. Die Anteile von D, E und F am Vermögen der Klägerin verminderten sich aber im Sinne des § 5 Abs. 3 GrEStG durch die nachfolgende Übertragung der Kommanditbeteiligungen an der CG-KG auf die CH-GmbH. Eine mittelbare Beteiligung der früheren Gesamthänder über eine Kapitalgesellschaft genügt den Anforderungen des § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG ebenso wenig wie denen des § 6 Abs. 3 GrEStG (BFH, Urteil in BFHE 243, 398, BStBl II 2014, S. 329).

d) Die Voraussetzungen für die Anrechnung der Bemessungsgrundlage nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG aus dem Übertragungsvorgang 1 sind nicht dadurch rückwirkend im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO entfallen, dass das FA die Festsetzung der Grunderwerbsteuer für den Grundstückserwerb der Klägerin (Übertragungsvorgang 1) mit Bescheid vom 6.11.2006 aufgehoben hat. Damit hat das FA lediglich einen bekannten und unveränderten Sachverhalt steuerrechtlich anders gewürdigt, aber nicht den Tatbestand, an den § 1 Abs. 2a Sätze 1 und 3 GrEStG anknüpfen, rückwirkend verändert.

Die Anrechnung nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG setzt anders als § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG nicht voraus, dass die Steuer für den vorausgegangenen Grundstücksübergang auf die Personengesellschaft tatsächlich festgesetzt wurde (Hofmann, a. a. O., § 1 Rdnr. 125; Pahlke, a. a. O., § 1 Rdnr. 312). Für eine Anrechnung nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG kommt es nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht darauf an, ob die Grunderwerbsteuer für den vorangegangenen Grundstückserwerb der Gesellschaft vom Gesellschafter „nacherhoben wurde“ beziehungsweise eine Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GrEStG „versagt worden ist“. Entscheidend ist vielmehr, dass für den Grundstückserwerb der Personengesellschaft bei zutreffender materiellrechtlicher Beurteilung gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG die Vergünstigungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 i. V. m. § 3 Nr. 2 oder Nr. 6 GrEStG entfallen sind.

3. Da das FG von einer anderen Rechtsauffassung ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Die Änderungsbescheide vom 5.12.2006 und vom 28.7.2011 sowie die Einspruchsentscheidung vom 15.5.2007 sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten. Das FA hatte mit Bescheid vom 17.5.2004 die Grunderwerbsteuer bezüglich der Übertragung der Kommanditbeteiligungen von D, E und F auf die CG-KG zutreffend auf 0 € festgesetzt. Die Voraussetzungen für eine Änderung des Grunderwerbsteuerbescheids vom 17.5.2004 lagen daher nicht vor.

(...)

21. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1; EStG §§ 17, 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 (Steuerliche Folgen des verbilligten Verkaufs eines Grundstücks einer GmbH an ausscheidenden Gesellschafter)

**Verkauft eine GmbH an einen ausscheidenden Gesellschafter im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung auf Veranlassung des Anteilserwerbers ein Grundstück zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis, gehört der sich daraus für den Anteilsveräußerer ergebende geldwerte Vorteil zum Veräußerungspreis für den Anteil und führt daher nicht zum Entstehen von Schenkungsteuer.**

BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 44/13

Am Stammkapital der ... (GmbH) waren ursprünglich der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) zu 19 %, sein Vater (V) zu 51 % und sein Bruder (B) zu 30 % beteiligt. Im Zuge der Nachfolgeregelung schied V und der Kläger zum 14.12.2007 aus der GmbH aus. V übertrug seine Beteiligung an der GmbH durch notariell beurkundeten Vertrag vom 14.12.2007 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich auf B. Der Kläger verkaufte seine Beteiligung durch notariell beurkundeten Vertrag vom 14.12.2007 nach entsprechender Teilung an B (13 %) und dessen Ehefrau (6 %) zu Kaufpreisen i. H. v. insgesamt 230.000 €. Mit weiterem notariell beurkundetem Vertrag vom 14.12.2007 verkaufte die durch B als Geschäftsführer vertretene GmbH ihr gehörende Grundstücke mit Wirkung zum 31.12.2007 für 734.000 € an den Kläger.

Im Rahmen einer bei der GmbH durchgeführten Außenprüfung vertrat der Prüfer die Auffassung, der Verkehrswert der Grundstücke sei um 248.000 € höher gewesen als der vereinbarte Kaufpreis. Da betriebliche Gründe für die verbilligte Überlassung des Grundbesitzes nicht ersichtlich seien, liege eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) der GmbH an B vor.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) nahm an, die verbilligte Überlassung der Grundstücke bilde auch eine gemischte Schenkung der GmbH an den Kläger, und setzte demgemäß gegen ihn durch Bescheid vom 5.3.2012 Schenkungsteuer i. H. v. 49.933 € fest. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das FG gab der Klage mit der Begründung statt, der Tatbestand einer freigebigen Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der GmbH an den Kläger sei nicht erfüllt, weil der verbilligte Verkauf der Grundstücke der GmbH an ihn auf dem zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern bestehenden Gesellschaftsverhältnis beruhe. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der FG (EFG) 2014, 301 veröffentlicht.

Mit der Revision hält das FA an seiner Auffassung fest, neben der vGA der GmbH an B sei eine der Schenkungsteuer unterliegende gemischt-freigebige Zuwendung der GmbH an den Kläger gegeben. Der Kläger sei beim Abschluss des Grundstückskaufvertrags nicht mehr Gesellschafter der GmbH gewesen. Der Vorteil aus dem zu niedrigen Kaufpreis für das Grundstück rechne nicht zu dem Veräußerungspreis für den GmbH-Anteil des Klägers im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG. Über die Klage des B gegen die Zurechnung der vGA sei noch nicht entschieden.

Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF), das dem Verfahren gemäß § 122 Abs. 2 Satz 1 der FGO beigetreten ist, ist der Ansicht, das Vorliegen einer vGA der GmbH an B schließe eine der Schenkungsteuer unterliegende gemischt-freigebige Zuwendung der GmbH an den Kläger nicht aus. Als Veräußerungspreis im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG sei nur der für den Anteil des Klägers gezahlte Kaufpreis anzusetzen, nicht jedoch zusätzlich die Differenz zwischen dem Verkehrswert des vom Kläger gekauften Grundbesitzes und dem dafür gezahlten Kaufpreis. Bei der Anteilsveräußerung und der Grundstücksveräußerung handle es sich um zwei getrennt zu beurteilende Geschäftsvorfälle. Aus den Kaufverträgen ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sie rechtlich miteinander verknüpft seien oder in einem rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stünden.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Wie das FG im Ergebnis zu Recht angenommen hat, ist keine der Schenkungsteuer unterliegende gemischt-freigebige Zuwendung der GmbH an den Kläger gegeben. Der Vorteil des Klägers aus einem (etwaigen) verbilligten Erwerb des Grundbesitzes gehört vielmehr zum Veräußerungspreis im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG und ist somit ausschließlich von ertragsteuerrechtlicher Bedeutung.

1. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Vermögensvorteile, die ein Steuerpflichtiger durch eine auf Einkünfteerzielung am Markt, also auf einen Hinzuerwerb von Einkommen gerichtete Erwerbshandlung erzielt und die deshalb bei ihm der Einkommensteuer unterliegen, werden von der Vorschrift nicht erfasst (BFH, Beschluss vom 12.9.2011, VIII B 70/09, BFH/NV 2012, 229). Es fehlt in einem solchen Fall an der Freigebigkeit.

2. Ein Vermögensvorteil, den der Verkäufer eines GmbH-Anteils über den vom Erwerber gezahlten Kaufpreis hinaus erhält, ist demnach beim Anteilsverkäufer allein von ertrag-

steuerrechtlicher Bedeutung, wenn der Vorteil zum Veräußerungspreis im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG zählt und somit bei der Ermittlung des der Einkommensteuer unterliegenden Veräußerungsgewinns im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG anzusetzen ist. Eine zusätzliche Erfassung des Vorteils als der Schenkungsteuer unterliegende freigebige Zuwendung an den Anteilsverkäufer ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Veräußerer den Vorteil nicht vom Anteilserwerber, sondern von einem Dritten erhalten hat. Die Anteilsveräußerung ist nämlich auch insoweit eine auf Einkünfteerzielung am Markt, also auf einen Hinzuerwerb von Einkommen gerichtete Erwerbshandlung. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Leistung an den Anteilsverkäufer bei der Festsetzung der Einkommensteuer als Veräußerungspreis im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG erfasst wurde. Entscheidend ist vielmehr, dass die Leistung bei zutreffender Beurteilung zum Veräußerungspreis zählt.

Zum Veräußerungspreis im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG zählt alles, was der Veräußerer als Gegenleistung für die Anteilsübertragung erhalten hat. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie bei Veräußerungen nach § 16 EStG (BFH, Urteil vom 29.5.2008, IX R 97/07, BFH/NV 2009, 9). Zum Veräußerungspreis rechnen darüber hinaus auch alle Leistungen, die der Veräußerer nicht als Gegenleistung für den Anteil, aber im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Veräußerung erhalten hat, sei es vom Erwerber oder von dritter Seite, selbst wenn es an einer Veranlassung durch den Erwerber fehlt (BFH, Urteile vom 7.11.1991, IV R 14/90, BFHE 166, 527, BStBl II 1992, S. 457 und in BFH/NV 2009, 9). Leistender Dritter kann dabei auch die GmbH sein, insbesondere wenn sie vom Anteilserwerber zu der Leistung veranlasst wurde (*Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 33. Aufl., § 17 Rdnr. 135; *Gosch in Kirchhof*, EStG, 13. Aufl., § 17 Rdnr. 72).

Die Leistung, die der Anteilsveräußerer vom Anteilserwerber oder einem Dritten im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Veräußerung erhalten hat, braucht nicht in Geld zu bestehen. Sie kann vielmehr auch in der Hingabe anderer Wirtschaftsgüter liegen, wobei diese nach §§ 9 ff. des Bewertungsgesetzes zu bewerten sind (BFH, Urteil vom 28.10.2008, IX R 96/07, BFHE 223, 190, BStBl II 2009, S. 45). Erfolgt die Hingabe teilentgeltlich, ist die erbrachte Gegenleistung von dem so bestimmten Wert der Wirtschaftsgüter abzuziehen (ebenso zu dem als Arbeitslohn zu berücksichtigenden geldwerten Vorteil aus dem verbilligten Erwerb einer Beteiligung BFH, Beschluss vom 26.6.2014, VI R 94/13, BFH/NV 2014, 1649, Rdnr. 24, 28).

3. Veräußert ein GmbH-Gesellschafter seinen im Privatvermögen gehaltenen GmbH-Anteil und sind auch im Übrigen die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG erfüllt, liegt demgemäß keine freigebige Zuwendung in der Form einer gemischten Schenkung der GmbH an den ausscheidenden Gesellschafter vor, wenn die GmbH im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung auf Veranlassung des Anteilserwerbers ein ihr gehörendes Grundstück zu einem deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preis an den Anteilsveräußerer verkauft. Die Differenz zwischen dem gemeinen Wert des Grundstücks und dem für das Grundstück entrichteten Kaufpreis gehört vielmehr ebenso wie der vom Anteilserwerber gezahlte Kaufpreis für den Anteil zu dem Veräußerungspreis, der bei der Ermittlung des der Einkommensteuer unterliegenden Veräußerungsgewinns anzusetzen ist.

Schenkungssteuerrechtlich spielt es dabei keine Rolle, ob der auf Veranlassung des Anteilserwerbers erfolgte verbilligte

Verkauf des Grundstücks der GmbH an den Anteilsveräußerer zu einer gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG der Einkommensteuer unterliegenden vGA der GmbH an den Anteilserwerber führt. Das Vorliegen der vGA würde es nämlich nicht ausschließen, dass der Vorteil aus dem verbilligten Grundstückserwerb beim Anteilsveräußerer als Bestandteil des Veräußerungspreises im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG erfasst wird. Die unmittelbare Zuwendung des Vermögensvorteils aus dem verbilligten Grundstückserwerb an den Anteilsveräußerer würde ertragsteuerrechtlich so beurteilt, als hätte der Anteilserwerber den Vorteil von der GmbH erhalten und diesen an den Anteilsverkäufer weitergegeben (vgl. BFH, Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06, BFHE 218, 414, BStBl II 2008, S. 258 m. w. N.). Der Vorteil würde dann ertragsteuerrechtlich einen zusätzlichen Teil des vom Anteilserwerber entrichteten Kaufpreises für den Anteil bilden und wäre demgemäß Bestandteil des Veräußerungspreises im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG. Diese Beurteilung liegt auch dem vom FA angeführten Urteil des FG Berlin-Brandenburg vom 16.1.2008 12 K 8354/03 B (EFG 2008, 719) zugrunde.

4. Der Vermögensvorteil, den der Kläger aus der (etwaigen) zu niedrigen Bemessung des Kaufpreises für die Grundstücke erhalten hat, ist danach beim Kläger ausschließlich von ertragsteuerrechtlicher Bedeutung und kann somit nicht zusätzlich als der Schenkungsteuer unterliegende freigebige Zuwendung der GmbH an den Kläger gewertet werden.

a) Der Kläger hielt die Beteiligung, wie von § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG vorausgesetzt, im Privatvermögen und war innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Anteilsveräußerung zu mindestens 1 % am Kapital der GmbH beteiligt. Der Kaufvertrag über die Grundstücke stand ersichtlich im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Anteilsverkauf. Die Anteils- und die Grundstücksveräußerung bildeten im Rahmen der Nachfolgeregelung nach V ein wirtschaftlich unmittelbar zusammengehörendes Geschehen. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass der Anteilserwerber B die Grundstücksveräußerung als für die GmbH handelnder Geschäftsführer veranlasst hat und die der Nachfolgeregelung nach V dienenden notariellen Verträge am selben Tag unmittelbar nacheinander beurkundet wurden. Gründe, die dafür sprechen könnten, dass der Grundstücksverkauf an den Kläger auch dann zustande gekommen wäre, wenn die Beteiligungsverhältnisse bei der GmbH unverändert geblieben wären, hat weder das FG festgestellt noch wurden sie vom FA oder BMF vorgetragen.

Da auch unmittelbar von Dritten stammende Leistungen, die der Veräußerer eines Anteils an einer GmbH zwar nicht als Gegenleistung für den Anteil, aber im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Veräußerung erhalten hat, zum Veräußerungspreis im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG gehören, ist entgegen der Ansicht des BMF eine rechtliche Verknüpfung der Anteilsveräußerung mit dem Grundstückskauf nicht erforderlich.

b) Das FG hat somit im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Grundstücksveräußerung der GmbH an den Kläger nicht als gemischte Schenkung der GmbH an diesen anzusehen ist. Der (etwaige) verbilligte Verkauf der Grundstücke der GmbH an den Kläger ist allein von ertragsteuerrechtlicher Bedeutung und kann nicht darüber hinaus als der Schenkungsteuer unterliegende gemischte Schenkung der GmbH an den Kläger gewertet werden. Wie der Sachverhalt tatsächlich einkommensteuerrechtlich beurteilt wurde, ist unerheblich.

**Anmerkung:**

Es gibt verschiedene Steuern, die sich gegenseitig ausschließen. So ist innerhalb der Verkehrsteuer in § 4 Nr. 9a UStG geregelt, dass ein Vorgang, der der Grunderwerbsteuer unterliegt, nicht gleichzeitig der Umsatzsteuer unterzogen wird. Von diesem Grundsatz werden im Bereich der Verkehrssteuern zwei wesentliche Ausnahmen gemacht. Zum einen lässt der Gesetzgeber in § 9 UStG die Option zur Umsatzsteuer zu, da es insbesondere für umsatzsteuerliche Unternehmer, die ihre Immobilien umsatzsteuerpflichtig vermieten, steuerlich günstiger ist, zur Umsatzsteuer zu optieren, um einen Vorsteuerabzug zu erhalten. Zum anderen unterzieht die Rechtsprechung zusammengesetzte Verträge, mit denen ein Grundstück im bebauten Zustand geliefert wird, jedoch getrennte zivilrechtliche Verträge vorliegen, sowohl die Grundstückslieferung als auch die Baulieferung der Grunderwerbsteuer, aber in diesem Fall zusätzlich die Bauleistung auch der Umsatzsteuer. Das Stichwort lautet „einheitlicher Erwerbsgegenstand – einheitliches Vertragswerk“.<sup>1</sup>

Innerhalb der Steuerarten gibt es Steuern, die sich aus Gründen der Logik ausschließen. Dies gilt für die Einkommensteuer und die Schenkungsteuer.<sup>2</sup> Die Einkommensteuer erhebt Steuern aus Einkünften, die aus entgeltlichen Leistungsbeziehungen resultieren. Die Schenkungsteuer erhebt grundsätzlich Steuern auf Beziehungen, die auf unentgeltlichen Vorgängen beruhen. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG definiert dementsprechend auch als Schenkung jede freigebige Zuwendung unter Lebenden.

Soweit ein Vorgang teilweise entgeltlich oder teilweise unentgeltlich ist, so liegt eine gemischte Schenkung vor, die teilweise den Regeln der Einkommensteuer und teilweise den Regeln der Schenkungsteuer folgt.

Übertragen zum Beispiel Eltern an ihr Kind eine Immobilie im Wert von 200.000 €, fünf Jahre nachdem sie diese selbst gekauft haben und übernimmt das Kind die noch bestehende Restschuld von 100.000 €, so ist dieser Vorgang zu 50 % entgeltlich und unterliegt der Einkommensteuer, da ein privates Veräußerungsgeschäft gemäß § 23 EStG vorliegt und zu 50 % unentgeltlich und unterliegt der Schenkungsteuer.

Vereinfacht hat im zu besprechenden Fall der Bruder A an den Bruder B seine Anteile an einer GmbH gegen Kaufpreiszahlung veräußert. Am gleichen Tag wurde ein weiterer notarieller Vertrag geschlossen, indem die GmbH, deren Anteile veräußert wurden, ein Grundstück unter Wert an A verkauft hat. Nach den Festsetzungen des FA lag der Verkehrswert des Grundstücks um 248.000 € über dem Kaufpreis.

Das FA setzte eine verdeckte Gewinnausschüttung der GmbH an den Bruder B an, der die Geschäftsanteile erhalten hat.

Gleichzeitig nahm es in Höhe des erhöhten Grundbesitzwertes eine Schenkung der GmbH an den Bruder A an. Der gleiche Sachverhalt wurde also doppelt besteuert, da einerseits eine entgeltliche Leistung der GmbH, die der Körperschaftsteuer unterlag, an den Bruder B angenommen und der gleiche Tatbestand, die Veräußerung unter Wert, als Schenkung an den Bruder A durch die GmbH angesetzt wurde.

Interessant für den Notar an dieser Entscheidung ist, dass dem FA wohl überhaupt erst durch eine Aufspaltung des einheitlichen Sachverhaltes in zwei Verträge der Ansatz für eine Dop-

pelbesteuerung ermöglicht wurde (Übertragen der GmbH-Anteile gegen Kaufpreis und gleichzeitig Veräußerung eines Grundstücks unter Wert als weitere Gegenleistung für die übertragenen GmbH-Anteile). Das FA wies darauf hin, dass sich aus den beiden Verträgen keine Anhaltspunkte für eine rechtliche Verknüpfung oder ein Abhängigkeitsverhältnis ergeben. In seiner Entscheidung hat der BFH herausgearbeitet, dass trotz des Vorliegens von zwei Verträgen die Veräußerung unter Wert eine zusätzliche Gegenleistung zum Kaufpreis der GmbH-Anteile ist und somit keine Schenkung. Dieser Zusammenhang wurde auch von den Vertragsbeteiligten so gesehen und bildet die Grundlage der Entscheidung des BFH.

Die Finanzverwaltung will die Exklusivität von verdeckter Gewinnausschüttung und Schenkungsteuer allerdings so nicht anerkennen und hat einen Nicht-Anwendungserlass herausgegeben.<sup>3</sup>

Stehen jedoch zwei Sachverhalte in solch einem Zusammenhang, hätte es sowohl nach der immobilienrechtlichen Norm des § 311b Abs. 1 BGB als auch nach der gesellschaftsrechtlichen Norm für Anteilsübertragungen § 15 Abs. 3 GmbHG einer einheitlichen Beurkundung bedurft.

Hierbei ist es nicht notwendig, die Regelungen für zusammengesetzte Verträge<sup>4</sup> heranzuziehen, sondern es genügt der Grundsatz, dass Leistung und Gegenleistung genau bestimmt sein müssen und eine Beurkundung erfordern.<sup>5</sup>

Die Übertragung des Grundstückes gegen einen verminderten Kaufpreis ist ein Teil der Gegenleistung für die Übertragung der GmbH-Anteile und mit dieser zu beurkunden.

Bei Beachtung dieser Normen und einer einheitlichen Beurkundung wäre der Argumentation des FA, das zwei unterschiedliche Vorgänge vorliegen, bereits der Boden entzogen worden.

Der Notar hat zur sichersten Lösung zu raten.<sup>6</sup> Gerade im Bereich der Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 BGB und § 15 Abs. 3 GmbHG kommt es hier immer wieder zu Zweifelsfällen. Insbesondere ist es in der notariellen Praxis oft schwierig, den wahren Wert eines Grundstückes richtig einzuschätzen, da auch bei Grundstücken in ähnlicher Lage aufgrund der Bebauung, Bodenbelastungen etc. erhebliche Wertdifferenzen vorhanden sein können. Der Notar kann somit oft den Wert nicht feststellen und muss dies auch nicht tun.<sup>7</sup> Er ist auf die Angaben der Beteiligten angewiesen.

Insofern dürfte dieses Urteil bei der Beratung unter dem Hinweis hilfreich sein, dass eine gemeinsame Beurkundung nicht nur die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrages sichert, für die die Beteiligten oft wenig Verständnis haben, sondern auch zur steuerlichen Ersparnis führen kann, was in der Regel wesentlich mehr Interesse bei den Beteiligten weckt.

Im vorliegenden Fall ist jedoch meines Erachtens zu wenig Grunderwerbsteuer erhoben worden, da die Grunderwerbsteuer gemäß § 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG auf den gesamten Kaufpreis des Grundstückes, also auch auf die weiteren Gegenleistungen, die im Wert der GmbH-Anteile stecken, zu erheben ist. Verkauft eine Gesellschaft ein Grundstück unter Wert an einen Gesellschafter, so ist die als

<sup>3</sup> Wälzholz, MittBayNot 2014, 421 m. w. N.

<sup>4</sup> Hierzu Heckschen in Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl., A I Rdnr. 504 ff.

<sup>5</sup> MünchKommBGB/Kanzleiter 6. Aufl., § 311b Rdnr. 51.

<sup>6</sup> Winkler, BeurKG, 17. Aufl., § 17 Rdnr. 223.

<sup>7</sup> Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 2. Kap. 2 Rdnr. 138.

<sup>1</sup> BFH, Urteil vom 27.9.2012, II R 7/12, DNotI-Report 2013, 17; BFH, Urteil vom 19.3.2009, V R50/07, MittBayNot 2010, 76.

<sup>2</sup> BFH, Beschluss vom 12.9.2011, VIII B 70/09, DstRE 2012, 154 mit Anm. Pauli, Steuk 2012, 128.

verdeckte Gewinnausschüttung zu behandelnde Differenz zwischen dem Kaufpreis und gemeinem Wert zwar keine Gegenleistung, die der Grunderwerbsteuer unterliegt.<sup>8</sup> Hier ist jedoch die Situation anders. Der Gesellschafter B, der die verdeckte Gewinnausschüttung zu versteuern hat, bekommt nicht das Grundstück. Das Grundstück erhält der Gesellschaf-

ter, der ausscheidet, weil er seine Anteile zu einem wohl verbilligten Preis an den B veräußert hat. D. h. Gegenleistungen, die der A für den Erhalt des Grundstücks erbringt, sind zum einen der Kaufpreis und zum anderen die verbilligte Überlassung der GmbH-Anteile. Die Situation ist gleich wie bei einem Grundstückstausch mit Zuzahlung.

Notar Dr. *Christoph Ziegler*, Weißenhorn

<sup>8</sup> *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 4. Aufl., Rdnr. 723.

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Notar a. D. Friedrich Schmidt, Bayreuth,  
verstorben am 10.6.2015

Notar a. D. Dieter Bensch, Heilsbronn,  
verstorben am 8.7.2015

#### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.7.2015:

Garmisch-Partenkirchen (in Sozietät mit Notar Müller)	dem Notar Dr. Wolfgang Drasch (bisher in München)
---	---

Mit Wirkung zum 1.8.2015:

München (in Sozietät mit Notar Kärtner)	dem Notar a. D. Dr. Peter Huttenlocher (bisher in Berlin, Bundes- notarkammer)
---	---

Nürnberg	dem Notarassessor Florian Schlosser (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Albrecht/ Franzmann)
----------	---

#### 3. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarin Stefanie Exner, Neu Ulm  
führt seit 10.7.2015 den Namen Weber

Notar Johann Kärtner, München, ab 1.8.2015  
in Sozietät mit Notar Dr. Peter Huttenlocher

Notarassessor Johannes Attenberger, München  
(Landesnotarkammer Bayern und Notarkasse A.d.ö.R.),  
ab 1.7.2015 in Berlin (BNotK)

Notarassessor Dr. Peter Schwabenbauer, Starnberg  
(Notarstellen Klöcker/Volmer), ab 1.7.2015 in  
München (Landesnotarkammer Bayern und  
Notarkasse A.d.ö.R.)

Notarassessor Dr. Ulrich Hönle, München  
(Notarstellen Dr. Götte/Lautner), ab 1.8.2015 in  
Regensburg (Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

Inspektor i. N. Matthias Hofmann, Furth im Wald  
(Notarstelle vorm. Knerr), ab 1.6.2015 in Waldmünchen  
(Notarstelle vorm. Seger)

Inspektorin i. N. Josefa Ursula Berchtold, München  
(Notarstelle vorm. Dietrich), ab 1.7.2015 in München  
(Notarstellen Dr. Lorenz-Czarnetzki/Schmid)

#### 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektorin i. N. Julia Hochrein, Haßfurt  
(Notarstelle Dr. Müller), zum 31.7.2015 ausgeschieden

Inspektorin i. N. Annette Doll, Berchtesgaden  
(Notarstelle Dr. Everts), ab 1.8.2015 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Hans Werner Baldauf,  
Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel),  
ab 1.9.2015 im Ruhestand

Oberamtsrätin i. N. Irmgard Hasselbacher,  
Gunzenhausen (Notarstellen Dr. Stiebitz/  
Dr. Vedder), ab 1.11.2015 im Ruhestand

#### 7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.7.2015:

*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N.  
(Entgeltgruppe 12):*

Maria Adam-Geuther, Lichtenfels  
(Notarstelle vorm. Kroier)

Egon Brandl, Augsburg  
(Notarstellen Michelfeit/Dr. Moes)

Stefan Heimerl, Weiden  
(Notarstellen Dr. Schiffner/Dr. Najdecki)

Brigitte Pamler, Regensburg  
(Notarstelle Gschoßmann)

Rainer Queste, München  
(Notarstellen Rumpf/Dr. Westermeier)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N.  
(Entgeltgruppe 12):*

Helmut Gruber, Erding  
(Notarstellen Burghart/Inninger)

Karl Heinz Hauck, Bad Bergzabern  
(Notarstelle Dr. Endrulat)

Engelbert Keller, Krumbach  
(Notarstelle Meyer-Littmann)

Elisabeth Streng, Kemnath (Notarstelle Dr. Wörner)

Werner Wörle, Landsberg  
(Notarstellen Kuhn/Regensburger)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N.  
(Entgeltgruppe 10)*

Agnes Bolka, Speyer (Notarstellen Dr. Rieder/Malchus)

Sigrid Eisl, München  
(Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer)

Angelika Fichtner, Nürnberg (Notarstelle Weser)

Gabriele Götz, Sulzbach-Rosenberg  
(Notarstelle vorm. Senftleben)

Sabine Mayer, Burghausen (Notarstelle Burgmann)

Roswitha Poidinger-Kreppold, Ingolstadt  
(Notarstellen Fembacher/Ampenberger)

Du Thuy Quach, Wolftratshausen  
(Notarstellen Huber/Grauel)

Volkler Reichert, Nürnberg  
(Notarstellen Dr. Rottenfuß/ Dr. Brückner)

Petra Schnellinger, Waldkirchen (Notarstelle Dr. Graf)

Albert Schwertfirm, Pfaffenhofen  
(Notarstellen Grosser/Struck)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.  
(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):*

Barbara Andrä, Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Claudia Daniel, Landshut (Notarstelle Dr. Krebs)

Ina Gramm, Kaiserslautern (Notarstelle Felder)

Sabrina Lahode, Bayreuth  
(Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Petra Lutzenberger, München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Daniel Nather, München (Notarstelle Dr. Schubert)

Marc Pulst, Heilsbronn (Notarstellen Füller/Dr. Maniak)

Katharina Stoker, Neu-Ulm  
(Notarstellen Dr. Winkler/Stelzer)

Anika Unterburger, Greding (Notarstelle Müller)

Mit Wirkung zum 1.8.2015:

*Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 14):*

Georg Hofbauer, Regensburg  
(Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

*Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):*

Alois Frank, Fürth (Notarstellen Dr. Fleischer/Walter)

*Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Markus Beer, Burglengenfeld (Notarstelle Diel)

Jürgen Stadler, Deggendorf (Notarstelle Machleidt)

*Zum Amtmann i. N. (Entgeltgruppe 10):*

Stefan Hautum, Ansbach  
(Notarstellen Dr. Anderle/Dr. Dietrich)

Martin Roedel, München (Notarstellen Krick/Birnstiel)

#### **Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

München, Notarstelle Joanna Zehetmeier  
Kardinal-Faulhaber-Straße 15, 80333 München

Obergünzburg, Notarstelle Dr. Stefan Wohlrab  
Marktplatz 5, 87634 Obergünzburg

---

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele  
Notarassessorin Anja Schaller

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.mediengruppe-universal.de/notarkammer](http://www.mediengruppe-universal.de/notarkammer).



## SONSTIGES

### „Tagung zur Reform des ErbStG“

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 14. Oktober 2015, 16.30 Uhr s. t.  
Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

**Referenten:** **Vizepräsident des BGH**  
**Hermann-Ulrich Viskorf (München)**  
„Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer im Lichte der aktuellen steuerpolitischen Entwicklung“

**Notar Dr. Eckhard Wälzholz (Füssen)**  
„Die Erbschaftssteuerreform aus Sicht der Gestaltungspraxis – neue Chancen und Risiken“

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

**Anmeldung und Information:**

Forschungsstelle für Notarrecht,  
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,  
Tel: 089 2180-1420,  
Fax: 089 2180-13981,  
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von € 50 in bar persönlich ausgehändigt..

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).

### Veranstaltungen des DAI

- |   |   |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Notarkosten: Spezielle Sachverhalte aus dem Gesellschafts- und Registerrecht<br/>(<i>Tiedtke/Schmidt</i>)<br/>2.9.2015 in Hamburg</li> <li>2. Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen<br/>(<i>Tondorf</i>)<br/>9.9.2015 in Köln</li> <li>3. Aus der Praxis des GNotKG<br/>(<i>Tiedtke/Sikora</i>)<br/>11.9.2015 in Kiel</li> <li>4. 13. Jahresarbeitstagung des Notariats<br/>(<i>Frenz</i>)<br/>17.9.2015 in Berlin</li> <li>5. 26. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung<br/>(<i>Huttenlocher/Simon/Kraus/Rapp/Block/Naumann/Monreal</i>)<br/>21.9.2015 in Oldenburg</li> <li>6. Aktuelles Steuerrecht für Notare<br/>(<i>Spiegelberger</i>)<br/>25.9.2015 in Oldenburg</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>7. Gestaltungen im Pflichtteilsrecht<br/>(<i>Müller/Herrler</i>)<br/>28.9.2015 in Bochum</li> <li>8. Gestaltungen im Pflichtteilsrecht<br/>(<i>Müller/Herrler</i>)<br/>29.9.2015 in Heusenstamm</li> </ol> |
|---|---|

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

### Neuerscheinungen

- |   |   |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Büchel/von Rechenberg. Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht. 3. Aufl., Heymanns, 2015. 2519 S., 189 €</li> <li>2. Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein. Handbuch des Fachanwalts Familienrecht. 10. Aufl., Luchterhand, 2015. 3006 S., 154 €</li> <li>3. Hügel/Elzer. Wohnungseigentumsgesetz. Beck, 2015. 1146 S., 89 €</li> <li>4. Hoffmann-Becking/Austermann/Bungert. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 4: Aktiengesellschaft. 4. Aufl., Beck, 2015. 2134 S., 159 €</li> <li>5. Schmidt/Lutter. Aktiengesetz. 3. Aufl., Schmidt, 2015. 4578 S., 269 €</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>6. Schmidt. Einkommensteuergesetz. 34. Aufl., Beck, 2015. 99 €</li> <li>7. Schäfer. Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., Beck, 2015. 385 S., 24,90 €</li> <li>8. Soutier. Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung. Heymanns, 2015. 374 S., 79 €</li> <li>9. Volkelt. Die Unternehmungsgesellschaft (UG). 3. Aufl., Springer, 2015. 249 S., 44,99 €</li> <li>10. Werner. Die Familiengesellschaft. ESV, 2015. 613 S., 98 €</li> </ol> |
|---|---|



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F