

# MittBayNot

Begründet 1864

## 5|2017

September/Oktober 2017

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

### Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar a. D., Berchtesgaden  
Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg  
Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen  
Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München  
Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen  
Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

### Schriftleitung:

Claudius Eschwey,  
Notarassessor  
David Sommer,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Basty:** Baurechtsreform 2017 und Bauträgervertrag . . . . . 445
- **Raff:** Aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung zur Beschaffenheit von Immobilien. . . . . 451
- **Schmidt:** Erbschaftsteuerrechtliche Fallstricke beim Erbfall mit Auslandsberührung . . . . . 455

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **R. Kössinger** zu **BGH:** Keine Schenkung bei vorübergehender unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung . . . . . 477
- **Pflieger** zu **OLG Düsseldorf:** Rücktritt vom Kaufvertrag bei nicht rechtzeitiger Lastenfreistellung . . . . . 485
- **Munzig** zu **BGH:** Ausübung und Sicherung eines Wegerechts nach übereinstimmender Verlegung . . . . . 494
- **Hecht** zu **OLG München:** Vormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks. . . . . 497
- **Weber** zu **OLG Oldenburg:** Nachweis der Erbfolge durch notarielles Testament nach Anfechtung und bei behaupteter Testierunfähigkeit . . . 501
- **C. Braun** zu **OLG Schleswig:** Ersatzerben bei gemeinschaftlichem Testament . . . . . 504
- **Graf Wolffskeel v. Reichenberg** zu **OLG Frankfurt a. M.:** GmbH-Gründung aufgrund Vollmacht . . . . . 511
- **Volmer** zu **BGH:** Formulärmäßige Erweiterung des Sicherungszwecks einer Sicherungsgrundschuld . . . . . 515
- **Sandkühler** zu **BGH:** Pfändung des Kaufpreisanspruchs – Erstreckung auf Auszahlungsanspruch aus Notaranderkonto. . . . . 519
- **Regler** zu **BGH:** Rechtliche Einheit zwischen Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und Treuhandvertrag . . . . . 522
- **Spornath** zu **KG:** Zeitlich unbegrenzte Untervollmacht trotz zeitlich begrenzter Vollmacht . . . . . 525
- **Waldner** zu **BFH:** Keine Kürzung der Grunderwerbsteuer um Instandhaltungsrücklage bei Erwerb in Zwangsversteigerung . . . . . 531
- **Hübner** zu **FG Münster:** Erbschaftsteuer: Kein Übergang von Vermögen aufgrund Stiftungsgeschäfts . . . . . 534

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

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

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessor Claudius Eschwey,  
Notarassessor David Sommer

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2017

|  |            |   |            |
|--|------------|---|------------|
| <b>AUFSÄTZE</b> <b>445</b>   |            | <b>SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT</b>   |            |
| <b>Basty:</b> Baurechtsreform 2017 und Bauträgervertrag  | 445        | 5. Windkraftanlage als Scheinbestandteil (BGH, Urteil vom 7.4.2017, V ZR 52/16)   | 487        |
| <b>Raff:</b> Aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung zur Beschaffenheit von Immobilien  | 451        | 6. Ausübung und Sicherung eines Wegerechts nach übereinstimmender Verlegung (BGH, Urteil vom 4.12.2015, V ZR 22/15) mit Anmerkung <b>Munzig</b>   | 490<br>494 |
| <b>Schmidt:</b> Erbschaftsteuerrechtliche Fallstricke beim Erbfall mit Auslandsberührung   | 455        | 7. Vormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks (OLG München, Beschluss vom 30.9.2016, 34 Wx 303/16) mit Anmerkung <b>Hecht</b>  | 496<br>497 |
| <b>BUCHBESPRECHUNGEN</b> <b>463</b>  |            | <b>FAMILIENRECHT</b>  |            |
| <b>Herrler:</b> Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis ( <b>Bernauer</b> )   | 463        | 8. Adoption minderjähriger Kinder durch nicht-ehelichen Partner (BGH, Beschluss vom 8.2.2017, XII ZB 586/15 – Ls.)  | 499        |
| <b>Münch:</b> Ehebezogene Rechtsgeschäfte ( <b>Löffler</b> )   | 465        | 9. Kommanditanteil eines in Gütergemeinschaft verheirateten Kommanditisten als Vorbehaltsgut (OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.5.2017, 12 W 643/17)   | 499        |
| <b>Walz:</b> Das ADR-Formularbuch ( <b>Hille</b> )   | 466        | <b>ERBRECHT</b>   |            |
| <b>Weingärtner:</b> DONot – Dienstordnung für Notarinnen und Notare ( <b>Blaeschke</b> )   | 469        | 10. Nachweis der Erbfolge durch notarielles Testament nach Anfechtung und bei behaupteter Testierunfähigkeit (OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.10.2016, 12 W 192/16 (GB)) mit Anmerkung <b>Weber</b> | 500<br>501 |
| <b>RECHTSPRECHUNG</b> <b>470</b>   |            | <b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>  |            |
| <b>Bürgerliches Recht</b>  |            | 12. Schiedsfähigkeit III – Die Anforderungen an Schiedsklauseln aus „Schiedsfähigkeit II“ gelten im Grundsatz auch für Personengesellschaften (BGH, Beschluss vom 6.4.2017, I ZB 23/16)             |            |
| ALLGEMEINES  |            | 13. Rechtsscheinhaftung eines in das Handelsregister eingetragenen Gesellschafters nach Formwechsel einer GmbH in eine GbR (BGH, Urteil vom 18.10.2016, II ZR 314/15)                               |            |
| 1. Zur Verbrauchereigenschaft der GbR (BGH, Urteil vom 30.3.2017, VII ZR 269/15)   | 470        | 505   |            |
| 2. Keine Schenkung bei vorübergehender unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung (BGH, Urteil vom 27.1.2016, XII ZR 33/15) mit Anmerkung <b>R. Kössinger</b>  | 472<br>477 | 506   |            |
| 3. Erfordernis einer Vereinbarung aller Eigentümer für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum – Anforderungen an einen Änderungsvorbehalt (OLG München, Beschluss vom 15.5.2017, 34 Wx 207/16) | 478        |   |            |
| 4. Rücktritt vom Kaufvertrag bei nicht rechtzeitiger Lastenfreistellung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.7.2016, I-21 U 126/15) mit Anmerkung <b>Pflieger</b>   | 481<br>485 |   |            |

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2017

|  |     |
|--|-----|
| 14. GmbH-Gründung aufgrund Vollmacht<br>(OLG Frankfurt, Beschluss vom 1.12.2016,<br>20 W 198/15) | 508 |
| mit Anmerkung <b>Graf Wolffskeel v. Reichenberg</b>  | 511 |

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

|  |     |
|--|-----|
| 15. Formulärmäßige Erweiterung des Sicherungszwecks<br>einer Sicherungsgrundschuld<br>(BGH, Urteil vom 24.11.16, IX ZR 278/14) | 513 |
| mit Anmerkung <b>Volmer</b>  | 515 |

|   |     |
|---|-----|
| 16. Pfändung des Kaufpreisanspruchs – Erstreckung auf<br>Auszahlungsanspruch aus Notaranderkonto<br>(BGH, Beschluss vom 9.6.2016, V ZB 37/15) | 516 |
| mit Anmerkung <b>Sandkühler</b>   | 519 |

## Beurkundungs- und Notarrecht

|  |     |
|--|-----|
| 17. Rechtliche Einheit zwischen Geschäftsanteils-<br>übertragungsvertrag und Treuhandvertrag<br>(BGH, Urteil vom 22.9.2016, III ZR 427/15) | 520 |
| mit Anmerkung <b>Regler</b>  | 522 |

|   |     |
|---|-----|
| 18. Zeitlich unbegrenzte Untervollmacht trotz zeitlich<br>begrenzter Vollmacht<br>(KG, Beschluss vom 14.2.2017, 1 W 20-32/17) | 523 |
| mit Anmerkung <b>Spernath</b>   | 525 |

## Kostenrecht

|   |     |
|---|-----|
| 19. Geschäftswert für die Auflösung einer Unternehme-<br>gesellschaft (haftungsbeschränkt)<br>(OLG Köln, Beschluss vom 28.4.2017,<br>2 Wx 95 und 99/17) | 526 |
|---|-----|

## Öffentliches Recht

|   |     |
|---|-----|
| 20. Unwirksamkeit der Zusage zur Förderung eines<br>inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplans<br>(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.1.2017,<br>I-24 U 38/16) | 527 |
|---|-----|

## Steuerrecht

|   |     |
|---|-----|
| 21. Keine Kürzung der Grunderwerbsteuer um Instand-<br>haltungsrücklage bei Erwerb in Zwangsversteigerung<br>(BFH, Urteil vom 2.3.2016, II R 29/15) | 529 |
| mit Anmerkung <b>Waldner</b>  | 531 |

|  |     |
|--|-----|
| 22. Erbschaftsteuer: Kein Übergang von Vermögen<br>aufgrund Stiftungsgeschäfts<br>(FG Münster, Urteil vom 11.12.2014,<br>3 K 764/12 Erb) | 532 |
| mit Anmerkung <b>Hübner</b>  | 534 |

## SONSTIGES 538

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| <b>Hinweise für die Praxis</b> | 538 |
|--------------------------------|-----|

**Weigl:** Risikoreduzierung bei der Verwendung von  
Vorsorgevollmachten

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| <b>Veranstaltungshinweise</b> | 541 |
|-------------------------------|-----|

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| <b>Veranstaltungen des DAI</b> | 542 |
|--------------------------------|-----|

|                      |     |
|----------------------|-----|
| <b>Ausschreibung</b> | 543 |
|----------------------|-----|

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| <b>Neuerscheinungen</b> | 544 |
|-------------------------|-----|

## STANDESNACHRICHTEN 545

## AUFSÄTZE

# Baurechtsreform 2017 und Bauträgervertrag

Von Notar Dr. **Gregor Basty**, München

Das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“ wurde am 28.4.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht (BGBl. I, S. 969). Die den Bauvertrag betreffenden Vorschriften gelten ab dem 1.1.2018. Sie sind demnach für nach dem 31.12.2017 abgeschlossene Verträge zu beachten.

## I. Allgemeines

### 1. Vorleistungsverbot, § 309 Nr. 15 BGB

Hervorzuheben ist der neue § 309 Nr. 15 BGB. Danach ist in AGB und Verbraucherverträgen eine Bestimmung unwirksam, nach der der Verwender bei einem Werkvertrag vom anderen Vertragsteil Abschlagszahlungen verlangen kann, die wesentlich höher sind als die nach § 632a Abs. 1 BGB und § 650m Abs. 1 BGB zu leistenden Abschlagszahlungen. Die Regelung unterstreicht das Vorleistungsverbot. Sie gilt im Hinblick auf § 632a Abs. 1 BGB auch für Bauträgerverträge. Danach dürfen Abschläge nur in Höhe des Wertes der vom Unternehmer erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangt bzw. vereinbart werden.

Der Vertragsgestaltung kann also nicht ohne Weiteres der Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV zugrundegelegt werden. Vielmehr bedarf es einer Kontrolle nach dem Maßstab des § 632a Abs. 1 BGB. Für die sog. Grundstücksrate wird man danach zum Beispiel insbesondere den Grundstückswert und die dem Bauträger bereits entstandenen Kosten für Bauplanung, Baugenehmigung, Erschließung etc. ansetzen können. Bleiben diese hinter den in der MaBV genannten 30 % der Vertragssumme zurück, ist der Ratenplan entsprechend anzupassen.<sup>1</sup>

### 2. Neue Struktur des Werkvertragsrechts

Das Werkvertragsrecht erhält eine neue Struktur: Die §§ 631-650 BGB enthalten allgemeine Vorschriften. Im Folgenden werden in eigenen Kapiteln der Bauvertrag (§§ 650a-650g BGB) sowie der Verbraucherbauvertrag (§§ 650i-650n BGB) geregelt. § 650o BGB regelt, welche der Vorschriften unabhängig sind. Sodann werden in Untertiteln der Architekten- und Ingenieurvertrag (§§ 650p-650t BGB) sowie der Bauträgervertrag geregelt (§§ 650u und 650v BGB).

<sup>1</sup> So für die gegenwärtige Rechtslage, z. B. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rdnr. 459 ff.; anders z. B. *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 3 Rdnr. 127, 187.

Verschiedene Vorschriften finden sich künftig an anderer Stelle des Gesetzes. Für die Vertragsgestaltung ist insofern bemerkenswert:

- Die Definition des Bauträgervertrags in § 632a Abs. 2 BGB a. F. findet sich nunmehr in § 650u Abs. 1 Satz 1 BGB. Er wird ergänzt um einen Satz 2, wonach hinsichtlich der Errichtung und des Umbaus die Vorschriften des Untertitels 1 (das sind die Vorschriften zum Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB) Anwendung finden, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt, und einen Satz 3: „Hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.“
- Die Regelung zur Leistung von Abschlagszahlungen in § 632a Abs. 2 BGB a. F. findet sich jetzt in § 650v BGB.
- § 632a Abs. 3 BGB a. F. (Sicherung der Vertragserfüllung) wird zu § 650m Abs. 2 BGB; die Möglichkeit, statt des Einbehalts eine Garantie/Bürgschaft zu stellen, regelt nun § 650m Abs. 3 BGB.
- Die Vorschrift zur Bauhandwerkersicherung (§ 648a BGB a. F.) ist künftig in § 650f BGB niedergelegt.
- Das in § 649 BGB a. F. geregelte Kündigungsrecht findet sich fortan in § 648 BGB (ergänzt um eine Regelung zur außerordentlichen Kündigung in § 648a BGB).

### 3. Bemerkenswertes zum allgemeinen Werkvertragsrecht

#### a) Abschlagszahlungen

Der Bauunternehmer kann Abschlagszahlungen verlangen. Bisher stellt § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB hierbei auf den Wertzuwachs ab, den der Besteller durch die vom Unternehmer vertragsgemäß erbrachte Leistung erfährt. Nach der Reform kommt es – entsprechend § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B – auf die Höhe des Wertes der vom Unternehmer erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen an. Streitigkeiten wegen der Höhe des Wertzuwachses sollen vermieden werden.

Es wird in Kauf genommen, dass der vom Besteller bezahlte Abschlag den gleichzeitig erfolgten Wertzuwachs im Einzelfall übersteigt, wenn nämlich bei einem Bauvorhaben in bestimmten Bauphasen die Kosten für die Bauleistungen höher sind als der durch sie bewirkte Wertzuwachs an dem Grundstück. Dies werde sich jedoch mit den folgenden Abschlagszahlungen ausgleichen, teilweise auch umkehren. Diese minimale und nur punktuell eintretende Risikoerhöhung für den Besteller sei mit Blick auf die damit einhergehende wesentliche Vereinfachung der Berechnung der Abschlagszahlungen und die

bestehenden bzw. neueingeführten Vorschriften zum Schutz des Bestellers bei Verbraucherbauverträgen hinnehmbar.<sup>2</sup>

Bislang regelte § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB, dass Abschlagszahlungen nicht „wegen unwesentlicher Mängel“ verweigert werden können. Demgegenüber bestimmt § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. nun: „Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern.“ Er bleibt also auch bei wesentlichen Mängeln im Grundsatz zur Zahlung verpflichtet. § 632a Abs. 1 Satz 4 BGB verweist auf § 641 Abs. 3 BGB. Demnach kann die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung, in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten, verweigert werden.

Der Zahlungsanspruch des Unternehmers wird damit gestärkt.

#### b) Neues zur Abnahme

Die bislang in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB geregelte Abnahmefiktion (der Besteller nimmt nicht ab, obwohl er dazu verpflichtet ist) entfällt. Sie wird durch § 640 Abs. 2 BGB ersetzt. Danach gilt ein Werk als abgenommen, „wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat“. Ist der Besteller Verbraucher, muss in Textform auf diese Folgen hingewiesen werden.

Danach genügt die Angabe eines unwesentlichen Mangels, um die Abnahmefiktion zu verhindern. Jedoch bleibt es bei der Regelung in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach die Abnahme nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigert werden kann. Werden – zur Verhinderung der Abnahmefiktion – nur unwesentliche Mängel angegeben, wird damit dokumentiert, dass die Abnahme zu Unrecht verweigert wird. Gibt der Besteller nur offensichtlich nicht bestehende oder eindeutig unwesentliche Mängel an, kann dies nach Vorstellung des Gesetzgebers auch rechtsmissbräuchlich sein.<sup>3</sup>

Für den Bauvertrag ist in § 650g Abs. 1-3 BGB ein Anspruch des Unternehmers für den Fall der Abnahmeverweigerung unter Angabe von Mängeln vorgesehen, wonach der Besteller „an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken“ hat. Diese Zustandsfeststellung führt dann, wenn das Werk verschafft worden ist, zu einer gewissen Beweislastumkehr für dabei nicht angegebene offenkundige Mängel.<sup>4</sup>

#### 4. Bemerkenswertes zum Bauvertrag

Für den Bauvertrag regelt § 650g Abs. 4 BGB, dass die Vergütung zu entrichten ist, wenn der Besteller abgenommen hat (bzw. im Falle der Abnahmefiktion) und eine Schlussrechnung erteilt ist.

Bemerkenswert ist das neu geregelte Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB) mit einer Regelung zur Anpassung der Vergütung (§ 650c BGB). Der Besteller hat demnach Anspruch auf Umsetzung von Sonderwünschen, soweit deren Ausführung dem Unternehmer zumutbar ist. Bei Streitigkeiten

hierüber verschafft § 650d BGB eine erleichterte Möglichkeit zum Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Das Anordnungsrecht besteht nicht für den Bauträgervertrag (§ 650u Abs. 2 BGB).

#### 5. Verbraucherbauvertrag

Der Verbraucherbauvertrag erhält ein eigenes Kapitel (§§ 650i-650n BGB).

Dort finden sich insbesondere ein Widerrufsrecht (§ 650l BGB), das allerdings nicht bei notarieller Beurkundung des Vertrags gilt, sowie ein Anspruch auf Erstellung und Herausgabe bestimmter Unterlagen (§ 650n BGB).

Der Unternehmer wird verpflichtet, dem Verbraucher vor Vertragsschluss eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen. Diese muss den in Art. 249 EGBGB geregelten Mindestanforderungen genügen. Sie wird kraft Gesetzes Inhalt des Verbraucherbauvertrags, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird.

§ 650m BGB bestimmt Obergrenzen für die Höhe von Abschlagszahlungen gemäß § 632a BGB. Danach darf der Unternehmer bei einem Verbraucherbauvertrag nur Abschläge bis zur Höhe von 90 % der Gesamtvergütung verlangen. Er muss also hinsichtlich der letzten 10 % der geschuldeten Leistung in Vorlage treten.

### II. Bauträgervertrag

Der Untertitel Bauträgervertrag mit den §§ 650u und 650v BGB bringt nichts Neues. Die bisherigen Vorschriften hierzu finden sich nur an anderer Stelle. Bemerkenswert ist aber, dass es diesen Untertitel gibt. Er ist ausbaufähig. Es besteht Hoffnung, dass es künftig weitere spezifische Vorschriften zum Bauträgervertrag geben wird. In der Diskussion stehen insbesondere spezielle Regelungen zur Abnahme bei Wohnungseigentum.

#### 1. Nichtanwendbarkeit allgemeiner Vorschriften

§ 650u Abs. 2 BGB regelt, welche Vorschriften aus dem allgemeinen Werk- und Bauvertragsrecht für den Bauträgervertrag keine Anwendung finden.

##### a) Kündigung

Für den Bauträgervertrag gilt (entsprechend der bisherigen Rechtsprechung)<sup>5</sup> nicht das allgemeine Kündigungsrecht nach § 648 BGB n. F. (bisher § 649 BGB).

Anders als bisher gibt es aber nunmehr nicht mehr das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund (vgl. § 648a BGB n. F.). Bislang konnte eine isolierte Kündigung des die Bauerrichtung betreffenden Teils des Vertrags zum Beispiel beim Steckenbleiben des Baus oder bei anderen schwerwiegenden Gründen in Betracht kommen.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber nimmt davon Abstand. Die Begründung des Entwurfs führt hierzu aus:<sup>7</sup>

5 BGH, Urteil vom 21.11.1985, VII ZR 366/83, BGHZ 96, 275.

6 BGH, Urteil vom 21.11.1985, VII ZR 366/83, BGHZ 96, 275; näher hierzu Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1146 ff.

7 BT-Drucks. 18/8486, S. 72.

2 BT-Drucks. 18/8486, S. 47.

3 BT-Drucks. 18/8486, S. 48.

4 Näher *Tschäpe*, ZfBR 2017, 419.

„Mit Blick auf die Einheitlichkeit des Vertrages und die Ausübung der Rechte daraus soll es künftig nicht mehr möglich sein, sich teilweise aus einem Bauträgervertrag zu lösen. Vielmehr soll nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrages im Rahmen eines Rücktritts möglich sein. Ein Rücktrittsrecht kann sich nach geltendem Recht zum einen bei Mängeln des Werks aus § 634 Nr. 3 in Verbindung mit den §§ 636, 323, 326 Abs. 5 ergeben. Beim Vorliegen gravierender nicht leistungsbezogener Pflichtverletzungen durch den Bauträger ist ein Rücktritt nach § 324 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 möglich.“

Einem Erwerber wird man schwerlich zu einem Rücktritt raten können. Der Vertrag würde insgesamt gegenstandslos. Der durch Vormerkung gesicherte Anspruch würde wegfallen. Ob in kritischen Situationen noch die Rückzahlung gezahlter Beiträge erwartet werden kann, ist mehr als fraglich.

Es kann erwogen werden, dem Erwerber ein *vertragliches Kündigungsrecht* aus wichtigem Grund einzuräumen, zum Beispiel für den Fall der Insolvenz des Bauträgers (entsprechend § 8 Abs. 2 VOB/B).<sup>8</sup>

Nach der Rechtsprechung des BGH verstoßen insolvenzbedingte Kündigungsklauseln jedenfalls für Fälle des Eigeninsolvenzantrags des Auftragnehmers nicht gegen §§ 103, 119 InsO.<sup>9</sup> Zweifelhaft bleibt allerdings, ob dies auch auf die weiteren in § 8 Abs. 2 VOB/B geregelten Fälle (Insolvenzantrag durch den Auftraggeber oder Dritte) übertragbar ist.

Bedenken gegen Kündigungsklauseln bestehen für Bauträgerverträge über Wohnungs- und Teileigentum allerdings deshalb, weil Rechte und Interessen weiterer Erwerber betroffen wären. Eine Klausel zu Kündigungsrechten dürfte diese Gemeinschaftsbezogenheit nicht außer Acht lassen.<sup>10</sup>

#### b) Anordnungsrecht

Für den Bauträgervertrag besteht kein Anordnungsrecht nach § 650b BGB.

Man kann jedoch erwägen, die Anwendbarkeit der betreffenden Vorschriften auf Sonderwünsche des Erwerbers zu vereinbaren, ggf. mit der Einschränkung, dass dabei Gemeinschaftseigentum und Belange anderer Erwerber nicht beeinträchtigt werden dürfen.

#### c) Vorteile des Bauträgervertrags

Für diejenigen, die sich bislang mühten, den Bindungen des Bauträgervertrags zu entgehen (zum Beispiel durch die Aufspaltung in Kauf- und Werkvertrag oder eine frühe Eigentumsumschreibung auf den Erwerber)<sup>11</sup>, können insbesondere die Vorschriften zu Kündigungs- und Anordnungsrechten Anlass

geben, sich zu besinnen. Komplexere Bauvorhaben (zum Beispiel Reihenhäuseranlagen) könnten dadurch ggf. erheblich erschwert oder gar unmöglich gemacht werden. Zudem können anders als bei einem Verbraucherbauvertrag (§ 650m BGB) Abschlagszahlungen im Rahmen der Makler- und Bauträgerverordnung ohne Beschränkung auf 90 % der Gesamtvergütung beansprucht werden.

Im Vergleich hat das Sonderrecht des Bauträgervertrags daher Vorteile gegenüber einem Verbraucherbauvertrag.

## 2. Neues zum Nachzügler?

Zu Nachzüglerfällen hat der BGH mit Urteil vom 12.5.2016 (erwartungsgemäß) entschieden, dass sich Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen bei nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen weiterhin grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein.<sup>12</sup>

Man kann diskutieren, ob sich nun aus § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. etwas anderes ergibt, wenn dieser bestimmt, dass „hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus“ die werkvertraglichen Vorschriften Anwendung finden. Der Umkehrschluss – der Nachzüglervertrag enthalte keine Errichtungsverpflichtung, auf ihn sei deshalb Kaufrecht anwendbar – wäre allerdings gewagt.<sup>13</sup> Die Rechtsprechung begründet die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht damit, dass sich aus Inhalt, Zweck und wirtschaftlicher Bedeutung des Vertrags sowie aus der Interessenlage der Parteien die Verpflichtung des Veräußerers zu mangelfreier Erstellung des Bauwerks ergibt. Diese Verpflichtung muss nicht ausdrücklich übernommen worden sein; es genügt, dass sie aus dem Zusammenhang der einzelnen Vertragsbestimmungen sowie aus den gesamten Umständen abzuleiten ist, die zum Vertragsschluss geführt haben.<sup>14</sup>

Ein Wille des Gesetzgebers, Konkretes zum Nachzügler zu regeln, ist nicht feststellbar. Aus dem Gesetz lässt sich daher nichts für die rechtliche Beurteilung als Kauf- oder Werkvertrag entnehmen.<sup>15</sup>

## 3. Fälligkeit der letzten Rate

### a) Schlussrechnung?

Für nach dem 1.1.2018 abgeschlossene Bauverträge regelt § 650g BGB, dass die Vergütung zu entrichten ist, wenn der Besteller das Werk abgenommen und der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat. Dies entspricht der Rechtsprechung zu Bauwerkverträgen, unabhän-

8 Vgl. *Kesseler*, MittBayNot 2006, 20; *Schulz*, NotarFormulare Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2017, § 6 Rdnr. 340.

9 BGH, Urteil vom 7.4.2016, VII ZR 56/15, DNotZ 2017, 57 m. Anm. *Basty*.

10 Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1154 ff.; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. 2011, Rdnr. 756; *Grziwotz/Koebler/Vogel*, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 4 Rdnr. 408.

11 Vgl. hierzu OLG München, Urteil vom 17.3.2016, 9 U 1662/11, ZfIR 2016, 400 m. Anm. *Everts* = MittBayNot 2017, 45 m. Anm. *Grziwotz*; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 91 ff.

12 BGH, Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878 = ZfIR 2016, 570 m. Anm. *Gritschneider* = MittBayNot 2017, 41 m. Anm. *Cramer*; hierzu auch *Dötsch*, ZWE 2016, 315; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361.

13 Vgl. *Pause/Vogel*, NZBau 2015, 667, 673, die allerdings eine Klarstellung hierzu im Gesetz empfohlen haben.

14 BGH, Urteil vom 6.5.1982, VII ZR 74/81, NJW 1982, 2243 (Verkauf eines Musterhauses); ebenso BGH, Urteil vom 29.6.1989, VII ZR 151/88, BGHZ 108, 164, 167 f.

15 *Orlowski*, ZfBR 2016, 419, 438 f.

gig davon, ob diese sich nach VOB<sup>16</sup> oder nach BGB<sup>17</sup> richten. Abgestellt wird dabei auf den „vorläufigen Charakter der Voraus- oder Abschlagszahlungen“ bei einem Werkvertrag.

§ 650g BGB gilt auch für Bauträgerverträge (§ 650u Abs. 2 BGB). Fraglich ist damit, ob eine Schlussrechnung Voraussetzung für die Fälligkeit der letzten Rate bei Bauträgerverträgen sein muss.<sup>18</sup> Im Hinblick auf § 650v BGB kann § 650g BGB für den Bauträgervertrag allerdings keine Leitbildfunktion zukommen. Weder die Abschlagszahlungsverordnung noch die MaBV sehen eine Schlussrechnung vor. Diese macht im Übrigen auch nur da Sinn, wo ein Anspruch auf Auszahlung eines Überschusses oder eine Nachzahlung in Betracht kommen kann. Für Bauträgerverträge mit einer Festpreisvereinbarung, also den Regelfall, besteht jedoch keine Abrechnungspflicht. Die letzte Rate kann daher in aller Regel unabhängig von einer Schlussrechnung fällig werden.<sup>19</sup>

Nur wenn die im Vertrag vereinbarte Vergütung noch nicht endgültig ist (etwa bei Sonderwunschvereinbarungen), kann eine Abrechnungspflicht in Form einer prüffähigen Schlussrechnung, die wiederum Voraussetzung für die Fälligkeit der Schlusszahlung wäre, zu bejahen sein.<sup>20</sup> Dies sollte der Vertrag ggf. näher regeln.

#### b) Protokollmängel

In Literatur und Rechtsprechung wird nicht selten vertreten, Voraussetzung für die vollständige Fertigstellung sei auch die Beseitigung der sog. Protokollmängel.<sup>21</sup> Hierzu findet sich in der Gesetzesbegründung im Zusammenhang mit der Erläuterung der Vorschrift zur fiktiven Abnahme in § 640 BGB ein interessanter Hinweis:

In das Gesetz aufgenommen werde als Voraussetzung für die fiktive Abnahme die Fertigstellung des Werks. Dies sei der Fall, wenn die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet bzw. erbracht sind – unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht. Insofern unterscheide sich der Begriff der Fertigstellung in § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB von dem Begriff der vollständigen Fertigstellung in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV, der voraussetze, dass sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben worden sind und damit die Abnahmereife der Werkleistung gegeben ist.<sup>22</sup>

Danach wird man schwerlich auf die Beseitigung der Protokollmängel als Voraussetzung für die vollständige Fertigstellung abstellen können.

#### 4. Werbeaussagen, Prospekte

Nach § 650k Abs. 2 BGB, der auch auf Bauträgerverträge anzuwenden ist (§ 650u Abs. 2 BGB), ist bei unvollständiger oder unklarer Baubeschreibung der Vertrag „unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände“ auszuulegen. Hierzu zählen zum Beispiel Werbeaussagen und Prospekte.

Der Gesetzgeber greift damit die Rechtsprechung zum Werkvertrag auf: So hat der VII. Zivilsenat des BGH die Darstellung in einem Verkaufsprospekt (Einzeichnungen von Bett und weiterem Mobiliar) der Auslegung des Vertrags zugrundegelegt, obwohl die beurkundeten Unterlagen den betreffenden Raum nur als Abstellraum bezeichneten,<sup>23</sup> oder die Erklärungen eines vom Bauträger eingeschalteten Vermittlers für maßgebend zur Bestimmung der geschuldeten Wohnfläche erkannt.<sup>24</sup> Das OLG Frankfurt entschied entsprechend für die Zusage von Skyline-Blick in einem Verkaufsprospekt<sup>25</sup> und erachtete in einem anderen Fall die Darstellungen in einem Modell der Wohnanlage für maßgebend für die Bestimmung der geschuldeten Leistung.<sup>26</sup>

Auf den ersten Blick widersprechen sich diese Rechtsprechung zum Werkvertrag samt der gesetzlichen Regelung in § 650k Abs. 2 BGB und jüngere Entscheidungen zum Grundstückskauf.<sup>27</sup> Für diesen hat nämlich der V. Zivilsenat entschieden, dass bei beurkundungspflichtigen Verträgen der Käufer ohne Beurkundung der betreffenden Information nicht davon ausgehen könne, dass sich der Verkäufer diesbezüglich binden wolle. Auch bei öffentlichen Äußerungen sei die Bedeutung der Beurkundung zu berücksichtigen, sie führe zu einer „Zäsur“, die vorvertraglichen Informationen würden nicht Vertragsinhalt.

Es besteht jedoch wohl kein wirklicher Widerspruch. Es gilt, den Unterschieden von Kauf- und Werkvertrag Rechnung zu tragen.<sup>28</sup> Beim Kaufvertrag ist der Kaufgegenstand im Wesentlichen durch den gegebenen Zustand des Kaufobjekts definiert. Wird „gekauft wie besichtigt“, ist es richtig und kon-

16 BGH, Urteil vom 20.10.1988, VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290.

17 BGH, Urteil vom 24.1.2002, VII ZR 196/00, NJW 2002, 1567.

18 Vgl. *Karczewski/Vogel*, BauR 2001, 859, 860; *Virneburg* in Gestaltung des Bauträgervertrages, PiG (Partner im Gespräch), Band 78, 2007, S. 91, 103 f.

19 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.1.2005, 12 U 132/04, BauR 2005, 1491; OLG Koblenz, Urteil vom 5.5.2003, 12 U 40/02, BauR 2003, 1410 (im Hinblick auf die Festpreisvereinbarung); *Blank*, Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 272; *Kniffka/Pause/Vogel*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 18.9.2016, § 641 Rdnr. 209; *Grziwotz/Koebble/Riemenschneider*, Handbuch Bauträgerrecht, Teil 3 Rdnr. 412; *Grziwotz/Koebble/Vogel*, Handbuch Bauträgerrecht, Teil 4 Rdnr. 128 f.

20 *Blank*, Bauträgervertrag, Rdnr. 272.

21 Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 529 m. w. N.

22 BT-Drucks. 18/8486, S. 49 unter Hinweis auf *Marcks*, MaBV, 9. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 42; und BGH, Urteil vom 30.4.1998, VII ZR 47/97, NJW 1998, 2967.

23 BGH, Urteil vom 25.10.2007, VII ZR 205/06, ZfIR 2008, 290 m. Anm. *Hildebrandt* = DNotZ 2008, 609 m. Anm. *Koebble*; ähnlich LG Verden, Urteil vom 4.12.2012, 4 O 163/12, IMR 2013, 346 m. Anm. *Grziwotz* für die Angabe „Mansardenzimmer“ in einem Exposé, wenn dieser Raum tatsächlich nicht bewohnbar ist.

24 BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02, ZfIR 2004, 324 m. Anm. *Basty/Vogel*.

25 OLG Frankfurt, Urteil vom 12.11.2015, 3 U 4/14, IBR 2016, 90 m. Anm. *Vogel*.

26 OLG Frankfurt, Urteil vom 30.11.2011, 12 U 136/10, IBR 2012, 150 (Lage und Ausgestaltung einer Tiefgaragenzufahrt).

27 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349; BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, DNotZ 2016, 921 = NJW 2017, 150 m. Anm. *Herrler*.

28 Anders *Weber*, RNotZ 2016, 650, 652 ff., der ausgehend von der Rechtsprechung des V. Zivilsenats für kritische Fälle eine Lösung in erster Linie in der Haftung aus c. i. c. (hierzu *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1049) erkennt.

sequent, für weiter gehende Zusagen eine unmittelbare Aussage im abgeschlossenen Vertrag zu verlangen. Demgegenüber sind bei Bau- und Bauträgerverträgen die zu erbringenden Leistungen durch Pläne und Baubeschreibung oft nur eher grob beschrieben. Unklarheiten sind häufig. Nicht selten erscheinen Baubeschreibungen unvollständig. Sie unterliegen zudem häufig einem Bestimmungsrecht, sei es des Unternehmers, sei es eines Dritten, zum Beispiel des Architekten. Diesbezüglich wird die Entscheidung zum Abschluss des Vertrags für den Erwerber nicht selten von Umständen abhängig sein, die sich nicht unmittelbar aus dem Vertrag ergeben. Seine Vorstellungen werden zum Beispiel mitbestimmt durch Prospekte, (im Internet abrufbare) Werbefilme, Modelle oder Vergleichsobjekte. Dabei verschafft ihm etwa die Illustration in einem Prospekt, zum Beispiel die Darstellung von Einrichtungsgegenständen, ein deutlich anschaulicheres Bild von dem, was Vertragsgegenstand und -inhalt ist als der Bau- oder Aufteilungsplan, der dem Vertrag zugrundegelegt wird. Der Unternehmer weiß und will, dass diese Umstände für die Vorstellungen des Erwerbers (mit-)bestimmend sind. Dann muss er es sich auch gefallen lassen, dass solche Angaben Konsequenzen haben. Will er dies nicht, ist ihm ohne Weiteres zuzumuten, sich in klarer Weise von solchen Aussagen zu distanzieren.

Würde man in diesem Zusammenhang „vertragsbegleitende Umstände“ nicht zur Bestimmung der geschuldeten Beschaffenheit heranziehen, könnte dies in vielen Fällen zur Unwirksamkeit des Vertrags führen. Ist nämlich eine bestimmte Beschaffenheit gewollt, hat diese Abrede aber im Vertrag keinen Niederschlag gefunden, fehlt es in einem zentralen Punkt an der gewollten Bindung. Der Vertrag ist gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Da nur Formmängel geheilt werden, es aber am Bindungswillen fehlt, tritt auch durch die Eigentumsumschreibung keine Heilung ein.<sup>29</sup>

Zur Konkretisierung der noch zu erbringenden Leistungen, insbesondere zur Bestimmung des zu erbringenden Leistungsstandards, können daher, auch im Lichte der Rechtsprechung des V. Zivilsenats,<sup>30</sup> vorvertragliche Erklärungen und Werbeaussagen herangezogen werden.<sup>31</sup> Sie werden nicht unmittelbar Vertragsinhalt, haben aber ihre Bedeutung für die Auslegung des Vertrags.<sup>32</sup> Die Rechtsprechung verlangt insofern, dass die hierauf beruhenden Vorstellungen des Erwer-

bers im beurkundeten Vertrag zumindest einen gewissen Anhaltspunkt finden.<sup>33</sup> Als „Anhaltspunkt“ im beurkundeten Vertrag kann die Auslegungsbedürftigkeit des Vertrags genügen. Dem entspricht § 650k Abs. 2 BGB.

Unter dieser Voraussetzung können auch *einseitige Vorstellungen* des Erwerbers für den Inhalt des Vertrags maßgeblich sein, wenn der Bauträger in Kenntnis des Willens des Erwerbers den Vertrag abschließt.<sup>34</sup> Auch Erklärungen eines vom Bauträger eingeschalteten Vermittlers (etwa zur Wohnfläche) sind dem Bauträger unter Umständen zuzurechnen und können zur Vertragsauslegung heranzuziehen sein.<sup>35</sup>

## 5. Baubeschreibung

### a) Aushändigung

Gemäß 650j BGB i. V. m. Art. 249 § 1 EGBGB ist einem Verbraucher „rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen“. Dies gilt auch für Bauträgerverträge (vgl. § 650u Abs. 2 BGB). Dasselbe wird man aus dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ableiten können.

Ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf soll dem Verbraucher vor Vertragsschluss ausreichend Zeit zu einer Überprüfung der angebotenen Leistung, ggf. auch unter Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten, und einem Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten bleiben. Die Frist von 14 Tagen, die für die Übersendung des Vertragstextes vorgesehen ist, wird man grundsätzlich als hinreichend ansehen können.

Zweckmäßigerweise sollte – wie für den Regierungsentwurf in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vorgesehen – im Vertrag auch die rechtzeitige Aushändigung der Baubeschreibung dokumentiert werden:

Alle Beteiligten bestätigen, dass sie ausreichend Gelegenheit hatten, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung und dem Inhalt des Vertrages auseinander zu setzen und dass sie für eigene Rechnung handeln. Ihnen wurde vom Notar mehr als zwei Wochen vor der Beurkundung ein Vertragsskizzenentwurf sowie der Inhalt der nachstehend in ... genannten Verweisungsurkunde übermittelt.

### b) Inhalt der Baubeschreibung

Das Gesetz enthält nun Vorgaben für den Inhalt einer Baubeschreibung. Sie sind in § 2 des Art. 249 EGBGB wie folgt geregelt:

29 Krüger/Hertel/Hertel, Der Grundstückskauf, 11. Aufl. 2016, Rdnr. 986.

30 Pause, BauR 2017, 430, 435, meint, die Rechtsprechung des V. Zivilsenats sei mit der neuen Regelung des § 650k Abs. 2 BGB überholt (das Problem der vor Inkrafttreten dieser Regelung abgeschlossenen Verträge wäre damit freilich nicht gelöst).

31 Krit. Reithmann, ZfIR 2000, 602, 604.

32 Vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2007, VII ZR 205/06, ZfIR 2008, 290 m. Anm. Hildebrandt; BGH, Urteil vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250; BGH, Urteil vom 7.9.2000, VII ZR 443/99, BGHZ 145, 121; BGH, Urteil vom 7.5.1987, VII ZR 366/85, BGHZ 100, 391; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.12.2005, 9 U 51/05, ZfIR 2007, 117; LG Landshut, Urteil vom 11.11.1992, 13 S 1540/92, MittBayNot 1993, 149; Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 880 f.; Grzivotz/Koebler/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Teil 4 Rdnr. 166 ff.; Schmidt in Rechtsicherheit am Bau, PiG (Partner im Gespräch), Band 87, 2010, S. 53, 54 ff.

33 Vgl. BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349; BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 m. Anm. Herrier, Tz. 17 f.

34 BGH, Urteil vom 25.10.2007, VII ZR 205/06, ZfIR 2008, 290 m. Anm. Hildebrandt; BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02, ZfIR 2004, 324.

35 Vgl. BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02, ZfIR 2004, 324; BGH, Urteil vom 2.6.1995, V ZR 52/94, MittBayNot 1995, 377; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.1.2011, 13 U 148/10, NJW-RR 2011, 918; OLG Hamm, Urteil vom 28.4.2009, 19 U 168/08, BauR 2010, 229. Anders Blank, Bauträgervertrag, Rdnr. 112, der solche Fälle – auch wegen § 311b BGB – über eine Haftung aus c. i. c. lösen will.

„(1) In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Sie muss mindestens folgende Informationen enthalten:

1. allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, ggf. Haustyp und Bauweise,
2. Art und Umfang der angebotenen Leistungen, ggf. der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe,
3. Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte,
4. ggf. Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,
5. Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke,
6. ggf. Beschreibung des Innenausbaus,
7. ggf. Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen,
8. Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss,
9. ggf. Beschreibung der Sanitärobjekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.

(2) Die Baubeschreibung hat verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks zu enthalten. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.“

#### (1) Einschränkung des Transparenzgebots?

Art. 249 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB verlangt eine klare Darstellung. Der Gesetzgeber verzichtet – anders als zum Beispiel in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB oder Art. 246 Abs. 1 EGBGB – bewusst auf ein Verständlichkeitsgebot. Klarheit genüge.

In der Begründung hierzu wird ausgeführt, im Hinblick auf die teilweise komplexen technischen Informationen, die etwa zur Beschreibung der Wärmedämmung oder der technischen Ausstattung eines Bauvorhabens erforderlich sind, könne ein entsprechender Maßstab keine Anwendung auf die Baubeschreibung finden. Vielmehr sei insoweit lediglich erforderlich, dass klare Informationen übermittelt werden. Bei Verständnisproblemen könne der Verbraucher Experten hinzuziehen. Insofern wird man in der gesetzlichen Regelung eine gewisse

Einschränkung gegenüber den Anforderungen sehen können, die bislang zur Transparenz von Baubeschreibungen verlangt wurden.<sup>36</sup>

Es stellt sich die Frage, ob es zum Beispiel künftig hinreichend sein kann, für den Schallschutz nur die Mindestanforderungen der DIN 4109 zu vereinbaren. Die Rechtsprechung sieht es bislang anders.<sup>37</sup> Danach kann ein Erwerber von dem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard ausgehen. Ein Bauwerk, das nur den Mindestanforderungen der DIN 4109 genügt, wird dem nicht gerecht. Für einen Experten wäre eine entsprechende Bestimmung zwar verständlich; zur Klarheit im Sinne der gesetzlichen Regelung wird man aber auch zu rechnen haben, dass auf Abweichungen vom Üblichen hingewiesen wird:

Beispiel:

Dem Erwerber ist bekannt, dass in der vertragsgegenständlichen Wohnanlage die heute allgemein anerkannten Regeln der Technik im Hinblick auf den Schallschutz nicht eingehalten werden, so dass zum Beispiel lautes Sprechen oder Gehgeräusche aus Nachbarwohnungen vernehmbar sein werden.<sup>38</sup>

#### (2) Fertigstellungstermin

(aa) Jedenfalls bislang fehlen in Baubeschreibungen in aller Regel Angaben im Sinne des Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB zum Fertigstellungstermin. Hierzu finden sich Regelungen üblicherweise im beurkundeten Vertrag selbst. Hierbei wird es wohl auch künftig bleiben können. Anliegen des Gesetzes ist die zuverlässige Angabe zum geschuldeten Fertigstellungszeitpunkt. Dies kann auch im beurkundeten Vertrag erfolgen.

(bb) § 650u Abs. 2 BGB nimmt nur § 650k Abs. 1 BGB von der Anwendung aus. Demnach gilt auch für den Bauträgervertrag § 650k Abs. 3 BGB, wonach, wenn der Vertrag nicht verbindlich einen Fertigstellungstermin regelt, die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags werden. Man kann hierin eine – dogmatisch nicht unproblematische – Einschränkung gegenüber § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB sehen. Hinzu kommt, dass die gesetzliche Regelung des § 271 BGB für den Erwerber nicht selten günstiger sein wird.

<sup>36</sup> Kritisch *Pause*, BauR 2017, 430, 434.

<sup>37</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 4.6.2009, VII ZR 54/07, MittBayNot 2009, 460; OLG München, Urteil vom 19.5.2009, 9 U 4198/08, IMR 2009, 241 m. Anm. *Kögl*.

<sup>38</sup> Vgl. *Pause*, ZfIR 2014, 127, 128.

# Aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung zur Beschaffenheit von Immobilien<sup>1</sup>

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

Die Obergerichte beschäftigten sich in den letzten anderthalb Jahren – seit der wichtigen BGH-Entscheidung vom 6.11.2015 – weiterhin intensiv mit den Anforderungen an Beschaffenheitsvereinbarungen gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB (I.), der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB (II.), den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB (III.) und den Anforderungen an die arglistige Täuschung gemäß §§ 123 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, § 444 BGB (IV.). Die Folgen für die notarielle Praxis sind zu skizzieren (V.).

## I. Beschaffenheitsvereinbarungen

In den Urteilen vom 6.11.2015<sup>3</sup> (1.) und vom 22.4.2016<sup>4</sup> (2.) hat der V. Zivilsenat Wichtiges zur Beurteilung von Beschaffenheitsvereinbarungen in notariellen Kaufverträgen geäußert. Weitere Entscheidungen der Obergerichte sind seither ergangen, die ebenfalls Aufmerksamkeit verdienen (3.).

### 1. Die Leitentscheidung des V. Zivilsenats

2009 erwarben Eheleute ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück. Ein Unternehmer-Verbraucher-Geschäft nach §§ 13, 14 BGB lag nicht vor. Dementsprechend wurde die Haftung für Sachmängel weitgehend – bis auf die Grenzen des § 444 BGB – ausgeschlossen. In einem Exposé sowie auf einer Internetseite war eine Wohnfläche von ca. 200 m<sup>2</sup> zzgl. Nutzfläche von ca. 15 m<sup>2</sup> angegeben worden; Angaben hierzu fanden sich im notariellen Kaufvertrag nicht. Ein Architekt ermittelte später auf der Basis der Wohnflächenverordnung eine Wohnfläche von 171,74 m<sup>2</sup>. Die Käufer erklärten daraufhin unter anderem die Minderung des Kaufpreises und verlangten insoweit Rückzahlung gemäß § 441 Abs. 4, § 346 Abs. 1 BGB.

Der BGH gab dem Verkäufer Recht. Um eine – den Haftungsausschluss schlagende<sup>5</sup> – Beschaffenheitsvereinbarung ge-

mäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB anzunehmen, müssten entsprechende Vereinbarungen in der notariellen Urkunde enthalten sein. Anderenfalls sei eine Bindung der Parteien angesichts „des ihnen bekannten Beurkundungserfordernisses in aller Regel nicht anzunehmen“.<sup>6</sup> Wollte man dies anders sehen, hätte das Fehlen vorvertraglicher Beschreibungen im Vertragstext später die Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrags zur Folge gehabt, § 125 Satz 1, § 311 b Abs. 1 BGB.<sup>7</sup> Die Beschaffenheitsvereinbarung unterscheidet sich von bloßen Wissenserklärungen und Hinweisen durch das vertragliche Element.<sup>8</sup> Eine Beschaffenheitsvereinbarung setzt also korrespondierende Willenserklärungen von Verkäufer und Käufer voraus<sup>9</sup> und muss sich im Vertrag niedergeschlagen haben.

Diese Entscheidung ist zu begrüßen. Sie stärkt die Verhandlung vor dem Notar, der gemäß § 17 BeurkG den Willen der Parteien zu ermitteln hat und deswegen auf die Zäsur der notariellen Beurkundung hinweisen muss (dazu unter V.). Verkäufer und Käufer können sich auf die Urkunde selbst verlassen; es zählt allein, was dort geregelt ist. Der Entscheidung steht im Grundsatz auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht entgegen.<sup>10</sup>

### 2. Die Folgeentscheidung vom 22.4.2016

In der Entscheidung vom 22.4.2016<sup>11</sup> geht es nur am Rande um Beschaffenheitsvereinbarungen. Der Verkäufer hatte den Kaufgrundbesitz damit beworben, das darauf errichtete Gebäude stamme aus dem Jahre 1999/2000. Tatsächlich war eine Rückwand, die von einer älteren Scheune gestammt hatte, in den Bau integriert worden. Die einbezogene Altbauwand ist luft- und feuchtigkeitsdurchlässiger als die übrigen Wände. Das Alter dieser Wand wurde weder in der Werbung noch in dem notariellen Vertrag erwähnt.

Der BGH sprach in diesem Judikat prägnant von der „Zäsur“ des notariellen Kaufvertrags.<sup>12</sup> Er betonte nochmals, dass maßgeblich sei, was in der Urkunde vereinbart wurde. Enthalte

1 Für wertvolle Hinweise danke ich Herrn Notar Dr. *Christian Pohl*, Kandel.  
 2 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, JZ 2016, 1008. Das Urteil ist viel besprochen worden, etwa von *Baldus/Raff*, GPR 2017, 71; *Cziupka/Hübner*, DNotZ 2016, 323; *Damm*, BWNotZ 2016, 58; *Faust*, JZ 2016, 1012; *Gutzeit*, JuS 2016, 841; *Herrler*, NJW 2016, 1767; *Weber*, RNotZ 2016, 650.  
 3 Siehe Fn. 2.  
 4 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 m. Anm. *Herrler*, S. 152 f.  
 5 Vgl. hierzu grundlegend BGH, Urteil vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, NJW 2007, 1346, 1349 Rdnr. 31; Urteile vom 19.12.2012, VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074, 1076 Rdnr. 19 und VIII ZR 117/12, NJW 2013, 1733, 1734 Rdnr. 15; Urteil vom 13.3.2013, VIII ZR 186/12, NJW 2013, 2107, 2108 Rdnr. 20; Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, JZ 2016, 1008 Rdnr. 9.

6 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, JZ 2016, 1008 Rdnr. 16.  
 7 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, JZ 2016, 1008 Rdnr. 18.  
 8 Eingehend zur Unterscheidung von Beschaffenheitsvereinbarungen und Beschreibungen der Kaufsache *Cziupka/Hübner*, DNotZ 2016, 323, 329 ff.  
 9 Näher MünchKomm-BGB/*Westermann*, 7. Aufl. 2016, § 434 Rdnr. 16.  
 10 Näher hierzu *Baldus/Raff*, GPR 2017, 71 und – auch zu Ausnahmen – *Cziupka/Hübner*, DNotZ 2016, 323.  
 11 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150.  
 12 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150, 151 Rdnr. 18.

diese einerseits keine Beschaffenheitsvereinbarung, andererseits einen uneingeschränkten Haftungsausschluss, bedeute dies „in aller Regel“, dass der Verkäufer eine Haftung nach § 434 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB ausschließen wollte.<sup>13</sup>

Diese Entscheidung ist ebenfalls zu begrüßen. Der Begriff der „Zäsur“ unterstreicht anschaulich die Bedeutung der notariellen Urkunde und zeigt insbesondere ihre Abschlussfunktion.

### 3. Weitere obergerichtliche Urteile

Nicht nur der BGH, auch einige Oberlandesgerichte haben in den letzten Monaten zu Beschaffenheitsvereinbarungen judiziert.

In einem jüngeren Fall des OLG Hamm<sup>14</sup> wurde in einem Kaufvertrag über eine gebrauchte Immobilie das Baujahr (1997) angegeben. Tatsächlich war das Gebäude 1995 fertiggestellt worden. Auf diese Diskrepanz stützten die Käufer Mängelrechte – mit Erfolg: Wird in einem Grundstückskauf (ohne weitere Einschränkungen) ein Baujahr angegeben, begründet dies eine Beschaffenheitsvereinbarung.<sup>15</sup> In der Diskrepanz von zwei Jahren liegt nach Ansicht des Gerichts ein Sachmangel. Das Baujahr habe Auswirkungen auf den Verkehrswert des Grundstücks, weil die – näher erläuterte – wirtschaftliche Restnutzungsdauer nur 62 statt 64 Jahren betrage.<sup>16</sup> Ein Baujahr sollte in Grundstückskaufverträgen vor diesem Hintergrund – ähnlich wie die Wohnfläche – nur angegeben werden, wenn es notwendig ist.

Das OLG Dresden<sup>17</sup> hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Verkäufer im Vertrag „zusichert, dass alle Genehmigungen für den Hotelbetrieb vorliegen“.<sup>18</sup> Die gaststättenrechtliche Erlaubnis bestand; ein Nebengebäude war aber ein Schwarzbau, welchen die Baubehörde nach einem nicht zu Ende geführten Ordnungswidrigkeitsverfahren jedoch offenbar duldet. Dem OLG zufolge lag eine Beschaffenheitsvereinbarung vor. Auch die Baugenehmigung gehöre zu den „Genehmigungen für den Hotelbetrieb“. Es sei ohne Belang, dass das Nebengebäude tatsächlich geduldet und auch genutzt werde. Nach dem OLG fehlt es an der „baurechtlich gesicher-

ten Befugnis“, das Gebäude „auf Dauer für den vertraglich vorausgesetzten Zweck nutzen zu können“.<sup>19</sup> Dem ist zuzustimmen.

Hieraus folgte, dass der Haftungsausschluss nicht greifen konnte, denn eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung schlägt bekanntlich den (allgemeinen) Haftungsausschluss.<sup>20</sup> Das OLG ist gleichwohl mit dem Ergebnis unzufrieden und verneint das Minderungsverlangen des Käufers wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben, § 242 BGB. Das ist zweifelhaft, denn eine objektive Minderwertigkeit des Kaufgrundbesitzes dürfte zumindest für die Zeit, in der die – später erteilte – Genehmigung fehlte, gegeben gewesen sein. Das ist hier aber nicht zu vertiefen.

## II. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung

Zur Eignung zur gewöhnlichen Verwendung gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB gibt es ebenfalls ein aktuelles Judikat des BGH vom 8.7.2016.<sup>21</sup> Ein Grundstück war als Bahnbetriebsgelände und Schrottplatz genutzt worden. Dies hatte der Verkäufer dem Käufer nicht offenbart. Im Kaufvertrag wurde die Haftung ausgeschlossen. Später stellte der Käufer eine erhebliche Altlastenkontamination fest.

Mit Blick auf die *konkrete* Bodenbelastung bestätigt der BGH den Haftungsausschluss; diese habe der Verkäufer nicht gekannt.<sup>22</sup> Allerdings soll auch die frühere Nutzung als Eisenbahnbetriebsgelände einen Altlastenverdacht und schon deswegen einen Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB begründen können: Ein intensiver Fahr-, Abstell- und Verladebetrieb, insbesondere durch Schmiermittelverluste, Unkrautbekämpfung und Bahnschwellenimprägnierung, könne zu einer erheblichen Schadstoffbelastung des Grundstücks geführt haben.<sup>23</sup> Dieser Fall passt zu sonstigen BGH-Entscheidungen hinsichtlich früherer gefahrerhöhender Nutzungen als Müllkippe<sup>24</sup>, Deponie<sup>25</sup>, Werksdeponie<sup>26</sup> oder Tankstelle<sup>27</sup>.

13 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150, 151 Rdnr. 18.

14 OLG Hamm, Urteil vom 2.3.2017, 22 U 82/16, BeckRS 2017, 104877.

15 OLG Hamm, Urteil vom 2.3.2017, 22 U 82/16, BeckRS 2017, 104877 Rdnr. 27; Palandt/Weidenkaff, 76. Aufl. 2017, § 434 Rdnr. 63.

16 Näher OLG Hamm, Urteil vom 2.3.2017, 22 U 82/16, BeckRS 2017, 104877 Rdnr. 36 f. Der Sachmangel ist laut OLG Hamm auch erheblich im Sinne von § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB und erlaubt so die Rückabwicklung des Vertrags nach § 281 Abs. 5, §§ 346 ff. BGB (Schadensersatz statt der ganzen Leistung), weil der Verkäufer den Käufer über das Baujahr arglistig getäuscht habe.

17 OLG Dresden, Urteil vom 25.10.2016, 4 U 453/16, BeckRS 2016, 111202.

18 Der aus dem alten Schuldrecht stammende Begriff der „Zusicherung“ sollte in Notarverträgen nicht mehr verwendet werden. An ihre Stelle ist die Garantie getreten, § 276 Abs. 1, § 444 Fall 2 BGB. Vgl. dazu BGH, Urteil vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, NJW 2007, 1346 (zu einem gebrauchten Motorrad).

19 OLG Dresden, Urteil vom 25.10.2016, 4 U 453/16, BeckRS 2016, 111202 Rdnr. 48.

20 Siehe nochmals Fn. 5.

21 BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15, MittBayNot 2017, 363 m. Anm. Krauß, NotBZ 2017, 99 f. (non vidi) und Goslich, MittBayNot 2017, 366.

22 BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15, MittBayNot 2017, 363 Rdnr. 6.

23 BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15, MittBayNot 2017, 363 Rdnr. 6.

24 BGH, Urteil vom 12.7.1991, V ZR 121/90, NJW 1991, 2900, 2901.

25 BGH, Urteil vom 19.3.1992, III ZR 16/90, BGHZ 117, 363, 369 = NJW 1992, 1953, 1954 f.

26 BGH, Urteil vom 3.3.1995, V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, 1550.

27 BGH, Urteil vom 1.10.1999, V ZR 218/98, NJW 1999, 3777, 3778.

### III. Öffentliche Äußerungen des Verkäufers

In der bereits skizzierten Entscheidung des BGH vom 22.4.2016<sup>28</sup> ging es im Schwerpunkt um die Frage, unter welchen Voraussetzungen öffentliche Äußerungen des Verkäufers einen Mangel begründen können, § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB. Dies ist deswegen von zentralem Interesse, weil sie von dem Formgebot des § 311b Abs. 1 BGB nicht erfasst werden: Es handelt sich um einseitige Äußerungen, nicht um Willenserklärungen.<sup>29</sup> Solche lagen mit den Informationen des Verkäufers im Internet sicherlich vor.<sup>30</sup>

In einem bürgerlichrechtlichen Vertrag, der kein Unternehmer-Verbraucher-Geschäft darstellt und auch ansonsten nicht dem § 305 Abs. 1 BGB unterliegt, ist dies unproblematisch: Fehlt eine Beschaffenheitsvereinbarung, verdrängt der regelmäßig vereinbarte allgemeine Haftungsausschluss die öffentlichen Äußerungen. In diesem Fall kann aber die Arglist eine hervorgehobene Rolle spielen (siehe unter IV.).

Problematischer wird es bei Unternehmer-Verbraucher-Geschäften und in sonstigen Fällen des § 305 Abs. 1 BGB. Denn dort sind wegen § 309 Nr. 7 und 8 BGB allgemeine Haftungsausschlüsse unwirksam. Schwierigkeiten könnten namentlich bei Exposés, Prospekten und Ähnlichem von Bauträgern auftreten. Hier sollten in notariellen Verträgen zumindest – wie üblich – Regelungen dazu aufgenommen werden, was in Fällen von Abweichungen gegenüber diesen vorvertraglichen öffentlichen Äußerungen gelten solle (siehe noch unter V.).

### IV. Anforderungen an die arglistige Täuschung

Einige der hier besprochenen Fälle behandeln auch eingehend die Anforderungen an die arglistige Täuschung. Denn die Haftung ihrerwegen kann gemäß § 444 BGB im Voraus nicht ausgeschlossen werden.

Namentlich die BGH-Entscheidung vom 22.4.2016 enthält hierzu einige „auffrischende“ Aussagen.<sup>31</sup> Die arglistige Täuschung hat mit der Täuschung, dem Vortäuschen falscher Tatsachen, ein objektives Element. Liegt der Schwerpunkt auf dem Unterlassen, setzt diese eine Offenbarungspflicht hinsichtlich wesentlicher Umstände voraus.

Hinzu kommt auf subjektiver Ebene Vorsatz.<sup>32</sup> Eventualvorsatz genügt, ist aber auch erforderlich. Für eine arglistige Täuschung (durch Unterlassen) genügt es nach dem BGH daher nicht, wenn der Verkäufer wusste, dass eine Wand vor 1999 errichtet wurde und er sich der „Schlussfolgerung verschlossen“ hat, „dass dies offenbarungspflichtig war“. Der Verkäufer muss es für möglich gehalten und zugleich billigend in Kauf

genommen haben, „dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte“.<sup>33</sup> Mit anderen Worten muss der Verkäufer den verschwiegenen Umstand selbst für vertragswesentlich gehalten haben. All dies, objektive wie subjektive Elemente, muss der Käufer darlegen und beweisen.

Welche Bedeutung der Arglist zukommt, zeigt ein jüngerer Fall des OLG Celle.<sup>34</sup> Dort war im Exposé unter anderem angegeben worden, dass eine Teilfläche als Bauland geteilt und verkauft werden könne. Tatsächlich hatte die zuständige Baubehörde einige Jahre zuvor einen Bauantrag abgelehnt, allerdings zu Zeiten, als das betroffene Teilgrundstück noch im Außenbereich lag (§ 35 BauGB). Dies hatte sich zwischenzeitlich geändert. Trotzdem nahm das OLG Arglist an, da es sich insoweit um einen mitteilungsbedürftigen Sachverhalt gehandelt habe und der Verkäufer keine Angaben ins Blaue machen dürfe.<sup>35</sup>

Auch die BGH-Entscheidung vom 8.7.2016<sup>36</sup> enthält zentrale Ausführungen zur Arglist, vor allem mit Blick darauf, dass auf Verkäuferseite möglicherweise Fachkenntnis vorhanden war. Sollte das Berufungsgericht im Falle der ehemaligen Eisenbahnnutzung zum Ergebnis kommen, dass ein Sachmangel vorliege, müsse es prüfen, ob die (oben referierten) Voraussetzungen „bei dem fachkundigen [Bundeseisenbahnvermögen] vorliegen, und zwar unter Beachtung der Rechtsprechung zu der Wissenszurechnung bei juristischen Personen“.<sup>37</sup> Soweit das Wissen aktenkundig ist oder mindestens aktenkundig hätte gemacht werden müssen, dürften die Anforderungen an den Vorsatz in diesem Fall recht einfach erfüllt werden können: Ein Bahnexperte wird wissen, dass eine Schmierölbelastung auf die Entscheidung, ein Grundstück kaufen zu wollen, Einfluss haben kann. Nur wenn Umstände vorliegen, aufgrund derer der Experte „davon ausgehen darf, eine Schadstoffbelastung bestehe trotz einer gefahrenträchtigen Nutzung nicht“, könne die subjektive Seite der Arglist zu verneinen sein.<sup>38</sup> In diesem Satz dürfte auf Sekundärebene eine Verschiebung der Darlegungslast liegen. Mit anderen Worten: Beweist der Käufer die *gefahrenträchtige* Nutzung und das Wissen hierüber beim Verkäufer, muss der Verkäufer Umstände darlegen, warum er trotzdem davon ausgehen durfte, dass sich die Gefahr nicht in einer tatsächlichen Schadstoffbelastung realisieren

33 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150, 151 f. Rdnr. 21. Ebenso BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15, MittBayNot 2017, 363 Rdnr. 19.

34 OLG Celle, Urteil vom 21.4.2016, 16 U 140/15, BeckRS 2016, 110664.

35 OLG Celle, Urteil vom 21.4.2016, 16 U 140/15, BeckRS 2016, 110664 Rdnr. 40 ff.

36 BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15, MittBayNot 2017, 363 Rdnr. 19.

37 D. h. namentlich, ob es sich um Wissen handelt, das im üblichen Geschäftsgang aktenkundig gemacht werden muss; dann kann die Kenntnis beim Handelnden fingiert und der juristischen Person zugerechnet werden, siehe hierzu m. w. N. MünchKomm-BGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 166 Rdnr. 8 ff. Die Nachforschungspflicht in vorhandenen Akten dürfen aber auch nicht überspannt werden, vgl. BGH, Urteil vom 1.10.1999, V ZR 218/98, NJW 1999, 3777 ff.

38 BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15, MittBayNot 2017, 363 Rdnr. 19.

28 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150.

29 Zutreffend *Herrler*, NJW 2017, 152.

30 Die Entscheidung wird von *Herrler*, NJW 2017, 152 und *Weber*, RNotZ 2016, 250, 253 ff., kritisiert. *Weber* plädiert für eine teleologische Reduktion in Grundstückskaufverträgen und stattdessen für eine Ausdehnung der *culpa in contrahendo*-Haftung des Verkäufers (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB).

31 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150, 151 f. Rdnr. 20 ff.

32 Etwas anderes bedeutet Arglist nicht.

würde. Das dürfte ihm nicht gelingen; für den Verkäufer ist die *gefahrenträchtige* Nutzung eine *probatio diabolica*.

Nicht immer jedoch gelingt der Nachweis des Vorsatzes. So mag es aufklärungspflichtig sein, dass die ausschließliche Eigennutzung eines Grundstücks in einem Ferienhausgebiet unzulässig ist. Geht der Verkäufer aber davon aus, der Käufer wisse dies allein aufgrund des Begriffs „Ferienhausgebiet“, wird man ihm Vorsatz nicht nachweisen können.<sup>39</sup>

Kann dem Verkäufer Arglist nachgewiesen werden, hilft diesem nur noch § 442 BGB. Danach sind die Mängelrechte ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel kannte; wie sich aus § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt, gilt dies gerade auch dann, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Die Beweislast hierfür trägt wohl der Verkäufer.<sup>40</sup> Den Nachweis zu führen, wird häufig schwierig sein: Weiß der Käufer, dass der Keller eines älteren Hauses feucht ist, weiß er damit noch nicht, dass in diesen Keller bei Regen „breitflächig“ Wasser eintreten kann.<sup>41</sup>

## V. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

In den üblichen Grundstückskaufverträgen wird bereits bisher auf die Abschlussfunktion der notariellen Beurkundung hingewiesen („Für die vertraglichen Rechte und Pflichten gilt ausschließlich der Inhalt dieser Urkunde...“ oder Ähnliches). Nunmehr sollten aber auch die Zäsurwirkung der notariellen Urkunde und die mit ihr verbundene Vermutungswirkung betont werden. Vor diesem Hintergrund ist es ratsam, auch bei der Büroorganisation darauf zu achten, dass alle von den Beteiligten eingereichten Informationen zum Kaufgrundbesitz erfasst und auf rechtliche Relevanz untersucht werden. Der Laie wird bei der Beurkundung nicht stets erkennen können, ob seine Wünsche zumindest angesprochen sind. Aufgrund der Zäsurwirkung entstehen so ggf. Haftungsfallen.

39 OLG Rostock, Urteil vom 25.2.2016, 3 U 115/14, NJW-RR 2016, 1523.

40 BGH, Urteil vom 8.7.2016, V ZR 35/15, MittBayNot 2017, 363 Rdnr. 17; BGH, Urteil vom 18.11.2010, V ZR 181/09, MittBayNot 2011, 133 ff.; leicht anders MünchKomm-BGB/Westermann, § 442 Rdnr. 21 m. w. N.

41 Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 18.7.2016, I-22 U 161/15, MDR 2016, 1082.

Erläuterungen dergestalt, dass weder ein Exposé noch ansonsten getroffene Äußerungen des Verkäufers oder Gespräche der Parteien Auswirkungen auf den Vertrag haben (sollen), wenn sie in diesem keinen Niederschlag gefunden haben, können hilfreich sein. Insbesondere in Bauträgerverträgen sollten notfalls – namentlich mit Blick auf § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB – negative Beschaffenheitsvereinbarungen dergestalt getroffen werden, dass im Falle von Abweichungen zu Exposés oder anderweitigen öffentlichen Äußerungen des Bauträgers diese nicht gelten sollen, sondern nur der Inhalt der Urkunde einschließlich der zum Vertragsinhalt erhobenen Baubeschreibung samt Plänen.<sup>42</sup> Besser ist es aber, wenn Exposé, Vertrag und Baubeschreibung inhaltlich stets übereinstimmen.

Wenn – positive – Beschaffenheiten vereinbart werden, ist es empfehlenswert, auf Klarheit zu achten. Der Begriff der „Beschaffenheitsvereinbarung“ sollte zur Kennzeichnung verwandt werden. Die mit Beschaffenheitsvereinbarungen verbundenen Risiken für den Verkäufer dürften zu erläutern sein. Zugleich ist Vorsicht geboten bei zu käuferfreundlichen Beschaffenheitsvereinbarungen, die den Verkäufer über Gebühr belasten können. Die Wohnfläche etwa sollte nur in den Vertrag aufgenommen werden, wenn beide Parteien dies ausdrücklich wünschen. In diesem Fall sollte auch die Berechnungsgrundlage genannt werden. Auch das Baujahr sollte vor dem Hintergrund der oben genannten Entscheidung nur in Ausnahmefällen genannt werden.

Mit Blick auf frühere Nutzungen sollte der Notar die Parteien hierzu befragen, wenn er Anhaltspunkte für relevante frühere Nutzungen hat. Der Haftungsausschluss hilft dem Verkäufer wegen § 444 BGB in der Praxis wohl regelmäßig nicht, wenn er eine frühere Nutzung kennt, sie dem Käufer aber verschweigt. Hier wird es für den Käufer – bei Vorliegen der objektiven Umstände – nicht allzu schwierig sein, den Nachweis von Eventualvorsatz zu führen. Der Notar ist aber sicher nicht verpflichtet, ohne Anlass nach früheren Grundstücksnutzungen zu fragen.

42 Weitergehende Gestaltungsempfehlungen hierzu bei Weber, RNotZ 2016, 650, 656 ff. und Herrler, NJW 2017, 1767, 1770.

# Erbschaftsteuerrechtliche Fallstricke beim Erbfall mit Auslandsberührung

Von Notarassessor Dr. **Mathias Schmidt**, Landstuhl

Die Steuergestaltung beim Erbfall mit Auslandsberührung gehört zu den anspruchsvollen Disziplinen der erbschaftsteuerlichen Nachlassplanung. Sie setzt neben der Kenntnis des nationalen Erbschaftsteuerrechts auch die Kenntnis der im jeweiligen Einzelfall tangierten ausländischen Steuerrechtsordnung voraus.<sup>1</sup> Die verschiedenen Rechtsordnungen wiederum differieren in der Frage der Besteuerung des Nachlasses bzw. der Erben mitunter erheblich. Selbst innerhalb Europas reicht das Spektrum der Abgabenerhebung im Erbfall von den „klassischen Formen“ der Erbanfall- bzw. der Nachlasssteuer über die Erhebung spezifischer Registergebühren bis hin zum gänzlichen Verzicht auf eine Zahllast. Dieser „Flickenteppich“<sup>2</sup> kann dem findigen Berater durchaus Gestaltungsspielräume eröffnen. Je nachdem, inwieweit der Rechtssuchende bereit ist, persönliche und vermögensrechtliche Entscheidungen an einer aufgezeigten Steuervermeidungsstrategie zu orientieren, kann er seine Steuerlast optimieren, ggf. eine Besteuerung sogar gänzlich vermeiden.

Vom Notar wird der Rechtssuchende derartige Gedanken- spiele freilich nicht erwarten (können). Es soll deshalb auch nicht Ziel dieses Beitrages sein, für diese oder jene Fallkonstellation konkrete Anleitungen zur gezielten Steuervermeidung zu liefern. Stattdessen sollen die nachfolgenden Ausführungen den Notar zuvörderst hinsichtlich der Gefahren potenzieller steuerlicher Mehrbelastungen bei Sachverhalten mit Auslandsberührung sensibilisieren. Denn ebenso wie der besagte Flickenteppich Möglichkeiten für eine gezielte Steuerplanung eröffnet, hält er steuerliche Fallstricke bereit, die – für den Laien im Vorhinein kaum erkennbar – zu erheblichen finanziellen Mehrbelastungen gerade aufgrund des Auslandsbezuges führen können.

## I. Einleitung:

Als Ausgangspunkt des Beitrags soll die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Block<sup>3</sup> sowie die Entscheidung des BFH vom 19.6.2013<sup>4</sup> dienen, die die Gefahr steuerlicher Mehrbelastungen beim Erbfall mit Auslandsbezug in besonderem Maße dokumentieren: In beiden Entscheidungen haben

die Gerichte nämlich eine echte Doppelbesteuerung – verstanden als paralleler und gleichwohl ungemilderter Steuerzugriff mehrerer Steuergläubiger aus Anlass des ein und selben Erbfales – bei Erbfällen mit Auslandsberührung als rechtmäßig angesehen. Der bis dato vertretenen Auffassung, in der echten Doppelbesteuerung liege (jedenfalls) ein Verstoß gegen höherrangiges Recht,<sup>5</sup> sind EuGH und BFH damit explizit entgegengetreten:

So stellt der EuGH im Hinblick auf den Befund einer echten Doppelbesteuerung fest, dass dieser Steuernachteil allein daraus resultiere, dass die betroffenen Mitgliedstaaten (im konkreten Fall die Bundesrepublik Deutschland und das Königreich Spanien) ihre Besteuerungsbefugnisse parallel zueinander ausüben.<sup>6</sup> Nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts sei dies jedoch nicht zu beanstanden. Die Mitgliedstaaten besäßen nämlich in diesem Bereich eine gewisse Autonomie und seien deshalb nicht verpflichtet, ihr eigenes Steuersystem den verschiedenen Steuersystemen der anderen Mitgliedstaaten anzupassen, um namentlich eine Doppelbesteuerung zu beseitigen bzw. die Anrechnung der in einem anderen Mitgliedstaat gezahlten Erbschaftsteuer zu ermöglichen.<sup>7</sup> Infolgedessen müsse eine Doppelbesteuerung vom Steuerpflichtigen hingenommen werden; ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit liege nicht vor.<sup>8</sup>

Dem schloss sich sonach der BFH in seiner Entscheidung vom 19.6.2013 an und erweiterte seine Begründung dahingehend, dass aufgrund vorgenannter Erwägungen auch die Verletzung weiterer unionsrechtlicher Regelungen und zudem auch ein Verstoß gegen nationales Verfassungsrecht zu verneinen seien.<sup>9</sup> Lediglich bei einer übermäßigen, konfiskatorischen Steuerbelastung könne eine Billigkeitsmaßnahme nach Maßgabe des nationalen Rechts, namentlich der §§ 163, 227

1 Eine anschauliche Länderübersicht mit teilweise ausführlichen Erläuterungen bietet *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, 52. Aufl. 2017, § 21 Rdnr. 91 ff.

2 So wörtlich bei eingehender Betrachtung der Strukturen der nationalen Besteuerungssysteme in den EU-Staaten *Ley*, FamRZ 2014, 345 f.

3 EuGH, Urteil vom 12.2.2009, C-67/08, Slg 2009, I-883 (Margarete Block gegen FA Kaufbeuren).

4 BFH, Urteil vom 19.6.2013, II R 10/12, BStBl. II 2013, S. 746.

5 Vgl. statt vieler *Dautzenberg/Brüggemann*, BB 1997, 132 ff.

6 EuGH, Urteil vom 12.2.2009, C-67/08, Slg 2009, I-883 Rdnr. 28.

7 EuGH, Urteil vom 12.2.2009, C-67/08, Slg 2009, I-883 Rdnr. 30 f.

8 Es entspricht der st. Rspr. des EuGH (etwa EuGH, Urteil vom 17.1.2008, C-256/06, Jäger gegen FA Kusel-Landstuhl, Rdnr. 24 f. m. w. N.), dass der Übergang von Vermögen von Todes wegen „Kapitalverkehr“ im Sinne der Verträge ist. Vgl. hierzu und weitergehend zum Verhältnis der Kapitalverkehrsfreiheit zur Niederlassungsfreiheit in Erbschaftsteuerangelegenheiten *Schaumburg/Englisch/Oellerich*, Europäisches Steuerrecht, 2015, S. 346 ff.

9 BFH, Urteil vom 19.6.2013, II R 10/12, BStBl. II 2013, S. 746, insb. Rdnr. 22 ff. und 30 ff.; vgl. im Anschluss an diese Entscheidung zur möglichen Verletzung höherrangigen Rechts *Hahn*, BB 2014, 23 ff.

AO, als verfassungsrechtlich gebotene Abhilfemaßnahme in Betracht kommen.<sup>10</sup>

Für die Beratungspraxis führen die vorgenannten Entscheidungen zwangsläufig zu folgender Erkenntnis: Der unkoordinierte Steuerzugriff mehrerer Staaten beim Erbfall mit Auslandsberührung ist eine reale Gefahr für den Steuerpflichtigen. Auf Abhilfe durch die Rechtsprechung wird dieser selbst bei einer echten Doppelbesteuerung – und dadurch bestehender erheblicher Steuerermehrbelastungen im Vergleich zum reinen Inlandssachverhalt – keine Hoffnung setzen können. Dies veranlasst umso mehr, künftig bei erkennbarem Auslandsbezug ein besonderes Augenmerk auf die präventive Steuerplanung und -gestaltung zu legen.<sup>11</sup>

Zugleich sind die vorgenannten Entscheidungen Beleg dafür, dass gerade das deutsche Erbschaftsteuerrecht<sup>12</sup> an mancher Stelle jedenfalls mitursächlich für eine eintretende steuerliche Mehr- bzw. Doppelbelastung bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ist. Diese bestehenden Friktionen des nationalen Rechts sollen im Folgenden aufgezeigt und diskutiert werden, sodass sich der Rechtsanwender in der Lage sieht, auch ohne spezifische Kenntnisse der ausländischen Steuerrechtsordnung einige potenziell besonders steuerintensive Sachverhalte zu erkennen. Im Übrigen ist es Anliegen des Beitrags, ganz allgemein auf die durch den Auslandsbezug drohende Mehrbelastung hinzuweisen, um das entsprechende Problembewusstsein zu schärfen.

Angesichts dieser Zielrichtung wird bewusst auf eine thematische Bezugnahme zu schenkungsteuerlichen Gesichtspunkten verzichtet. Zur Vereinfachung bzw. Verständlichkeit der Darstellung ist auch die Terminologie entsprechend angepasst. Zudem wird von einer Darstellung all jener Verwerfungen des nationalen Rechts abgesehen, die zwar steuerliche Mehrbelastungen bei Erbfällen mit Auslandsbezug zur Folge haben können, jedoch von vornherein außerhalb des Einflussbereichs des Notars liegen. Dazu gehört insbesondere die Einhaltung verfahrensrechtlicher Voraussetzungen, um deren Wahrung ein Steuerberater bemüht sein wird.

## II. Von unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht

Erster Ansatz für die erbschaftsteuerliche Prüfung eines Sachverhaltes mit Auslandsbezug ist die Vorschrift des § 2 ErbStG, die die persönliche Steuerpflicht regelt. Wie aus dem Einkommensteuerrecht bekannt, unterscheidet auch das Erbschaftsteuerrecht zwischen der unbeschränkten und der beschränkten Steuerpflicht.

## 1. Von der unbeschränkten Steuerpflicht

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG tritt die unbeschränkte Steuerpflicht für den gesamten Vermögensanfall (von Todes wegen) ein, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes oder der Erwerber zur Zeit der Entstehung der Steuerschuld ein Inländer im Sinne des Satz 2 der Vorschrift ist. Der Steuergesetzgeber normiert vorliegend also zwei alternative Anknüpfungspunkte zur Begründung der unbeschränkten Steuerpflicht: Einerseits die Inländereigenschaft des Erblassers und andererseits die Inländereigenschaft eines Erwerbers. Während jedoch bei einem inländischen Erblasser stets der gesamte Nachlass der nationalen Besteuerung unterworfen ist, unterliegt bei einem ausländischen Erblasser lediglich der auf den inländischen Erben entfallende Teil des Nachlasses der Besteuerung.<sup>13</sup> In jedem Fall aber wird bei der unbeschränkten Steuerpflicht sowohl das im Inland als auch das im Ausland belegene Vermögen der Besteuerung unterzogen; es gilt das Universalitäts- oder auch Weltvermögensprinzip.<sup>14</sup>

Wer Inländer im Sinne des ErbStG ist, regelt § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 ErbStG in mehreren Alternativen: Die praktisch wichtigste Alternative ist die unter lit. a normierte. Danach gelten alle natürlichen Personen als Inländer, die einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Hinsichtlich der Begrifflichkeiten „Wohnsitz“ und „gewöhnlicher Aufenthalt“ recurriert die Vorschrift auf die entsprechenden Legaldefinitionen in den §§ 8 und 9 AO.

Gemäß § 8 AO hat eine Person einen Wohnsitz dort, wo sie eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass sie die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Bereits anhand des Wortlautes der Definition – die lediglich *einen* Wohnsitz fordert – wird erkennbar, dass der inländische Wohnsitz keinesfalls der einzige bzw. der Hauptwohnsitz des Erblassers bzw. Erben sein muss. Schon ein im Inland gehaltener Nebenwohnsitz reicht zur Begründung der unbeschränkten Steuerpflicht im Inland aus.<sup>15</sup> Die Anforderungen, die Finanzverwaltung und Rechtsprechung in Ansehung der Definition an das Bestehen eines Wohnsitzes im Inland stellen, sind obendrein ausgesprochen gering; insbesondere ist keine Mindestverweildauer zur Begründung eines Wohnsitzes gefordert.<sup>16</sup> So kann bereits eine zwar regelmäßig zur Verfügung stehende, jedoch faktisch nur wenige Wochen im Jahr genutzte Unterkunft das Vorliegen eines Wohnsitzes im Inland und somit die unbeschränkte Steuerpflicht begründen.<sup>17</sup> Selbst eine kleine Einliegerwohnung oder eine Gemeinschaftsunterkunft reichen aus, um die unbeschränkte Steuerpflicht auszulösen.<sup>18</sup>

Der alternative Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Aufenthalts ist nur dann von Relevanz, wenn ein inländischer Wohnsitz im vorgenannten Sinne nicht besteht.<sup>19</sup> Nach § 9 Satz 1

10 BFH, Urteil vom 19.6.2013, II R 10/12, BStBl. II 2013, S. 746 Rdnr. 37 und 40.

11 So *Jülicher* in FS Frotzcher, 2013, S. 273, 278; *Kaminski*, Stbg 2013, 10, 13 ff.; *Dehmer*, IStR 2009, 454 ff.; *Ley*, FamRZ 2014, 345, 354.

12 Wie erwähnt ging auch der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Block ein deutsches finanzgerichtliches Verfahren voraus.

13 *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 7.

14 Vgl. etwa *Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 5. Aufl. 2017, Rdnr. 881.

15 *Klein/Gersch*, AO, 13. Aufl. 2016, § 8 Rdnr. 5 m. w. N. aus der Rspr.

16 *Klein/Gersch*, AO, § 8 Rdnr. 3 f. m. w. N.

17 Detailliert *Klein/Gersch*, AO, § 8 Rdnr. 4.

18 *Klein/Gersch*, AO, § 8 Rdnr. 2 m. w. N.

19 *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 20.

AO hat eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo sie sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Bei dieser Beurteilung ist insbesondere die Verweildauer im Inland von zentraler Bedeutung: Ausweislich Satz 2 der Vorschrift ist ein zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten stets als ausreichend zur Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts im Inland anzusehen. Anders als ein Wohnsitz kann der gewöhnliche Aufenthalt einer Person stets nur in einem Staat begründet sein.<sup>20</sup>

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 lit. b ErbStG regelt einen weiteren Tatbestand, der die unbeschränkte Steuerpflicht begründet. Es gelten danach auch all jene deutsche Staatsangehörige als Inländer und damit unbeschränkt steuerpflichtig, die sich nicht länger als fünf Jahre<sup>21</sup> dauernd im Ausland aufgehalten haben, ohne im Inland einen Wohnsitz zu haben. Man spricht hierbei auch von der erweiterten unbeschränkten Steuerpflicht. Die Intention der Vorschrift steht ihr freilich auf die Stirn geschrieben: Sie zielt auf die Erfassung sog. Wegzügler-Fälle ab. Die kurzfristige oder vorübergehende Aufgabe jeglichen Wohnsitzes<sup>22</sup> im Inland soll nicht zum Entfallen der unbeschränkten Steuerpflicht führen.<sup>23</sup> Der fortdauernde Inlandsbezug des Sachverhaltes wird nach Wegzug durch die Staatsangehörigkeit begründet, die notwendigerweise als das dann maßgebliche Anknüpfungsmerkmal herangezogen wird. Das bedeutet etwa konkret: Stirbt ein deutscher Staatsangehöriger mit vormaligem Wohnsitz im Inland nach Aufgabe desselben und Wegzug ins Ausland, aber vor Ablauf von fünf Jahren,<sup>24</sup> so besteht weiterhin die unbeschränkte Steuerpflicht; auf eine Anknüpfung an die Inländereigenschaft der Erben kommt es insofern nicht an.<sup>25</sup>

Der Vollständigkeit halber sei schließlich auf die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 lit. c ErbStG verwiesen, die eine mögliche unbeschränkte Steuerpflicht von deutschen Auslandsbediensteten und zu deren Haushalt gehörenden Angehörigen regelt. Ebenso sei der Tatbestand des folgenden lit. d erwähnt, nach dem Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die ihre Geschäftsleitung (§ 10 AO) oder ihren Sitz (§ 11 AO) im Inland haben, als Inländer gelten.<sup>26</sup>

20 Vgl. etwa BFH, Urteil vom 10.8.1983, I R 241/82, BFHE 139, 261; und Urteil vom 9.2.1966, I 244/63, BFHE 85, 540.

21 Beachte: Bei einem Wegzug in die USA gelten aufgrund Art. 4 Abs. 3 DBA-USA Besonderheiten.

22 Beachte: Die Aufgabe eines vormaligen inländischen Wohnsitzes ist nach derzeit wohl h. M. Voraussetzung des Bestehens einer erweitert unbeschränkten Steuerpflicht. Allein die Aufgabe des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes im Inland begründet die erweitert unbeschränkte Steuerpflicht nicht, sofern nicht auch ein inländischer Wohnsitz – auch Nebenwohnsitz – bestanden hat, der aufgegeben wurde. Vgl. *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 21 m. w. N.

23 *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 21; *Krawitz/Dornhöfer* in FS Herzog, 2010, S. 381, 389.

24 Ausnahme: Wegzug in die USA, vgl. bereits Fn. 22.

25 *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 7, der daher auch vom Vorrang des Status des Erblassers spricht.

26 Weitergehend zu diesen Tatbeständen *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 28 ff. und 36 ff.

## 2. Von der beschränkten Steuerpflicht

Ist ein die unbeschränkte Steuerpflicht auslösender Tatbestand nicht erfüllt, tritt die Erbschaftsteuerpflicht für einen Vermögensanfall gleichwohl ein, soweit es sich bei dem übergehenden Vermögen um Inlandsvermögen im Sinne des § 121 BewG handelt. Im Falle dieser sog. beschränkten Steuerpflicht ist der Besteuerungszugriff des nationalen Steuergläubigers folglich auf die Besteuerung des Erwerbs derartigen „Inlandsvermögens“ – das nicht gleichzusetzen ist mit jedweden im Inland belegenen Vermögen – beschränkt.<sup>27</sup> Das durch den gleichen Erbfall übergehende Auslandsvermögen unterliegt demgegenüber nicht der nationalen Besteuerung.

Zur Definition des Begriffs des Inlandsvermögens greift der Gesetzgeber auf den Katalog des § 121 BewG zurück, in dem enumerativ aufgezählte Vermögenswerte als Inlandsvermögen deklariert sind; nicht von dem Katalog erfasste Vermögenswerte werden nicht im Inland besteuert.<sup>28</sup> Die Aufzählung des § 121 BewG ist daher im Hinblick auf die Begründung der nationalen Besteuerungsbefugnis als abschließend und zugleich ausschließend zu verstehen. Von ihr umfasst ist im Wesentlichen inländisches land- und forstwirtschaftliches Vermögen und Grundvermögen, Betriebsvermögen – soweit im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird oder ein ständiger Vertreter bestellt ist –, Beteiligungen an Kapitalgesellschaften mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland, wobei eine Beteiligung von mindestens 10 % gehalten werden muss, und schließlich Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und andere Forderungen oder Rechte, wenn sie durch inländischen Grundbesitz oder durch inländische grundstücksgleiche Rechte unmittelbar oder mittelbar gesichert sind<sup>29</sup> (so § 121 BewG Nr. 1-4 und 7).

Nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 ErbStG hat der beschränkt Steuerpflichtige allerdings die Möglichkeit, zur unbeschränkten Steuerpflicht zu optieren. Dies kann insbesondere veranlasst sein, um dem Steuerpflichtigen die Inanspruchnahme der höheren Freibeträge des § 16 Abs. 1 ErbStG anstelle des bei beschränkter Steuerpflicht lediglich geltenden Freibetrages nach § 16 Abs. 2 ErbStG zu ermöglichen.<sup>30</sup>

Wiederum der Vollständigkeit halber sei außerdem auf die sog. erweitert beschränkte Steuerpflicht nach Maßgabe des § 4 AStG hingewiesen. Sie setzt unter anderem voraus, dass ein deutscher Erblasser weniger als zehn Jahre vor seinem Tod in ein Niedrigsteuerland ausgewandert ist. Besteht eine erweitert

27 *Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht, Rdnr. 883; *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 49 m. w. N.

28 Vgl. *Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 49 und 67 ff. mit ausführlicher Darstellung nicht erfasster Vermögenswerte.

29 Ausgenommen sind Anleihen und Forderungen, über die Teilschuldverschreibungen ausgegeben sind.

30 Vgl. hierzu und weitergehend zur Vorschrift des § 2 Abs. 3 ErbStG, insb. vor dem Hintergrund der Rspr. des EuGH in der Rechtssache *Mattner* (EuGH, Urteil vom 22.4.2010, C-510/08, ZEV 2010, 270) und der Rechtssache *Welte* (EuGH, Urteil vom 17.10.2013, C-181/12, FamRZ 2014, 21), *Jülicher*, BB 2014, 1367 f.

beschränkte Steuerpflicht, unterliegt auch ein „erweitertes Inlandsvermögen“ der Besteuerung.<sup>31</sup>

### 3. Von den Bezügen zur notariellen Praxis

Der in der erbrechtlichen Beratungssituation anzutreffende Regelfall dürfte gewiss derjenige sein, bei dem bereits aufgrund einer Anknüpfung an die subjektiven Merkmale in der Person des Erblassers die unbeschränkte Steuerpflicht begründet sein wird; üblicherweise wird der Erblasser zur Zeit der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Und selbst bei konkreten Auswanderungsgedanken ist jedenfalls an die Fünf-Jahres-Frist des § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 lit. b ErbStG zu denken. Dementsprechend wird man regelmäßig anzunehmen haben, dass nach Maßgabe des nationalen Steuerrechts das gesamte Vermögen des Erblassers – einschließlich des Auslandsvermögens – der Besteuerung in der Bundesrepublik Deutschland unterliegt.<sup>32</sup>

Bietet der Sachverhalt nun weiterhin Bezugspunkte zu einem Drittstaat – etwa aufgrund ausländischer Staatsangehörigkeit des Erblassers oder durch die Berufung eines im Ausland lebenden Erben, eines Erben mit ausländischer Staatsangehörigkeit oder aufgrund beim Erblasser vorhandenen Auslandsvermögens – wird die Gefahr steuerlicher Mehrbelastung aufgrund Auslandsbezuges akut: Je nachdem, welche Anknüpfungspunkte der berührte Drittstaat in Erbschaftsteuerangelegenheiten normiert, kann neben der im Inland bestehenden unbeschränkten Steuerpflicht auch in diesem Drittstaat eine beschränkte, unter Umständen sogar eine unbeschränkte Steuerpflicht begründet sein. Indes kann konstatiert werden, dass eine Vielzahl von Drittstaaten beim internationalen Erbfall die Unterscheidung von unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht ebenfalls verfolgen.<sup>33</sup> Gerade mit Blick auf die Begründung einer beschränkten Steuerpflicht und deren Anknüpfung an die Belegenheit von Wirtschaftsgütern ist jedoch zu konstatieren, dass hinsichtlich der Auswahl derjenigen Vermögenswerte, die geeignet sind, die beschränkte Steuerpflicht auszulösen, teilweise erhebliche Unterschiede zwischen den Staaten bestehen. So ist es durchaus denkbar, dass in einem Drittland die beschränkte Steuerpflicht auch an andere als die in § 121 BewG genannten Vermögenswerte anknüpft, soweit sie dort belegen sind.

Gewiss stellt das Zusammentreffen von unbeschränkter Steuerpflicht im Inland und beschränkter Steuerpflicht im Drittland aufgrund dort belegenen Vermögens den praktisch

am häufigsten vorkommenden „Kollisionsfall“ dar.<sup>34</sup> Ebenfalls nicht ausgeschlossen und für den Steuerpflichtigen vielfach in den Rechtswirkungen einschneidender ist jedoch der Fall der doppelten unbeschränkten Steuerpflicht, also der Begründung der unbeschränkten Steuerpflicht in mehreren Staaten. Wird etwa ein ausländischer Staatsangehöriger von einem Erblasser mit Wohnsitz im Inland zum Erben berufen oder hätte der berufene Erbe keinen inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt und würde das betroffene Drittland die unbeschränkte Steuerpflicht an die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz des Erben knüpfen, so würde im Grundsatz sowohl im Inland (wegen der Anknüpfung an den im Inland wohnhaften Erblasser) als auch im Ausland der jedenfalls bei diesem Erben anfallende Erwerb im Grundsatz der unbeschränkten Besteuerung unterliegen.<sup>35</sup>

### III. Von den Maßnahmen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung

Indes kennt auch das Internationale Erbschaftsteuerrecht sowohl bilaterale Maßnahmen (in Form von Doppelbesteuerungsabkommen) als auch unilaterale Maßnahmen zur Vermeidung oder jedenfalls zur Milderung derartiger „Kollisionslagen“. Die Methodik zur Vermeidung der Doppelbesteuerung ist ebenfalls aus dem Ertragssteuerrecht bekannt: Folgen die einschlägigen Regelungen der sog. Freistellungsmethode, so wird das Auslandsvermögen von der inländischen Besteuerung ausgenommen;<sup>36</sup> gemäß § 19 Abs. 2 ErbStG erfolgt dies jedoch unter Progressionsvorbehalt. Wird dagegen die Anrechnungsmethode verfolgt, dann wird die inländische Erbschaftsteuer in einem ersten Schritt wie beim rein nationalen Erbfall ohne Auslandsbezug ermittelt; sodann wird in einem zweiten Schritt die im Ausland anfallende Steuer auf die inländische Erbschaftsteuerschuld angerechnet.<sup>37</sup>

Die Bundesrepublik Deutschland hat für das Erbschaftsteuerrecht bislang nur mit wenigen Staaten Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, namentlich mit Frankreich<sup>38</sup>, der Schweiz<sup>39</sup>, den Vereinigten Staaten<sup>40</sup>, Schweden<sup>41</sup>, Dänemark<sup>42</sup>

31 Umfassend dazu *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 78 ff.

32 Dagegen dürften Sachverhalte, bei denen bereits im Zeitpunkt der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen erkennbar ist, dass sie aller Voraussicht nach lediglich die beschränkte Steuerpflicht auslösen werden, in der Praxis selten vorkommen. Dies setzt nämlich aufgrund der alternativen Anknüpfung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht nur die fehlende Inländereigenschaft des Erblassers, sondern auch die der Erben voraus. Ist dagegen ein Erbe Inländer im Sinne der Vorschrift, unterliegt jedenfalls der auf ihn entfallende Teil des Nachlasses der unbeschränkten Besteuerung. Vgl. dazu bereits oben, II.1.

33 Eingehend zur Rechtslage in den EU-Staaten und m. w. N. *Ley*, FamRZ 2014, 345, 346 ff.

34 So auch *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 146; *Ley*, FamRZ 2014, 345, 347; *Krawitz/Dornhöfer* in FS Herzog, S. 381, 387; *Ley*, FamRZ 2014, 345, 346.

35 Vgl. zum Ganzen und mit weiteren Beispielen *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 146 f.; *Dehmer*, IStR 2009, 454, 455 f.; *Krawitz/Dornhöfer* in FS Herzog, S. 381, 387.

36 *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 149.

37 *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 149.

38 DBA vom 12.10.2006, BGBl. 2007 II, S. 1402; BStBl. I 2009, S. 1258.

39 DBA vom 30.11.1978, BGBl. 1980 II, S. 594; BStBl. I 1980, S. 243.

40 DBA vom 3.12.1980, BGBl. 1982 II, S. 847; BStBl. I 1982, S. 765; in der Neufassung vom 21.12.2000 unter Berücksichtigung des Protokolls vom 14.12.1998 (BGBl. 2000 II, S. 1170; BStBl. I 2001, S. 110); BGBl. 2001 II, S. 65; BStBl. I 2001, S. 114.

41 DBA vom 14.7.1992, BGBl. 1994 II, S. 686; BStBl. I 1994, S. 422.

42 DBA vom 22.11.1995, BGBl. 1996 II, S. 2565; BStBl. I 1996, S. 1219.

und Griechenland<sup>43</sup>. In diesen Abkommen sind die Besteuerungsbefugnisse der beteiligten Staaten individuell voneinander abgegrenzt, sodass es in deren Anwendungsbereich regelmäßig nicht zur nachfolgend dargestellten Gefahr einer echten Doppelbesteuerung kommt.<sup>44</sup>

Im Verhältnis zu allen anderen Staaten verbleibt es (notgedrungen) beim Rückgriff auf die in den Einzelrechtsordnungen verankerten Regelungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung. Die in diesem Zusammenhang einschlägige nationale Vorschrift ist § 21 ErbStG.

Zur Verdeutlichung nachfolgender Problematik soll zunächst die Funktion dieser Vorschrift im Gefüge des nationalen Erbschaftsteuerrechts umrissen werden: Wie vorstehend dargelegt begründet § 2 Abs. 1 ErbStG – sozusagen „im ersten Zugriff“ – weitreichende Besteuerungsbefugnisse zugunsten des nationalen Steuergläubigers. Dieser personellen und sachlich vielfach grenzüberschreitenden Reichweite des nationalen Besteuerungszugriffs ist allerdings die Gefahr einer Kollision mit dem Steuerzugriff eines Drittstaates immanent. Deshalb soll durch § 21 ErbStG in Fällen mit Auslandsberührung der nationale Besteuerungszugriff (wieder) „zurückgenommen“ werden, namentlich im Wege der Anrechnung der ausländischen Zahllast auf die inländische Steuerschuld.<sup>45</sup> Das bedeutet im Umkehrschluss: Wird ein Sachverhalt von § 21 ErbStG nicht erfasst, verbleibt es jedenfalls im Inland bei der ungemilderten Besteuerung. Ist auch der Besteuerungszugriff des Drittstaates nach Maßgabe des dort geltenden Rechts nicht beschränkt, kommt es zur echten Doppelbesteuerung.

#### IV. Von der Anrechenbarkeit und der Nicht-anrechenbarkeit ausländischer Steuerschulden

Von den beiden vorgenannten Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung folgt § 21 ErbStG der Anrechnungsmethode: Der Mehrbelastung durch die ausländische Steuer soll durch deren Anrechnung auf die nationale Steuerschuld begegnet werden. Der Tatbestand des § 21 ErbStG lässt jedoch die Anrechnung lediglich unter – teilweise eng – begrenzten Voraussetzungen zu. Diese Voraussetzungen sind zum Teil materiellrechtlicher und zum Teil verfahrensrechtlicher Natur. In der notariellen (Beratungs-)Praxis (die vor dem Eintritt des Erbfalls ansetzt) spielen insbesondere die folgenden materiellrechtlichen Voraussetzungen eine Rolle: Die Anrechnung einer ausländischen Steuerschuld setzt unter anderem voraus, dass ein Erwerber bei unbeschränkter Steuerpflicht im Inland<sup>46</sup> in einem Drittstaat mit seinem Auslandsvermögen zu einer der

deutschen Steuer entsprechenden Steuer herangezogen wird. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, hat dies zur Folge, dass eine Anrechnung der im Ausland gezahlten<sup>47</sup> Steuer auf die inländische Zahllast nicht in Betracht kommt. Es besteht eine Anrechnungslücke.

#### 1. Von Anrechnungslücken

##### a) Von dem Auslandsvermögensbegriff des § 21 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG

§ 21 Abs. 1 ErbStG beschränkt die Anrechnungsmöglichkeit auf das „Auslandsvermögen“. Welche Vermögenswerte „Auslandsvermögen“ in diesem Sinne darstellen, regelt § 21 Abs. 2 ErbStG. Die Vorschrift unterscheidet zwei Fälle, wobei ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium die Inländereigenschaft des Erblassers ist:

War der Erblasser zur Zeit seines Todes kein Inländer (Abs. 2 Nr. 2), gelten alle Vermögensgegenstände mit Ausnahme des Inlandsvermögens im Sinne des § 121 BewG sowie alle Nutzungsrechte an diesen Vermögensgegenständen als Auslandsvermögen (sog. weiter Auslandsvermögensbegriff). Dieser Fall eröffnet eine weitreichende Anrechnungsmöglichkeit der ausländischen Steuer und führt dementsprechend in aller Regel nicht zu Verwerfungen.<sup>48</sup>

War demgegenüber der Erblasser zur Zeit seines Todes Inländer – wie wohl der praktische Regelfall –, gelten lediglich die Vermögensgegenstände der in § 121 BewG genannten Art, die auf einen ausländischen Staat entfallen, sowie alle Nutzungsrechte hieran als Auslandsvermögen (sog. enger Auslandsvermögensbegriff des Abs. 2 Nr. 1). Eine Anrechnung der ausländischen Zahllast auf die inländische Steuerschuld findet demzufolge nur insoweit statt, als es sich bei den im Ausland befindlichen Vermögenswerten um solche aus dem Katalog des § 121 BewG handelt. Man spricht in diesem Zusammenhang von der Spiegelung des Begriffs des Inlandsvermögens.<sup>49</sup> Für alle sonstigen, von dem Katalog des § 121 BewG nicht erfassten Vermögensgegenstände versagt die nationale Steuerrechtsordnung dagegen die Anrechnung. Von praktischer Relevanz sind hierbei insbesondere ausländische Konto- und Depotguthaben. Die Problematik stellt sich jedoch gleichermaßen bei im Ausland belegenem beweglichen Vermögen oder Gesellschaftsbeteiligungen von unter 10 %.<sup>50</sup>

Hält der inländische Erblasser nun derartige Vermögenswerte im Ausland und knüpft dieser Drittstaat hieran zumindest eine beschränkte Steuerpflicht,<sup>51</sup> so kann dies für die Erben gravierende Folgen haben. Mangels Anrechenbarkeit der im Ausland aufgrund des Erwerbs dieser Vermögenswerte gezahlten Steuer verbleibt es in Fällen dieser Art nämlich bei der ungemilderten Besteuerung dieser Vermögenswerte im Ausland und im Inland. Dies kann im Einzelfall durchaus zu einer Ge-

43 DBA vom 18.11.1910/1.12.1910, RGBl. 1912, S. 173.

44 Ley, FamRZ 2014, 345, 348.

45 Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher, ErbStG, § 21 Rdnr. 1.

46 Beachte: Eine Anrechnung gemäß § 21 ErbStG kommt nur bei bestehender (vorliegend als praktischer Regelfall beleuchteter) unbeschränkter Steuerpflicht eines der Beteiligten in Betracht. In Fällen der (erweitert) beschränkten Steuerpflicht im Inland (aufgrund § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG bzw. § 4 AStG) sieht das nationale Erbschaftsteuerrecht dagegen keine Maßnahmen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung vor. Vgl. Haase, Internationales und Europäisches Steuerrecht, Rdnr. 889; Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher, ErbStG, § 21 Rdnr. 11 ff.

47 Ausweislich des § 21 Abs. 1 Satz 1 ErbStG ist Voraussetzung der Anrechenbarkeit ebenfalls, dass die ausländische Steuer festgesetzt und gezahlt ist.

48 Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher, ErbStG, § 21 Rdnr. 75 und 77.

49 Troll/Gebell/Jülicher/Jülicher, ErbStG, § 21 Rdnr. 75.

50 Jülicher in FS Frottscher, S. 273, 278.

51 Vgl. hierzu bereits oben unter II. 3.

samtsteuerbelastung von weit über 50 % führen.<sup>52</sup> Besonders problematisch sind insbesondere in Spanien, Großbritannien und Irland gehaltene Vermögenswerte.<sup>53</sup>

Wie der BFH in seiner Entscheidung vom 19.6.2013 überzeugend darlegt, kann die ausländische Steuer außerdem im Inland nicht als Nachlassverbindlichkeit in Abzug gebracht werden. Dem steht die Vorschrift des § 10 Abs. 8 ErbStG entgegen, deren Anwendungsbereich auch ausländische Steuern erfasst.<sup>54</sup> Als einziges Korrektiv verbleibt somit höchstens eine „Korrektur der Gesamtsteuerbelastung“ des Steuerpflichtigen durch Anpassung der nationalen Erbschaftsteuerschuld aufgrund von Billigkeitsmaßnahmen gemäß §§ 163, 227 AO.<sup>55</sup>

## b) Von der sog. Entsprechensklausel

Die sog. Entsprechensklausel<sup>56</sup> – also die tatbestandliche Voraussetzung, dass die im Ausland zu entrichtende Steuer der deutschen Erbschaftsteuer entsprechen muss – ist ebenfalls geeignet, in der Praxis zu Verwerfungen zu führen. Wesentlich für deren Verständnis ist die Erkenntnis, dass nicht jede ausländische Rechtsordnung eine „Erbschaftsteuer deutscher Prägung“ kennt. Der deutsche Ansatz einer sog. Erbanfallsteuer, also die Besteuerung der begünstigten Personen aufgrund eingetretener Bereicherung, ist keinesfalls zwingend. Über die weitere „klassische Form der Erbschaftsbesteuerung“ im Wege einer Nachlasssteuer (die als letzte Vermögenssteuer den Nachlass des Erblassers erfasst)<sup>57</sup> hinaus kennen manche Rechtsordnungen andere Möglichkeiten, den Erben finanzielle Lasten aufgrund des Erbfalls aufzubürden. Während Erbanfall- und Nachlasssteuern im vorliegenden Zusammenhang in aller Regel keine Probleme aufwerfen,<sup>58</sup> können andere Formen der Abgabenerhebung zu Anrechnungslücken führen. Probleme bestehen insofern namentlich im Hinblick auf ausländische Registergebühren und Wertzuwachssteuern.<sup>59</sup>

Registergebühren bereiten in der Praxis insbesondere dann Sorge, wenn sie – etwa aufgrund ihrer Höhe oder ihrer spezifischen materiellrechtlichen Ausgestaltung – nicht als bloße Gebühr zur Abgeltung eines Verwaltungshandelns begriffen werden können, sondern vielmehr als Kompensation einer (nicht erhobenen) Erbschaftsteuer angesehen werden müssen. Eine solche Registergebühr wird seit dem 1.1.2004 in Portugal er-

hoben; das vormals geltende Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz wurde zum gleichen Tage aufgehoben.<sup>60</sup> Die Anrechenbarkeit dieser „Gebühr“ ist bislang nicht abschließend geklärt. Es besteht jedoch die begründete Befürchtung, die Rechtsprechung könnte diesen Abgaben die Anrechenbarkeit verwehren.<sup>61</sup>

Die gleiche Problematik stellt sich im Hinblick auf sog. Wertzuwachssteuern. Namentlich ist die in Kanada erhobene Capital Gains Tax zu nennen, die bei Versterben einer Person einen „letzten“ fiktiven Veräußerungsgewinn dieses Erblassers besteuern soll. Der BFH qualifiziert diese Steuer aufgrund ihrer Nähe zur Einkommensteuer als nicht nach § 21 ErbStG auf die nationale Erbschaftsteuer anrechenbare Abgabe.<sup>62</sup>

Hinsichtlich der entrichteten Capital Gains Tax hat der BFH dem Steuerpflichtigen jedoch (wenigstens) die Möglichkeit eingeräumt, die ausländische Steuerschuld als Nachlassverbindlichkeit in Abzug zu bringen.<sup>63</sup> Die damit verbundene Entlastung ist freilich geringer als jene einer Anrechnung im Sinne des § 21 Abs. 1 ErbStG, da lediglich ein Abzug der ausländischen Abgabenlast von der nationalen Bemessungsgrundlage erfolgt und nicht die ausländische Zahllast auf die innerstaatliche Steuerschuld angerechnet wird.<sup>64</sup>

## 2. Von Anrechnungsüberhängen

Selbst wenn jedoch die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Anrechnung erfüllt sind, führt dies nicht zwingend zur gänzlichen Neutralisierung der ausländischen Zahllast. Die ausländische Steuer kann nämlich nicht ohne Weiteres in voller Höhe auf die nationale Steuerschuld angerechnet werden.

§ 21 Abs. 1 ErbStG setzt der Anrechnung der ausländischen Steuer eine Höchstgrenze durch die Definition eines Anrechnungshöchstbetrages.<sup>65</sup> Danach ist lediglich der auf das ausländische Vermögen entfallende Teil der nationalen Erbschaftsteuer überhaupt einer Anrechnung zugänglich. Der entsprechende Teilbetrag der nationalen Erbschaftsteuerschuld berechnet sich nach folgender Formel:

$$\text{Deutsche Erbschaftsteuer} \text{ multipliziert mit } \frac{\text{steuerpflichtiges Auslandsvermögen}}{\text{steuerpflichtiges Gesamtvermögen}}$$

52 So geschehen etwa in dem der vorgenannten Entscheidung des BFH (Urteil vom 19.6.2013, II R 10/12, BStBl. II 2013, S. 746) zugrundeliegenden Sachverhalt, der sich jedoch aufgrund des mittlerweile zwischen der Bundesrepublik und Frankreich bestehenden DBA entschärft hat.

53 So *Jülicher*, BB 2014, 1367, 1371.

54 BFH, Urteil vom 19.6.2013, II R 10/12, BStBl. II 2013, S. 746, Rdnr. 42 ff. m. w. N.

55 Vgl. BFH, Urteil vom 19.6.2013, II R 10/12, BStBl. II 2013, S. 746, Rdnr. 37 und 40.

56 Vgl. zur Entsprechensklausel statt vieler *Jülicher* in FS Frotscher, S. 273, 274 ff.

57 Zu Definition und Verbreitung von Erbanfall- und Nachlasssteuer etwa *Kaminski*, Stbg 2013, 10, 11.

58 *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 21 Rdnr. 18.

59 Eingehend *Jülicher* in FS Frotscher, S. 273, 274 f.; weiterhin etwa *Dehmer*, IStR 2009, 454, 455.

60 Vgl. *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 21 Rdnr. 123, mit weitergehenden Ausführungen zur derzeitigen portugiesischen Rechtslage.

61 Diese Befürchtung resultiert insbesondere aus der Erfahrung mit einer bis in das Jahr 2007 in Italien erhobenen Registergebühr, deren Anrechenbarkeit von der Rechtsprechung versagt wurde. Für die Anrechenbarkeit plädierend *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 21 Rdnr. 123.

62 BFH, Urteil vom 26.4.1995, II R 13/92; ErbStR H E 21; kritisch dazu *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 21 Rdnr. 21 ff.

63 Entsprechend auch die Finanzverwaltung, ErbStR H E 21.

64 *Kaminski*, Stbg 2013, 10, 12; *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 21 Rdnr. 5 und 7.

65 Vgl. hierzu und zum Folgenden statt vieler *Kaminski*, Stbg 2013, 10, 12 f., mit anschaulichem Beispiel, auch zur „per-country-limitation“ und deren Folgewirkungen. Weiterhin auch *Krawitz/Dornhöfer* in FS Herzog, S. 381, 391.

Die Existenz dieses Anrechnungshöchstbetrages hat folgende Konsequenz: Ist die Steuerbelastung des „Auslandsvermögens“ im Ausland höher als im Inland (wobei insoweit der nach vorstehender Formel ermittelte (Teil-)Betrag der nationalen Erbschaftsteuerschuld maßgeblich ist), verbleibt in Höhe des überschießenden Betrags der Steuerschuld im Drittstaat ein im Inland nicht anrechenbarer Teilbetrag (sog. Anrechnungsüberhang).<sup>66</sup> Der Steuerpflichtige bleibt mit diesem nicht anrechenbaren Teilbetrag der ausländischen Steuerschuld mehrbelastet. Bei geringerer ausländischer Steuerschuld findet demgegenüber zwar eine vollständige Anrechnung statt, es kommt jedoch gleichsam zur Festsetzung und Erhebung des im Inland zu entrichtenden Mehrbetrages gegenüber der ausländischen Steuer. Auch hier verbleibt es aus Sicht des Steuerpflichtigen bei der jeweils höheren Steuerbelastung; das höhere Steuerniveau setzt sich durch.<sup>67</sup>

Hat nun ein Erblasser in mehreren Staaten Auslandsvermögen hinterlassen, so muss der auf das jeweilige Auslandsvermögen entfallende Teilbetrag der nationalen Erbschaftsteuer, der der Anrechnung zugänglich ist, für jeden Staat gesondert ermittelt werden. Die Anrechnung der jeweiligen ausländischen Steuer kann sonach nur mit Blick auf diesen je gesondert ermittelten Teilbetrag erfolgen. Bestehen dadurch hinsichtlich des einen Drittlandes Anrechnungsüberhänge, können diese auch dann nicht verrechnet werden, wenn hinsichtlich eines anderen Drittlandes – aufgrund geringerer ausländischer Steuerlast – eine Anrechnung bis zum Höchstbetrag nicht erfolgt („per-country-limitation“).<sup>68</sup>

Im Ergebnis führt die Anrechnung demnach zwar dazu, dass eine echte Doppelbesteuerung vermieden wird. Ihre – aus Sicht des Steuerpflichtigen beklagenswerte – spezifische Folge besteht jedoch darin, dass sich stets die höhere Steuerbelastung durchsetzt.

Daraus folgt: Der im Inland ansässige Erblasser darf in der Beratungssituation bei erkennbarem Auslandsbezug nicht per se auf die inländischen Steuerfreibeträge bzw. die nach Maßgabe inländischer Vorschriften ermittelte Steuerbelastung verwiesen werden, denn selbst bei grundsätzlicher Anrechenbarkeit der ausländischen auf die inländische Zahllast kann es aufgrund des Auslandsbezuges zu erheblichen steuerlichen Mehrbelastungen in Form von Anrechnungsüberhängen gegenüber einem reinen Inlandssachverhalt kommen.

## V. Von Beratungs- und Gestaltungsüberlegungen

Eine Steuergestaltung im Sinne der einführenden Erwägungen zu diesem Beitrag setzt in erster Linie dort an, wo durch den Auslandsbezug eine erhöhte Steuerbelastung, namentlich aufgrund drohender Doppelbesteuerung oder Anrechnungsüberhängen, zu erwarten ist. Hier gilt es, durch Maßnahmen der Vermögensumstrukturierung oder -verlagerung eine Mehrbelastung im Vergleich zum reinen Inlandssachverhalt zu vermeiden.

<sup>66</sup> *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 21 Rdnr. 61.

<sup>67</sup> *Krawitz/Dornhöfer* in FS Herzig, S. 381, 392; *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 21 Rdnr. 4 und 84.

<sup>68</sup> Vgl. etwa *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 21 Rdnr. 63 mit entsprechendem Beispiel.

Befinden sich im potenziellen Nachlass Konten- und Depotguthaben oder bewegliche Wirtschaftsgüter, die derzeit in einem Drittland belegen sind, das hieran eine beschränkte Steuerpflicht anknüpft, und ist eine unbeschränkte Steuerpflicht in diesem Drittland nicht begründet, dann ist der nächstliegende Rat zur Vermeidung der Doppelbesteuerung der Effektivste: Die Verlagerung dieser Vermögenswerte in ein anderes Land. Hierzu kann folgende Faustformel ausgegeben werden: Derartige Vermögenswerte sollten nur in Drittstaaten gehalten werden, die entweder hieran keine beschränkte Steuerpflicht knüpfen oder aber deren grundsätzlich normiertes Besteuerungsrecht durch Doppelbesteuerungsabkommen beschnitten ist.<sup>69</sup> Freilich kann dieser Rat auf alle weiteren in Drittstaaten belegene Wirtschaftsgüter, die nicht von dem Katalog des § 121 BewG erfasst sind, erweitert werden. Die praktisch häufigsten und zugleich wirtschaftlich relevantesten Fälle dürften jedoch die vorgenannten Fälle ausländischer Konten und Depots sein.<sup>70</sup>

Soll das im Ausland belegene Vermögen nicht aufgegeben werden, kann es sich anbieten, es durch Einbringung in eine inländische Gesellschaft dem Steuerzugriff des Drittstaates zu entziehen. Gelingt diese Gestaltung, findet nämlich aus Sicht der ausländischen Rechtsordnung bei Versterben des Anteilseigners kein besteuere-relevanter Vermögenstransfer statt; die Vererbung der Anteile an der in Deutschland ansässigen Gesellschaft bietet keinen Anknüpfungspunkt für die Besteuerung im Ausland. Bei dieser Empfehlung ist jedoch von vornherein Vorsicht geboten: Zum einen ist Grundvoraussetzung dieser Gestaltung, dass der ausländische Staat die inländische Gesellschaft als intransparente Einheit anerkennt. Dies ist bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich der Fall, weshalb in aller Regel eine solche anstelle einer Personengesellschaft als „abschirmende Einheit“ zwischengeschaltet werden sollte. Einige Rechtsordnungen erlauben jedoch – jedenfalls bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – auch bei Kapitalgesellschaften den „Durchgriff“ und damit die (fiktive) unmittelbare Zuordnung des im Drittland belegenen Gesellschaftsvermögens zum inländischen Gesellschafter; es verbleibt dann bei der beschränkten Steuerpflicht im Drittstaat. Zum anderen sollte diese Gestaltung stets mit den ertragsteuerlichen Konsequenzen abgewogen werden, denn diese können eine rein erbschaftsteuerlich motivierte Gestaltung uninteressant werden lassen.<sup>71</sup>

Der aus Laiensicht naheliegende Schluss, durch einen – womöglich erst im hohen Alter angedachten – Wegzug der Besteuerung des deutschen Staates zu entfliehen, führt dagegen angesichts der tatbestandlichen Weite des § 2 Abs. 1 ErbStG keineswegs zwingend zu dem gewünschten Ziel, sondern birgt sogar besondere Risiken: Es ist stets zu bedenken, dass

<sup>69</sup> *Jülicher*, BB 2014, 1367, 1371.

<sup>70</sup> Das belegen nicht zuletzt die eingangs dargestellten Entscheidungen von EuGH und BFH. In beiden zugrundeliegenden Fällen wurde aufgrund einer doppelten Besteuerung von ererbtem Sparvermögen gestritten.

<sup>71</sup> Ausführlich und insbesondere im Hinblick auf ausländisches betriebliches Vermögen *Krawitz/Dornhöfer* in FS Herzig, S. 381, 401 ff.; vgl. ebenfalls *Dehmer*, IStR 2009, 454, 457; *Watrin/Kappenberg*, ZEV 2011, 105, 109; *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 71 f.

allein der Wegzug des Erblassers nicht zwingend zum Entfallen der unbeschränkten Steuerpflicht führt, schließlich kann diese auch aufgrund der Inländereigenschaft des jeweiligen Erben begründet sein. Obendrein beschwört der Wegzug eines deutschen Staatsangehörigen in besonderem Maße die Gefahr herauf, dass dadurch sowohl in Deutschland – nämlich binnen der Fünf-Jahres-Frist des § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 lit. b ErbStG – als auch im Zuzugsstaat – aufgrund dort nunmehr begründeten Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts – die unbeschränkte Steuerpflicht besteht. Wer gleichwohl die nationale unbeschränkte Steuerpflicht durch Auswandern vermeiden will, sollte jedenfalls den Wegzug mit Bedacht gestalten: Aufgrund der tatbestandlichen Weite des Wohnsitzbegriffs ist unbedingt darauf zu achten, dass kein noch so nebensächliches Domizil im Inland beibehalten wird. Zudem darf, will man eine Steuerpflicht gänzlich vermeiden, jedenfalls kein Inlandsvermögen im Sinne des § 121 BewG „zurückgelassen“ werden, schließlich knüpft hieran die beschränkte Steuerpflicht an; auch die Voraussetzungen der erweitert beschränkten Steuerpflicht dürfen nicht erfüllt sein. Erfolgt die Zuweisung der Besteuerungsbefugnis zwischen Wegzugs- und Zuzugsstaat allerdings aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens, bestehen freilich abkommensbedingte Besonderheiten.<sup>72</sup>

## VI. Fazit

Erbfälle mit Auslandsberührung können aus erbschaftsteuerlicher Sicht durchaus tückisch sein. Aus der Perspektive des Erblassers dürfte ein vordringliches Problem insbesondere in

der Erkennbarkeit der besonderen erbschaftsteuerlichen Relevanz eines Sachverhaltes liegen: Während etwa ein im Ausland unternehmerisch tätiger Erblasser – der ohnehin laufend steuerlich beraten sein wird – mit (erbschaft-)steuerspezifischen Besonderheiten bei der Vermögensnachfolge rechnen wird, begegnen die vorstehend dargestellten Fallstricke auch Erblassern, die sich – etwa in Anbetracht der Zusammensetzung ihres (künftigen) Nachlasses – einer steuerlichen Indikation schlechterdings nicht bewusst sind. Als Paradebeispiel kann der private Kapitalanleger angeführt werden, der ein Depot oder ein Festgeldkonto bei einem ausländischen Kreditinstitut unterhält. Dieser wird sich bei der Anlageentscheidung kaum Gedanken um mögliche erbschaftsteuerliche Folgen machen; in aller Regel zieht er eine mögliche Besteuerung des Kapitals durch den Drittstaat im Falle seines Versterbens überhaupt nicht in Betracht. Gerade diesem Erblasser wird jedoch bereits mit dem Verweis auf die drohende steuerliche „Mehrbelastung“ aufgrund des Auslandsbezuges gedient sein. Darüber hinaus ist dem Notar jedoch im Hinblick auf die Komplexität der Materie hinsichtlich einer aktiven steuerlichen Beratung bei erkennbarem Auslandsbezug äußerste Zurückhaltung zu empfehlen. Dies gilt nicht nur bezüglich einer strategischen Steuerplanung und -gestaltung, sondern bereits im Hinblick auf Aussagen zu einer zu erwartenden Steuerlast. Selbst der sicherlich übliche, pauschale Verweis auf bestehende Freibeträge kann – angesichts drohender Anrechnungsüberhänge – nur für die Besteuerung durch den deutschen Fiskus gelten.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Zum Ganzen *Krawitz/Dornhöfer* in FS Herzig, S. 381, 397 ff. auch mit Verweis auf mögliche ertragsteuerliche Folgen des Wegzugs; *Dehmer*, IStR 2009, 454, 457; *Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 25; *Watrin/Kappenberg*, ZEV 2011, 105, 110 f.

<sup>73</sup> Entsprechend auch *Ley*, FamRZ 2014, 345, 349.

## BUCHBESPRECHUNGEN

Sebastian Herrler (Hrsg.):

### Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

1. Aufl., C. H. Beck, 2017. 2432 S., 249 €

Von Notar Dipl.-Psych. Dr. **Michael Bernauer**, LL.M., Hof

Neu erschienen ist das vom Münchener Notar und früheren DNotI-Geschäftsführer *Sebastian Herrler* herausgegebene Handbuch zum „Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis“. Auf deutlich über 2000 Seiten haben die aus dem Notariat, der Rechtsanwaltschaft und der Wissenschaft kommenden Autoren in äußerst gelungener Weise alle für den Kautelarjuristen im Alltag relevanten Fragen des Gesellschaftsrechts aufgearbeitet. Das Werk tritt, wie *Herrler* im Vorwort ausführt, mit dem Anspruch an, „das nötige Know-how zur Bewältigung der allermeisten Gestaltungsaufgaben“ im Gesellschaftsrecht zu vermitteln. Um es vorwegzunehmen, dies gelingt den Autoren in hervorragender Weise, indem sie nicht lediglich die Rechtslage darstellen, sondern zu unzähligen in der Kautelarpraxis auftretenden Problemen auch Lösungsvorschläge samt Formulierungsmustern unterbreiten. Letztere sind in zeitgemäßer Weise auch über einen Freischaltcode online verfügbar.

In einem einleitenden Kapitel stellt *Herrler* zunächst wesentliche Erwägungen zur Rechtsformwahl an. Besonderes Highlight ist hier der hochaktuelle Abschnitt zum Sonderproblem des Brexit (§ 1 Rdnr. 33 ff.), der – wie auch am abweichenden Layout ersichtlich – in letzter Minute eingefügt wurde. An diesem Abschnitt lässt sich veranschaulichen, was den besonderen Wert des neuen Handbuchs ausmacht: Der Autor beschreibt zunächst die Problematik (Einbuße der Haftungsbeschränkung aufgrund künftiger Anwendbarkeit der Sitztheorie), schildert sodann die Vor- und Nachteile verschiedener Reaktionsmöglichkeiten (Asset Deal, grenzüberschreitender Formwechsel, grenzüberschreitende Verschmelzung). Daraus wird anschließend eine Gestaltungsempfehlung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung ausgesprochen, wobei auch praktische Erfahrungen des Autors mit der britischen Gerichts- und Verfahrenspraxis (§ 1 Rdnr. 36) wiedergegeben werden. Zur Erleichterung der praktischen Umsetzung des Gestaltungsvorschlags werden im Formulareil zweisprachige Vollmuster zur Verfügung gestellt. Praxisorientierter kann man ein Rechtsproblem wohl kaum aufbereiten!

In den Folgekapiteln werden die Personengesellschaften von der GbR (§ 2) über die Partnerschaftsgesellschaft (§ 3) bis hin zu den Personenhandelsgesellschaften (§ 4) und schließlich der GmbH & Co. KG (§ 5) vorgestellt. Aus Anwendersicht besonders gelungen ist dabei das Kapitel zur GbR, dessen Darstellung sich im Kern an den wesentlichen Inhalten eines Gesellschaftsvertrags orientiert und hier jeweils leicht auffindbar Regelungsvarianten darstellt. Im Zusammenhang mit den

Ausführungen zur Partnerschaftsgesellschaft wird auch auf die Limited Liability Partnership (LLP) eingegangen (§ 3 Rdnr. 28 ff.). Dabei werden noch nicht die Konsequenzen des Brexit thematisiert, obwohl sich ähnliche Fragen wie bei der Limited stellen. Da bei der LLP der Weg über die grenzüberschreitende Verschmelzung nicht gangbar ist (vgl. § 122b UmwG), werden die in der Rechtsform der LLP gestalteten deutschen Rechtsanwaltskanzleien auf andere Weise auf den Austritt Großbritanniens aus der EU reagieren müssen (zu Gestaltungsmöglichkeiten siehe *Lieder/Hoffmann*, NZG 2017, 325, 332).

Das Kapitel zu den Personenhandelsgesellschaften überzeugt durch zahlreiche Formulierungsbeispiele. Wer hier seine Mustersammlung erweitern möchte, wird auch in Bereichen fündig, die wegen nur ausnahmsweise bestehender Beurkundungspflichten im notariellen Alltag eine eher untergeordnete Rolle spielen. So finden sich auch Muster zum Nießbrauch oder zur Verpfändung eines Kommanditanteils (§ 4 Rdnr. 418 und 429). Hinsichtlich des Nießbrauchs an einer Kommanditbeteiligung wird unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des OLG Stuttgart (Beschluss vom 28.1.2013, 8 W 25/13, NZG 2013, 432) die Eintragungsfähigkeit bejaht (§ 4 Rdnr. 416). Die gegenteilige Ansicht des OLG München (Beschluss vom 8.8.2016, 31 Wx 204/16, MittBayNot 2016, 538) ist indes noch nicht berücksichtigt. In der Praxis empfiehlt sich insoweit die vorherige Abklärung mit dem Registergericht, solange nicht geklärt ist, ob der BGH der dogmatisch strengen Linie des OLG München folgt oder diese im Hinblick auf die von anderen Obergerichten in den Vordergrund gerückten praktischen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs verwirft.

Das nachfolgende Kapitel zur GmbH & Co. KG ist, im Hinblick auf diese Rechtsform durchaus nachvollziehbar, mit zahlreichen steuerlichen Erläuterungen angereichert. Die tabellarischen Übersichten mit der Darstellung der Steuerbelastung in verschiedenen Situationen (§ 5 Rdnr. 264 ff.) dürften jedoch nur für den steuerrechtlich besonders interessierten Notar von Belang sein.

Der anschließende Abschnitt zu den Kapitalgesellschaften beginnt mit einem über 450 Seiten umfassenden Kapitel zur GmbH (§ 6). Dieser Umfang ist im Hinblick auf die praktische Bedeutung dieser Rechtsform angemessen. Nicht nur Gründung, Kapitalmaßnahmen, Satzungsänderung und Geschäftsanteilsabtretungen werden hier vertieft behandelt, sondern auch für den Alltag des Notars nur gelegentlich relevante Fragestellungen. Umso hilfreicher ist es, dass man auch Ausfüh-

rungen und Muster für die Einberufung „streitiger“ Gesellschafterversammlungen oder für die Einziehung von Geschäftsanteilen findet. Anders als bei den Personengesellschaften finden sich bei den Mustern teilweise auch Hinweise zu den Notargebühren, wobei sich jedenfalls bei komplexeren Vorgängen die Heranziehung kostenrechtlicher Spezialliteratur empfehlen dürfte.

Trotz der Ausführlichkeit der Darstellung zur GmbH finden sich im nachfolgenden Kapitel zur Aktiengesellschaft (§ 7) tiefer gehende Erläuterungen zu Themen, die im Zusammenhang mit der GmbH trotz ähnlicher Problemstellung nicht näher behandelt werden, wie etwa zur wirtschaftlichen Neugründung (§ 7 Rdnr. 300 ff.). Ein Schwerpunkt liegt bei der Beurkundung der Hauptversammlung, wobei gleich vier Gesamtmuster zur Verfügung gestellt werden (§ 27, Muster E. bis H.). Nicht nur diese Muster, sondern auch die mit zahlreichen Praxistipps garnierte Behandlung der Hauptversammlung, dürften sich besonders für Notare als hilfreich erweisen, die nur gelegentlich mit der Protokollierung solcher Versammlungen betraut sind. Abgerundet wird die Darstellung zur AG mit umfangreichen Ausführungen zu Kapitalmaßnahmen, was angesichts zahlreicher, streng zu beachtender Vorgaben sehr zu begrüßen ist. Ein weiterer, knapp 100 Seiten langer Abschnitt wird sodann der Societas Europaea (SE) gewidmet. Diese Rechtsform hat mit deutschlandweit 451 Eintragungen im Handelsregister (Stand: 15.6.2017) einschließlich Vorratsgesellschaften zwar zahlenmäßig eine geringe Bedeutung, ist aber angesichts der Wahl dieser Rechtsform durch eine Reihe von Großkonzernen durchaus bedeutsam. Sie teilt damit ein Stück weit das Schicksal mit der KGaA, die demgegenüber (bis auf Randnotizen) in dem Handbuch nicht näher behandelt wird. Abgerundet wird die Darstellung zum Kapitalgesellschaftsrecht mit einem Kapitel zu Gesellschaftervereinbarungen (§ 9). In diesem Zusammenhang findet sich zwar ein instruktiver Überblick über übliche Problemstellungen mit einzelnen Formulierungsmustern; ein Gesamtmuster wie in anderen Abschnitten üblich fehlt demgegenüber.

Während die Abschnitte zu den einzelnen Gesellschaftsformen aus Notarsicht als äußerst gelungen zu bezeichnen sind, nimmt das Kapitel zum Konzernrecht (§ 10) aus Sicht des Rezensenten zu wenig die Notarperspektive in den Blick. Zwar finden sich detaillierte Ausführungen auch zu Randproblemen wie zur Existenzvernichtungshaftung, jedoch fehlen die immer wieder benötigten Muster für Zustimmungsbeschlüsse zu Unternehmensverträgen sowie die zugehörigen Handelsregisteranmeldungen. Auch einen expliziten Hinweis darauf, dass die Beendigung des Unternehmensvertrags nach überwiegender Auffassung erst im Folgejahr angemeldet werden kann, sucht man hier vergeblich. Diese Lücke wird allerdings im Kapitel § 15, das mit „Beurkundungsverfahren“ betitelt ist, weitgehend geschlossen (dort Rdnr. 211 ff.). Diese Aufteilung erscheint nicht ganz glücklich und sollte bei einer Neuauflage überdacht werden.

Den Fokus auf die Notar- und Gestaltungspraxis legen wieder die anschließenden Kapitel zum Umwandlungsrecht (§§ 11, 12), wobei sowohl innerstaatliche als auch grenzüberschreitende Umwandlungen vertieft behandelt werden. Für die häufigsten Umwandlungsformen werden praxistaugliche Muster zur Verfügung gestellt, allerdings muss in Sonderfällen sicher

auf Spezialliteratur zurückgegriffen werden. Das Handbuch bietet jedoch auch hier eine solide Grundausstattung für den notariellen Alltag.

Das anschließende Kapitel beleuchtet überblicksweise das Querschnittsthema des „Unternehmenskaufs“ (§ 13). Es erscheint nachvollziehbar, dass angesichts der Komplexität des Themas manche Ausführungen recht oberflächlich erscheinen. Bedauerlich ist allerdings, dass dies nicht durch Querverweise auf andere Kapitel kompensiert wird. So erfolgen zur Frage, ob die Beurkundung von Anteilsabtretungen bei deutschen GmbHs durch Notare in Österreich und der Schweiz zulässig ist, lediglich lapidare Hinweise auf befürwortende Gerichtsentscheidungen und Literaturstimmen (§ 13 Rdnr. 14). Stattdessen hätte man auf die sehr gelungene Problemaufbereitung von Süß in § 19 (Rdnr. 105 ff.) oder auf die knappere Darstellung im Abschnitt zur GmbH (§ 6 Rdnr. 1206 ff.) verweisen können. Darüber hinaus darf kritisch angemerkt werden, dass sich im Abschnitt zum Unternehmenskauf immer wieder kleinere dogmatische Ungenauigkeiten finden, etwa wenn von der gesetzlichen Vertretungsmacht des Insolvenzverwalters (Rdnr. 92, 97) gesprochen wird.

Auch die nachfolgenden Kapitel enthalten Querschnittsdarstellungen. Einen gelungenen Überblick über Fragen zur Unternehmensnachfolge und bestehende Gestaltungsmöglichkeiten gibt das Kapitel § 14. Wie bereits erwähnt, finden sich im unscheinbaren Abschnitt zum „Beurkundungsverfahren“ (§ 15) allerlei wertvolle Muster und Arbeitshilfen, so auch zu Beurkundungen mit Fremdsprachenbezug (§ 15 Rdnr. 35 ff.). Während das Kapitel zum Registerrecht (§ 16) den meisten Notaren eher zur Auffrischung und Erweiterung des Hintergrundwissens dienen dürfte, enthält das Kapitel zum Insolvenzrecht (§ 17) eine vertiefte Spezialdarstellung, insbesondere zu Haftungsansprüchen in der Insolvenz. Einen abrundenden Überblick über sich im Zusammenhang mit Minderjährigen, Genehmigungen und Vollmachten stellende Fragen enthält schließlich das Kapitel § 18. Ein nützliches Muster findet sich hier auch zur unternehmerischen Vorsorgevollmacht (§ 18 Rdnr. 74). In den Kapiteln §§ 19 und 20 werden schließlich die Auslandsbezüge erörtert, wobei § 19 Ausführungen zum Internationalen Privatrecht und § 20 zu bestimmten ausländischen Gesellschaften enthält. Besonders hilfreich für die Praxis erscheinen die Erläuterungen zu „Besonderheiten bei [ausländischen] verheirateten Gesellschaftern“ (§ 19 Rdnr. 36 ff.). Allerdings wäre hier noch ein Hinweis auf Art. 16 EGBGB wünschenswert, der in manchen Fällen einen beruhigenden Notanker für den Umgang mit scheinbar unlösbaren Problemen im Hinblick auf ausländische Güterstände enthält. Im letzten thematischen Kapitel wird schließlich ein Überblick über die Grundzüge des Bilanzrechts gegeben (§ 21).

Abgerundet wird das Handbuch durch zahlreiche Gesamtmuster zu den zuvor behandelten Themen, wobei entsprechende Querverweise das Auffinden der zugehörigen Formulierungsvorschläge erleichtern. In den Mustern sind nur vereinzelt Anmerkungen enthalten, was die Lesbarkeit erleichtert und im Hinblick auf die vorhergehenden thematischen Darstellungen auch sachgerecht erscheint.

Insgesamt ist das neu erschienene Handbuch schon in der 1. Auflage herausragend gelungen. Es wird sich sicher schnell

einen Standardplatz in den Notarbibliotheken erobern. Für die Folgeauflagen kann man sich eigentlich nur wünschen, dass sie in möglichst rascher Abfolge erscheinen, da das Gesellschaftsrecht stets in Bewegung ist und man gerade als Notar

in diesem Bereich auf gute, aktuelle und praxisorientierte Literatur angewiesen ist. Genau diesen Bedürfnissen wird das hier besprochene Handbuch vollkommen gerecht.

**Christof Münch:**

## **Ehebezogene Rechtsgeschäfte. Handbuch der Vertragsgestaltung**

4. Aufl., Carl Heymanns, 2015. 1306 S., 139 € inkl. CD-ROM

Von Notarassessor Dr. **Sebastian Löffler**, Memmingen

Bereits in 4. Auflage liegen die im Jahre 2004 erstmals erschienenen „Ehebezogenen Rechtsgeschäfte“ aus der Feder von *Christof Münch* vor. Gegenüber der 2011 erschienenen Voraufgabe ist der Umfang abermals gewachsen, und zwar von knapp unter 4.000 auf etwas mehr als 4.500 Randnummern.

Auf rund 1.200 Seiten deckt das Werk die zentralen Aspekte der Gestaltung von Verträgen zwischen Eheleuten ab, und zwar sowohl aus systematischer als auch aus situativ-gestalterischer Perspektive. Der Wechsel zwischen Teilen, die die rechtlichen Rahmenbedingungen ausbreiten und solchen, die vom gestalterischen Problem ausgehen, ist dabei eine für die rasche praktische Zugänglichkeit überaus geeignet erscheinende Konzeption. Ein ausführliches, in drei Ebenen gegliedertes Stichwortverzeichnis sowie zahlreiche Querverweise erleichtern die Orientierung.

Inhaltlich deckt das Handbuch neben den Kernbereichen Güterrecht, Unterhalt und Versorgungsausgleich insbesondere sonstige vermögensrechtliche Ansprüche und Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Ehe ab, weiterhin den steuerlichen Rahmen und die einschlägigen Regelungen des internationalen Privatrechts.

Im Zusammenhang des IPR ist nun auch die EU-Güterrechtsverordnung aufgenommen. Die als vierter Güterstand des deutschen Rechts neu hinzugekommene deutsch-französische Wahlzugewinnungsgemeinschaft behandelt *Münch* nun ausführlicher, jedoch im Ergebnis als Gestaltungsoption immer noch skeptisch – insoweit wohl im Einklang mit der Mehrzahl der Literaturstimmen. Das entsprechende Formulierungsmuster bietet Lösungen zu den regelungsbedürftigen Problemfeldern wie insbesondere dem Zugewinnausgleich zugunsten der Erben des erstversterbenden Ehegatten, der der Zugewinnungsgemeinschaft deutschen Rechts fremd ist.

Bei der Entwicklung ehevertraglicher Gestaltungen müssen in besonderem Maße die Grenzen im Auge behalten werden, die die richterliche Inhaltskontrolle setzt. *Münch* widmet der Darstellung der diesbezüglichen Rechtsprechung demgemäß ein mit über 300 Randnummern vergleichsweise ausführliches eigenes Kapitel. Dieses referiert zunächst die maßgeblichen

Entscheidungen des BVerfG, des BGH sowie eine Auswahl der Rechtsprechung der OLG. Daran schließt sich eine systematische Darstellung der BGH-Vorgaben zur Inhaltskontrolle und ein gehaltvoller Abschnitt zu den konkreten Folgen für die Vertragsgestaltung an, der Gesichtspunkte vom Beurkundungsverfahren bis zur Reparatur von potenziell nichtigen Eheverträgen abdeckt.

In eigenen Teilen thematisiert werden die Fragenkreise der Zuwendungen unter Ehegatten und der Zuwendungen Dritter mit Scheidungsvorsorge. *Münch* behandelt bei Ersteren unter anderem die in der Gestaltungspraxis nicht selten aufgeworfenen Probleme um das Familienheim, insbesondere für den Fall entsprechender Investitionen bereits vor dem Zeitpunkt der Eheschließung. In Bezug auf das Familienheim finden sich auch Ausführungen zur Bruchteilsgemeinschaft und der Teilungsversteigerung als Folge nachhaltiger Uneinigkeit hinsichtlich dieses hochwertigen Vermögensgegenstandes etwa im Falle der Trennung, und zwar im umfangreichen Teil zu vermögensrechtlichen Ansprüchen und Regelungen unter Ehegatten. Dieser befasst sich weiterhin mit Gesellschafts-, Arbeits-, Darlehensverträgen sowie Mietverhältnissen unter Ehegatten. Ebenfalls aufgenommen ist dort ein Abschnitt zu Vorsorgevollmachten zwischen Eheleuten – wohl unabhängig von der Umsetzung der gesetzgeberischen Pläne zur (sachlich beschränkten) Vollmachtsvermutung dauerhaft eines der zahlenmäßig häufigsten notariell betreuten Rechtsgeschäfte zwischen Verheirateten.

Das Werk löst den im Vorwort formulierten Anspruch des Autors, in die Lage zu versetzen „zügig erforderliche Vereinbarungen zu gestalten“ in geradezu mustergültiger Art und Weise ein. Der eigentliche darstellende Text ist durchsetzt von optisch hervorgehobenen, komprimiert dargestellten Gestaltungsempfehlungen und Formulierungsvorschlägen zu den jeweils konkret behandelten Problem- und Regelungsfeldern. Dies wird ergänzt durch vollständige Vertragsmuster, die auch auf der mitgelieferten CD in digitaler Form vorliegen. Besonders sind dabei die in einem eigenen Teil zusammengefassten Musterentwürfe für typisierte Ehekongstellationen zu nennen, die die verschiedenen Regelungsbereiche jeweils zu einer abgestimmten Gesamtlösung zusammenführen. Sachlich gehö-

ren zu typisierbaren Fällen des Ehevertragsschlusses die ebenfalls in einem eigenen Teil auf 600 Randnummern ausführlich behandelten Vereinbarungen bezüglich Trennung und Scheidung. Alle Formulierungsvorschläge sind über ein übersichtliches Verzeichnis nach Randnummern erschlossen. Hilfreich sind die insbesondere bei der Darstellung der Vertrags-

muster angebrachten Hinweise zur kostenrechtlichen Bewertung vertraglicher Gestaltungen.

Für die anwaltliche wie notarielle Gestaltungspraxis kann das Fazit zu den Ehebezogenen Rechtsgeschäften nicht anders lauten als: uneingeschränkt empfehlenswert.

**Robert Walz (Hrsg.):**

## **Das ADR-Formularbuch**

2. Aufl. 2017, Dr. Otto Schmidt. 988 S., 129 € inkl. CD-ROM

Von Notar **Bernhard Hille**, Augsburg

Die „Außergerichtliche Streitbeilegung“ herausgegeben von Dr. *Robert Walz* ist nunmehr in der 2. Auflage erschienen. Die Bezeichnung lautet jetzt „Das ADR Formular-Buch“, wobei ADR für Alternative Dispute Resolution steht.

Das Buch enthält 40 Kapitel. Die zehn übergeordneten Teile strukturieren diese für den Leser sehr übersichtlich. Im ersten Teil erläutert *Walz* das Arbeitsfeld und die Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung. Bei der außergerichtlichen Streitbeilegung geht es, wie *Walz* betont, um die Bearbeitung von bestehenden oder künftigen rechtlich relevanten Interessensgegensätzen, ohne dass staatliche Gerichte in Anspruch genommen werden, wozu auch die frühzeitige Interessenkoordination zur Vermeidung typischer zu erwartender Konflikte, also die Streitvermeidung (und damit das ureigenste Tätigkeitsfeld des Notars), gehört. Bei der Regelung bereits aufgetretener oder naheliegender Konflikte ist in der Vertragsgestaltung zwischen den verfahrenssteuernden Vereinbarungen (etwa Regelung eines Schieds-, Schiedsgutachter- oder Mediationsverfahrens) und den verfahrensbeendenden Vereinbarungen (etwa Vergleichs- und Auseinandersetzungsvereinbarungen) zu unterscheiden.

Vorrangiges Ziel für den Vertragsjuristen ist die Streitvermeidung, damit es gar nicht zum Problem der Beilegung eines konkreten Streits kommt. Dennoch ist auch der Vertragsjurist ständig mit Letzterer befasst. Sei es, dass die Gesellschafter einen schon lange währenden Konflikt durch gesellschaftsrechtliche Regelungen, zum Beispiel durch eine Geschäftsanteilsabtretung, lösen wollen, sei es, dass die Beurkundung einer Scheidungsvereinbarung ansteht, oder sei es, dass endlich ein Erbe auseinandergesetzt werden soll. In all diesen Fällen steht die Streitbeilegung im Mittelpunkt. Ebenso in den Fällen, in denen es bei der Vertragsdurchführung zu Leistungsstörungen kommt, zum Beispiel die Lösung eines kaufvertraglichen Konflikts durch Regelungen in einem Nachtrag, durch Vereinbarung einer Vertragsaufhebung oder durch Vereinbarung einer Vertragsübernahme.

*Walz* bietet mit seinem Autorenteam hierfür eine Vielzahl von Verfahren und Musterformulierungen, sodass es sich anbietet, diese kurz vorzustellen:

Im zweiten Teil beschreibt *Bülow* verschiedene Muster von Neuverhandlungsklauseln. Mit einer solchen Klausel verpflichten sich die Vertragsparteien, unter bestimmten Voraussetzungen über Anpassungen eines bereits wirksamen Vertrages zu verhandeln. Bedeutung hat dies insbesondere, wenn sich die vorausgesetzten Umstände für die eine Partei vorteilhaft und die andere nachteilig entwickelt haben. Die Flexibilität der Konfliktlösung korrespondiert hierbei aber mit einem Verlust an Rechtssicherheit. Letzterem kann durch die Vereinbarung eines konkreten Anpassungsmaßstabes gegengesteuert werden. Weiter wird das Muster einer Vertraulichkeitsabrede vorgestellt: Bei jeder Vertragsverhandlung besteht das Spannungsverhältnis zwischen einer offenen Kommunikation, die die Gefahr der Ausforschung in sich birgt, und der angemessenen Zurückhaltung, die bei Übertreibung aber einen Vertragsabschluss verhindern dürfte. Hier kann die vorgeschlagene Vertraulichkeitsklausel helfen.

Die Mediation wird im dritten Teil behandelt. Gesetzlich geregelt ist diese seit 2012 durch das Mediationsgesetz. Mediation ist ein Verfahren, bei dem die Parteien freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Konfliktbeilegung anstreben. Der Mediator muss unabhängig und neutral sein, er hat keine Entscheidungsbefugnis. Den Vorteilen der Mediation (geringere Kosten, Befriedungswirkung sowie Chance zur umfassenden Konfliktbewältigung, Schnelligkeit und Vertraulichkeit) stehen, wie *Bülow* erläutert, gravierende Nachteile gegenüber: keine Einigungsgarantie, Risiko der Verfahrenverschleppung, fehlende Bindungswirkung für künftige Streitigkeiten, etwaige Mängel in der Person des Mediators. Die Mediationsvereinbarung wird typischerweise erst nach Auftreten des Streits abgeschlossen; sie ist erster eigentlicher Bestandteil des Mediationsverfahrens. Dagegen kann die (vorbeugende) Verpflichtung zur Mediation für den Fall künftiger Konflikte als zusätzliche Klausel auch in Testamenten und Erbverträgen Eingang finden. Hiervon zu unterscheiden ist der Mediatorvertrag; bei die-

sem handelt es sich um die Vereinbarung, die die Beteiligten mit dem Mediator treffen.

Muster zu den „hybriden Mediationsverfahren“ präsentiert *Schwarzmann*, also zu der Kombination von Mediation mit anschließendem Schiedsgerichtsverfahren („Med-Arb“) sowie zu der Kombination von Schiedsgutachtenverfahren mit anschließender Mediation („Arb-Med“). Als Entsprechung für das amerikanische Rechtsinstitut „Arbitration“ bieten sich im deutschen Recht das Schiedsgutachten nach §§ 317 ff. BGB (bei diesem ist die gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung ermöglicht) und das Schiedsgericht nach §§ 1025 ff. ZPO an. Mit den genannten Kombinationen ist die Hoffnung verbunden, die Vorteile der verschiedenen Konfliktbewältigungsmodelle zu kumulieren. Allerdings ist dies mit den vielfach auftretenden Nachteilen im konkreten Einzelfall abzuwägen. Bei der Med-Arb wird zunächst die Mediation durchgeführt; scheitert diese, so geht das Verfahren in die Drittscheidung über. Wesentlich hierbei ist der Automatismus des Verfahrenswechsels. Demgegenüber beginnt die Arb-Med mit der Drittscheidung, der sich die Mediation anschließt. Der Effekt dieses Verfahrens liegt darin, dass das Ergebnis der Drittscheidung den Beteiligten zunächst nicht mitgeteilt wird. Ist die anschließende Mediation erfolgreich, so gilt nur das Mediationsergebnis. Scheitert die Mediation, so wird die Drittscheidung offengelegt und ist dann verbindlich.

Im vierten Teil wird das den Notaren vertraute Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO behandelt. Die Formulierungsvorschläge von *Schwarzmann* reichen von der Anforderung des Kostenvorschusses bis zur Schlichtungsvereinbarung bzw. zum Zeugnis über den erfolglosen Schlichtungsversuch. Weiter sind in diesem Teil enthalten Muster zur Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau) sowie Ausführungen zur Streitbeilegung in Verbrauchersachen nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG), einschließlich der durch das VSBG begründeten Informationspflichten des Unternehmers, der eine Webseite unterhält oder AGB in Verbraucherverträgen verwendet (siehe § 36 VSBG).

Teil fünf hat „Evaluative Verfahren“ zum Thema, und zwar sowohl die Vereinbarung über eine Prozesssimulation („Mini-Trial-Verfahren“) als auch das Frühevaluationsverfahren („Early Neutral Evaluation“). Bei der Prozesssimulation tragen die Parteien den aktuellen Konflikt einem Gremium vor, das aus abschlussbefugten Parteivertretern und einem neutralen Dritten besteht. Der regelmäßig herrschende Überoptimismus einer jeden Partei über ihre Chancen, in einem Gerichtsverfahren zu obsiegen, soll durch die Präsentation vor einem neutralen Gremium einem größeren Realitätssinn weichen und somit eine Einigung ermöglichen. Für dieses Verfahren ist die persönliche Anwesenheit der Parteien im Haupttermin zwingend erforderlich. Bei der Early Neutral Evaluation tragen die Parteien den Konflikt einem neutralen Experten, der regelmäßig keine Entscheidungsgewalt hat, vor. Die Rolle des Neutralen ist im Wesentlichen über seinen Sachverstand definiert. Dieses Verfahren basiert hauptsächlich auf der Beurteilung einer konkreten Streitfrage durch einen neutralen Sachverständigen. *Siegler/Fries* haben für die Durchführung der beiden Verfahren jeweils gut durchdachte Muster formuliert.

Im sechsten Teil werden Muster zur Vermittlung einer Nachlassauseinandersetzung vorgestellt. Zuständig hierfür sind seit 2013 ausschließlich die Notare. Obwohl dieses Verfahren (§§ 363 ff. FamFG) durchaus modern gestaltet ist, führt es dennoch in der Praxis ein Schattendasein. *Sorge* sieht hierfür folgende Gründe: Wie jedes mediative Verfahren sei es bei Widerspruch eines Beteiligten auszusetzen, ebenso wenn sich im Verfahren ein Streitpunkt ergibt. Es sei zudem in der Anwaltschaft zu wenig bekannt, weil die Freiwillige Gerichtsbarkeit in der Juristenausbildung vernachlässigt werde. Schließlich werde bei Testamentseröffnung und bei Erbscheinsanträgen typischerweise von den Nachlassgerichten nicht auf dieses Verfahren hingewiesen. Die Ausführungen und insbesondere die Musterformulierungen von *Sorge* können helfen, diesem notariellen Vermittlungsverfahren in der Praxis eine größere Beachtung zu schenken.

Die Aufteilung einer Gesamtheit von Gegenständen im weitesten Sinn – sei es die Hausratsteilung bei einer Scheidung, sei es die Inventarverteilung bei einer sich auflösenden Bürogemeinschaft, sei es die Aufteilung einer Kundenkartei oder die Zuordnung von Mitarbeiterverträgen oder auch die Einigung über Benutzungszeiten einer gemeinschaftlichen Einrichtung – birgt Potenzial für vielfältige Streitigkeiten in sich. Der siebte Teil des Buches zeigt verschiedene Verfahren zur Lösung der Verteilungskonflikte auf. Zunächst erläutert *Schneeweiß* die „Aufteilung mit alternierendem Wahlrecht“ sowie das „Losverfahren“ (siehe hierzu auch die Regelung in § 369 FamFG). Auch das auf den ersten Blick etwas kompliziert erscheinende „Adjusted-Winner-Verfahren“ und das „Auktionsverfahren“ werden behandelt. Bei Letzterem findet die Versteigerung der einzelnen Gegenstände zwischen den Beteiligten statt. Weiter beschreibt *Walz* das Aufteilungs- und Auswahlverfahren: Der eine Beteiligte übernimmt die Aufteilung, wobei unter Umständen sein Aufteilungsvorschlag auch Ausgleichszahlungen in Geld enthalten darf. Der andere Beteiligte kann dann binnen einer bestimmten Frist die Auswahl treffen. Die Mustervereinbarungen haben die Aufteilung einer Kunstsammlung sowie ein Aufteilungs- und Auswahlverfahren über eine GmbH (Abspaltung zur Neugründung und Geschäftsanteilstausch) zum Gegenstand. Eine andere Möglichkeit der Konfliktlösung bietet die sog. „Final-Offer-Arbitration“: Es wird von den Streitparteien festgelegt, dass ein neutraler Dritter die abschließende Entscheidung trifft. Die Parteien machen jeweils verbindliche Entscheidungsangebote. Der Dritte darf nur zwischen diesen Angeboten auswählen. Ein Kompromiss oder andere Vorschläge sind ihm verwehrt. Ein integrierter Dritter wird das Angebot auswählen, das ihm vernünftiger erscheint. Daher haben beide Parteien die Motivation, entsprechende Angebote zu unterbreiten. Die von *Walz* präsentierte „Vereinbarung über eine Drittscheidung anhand verbindlicher Angebote“ zeigt, wie dieses Verfahren für die Auseinandersetzung einer Grundstücksmitteigentümergeinschaft nutzbar gemacht werden kann. *Schwarz* beendet diesen Teil des Buches mit verschiedenen gesellschaftsvertraglichen Übernahmeregeln bei zwei Gesellschaftern („Shoot Out“).

Der achte Teil behandelt die Schiedsgerichtsbarkeit, das Schiedsgutachten und weitere ADR-Verfahren. Klauseln zum Schiedsgutachten sind in der Vertragspraxis weit verbreitet. *Schwarzmann* erläutert hierzu eine ausführliche Variante,

ebenso deren Regelung im Erb- und Gesellschaftsrecht. Auch ein Muster für die Vereinbarung mit dem Schiedsgutachter wird vorgestellt. Schiedsvereinbarungen finden sich zum einen als „Ad-hoc-Vereinbarung“ anlässlich einer konkretisierten Streitigkeit; häufiger werden Schiedsvereinbarungen aber bereits bei Vertragsabschluss getroffen. Statt eigener Verfahrensvereinbarungen wird nicht selten auch auf vorformulierte Schiedsordnungen zurückgegriffen. *Bandel* stellt hierfür jeweils Musterformulierungen vor, ebenso auch für den Schiedsrichtervertrag und den Schiedsorganisationsvertrag. Eigene Kapitel sind den Schiedsklauseln in Testamenten und Erbverträgen sowie der Schiedsgerichtsbarkeit im Gesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht gewidmet. Die ADR-Verfahrensordnungen der DIS (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.) und des ICC (International Chamber of Commerce, Sitz: Paris) bleiben nicht unerwähnt.

In Teil neun des Buches werden vorab Überlegungen zu der Vergleichsvereinbarung im Allgemeinen behandelt. Hierbei ist zu berücksichtigen, ob der Vergleich nur punktuell wirken oder ob das Rechtsverhältnis auf eine neue Grundlage gestellt werden soll. Auf 350 Seiten folgt sodann eine Vielzahl von Vergleichsvereinbarungen, die neben miet-, bau-, delikts- und arbeitsrechtlichen Vereinbarungen auch typische für den Notar bedeutsame Vergleichs- und Auseinandersetzungsvereinbarungen im Grundstücks-, Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht beinhalten: so zum Beispiel neben Nachtrag zum und Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages auch dessen Vertragsübernahme oder neben einer Erbauseinandersetzung die ausführliche Regelung eines erbrechtlichen Auslegungsvertrages sowie der entgeltliche Verzicht auf einen

entstandenen, nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch (dieser kann, wie *Selbherr* darlegt, erhebliche steuerliche Vorteile haben gegenüber der Gestaltungsvariante Grundstücksübertragung an Erfüllung statt für einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch).

Teil zehn schließt das Buch mit Regelungen zur – gerade bei Beilegung eines Streits besonders bedeutsamen – Sicherung des Einigungsergebnisses und damit des Vertragsvollzuges ab: Vollzugsautomatismus durch aufschiebende und auflösende Bedingungen, Vollzugsautomatismus durch Erteilung unwiderruflicher Vollmachten und schließlich die Sicherung des Vertragsvollzuges durch Treuhandgestaltungen.

Kennzeichnend für die Streitbeilegung ist häufig ein außerordentlicher Zeitdruck: Wenn schon mal nach längeren Verhandlungen eine Einigung herbeigeführt wurde, soll dieses Ergebnis möglichst rasch, bevor wieder die Einigungsreue die Einigungstreue ablöst, für alle verbindlich fixiert werden. Oft besteht zu diesem Zeitpunkt auch keine Bereitschaft, noch langdauernde Verhandlungen über die einzelnen detaillierten Vertragsklauseln zu führen. Es muss daher in kurzer Zeit eine vertragliche Regelung, die alle Beteiligten überzeugt, präsentiert werden. Sehr hilfreich ist es hierbei, auf ein Formularbuch mit wohldurchdachten Musterformulierungen zurückgreifen zu können, um eine allen Beteiligten gerecht werdende Lösung zu finden. Das von *Walz* herausgegebene Werk (eine CD mit den Mustervorschlägen liegt dem Buch bei) bietet insoweit jedem Notar und jedem anderen auf diesem Gebiet tätigen Vertragsjuristen hervorragende Unterstützung.

**Helmut Weingärtner/Dominik Gassen/Klaus Sommerfeldt/Melanie Sommerfeldt:**

## **DONot – Dienstordnung für Notarinnen und Notare**

13. Aufl., Carl Heymanns, 2017. 788 S., 139 €

Von PräsLG **Joachim Blaeschke**, Wiesbaden

Die Ursprünge der DONot für Notare gehen zurück bis in die Dreißigerjahre des letzten Jahrhunderts. Mit Inkrafttreten der BNotO im Jahre 1961 wurde die DONot in ihrer heutigen Form als weitgehend einheitliche Verwaltungsvorschrift der Bundesländer erlassen. Es hat dann bis in das Jahr 1981 gedauert, ehe die erste selbstständige Kommentierung dieser Vorschriften von *Weingärtner* vorgelegt wurde. Lange Zeit stand dieses Werk allein auf weiter Flur. Nur wenige notarrechtliche Werke zierten seinerzeit die Bücherschränke der Notare, aber „der *Weingärtner*“ gehörte bei vielen von Anfang an dazu.

Nun wurde die 13. Auflage dieses Standardwerks vorgelegt; Rechtsprechung und Literatur sind bis etwa September 2016 berücksichtigt. Allein schon die Zahl der Auflagen in diesem doch eher kleinen juristischen Segment beeindruckt. Und war es ehemals ein schmales Bändchen, ist es inzwischen ein gewichtiger Band, den *Weingärtner* zusammen mit *Gassen* und den beiden Bezirksrevisoren *Sommerfeldt* vorgelegt hat.

*Weingärtner*, der Jahrzehnte als Richter in der Notaraufsicht tätig war, zeichnet wieder für die Kommentierung der DONot verantwortlich. Seine Erläuterungen zu den insgesamt 34 Paragraphen der DONot umfassen 516 Seiten. Der von dem Notar *Gassen* verfasste eigenständige Abschnitt „Elektronischer Rechtsverkehr in der Praxis“ füllt knapp 60 Druckseiten, weitere rund 100 Seiten nimmt das „Kostenrecht in der Praxis“ ein – ein Kapitel, das in den letzten Auflagen gefehlt hat und für welches *Weingärtner* nun mit den Bezirksrevisoren *Melanie* und *Klaus Sommerfeldt* neue und kompetente Co-Autoren finden konnte. Abgerundet wird das Werk durch einen gut 60 Seiten starken Anhang mit neun für die notarielle Amtsführung wichtigen Dokumenten, beispielsweise den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer und diversen wichtigen Kammerrundschreiben.

36 Jahre nach der Erstauflage tritt der Kommentar gegen starke Konkurrenz an. Es existieren inzwischen mehrere ausführliche Kommentierungen zur DONot, sei es als eigenständiges Werk, sei es als Teil umfassenderer Kommentierungen zum notariellen Amtsrecht. Doch Konkurrenz belebt schon immer das Geschäft. So haben *Weingärtner* und seine Mitautoren natürlich nicht nur die Standpunkte der Konkurrenzwerke berücksichtigt, sondern bereits seit einigen Auflagen

das Werk selbst sehr viel breiter aufgestellt. Ständig werden – ausgehend von den Vorschriften der DONot – Querverbindungen gezogen und weiterführende Hinweise gegeben zu Regelungen im BeurkG, in der BNotO oder auch in den Richtlinien der Notarkammern.

Einige Beispiele sollen das erläutern: So findet man in der Kommentierung zu § 26 DONot (Feststellung und Bezeichnung der Beteiligten) nicht nur Erläuterungen zu den entsprechenden Vorschriften des BeurkG, sondern auch zu den Identifizierungspflichten nach dem Geldwäschegesetz. Der Kommentierung zu § 27 DONot (Verwahrungsgeschäft) ist eine ausführliche Darstellung der Regelungen der §§ 54a ff. BeurkG mit den gesetzlichen Vorgaben für Verwahrungsgeschäfte vorangestellt. Besonders augenfällig wird diese Arbeitsweise bei § 32 DONot, einer Vorschrift, die sich eigentlich nur mit der Kompetenzverteilung bei der durch § 92 BNotO vorgeschriebenen Prüfung der Amtsführung durch die Dienstaufsicht befasst. Die inzwischen rund 140 Seiten umfassende Kommentierung bietet – weit darüber hinausgehend – im Sinne eines Prüfungskatalogs eine umfassende Beschreibung der Anforderungen an die Amtsführung der Notare von der Einrichtung der Geschäftsstelle bis hin zu den Verwahrungsgeschäften. Abgerundet wird die Kommentierung durch die kompakte Darstellung des elektronischen Rechtsverkehrs mit vielen praktischen Erläuterungen zu dessen Einrichtung und Durchführung sowie durch einen kostenrechtlichen Leitfaden, der zahlreiche Standardkonstellationen des notariellen Kostenrechts thematisiert.

So ist das Werk insgesamt wesentlich umfassender angelegt, als man es von einem Kommentar im herkömmlichen Sinne erwartet, nicht selten ergänzt um Originaltexte aus Merkblättern der Bundesnotarkammer oder aus Entscheidungen von Obergerichten.

Wer zu dem Buch greift, erhält damit einen schnellen und ausgesprochen praxisnahen Zugang zu den – in erster Linie formalen – Details der notariellen Amtstätigkeit. Notare und Notarinnen, deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und auch die Notarprüferinnen und Notarprüfer, ganz gleich ob Richter oder Bezirksrevisoren, werden froh sein, mit dem Griff zur 13. Auflage „des *Weingärtner*“ wieder auf dem aktuellsten Stand zu sein.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Zur Verbrauchereigenschaft der GbR

BGH, Urteil vom 30.3.2017, VII ZR 269/15 (Vorinstanz:  
OLG Köln, Urteil vom 30.10.2015, 19 U 53/13)

BGB §§ 13, 14, 305 Abs. 1, § 310 Abs. 3 Nr. 2

#### LEITSATZ:

**Eine als Außengesellschaft rechtsfähige GbR, deren Gesellschafter eine natürliche Person und eine juristische Person sind, ist unabhängig davon, ob sie lediglich zu privaten Zwecken und nicht gewerblich oder selbstständig beruflich tätig ist, nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB in der bis zum 13.6.2014 geltenden Fassung.**

#### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin, eine GbR, bestehend aus der freiberuflich tätigen A und der J GmbH, einer Vermögensverwaltungsgesellschaft, fordert – soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse – von den Beklagten Schadensersatz sowie die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht für weitere Schäden wegen Mängeln einer von der Beklagten zu 4 geplanten Glas-Blech-Fassade für ein Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung.

2 A und ihr Ehemann beabsichtigten im Jahr 2002, ein repräsentatives Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung zu errichten, das sie mit ihrer Familie bewohnen und von wo aus sie ihre freiberufliche Tätigkeit ausüben wollten. Sie kontaktierten hierzu das aus den Beklagten zu 5-7 als Gesellschaftern bestehende Architektenbüro der Beklagten zu 4. 2002 wurde zwischen der für die Baumaßnahme gegründeten Klägerin und der Beklagten zu 4 ein Architektenvertrag geschlossen, mit dem der Beklagten zu 4 die Leistungen entsprechend den Leistungsphasen 1-5 gemäß § 15 HOAI a. F. sowie die künstlerische Leitung bei der Ausführung des Bauvorhabens übertragen wurden. Die Verantwortung für die Ausführung des Bauwerks nach der Planung und den Regeln der Technik sowie die eigentliche Objektüberwachung lagen beim Streithelfer der Klägerin. Der Vertragstext war von der Beklagten zu 4 gestellt worden. Im Vertrag war unter Ziffer 5. folgende Klausel enthalten:

„Die Gewährleistung des AN [= Beklagte zu 4] richtet sich nach dem Gesetz. Seine Haftung ist dem Grunde und der Höhe nach auf seine Haftpflichtversicherung beschränkt, wenn diese mindestens folgende Deckungssumme aufweist: Personenschäden 1.533.876 €, Sachschäden 511.292 €. (...)“

3 Mit der Ausführung der Fassadenarbeiten wurde die Beklagte zu 1 beauftragt. Bereits während der Errichtungsphase riss eine der von der Beklagten zu 1 in die Fassade eingefügten gebogenen Glasscheiben. In den Jahren 2004 bis 2006 traten an drei weiteren Scheiben Risse auf. Zuletzt brach während des vorliegenden Rechtsstreits Anfang 2015 noch eine weitere Scheibe.

4 Die Klägerin leitete gegen die Beklagte zu 1 ein selbstständiges Beweisverfahren vor dem LG mit dem Ziel ein, die Ursache für die Rissbildungen in den Scheiben feststellen zu lassen.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

10 Die Revision der Beklagten zu 4-7 führt im angefochtenen Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

11 Auf das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 4 ist das BGB in der Fassung anzuwenden, die für vor dem 13.6.2014 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 32 Abs. 1 EGBGB.

(...)

II. (...)

18 1. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann eine Haftungsbeschränkung zugunsten der Beklagten zu 4-7 gemäß Ziffer 5. des zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 4 geschlossenen Architektenvertrags nicht abgelehnt werden.

19 a) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Vertragsbestimmung in Ziffer 5 des zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 4 geschlossenen Architektenvertrags von der Beklagten zu 4 als Verwenderin gestellt und nicht ernsthaft zur Disposition gestellt worden und daher nicht gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB als Individualvereinbarung anzusehen. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

20 b) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Vertragsbestimmung in Ziffer 5 jedoch nicht nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB einer Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 7 b BGB unterzogen werden.

21 AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt, § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB finden bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) die Vorschriften der §§ 307 bis 309 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.

22 aa) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob es sich bei der Vertragsklausel in Ziffer 5 des Architektenvertrags um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Klausel oder um eine auf den vorliegenden Fall zugeschnittene Regelung handelt. Zugunsten der Beklagten zu 4-7 ist im Revisionsverfahren daher davon auszugehen, dass die Vertragsbestimmung nur zur einmaligen Verwendung bestimmt war.

23 bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klägerin nicht als Verbraucherin im Sinne des § 13 BGB anzusehen.

24 (1) Im Streitfall stellt sich die Frage nicht, ob eine als Außengesellschaft rechtsfähige GbR einem Verbraucher gleichzustellen ist, wenn Gesellschafter ausschließlich natürliche

Personen sind (vgl. bejahend BGH, Urteil vom 23.10.2001, XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80 zum Verbraucherkreditgesetz; zum Meinungsstand: Erman/Saenger, BGB, 14. Aufl., § 13 Rdnr. 6). Denn im vorliegenden Fall besteht die klagende GbR nicht ausschließlich aus natürlichen Personen. Neben der Gesellschafterin A als natürlicher Person ist mit der J GmbH eine juristische Person Gesellschafterin der Klägerin.

**25** (2) Jedenfalls eine als Außengesellschaft rechtsfähige GbR, deren Gesellschafter eine natürliche Person und eine juristische Person sind, ist unabhängig davon, ob sie lediglich zu privaten Zwecken und nicht gewerblich oder selbstständig beruflich tätig ist, nicht Verbraucherin im Sinne des § 13 BGB (vgl. BeckOK-BGB/Bamberger, Stand: 1.11.2016, § 13 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/Micklitz/Purnhagen, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 20; Prütting/Wegen/Weinreich/Prütting, BGB, 10. Aufl., § 13 Rdnr. 8; Mülberr, WM 2004, 905, 912; Krebs, DB 2002, 517, 518; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666; Elßner/Schirmbacher, VuR 2003, 247, 252; Fehrenbacher/Herr, BB 2002, 1006, 1010; Mohrhauser, Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, S. 38 f.). Gehören zu den Gesellschaftern neben natürlichen Personen auch juristische Personen, kann das Handeln der GbR nicht mehr als gemeinschaftliches Handeln natürlicher Personen angesehen werden (vgl. BeckOK-BGB/Bamberger, a. a. O.). Auf die von der Revision gegenüber der Annahme des Berufungsgerichts erhobenen Verfahrensrügen, die Klägerin handele im vorliegenden Fall nicht zu gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Zwecken, kommt es danach nicht an.

**26** (a) Bereits der Wortlaut des § 13 BGB spricht gegen die Annahme, dass auch eine als Außengesellschaft rechtsfähige GbR, deren Gesellschafter sowohl natürliche als auch juristische Personen sind, als Verbraucher anzusehen ist. Verbraucher ist nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Der Begriff des Verbrauchers in § 13 BGB ist auf natürliche Personen beschränkt. Die GbR ist keine natürliche Person. Als Außengesellschaft bildet sie vielmehr eine rechtsfähige Personengesellschaft (vgl. grundlegend: BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341).

**27** Mit § 13 BGB werden die [Haustürgeschäfte-Richtlinie, Verbraucherkreditrichtlinie, Klausel-Richtlinie, Teilzeitnutzungsrechterichtlinie, Fernabsatzrichtlinie und Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie] in nationales Recht umgesetzt (vgl. den amtlichen Hinweis zu § 13 BGB).

**28** Die Definition des Verbraucherbegriffs in § 13 BGB entspricht der Definition des Verbraucherbegriffs in Art. 2 erster Gedankenstrich der Haustürgeschäfte-Richtlinie, Art. 1 Abs. 2a der Verbraucherkreditrichtlinie, Art. 2b der Klauselrichtlinie, Art. 2 Nr. 2 der Fernabsatzrichtlinie und Art. 1 Abs. 2a der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff „Verbraucher“, wie er in Art. 2b der Klauselrichtlinie definiert wird, dahin auszulegen, dass er sich ausschließlich auf natürliche Personen bezieht (EuGH, NJW 2002, 205 Rdnr. 17 – Cape und Idealservice MN RE; Mülberr, WM 2004, 905, 907 ff.; Elßner/Schirmbacher, VuR 2003, 247, 249). Entsprechendes hat für die gleich lautenden Definitionen

in den übrigen genannten Richtlinien zu gelten. Für diese Auslegung sprechen auch die englischen und französischen Fassungen dieser Richtlinien, in denen der Begriff „consumer“ bzw. „consommateur“ definitionsgemäß „a natural person“ (Art. 2 erster Gedankenstrich der Haustürgeschäfte-Richtlinie, Art. 1 Abs. 2a der Verbraucherkreditrichtlinie) oder „any natural person“ (Art. 2 Nr. 2 der Fernabsatzrichtlinie, Art. 1 Abs. 2a der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) bzw. „toute personne physique“ bezeichnet. Aus den vorstehend genannten Richtlinienbestimmungen folgt danach keinesfalls ein Gebot, § 13 BGB dahin gehend auszulegen, dass eine GbR wie im Streitfall, bei der eine juristische Person Gesellschafter ist, als Verbraucher einzustufen.

**29** Der von der Teilzeitnutzungsrechterichtlinie verwendete Begriff des Erwerbers wird in Art. 2 vierter Gedankenstrich demgegenüber geringfügig abweichend von der Definition des Verbraucherbegriffs in den vorgenannten Richtlinien dahin definiert, dass Erwerber jede natürliche Person ist, die bei den unter die Richtlinie fallenden Vertragsabschlüssen für einen Zweck handelt, der als außerhalb ihrer Berufsausübung liegend betrachtet werden kann. In der englischen bzw. französischen Fassung von Art. 2 vierter Gedankenstrich der Teilzeitnutzungsrechterichtlinie wird der Begriff des „purchaser“ bzw. „acquéreur“ ebenfalls als „any natural person“ bzw. „toute personne physique“ bezeichnet. Auch aus dieser Richtlinienbestimmung folgt kein Gebot, § 13 BGB dahin gehend auszulegen, dass eine GbR wie im Streitfall, bei der eine juristische Person Gesellschafter ist, als Verbraucher einzustufen.

**30** (b) Aus der Systematik der §§ 13, 14 BGB ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff des Verbrauchers auch eine solche GbR umfassen soll (vgl. MünchKomm-BGB/Micklitz/Purnhagen, § 13 Rdnr. 20; Mülberr, WM 2004, 905, 910; Krebs, DB 2002, 517, 518; Fehrenbacher/Herr, BB 2002, 1006, 1008; Mohrhauser, Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, S. 38 f.). Nach § 14 Abs. 1 BGB gelten rechtsfähige Personengesellschaften als Unternehmer, wenn sie bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Eine Bestimmung, wonach eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts nicht in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt, als Verbraucher anzusehen ist, fehlt dagegen.

**31** (c) Die Entstehungsgeschichte des § 310 Abs. 3 BGB spricht eher dafür, dass grundsätzlich nur natürliche Personen als Verbraucher angesehen werden können. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung für das Gesetz zur Änderung des AGBG und der InsO vom 19.7.1996 (BGBl. I, S. 1013), mit dessen Art. 1 Nr. 2 § 24a AGBG in das AGBG eingefügt worden ist (jetzt: § 310 Abs. 3 BGB), sollte die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95, S. 29) in deutsches Recht umgesetzt werden. Dabei sollte das AGBG nur insoweit geändert werden, als dies die Richtlinie erforderlich machte (vgl. BT-Drucks. 13/2713, S. 6). Da nach der Klausel-Richtlinie und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH, NJW 2002, 205 Rdnr. 17) die Schutzvorschriften für Verbraucher nur für natürliche Per-

sonen Anwendung finden, ist jedenfalls eine Ausdehnung der den Verbraucher betreffenden Schutzvorschrift in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf rechtsfähige Personengesellschaften, die Rechtsgeschäfte zu Zwecken abschließen, die weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können und deren Gesellschafter neben natürlichen auch juristische Personen sind, aufgrund der aus der Gesetzesbegründung erkennbaren Zielsetzung des Gesetzgebers nicht geboten.

**32** (d) Der Zweck des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB erfordert es darüber hinaus nicht, die zugunsten eines Verbrauchers angeordnete Inhaltskontrolle von AGB auf als Außengesellschaften rechtsfähige GbR zu übertragen, an denen neben einer natürlichen Person auch eine juristische Person beteiligt ist.

**33** Die Rechtsprechung des BGH zur (rechtsfähigen) Wohnungseigentümergeinschaft, wonach die Wohnungseigentümergeinschaft im Interesse des Verbraucherschutzes der in ihr zusammengeschlossenen, nicht gewerblich handelnden natürlichen Personen dann einem Verbraucher gemäß § 13 BGB gleichzustellen ist, wenn ihr wenigstens ein Verbraucher angehört und sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit dient (vgl. BGH, Urteil vom 25.3.2015, VIII ZR 243/13, BGHZ 204, 325 Rdnr. 30), ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat seine Rechtsprechung insbesondere damit begründet, dass der mit § 13 BGB verfolgte Schutzzweck es erfordere, dass eine natürliche Person mit dem Erwerb von Wohnungseigentum und dem damit zwangsläufig verbundenen Eintritt in den Verband der Wohnungseigentümer, welcher typischerweise im Rahmen der – nicht zu den gewerblichen Betätigungen gehörenden – Verwaltung eigenen Vermögens erfolge, ihre Verbrauchereigenschaft nicht verliert. Da sich der einzelne Wohnungseigentümer der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft und der dadurch begründeten anteiligen Haftung für von dieser im Interesse der Gemeinschaft getätigter Rechtsgeschäfte nicht entziehen könne, erscheine es geboten, den Verbraucherschutz auf die Wohnungseigentümergeinschaft zu erstrecken, wenn ihr jedenfalls eine natürliche Person als Verbraucher angehöre (vgl. BGH, Urteil vom 25.3.2015, VIII ZR 243/13, a. a. O. Rdnr. 36 ff.).

**34** Diese Erwägungen gelten nicht in gleichem Maße für natürliche Personen, die gemäß § 13 BGB als Verbraucher anzusehen, aber zusammen mit juristischen Personen Gesellschafter einer nicht zu gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Zwecken tätigen GbR sind. Der Zusammenschluss zu einer solchen GbR nach den §§ 705 ff. BGB erfordert den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags. Anders als bei der Wohnungseigentümergeinschaft erwirbt der Verbraucher die Mitgliedschaft in einer GbR nicht kraft Gesetzes, sondern aufgrund seiner auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gerichteten Willenserklärung. Der Verbraucher, der es danach selbst in der Hand hat, ob und mit welchen anderen Gesellschaftern er sich zu einer GbR zusammenschließen will oder nicht, ist daher nicht in gleichem Maße wie ein Wohnungseigentümer schutzbedürftig, der nach § 13 BGB Verbraucher ist und durch den Erwerb einer Eigentumswohnung notwendi-

gerweise Mitglied im rechtsfähigen Verband der Wohnungseigentümergeinschaft wird (vgl. grundlegend BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, BGHZ 163, 154).

(...)

## 2. Keine Schenkung bei vorübergehender unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung

BGH, Urteil vom 27.1.2016, XII ZR 33/15 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 5.3.2015, I-5 U 52/14)

*BGB §§ 138, 314, 598, 2039 Satz 1, § 2113 Abs. 2, §§ 2135, 2138 Abs. 2*

### LEITSÄTZE:

- 1. Die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen ist regelmäßig auch bei langer Vertragslaufzeit Leihe und selbst dann nicht formbedürftig, wenn das Recht des Verleihers zur Eigenbedarfskündigung vertraglich ausgeschlossen ist (Fortführung von BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820; BGH, Urteile vom 20.6.1984, IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553; und vom 10.10.1984, VIII ZR 152/83, NJW 1985, 313; sowie Beschluss vom 11.7.2007, IV ZR 218/06, FamRZ 2007, 1649).**
- 2. Die langfristige Verleihung von Wohn- und Geschäftsräumen durch den Vorerben ist schon deshalb nicht wegen Umgehung des gemäß § 2113 BGB bestehenden Verfügungsverbots sittenwidrig, weil der Nacherbe in dieser Stellung hierdurch nicht gebunden ist. Bereits aus diesem Grund führt der Abschluss eines langfristigen Leihvertrags über Räume durch den Vorerben auch nicht dazu, dass die Erbschaft im Sinne des § 2138 Abs. 2 BGB vermindert wird.**

### SACHVERHALT:

- Der Kläger begehrt von den beiden Beklagten, seinem Bruder und dessen Ehefrau, die Herausgabe von Wohn- und Geschäftsräumen.
- Der Vater des Klägers und seines Bruders verstarb im Juni 2008. Er wurde von seiner Ehefrau, Mutter des Klägers und seines Bruders, als befreiter Vorerbin beerbt. Als Nacherben zu gleichen Teilen nach dem Tod der Mutter waren die beiden Söhne eingesetzt. In den Nachlass fiel auch die streitgegenständliche Immobilie, in der sich mehrere Wohnungen sowie Geschäftsräume befinden.
- Bereits 2007 hatte seine Mutter dem Kläger Barvermögen von rund 250.000 € sowie ein Hausanwesen geschenkt. 2011 unterzeichnete sie (damals 74-jährig) zwei jeweils mit „Gebrauchsüberlassungsvereinbarung“ überschriebene Schriftstücke, in denen sie sich – jeweils befristet bis zum 31.12.2041, verpflichtete, unentgeltlich dem beklagten Sohn drei Wohnungen und die Geschäftsräume sowie dessen Ehefrau drei weitere Wohnungen und ein Zimmer in der Immobilie zur Verfügung zu stellen. Nach den insoweit gleich lautenden Schriftstücken sollten die Beklagten berechtigt sein, Änderungen an den ihnen jeweils überlassenen Objekten vorzunehmen, frei über sie zu verfügen und Dritten Rechte hieran einzuräumen, während die Mutter verpflichtet war, die Objekte angemessen zu versichern und in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten. Eine Pflicht der Beklagten,

Betriebskosten zu zahlen, sollte nicht bestehen, eine Eigenbedarfskündigung der Mutter war ausgeschlossen. Die beiden Beklagten übernahmen die Räumlichkeiten, nutzten einen Teil der Wohnräume selbst und vereinnahmten im Übrigen Miete.

**4** 2012 wurde für die Mutter eine Betreuerin für den Aufgabenkreis Rechts-, Vermögens- und Wohnungsangelegenheiten bestellt. Mit Anwaltsschreiben vom 13.3.2012 ließ die Mutter gegenüber den Beklagten die Anfechtung der Gebrauchsüberlassungsvereinbarungen wegen Irrtums und Täuschung erklären, widerrief ihre Erklärungen, berief sich auf Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit und erklärte vorsorglich die fristgemäße Kündigung unter Berufung auf ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 573 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 3 BGB. Mit ihrer Mitte 2012 erhobenen Klage hat die Mutter von den beiden Beklagten Räumung und Herausgabe der überlassenen Räume verlangt. Das LG hat der Klage mit Urteil vom 27.2.2014 in vollem Umfang stattgegeben.

**5** Nachdem die Mutter 2014 verstorben war und von Kläger und beklagtem Sohn zu gleichen Teilen beerbt wurde, haben die Beklagten ihre Berufung gegen den Kläger gerichtet, der mit der Berufungserwiderung seinerseits die Kündigung der Gebrauchsüberlassungsvereinbarungen erklärt hat. (...) Das OLG hat die Entscheidung der Vorinstanz abgeändert und die Klage abgewiesen. (...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**6** Die Revision hat keinen Erfolg.

**7** I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

(...)

**9** Dem Kläger stehe ein Herausgabeanspruch nicht zu. Denn die Beklagten seien zum Besitz berechtigt, weil die Gebrauchsüberlassungsverträge wirksam geschlossen und nicht erfolgreich angefochten worden seien und weder die Kündigung der Mutter noch die des Klägers die Vertragsverhältnisse beendet hätten. Die Vereinbarungen seien als Leihe anzusehen, weil es sich um unentgeltliche Gebrauchsüberlassung handele und es an einer das Vermögen des Überlassenden in seiner Substanz mindernden Zuwendung fehle.

**10** Die Verträge seien nicht sittenwidrig. Tatsachen, die für eine Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB sprächen, seien weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Mutter habe für sich in Anspruch genommen, nicht pflegebedürftig zu sein. Vor diesem Hintergrund bewege sich die behauptete Drohung des beklagten Sohns, sie (...) allein zurückzulassen, im Rahmen normaler zwischenmenschlicher Beziehungen. Eine Sittenwidrigkeit ergebe sich auch nicht aus § 138 Abs. 1 BGB. Sie sei zwar für die Zeit ab Eintritt des Nacherbfalls nicht fernliegend, weil die Verträge offenkundig der Umgehung der Regelung des § 2113 Abs. 2 BGB dienten, die allerdings nur Verfügungen im technischen Sinne umfasse. Denn der wirtschaftliche Wert des den Nacherben zustehenden Nachlassgegenstands werde nahezu vollständig ausgehöhlt, nachdem bei Vertragschluss nahe gelegen habe, dass die Mutter das „biblische“ Alter von 105 Jahren nicht erreichen werde und damit im Wesentlichen die Nacherben, insbesondere der Kläger, mit den Vertragspflichten belastet und an der Fruchtziehung gehindert sein würden. Gegen eine Sittenwidrigkeit spreche aber das Interesse der Mutter, mit Blick auf die dem Kläger bereits überlassenen Vermögenswerte eine Gleichbehandlung ihrer Kinder herzustellen, wobei es durch die Überlassungsverträge aller-

dings zu einem erheblichen Missverhältnis zuungunsten des Klägers komme. Dies reiche gleichwohl nicht für die Annahme einer Sittenwidrigkeit aus, denn die Befugnis der Mutter als befreiter Vorerbin umfasse den Abschluss der Gebrauchsüberlassungsverträge, was auch die gesetzgeberische Wertung in § 2287 BGB zeige. Für die Zeit vor Eintritt des Nacherbfalls liege es nicht anders. Selbst wenn ein Zuwendender durch eine unentgeltliche Zuwendung mittellos werde, führe dies nicht allein, sondern erst bei Hinzutreten hier nicht substantiiert vorgetragener Umstände zur sittlichen Missbilligung und Nichtigkeit der Zuwendung. (...)

**11** Die von der Mutter ausgesprochene Kündigung habe die Verträge nicht beendet. Die Eigenbedarfskündigung nach § 605 Nr. 1 BGB sei wirksam ausgeschlossen, sodass nur eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB in Betracht komme. Ein solcher wichtiger Grund sei aber selbst dann nicht gegeben, wenn man unterstelle, dass die Mutter nicht mehr über hinreichende Einkünfte zur Instandhaltung der Immobilie und Finanzierung ihres Lebensunterhalts verfüge. (...)

**12** Die Kündigung durch den Kläger habe ebenfalls nicht zur Vertragsbeendigung geführt. Das Kündigungsrecht gegenüber seiner Schwägerin habe der Kläger nur gemeinsam mit dem beklagten Bruder ausüben können. Die Erbengemeinschaft nach dem Vater bestehe unaufgelöst fort. Zwar könne eine Kündigung grundsätzlich durch Mehrheitsbeschluss herbeigeführt werden. An der nach Erbteilen zu bemessenden Mehrheit fehle es aber bei den vorliegenden hälftigen Erbanteilen. Ein Interessenwiderstreit, der zu einer Stimmhaltungspflicht des beklagten Bruders führen könne, liege im Verhältnis zur Schwägerin nicht vor. Den beiden Nacherben stehe auch gemeinschaftlich kein Sonderkündigungsrecht aus §§ 2135, 1056 BGB zu, weil ein solches jedenfalls nach § 242 BGB ausgeschlossen sei. Denn die Nacherben seien mit identischen Erbanteilen sowohl Gesamtrechtsnachfolger ihrer Mutter als auch des Vaters geworden und daher als Grundstückseigentümer tatsächlich in der Lage, die sie treffende Vertragspflicht zur Gebrauchsüberlassung zu erfüllen. (...)

**13** II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

(...)

**15** 2. Die Mutter und die beiden Beklagten haben wirksame befristete Leihverträge über die in dem Hausanwesen befindlichen Räume geschlossen, die den Beklagten gegenüber dem Herausgabeverlangen des Klägers aus § 985 BGB ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB vermitteln.

**16** a) Das Berufungsgericht hat (...) die zwischen der Mutter und den Beklagten geschlossenen Gebrauchsüberlassungsverträge zu Recht als Leihverträge im Sinne des § 598 BGB – und nicht als gemäß § 518 BGB formbedürftige Schenkung – angesehen.

**17** aa) Wie der BGH wiederholt in Fällen der Vereinbarung eines unentgeltlichen schuldrechtlichen Wohnrechts entschieden hat, liegt in der bloßen vorübergehenden Gebrauchsüberlassung einer Sache in der Regel keine das Vermögen mindernde Zuwendung, wie sie für eine Schenkung gemäß § 516

Abs. 1 BGB erforderlich wäre. Denn die Sache verbleibt im Eigentum und mithin im Vermögen des Leistenden. Auch der unmittelbare Besitz wird dann nicht endgültig, sondern nur vorübergehend aus der Hand gegeben. Allein das Merkmal der Unentgeltlichkeit macht die Zuwendung noch nicht zu einer Schenkung. Wer sich vertraglich verpflichtet, einem anderen den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten, begründet vielmehr einen formlos zulässigen Leihvertrag gemäß § 598 BGB. Da eine Leihe gerade die Gestattung des unentgeltlichen Gebrauchs zum Gegenstand hat, kann auch in der damit verbundenen Zuwendung des Wertes einer sonst möglich gewesenem Eigennutzung der Sache keine Schenkung gesehen werden (BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820; BGH Urteile vom 20.6.1984, IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553; und vom 10.10.1984, VIII ZR 152/83, NJW 1985, 313; sowie Beschluss vom 11.7.2007, IV ZR 218/06, FamRZ 2007, 1649, 1650).

**18** Dass die Gebrauchsüberlassung auch über den Tod des Überlassenden hinaus andauern sollte, etwa weil eine Überlassung auf Lebenszeit des Wohnberechtigten vereinbart und ein Vorversterben des Überlassenden zu erwarten ist, macht insoweit keinen Unterschied. Auf das jeweilige Alter der Vertragsschließenden und die Wahrscheinlichkeit, dass der eine den anderen überlebt, kann für die rechtliche Behandlung derartiger Abreden nicht abgehoben werden (BGH, Urteil vom 20.6.1984, IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553).

**19** bb) Für die streitgegenständlichen Gebrauchsüberlassungsverträge gilt nichts anderes. Allerdings wird durch sie den Beklagten nicht lediglich eine Nutzung der Räume zu eigenen Wohnzwecken ermöglicht, sondern darüber hinaus auch eine Gebrauchsüberlassung an Dritte. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Eigentum bei der Mutter verblieb und es sich um eine – wenn auch lang andauernde – Gebrauchsüberlassung nur auf Zeit handelte.

**20** Ob dann, wenn die Gebrauchsüberlassung der wirtschaftlichen Weggabe der Sache nahe kommt, von einer Schenkung im Sinne des § 516 BGB auszugehen ist (offen gelassen von BGH, Urteil vom 20.6.1984, IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553), bedarf keiner Entscheidung. Denn ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Dass der Wert der streitgegenständlichen Immobilie nach Ablauf der Vertragslaufzeiten von 31 Jahren erschöpft wäre, ist nicht ersichtlich. Es wird auch weder von der Revision geltend gemacht noch ist es vom Berufungsgericht festgestellt. Soweit im Berufungsurteil ausgeführt ist, der wirtschaftliche Wert des auch dem Kläger zustehenden Nachlassgegenstands werde in Ansehung der Vertragslaufzeit nahezu vollständig ausgehöhlt, bezieht sich dies auf die (zeitliche) Nutzungsmöglichkeit durch die Nacherben, nicht aber auf den Wert der überlassenen Sache insgesamt.

**21** Schließlich führt das Berufungsgericht zutreffend aus, dass die von den Vertragsparteien vereinbarten Abweichungen von der in §§ 598 ff. BGB gesetzlich vorgesehenen Ausgestaltung der Leihe nicht die Annahme rechtfertigen, es liege kein Leihvertrag vor. Dies gilt sowohl für die Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte, deren Erteilung das Gesetz in § 603 Satz 2 BGB vorsieht, als auch dafür, dass sich die Mutter abweichend von § 601 Abs. 1 BGB zur Übernahme der gewöhnlichen Erhaltungskosten verpflichtet hat. Diese Gesetzesbe-

stimmung ist ebenso abdingbar (jurisPK-BGB/Colling, Stand: 1.10.2014, § 601 Rdnr. 12; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl., § 601 Rdnr. 3; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 601 Rdnr. 5) wie das in § 605 Nr. 1 BGB vorgesehene Recht des Entleihers zur Eigenbedarfskündigung (allg. M., vgl. etwa BeckOK-BGB/Wagner, Stand: 1.2.2015, § 605 Rdnr. 1; jurisPK-BGB/Colling, Stand: 1.10.2014, § 605 Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 605 Rdnr. 6; Staudinger/Reuter, Neub. 2013, § 605 Rdnr. 1). Die von den Vertragsparteien gegenüber dem gesetzlichen Modell vorgenommenen Modifikationen ändern nichts daran, dass eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung und mithin eine Leihe vorliegt.

**22** b) Die Gebrauchsüberlassungsverträge waren auch nicht entsprechend § 518 BGB formbedürftig.

**23** aa) Verträge über die Gestattung des unentgeltlichen Gebrauchs einer Sache sind ungeachtet eines etwa hierdurch dem Eigentümer entstehenden wirtschaftlichen Nachteils generell als Leihe zu qualifizieren (§ 598 BGB). In diese Richtung weist auch das Schenkungsrecht selbst. Denn nach § 517 BGB liegt keine Schenkung vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen lediglich einen Vermögenserwerb unterlässt. Auf den Leihvertrag sind deshalb schenkungsrechtliche Vorschriften grundsätzlich auch dann nicht anzuwenden, wenn dem Eigentümer infolge der Gebrauchsüberlassung Vermögensvorteile entgehen, die er bei eigenem Gebrauch hätte erzielen können (BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820, 821).

**24** Weil die Regelung über den Leihvertrag nicht auf nur kurzfristige Gestattungsverträge beschränkt ist (vgl. § 604 BGB), kann die Dauer des Vertragsverhältnisses für die Frage der entsprechenden Anwendung von Bestimmungen aus dem Schenkungsrecht wie etwa dem Formerfordernis des § 518 BGB keine entscheidende Bedeutung erlangen. Soweit das Gesetz nicht für bestimmte Verträge Formerfordernisse vorschreibt, wie die schriftliche Form bei für längere Zeit als ein Jahr geschlossenen Mietverträgen (§ 550 BGB mit der Folge vorzeitiger Kündbarkeit), ist ein Rechtsgeschäft nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit mit dem formlos vereinbarten Inhalt wirksam. Für den Abschluss eines Leihvertrags ist keine bestimmte Form vorgesehen. Dieser Vertrag ist mithin auch dann formlos zulässig, wenn er nach den besonderen Umständen des Einzelfalls ein Risiko in sich birgt oder einen Nachteil mit sich bringen kann, wie dies mit der langfristigen Überlassung von Räumen zum unentgeltlichen Besitz und Gebrauch einhergeht. Es spielt keine Rolle, ob sich diese Gefahr nur aus der Länge der verabredeten Bindungsdauer oder erst aus der mit der Gebrauchsgewährung verknüpften Aufgabe eines Vermögensvorteils der sonst möglichen Eigennutzung ergibt (BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820, 821).

**25** bb) Eine Ausnahme von der Formfreiheit besteht im vorliegenden Fall auch nicht wegen des in den Gebrauchsüberlassungsverträgen enthaltenen – unterstellt wirksamen – Ausschlusses einer Eigenbedarfskündigung nach § 605 Nr. 1 BGB.

**26** Zwar ist die Kündigungsbefugnis nach § 605 Nr. 1 BGB eine Rechtfertigung dafür, dass das Gesetz die Belange des Verleihers auch ohne Formzwang als ausreichend gewahrt ansieht (BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820, 821). Deshalb wird

teilweise vertreten, dass im Falle des Ausschlusses der Eigenbedarfskündigung die analoge Anwendung des § 518 BGB in Betracht zu ziehen sei (MünchKomm-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 598 Rdnr. 14; Nehlsen-von Stryk, AcP 187, 552, 590; Grundmann, AcP 198, 457, 479 f.).

**27** Dem ist jedoch nicht zu folgen. Auch bei Ausschluss der Eigenbedarfskündigung stellt die Leihe ein Minus zur Schenkung dar, weil das Eigentum beim Verleiher verbleibt und der Entleiher die geliehene Sache nur als Fremdbesitzer nutzt (Staudinger/Reuter, § 598 Rdnr. 9). Darüber hinaus steht dem Verleiher bei Dauerschuldverhältnissen wie der Leihe auf Zeit jedenfalls die Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB offen, um sich bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses von diesem zu lösen (vgl. auch BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820, 821). Zwar ist dieses Sonderkündigungsrecht durch die vertraglichen Regelungen dahin modifiziert, dass der Eigenbedarf des Verleihers eine Unzumutbarkeit im Sinne des § 314 Abs. 1 BGB – eigentlich – nicht begründen kann. Es ist jedoch in den Blick zu nehmen, dass die Leihe aufgrund ihrer Unentgeltlichkeit zu den Gefälligkeitsverträgen gehört (Staudinger/Reute, Vor §§ 598 ff. Rdnr. 8). Dem Entleiher kann es daher, zumal bei Hinzutreten eines verwandtschaftlichen Näheverhältnisses zwischen den Vertragsparteien, im Einzelfall gemäß § 242 BGB verwehrt sein, sich auf den vertraglich vereinbarten Kündigungsausschluss zu berufen (vgl. zur sog. Ausübungskontrolle grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606). Im Ergebnis führt daher auch der Ausschluss der Eigenbedarfskündigung des § 605 Nr. 1 BGB nicht zu einer mit der Schenkung vergleichbaren Interessenlage, sodass die entsprechende Anwendung der schenkungsrechtlichen Formvorschriften ausscheidet (so etwa Staudinger/Reuter, § 598 Rdnr. 9; vgl. auch Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, S. 151 f.; Palandt/Weidenkaff, Vor § 598 Rdnr. 4; Soergel/Heintzmann, BGB, Vor § 598 Rdnr. 6).

**28 c)** Zutreffend hat das Berufungsgericht eine Sittenwidrigkeit der Gebrauchsüberlassungsverträge verneint.

**29 aa)** Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Leihverträge führten zu einer sittenwidrigen Umgehung der erbrechtlichen Regelung des § 2113 Abs. 2 BGB, nach der das Recht des Nacherben vereitelnde oder beeinträchtigende unentgeltliche Verfügungen des Vorerben unwirksam sind. Dabei bedarf es keines vertieften Eingehens auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der mit einem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck der Gesetzesumgehung zur Nichtigkeit gemäß § 138 BGB führen kann (vgl. die Darstellungen bei MünchKomm-BGB/Armbrüster, § 138 Rdnr. 53 f. und bei Staudinger/Sack/Fischinger, Neub. 2011, § 138 Rdnr. 672). Denn jedenfalls erfordert die Annahme einer den Verstoß gegen die guten Sitten begründenden Verwerflichkeit, dass mit dem Rechtsgeschäft ein Rechtszustand geschaffen werden soll, den die umgangene gesetzliche Bestimmung zu verhindern sucht. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

**30 (1)** Die Vorschrift des § 2113 BGB schützt den Nacherben nur gegen bestimmte Verfügungen des Vorerben über Gegenstände der Vorerbschaft, indem sie die Unwirksamkeit der Verfügung anordnet. Sie bezieht sich nach der zutreffenden allgemeinen Meinung allein auf Verfügungen im Rechtssinne, sodass ihr Verpflichtungsgeschäfte nicht unterfallen (BGHZ 52,

269 = NJW 1969, 2043, 2045; BGH, Urteil vom 30.5.1990, IV ZR 83/89, FamRZ 1990, 1344, 1345 f.; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.11.2015, § 2113 Rdnr. 10, 15; MünchKomm-BGB/Grunsky, 6. Aufl., § 2113 Rdnr. 8, 24). Vom Gesetzgeber wurden nur die mit Verfügungen verbundenen unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigungen als so schwerwiegend eingestuft, dass es einer gesetzlichen Anordnung der Unwirksamkeit bedurfte.

**31 (2)** Dem sind schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte nicht vergleichbar, wie auch die vorliegende Fallgestaltung der Raumleihe durch den Vorerben verdeutlicht. Durch einen Leihvertrag über Räume wird dem Nachlass für den Nacherben weder das Grundstück noch sonstiges Vermögen entzogen. Bis zum Eintritt des Nacherbfalls unterbleibt lediglich die Fruchtziehung durch den Vorerben, die aber ohnedies – von den Fällen der ordnungswidrigen oder übermäßigen Fruchtziehung des § 2133 BGB abgesehen – allein diesem zusteht. Mit einem vom Vorerben abgeschlossenen Leihvertrag wird schuldrechtlich auch nicht der Nacherbe verpflichtet, weil er nicht der Rechtsnachfolger des Vorerben ist. Ein Vertragsübergang findet nur bei zur Erbschaft gehörenden Miet- oder Pachtverträgen über Grundstücke und eingetragene Schiffe aufgrund der besonderen gesetzlichen Anordnung in §§ 2135, 1056, 566 BGB statt, nicht aber bei der Leihe. Mithin kann der Nacherbe mit Eintritt des Nacherbfalls vom Entleiher die Herausgabe aus § 985 BGB verlangen. Allein der Vorerbe – oder seine Erben – haften ggf. wegen Nichterfüllung der Überlassungsverpflichtung gegenüber dem Entleiher.

**32 (3)** Dieser Herausgabeanspruch scheidet im zu entscheidenden Fall allein daran, dass die Nacherben zusätzlich personenidentisch mit den Erben der Vorerbin und damit deren Rechtsnachfolger sind, weshalb die beiden Entleiher ihnen gegenüber ein Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB haben.

**33** Als Erbengemeinschaft nach der Mutter sind ihre beiden Söhne in die Stellung als Verleiher eingerückt, und zwar sowohl gegenüber der Schwiegertochter als auch gegenüber dem einen Sohn. Dass Letztgenannter in einem der beiden Vertragsverhältnisse der Entleiher ist, führt dort nicht zur (teilweisen) Konfusion. Denn der Nachlass bildet infolge seiner gesamthänderischen Bindung ein Sondervermögen, sodass die Vereinigungswirkung von Recht und Verbindlichkeit erst eintritt, wenn aus dem Nachlass einzelne Rechte auf Miterben übertragen werden (BGH, Urteil vom 8.4.2015, IV ZR 161/14, FamRZ 2015, 1025 Rdnr. 15; MünchKomm-BGB/Leipold, § 1922 Rdnr. 127, 129; Palandt/Weidlich, § 1922 Rdnr. 6). Dass eine Bindung der beiden Mitglieder der Nacherbengemeinschaft über den Tod der Vorerbin hinaus an die Leihverträge besteht, berührt mithin nicht den Schutzzweck des § 2113 BGB, sondern ist ausschließlich der Erbfolge nach der Mutter und dem Umstand geschuldet, dass der Kläger die Erbschaft nach der Mutter nicht ausgeschlagen hat.

**34 bb)** Sonstige Gründe für eine Sittenwidrigkeit werden weder von der Revision geltend gemacht noch sind sie anderweitig ersichtlich. Insbesondere ist für eine Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nicht ausreichend, dass es sich bei den Leihverträgen – noch dazu in der hier gegebenen Ausgestaltung – um nahezu ausschließlich eine Vertragsseite begünstigende Regelungen handelt.

**35 d)** Die in den Gebrauchsüberlassungsvereinbarungen getroffenen Laufzeitbestimmungen sind wirksam. Das für einen über eine längere Zeit als ein Jahr abgeschlossenen Grundstücks- oder Raummietvertrag geltende Schriftformerfordernis des § 550 BGB ist nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar. Hauptzweck dieser Vorschrift ist es, einem Erwerber des Grundstücks die Gelegenheit zu verschaffen, sich zuverlässig über bestehende Mietverhältnisse zu unterrichten, in die er nach § 566 BGB eintreten muss. Eine § 566 BGB vergleichbare Vorschrift fehlt jedoch bei der Leihe (vgl. BGH, Urteil vom 20.6.1984, IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553, 1554).

**36 3.** Die Kündigungen der Mutter und des Klägers haben die Vertragsverhältnisse nicht beendet.

**37 a)** Die Kündigung der Mutter ist weder gemäß § 605 Nr. 1 BGB noch nach § 314 BGB wirksam.

**38 aa)** Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass weder die Mutter (als ursprüngliche Klägerin) noch der Kläger einen Eigenbedarf der Mutter im Sinne des § 605 Nr. 1 BGB dargelegt haben, weil es an substantiiertem Vortrag zur Mittellosigkeit der Mutter fehlt. Hiergegen erhebt die Revision keine erheblichen Einwände; insbesondere geht der Hinweis der Revision auf die Feststellungen im landgerichtlichen Urteil ins Leere, weil das OLG diese nicht übernommen, sondern zur Frage der Bedürftigkeit der Mutter abweichende eigene Feststellungen getroffen hat. Daher kann dahinstehen, ob der vertragliche Ausschluss der Eigenbedarfskündigung jeweils durchgreift.

**39 bb)** Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch, dass das Berufungsgericht einen für die Mutter streitenden wichtigen Grund im Sinne des § 314 BGB verneint hat.

**40 (1)** Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist, dass dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann. Dies ist im Allgemeinen nur dann anzunehmen, wenn die Gründe, auf die die Kündigung gestützt wird, im Risikobereich des Kündigungsgegners liegen. Wird der Kündigungsgrund hingegen aus Vorgängen hergeleitet, die dem Einfluss des Kündigungsgegners entzogen sind und aus der eigenen Interessensphäre des Kündigenden herrühren, rechtfertigt dies nur in Ausnahmefällen die fristlose Kündigung. Die Abgrenzung der Risikobereiche ergibt sich dabei aus dem Vertrag, dem Vertragszweck und den anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen (BGH, Urteil vom 11.11.2010, III ZR 57/10, NJW-RR 2011, 916 Rdnr. 9 m. w. N.). Bei der Kündigung eines Gefälligkeitsverhältnisses sind an das Vorliegen eines wichtigen Grundes keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt vielmehr, dass ein vernünftiger Grund für die Beendigung spricht (BGH, Urteil vom 7.11.1985, III ZR 142/84, NJW 1986, 978, 980).

**41** Ob nach diesen Kriterien bestimmte Umstände als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung zu werten sind, hat in erster Linie der Tatrichter zu entscheiden. Die revisionsgerichtliche Kontrolle erstreckt sich allein darauf, ob das Tatsachengericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes richtig erfasst, ob es aufgrund vollständiger Sachverhaltsermittlung geurteilt

und ob es in seine Wertung sämtliche Umstände des konkreten Falles einbezogen hat (BGH, Urteile vom 11.11.2010, III ZR 57/10, NJW-RR 2011, 916 Rdnr. 10 m. w. N.; und vom 9.3.2010, VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874 Rdnr. 17 m. w. N.).

**42 (2)** Einer Überprüfung anhand dieser Maßstäbe hält die Würdigung des Berufungsgerichts stand. Das OLG ist davon ausgegangen, dass den Gebrauchsüberlassungsverträgen ein Gefälligkeitsverhältnis zugrundeliegt. Es hat sich folgerichtig die Frage vorgelegt, ob vernünftige Gründe für die Vertragsbeendigung sprechen, dies rechtlich beanstandungsfrei jedoch schon deshalb verneint, weil die Mutter solche weder substantiiert vorgetragen noch unter Beweis gestellt habe. Die Revision zeigt nicht auf, dass dabei Umstände unberücksichtigt geblieben sind.

**43 b)** Die vom Kläger ausgesprochene Kündigung hat ebenfalls nicht zur Vertragsbeendigung geführt.

**44 aa)** Insoweit stellt sich allerdings nicht die vom Berufungsgericht erörterte Frage, ob eine Kündigung im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinne des § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB des den Nacherben angefallenen Nachlasses erfolgen konnte. Denn diese Nacherbengemeinschaft ist nicht in die Verleiherrolle, sondern allein in die Eigentümerstellung eingerückt. Zu einer Kündigung der Vertragsverhältnisse war die an diesen nicht beteiligte Nacherbengemeinschaft nicht berechtigt. Vielmehr kommen für sie ausschließlich aus dem Eigentum folgende Rechte in Betracht.

**45 bb)** Ein Grund, der die Kündigung der Leihverträge durch die Erbengemeinschaft nach der Mutter als der neuen Verleiherin rechtfertigen könnte, ist weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich.

**46** Der Kläger kann sich auch nicht auf ein Sonderkündigungsrecht gemäß oder analog §§ 2135, 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB stützen. Eine direkte Anwendung der Vorschriften scheitert bereits daran, dass der Leihvertrag nicht in § 2135 BGB genannt ist. Für eine entsprechende Anwendung fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Vorschrift des § 2135 BGB stellt aus Gründen des Mieter- und Pächterschutzes (*Staudinger/Avenarius*, § 2135 Rdnr. 1 ff.; vgl. auch Senatsurteil vom 20.10.2010, XII ZR 25/09, NJW 2011, 61 Rdnr. 12) sicher, dass der Nacherbe ausnahmsweise bei bestimmten Miet- und Pachtverhältnissen in die Rechte und Pflichten einer vom Vorerben geschlossenen schuldrechtlichen Vereinbarung eintritt, und gewährt dem Nacherben im Gegenzug ein Sonderkündigungsrecht. Für Leihverträge hat der Gesetzgeber ein entsprechendes Regelungsbedürfnis nicht gesehen, sodass es insoweit damit sein Bewenden hat, dass dem Nacherben aus dem vom Vorerben geschlossenen Vertrag keine Verpflichtungen entstehen. Mangels einer vertraglichen Verbindung zwischen Nacherbe und Entleiher bedarf es aber auch keines Sonderkündigungsrechts für den Nacherben.

**47 4.** Schließlich beruft sich der Kläger mit der Revision ohne Erfolg darauf, die Beklagten seien verpflichtet, die Räume im Wege des Schadensersatzes gemäß § 2138 Abs. 2, §§ 1967, 249 Satz 1 BGB (beklagter Sohn) bzw. §§ 826, 249 Satz 1 BGB (Schwiegertochter) herauszugeben.

**48** Der Tatbestand des § 2138 Abs. 2 BGB ist durch die von

der Mutter abgeschlossenen Leihverträge nicht erfüllt, sodass der Sohn als Miterbe schon mangels Schadensersatzverpflichtung der Mutter nicht auf Naturalrestitution im Wege der Herausgabe haftet. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung bedeutete der Abschluss der Leihverträge keine Verminderung der Nacherbschaft, weil diese Verträge für die Nacherben als solche keine Bindung entfalten. Zu einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung der Raumnutzung durch beide Nacherben führt erst der Umstand, dass sie auch die Mutter beerbt haben. Insoweit wirkt sich insbesondere aus, dass der Kläger die Erbschaft nach der Mutter nicht ausgeschlagen hat. Denn bei Ausschlagung wäre der beklagte Sohn alleiniger Verleiher und dem Herausgabeanspruch der Nacherbengemeinschaft aus § 985 BGB stünde kein Recht zum Besitz der Beklagten gegenüber. Das mit dem beklagten Sohn bestehende Vertragsverhältnis wäre nämlich durch Konfusion untergegangen und der zwischen beklagtem Sohn als Verleiher und seiner Ehefrau als Entleiherin bestehende Vertrag würde die mit der Verleiherseite nicht personenidentische Nacherbengemeinschaft nicht verpflichten.

**49** Aus den gleichen Gründen hat der Abschluss des Leihvertrags durch die Schwiegertochter nicht zu einer Schädigung der Nacherben geführt. Es bedarf daher keiner Erörterung, inwieweit der Schwiegertochter in der vorliegenden Fallgestaltung überhaupt eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung im Sinne des § 826 BGB zum Nachteil der Nacherben zur Last fallen könnte.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Reinhard Kössinger**, Illertissen

Gegenstand dieser Anmerkungen sollen ausschließlich erbrechtliche Bedenken und nicht mögliche allgemeine Unwirksamkeitsgründe sein, die bei dieser „Borderline-Gestaltung“ auch denkbar sind und nachfolgende spezifisch erbrechtliche Überlegungen überflüssig machen würden. So genügten den Beklagten, einem der Söhne und dessen Ehefrau, nicht bereits der Vorteil der bei der Leihe vertragstypischen unentgeltlichen Gebrauchsgestattung, sondern es wurden auch zulasten der betagten Vorerbin und Verleiherin gegenüber der gesetzlichen Regelung nachteilige Regelungen getroffen: Tragung der Erhaltungskosten durch den Verleiher entgegen § 601 Abs. 1 BGB, „freie Verfügung“ und Abänderungsrecht entgegen § 603 Satz 1 BGB, Nutzungsüberlassungsrecht an Dritte entgegen § 603 Satz 2 BGB und Einschränkung des Kündigungsrechts nach § 605 BGB.

Hierfür hat der Gesetzgeber die Schutznorm des § 518 BGB geschaffen; deren Bedeutung für Übereilungsschutz und Sicherstellung angemessener Beratung wird deutlich, wenn 74-Jährige dreißigjährige Nutzungsverträge privatschriftlich unterzeichnen, zumal wenn ihnen der Gegenstand via Vorerbschaft nur auf deren Lebensdauer zugeordnet ist.

#### 1. Die Nacherbschaft

a) Aus den veröffentlichten Gründen ist nicht erkennbar, ob es sich bei den letztwilligen Verfügungen der Ehegatten um ein – privatschriftliches oder notarielles – gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag handelte.

Jedenfalls waren – wie in unzähligen Fällen der deutschen erbrechtlichen Gestaltungspraxis – neben der Einsetzung der Ehefrau zur alleinigen (befreiten) Vorerbin nach dem ersten Todesfall die beiden Söhne als Nacherben zu gleichen Teilen nach dem Tod des länger lebenden Ehegatten eingesetzt. Mit dieser Gestaltung wollte der Ehemann – der offenbar Alleineigentümer des Wohn- und Geschäftshauses war – nach regelmäßiger Beratungserfahrung jedes Notars erreichen, dass sein Nachlass grundsätzlich ungeschmälert auf die beiden Nacherben übergeht. Er vertraute auf das hierfür vom Gesetzgeber in §§ 2100 ff. BGB geschaffene Schutzregime und insbesondere auf § 2113 Abs. 2 BGB, von dem der Vorerbe gemäß § 2136 BGB nicht befreit werden kann: Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben über einen Nachlassgegenstand sind unwirksam, es sei denn, es liegt ein Fall des § 2113 Abs. 2 Satz 2 BGB vor.

b) Gemäß § 516 Abs. 1 BGB ist eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, eine Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Hierzu ist nach herrschender Meinung erforderlich, dass sich die Vermögenssubstanz bei dem Zuwendenden vermindert; das wird für eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung – ebenso wie ein zinsloses Darlehen – verneint.<sup>1</sup>

Wenngleich die Leihe von der Schenkung dadurch abgegrenzt wird, dass bei Ersterer die Sache im Vermögen des Verleihers bleibt, handelt es sich sachlich um die Schenkung des Gebrauchs, der Nutzung der Sache. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als steuerliche Schenkung unter Lebenden „jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird“. Zivilrechtlich stellt sich jedenfalls im erbrechtlichen Kontext die Frage: Erfüllt die Überlassung der Nutzung von mehreren Wohnungen und Geschäftsräumen auf dreißig Jahre und unter Tragung der Erhaltungsaufwendungen nicht den Tatbestand des § 516 Abs. 1 BGB? Über das Erbrecht hinaus hätte man sich beim Abschluss der Gebrauchsüberlassungsverträge den Übereilungs- und Beratungsschutz des § 518 Abs. 1 BGB gewünscht: Die ältere Dame hat die dreißigjährige unentgeltliche Nutzung ohne Gegenleistung und ohne lebzeitiges Eigeninteresse versprochen.

§ 598 BGB bestimmt die vertragstypischen Pflichten bei der Leihe: „Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gewähren.“ Die Leihe ist – neben Schenkung, Auftrag und unentgeltlicher Verwahrung – eine Art des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts.<sup>2</sup> Im erbrechtlichen Kontext stellt sich aber die Frage: Was ist die causa für den Abschluss des Leihvertrags? Doch eine „Schenkungs“ der Nutzung im Sinne des § 2113 Abs. 2 BGB?

Schenkungssteuerlich ist beim wirtschaftlich vergleichbaren Zuwendungsnißbrauch der kapitalisierte Wert des Nißbrauchs beim Empfänger zu versteuern.

<sup>1</sup> Palandt/Weidenkaff, 76. Aufl. 2017, § 516 Rdnr. 5 und vor § 598 Rdnr. 4 je m. w. N.

<sup>2</sup> Palandt/Weidenkaff, § 516 Rdnr. 1.

c) Der Abschluss eines Leihvertrages ist de jure keine Verfügung, sondern die Eingehung eines Dauerschuldverhältnisses. Der Entleiher erhält jedoch unmittelbaren Besitz an der Sache, im entschiedenen Fall sogar das Recht, „frei über sie zu verfügen“, der Verleiher verliert auf 30 Jahre und im entschiedenen Fall bei normaler Lebenserwartung weit über den Tod hinaus die Nutzungen. Denkbar wäre, bei § 2113 Abs. 2 BGB eine Regelungslücke und die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des Verfügungsbegriffs auf derartige schuldrechtliche Gestaltungen zu bejahen.

d) Der BGH argumentiert ferner, dass der Nacherbe nicht beeinträchtigt sei, da er als unmittelbarer Erbe des Erblassers nicht an die leihvertraglichen Pflichten des Vorerben gebunden sei.

Dies übersieht zum einen, dass im entschiedenen Fall wie wohl in vielen gleichgelagerten Fällen die Nacherben (nach dem Vater) auch die Erben nach der Vorerbin (Mutter) sind und somit gemäß § 1922 BGB in die Pflichten der Verleiherin eintreten (siehe auch unten Ziffer 2. a).

Neben den tatsächlichen wertmindernden Schwierigkeiten einer bestehenden Nutzung durch Dritte ist das Dictum in Tz. 46 diskussionswürdig, dass sich Mieter nicht auf eine entsprechende Anwendung der Regelung des § 2135 BGB auf Leihverhältnisse berufen können, wonach der Nacherbe Miet- oder Pachtverhältnisse (nur) unter Beachtung der Vorschriften des § 1056 BGB kündigen kann. Schwer vorstellbar ist, dass dem Nacherben als Eigentümer gegenüber dem Mieter des Entleihers ein unbedingter sofortiger Herausgabeanspruch zugesprochen wird.

## 2. Schlusserbe, Pflichtteilsberechtigte

Aber auch außerhalb der Vor- und Nacherbfolge könnte die Entscheidung Vorbild für Gestaltungen sein, die einen erbrechtlichen Schutz aushöhlen:

- a) Schlusserbe beim „Berliner Testament“, § 2287 BGB

Bestimmt der Eigentümer den Ehegatten zum Erben nach dem Erstversterbenden und die beiden Söhne zu bindend eingesetzten Schlusserven, sei es mittels bindender Verfügung im Erbvertrag, sei es mittels wechselseitiger Verfügung im gemeinschaftlichen Testament, genießen die Schlusserven den Schutz des § 2287 BGB, beim gemeinschaftlichen Testament nach herrschender Meinung in entsprechender Anwendung.<sup>3</sup>

So wie im entschiedenen Fall die Brüder als Erben der Vorerbin in die noch lange über deren Tod hinauswirkenden Pflichten aus dem Leihvertrag mittels Universalsukzession eintreten, müssten die Schlusserven den von der Mutter als Alleinerbin nach dem Erstversterbenden geschlossenen Leihvertrag bis zu dessen Ablauf bis zum Jahre 2041 erfüllen, es sei denn, der Abschluss des Leihvertrags würde als „Schenkung“ im Sinne des § 2287 Abs. 1 BGB angesehen und die Umstände des Einzelfalls – hier weit über die durchschnittliche Lebenserwartung hinausgehende Laufzeit und

kein lebzeitiges Eigeninteresse – würden die Voraussetzung des § 2287 Abs. 1 BGB (Beeinträchtigungsabsicht) erfüllen.

- b) Pflichtteilsergänzungsanspruch § 2325 BGB

Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte gemäß § 2325 Abs. 1 BGB als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.

Der Wert des Wohn- und Geschäftshauses wäre beim Erbfall der Mutter – wäre diese nicht Vorerbin, sondern unbeschränkte Erblasserin gewesen – im Jahre 2014 signifikant höher gewesen, hätte der pflichtteilsberechtigte Erbe nicht ein bis 2041 andauerndes unentgeltliches Nutzungsrecht eines Miterben oder dessen Ehegattin hinnehmen müssen.

Auch hier wäre Voraussetzung für einen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten, dass die zugewendete unentgeltliche Nutzung als „Schenkung“ im Sinne dieser Vorschrift angesehen würde.

## 3. Fazit

Es bleibt zu hoffen, dass die Tragweite derartiger Leihverträge beim Erbfall dem IV. Senat zur Prüfung vorgelegt und dabei auch erbrechtliche Gesichtspunkte vertieft erwo-gen werden. Damit würde verhindert, dass das Urteil des XII. Zivilsenats des BGH Dritten als Handlungsanweisung zur Aushöhlung von Nachlässen dient. Solange ist jedem Erblasser u. U. zu einem bedingten Herausgabevermächtnis und dem Vorerben mit Asterix zu raten: Verleihnix!

## 3. Erfordernis einer Vereinbarung aller Eigentümer für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum – Anforderungen an einen Änderungsvorbehalt

OLG München, Beschluss vom 15.5.2017, 34 Wx 207/16

WEG § 1 Abs. 2 und 3, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3

### LEITSÄTZE:

1. Zur Frage der Ermächtigung zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum bei einer Klausel in der Teilungserklärung, wonach für einen eventuellen Ausbau des Teileigentums Zustimmungen der Wohnungs-/Teileigentümer und der Hausverwaltung nicht erforderlich sind.
2. Die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum (und umgekehrt) bewirkt eine Inhaltsänderung des Sondereigentums im Sinne von §§ 873, 877 BGB bei allen Wohnungs- und Teileigentümern. Sie bedarf materiellrechtlich gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG einer Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer und grundbuchrechtlich

<sup>3</sup> Palandt/Weidlich, § 2271 Rdnr. 10.

deren Bewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Vom Erfordernis der Vereinbarung aller Eigentümer kann nur abgesehen werden, wenn die Mitwirkungsbefugnis der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer durch die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung mit Bindung für die Sondernachfolger (§ 10 Abs. 3 WEG) ausgeschlossen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Eine im Grundbuchverfahren nicht gänzlich ausgeschlossene ergänzende Vertragsauslegung, die auf den hypothetischen Willen des Bewilligenden abstellt, kommt nicht in Betracht, wenn eine Regelungslücke nicht zweifelsfrei festzustellen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

## SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte, eine GmbH & Co. KG und Teil einer Unternehmensgruppe, ist als Eigentümerin der Teileigentumseinheiten Nr. 91 und 94-97, jeweils bezeichnet als Dachraum, im Grundbuch eingetragen. Eine andere Gesellschaft der Unternehmensgruppe war Miteigentümerin des bebauten Grundstücks und hatte mit dem weiteren Miteigentümer die von ihr errichteten Häuser im Jahr 1983 in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt. In der Teilungserklärung vom 1.6.1983 ist Folgendes bestimmt:

2 „II. Begründung von Sondereigentum:

3 Die Beteiligten bilden mit dieser Urkunde als Miteigentümer Wohnungseinheiten und Teileigentum.

4 Die Grundstückseigentümer vereinbaren hiermit gemäß § 3 des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG), das Miteigentum in der Weise zu beschränken, dass Miteigentumsanteile gebildet werden und mit jedem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung bzw. an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen (Teileigentum) verbunden ist.

(...)

5 III. Gemeinschaftsordnung

(...)

6 § 4 Gebrauchsregelung

7 (1) Wohnungen und die dazugehörigen Nebenräume dürfen nur zu Wohnzwecken benutzt werden. Die Ausübung eines Berufes oder Gewerbes bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verwalters. Die Zustimmung kann nur verweigert werden, wenn mit der Ausübung des Berufes oder Gewerbes erfahrungsgemäß eine über § 14 WEG hinausgehende Belästigung der übrigen Wohnungseigentümer oder eine erhöhte Abnutzung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile verbunden ist.

(...)

8 § 9 Bauliche Veränderungen und Verbesserungen

9 (1) Bauliche Veränderungen, insbesondere Um-, An-, und Einbauten, sowie Installationen dürfen, auch soweit sie das Sondereigentum betreffen, nur mit schriftlicher Zustimmung des Verwalters vorgenommen werden, wenn sie geeignet sind, auf das gemeinschaftliche Eigentum und dessen Benutzung einzuwirken, ein auf Sondereigentum beruhendes Recht über das nach § 4 [Anmerkung: der Gemeinschaftsordnung] zulässige Maß hinaus beeinträchtigen oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändern. Das gleiche gilt von Beseitigungen von Einrichtungen, die bei Übertragung des Sondereigentums vorhanden waren oder später mit Zustimmung des Verwalters geschaffen wurden. Die Zustimmung kann nur aus wichtigem Grunde verweigert werden.

10 (2) Für die Miteigentumsanteile 91, 94 bis 97 ist eine spätere Nutzung möglich. Hierfür ist für einen eventuellen Ausbau weder die Zustimmung der Wohnungs-/Teileigentümer noch des Verwalters erforderlich. Die Wohnungs-/Teileigentümer dieser Miteigentumsanteile sind jedoch verpflichtet, dem Verwalter den Beginn der Ausbaumaßnahme und der Nutzung anzuzeigen. Nach Beendigung der Ausbaumaßnahme bzw. Beginn der Nutzung werden die ausgebauten Miteigentumsanteile an den Kosten und Lasten gemäß § 11 dieser Urkunde beteiligt.

11 Eine Nutzung liegt bereits vor, wenn sanitäre Installationen vorgenommen werden.“

12 Die Miteigentumsanteile sind unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung vom 1.6.1983 und den Nachtrag vom 11.4.1996 im Grundbuch eingetragen.

13 Am 25.1.2016 errichtete die Beteiligte durch den einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer der GmbH den zweiten Nachtrag (zu einer Begründung von Sondereigentum). Unter II. Umwandlung ist dort bestimmt:

14 „Der Inhalt der Vorurkunde vom 1.6.1983, URNr. (...) über die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum an dem Grundstück (...) wird hiermit wie folgt geändert:

15 Die vorgenannten Sondereigentumseinheiten – im Aufteilungsplan mit Nrn. 91, 94, 95, 96 und 97 bezeichnet – werden von nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen (Teileigentum) jeweils in Wohnungen (Wohnungseigentum) umgewandelt und beschreiben sich künftig wie folgt:

Miteigentumsanteil von (...) an dem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an Wohnung im Dachgeschoss, im Aufteilungsplan mit Nr. 91 bezeichnet.

(...)

Für eine spätere Nutzung der Einheiten 91 und 94 bis 97 als Wohnungen ist gemäß den Bestimmungen der vorgenannten Aufteilungsurkunde weder die Zustimmung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer nötig, noch die Zustimmung des Verwalters.

16 Die Eintragung der vorstehenden Änderungen (Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum) als Inhalt des Sonder- und Gemeinschaftseigentums in das Grundbuch wird bewilligt und beantragt.“

17 Diese notarielle Urkunde legte die Beteiligte am 2.2.2016 zum Vollzug beim Grundbuchamt vor, nahm den Antrag jedoch nach Zwischenverfügung vom 29.3.2016 wieder zurück und stellte ihn sogleich erneut unter Bezugnahme auf ein beigelegtes Rechtsgutachten, worin unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Senats vom 11.11.2013, 34 Wx 335/13 die Ansicht geäußert wird, dass durch § 9 Abs. 2 der Gemeinschaftsordnung die Zustimmung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer zur Umwandlung abbedungen sei.

18 Am 28.4.2016 legte die Beteiligte neben der beglaubigten Abschrift des zweiten Nachtrags vom 25.1.2016 noch die Bescheinigung des Landratsamtes aufgrund des § 7 Abs. 4 Nr. 2, § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG zur Abgeschlossenheit sowie die Aufteilungspläne vor.

19 Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 4.5.2016 kostenpflichtig zurückgewiesen, da zum Vollzug des Eintragungsantrags die Zustimmung der übrigen Miteigentümer fehle.

20 Dagegen hat die Beteiligte Beschwerde eingelegt und ein beigelegtes Rechtsgutachten vollinhaltlich zum eigenen Sachvortrag gemacht.

21 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

22 II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

(...)

24 2. In der Sache kann die beantragte Eintragung – unabhängig davon, ob sie als Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO anzusehen wäre (zum Meinungsstreit siehe *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 209 f., 279 f.;

siehe auch BGH, FGPrax 2015, 101, 102) – nicht vorgenommen werden, weil die Bewilligung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer fehlt.

**25 a)** Bei der vertraglichen Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum (§ 1 Abs. 2 und 3 WEG) nach § 3 Abs. 1 WEG haben die damaligen Miteigentümer durch die Bezeichnung des Raumeigentums als „Wohnung“, „Laden“ und „Tiefgaragenstell Platz“ einerseits und „Dachraum“ andererseits eine Zweckbestimmung für das Sondereigentum mit Vereinbarungscharakter getroffen (§ 10 Abs. 3, § 15 Abs. 1 WEG).

**26** Die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum (und umgekehrt) bewirkt eine Inhaltsänderung des Sondereigentums im Sinne von §§ 873, 877 BGB bei allen Wohnungs- und Teileigentümern (BayObLGZ 1997, 233, 236; BayObLG, NJW-RR 2001, 1163). Als rechtliche Änderung des Bestimmungszwecks der nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume in Wohnräume geht sie über eine sich im Rahmen der getroffenen Zweckbestimmung haltende Änderung des tatsächlichen Gebrauchs hinaus (vgl. BGH, ZfIR 2011, 757 Rdnr. 6; OLG Braunschweig, MDR 1976, 1023). Sie bedarf materiellrechtlich gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG einer Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer und grundbuchrechtlich deren Bewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO (BGHZ 73, 150, 152; BGH, NJW-RR 2012, 1036, 1037 Rdnr. 9; FGPrax 2015, 101 f.; Senat vom 4.2.2014, 34 Wx 434/13, MittBayNot 2014, 244; *Riecke/Schmid/Schneider*, § 1 Rdnr. 43, § 7 Rdnr. 279, 284). Davon kann nur abgesehen werden, wenn die Mitwirkungsbefugnis der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer durch die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung mit Bindung für die Sondernachfolger (§ 10 Abs. 3 WEG) ausgeschlossen ist (Senat vom 11.11.2013, 34 Wx 335/13, NJW-RR 2014, 528; BayObLGZ 1989, 28, 30 f.; 1997, 233, 236; BayObLG, MittBayNot 1998, 101, 102; NJW-RR 2001, 1163; KG Rpfleger 2011, 268; OLG Frankfurt, MittBayNot 2015, 474, 475; *Riecke/Schmid/Schneider*, § 1 Rdnr. 45, § 7 Rdnr. 281, 284; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 95). Ob nach dem Inhalt des Grundbuchs ein Änderungsvorbehalt besteht, haben das Grundbuchamt und – in der Beschwerdeinstanz – der Senat eigenständig zu prüfen (BayObLGZ 1974, 217, 219). Ein solcher muss im Übrigen dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen, d. h. nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein (*Riecke/Schmid/Schneider*, § 7 Rdnr. 284).

**27 b)** Für die – ggf. auch ergänzende – Auslegung der als Inhalt des Sondereigentums eingetragenen Gemeinschaftsordnung ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder im Grundbuch in Bezug Genommenen ergibt (BGHZ 59, 205, 209; BGH, FGPrax 2015, 101; ZfIR 2016, 719, 721; BayObLGZ 1989, 28, 31).

**28** Nach diesem Maßstab ist mit § 9 Abs. 2 Gemeinschaftsordnung die Mitwirkung der übrigen Eigentümer bei der Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum nicht abbedungen.

**29 aa)** § 9 Abs. 2 Satz 2 bezieht sich mit dem einleitenden Wort „hierfür“ auf die im vorigen Satz angesprochene „spätere Nutzung“ der gegenständlichen Miteigentumsanteile. Dass

dies – wie der Beschwerdeführer meint – so zu verstehen sei, dass Zustimmungen zur Umwandlung in Wohnungseigentum nicht erforderlich sein sollen, findet aber in der Fortsetzung des Satzes schon keine Stütze. Denn dieser schränkt den Bezug („hierfür“) wiederum ein, da er die Zustimmungen „für einen eventuellen Ausbau“ als nicht erforderlich bezeichnet. Nach dem Wortlaut von § 9 Abs. 2 Satz 2 der Gemeinschaftsordnung sind somit nur für den „Ausbau“, der eine spätere Nutzung vorbereitet, die Zustimmung der Wohnungs-/Teileigentümer sowie des Verwalters nicht nötig.

**30** Für dieses Verständnis spricht auch, dass die Bestimmung des § 9 Gemeinschaftsordnung überschrieben ist mit „Bauliche Veränderung und Verbesserungen“, die Klausel somit nach der Überschrift Um- oder Ausbaumaßnahmen, nicht aber eine Zweckbestimmung der Räume betrifft.

**31** Für die Abgrenzung von Wohnungs- und Teileigentum ist nicht auf die Art der tatsächlichen Nutzung, sondern neben der baulichen Eignung auf die getroffene Zweckbestimmung abzustellen (*Riecke/Schmid/Schneider*, § 1 Rdnr. 38). Ausdrücklich angesprochen ist in § 9 Abs. 2 Gemeinschaftsordnung die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum durch Änderung der Zweckbestimmung nicht. In Bezug auf die Art der zulässigen tatsächlichen Nutzung trifft die Gemeinschaftsordnung zu den Dachräumen keine ausdrückliche und differenzierte Regelung. Allein die der Teilungserklärung beiliegenden Aufteilungspläne sprechen von Speichern.

**32** § 9 Abs. 2 Satz 1 der Gemeinschaftsordnung verhält sich zudem nur zu der Möglichkeit einer „späteren Nutzung“, ohne diese in irgendeiner Weise zu präzisieren. Daraus folgt nicht ohne Weiteres, dass die „spätere Nutzung“ in umfassender Weise zu verstehen sei und eine Wohnnutzung einschließt. Dass der Satz, wie die Beteiligte meint, richtigerweise „spätere Nutzung als Wohnung“ hätte lauten müssen und dies nur aus Versehen unterblieben ist, ist nicht die einzige Möglichkeit der Auslegung. Richtig ist zwar, dass die Nutzung für ein Gewerbe oder einen Beruf schon derzeit möglich wäre. Auch diese kann jedoch eine bauliche Veränderung des Speichers voraussetzen, sodass die Befreiung von einer Zustimmungspflicht auch für diesen Fall sinnvoll ist. Außerdem soll nach § 9 Abs. 2 der Gemeinschaftsordnung eine „Nutzung“ schon bei Einbau sanitärer Installationen vorliegen. Dass die spätere Nutzung daher mit einer Änderung der Zweckbestimmung der Räume einhergeht, erschließt sich daraus nicht. Sanitäre Installationen können ebenso für eine Nutzung als Teileigentum erforderlich oder zweckmäßig sein.

**33** Aus der Formulierung in § 9 Abs. 2 Satz 3 der Gemeinschaftsordnung, wonach „die Wohnungs-/Teileigentümer dieser Miteigentumsanteile“ verpflichtet sind, dem Verwalter den Beginn der Ausbaumaßnahme und der Nutzung anzuzeigen, ist ebenso wenig ein zwingender Schluss dahin zu ziehen, dass nach Ausbau eine Nutzung als Wohnung möglich sein sollte. Bei Anzeige eines Ausbaus in eine Wohnung ist der Eigentümer nämlich noch Teileigentümer und gerade nicht Wohnungseigentümer. Dass nach diesem Satz zwei Anzeigen erforderlich wären, nämlich die Anzeige des Umbaus und erneut die Anzeige der Nutzung als Wohnung, findet in den nachfolgenden Sätzen 4 und 5 wiederum keine Stütze, wonach die „Beendigung der Ausbaumaßnahme bzw. Beginn

der Nutzung“ zur Beteiligung an Kosten und Lasten führen sollten und eine Nutzung bereits vorliegt, wenn sanitäre Installationen – also Einbaumaßnahmen – vorgenommen werden.

**34** Aus dem übrigen Inhalt der Gemeinschaftsordnung ergibt sich ebenfalls nichts, was als vertraglich vereinbarte Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen über die Änderung der Teilungserklärung aufgefasst werden könnte. Weder werden etwaige Umbaumaßnahmen mit Blick auf die Ausstattungsanforderungen, die an Wohnungen im Sinne des WEG gestellt werden (vgl. Nr. 4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.3.1974; BAnz 1974, Nr. 58), thematisiert (vgl. hierzu Senat vom 5.7.2013, 34 Wx 155/13, FGPrax 2013, 203; BayObLG, ZMR 2000, 468, 470 m. w. N.) noch enthält die Gemeinschaftsordnung weitere sonstige Bestimmungen mit Bezug zur Nutzungsthematik.

**35** Dass die Klausel in § 9 Abs. 2 der Gemeinschaftsordnung daher neben der Zulässigkeit baulicher Veränderungen („Ausbau“) ohne Verwalterzustimmung und Zustimmung der Miteigentümer auch die Möglichkeit einer künftigen Änderung der rechtlichen Zweckbestimmung regeln sollte, erschließt sich bei unbefangener Betrachtung der Regelung nicht.

**36** Der Hinweis der Beteiligten auf die Entscheidung des Senats vom 11.11.2013, 34 Wx 335/13 ist unbehilflich. Im dortigen Fall war nämlich in der Gemeinschaftsordnung die Zustimmung zur Änderung der Zweckbestimmung ausdrücklich erteilt, lediglich die rechtliche Einordnung des dabei gemachten Vorbehalts der Erfüllung behördlicher Genehmigungen und Auflagen war fraglich.

**37** bb) Eine im Grundbuchverfahren nicht gänzlich ausgeschlossene ergänzende Vertragsauslegung, die auf den hypothetischen Willen des Bewilligenden abstellt (vgl. BGH, NJW 2004, 3413; *Demharter*, § 19 Rdnr. 29, § 53 Rdnr. 4), kommt nicht in Betracht. Eine ergänzende Auslegung erscheint nämlich schon deshalb unzulässig, weil eine Regelungslücke nicht zweifelsfrei festzustellen ist.

**38** Zwar dürfte bei einer größeren Wohnanlage mit einer Vielzahl von Eigentümern die Zustimmung der übrigen Eigentümer nur unter Schwierigkeiten beizubringen sein, sodass eine Erleichterung für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum in der großen Anlage sinnvoll erscheinen könnte. Auch ist die Bandbreite der möglichen Nutzung von Teileigentum, die ohne Zustimmung bewirkt werden könnte, sehr weit, sodass fraglich sein kann, ob eine Wohnungsnutzung bei typisierender, verallgemeinernder Betrachtungsweise geeignet wäre, eine das zulässige Maß überschreitende Beeinträchtigung der übrigen Eigentümer zu bewirken (hierzu BayObLG, NJW-RR 1991, 849, 850; NJW-RR 1996, 1358; OLG Köln, Beschluss vom 27.12.2002, 16 Wx 233/02, *Riecke/Schmid/Schneider*, § 1 Rdnr. 42). Reine Zweckmäßigkeitserwägungen können jedoch nicht darüber hinweghelfen, dass an der Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum nach dem WEG alle Mitglieder der Gemeinschaft mitzuwirken haben, wenn die Gemeinschaftsordnung deren Rechtsverhältnis nicht hiervon abweichend regelt.

**39** Dass das Fehlen einer diesbezüglichen rechtsgeschäftlichen Regelung der Gemeinschaftsordnung auf einem Ver-

sehen beruhte, kann nicht festgestellt werden, zumal sie zwar die Differenzierung von Wohnungs- und Teileigentum durchaus nachvollzieht, in § 9 Abs. 2 jedoch ausdrücklich nur Ausbau und Nutzung anspricht, ohne allerdings konkrete Festlegungen diesbezüglich zu treffen.

(...)

#### 4. Rücktritt vom Kaufvertrag bei nicht rechtzeitiger Lastenfreistellung

OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.7.2016, I-21 U 126/15

BGB §§ 123, 271 Abs. 1, §§ 307, 323 Abs. 1 und 6

##### LEITSATZ:

**Ein Grundstücksverkäufer schuldet, nach Vertragsschluss alles zu tun, um eine möglichst zeitnahe Lastenfreistellung des Grundstücks zu gewährleisten. Aus § 271 Abs. 1 BGB ergibt sich nicht, dass die Lastenfreistellung „sofort“ zu erfolgen hat, da sich die Leistungszeit danach „aus den Umständen“ ergibt. Aus den Umständen ist zu entnehmen, dass der Verkäufer alles tun muss, um die Lastenfreistellung möglichst zeitnah – unverzüglich herbeizuführen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

##### SACHVERHALT:

**1** I. Die Kläger wehren sich mit einer Vollstreckungsgegenklage gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Kaufvertragsurkunde, nachdem sie den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt haben.

**2** Die Kläger kauften von den Beklagten mit notariellem Kaufvertrag 2014 das Grundstück (...). Ihnen wurde bereits vor Eigentumsübergang Zugang zu dem Objekt gewährt, um die Bäder renovieren zu können.

**3** Das Grundstück war zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung in Abteilung III des Grundbuches wie folgt belastet:

- lfd. Nr. 6: Grundschuld zugunsten C i. H. v. 612.000 DM
- lfd. Nr. 7: auf 1/2 Anteil der Beklagten zu 2 Zwangssicherungshypothek (...) i. H. v. 51.885,95 €;
- lfd. Nr. 8: auf 1/2 Anteil des Beklagten zu 1 Zwangssicherungshypothek zugunsten Frau S i. H. v. 2.174,56 €.

**4** Der Vertrag enthielt unter anderem folgende Regelungen:

„IV. Vereinbarung zur Lastenfreistellung

Der Grundbesitz wird frei von im Grundbuch eingetragenen Belastungen verkauft. Die Beteiligten beauftragen den Notar, die Lösungs- bzw. Freistellungsunterlagen der nicht übernommenen Belastungen bei den Gläubigern zu treuen Händen anzufordern unter Aufgabe der etwa angeforderten Ablösebeträge. Geforderte Ablösebeträge sind unter Anrechnung auf den Kaufpreis an die Berechtigten herauszuzahlen, sobald gemäß den Bestimmungen in dieser Urkunde Zahlungen an den Verkäufer erfolgen können; insoweit hat der Verkäufer also keinen Anspruch auf Zahlung an sich oder dritte Personen. Der Notar ist nicht verpflichtet, Grund, Höhe und Zuordnung der aufgegebenen Ablöseforderungen zu überprüfen. (...) Die Beteiligten wurden durch den Notar darauf aufmerksam gemacht, dass die Nennbeträge der eingetragenen Grundpfandrechte den Kaufpreis der Höhe nach übersteigen. Gleichwohl wird der Abschluss des Kaufvertrages gewünscht.

(...)

VI. Zahlung des Kaufpreises

Der Kaufpreis ist fällig innerhalb von – zehn – Tagen nach Zugang einer schriftlichen Mitteilung des Notars beim Käufer (Fälligkeitsermittlung), dass

1. die nachbewilligte Vormerkung im Grundbuch rangbereit eingetragen ist,
2. dem Notar die Löschungs- bzw. Freistellungsunterlagen für alle grundbuchlichen Rechte, die der vorgenannten Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und die der Käufer nicht übernommen hat bzw. an deren Bestellung der Käufer nicht mitgewirkt hat, vorliegen, und zwar auflagenfrei oder nur unter Zahlungsaufgaben, die insgesamt den Kaufpreis nicht übersteigen,
3. die jeweils zuständige Behörde bestätigt hat, dass an dem Grundbesitz gesetzliche Vorkaufsrechte nicht bestehen oder nicht ausgeübt werden,
4. alle zur Wirksamkeit und Durchführung dieses Vertrages erforderlichen Genehmigungen in grundbuchmäßiger Form vorliegen, mit Ausnahme der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung.

Die Fälligkeitsermittlung des Notars an den Käufer hat durch einfachen Brief zu erfolgen; der Verkäufer erhält eine Durchschrift der Fälligkeitsermittlung.

(...)

IX. Überwachung der Kaufpreiszahlung

Die Beteiligten weisen den Notar an, die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch auf den Namen des Käufers erst dann zu beantragen, wenn dem Notar die Zahlung des Kaufpreises (ausschließlich etwa geschuldeter Verzugszinsen) nachgewiesen ist.“

(...)

6 Ziffer XVI. des Vertrages lautet wie folgt:

„XVI. Grundbucheintragungen

(...)

3. das Eigentum geht erst mit der Umschreibung im Grundbuch auf den Käufer über. Bis zu diesem Zeitpunkt können die Rechte des Käufers beeinträchtigt werden. Die Beteiligten wurden darüber belehrt, inwieweit eine Vormerkung nach ihrem grundbuchmäßigen Range die Rechte des Käufers sichern kann.“

7 Mit der Abwicklung des Kaufvertrages, insbesondere mit der Feststellung der Fälligkeitsermittlung, wurde der Notar beauftragt. Mit Schreiben vom 6.2.2014 teilte S mit, dass sie die Löscherbewilligung nicht erteilen werde, obwohl die zugrundeliegende Forderung längst getilgt war. Die Beklagten wurden anschließend mit anwaltlichem Schreiben der Kläger vom 22.2.14 mit Fristsetzung bis zum 7.3.2014 aufgefordert, die Löscherbewilligung beizubringen. Sodann traten die Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 11.3.2014 vom Kaufvertrag zurück. Anschließend erklärten die Kläger zudem persönlich mit Schreiben vom 17.3.2014 den Rücktritt vom Vertrag. Nachdem Frau S den umgehend vom Vertreter der Beklagten gerichtlich geltend gemachten Anspruch auf Löscher anerkannt hatte und am 17.3.2014 ein Anerkenntnisurteil ergangen war, teilte der Notar mit Beschluss vom 26.3.2014 mit, dass er die Fälligkeitsermittlungsvoraussetzungen für gegeben ansehe, sobald das Recht unter Nr. 8 gelöst sei. Die Rechtskraft des Urteils müsse noch abgewartet werden. Unter dem 4.7.2014 erfolgte dann durch die Notarvertreterin die Fälligkeitsermittlung an die Kläger. Mit Schreiben vom 16.7.2014 übersandte der Notar die Fälligkeitsermittlung auch an den Prozessbevollmächtigten der Kläger.

8 Mit Schreiben vom 25.7.2014 forderten die Kläger nach behaupteter Feststellung eines Wasserschadens die Beklagten zur Aufnahme von Vergleichsgesprächen auf. Dem folgte ein Schreiben der Kläger vom 5.9.2014. Mit Schreiben vom 18.9.2014 erklärten diese nochmals den Rücktritt. Unter dem 1.10.2014 fochten die Kläger den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an.

9 Am 29.10.2014 wurde ihnen die vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde zugestellt.

10 Die Kläger waren erstinstanzlich der Ansicht, dass sie berechtigt seien, vom Kaufvertrag zurückzutreten. Entgegen der Mitteilung des Notars hätten die Fälligkeitsermittlungsvoraussetzungen nicht vorgelegen, da C nach dem Fristablauf nicht ausdrücklich in die Löscher eingewilligt hätte und die Verlängerung nach dem Wortlaut des Treuhandvertrages ausgeschlossen war. Die Löscherbewilligung habe daher nicht auflagenfrei vorgelegen und insoweit nicht den Anforderungen des Kaufvertrages entsprochen. Die Mitteilung des Notars könne die Fälligkeit nur dann herbeiführen, wenn die Voraussetzungen auch tatsächlich vorlägen. Selbst wenn man eine wirksame Fälligkeitsermittlung annehmen würde, wäre diese allenfalls am 21.7.2014 eingegangen, sodass der Kaufpreis zehn Tage später fällig gewesen wäre. Zu diesem Zeitpunkt sei der verlängerte Treuhandvertrag aber bereits abgelaufen gewesen, sodass die Fälligkeitsermittlungsvoraussetzung wieder entfallen sei. Ein gesicherter lastenfreier Übergang des Eigentums sei daher zu keinem Zeitpunkt sicher gestellt gewesen.

11 Sie waren zudem der Ansicht, dass die Beklagten sie arglistig über das Vorhandensein von Mängeln getäuscht haben. Sie behaupten insoweit, dass seit Bestehen des Gebäudes zahlreiche Wasserschäden aufgetreten seien, was die Beklagten verschwiegen hätten. Seit 1983 seien zehn Leitungswasserschäden aufgetreten, von 2002 bis 2011 habe es im Schnitt alle zwei Jahre einen Wasserschaden durch gebrochene Wasserleitungen gegeben. Schäden seien in den letzten zwölf Jahren i. H. v. 31.992,73 € entstanden. Den Beklagten seien diese Mängel auch bekannt gewesen, da sie die Schäden bei der Versicherung geltend gemacht hätten. Darüber hinaus habe die Gothaer Versicherung aufgrund der Häufung der Schadensfälle die Versicherung im Jahr 2011 gekündigt.

12 Sie haben ferner behauptet, dass die Immobilienmaklerin am 19.12.2013 bestätigt habe, dass es keinen Wasserschaden gegeben habe. Das Verschulden der Maklerin sei den Beklagten zuzurechnen. (...)

15 Die Beklagten haben behauptet, dass während des Beurkundungstermins ausführlich erörtert worden sei, dass die Löscherbewilligungen noch nicht vorlagen. Ein Zeitpunkt der Abgabe der Bewilligung durch S sei nicht absehbar gewesen. Im Hinblick darauf sei auch vereinbart worden, dass die Kläger das Objekt schon vorher nutzen könnten, obwohl der Notar hiervor gewarnt habe. Die Kläger hätten gewusst, dass bei Kaufvertragsabschluss insoweit noch nichts veranlasst gewesen sei.

16 Im Hinblick auf die behaupteten Wasserschäden seien ihnen lediglich fünf Schadensfälle bekannt mit einem Schaden von insgesamt 21.160,21 €. Diese ergäben sich aus der Versicherungsbescheinigung vom 22.9.2011, die den Klägern unstreitig vor Unterzeichnung des Vertrages überlassen worden ist. Der Schaden vom 2.7.2000 sei durch eine defekte Wasserspülung der Gästetoilette entstanden. Die Angabe der Maklerin habe sich auf eine Nachfrage der Kläger zu einem konkreten Deckenfleck bezogen, der zum Zeitpunkt der Objektbesichtigung bereits abgetrocknet gewesen sei. Hintergrund sei ein Haftpflichtschaden gewesen, der auch mit dem Kläger erörtert worden sei. Die Leitungswasserinstallation sei fachlich gut ausgeführt, einwandfrei und mangelfrei.

17 Das LG hat der Klage stattgegeben und dabei unter anderem Folgendes ausgeführt: Die Kläger seien wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten. Sie hätten den Beklagten durch das anwaltliche Schreiben vom 22.2.2014 eine angemessene Frist zur Beibringung der Löscherbewilligungen gesetzt. Dabei könne dahinstehen, ob die Bemessung der Frist mit nur 13 Tagen zu kurz erscheine, was anzunehmen sein könnte, da die Kläger bei Abschluss des Kaufvertrages im Januar gewusst hätten, dass die Löscherbewilligungen noch nicht vorlagen. Auch hätten die Beklagten innerhalb der gesetzten Frist im Hinblick auf die Belastung zugunsten S durchaus reagiert. Selbst wenn die Frist jedoch zu kurz bemessen war, sei hierdurch jedenfalls eine angemessene Frist in Gang gesetzt worden, sodass die

Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 BGB vorlägen. Das Setzen einer zu kurzen Frist sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Eine angemessene Frist sei jedenfalls zum Zeitpunkt der letzten Rücktrittserklärung am 18.9.2014 abgelaufen gewesen. Zu diesem Zeitpunkt habe auch ein Rücktrittsgrund vorgelegen, da die Beklagten die ihnen nach dem Kaufvertrag obliegende Leistung trotz Fristsetzung nicht erbracht hätten. Die Beklagten hätten nach dem Vertrag das Grundstück frei von den genannten Belastungen zu übereignen und zu diesem Zweck entsprechende Löschungsbewilligungen vorzulegen. Zwar habe der mit der Kaufpreisabwicklung beauftragte Notar zwischenzeitlich mitgeteilt, dass die Fälligkeitvoraussetzungen für die Kaufpreiszahlung vorlägen. Dies stehe dem Rücktritt jedoch nicht entgegen, da die Voraussetzungen der Löschung tatsächlich nicht gegeben gewesen seien. Am 18.9.2014 sei zwar die Belastung unter lfd. Nr. 8 bereits gelöscht gewesen und ggf. habe auch eine Löschungsbewilligung für die lfd. Nr. 7 vorgelegen. Keine wirksame Löschungsbewilligung habe jedoch zu diesem Zeitpunkt für die unter der lfd. Nr. 6 genannten Belastung zugunsten C vorgelegen. Der Notar sei hinsichtlich der Verwendung der von C abgegebenen Löschungsbewilligung durch einen sog. Treuhandauftrag gebunden gewesen, der befristet war. Dieser sei nach einmaliger Verlängerung zunächst am 30.7.2014 abgelaufen gewesen, sodass die Löschungsbewilligung zum Zeitpunkt des Rücktritts für die Kläger wertlos gewesen sei.

**18** Das Rücktrittsrecht der Kläger sei auch nicht gemäß § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen gewesen, da die von den Beklagten vorgelegte Löschungsbewilligung der C nicht den Anforderungen des Kaufvertrages entsprach und insofern die Beklagten ihre zu erbringenden Leistungen niemals in vertragsgemäßer Weise angeboten hätten. Es sei schon zweifelhaft, ob die Löschungsbewilligung, deren Verwendung jeweils befristet war, den Anforderungen des Kaufvertrages entsprach. Nach Ziffer VI. müssten die Löschungsbewilligungen – mit einer Ausnahme – auflagenfrei vorliegen. Angesichts der Befristungen bestünde die durchaus nicht abstrakte Möglichkeit, dass zur Zeit der Fälligkeit des Kaufpreises, die erst nach Ablauf von zehn Tagen nach Eingang der schriftlichen Mitteilung des Notars eintreten sollte, die Befugnis zur Nutzung der Löschungsbewilligung bereits erloschen war. Zum anderen reiche die Löschungsbewilligung auch deshalb nicht aus, da ihre Benutzung unter eine Auflage gestellt gewesen sei, die zur Vorleistungspflicht der Kläger führe, was weder nach dem Gesetz noch durch die vertraglichen Vereinbarungen so vorgesehen sei. Nach dem Treuhandauftrag dürfe der Notar über die Löschungsbewilligung nur verfügen, nachdem der gesamte Kaufpreis bereits auf dem Konto der Beklagten eingegangen gewesen sei. Dies bedeute, dass die Kläger zunächst den Kaufpreis an die Beklagten zahlen müssten, bevor diese den Klägern das Eigentum lastenfrei verschaffen könne. Dies widerspreche den gesetzlichen Regelungen, wonach die Hauptleistungspflichten eines Kaufvertrages Zug um Zug zu erfüllen seien. Auch der Kaufvertrag selbst sehe eine solche Vorleistungspflicht nicht vor. Soweit die Beklagten in dem nachgelassenen Schriftsatz darauf verwiesen, dass unter Ziffer VI Nr. 2 des Vertrages geregelt sei, dass die Löschungsbewilligungen unter Zahlungsbedingungen stehen könnten, die insgesamt den Kaufpreis nicht überstiegen, führe das ebenfalls nicht zu einer Vorleistungspflicht der Kläger. Die Regelung besage nämlich gerade nicht, dass sie den Kaufpreis vorab an die Beklagten zu leisten hätten. Nach dem Gesamtzusammenhang nehme die Regelung vielmehr Bezug auf Ziffer IV des Kaufvertrages. Hier sei zu berücksichtigen, dass die Löschung der Belastungen ggf. Ablösezahlungen voraussetzen könne. In diesem Fall sollen die Kläger die Zahlungen erbringen und sich auf den Kaufpreis anrechnen lassen können. Dies solle aber erst dann geschehen, wenn Zahlungen an den Verkäufer überhaupt erfolgen können, was hier gerade nicht der Fall gewesen sei. Zu einer Vorleistungspflicht der Kläger führe diese Regelung demnach nicht.

**19** Dagegen wenden sich die Beklagten mit der Berufung und greifen dabei vor allem die Rechtsauffassung des LG an, wonach die allgemein übliche und 1000-fach in Notarverträgen verwandte Formulierung zu einer unzulässigen Vorleistungspflicht führen solle. Wäre dies richtig, wären notarielle Kaufverträge ohne Anderkonto nicht mehr

abzuwickeln. (...) Schließlich haben sie darauf hingewiesen, dass der Treuhandauftrag der C bis zum 30.4.2016 verlängert worden ist.

(...)

**23** Die Kläger (...) stützen insbesondere die Rechtsauffassung des LG zu der Frage ihrer unzulässigen Vorleistungspflicht. Dass die notarielle Praxis anders aussehe, ändere nichts an der Richtigkeit der Ausführungen. Diese würden bei richtiger Vertragsgestaltung auch nicht zu einer „Unabwickelbarkeit“ notarieller Grundstückskaufverträge führen. Zu keinem Zeitpunkt hätten alle Fälligkeitvoraussetzungen vorgelegen. Ferner sei die Fälligkeitmitteilung vom 4.7.2014 nicht ordnungsgemäß.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

### 28 II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist entgegen der Ansicht des LG unbegründet.

(...)

**30** 1. Den Klägern stand kein Recht zum Rücktritt gemäß § 323 BGB zu, da die Beklagten die ihnen aus dem Notarvertrag entstandenen Verpflichtungen nicht verletzt und insbesondere nicht eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht haben.

**31** a) Die Kläger wussten von den Belastungen des Grundstücks, da diese im notariellen Kaufvertrag korrekt aufgeführt worden waren. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagten ihre Pflichten im Hinblick auf die von ihnen geschuldete Lastenfreistellung verletzt hätten. Es besteht insbesondere keine vorvertragliche Pflicht, schon alles für eine Lastenfreistellung Erforderliche einzuleiten und bereits vorsorglich Löschungsbewilligungen einzuholen, die dann bei einem möglichen Scheitern des Vertrages nicht mehr (zwingend) von Nöten sind. Das würde die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten von Grundstücksverkäufern deutlich übersteigen, zumal dies im Regelfall mit Kosten verbunden ist.

**32** Die Beklagten mussten auch nicht damit rechnen, dass die Gläubigerin des Rechts unter Nr. 8 angesichts der bereits vor längerer Zeit unstreitig eingetretenen Erfüllung des gesicherten Anspruchs die Bewilligung der Löschung verweigern würde. Jede am Rechtsverkehr beteiligte Person darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass sich der andere rechtstreu verhalten wird. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagten ernsthaft mit einer entsprechenden Weigerung der Gläubigerin rechnen mussten, haben die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Kläger nicht substantiiert dargetan.

**33** Mithin schuldeten die Kläger, wie jeder andere Grundstücksverkäufer auch, nach Vertragsschluss alles zu tun, um eine möglichst zeitnahe Lastenfreistellung des Grundstücks zu gewährleisten. Der Notarvertrag enthält an keiner Stelle eine Regelung, dass die Lastenfreistellung „sofort“ zu erfolgen hat, wie die Kläger meinen. Solches ergibt sich entgegen der Ansicht der Kläger auch nicht aus § 271 Abs. 1 BGB, da sich die Leistungszeit danach „aus den Umständen“ ergibt. Bei der Lastenfreistellung des veräußerten Grundstücks ist aus den Umständen zu entnehmen, dass der Verkäufer alles tun muss, um eine solche möglichst zeitnah – unverzüglich her-

beizuführen. Ein schuldhaftes Zögern der Beklagten vermag der Senat hier nicht zu erkennen. Mit den zur Abwicklung des Vertrages erforderlichen Arbeiten war der Notar ausdrücklich beauftragt und hat diese auch durchgeführt, wie ein Blick auf die Zeitabläufe zeigt. Zudem haben sich die Beklagten über ihren damaligen Rechtsanwalt (und dieser in Rücksprache mit dem Anwalt der Gläubigerin) um eine schnelle Lösung des Problems bezüglich der Löschung des Rechts unter Nr. 8 bemüht. Im Übrigen hat der Notar alle sonstigen erforderlichen Unterlagen zeitnah eingeholt. Die Abläufe zur geschuldeten Lastenfreistellung rechtfertigen daher keinen Rücktritt.

**34 b)** Auch bezüglich der Löschungsbewilligung des Rechts unter Nr. 6 vermag der Senat keine den Verkäufern zuzurechnende Vertragsverletzung in Folge der vertraglichen Gestaltung oder notariellen Ausführung zu erkennen.

**35 aa)** Zum einen lag die Löschungsbewilligung der Gläubigerin dem Notar zeitnah vor und der darauf bezogene Treuhandauftrag war wirksam bis zum 30.7.2014 verlängert worden. Warum die Formulierung der C in deren Schreiben vom 2.7.2014 den Anforderungen an eine Verlängerung des Treuhandauftrages nicht genügen soll, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen. Jedenfalls unter Rechtsscheingesichtspunkten wäre die Bank daran gebunden. Das gilt auch für die mit Schreiben vom 23.5.2016 erteilte Verlängerung des Treuhandauftrages der C, sodass auch der zuletzt erklärte Rücktritt der Beklagten auf diesen Gesichtspunkt nicht gestützt werden kann.

**36 bb)** Der Senat hat auch keine Zweifel, dass die von der Notarvertreterin erteilte Fälligkeitsmitteilung vom 4.7.2014 wirksam war. So schreibt diese auf demselben Briefpapier, auf dem auch der Notarbeschluss vom 26.3.2014 verfasst wurde. Es gibt auch kein Erfordernis, dass zur Wirksamkeit eines Schreibens eines Notarvertreters dessen Name/Unterschrift erkennbar sein muss. Die BNotO (Erster Teil, 5. Abschnitt) macht diesbezüglich ebenso wenig Vorgaben wie die DONot NRW. Erforderlich für ein wirksames Handeln des Notarvertreters ist lediglich, dass dieser von der/dem Präsidentin/-en des zuständigen LG förmlich bestellt worden ist, was unstreitig der Fall war.

**37 cc)** Angesichts der auch insoweit eindeutigen Regelungen im Vertrag, durfte bzw. musste die Fälligkeitsmitteilung auch an die Beklagten persönlich erfolgen, gerade angesichts der kurzen Zahlungsfrist. Davon wurde der Notar durch die Anzeige der anwaltlichen Vertretung nicht entbunden oder gar verpflichtet, diese nur an den Rechtsanwalt zu erteilen.

**38 dd)** Schließlich vermag der Senat nicht zu erkennen, dass die an sich unbedingte Löschungsbewilligung der C, deren Verwendung unter die im Rahmen des dem Notar erteilten Treuhandauftrages gemachten Auflagen gestellt wurde, zu einer weder nach dem Gesetz noch nach dem Vertrag vorgesehenen und damit unzulässigen Vorleistungspflicht führt. Die diesbezüglichen Ausführungen des LG sind von Rechtsfehlern beeinflusst.

**39** Der Treuhandauftrag der C war wirksam bis zum 30.7.2014 verlängert worden und besteht immer noch fort (siehe zuvor unter II. 1. b) aa). Die Notarvertreterin hat daher am 4.7.2014 zutreffend den Kaufpreis fällig gestellt. Der dem Notar vorlie-

gende Treuhandauftrag entsprach zudem dem, was die Parteien vertraglich vereinbart hatten. Nach VI.2 des Vertrages hatte die Löschungsbewilligung „auflagenfrei oder unter Zahlungsaufgaben, die insgesamt den Kaufpreis nicht übersteigen“ vorzuliegen, was ausweislich des den Klägern ebenfalls übersandten Treuhandauftrages der C der Fall war.

**40** Der Vertrag begründet auch keine unzulässige, dem Vertrag widersprechende, Vorleistungspflicht der Beklagten:

**41 (1)** Die durchzuführende Abwicklung des Vertrages sollte dergestalt geschehen, dass die Käufer – wie im Vertrag ausdrücklich geregelt bis maximal zur Höhe des Kaufpreises an den Grundschuldgläubiger (und im Übrigen ggf. an die Verkäufer) zahlen, nachdem dem Notar die Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers mit entsprechendem Treuhandauftrag vorliegt. Sobald sie die Zahlung gegenüber dem Notar nachgewiesen haben, kann dieser auch dieses (letzte) Recht zur Löschung bringen und (wenn dazu der gesamte Kaufpreis erforderlich war) die Auflassung veranlassen. Die Käufer sind im Gegenzug solange über die Auflassungsvormerkung gesichert. Zudem ist ihnen das Eigentum an dem Grundstück gemäß XVI.1 Satz 1 des Vertrages 2014 bereits unbedingt übertragen worden („Auflassung“). Nur die grundbuchmäßige Umsetzung der Auflassung steht entsprechend dem in Satz 2 und 3 vertraglich dokumentierten Willen der Parteien unter der Bedingung, dass die weiteren vertraglichen Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen. Zudem geht auch der Verkäufer weiter „in Vorleistung“, als er neben der Auflassung und Auflassungsvormerkung bereits mit Vertragsschluss auch die Zustimmung zur Belastung des formal noch in seinem Eigentum befindlichen Grundstücks zugunsten der Bank des Käufers erklärt. Genau dieses Prozedere sieht der Vertrag in den Abschnitten IV, VI und IX vor. Auf die – eher theoretischen – Risiken wird zudem in Abschnitt XVI Nr. 3 des Vertrages hingewiesen.

**42** Im vorliegenden Fall kommt noch hinzu, dass die Beklagten den Klägern bereits vor der grundbuchmäßigen Vollziehung der Eigentumsübertragung nicht nur den Besitz an dem Haus, sondern auch die Erlaubnis erteilt hatten, dieses baulich zu verändern. Angesichts dessen kann zur Überzeugung des Senats von einer unzulässigen Vorleistungspflicht der Käufer infolge der gewählten notarvertraglichen Regelungen weder im Allgemeinen noch im konkreten Fall ausgegangen werden.

**43** Einen darüber hinausgehenden Schutz, beispielsweise durch Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto, haben die Beklagten nicht vertraglich vereinbart und können einen solchen auch sonst nicht beanspruchen. Eine solche Abwicklung war im vorliegenden Fall auch nicht angezeigt und hätte zudem zu weiteren Kosten für die Kläger geführt.

**44 (2)** Bei den zuvor beschriebenen vertraglichen Regelungen handelt es sich entgegen der Ansicht der Kläger auch nicht um (unzulässige) AGB.

**45** Zum einen ist bei einem notariellen Grundstückskaufvertrag bereits grundsätzlich fraglich, ob es sich angesichts der im Einzelfall stets vorzunehmenden Individualisierung, wie beispielsweise beim Kaufpreis oder den Grundstücksbelastungen, um AGB handeln kann. Im hier zu entscheidenden Fall kommt hinzu, dass der Vertrag unstreitig weiteren Besonder-

heiten des Falles Rechnung trägt, wie zum Beispiel der vorzeitigen Übergabe der Immobilie an die Kläger und der Erlaubnis zur Vornahme baulicher Änderungen vor Eigentumsübergang, anhand derer sich auch dokumentiert, dass die Beklagten davon wussten oder hätten wissen müssen, dass die Lastenfreistellung nicht „sofort“ erfolgen konnte, da diese Regelung sonst keinen Sinn gemacht hätte, zumal eine solche mit Risiken verbunden ist, auf die der Notar ausweislich der Urkunde zutreffend hingewiesen hatte. Zudem fehlt es an jeglichem Vortrag der Kläger dazu, dass der Notar „ein Formular im Auftrag der Beklagten entwickelt hat“ (siehe dazu *Palandt/Grüneberg*, 73. Auflage, § 305 Rdnr. 12).

**46** Selbst wenn es sich entgegen der Ansicht des Senats um AGB handeln würde, läge kein Fall der §§ 308, 309 BGB vor, sodass eine Unwirksamkeit nur aus § 307 BGB folgen könnte. Eine unangemessene Benachteiligung der Kläger vermag der Senat mit den zuvor beschriebenen, wechselseitigen Leistungspflichten bei gleichzeitiger Absicherung beider Parteien nicht zu erkennen.

**47** Damit hatten die Kläger ab – spätestens am 8.7.2014 anzunehmenden – Zugang der Fälligkeitsmitteilung vom 4.7.2014 binnen zehn Tagen zu zahlen. Der Treuhandauftrag der Bank lag damit auch noch ausreichend lange vor (30.7.2015) und wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch verlängert worden, wenn innerhalb der Frist an die Bank gezahlt worden wäre, eine Abwicklung aber aus anderen Gründen länger als bis zum 30.7.2015 gedauert hätte. Dies wird dadurch belegt, dass die C den Treuhandauftrag auch in der Folge – zuletzt mit Schreiben vom 23.5.2016 bis zum 15.8.2016 regelmäßig verlängert hat.

**48** 2. Den Klägern steht auch kein Recht zum Rücktritt gemäß § 437 Nr. 2 BGB oder zur Anfechtung gemäß § 123 BGB aufgrund der von ihnen behaupteten Mängel in Form von Wasserschäden am vertragsgegenständlichen Haus zu.

**49** Aufgrund des Gewährleistungsausschlusses in XII des notariellen Vertrages könnten entsprechende Rechte allenfalls bei einem arglistigen Verschweigen von Mängeln oder einem Vorspiegeln von Mangelfreiheit in Betracht kommen.

**50** Solches haben die darlegungs- und beweispflichtigen Kläger auch auf den Hinweis des Senats vom 22.12.2015 hin nicht substantiiert dargelegt.

**51** Der Annahme eines arglistigen Verhaltens der Beklagten steht bereits entgegen, dass diese den Klägern den Versicherungsschein vor Vertragsunterzeichnung vorgelegt haben, aus dem sich bereits fünf Vorschäden und die Entschädigungshöhe ergaben und ein Großteil der jetzt von den Klägern vorgebrachten Vorschäden vor der Besitzzeit der Beklagten lag und nicht vorgetragen ist, dass diese davon wussten.

**52** Es kann dahinstehen, ob die Kläger die mit der Vermittlung des Hauses beauftragte Maklerin vor Vertragsabschluss gefragt haben, ob es sich bei den sich aus der von ihr überreichten Aufstellung ergebenden Vorschäden um Wasserschäden handelte, da sich aus dem Umstand, dass die Beklagten unter Umständen einen wie auch immer gearteten „Wasserschaden“ gegenüber der Versicherung abgerechnet haben, kein konkreter Mangel am Kaufobjekt ergibt. Allein aus dem Um-

stand, dass Schäden bei der Gebäudeversicherung abgerechnet werden, ist nicht zwingend auf einen – wie auch immer gearteten – Mangel an der Installation zu schließen, zumal die Beklagten substantiiert vorgetragen haben, dass mindestens ein Schaden während ihrer Besitzzeit auf eine defekte Toilettenspülung und ein weiterer auf einen defekten Durchlauferhitzer zurückzuführen gewesen sei. Ferner handelte es sich selbst nach Vorbringen der Kläger bei einem Teil der Schäden um Sturmschäden.

**53** Welche konkreten Mängel das Haus aufweisen soll, legen die Kläger auch nach Hinweis des Senats nicht schlüssig dar, obwohl sie das Haus einige Zeit in Besitz und somit die Möglichkeit zur Inaugenscheinnahme und konkreten Darlegung der vermeintlichen Mängel hatten. Es reicht nicht aus, den diesbezüglichen Vortrag der Gegenseite mit Nichtwissen zu bestreiten und sich dann ohne weitere Schilderung „zum Beweis der Ursachen der Wasserschäden, der Schadenshöhe sowie den Schäden als Ursache für Selbstbehalt und Kündigung“ auf das Zeugnis eines Versicherungssachbearbeiters zu beziehen, zumal bereits nicht ansatzweise dargelegt oder sonst ersichtlich ist, aufgrund welcher Umstände dieser belastbare Auskünfte zu Mängeln am Haus und deren Ursache machen können sollte. Auch der Verweis auf eine „mangelhafte Leitungswasserinstallation“ genügt den Anforderungen nicht, die an den Vortrag eines konkreten Mangels zu stellen sind. Es ist bereits nicht ersichtlich, ob Mängel an der Zu- oder der Ableitung vorliegen sollen, in welchen Bereichen des Hauses dies der Fall sein soll und wie sich diese Mängel ggf. bemerkbar machen sollen.

**54** Die Kläger haben dazu trotz längeren Besitzes des Objekts und unstrittig von ihnen vorgenommener Baumaßnahmen – gerade an den Bädern – keinerlei konkretes Mangelsymptom vorgetragen, das einer Begutachtung zugänglich gewesen wäre.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dipl.-Kfm. Dipl.-Volksw.  
**Markus Pflieger, München**

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf hebt die Entscheidung der Vorinstanz (LG Düsseldorf, Urteil vom 2.6.2015, 7 O 269/14, RNotZ 2015, 430 mit Anm. *Kessler*) auf und bestätigt, wovon sich die notarielle Praxis ohnehin nicht hat abbringen lassen: Die übliche Regelung zur Kaufpreisfälligkeit nach dem Direktzahlungsmodell trägt auch bei (befristet) erteiltem Treuhandauftrag eines abzulösenden Grundpfandrechtsgläubigers und führt nicht zu unzulässigen Vorleistungspflichten des Käufers.

#### 1. Sachverhalt

Der Sachverhalt lässt sich – soweit für die Besprechung von Interesse – vereinfacht wie folgt darstellen:

Die Beteiligten stritten im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage über die Wirksamkeit des Rücktritts von einem Grundstückskaufvertrag, dessen Kaufpreisfälligkeitsregelung nach dem (üblichen) Direktzahlungsmodell (also Ablö-

sung der nicht übernommenen Grundpfandrechte aus dem Kaufpreis) gestrickt war. Die Commerzbank (als eine der wegzufertigenden Grundpfandrechtsgläubigerinnen) erteilte dem Notar die von diesem auftragsgemäß angeforderte Löschungsbewilligung unter befristeter Treuhandaufgabe; die private Grundpfandrechtsgläubigerin verweigerte dagegen die Erteilung der Löschungsbewilligung, obwohl die zugrundeliegende Forderung längst getilgt war.

Der Käufer setzte daraufhin dem Verkäufer eine Frist von etwas weniger als zwei Wochen zur Herbeiführung der vertragsgemäßen Lastenfreistellung bzw. deren Sicherstellung. Nachdem die Frist erfolglos verstrich, erklärte der Käufer den Rücktritt, obwohl der Verkäufer umgehend die gerichtliche Geltendmachung des Lösungsanspruchs gegen die private Grundpfandrechtsgläubigerin betrieb und (allerdings erst nach Erklärung des Rücktritts) ein Anerkenntnisurteil erstritt.

Sodann stellte der Notar durch Beschluss (wohl im Wege des Vorbescheids nach § 15 Abs. 2 BNotO) fest, dass er – vorbehaltlich der Löschung des Rechts der privaten Grundpfandrechtsgläubigerin, wozu es noch der Rechtskraft des Anerkenntnisurteils bedürfe – die Fälligkeitsvoraussetzungen für gegeben erachte und teilte dementsprechend nach Löschung im Grundbuch dem Käufer die Fälligkeit des Kaufpreises mit. Die ihm im Treuhandauftrag der Commerzbank gesetzte Frist reichte über die vertraglich vereinbarte Zahlungsfrist (zehn Tage nach Zugang der Fälligkeitsmitteilung) hinaus.

Der Verkäufer betrieb schließlich die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde hinsichtlich des Kaufpreiszahlungsanspruches, wogegen sich der Käufer mit der Vollstreckungsabwehrklage zur Wehr setzte.

## 2. Entscheidung der Vorinstanz

Das LG Düsseldorf hatte den Rücktritt des Käufers für wirksam erachtet, weil der Verkäufer seiner Verpflichtung zur vertragsgemäßen Lastenfreistellung bzw. deren Sicherstellung nicht nachgekommen sei. Lediglich unter befristeter erteiltem Treuhandauftrag des Grundpfandrechtsgläubigers übersandte Lösungsunterlagen führten zu der nicht bloß abstrakten Möglichkeit, dass diese zum Zeitpunkt des Eintritts der Kaufpreisfälligkeit nicht mehr verwendungsfähig seien. Schließlich setze die Erfüllung des Treuhandauftrages eine vertraglich nicht vorgesehene Vorleistungspflicht des Käufers voraus: Der Käufer müsse zuerst den Kaufpreis(teil) an die abzulösende Gläubigerin zahlen, bevor der Verkäufer dem Käufer das Eigentum lastenfrei verschaffen könne. Weder das Gesetz noch der konkrete Vertrag sähen aber eine solche Vorleistungspflicht des Käufers vor.

Diese Gründe konnten die Entscheidung allerdings – wie die Berufungsinstanz zu Recht festgestellt hat – nicht tragen.

## 3. Auslegung der Fälligkeitsregelung

Welche konkreten Anforderungen an dem Notar übersandte Lastenfreistellungsunterlagen zu stellen sind, ist – soweit die vertragliche Regelung nichts ausdrücklich vorgibt – eine Frage der Auslegung der kaufvertraglichen Fälligkeitsregelung:

Nach dem objektiven Empfängerhorizont, d. h. bei verständiger Würdigung der beiderseitigen Interessen, muss die Lastenfreistellung bei Verwendung der üblichen Kaufpreisfälligkeitsregelungen lediglich zum Zeitpunkt der notariellen Fälligkeitsmitteilung und bis zum Zeitpunkt des Auslaufens der vertraglich vereinbarten Zahlungsfrist – also bei unterstelltem vertragsgemäßen Verhalten des Käufers – sichergestellt sein. Einer Sicherstellung der Lastenfreistellung auch für den Fall des Verzugs des Käufers, also unterstellter eigener Vertragsuntreue, bedarf es nicht.

Dies deckt sich auch mit der Wertung des § 323 Abs. 6 BGB, wonach der Rücktritt ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist. So wenig der Käufer sich also vom Vertrag lösen könnte, wenn erst sein Zahlungsverzug zur fehlenden Verwendbarkeit der übersandten Lösungsunterlagen führt, so wenig kann dieser unterstellte Umstand den Eintritt der Fälligkeit hindern.

Ein solches Verständnis entspricht auch der weithin geübten Praxis der Kreditinstitute, Lösungsunterlagen nur unter befristeter Treuhandaufgabe zu übersenden, entweder dahin gehend, dass sich das Kreditinstitut die Rückforderung (oder Abänderung der Treuhandaufgaben) nach Fristablauf im Sinne einer Bindungsfrist vorbehält, oder dass die Verwendungsbefugnis des Notars nach Fristablauf ohne Weiteres erlischt. Die Befristung sichert das nachvollziehbare Interesse des Kreditinstituts, sich nicht bis zum „Sankt-Nimmerleins-Tag“ der Möglichkeit der Verwertung der Grundschuld zu begeben, falls wider Erwarten die Abwicklung des Vertrages ins Stocken gerät.

## 4. Unbedenklichkeit des Direktzahlungsmodells

Nicht nachvollziehbar ist der eigentlich tragende Entscheidungsgrund der erstinstanzlichen Entscheidung, wonach das übliche Direktzahlungsmodell (selbst bei unbefristetem Treuhandauftrag) zu einer vertraglich nicht vorgesehenen Vorleistung des Käufers führe, weil dieser zuerst den Kaufpreis(teil) an die abzulösende Gläubigerin zahlen müsse, bevor der Verkäufer dem Käufer das Eigentum lastenfrei verschaffen könne. Den Zirkelschluss seiner Aussage hat das Gericht leider nicht gesehen und dementsprechend auch nicht mitgeteilt, wie dieser seiner Ansicht nach zu lösen sei: Der Verkäufer kann die grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen ja regelmäßig nur unter Verwendung des Kaufpreises begleichen, weswegen ihn der Käufer unter Anrechnung auf den Kaufpreis unmittelbar an die abzulösenden Gläubiger zu entrichten hat.

Die Konsequenz hätte nur sein können, die üblichen Kaufpreisfälligkeitsregelungen noch deutlicher zu fassen (falls denn – die Stoßrichtung der Erstinstanz weitergedacht – AGB-fest überhaupt möglich?) oder bei abzulösenden Grundpfandrechten nur noch über ein Anderkonto abzuwickeln.

Auch mit diesem Rechtsirrtum räumt die Berufungsentcheidung auf: Das OLG Düsseldorf stellt klar, dass die unter Treuhandaufgabe übersandte Löschungsbewilligung der vertraglichen Fälligkeitsregelung entsprochen hat und der Verkäufer somit der ihm obliegenden Pflicht zur Lastenfreistellung nachgekommen ist.

Richtig ist, dass es hinsichtlich des vom Verkäufer geschuldeten Zeitpunkts der Lastenfreistellung auf die Umstände ankommt (vgl. § 271 Abs. 1 BGB), weil eine „sofortige“ Sicherstellung der Lastenfreiheit schon wegen des erforderlichen Mitwirkens der Grundpfandrechtsgläubiger in der Regel ausscheidet. Der Verkäufer bzw. in seinem Auftrag der mit dem Vollzug betraute Notar hat also ohne schuldhaftes Zögern alles Erforderliche zu veranlassen.

## 5. Generelle Zulässigkeit von Vorleistungen

An einer Stelle wird allerdings leider auch die Berufungsentcheidung schwammig: „Der Vertrag begründet auch keine unzulässige, dem Vertrag widersprechende, Vorleistungspflicht [des Käufers]“. Es gibt grundsätzlich keine „unzulässigen“ Vorleistungen, vielmehr ist – außerhalb des AGB-Rechts oder etwa § 632a BGB – im Grundsatz jede Vorleistung „zulässig“, also wirksam vereinbar. Vorleistungen sind jedem Grundstückskaufvertrag – egal ob im Direktzahlungsmodell oder bei Abwicklung über ein Anderkonto – vielmehr immanent. Das Gesetz erzwingt sie sogar, weil sich eine perfekte Zug-um-Zug-Abwicklung schon wegen des Erfordernisses der grundbuchamtlichen Mitwirkung am Eigentumserwerb nicht durchführen lässt. So bewilligt etwa der Verkäufer die Vormerkung (ohne den Kaufpreis schon erhalten zu haben) und der Käufer zahlt, ohne unmittelbar mit der Zahlung bereits den Eigentumsübergang zu bewirken.

Eine andere Frage ist es, ob der beurkundende Notar seinen Amtspflichten gerecht wird, wenn Vorleistungen nicht auf das notwendige Maß beschränkt sind oder gar ungesichert erfolgen (bzw. der Notar insoweit seiner (doppelten) Belehrungspflicht nicht genügt).

Dass die vereinbarte Vertragsdurchführung im üblichen Direktzahlungsmodell aber keine über das notwendige Maß hinausgehenden und erst recht auch keine (vermeidbar) ungesicherten Vorleistungen enthält und somit auch keine unangemessene Benachteiligung eines Vertragsteils im Sinne von § 307 BGB darstellt, mit anderen Worten auch einer AGB-Kontrolle standhält, stellt das OLG Düsseldorf klar.

Ob die Fälligkeitsregelung in concreto optimal gestaltet war, kann im Hinblick auf die private Grundpfandrechtsgläubigerin durchaus bezweifelt werden (vgl. etwa die Risiken der anderweitigen Verfügung, der Pfändung oder Insolvenz). Hier wäre als Fälligkeitsvoraussetzung – da nicht valuiert – auch die Löschung des Grundpfandrechts im Grundbuch (statt lediglich Vorliegen der Lastenfreistellungsunterlagen) denkbar gewesen. Erstaunlich ist insoweit die Handhabung des Notars bei der Fälligestellung des Kaufpreises bzw. der Ankündigung der Fälligestellung im Vorbescheid: Wohl entgegen der klaren vertraglichen Regelung hat dem Notar offenbar nicht bereits das rechtskräftige Anerkenntnisurteil, sondern erst die Löschung im Grundbuch genügt.

## 6. Folgen für die Praxis

Zu Recht hat sich die Praxis von der Entscheidung der Vorinstanz nicht beeindruckt lassen und kann diese nunmehr getrost beiseitelegen: Schon aus Kostengründen (und nicht zuletzt auch aus berufsrechtlichen Gründen) bleibt das Direktzahlungsmodell auch bei abzulösenden Grundpfandrechten das Mittel der Wahl.

Zur Vermeidung von Haftungsrisiken hat der Notar freilich bei Fälligestellung peinlich genau darauf zu achten, ob die durch die Fälligkeitsmitteilung ausgelöste Zahlungsfrist innerhalb der Befristung etwaiger Treuhandaufträge liegt. Ggf. muss der Notar den abzulösenden Gläubiger um Verlängerung ersuchen.

# BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

## 5. Windkraftanlage als Scheinbestandteil

BGH, Urteil vom 7.4.2017, V ZR 52/16 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Beschluss vom 20.1.2016, 13 U 79/15)

*BGB §§ 94, 95 Abs. 1 Satz 1*

### LEITSATZ:

**Eine Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Sache für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll.**

### SACHVERHALT:

1 Der Kläger ist Eigentümer eines Grundstücks, auf dem sich eine Windkraftanlage befindet. Erworben hat er es aufgrund notariellen Kaufvertrags 2014 von der ursprünglichen Eigentümerin E. Deren Ehemann M hatte die Anlage Mitte der 1990er Jahre errichten lassen und die Fläche, auf der die Anlage stehen sollte, nebst Zuwegung von seiner Ehefrau gepachtet. Durch Vertrag 2006 veräußerte er die Windkraftanlage an die Beklagte. Diese pachtete mit Vertrag vom selben Tag von E den Teil des Grundstücks, auf dem die Anlage steht.

2 Der Kläger meint, bei der Anlage handele es sich um einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks. (...)

3 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Kläger nicht Eigentümer der Windkraftanlage, weil diese kein wesentlicher Bestandteil des an den Kläger veräußerten Grundstücks, sondern ein Scheinbestandteil sei. M habe zum Zeitpunkt der Errichtung der Windkraftanlage den Willen gehabt, diese nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück zu verbinden. Die Eheleute E und M seien im Zeitpunkt der Verbindung Mitte der 1990er Jahre davon ausgegangen, dass die Windkraftanlage nur eine begrenzte Lebens- und Nutzungsdauer habe, die sie auf etwa 20 Jahre bemessen hätten; nach deren Ablauf würde die Anlage abgebaut werden müssen. E habe keinen Zweifel daran aufkommen lassen, dass die Entfernung der Anlage als Teil der Errichtung Sache ihres Mannes gewesen sei.

4 Im Übrigen liege es nahe, dass derjenige, auf den die mit dem Betrieb der Anlage verbundenen wirtschaftlichen und rechtlichen

Risiken (Finanzierung, Haftung) wie auch die Vorteile (Einspeisevergütung) entfielen, nämlich M als Betreiber, auch Eigentümer der Anlage habe werden sollen. Für die Qualifizierung als bloßer Scheinbestandteil spreche auch eine Vermutung, weil im zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung ein Pachtvertrag zwischen den Eheleuten geschlossen worden sei.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**5 II.** Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

**6 1.** Die Feststellungsklage wäre nur dann begründet, wenn die Windkraftanlage wesentlicher Bestandteil des von dem Kläger erworbenen Grundstücks wäre. Nur unter dieser Voraussetzung hätte er mit dem Eigentum an dem Grundstück auch das Eigentum an der Windkraftanlage erworben, weil wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können (§ 93 BGB). Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Windkraftanlage jedoch nur ein Scheinbestandteil im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. Scheinbestandteile bleiben, obwohl mit dem Grundstück verbunden, rechtlich selbstständige bewegliche Sachen und werden deshalb nach den §§ 929 ff. BGB übereignet (vgl. Senat, Urteil vom 31.10.1986, V ZR 168/85, NJW 1987, 774; Urteil vom 23.9.2016, V ZR 110/15, juris Rdnr. 15). Auf einen solchen Erwerbstatbestand stützt der Kläger sich jedoch nicht.

**7 2. a)** Gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB gehören zu den Bestandteilen eines Grundstücks solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH erfolgt eine Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck, wenn ihre spätere Aufhebung von Anfang an beabsichtigt ist. Maßgeblich ist der innere Wille des Einfügenden im Zeitpunkt der Verbindung der Sache. Dieser muss allerdings mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen sein (vgl. BGH, Urteil vom 4.7.1984, VIII ZR 270/83, BGHZ 92, 70, 73; Senat, Urteil vom 20.5.1988, V ZR 269/86, BGHZ 104, 298, 301; Urteil vom 26.11.1999, V ZR 302/98, NJW 2000, 1031, 1032; Urteil vom 23.9.2016, V ZR 110/15, juris Rdnr. 16).

**8 b)** Verbindet ein Mieter, Pächter oder sonst schuldrechtlich Berechtigter eine Sache, insbesondere ein Gebäude, mit dem ihm nicht gehörenden Grundstück, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass er dabei nur in seinem eigenen Interesse handelt und nicht zugleich in der Absicht, die Sache nach Beendigung des Vertragsverhältnisses dem Grundstückseigentümer zufallen zu lassen, also dafür, dass die Verbindung nur vorübergehend – für die Dauer des Vertragsverhältnisses – hergestellt ist (vgl. Senat, Urteil vom 31.10.1952, V ZR 36/51, BGHZ 8, 1, 5; Urteil vom 20.5.1988, V ZR 269/86, BGHZ 104, 298, 301; Urteil vom 23.9.2016, V ZR 110/15, juris Rdnr. 16; BGH, Urteil vom 21.2.2013, III ZR 266/12, NJW-RR 2013, 910 Rdnr. 13).

**9 3. a)** Unter Anwendung dieser Grundsätze nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, dass es sich bei der Windkraftanlage um einen Scheinbestandteil handelt. Es geht rechtsfehlerfrei davon aus, dass M im Zeitpunkt der Errichtung den Willen hatte, die Anlage nur zu einem vorübergehenden Zweck mit

dem Grundstück zu verbinden, weil er sie nach Ablauf der Nutzungsdauer wieder abbauen sollte. Ein solcher Wille war nicht deshalb ausgeschlossen, weil E als Sicherheit für das zur Finanzierung der Windkraftanlage dienende Darlehen eine Grundsschuld bestellt hatte. Bei diesem Beweisergebnis kommt es auf die von dem Berufungsgericht im Hinblick auf den zwischen den Eheleuten E und M geschlossenen Pachtvertrag ergänzend herangezogene Vermutung nicht an. Aus dessen Existenz ergibt sich allerdings, dass der Wille von M mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang steht.

**10 b)** Dass die Windkraftanlage während ihrer gesamten von den Eheleuten E und M prognostizierten Lebensdauer von 20 Jahren auf dem Grundstück verbleiben sollte, steht – anders, als die Revision meint – der Qualifizierung als Scheinbestandteil im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entgegen.

**11 aa)** Allerdings wird die Frage, ob eine Sache bei einer Verbindung aufgrund eines zeitlichen Nutzungsrechts Scheinbestandteil eines Grundstücks sein kann, wenn sie für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll und bei dem in Aussicht genommenen Vertragsende – wie hier – „verbraucht“ sein wird, nicht einheitlich beantwortet.

**12 (1)** Zum Teil wird dies verneint. Zur Begründung wird im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht von einer „vorübergehenden Verbindung“, sondern von einer „Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck“ spreche. Werde die Verbindung mit dem Grundstück – wie beispielweise bei der Errichtung von Windkraftanlagen – um eines wirtschaftlichen Ertrages willen vorgenommen, den die Anlage nur in Verbindung mit einem Grundstück abwerfen könne, bestimme die Ertragsfähigkeit der Anlage den Zweck der Verbindung. Habe diese solange bestanden, bis die Anlage „verbraucht“ gewesen sei, habe die Verbindung ihren Zweck und die erwartbare Dauer damit voll, und nicht nur teilweise oder nur vorübergehend, erfüllt (vgl. insbesondere *Ganter*, WM 2002, 105, 106 ff.; siehe auch OLG Celle, CuR 2009, 150, 151; OLG Rostock, GE 2004, 484 f.; *Staudinger/Stieper*, Neub. 2017, § 95 Rdnr. 11; *ders.*, WM 2007, 861, 865; BeckOK-BGB/*Fritzsche*, Stand: 1.11.2016, § 95 Rdnr. 5; im Grundsatz auch BeckOGK-BGB/*Mössner*, Stand: 1.1.2017, § 95 Rdnr. 10.3).

**13 (2)** Dem steht die Auffassung gegenüber, dass die Annahme, eine Verbindung sei zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt, nicht von der Nutzungsdauer der eingebrachten Sache abhängt (OLG Schleswig, WM 2005, 1909, 1912; MünchKomm-BGB/*Stresemann*, 7. Aufl., § 95 Rdnr. 12; *Erman/J. Schmidt*, BGB, 14. Aufl., § 94 Rdnr. 12; *Nobbe/Fischer/Klindworth*, Kommentar zum Kreditrecht, 2. Aufl., Bd. 2, §§ 929 bis 930 BGB Rdnr. 125; *Hagen*, CuR 2010, 44, 46 f.; *Peters*, WM 2007, 2003, 2006; *Voß/Steinheber*, ZfIR 2012, 337, 341; *Derleder/Sommer*, ZfIR 2008, 325, 329).

**14 bb)** Der Senat entscheidet die Streitfrage im Sinne der zuletzt genannten Auffassung. Eine Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Sache für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll.

**15** Nur zu einem vorübergehenden Zweck mit einem Grundstück verbunden ist eine Sache, wenn die Verbindung nach dem Willen des Einfügenden nicht dauernd, sondern nur zeitweilig bestehen soll (und dies mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen ist; siehe oben 2 a). Das Zeitmoment bezieht sich dabei nicht auf die wirtschaftliche Lebensdauer der Sache, sondern auf deren Verbindung mit dem Grundstück. Will der Einfügende die von ihm geschaffene Verbindung seinerseits nicht mehr aufheben, die Sache also – aus seiner Sicht – dauerhaft auf dem Grundstück belassen, wird diese (sogleich) wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Beabsichtigt er dagegen, die Verbindung zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu lösen, sei es freiwillig, sei es aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung, liegt eine nur vorübergehende Verbindung von Grundstück und Sache vor mit der Folge, dass die Sache sonderrechtsfähig bleibt.

**16** (1) Dass § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nur von einer „vorübergehenden Verbindung“, sondern von einer „Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck“ spricht, zwingt nicht zu einem anderen Verständnis. Die Formulierung verdeutlicht, dass die Absicht des Einfügenden bei Herstellung der Verbindung maßgeblich für die Entstehung eines Scheinbestandteils ist. Wäre nur von einer „vorübergehenden Verbindung“ die Rede, hätte demgegenüber der Eindruck entstehen können, dass eine Sache durch ihren späteren Ab- oder Ausbau – der die Verbindung zu einer nur vorübergehenden werden lässt – zu einem Scheinbestandteil wird.

**17** Weitergehende Bedeutung kommt dem Begriff „vorübergehender Zweck“ nicht zu. Insbesondere hängt die Sonderrechtsfähigkeit einer Sache nicht davon ab, welchen konkreten Zweck der Einfügende mit der Verbindung verfolgt und ob dieser erreicht wird. Letzteres ließe sich nur in einer ex-post-Betrachtung feststellen; eine solche kann schon aus Gründen der Rechtssicherheit für die eigentumsrechtliche Zuordnung einer Sache nicht maßgeblich sein. Aus diesem Grund eignet sich auch die Dauer der Berechtigung des Einfügenden, das Grundstück zu nutzen, nicht für die dingliche Zuordnung der Sache. Diese steht bei Einbringung der Sache nicht unverrückbar fest; ein Nutzungsvertrag kann verkürzt, verlängert oder aufgehoben werden. Zudem lässt sie nicht den Schluss zu, dass die Sache für diesen Zeitraum mit dem Grundstück verbunden bleiben wird. Für die Einordnung einer Sache als Scheinbestandteil kommt es zwar auf die Absicht des Einfügenden an, die Verbindung später wieder zu lösen. Wann dies geschieht, ist aber ihm überlassen; auf einen bestimmten Zeitpunkt muss er sich nicht festlegen.

**18** (2) Vor allem fehlt es an einer inhaltlichen Verknüpfung zwischen der Lebensdauer einer Sache und deren eigentumsrechtlicher Zuordnung.

**19** (a) Es gibt keinen sachlichen Grund, kurzlebige Sachen eher den wesentlichen Bestandteilen zuzurechnen, langlebige Sachen dagegen den Scheinbestandteilen. Daran ändert auch das Verhältnis zu der in Aussicht genommenen Dauer der Grundstücksnutzung nichts. Welchen Sinn es haben soll, eine Windkraftanlage als sonderrechtsfähig anzusehen, wenn der Pachtvertrag eine kürzere Laufzeit hat als die wirtschaftliche Nutzungsdauer der Anlage, sie dagegen (mit ihrer Errichtung) den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks und damit

dem Grundstückseigentümer zuzuordnen, wenn der Pachtvertrag entsprechend länger läuft, erschließt sich nicht.

**20** (b) Sinn und Zweck von § 95 BGB erfordern eine solche Verknüpfung nicht.

**21** (aa) Die in der Vorschrift normierte Ausnahme von dem in § 94 BGB bestimmten Grundsatz des Verlusts der Sonderrechtsfähigkeit beweglicher Sachen durch die Verbindung mit einem Grundstück (Akzessionsprinzip) dient dem Schutz des Interesses an einem Fortbestand des Eigentums an der beweglichen Sache. Dieses ist bei einer Nutzung des Grundstücks zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines begrenzten Rechts am Grundstück als berechtigt anerkannt worden (Motive III, S. 47, 48). Dem Interesse an der Verfügbarkeit über die eingefügte Sache, also deren Sonderrechtsfähigkeit, kommt nach der Wertung des § 95 Abs. 1 BGB insoweit Vorrang vor dem durch § 94 Abs. 1 BGB geschützten Interesse des Verkehrs mit Grundstücken an Klarheit und Publizität der Rechtsverhältnisse zu (Senat, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 191).

**22** (bb) Das Interesse an der Sonderrechtsfähigkeit der mit dem Grundstück vorübergehend verbundenen Sache wird unabhängig davon geschützt, ob die Sache kurzfristig oder (voraussichtlich) für ihre gesamte wirtschaftliche Lebensdauer mit dem Grundstück verbunden wird. Der Einfügende kann in dem einen wie in dem anderen Fall darauf angewiesen sein, die Sache als Kreditunterlage zu verwenden, oder die Möglichkeit haben wollen, über seine Investition während der Nutzungszeit anderweitig zu disponieren (Hagen, CuR 2010, 44, 46; siehe auch Senat, Urteil vom 15.5.1998, V ZR 83/97, WM 1998, 1632, 1635). Auch für den Fall, dass sein Nutzungsrecht früher als erwartet endet, etwa infolge einer außerordentlichen Kündigung, hat er ein Interesse daran, dass er das Eigentum an der eingebrachten Sache nicht an den Grundstückseigentümer verloren hat.

**23** (cc) Soweit es – wie hier – um Windkraftanlagen geht, hat der Errichter der Anlage beispielsweise wegen des sog. Repowerings und des Zweitmarktes für gebrauchte Windkraftanlagen ein Interesse an der Verfügungsbefugnis während der Nutzungszeit. Bei Tausch vorhandener Windkraftanlagen gegen leistungsstärkere „verbrauchen“ sie sich gerade nicht auf dem Fremdgrundstück, sondern werden vor Ablauf ihrer erwarteten Lebensdauer von dem Grundstück entfernt, verkauft und an anderer Stelle weiter genutzt (vgl. OLG Schleswig, WM 2005, 1909, 1912; Peters, WM 2007, 2003, 2006).

**24** (3) Würde der „Verbrauch“ der Sache während der Grundstücksnutzung das Vorliegen eines Scheinbestandteils ausschließen, hätte dies zudem der Rechtssicherheit abträgliche Abgrenzungsschwierigkeiten zur Folge.

**25** (a) Unter welchen Voraussetzungen von einem Verbrauch der Sache auszugehen ist, lässt sich nicht einfach bestimmen und wird auch von den Vertretern der Gegenauffassung – jedenfalls für Windkraftanlagen – unterschiedlich beantwortet. Dies liegt zunächst daran, dass die Lebensdauer solcher Anlagen nicht exakt bestimmt werden kann (vgl. Ganter, WM 2002, 105, 108). Unabhängig davon wird es zum Teil für einen Verbrauch als ausreichend angesehen, dass die Mietdauer 10 % hinter der prognostizierten Lebensdauer der

Anlage zurückbleibe (*Ganter*, WM 2002, 105, 109). Andere verlangen, dass die verbleibende Lebensdauer so bemessen sein müsse, dass eine Weiterbenutzung der Sache nach der Trennung vom Grundstück wirtschaftlich sinnvoll sei (*Staudinger/Stieper*, § 95 Rdnr. 11). Wieder andere halten eine „gänzliche Wertlosigkeit“ für erforderlich, die allerdings nur selten vorliege (vgl. *BeckOGK/Mössner*, BGB, § 95 Rdnr. 10.3).

**26** (b) Solche Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen unter Zugrundelegung der Auffassung des Senats nicht. Da bei einer Verbindung der Sache mit einem Grundstück im Rahmen eines schuldrechtlichen Nutzungsverhältnisses vermutet wird, dass es sich um einen Scheinbestandteil handelt, kann der Rechtsverkehr trotz der Verbindung von der Sonderrechtsfähigkeit der Sache ausgehen. Dies ist nicht nur im Falle einer Veräußerung der Sache von Bedeutung, sondern auch im Zusammenhang mit der Bestellung von Sicherheiten (insbesondere: Sicherungsübereignung der Sache).

(...)

## 6. Ausübung und Sicherung eines Wegerechts nach übereinstimmender Verlegung

BGH, Urteil vom 4.12.2015, V ZR 22/15 (Vorinstanz: OLG Koblenz, Urteil vom 23.12.2014, 3 U 1179/13)

BGB § 311 Abs. 1, §§ 1018, 1023

### LEITSÄTZE:

- 1. Haben der Grundstückseigentümer und der Berechtigte die Verlegung des durch eine Grunddienstbarkeit gewährten Wegerechts auf ein anderes Grundstück vereinbart, kann der Berechtigte von dem Grundstückseigentümer in der Regel die Bestellung einer seinem Recht inhaltsgleichen Grunddienstbarkeit an dem bisher nicht belasteten Grundstück verlangen (Fortführung von Senat, Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04, MittBayNot 2006, 226).**
- 2. Ist eine Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Grundstückseigentümer über die Verlegung einer als Inhalt der Grunddienstbarkeit bestimmten Ausübungsstelle eines Wegerechts tatsächlich vollzogen worden, steht dem Berechtigten ein schuldrechtlicher Anspruch auf Duldung der Ausübung an der neuen Stelle bis zum Vollzug der Vereinbarung durch Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch zu.**

### SACHVERHALT:

**1** Der Kläger ist Eigentümer mehrerer forst- und landwirtschaftlicher Grundstücke. Ihre Bewirtschaftung erfolgt durch einen Pächter.

**2** Von 1992 an veräußerte der Kläger sukzessive mehrere Grundstücke an A, die auf den Grundstücken Kiesabbau betrieb. Das Recht zum Kiesabbau wurde 2003 auf B übertragen.

**3** Mit notariellem Vertrag 1993 verkaufte der Kläger an A weitere Teilflächen seines Grundbesitzes zur Verfüllung. In § 4 Ziffer 2a des

Vertrages vereinbarten die Parteien ein Wegerecht. Die Bestimmung lautet wie folgt:

„Der Käufer verpflichtet sich, dem Verkäufer zu dem diesem gehörenden angrenzenden Grundbesitz auf Dauer eine Zufahrtsmöglichkeit zu gewährleisten. Zu diesem Zweck ist die in dem als Anlage III zu dieser Urkunde genommenen Lageplan durch gelbe Einzeichnung kenntlich gemachte Wegetrasse vorgesehen. Diese Wegfläche darf nicht verfüllt werden; gibt der Verkäufer die Wegfläche zur Verfüllung frei, gelten die Preisvereinbarungen dieses Vertrages.

Zur dinglichen Sicherstellung des Verkäufers ist (...) zulasten des hier erworbenen Grundbesitzes und zugunsten des jeweiligen Eigentümers aller Parzellen (...) eine Grunddienstbarkeit des Inhalts zu bewilligen und zu beantragen, dass der jeweilige Eigentümer der begünstigten Flächen berechtigt ist, diesen Weg neben dem Eigentümer des hier verkauften Grundbesitzes zum Gehen und Fahren mitzubeneutzen, um zu den begünstigten Grundstücken und von diesen zurück zu gelangen.“

**4** Nachfolgend wurde eine entsprechende Grunddienstbarkeit als Geh- und Fahrrecht an den von A 1993 erworbenen Grundstücken eingetragen.

**5** In der Folgezeit wurde die Wegetrasse im Zuge der Abböschungs- und Verfüllungsarbeiten der A mit Einverständnis des Klägers immer wieder verlegt. Der Weg verläuft derzeit sowohl über dienende als auch über nicht dienende Grundstücke der A und in seinem weiteren Verlauf auf einem im Eigentum des Klägers stehenden Wanderweg, der Bestandteil einer landschaftspflegerischen Ausgleichsmaßnahme ist.

**6** 2003 verpachtete der Kläger eines der herrschenden Grundstücke an die C, die auf diesem Stammholz zu Holzhackschnitzeln verarbeitet. 2008 verkaufte er eine andere Teilfläche der herrschenden Grundstücke zum Zwecke der industriellen Gewinnung von Materialien an D. § 1 dieses Kaufvertrages verweist hinsichtlich der Zufahrt zu dem Grundstück auf die aufgrund des Vertrages von 1993 eingetragene Grunddienstbarkeit. D erklärte, in die sich daraus ergebenden Rechte einzutreten.

**7** A versperrte 2009 vorübergehend die Zufahrt zum Grundstück des Klägers; in einem einstweiligen Verfügungsverfahren wurde ihr aufgegeben, dies vorläufig zu unterlassen. Die C und D wollen – auch mit überbreiten Schwertransportern – die vorhandene Wegetrasse über die Grundstücke der A und den Wanderweg weiter befahren, um zu ihren Betriebsstätten zu gelangen. Der Kläger ist mit dieser Nutzung des Wanderwegs einverstanden.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**15** 1. a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Feststellungsklage unzulässig. Zwar sind die Feststellungsanträge durch die Bezugnahme auf eine vom Kläger zur Akte gereichte Karte, in der die jetzt vorhandene Wegetrasse eingezeichnet ist, hinreichend bestimmt. Den Anträgen fehlt jedoch das für eine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO notwendige Rechtsschutzbedürfnis.

**16** aa) Eine Feststellungsklage kann allerdings zulässig sein, wenn zwischen dem Berechtigten und dem Grundstückseigentümer das Bestehen, der Inhalt oder der Umfang einer Grunddienstbarkeit streitig sind (Senat, Urteil vom 28.2.1962, V ZR 49/60, WM 1962, 627, 628 f.; Urteil vom 25.10.1991, V ZR 196/90, NJW 1992, 1101). Das dafür erforderliche Feststellungsinteresse ist zu bejahen, wenn eine Klage auf Störungsbeseitigung oder Unterlassung der Nutzung des

wegen ausscheidet, weil die Parteien darüber streiten, ob die Grunddienstbarkeit weitergehende als die derzeit von dem Berechtigten ausgeübten Befugnisse gewährt (Senat, Urteil vom 28.2.1962, V ZR 49/60, a. a. O.).

**17 bb)** So liegt es hier jedoch nicht. Ziel der Klageanträge des Klägers und der C ist nicht die Feststellung des Bestehens, des Inhalts oder des Umfangs der Grunddienstbarkeit, sondern die richterliche Feststellung der aus dem dinglichen Recht folgenden Verpflichtung der A und B zur Duldung der Benutzung der Grundstücke zum Gehen und zum Fahren.

**18 (1)** Diese Anträge sind unzulässig. Nach ständiger Rechtsprechung ist für eine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO grundsätzlich kein Raum, wenn eine Leistungsklage möglich ist, die das Rechtsschutzinteresse des Klägers ebenso wahrte (vgl. Senat, Urteil vom 7.2.1986, V ZR 201/84, NJW 1986, 2507; Urteil vom 21.2.1992, V ZR 273/90, NJW 1992, 1897; Urteil vom 17.6.1994, V ZR 34/92, NJW-RR 1994, 1272, 1273). Die Leistungsklage ist deshalb vorrangig, weil der Kläger das von ihm angestrebte Ziel, die Erlangung eines vollstreckbaren Titels, im Feststellungsverfahren nicht erreichen kann (vgl. BGH, Urteil vom 11.12.1996, VIII ZR 154/96, BGHZ 134, 201, 209; Urteil vom 3.7.2002, XII ZR 234/99, NJW-RR 2002, 1377, 1378).

**19** Das trifft auf die Feststellungsanträge des Klägers und der C zu. Sie können ihr Interesse unmittelbar mit der Leistungsklage verfolgen. Der aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigte kann nämlich gegen den Störer (§ 1027 i. V. m. § 1004 Abs. 1 BGB) unmittelbar auf Duldung der Nutzung klagen (vgl. Senat, Urteil vom 22.10.2010, V ZR 43/10, BGHZ 187, 185 Rdnr. 6). Der Anspruch des Berechtigten erstreckt sich darauf, von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auch die Duldung der Nutzung durch seine Pächter zu verlangen (vgl. Senat, Urteil vom 21.5.1971, V ZR 8/69, WM 1971, 960, 962; Urteil vom 25.4.1975, V ZR 185/73, WM 1975, 625, 626).

(...)

**31 III.** Für die weitere Sachbehandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

**32 1.** Zu den Hauptanträgen auf Duldung der Nutzung des jetzt vorhandenen Weges:

**33 a)** Die eingetragene Grunddienstbarkeit berechtigt nicht zur Nutzung dieses Weges. Ansprüche aus dem dinglichen Recht nach §§ 1027, 1004 BGB stehen weder dem Kläger noch der C zu.

**34 aa)** Soweit der Weg über andere, nicht mit der Grunddienstbarkeit belastete Grundstücke verläuft, ergibt sich das schon daraus, dass der Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit sich nicht über das belastete Grundstück hinaus erstreckt. Die Verlegung der Ausübungsstelle auf ein anderes Grundstück kann nicht – auch nicht durch eine dem Anspruch nach § 1023 BGB entsprechende Vereinbarung – als Inhalt einer Grunddienstbarkeit bestimmt werden (BayObLGZ 1986, 513, 518). Soll das Wegerecht aus einer Grunddienstbarkeit auf einem anderen, nicht belasteten Grundstück des Eigentümers ausgeübt werden, muss an diesem eine Grunddienstbarkeit nach § 873 BGB bestellt werden.

**35 bb)** Das Gleiche gilt für den Teil des Weges, der zwar über die belasteten Grundstücke, aber nicht mehr an der in § 4 Nr. 2a des Kaufvertrags 1993 bezeichneten Ausübungsstelle verläuft.

**36 (1)** Der Kläger wäre allerdings aus dem dinglichen Recht zur Nutzung des jetzt vorhandenen Weges befugt, wenn die Ausübungsstelle bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht rechtsgeschäftlich bestimmt, sondern der tatsächlichen Ausübung überlassen worden wäre (zur Abgrenzung: Senat, Beschluss vom 16.2.1984, V ZB 8/83, BGHZ 90, 181, 183). In einem derartigen Fall kann der Berechtigte nach einer Verlegung gemäß § 1023 BGB die Abwehransprüche aus dem dinglichen Recht nach §§ 1027, 1004 BGB geltend machen, wenn er bei der Ausübung des Wegerechts an der neuen Ausübungsstelle behindert wird (vgl. Senat, Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04, MittBayNot 2006, 226).

**37 (2)** Anders ist es, wenn die Ausübungsstelle als Inhalt der Grunddienstbarkeit festgelegt worden ist. Die Verlegung der Ausübung stellt dann eine nach §§ 877, 873 BGB der Eintragung in das Grundbuch bedürftige Änderung des Rechts dar (vgl. Senat, Urteil vom 21.11.1975, V ZR 237/73, WM 1976, 274, 275; Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04, MittBayNot 2006, 226). Ist diese nicht erfolgt, erstreckt sich die Dienstbarkeit auch nicht auf den neuen Weg (Senat, Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04, MittBayNot 2006, 226).

**38 (3)** Von Letzterem ist – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nach der Eintragung und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung auszugehen, die das Revisionsgericht selbstständig auslegen kann (Senat, Urteil vom 23.5.1962, V ZR 123/60, BGHZ 37, 147, 148 f.; Urteil vom 2.10.1998, V ZR 301/97, NJW-RR 1999, 166, 167). Die rechtsgeschäftliche Festlegung der Ausübungsstelle als Inhalt der Grunddienstbarkeit ergibt sich aus § 4 Nr. 2a des Kaufvertrags 1993. Der Teil des obligatorischen Geschäfts, der die Eintragungsbewilligung enthält, ist bei der Auslegung der Grundbucheintragung zu berücksichtigen, wenn diese gemäß § 874 BGB auf die Bewilligung Bezug nimmt (Senat, Urteil vom 27.1.1960, V ZR 148/58, NJW 1960, 673; Urteil vom 29.10.1965, V ZR 77/63, NJW 1965, 2398, 2399; Urteil vom 14.3.1969, V ZR 61/66, WM 1969, 661, 662; Urteil vom 28.11.1975, V ZR 138/72, WM 1976, 128, 129). Die Vereinbarung der Ausübungsstelle als Inhalt der Grunddienstbarkeit ergibt sich aus der Bezugnahme auf den dem notariellen Vertrag als Anlage III beigefügten Lageplan, in dem der Verlauf des Weges eingezeichnet ist. Wird eine den Wegerechtsverlauf auf dem dienenden Grundstück darstellende, von den Vertragsparteien unterschriebene Karte von dem Notar nach § 44 BeurkG als Anlage zur Urkunde genommen, hat dies für einen unbefangenen Betrachter nur den Sinn, dass damit die Ausübungsstelle rechtsgeschäftlich festgelegt werden soll. Die Bezugnahme auf die Eintragung in einem Plan wäre überflüssig, wenn der Verlauf der Wegetrasse der tatsächlichen Ausübung auf dem Grundstück überlassen bleiben sollte (vgl. Senat, Beschluss vom 6.3.1981, V ZB 2/81, NJW 1981, 1781, 1782; Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 15).

**39 b)** Die Hauptanträge können jedoch aufgrund eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Duldung der Nutzung des vorhandenen Weges begründet sein.

**40 aa)** Nach den Feststellungen im Berufungsurteil stünde dem Kläger gegen A aus der Vereinbarung über die Verlegung der Ausübungsstelle ein Anspruch auf Duldung der Nutzung an dieser Stelle zu.

**41 (1)** Ein Vertrag zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Dienstbarkeitsberechtigten über die Verlegung des Weges bedarf keiner Form. Er ist unabhängig davon möglich, ob die Voraussetzungen eines Anspruchs des Grundstückseigentümers nach § 1023 BGB vorliegen. Eine solche Vereinbarung kommt zustande, wenn Grundstückseigentümer und Berechtigter sich dahin verständigen, dass das Wegerecht künftig an einer anderen Stelle ausgeübt werden soll. Die Einigung der Parteien über die Verlegung des Wegerechts erkennt das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei darin, dass A im Zuge der Verfüllung des dienenden Grundstücks die Wegetrasse mit Einverständnis des Klägers wiederholt verlegt und dass der Kläger dem folgend sein Wegerecht an der jeweils neuen Stelle ausgeübt hat.

**42 (2)** Wurde die Ausübungsstelle als Inhalt der Grunddienstbarkeit bestimmt, besteht die Rechtsfolge einer Vereinbarung über deren Verlegung darin, dass beide Parteien einen Anspruch auf Vollzug des Vereinbarten durch Eintragung in das Grundbuch haben (Senat, Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04, MittBayNot 2006, 226). Die Verständigung über die Verlegung führt zu einer Änderung des Vertrags über die Bestellung der Grunddienstbarkeit. Der Anspruch auf Eintragung beruht auf der Vereinbarung. Eines Rückgriffs auf den – nur in besonderen Ausnahmefällen aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründeten – Anspruch des Berechtigten auf Verlegung der Ausübungsstelle (vgl. Senat, Urteil vom 12.12.2014, V ZR 36/14, NJW 2015, 1750 Rdnr. 24) bedarf es dafür nicht (zum Vorrang des Anspruchs aus der Kausalbeziehung: vgl. NK-BGB/Otto, 3. Aufl., § 1023 Rdnr. 32; Staudinger/Mayer, Neubearb.2009, § 1023 Rdnr. 14).

**43 (a)** Welchen Inhalt der Anspruch hat, bestimmt sich danach, ob der Weg künftig weiter nur über das bereits mit der Grunddienstbarkeit belastete oder über ein anderes Grundstück verlaufen soll. Im erstgenannten Fall zielt der Anspruch auf Eintragung einer Änderung des Rechts (§§ 877, 873 BGB). Haben der Grundstückseigentümer und der Berechtigte dagegen die Verlegung des durch eine Grunddienstbarkeit gewährten Wegerechts auf ein anderes Grundstück vereinbart, kann der Berechtigte von dem Grundstückseigentümer in der Regel die Bestellung einer seinem Recht inhaltsgleichen Grunddienstbarkeit an dem bisher nicht belasteten Grundstück verlangen. Das folgt bereits aus dem – hier zudem in der Vertragsurkunde ausdrücklich erklärten – Zweck einer Wege-rechtsgrunddienstbarkeit, dem herrschenden Grundstück auf Dauer eine Zufahrtmöglichkeit zu erhalten. Die gegenteilige Annahme der Revision, der Berechtigte könne eine der Grunddienstbarkeit entsprechende dingliche Absicherung nicht verlangen, sondern sei nur aufgrund eines (nach § 604 Abs. 3 BGB kündbaren) Leihverhältnisses nach §§ 598 ff. BGB zur Nutzung des unbelasteten Grundstücks berechtigt, stellte eine unzulässige, einseitig nur die Interessen des Grundstückseigentümers berücksichtigende Auslegung der Vereinbarung über die Verlegung eines Wegerechts dar. Ein derartiges Verständnis der Abrede über die Verlegung der Ausübungsstelle

einer Grunddienstbarkeit wäre unvereinbar mit der in § 157 BGB bestimmten Anforderung, Verträge so auszulegen, wie es Treu und Glauben erfordern. Dieses Gebot verlangt eine den berechtigten Interessen aller Beteiligten gerecht werdende Vertragsauslegung (vgl. Senat, Urteil vom 9.5.2003, V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, 1054; MünchKomm-BGB/Busch, 7. Aufl., § 157 Rdnr. 7; Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkmann, BGB, 10. Aufl., § 157 Rdnr. 4; Staudinger/Singer, Neubearb. 2012, § 157 Rdnr. 64).

**44 (b)** Der Kläger hat seinen Anspruch auf eine (zu ändernde und neu zu bestellende) Grunddienstbarkeit nicht dadurch verloren, dass er einer die Ausübung des Wegerechts an der ursprünglichen Stelle hindernden Verfüllung zugestimmt hat, wobei dahinstehen kann, ob er ausdrücklich die Freigabe erklärt oder lediglich einer von A eigenmächtig vorgenommenen Maßnahme nicht widersprochen hat. Der abweichenden Ansicht der Revision steht entgegen, dass an die Auslegung einer Willenserklärung, die zum Verlust einer Rechtsposition (hier auf eine dauerhafte Sicherung der Zufahrt durch eine Grunddienstbarkeit) führte, strenge Anforderungen zu stellen sind. In der Regel ist eine insoweit eindeutige Willenserklärung erforderlich, weil ein Rechtsverzicht niemals zu vermuten ist (vgl. Senat, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 197/04, BGH-Report 2006, 4). An solchen eindeutigen Erklärungen des Klägers fehlt es.

**45 (3)** Ist eine Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Grundstückseigentümer über die Verlegung einer als Inhalt der Grunddienstbarkeit bestimmten Stelle für die Ausübung eines Wegerechts tatsächlich vollzogen worden, steht dem Berechtigten ein schuldrechtlicher Anspruch auf Duldung der Ausübung an der neuen Stelle bis zum rechtlichen Vollzug der Vereinbarung durch Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch zu. Insoweit besteht eine einer ausdrücklichen Duldungsvereinbarung entsprechende Verpflichtung (zu diesen Vereinbarungen: Senat, Urteil vom 4.7.1997, V ZR 405/96, NJW 1997, 3022, 3023; Urteil vom 24.1.2003, V ZR 175/02, NJW-RR 2003, 953, 954, Urteil vom 16.5.2012, V ZR 181/13, NJW-RR 2014, 1043 Rdnr. 20). A kann diese Vereinbarung nicht gemäß § 604 Abs. 3 BGB kündigen, wie die Revision meint. Ein solches Recht zur Lösung von der Verlegungsabrede besteht schon deshalb nicht, weil eine Vereinbarung, die mit der Eintragung der Rechtsänderung erfüllt wird, kein der Kündigung zugängliches Dauerschuldverhältnis darstellt (vgl. zum Bestellungsvertrag: Senat, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/88, NJW-RR 1999, 376, 377; Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 13).

**46 (4)** Im Ergebnis zu Recht als unbeachtlich angesehen hat das Berufungsgericht den auf eine Auflage zur Rekultivierung (durch Wiederaufforstung) begründeten Einwand der A und B, dass der Kläger, weil ihm diese Auflage bekannt gewesen sei, nicht auf eine dauernde Nutzung des jetzt vorhandenen Weges habe vertrauen dürfen. Diese Gesichtspunkte hätten allenfalls für den von dem Berufungsgericht bejahten Anspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) wegen eines widersprüchlichen Verhaltens der A und B Bedeutung. Gegenüber dem Anspruch des Klägers aus der Vereinbarung über die Verlegung der Ausübungsstelle sind sie unerheblich, da A dem Kläger in Vollzug der Vereinbarung die Bestellung einer dem

bisherigen Recht entsprechenden Grunddienstbarkeit zur Ausübung auf dem jetzt vorhandenen Weg schuldet.

**47 bb)** Der Anspruch des Klägers erstreckt sich darauf, von A die Duldung der Nutzung des Weges durch seine Pächter zu verlangen. Der Inhalt des schuldrechtlichen Duldungsanspruchs entspricht auch insoweit dem des noch einzutragenden Rechts. Der Inhaber einer Wegerechtdienstbarkeit kann nach §§ 1027, 1004 BGB von dem Grundstückseigentümer die Nutzung eines Weges durch Mieter, Pächter, Besucher oder Kunden verlangen, soweit dadurch nicht der Umfang der Grunddienstbarkeit in unzulässiger Weise erweitert würde (vgl. Senat, Urteil vom 21.5.1971, V ZR 8/69, WM 1971, 960, 962; Urteil vom 25.4.1975, V ZR 185/73, WM 1975, 625, 626).

**48** Letzteres verneint das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei. Maßgeblich für die Nutzungsbefugnisse, die eine Grunddienstbarkeit gewährt, ist nicht die im Zeitpunkt der Bestellung gerade ausgeübte Nutzungsart; vielmehr kommt es an auf den allgemeinen, der Verkehrsauffassung entsprechenden und äußerlich für jedermann ersichtlichen Charakter des betreffenden Grundstücks sowie auf das Bedürfnis, von dem Wege recht in diesem Rahmen Gebrauch zu machen (Senat, Urteil vom 27.1.1960, V ZR 148/58, NJW 1960, 673; Urteil vom 30.3.1965, V ZR 43/63, NJW 1965, 1229; Urteil vom 25.5.1971, V ZR 8/69, WM 1971, 960, 962). Das Berufungsgericht hat danach zu Recht auf die dem Charakter der Grundstücke als Waldflächen entsprechende Nutzung abgestellt, die sich durch dessen Nutzung durch B zur Lagerung von Holzhackschnitzeln nicht verändert habe.

**49 cc)** C könnte aus den vorstehenden Gründen ebenfalls ein Anspruch auf Duldung der Wegerechtausübung zustehen.

**50 (1)** Dazu müssten ihr die Ansprüche des Klägers aus der Vereinbarung über die Verlegung des Weges abgetreten worden sein. Das liegt bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit nahe, weil bei einem dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks zustehenden Recht die Abtretung des Anspruchs auf dessen Bestellung bei einer Veräußerung des herrschenden Grundstücks gleichsam vorprogrammiert ist (vgl. Senat, Urteil vom 30.10.2009, V ZR 42/09, NJW 2010, 1074 Rdnr. 14).

**51 (2)** Zu dulden wäre die Ausübung des Wegerechts für eine Nutzung des herrschenden Grundstücks zur Kiesgewinnung, wenn diese bereits bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit im Jahre 1993 voraussehbar war (vgl. Senat, Urteil vom 30.11.1965, V ZR 90/63, WM 1966, 254; Urteil vom 26.10.1984, V ZR 67/83, BGHZ 92, 351, 356). Dass es sich so verhielt, ist in dem angefochtenen Urteil rechtsfehlerfrei ausgeführt worden.

**52 (3)** Zu Recht sieht das Berufungsgericht den auf ein verwaltungsgerichtliches Urteil gestützten Einwand der A und B als unbeachtlich an, der Nutzung des Verbindungsweges auf ihren Grundstücken stehe entgegen, dass der sich daran anschließende, im Zuge einer naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahme neu angelegte Wanderweg auf dem Grundstück des Klägers nicht mit Schwertransportern befahren werden dürfe. Das ist deswegen richtig, weil eine Grunddienstbarkeit dem Berechtigten eine auf dem Privatrecht beruhende Rechtsstellung gewährt, die von etwaigen öffentlichrechtlichen Nut-

zungsbeschränkungen für das herrschende Grundstück unabhängig ist (vgl. Senat, Urteile vom 7.4.1967, V ZR 14/65, NJW 1967, 1609, 1610; Urteil vom 18.7.2008, V ZR 171/07, NJW 2008, 3123 Rdnr. 12).

**53 dd)** Gegen B bestünde der schuldrechtliche Anspruch auf Duldung der Wegerechtausübung auf dem jetzigen Betriebsgrundstück allerdings nur, wenn diese in die Verpflichtung der A gegenüber dem Kläger nach § 414 oder § 415 BGB zur Duldung der Wegetrasse eingetreten wäre. Das ist nicht festgestellt; eine Übernahme der vertraglichen Pflichten folgt nicht daraus, dass B durch Verwaltungsakt das Recht zur Kiesausbeute übertragen wurde.

**54 2.** Soweit es nach dem Vorstehenden noch auf die Hilfsanträge ankommen sollte, weist der Senat auf Folgendes hin.

**55 a)** Der Kläger kann nach §§ 1018, 1027, 1004 Abs. 1 BGB von A die Duldung der Wegerechtausübung an der im Grundbuch bezeichneten (ehemaligen) Ausübungsstelle verlangen. Dieser Anspruch ergibt sich aus dem dinglichen Recht. Dieser Anspruch besteht – auch wenn die Beteiligten sich auf die Verlegung der Ausübungsstelle verständigt und diese bereits in der Natur vollzogen haben – solange, bis die zur Änderung des Inhalts oder zur Aufhebung der die Ausübung an der bisherigen Stelle gewährleistenden Grunddienstbarkeit erforderlichen sachenrechtlichen Änderungen vollzogen worden sind (vgl. Senat, Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04, NJW-RR 2006, 327 Rdnr. 16).

**56 b) aa)** Aus der Vereinbarung über die Verlegung der Ausübungsstelle steht A derzeit eine Einrede gegen die Ausübung dieses Rechts zu. Der Kläger darf das eingetragene Wegerecht solange nicht ausüben, wie er für sich die Befugnis zur Nutzung des Wegerechts an der neuen Stelle in Anspruch nimmt und eine der Verlegungsabrede entsprechende Rechtsänderung herbeiführen kann. Weder die eingetragene Grunddienstbarkeit noch die Verlegungsabrede geben dem Kläger die Befugnis, das Wegerecht nach seinem Belieben an verschiedenen Stellen auf dem Grundstück der A auszuüben. Ein Rückgriff auf die Befugnis zur Ausübung des Wegerechts an der bisherigen Stelle ist ihm erst erlaubt, wenn sein Anspruch aus der Verlegungsabrede (bspw. infolge Rücktritt nach fruchtloser Fristsetzung zur Bewilligung einer Neueintragung, wegen einer Unmöglichkeit der Erfüllung oder aus anderen Gründen) erlischt. Diesem Zusammenhang hat der Kläger allerdings dadurch Rechnung getragen, dass er den Antrag auf Duldung der Wegerechtausübung an der bisherigen Stelle als Hilfsantrag gestellt hat.

**57 bb)** Rechtsirrig ist dagegen die Ansicht der A und B, dass bereits mit der Einwilligung des Klägers zur Verlegung der Ausübungsstelle dessen Rechte aus der Grunddienstbarkeit erloschen seien. Die Zustimmung des Berechtigten zur Verlegung der Ausübungsstelle enthält keinen Verzicht auf das dingliche Recht (siehe oben Tz. 44).

**58 c)** C kann als neue Eigentümerin nach einer Teilung des herrschenden Grundstücks die Rechte aus dem an ihrem Grundstück nach § 1025 Satz 1 BGB fortbestehenden Grunddienstbarkeit geltend machen (vgl. Senat, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 93/07, NJW-RR 2008, 827 Rdnr. 7).

59 d) B könnte aus dem dinglichen Recht nach §§ 1027, 1004 BGB in Anspruch genommen werden, wenn sie Störerin wäre. Das kommt in Betracht, weil Störer nicht nur derjenige ist, der einen die Ausübung der Grunddienstbarkeit hindernden Zustand geschaffen hat, sondern auch derjenige, der diesen aufrechterhält und von dessen Willen die Beseitigung abhängt (vgl. Senat, Urteil vom 29.5.1964, V ZR 58/62, BGHZ 41, 393, 397; Urteil vom 22.3.1966, V ZR 126/63, NJW 1966, 1360, 1361; Urteil vom 22.9.2000, V ZR 443/99, WM 2001, 208, 209). Dies träfe auf B zu, wenn sie als neue Betriebsgesellschaft auf die Nutzung des bereits erfüllten Grundstücks Einfluss nehmen könnte.

## ANMERKUNG:

Von Notar Dipl.-Kfm. Dr. **Jörg Munzig**, Neu-Ulm

### 1. Belastungsgegenstand und Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit

Belastungsgegenstand einer Dienstbarkeit ist abgesehen von dem in § 7 Abs. 2 GBO vorgesehenen Ausnahmefall der sog. *echten Teilbelastung* immer ein Grundstück im Rechtsinn als Ganzes. Der Rechtsinhalt der Dienstbarkeit kann sich unabhängig davon ebenfalls auf das Grundstück als Ganzes beziehen, etwa bei einem generellen Bauverbot oder einer Immissionsduldungspflicht. Er kann aber nach seiner Eigenart auch nur einen Teil des Gesamtgrundstücks betreffen, etwa bei einem Leitungs- oder Wegerecht. Für solche Fälle können sich die Beteiligten dahin einigen, dass der Dienstbarkeitsinhalt gleichwohl die gesamte Grundstücksfläche erfassen soll, sodass zum Beispiel der Wegeberechtigte sich jederzeit wie es ihm beliebt „kreuz und quer“ auf dem dienenden Grundstück bewegen darf und sich nicht an eine bestimmte Wegstrecke halten muss.

Die Dienstbarkeit kann gemäß § 1023 Abs. 1 BGB aber auch so gefasst werden, dass sich die daraus folgenden Rechte nur auf einen Teil der Grundstücksfläche beziehen, sog. *unechte Teilbelastung*,<sup>1</sup> während sie an der übrigen Grundstücksfläche nicht bestehen, sodass zum Beispiel der Wegeberechtigte die vorgegebene Wegetrasse nicht verlassen darf. Der entsprechende Grundstücksteil („Ausübungsbereich“) kann gemäß § 1023 Abs. 1 Satz 2 BGB rechtsgeschäftlich, also durch Einigung und Eintragung im Grundbuch, bestimmt werden. In der rechtsgeschäftlichen Bestimmung des Ausübungsbereichs liegt zugleich die – vorgelagerte – Vereinbarung darüber, den Ausübungsbereich der Dienstbarkeit überhaupt zu beschränken. Wie der BGH neuerlich bekräftigt (Tz. 36 f.), weist ein Wegerecht regelmäßig einen solchen rechtsgeschäftlich definierten Ausübungsbereich auf, wenn der Dienstbarkeitsurkunde ein (nicht unbedingt amtlicher) Lageplan beigelegt wird, aus dem sich der Verlauf des Wegs ergibt. Dem beigelegten Plan wird also für den Regelfall nicht eine bloße Illustrationsfunktion, sondern ein rechtsgeschäftlicher Gehalt zugeschrieben, selbst wenn dazu im Urkundentext selbst nichts steht. Um Auslegungsfragen aus dem Weg zu gehen, kann

die rechtsgeschäftliche Inhaltsbestimmung ausdrücklich im Wortlaut der Dienstbarkeitsurkunde erfolgen:

Der Bereich, in dem die Rechte aus der Dienstbarkeit auf dem dienenden Grundstück ausgeübt werden dürfen, gehört zum Inhalt der Dienstbarkeit selbst. Er ergibt sich aus dem dieser Urkunde beigelegten Plan, auf den hiermit verwiesen wird.

Der Ausübungsbereich kann auch rein deskriptiv rechtsgeschäftlich festgelegt werden, indem im Wortlaut der Dienstbarkeit auf Charakteristika des Grundstücks oder die bereits vorhandene Anlage (Weg, Leitungen...) hingewiesen wird:

Das Leitungsrecht besteht nur an dem Teil des dienenden Grundstücks, in dem die Leitungen bereits vor der Bestellung der Dienstbarkeit verlegt worden sind.

Ein hinter den Grundstücksgrenzen zurückbleibender Ausübungsbereich kann stattdessen aber auch durch die bloße tatsächliche Ausübung der Dienstbarkeit seitens des Berechtigten festgelegt werden.<sup>2</sup> Auch dann ist zunächst eine zum Inhalt der Dienstbarkeit gehörende Vereinbarung zu treffen, den Ausübungsbereich überhaupt zu beschränken. Die Festlegung des Ausübungsbereichs selbst gehört dann nicht zum Inhalt der Dienstbarkeit, sodass für sie auch kein Eintragungserfordernis besteht:<sup>3</sup>

Das Wegerecht besteht nur in dem Bereich des Grundstücks, den der Dienstbarkeitsberechtigte anhand der tatsächlichen Verhältnisse bestimmt.

Ist der Ausübungsbereich auf diese Weise einmal bestimmt worden, so kann er anschließend ebenso wenig einseitig geändert werden wie bei seiner rechtsgeschäftlichen Bestimmung.<sup>4</sup>

Zusammengefasst lässt sich der Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit damit bei der sog. unechten Teilbelastung in der dinglichen Einigung, § 873 BGB, und Grundbucheintragung (Bezugnahme gemäß § 874 BGB) vereinbaren wie folgt:

- Rechtsgeschäftliche Festlegung des Ausübungsbereichs, zum Dienstbarkeitsinhalt gehörend durch
  - Darstellung anhand eines Lageplans, der zum Inhalt der Einigung und Grundbucheintragung gemacht wird oder
  - Festlegung in der Einigung und Grundbucheintragung selbst durch textlichen Verweis auf Gegebenheiten in der Natur, die dort erkennbar und nachvollziehbar sind
 oder
- rechtsgeschäftliche Festlegung, dass sich der Ausübungsbereich durch eine tatsächliche Ausübung bestimmt und – anschließend – Vornahme der tatsächlichen Ausübung.

2 BGH, Urteil vom 3.5.2002, V ZR 17/01, DNotZ 2002, 721.

3 BGH, Urteil vom 3.5.2002, V ZR 17/01, DNotZ 2002, 721, 723.

4 BGH, Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04, MittBayNot 2006, 226.

1 MünchKomm-BGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1023 Rdnr. 21.

## 2. Änderung des Ausübungsbereichs

Die Änderung des Ausübungsbereichs einer Dienstbarkeit, also zum Beispiel die Verlegung einer Wegegrasse, ist nur dort möglich und kommt nach dem Wortlaut des § 1023 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dort in Betracht, wo dasselbe Grundstück betroffen ist und wo der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit schon bisher hinter ihrem Belastungsgegenstand zurückgeblieben ist.

Gehört der Ausübungsbereich zum Inhalt der Dienstbarkeit, muss auch seine Änderung gemäß § 877 BGB durch Rechtsgeschäft, also Einigung über die Inhaltsänderung und deren Eintragung im Grundbuch, festgelegt werden.<sup>5</sup> Bis zum Grundbuchvollzug besteht das dingliche Recht nur an der ursprünglich vereinbarten Stelle und nicht schon an der später in Aussicht genommenen, danach ist es umgekehrt – das Recht darf nur noch an der neuen Stelle ausgeübt werden und nicht mehr an der bisherigen.

Wurde der bisherige Ausübungsbereich durch die tatsächliche Ausübung festgelegt und soll auch der geänderte Ausübungsbereich wieder durch die tatsächliche Ausübung bestimmt werden, so bedarf auch dies einer entsprechenden Vereinbarung des Eigentümers des dienenden Grundstücks und des Berechtigten, die aber, genauso wenig wie die ursprüngliche tatsächliche Ausübung, zum Inhalt der Dienstbarkeit gehört und die deshalb genauso wie die erste formlos getroffen werden kann; eine neuerliche rechtsgeschäftliche Einigung (und Eintragung) darüber, den einmal festgelegten Ausübungsbereich durch eine Änderung der tatsächlichen Ausübung zu ändern, wird dabei augenscheinlich für unnötig erachtet, was man wohl aus § 1023 Abs. 1 Satz 1 BGB herauslesen kann.

## 3. Schuldrechtliche Abreden zur Änderung von Dienstbarkeiten

Gemäß dem Trennungsprinzip<sup>6</sup> ist das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zur Bestellung einer Dienstbarkeit als dinglichem Recht streng zu unterscheiden von dem dinglichen Rechtsgeschäft selbst. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit ist formlos wirksam und kann damit stillschweigend begründet werden.<sup>7</sup> Gleiches gilt auch für die Verpflichtung zur Änderung ihres Inhalts. In der notariellen Praxis spielen solche Abreden naturgemäß nahezu keine Rolle.

Der BGH setzt nur scheinbar in den Urteilsgründen seiner Entscheidung das Trennungsprinzip außer Kraft. Er misst dem vergleichsweise niederschweligen, von keiner Form oder Grundbucheintragung abhängigen, schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft für die daran unmittelbar Beteiligten im praktischen Ergebnis die gleichen Rechtsfolgen zu wie sie sich doch erst aus der im Grundbuch vollzogenen Änderung des dinglichen Rechts ergeben. Aus dem schuldrechtlichen Anspruch auf Durchführung einer Änderung des

Dienstbarkeitsinhalts durch Grundbuchvollzug folgert er die gleiche Duldungsverpflichtung wie aus dem geänderten dinglichen Rechtsinhalt. Sowohl die Urteilsgründe (Tz. 45) als auch der zweite amtliche Leitsatz erheben dazu den tatsächlichen Vollzug der Rechtsausübung zur Tatbestandsvoraussetzung für den Duldungsanspruch. Die entsprechenden Ausführungen sind zum einen dem entschiedenen Sachverhalt geschuldet, da die neue Wegegrasse in der Natur schon hergestellt war und genutzt wurde. Zum anderen ist damit § 242 BGB in seiner Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens zwar nicht schon zur Herleitung des Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung von Bedeutung, wohl aber im Rahmen des vertraglich dann rechtswirksam begründeten und durchsetzbaren schuldrechtlichen Anspruchs zu beachten, nämlich in seiner Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens. Ein solches liegt vor, wenn sich der zur Leistung Verpflichtete angesichts des tatsächlich herbeigeführten Leistungserfolgs darauf beruft, er habe die von ihm geschuldeten Leistungshandlungen noch nicht erbracht. Ein solcher Schuldner (= Eigentümer des dienenden Grundstücks) hat kein schutzwürdiges Interesse daran, die Rechtsausübung bis zur Anspruchserfüllung zu verweigern.<sup>8</sup>

Der BGH argumentiert in seiner Entscheidung damit rein schuldrechtlich und unabhängig von der dinglichen Rechtsänderung, deren Notwendigkeit er nicht infrage stellt. Der Berechtigte tat deshalb gut daran, seinen Anspruch auf Änderung des dinglichen Rechtsinhalts weiterzuverfolgen: Zum einen deshalb, weil der schuldrechtliche Duldungsanspruch wegen der Relativität der Schuldverhältnisse nur gegen den derzeitigen Grundstückseigentümer besteht, während ein Käufer des mit der unveränderten Dienstbarkeit belasteten Grundstücks auf die Einhaltung des bisherigen Ausübungsbereichs bestehen kann. Zum anderen, weil nur das dingliche Recht in seinem jeweiligen Inhalt keiner Verjährung unterliegt,<sup>9</sup> während der bloß schuldrechtliche Anspruch auf Änderung der Dienstbarkeit der Verjährung unterworfen ist. Maßgeblich dafür ist die zehnjährige Verjährungsfrist des § 196 BGB, die gemäß § 200 Satz 1 BGB mit dem Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung über die Änderung des Ausübungsbereichs beginnt. Die fortgesetzte faktische Inanspruchnahme des geänderten Ausübungsbereichs hindert den Ablauf der Verjährungsfrist für den Anspruch auf Änderung des dinglichen Rechtsinhalts nicht, da ihr, wie der BGH herausarbeitet, ein anderes Anspruchsziel zugrundeliegt. Ist der schuldrechtliche Anspruch auf Änderung des dinglichen Rechts (nach zehn Jahren) nicht mehr durchsetzbar, so fällt damit auch die Grundlage für die schuldrechtliche Duldungspflicht weg. Das dingliche Recht bleibt dem schuldrechtlichen deshalb buchstäblich auf Dauer überlegen!

<sup>5</sup> DNotI-Report 2016, 157.

<sup>6</sup> MünchKomm-BGB/Gaier, Einleitung zum Sachenrecht Rdnr. 15.

<sup>7</sup> MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 6.

<sup>8</sup> MünchKomm-BGB/Schubert, § 242 Rdnr. 440 f.

<sup>9</sup> MünchKomm-BGB/Kohler, § 902 Rdnr. 2.

## 7. Vormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks

OLG München, Beschluss vom 30.9.2016, 34 Wx 303/16

BGB § 883 Abs. 1, § 885 Abs. 1 und 2, § 894

### LEITSATZ:

**Die Vormerkung (bei Ausübung des bedingten Ankaufsrechts) „für jeweiligen (jeweilige) Eigentümer von ...“ ist keine nach ihrem Inhalt unzulässige Eintragung und deswegen auch nicht zu löschen.**

### SACHVERHALT:

1 I. Gemäß notariellem Vertrag 2016 übergab A dem B, seinem Sohn, im Weg der vorweggenommenen Erbfolge Grundbesitz. B wurde – nach Auflösung des Antragsverbands – antragsgemäß als Eigentümer eingetragen.

2 Im Grundbuch sind an den beiden übergebenen Grundstücken FlSt. 599 und 606 weiter eingetragen geblieben:

„FlSt. 599, Abt. II/4

Auflassungsvormerkung bei Ausübung des Ankaufsrechts für jeweilige Eigentümer von FlSt. (...) Gemäß Bewilligung vom 5.5.1980 eingetragen am 17.9.1981.

FlSt. 606, Abt. II/8

Auflassungsvormerkung (bei Ausübung des bedingten Ankaufsrechts) für jeweiligen Eigentümer von BVNr. (...); gemäß Bewilligung vom 5.5.1980/8.7.1992; Gleichrang mit (...); eingetragen am 31.8.1992.“

3 Hierzu war in der Übergabeurkunde die Löschung „wegen Unzulässigkeit“ beantragt worden. Auf eine Zwischenverfügung mit der Bitte um Antragszurücknahme insoweit hielten die notariell vertretenen A und B an ihrem Standpunkt fest mit der Begründung, dass die jeweilige Eintragung deshalb unzulässig sei, weil das Sachenrecht keine subjektiv-dingliche Vormerkung kenne. Selbst wenn man die Vormerkung als zunächst wirksam begründet erachte, handele es sich um eine subjektiv-persönliche Vormerkung. Dann sei aber weder aus dem Grundbuch noch aus der Eintragungsbewilligung erkennbar, wer denn nun die Löschung der Vormerkung bewilligen müsse.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

12 1. Die Löschung der jeweiligen Vormerkung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) kommt nicht infrage.

13 Inhaltlich unzulässig sind Eintragungen, wenn ein Recht mit dem eingetragenen Inhalt oder in der eingetragenen Ausgestaltung aus Rechtsgründen nicht bestehen kann, wenn die Eintragung etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann oder wenn sie ein an sich eintragungsfähiges Recht mit einem gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlautbart (vgl. BGH, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, BeckRS 2012, 6466 Rdnr. 13; *Bauer/von Oefele/Meinke*, GBO, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 99). Keine dieser Voraussetzungen ist hier gegeben.

14 a) Die Eintragung einer Vormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB erfolgt (unter anderem) aufgrund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen ist

(§ 885 Abs. 1 Satz 1 BGB). Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 885 Abs. 2 BGB). Die gesetzliche Fassung gibt vor, dass der Anspruchsberechtigte sich aus dem Eintragungsvermerk selbst ergeben muss, eine Bezugnahme insoweit unzulässig ist (BayObLG, MittBayNot 1975, 93, 94; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1511). Unzulässige Bezugnahmen wirken nicht als Eintrag (BGH, NJW 2007, 3777, 3778; *Palandt/Bassenge*, BGB, 75. Aufl., § 874 Rdnr. 3; § 885 Rdnr. 15). Eine unzulässige Bezugnahme ist auch nicht zur Auslegung des Eintragungsvermerks oder zur Bestimmung der Person des Berechtigten verwertbar (BGH, ZfR 1997, 734; BGHZ 123, 297, 301).

15 b) Berechtigt laut dem also allein maßgeblichen Eintragungsvermerk ist der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks. Dies ist insoweit bestimmt und eindeutig, als sich der Eigentümer unmittelbar aus dem Grundbuch und dessen Eintragung in der ersten Abteilung entnehmen lässt. Die Eintragungen sind schon deswegen nicht als unzulässig zu löschen, weil sie jedenfalls den Eigentümer im Zeitpunkt der Ankaufsrechtsvereinbarung als Inhaber der vormerkungsgesicherten Ankaufsrechte ausweisen und ein Eigentümerwechsel zwischen dem Zeitpunkt der Eintragung der jeweiligen Vormerkung bis heute nicht stattgefunden hat.

16 Soweit die Vormerkung an FlSt. 599 „für jeweilige (= Plural) Eigentümer“ eingetragen ist, ergibt sich nach der nächstliegenden Bedeutung kein abweichendes Verständnis. Inhaber des Rechts ist stets nur und ausschließlich die in einem bestimmten Zeitpunkt durch ihre Eigentümerstellung definierte Person oder Personenmehrheit.

17 c) Überdies ist aber auch die Bestellung eines Rechts dergestalt, dass es dem einen Berechtigten auflösend bedingt durch ein bestimmtes Ereignis (Eigentumsverlust) und einem weiteren Berechtigten aufschiebend bedingt durch dasselbe Ereignis (Eigentumserwerb) zustehen soll (vgl. KG, JFG 20, 6, 7; *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 12; *Meikel/Böhringer*, GBO, 11. Aufl., § 47 Rdnr. 303), als sog. Sukzessivberechtigung bereits von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt (RGZ 128, 246, 250). Der BGH hat sie für die schuldrechtliche Verpflichtung, zu bestimmten Zeitpunkten die Höhe des Erbbauzinses veränderten Umständen anzupassen, akzeptiert (BGHZ 22, 220, 225), und zwar verfahrensrechtlich durch die Eintragung einer (einzigen) Vormerkung, die einen Anspruch sichert, welcher bedingt durch den Eigentümerwechsel mehreren aufeinander folgenden Personen als Berechtigten (sukzessive) zusteht. In der Rechtsprechung des früher für Grundbuchsachen zuständigen BayObLG fand sie im Grundsatz ebenfalls Billigung (vgl. BayObLGZ 1984, 252, 256; auch 1995, 149, 152 f.). Sie wird in jüngerer Zeit, jedenfalls für bestimmte Fallgestaltungen (vgl. BayObLG, DNotZ 1990, 892), angezweifelt (*Streuer*, Rpfleger 1994, 397; vgl. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 261a, 261d, 1495; auch *Hügel/Kral*, § 44 Rdnr. 15), erscheint aber für – wie hier – abtretbare und vererbliche (vgl. *Amann*, MittBayNot 1990, 225, 227) Ansprüche im Grundsatz unproblematisch, weil die Identität des durch die Vormerkung gesicherten und bis auf den Gläubigerwechsel unveränderten Anspruchs auch in der Hand des neuen Gläubigers gewahrt bleiben kann.

**18 d)** Selbst wenn aber davon ausgegangen werden müsste, dass eine Mehrzahl von je durch eine gesonderte Vormerkung zu sichernden Ansprüchen vorliegt, so wird auch von dieser Meinung nicht infrage gestellt, dass Anspruch und Vormerkung in derartigen Fällen jedenfalls auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage fortbestehen (*Schöner/Stöber*, Rdnr. 261d; DNotl-Report 2001, 113 f.; ferner *Staudinger/Gursky*, Neub. 2013, § 883 Rdnr. 74; siehe auch BayObLGZ 1995, 149, 153). Dann aber ist weder eine Unrichtigkeit des Grundbuchs noch eine Rechtsverletzung erkennbar, die dem Grundbuchamt bei der Eintragungstätigkeit unterlaufen wäre. Insoweit ist zudem die im Zeitpunkt der Rechtseintragung bestehende Verkehrsauffassung und -übung sowie das schutzwürdige Vertrauen der Berechtigten auf den Bestand der Eintragungen zu berücksichtigen (BayObLG, Rpfleger 1981, 479; *Hügel/Holzer*, § 53 Rdnr. 84). Hiernach bestand seinerzeit noch weniger als heute ein Anlass, die Ordnungsmäßigkeit der Eintragungen in Zweifel zu ziehen. Nähme man eine nicht durch eine (einzige) Vormerkung sicherbare Mehrheit von Ansprüchen an, so läge bei der gewählten Eintragungsform eine sog. Sammelbuchung vor, deren verfahrensrechtliche Zulässigkeit zwar strittig ist (*Demharter*, § 44 Rdnr. 11); verneint man sie aus Gründen der Rechtsklarheit, so würde die abweichende Handhabung die Eintragung aber weder unwirksam noch inhaltlich unzulässig machen (*Demharter*, a. a. O.; ähnlich *Hügel/Kral*, § 44 Rdnr. 14 f.; *Streuer*, Rpfleger 1994, 397, 401 f.).

**19 e)** Berechtigter aus der Vormerkung, damit auch derjenige, der bei ihrer Löschung bewilligen muss (§ 19 GBO), ist der jeweilige (aktuelle) Eigentümer des Grundstücks in dessen seinerzeitigen Bestand, weshalb etwa bei einer Grundstücksteilung Rechte, mit denen das geteilte Grundstück belastet war, an den Teilen fortbestehen (*Demharter*, § 7 Rdnr. 13), was bedeutet, dass auch die Vormerkung dann als Gesamtberechtigung zugunsten der jeweiligen Eigentümer der Teilgrundstücke besteht. Der Senat hat daraus die Notwendigkeit abgeleitet, Bewilligungen des oder der so bezeichneten Eigentümer(s) beizubringen, unabhängig vom Bestehen eines zu sichernden Anspruchs. Denn auch die Buchposition ist ein betroffenes Recht im Sinne des § 19 GBO (Senat vom 7.7.2010; *Demharter*, § 19 Rdnr. 45).

**20 2.** Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass auch die Eintragung eines Widerspruchs mangels Verletzung gesetzlicher Vorschriften bei der Eintragungstätigkeit mit einer daraus folgenden Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO) nicht in Betracht kommt (*Hügel/Kral*, § 44 Rdnr. 14; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 261d; DNotl-Report 2001, 113 f.).

**21 3.** Für eine Löschung auf Antrag wegen nachgewiesener Grundbuchunrichtigkeit (§ 22 GBO) fehlen ebenso die Voraussetzungen. Denn es ist nichts dafür ersichtlich, geschweige denn positiv bekannt (vgl. OLG Zweibrücken, FGPrax 2007, 11; *Demharter*, Anhang zu § 44 Rdnr. 88; *Hügel/Kral*, § 44 Rdnr. 70), dass der gesicherte Anspruch aus der Ankaufsvereinbarung untergegangen ist. Auf die Ausführungen zu 1. b) wird ergänzend Bezug genommen.

**22 4.** Die Voraussetzungen für eine Klarstellung (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.12.2004, 20 W 396/03) erachtet der Senat hier nicht als gegeben, weil die Person des Berechtigten selbst unmittelbar aus dem Grundbuch folgt. Dies gilt

wiederum umso mehr, als ein Wechsel in der Person des Berechtigten bisher nicht stattgefunden hat.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Johannes Hecht**, Hengersberg

OLG München locuta, causa finita? Zu dieser Schlussfolgerung könnte man nach der Lektüre von Rdnr. 18 des Beschlusses gelangen. Dort heißt es lapidar: „[...] so wird auch von dieser Meinung nicht in Frage gestellt, dass Anspruch und Vormerkung in derartigen Fällen jedenfalls auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage fortbestehen [...].“ Alleine die Bemühung von Gewohnheitsrecht sollte den Juristen nachdenklich machen und zu einer dogmatischen Auseinandersetzung mit der aufgeworfenen Rechtsfrage sowie zur Prüfung möglicher Auswirkungen auf die notarielle Gestaltungspraxis anregen.

### 1. Problemaufriss

Im Kern der Entscheidung geht es um die Frage, ob zur Sicherung eines (bedingten) Ankaufsrechts eine Vormerkung für den/die jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks eingetragen werden kann. Dies wird vom OLG München unter Zugrundelegung der bislang nahezu einhelligen Meinung<sup>1</sup> bejaht. Als wesentliche Argumente führt das Gericht aus, zum einen sei der zu sichernde Anspruch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in sachenrechtlicher Hinsicht hinreichend bestimmt, da sich Letzterer unmittelbar aus dem Grundbuch entnehmen lasse.<sup>2</sup> Zum anderen habe der BGH<sup>3</sup> akzeptiert, dass dem aktuellen Grundstückseigentümer vom gegenwärtigen Erbbauberechtigten zur Sicherung eines gleitenden Erbbauzinses ein vormerkungsfähiger *künftiger* Anspruch auf Bestellung einer Reallast eingeräumt werden könne, welcher mithin auf den/die sukzessive(n) Rechtsnachfolger des derzeitigen Grundstückseigentümers übergehe. Der BGH<sup>4</sup> hält die Vormerkung insoweit (kumulativ) zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs „sogar auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks“ für geeignet.

### 2. Bedenken gegen die Zulässigkeit einer „subjektiv-dinglichen“ Vormerkung aus neuerer Zeit

Das OLG München setzt sich sodann mit der in jüngerer Zeit aufkeimenden Gegenauffassung<sup>5</sup> auseinander, wonach „ein“

- <sup>1</sup> *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2013, § 883 Rdnr. 74 m. w. N., stellt fest, dass die Zulässigkeit einer subjektiv-dinglichen Vormerkung „jahrzehntelang völlig unbestritten“ gewesen sei.
- <sup>2</sup> Ebenso BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 1.7.2017, § 883 Rdnr. 96.1; MünchKomm-BGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 883 Rdnr. 39.
- <sup>3</sup> Urteil vom 28.11.1956, V ZR 40/56, BGHZ 22, 220, 225 = NJW 1957, 98, 99.
- <sup>4</sup> A. a. O.
- <sup>5</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 261a ff.; BayObLG, Beschluss vom 30.10.1984, BReg. 2 Z 71/84, DNotZ 1985, 702; BayObLG, Beschluss vom 15.2.1990, BReg. 2 Z 5/90, DNotZ 1991, 892, 894; *Rastätter*, BWNotZ 1994, 27, 28 ff.; *Liedel*, DNotZ 1991, 855, 870 ff.; DNotl-Report 2001, 113, 114.

Anspruch zugunsten mehrerer Sukzessivberechtigter – also beispielsweise zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks – nicht durch ein und dieselbe (quasidingliche) Vormerkung gesichert werden könne, zumal in einer solchen Konstellation der (bedingten) Gläubigermehrheit richtigerweise *mehrere* Ansprüche<sup>6</sup> abzusichern seien. Darüber hinaus kenne das BGB keine Begründung *dinglicher* Rechte zugunsten Dritter<sup>7</sup>, da § 328 BGB lediglich auf schuldrechtliche Ansprüche, nicht jedoch auf dingliche bzw. Grundstücksrechte anwendbar sei.

Dieser Vorwurf der Systemwidrigkeit „subjektiv-dinglicher“ Rechte führe nach Ansicht des OLG München indes zu keinem anderen Ergebnis, da die Vormerkung jedenfalls einen wie im vorliegenden Fall abtretbaren und damit auch nach Gläubigerwechsel identitätswahrenden Anspruch sichern könne. Darüber hinaus ließen selbst die Vertreter der Gegenauffassung Anspruch und (einmal eingetragene) Vormerkung in den Fällen der Sukzessivberechtigung kraft Gewohnheitsrechts<sup>8</sup> fortbestehen. Zudem führt die bislang herrschende Auffassung ins Feld, die Vormerkung sei kein originär dingliches Recht,<sup>9</sup> sondern ein Sicherungsmittel eigener Art, das primär schuldrechtlichen Regeln folge und damit durchaus systemkonform als subjektives Recht zugunsten Dritter ausgestaltet werden könne.

### 3. Offene Vorfrage: Vorliegen eines sicherbaren Anspruchs eines Dritten (§ 328 Abs. 1 BGB)

Unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten fällt auf, dass sich das OLG München im Rahmen seiner Begründung nicht mit der Frage auseinandersetzt, ob vorliegend überhaupt ein originärer und damit durch Vormerkung sicherbarer Anspruch des/der Dritten auf Ausübung des Ankaufsrechts besteht. Freilich kommt dem Grundbuchamt insoweit allenfalls eine sehr eingeschränkte Prüfungskompetenz<sup>10</sup> zu. Allerdings könnte und müsste diese Rechtsfrage im Rahmen einer ggf. gegen den aktuellen Buchberechtigten erhobenen zivilprozessualen Klage auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung geprüft werden. Handelte es sich bei der ursprünglichen Bewilligungsurkunde um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter, so wäre mangels eigener Gläubigerstellung des Dritten – hier: des jeweiligen Grundstückseigentümers – lediglich der Anspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB), also des ursprünglichen Vertragspartners, durch Vormerkung absicherbar, sofern dieser seinen vormerkungsgesicherten Anspruch nicht an den Dritten abtritt.<sup>11</sup>

Ein vormerkbarer Anspruch des Dritten kann daher grundsätzlich nur im Rahmen eines echten Vertrags zugunsten Dritter entstehen, bei dem der Dritte ein eigenes Forde-

rungsrecht gegen den Versprechenden erwirbt.<sup>12</sup> Nähere Angaben hierzu lassen sich dem vorliegenden Sachverhalt freilich nicht entnehmen.

### 4. Folgerungen für die notarielle Praxis

Der Beschluss des OLG München lehrt den Praktiker unabhängig von einer Bewertung bzw. Entscheidung des dargestellten Meinungsstreits zweierlei:

a) Wenngleich das OLG München mit der bislang herrschenden Meinung die Sicherbarkeit aufschiebend bedingter Ansprüche zugunsten (bestimmbarer) Sukzessivberechtigter auf Gläubigerseite<sup>13</sup> durch eine einzige Vormerkung bejaht, sollte die weitere Entwicklung der Rechtsprechung im Hinblick auf die sich entwickelnde Gegenauffassung sorgfältig beobachtet werden. Unter dem Gesichtspunkt des kautelarjuristischen Gebots des sichersten Weges empfiehlt es sich, von der Begründung dinglicher Rechte zugunsten „jeweiliger (Sukzessiv-)Berechtigter“ nach Möglichkeit abzusehen. Stattdessen sollten solche Rechte zunächst für die unmittelbar an der Beurkundung beteiligten Gläubiger bestellt und sodann – soweit zulässig – an Dritte *abgetreten* werden<sup>14</sup> (zum Beispiel Vormerkung für A, bedingt abgetreten an den sukzessivberechtigten B); darüber hinaus bzw. alternativ (etwa bei nicht abtretbaren Rechten) bietet sich die Begründung bzw. Sicherung mehrerer selbstständiger Ansprüche für die jeweiligen Berechtigten (zum Beispiel Wohnungsrecht für A sowie weiteres bedingtes Wohnungsrecht für den sukzessivberechtigten B) an.<sup>15</sup>

b) Losgelöst von der Problematik der rechtssicheren Ausgestaltung der sog. Sukzessivberechtigung sollte der Vertragsgestalter im Rahmen ihrer dinglichen Sicherung eine gewisse Zurückhaltung üben, damit die mit solchen Rechten belasteten Grundstückseigentümer nicht irgendwann dem verzweifelten Ausruf Goethes Zauberlehrlings „Die ich rief, die Geister werd' ich nun nicht los“ erliegen. Die Entscheidung des OLG München führt deutlich vor Augen, mit welchen Schwierigkeiten die Löschung einer Vormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks im Grundbuchverfahren verbunden sein kann. Ist der (aktuell) berechnete Grundstückseigentümer zur Abgabe einer Löschungsbewilligung nicht bereit, bleibt dem mit der Vormerkung Belasteten als letzter Ausweg die Erhebung der Zivilklage. Wesentlich unproblematischer stellt sich in der notariellen Praxis dagegen der durch Vormerkung sicherbare Anspruch auf Erbbauzinserhöhung (siehe oben Ziffer 1) dar, da das Eigentum an Erbbaugrundstücken erfahrungsgemäß eher selten wechselt.<sup>16</sup>

6 Amann, MittBayNot 1990, 225, 227.

7 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 9, 261b.

8 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 261d; DNotl-Report 2001, 113, 114.

9 Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 74.

10 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1514.

11 BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rdnr. 110; Palandt/Herrler, 76. Aufl. 2017, § 883 Rdnr. 11; BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 137/07, NJW 2009, 356, 357.

12 BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rdnr. 98; Palandt/Herrler, § 883 Rdnr. 11.

13 Ansprüche gegen künftige jeweilige Eigentümer auf Schuldnerseite sind grundsätzlich nicht vormerkbar, DNotl-Report 2001, 113, 115.

14 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 261e.

15 Palandt/Herrler, § 883 Rdnr. 12; Amann, MittBayNot 1990, 225, 228.

16 Liedel, DNotZ 1991, 855, 872.

Der kautelarjuristische Super-GAU ist schließlich zu befürchten, wenn das Grundstück, zugunsten dessen jeweiligen Eigentümers eine Vormerkung bestellt worden ist, im Nachhinein geteilt wird. In diesem Fall ist nämlich zur Löschung der Vormerkung im Grundbuchverfahren nicht nur die Bewilligung des Eigentümers des ursprünglichen Stammgrundstücks, sondern auch die sämtlicher Eigentümer der aus dem Stammgrundstück gebildeten Teilgrundstücke erforderlich.<sup>17</sup> Sollte die Bestellung einer Vormerkung für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks entgegen den hier geäußerten Vorbehalten und Bedenken im Einzelfall unumgänglich sein, so empfiehlt es sich jedenfalls dringend, die Vormerkung als solche nach Möglichkeit zu befristen. In diesem Fall kann sie nach Fristablauf ohne Vorlage der Bewilligung des bzw. der aktuell berechtigten Grundstückseigentümer im Wege der Grundbuchberichtigung gelöscht werden.<sup>18</sup>

17 *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 74; OLG München, Beschluss vom 7.7.2010, 34 Wx 061/10, juris.

18 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1544a.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 8. Adoption minderjähriger Kinder durch nichtehelichen Partner

BGH, Beschluss vom 8.2.2017, XII ZB 586/15 (Vorinstanz: OLG Hamm, Beschluss vom 13.11.2015, II-3 UF 9-14)

*BGB* § 1741 Abs. 2, § 1755 Abs. 1  
*GG Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und 2*  
*EMRK Art. 8 Abs. 1 und 2*

#### LEITSÄTZE:

1. Eine mit ihrem Partner weder verheiratete noch in einer Lebenspartnerschaft lebende Person kann dessen Kind nicht annehmen, ohne dass zugleich das Verwandtschaftsverhältnis zwischen ihrem Partner und seinem Kind erlischt.
2. Die in diesem Fall das Erlöschen des Verwandtschaftsverhältnisses anordnenden Regelungen der § 1741 Abs. 2, § 1755 Abs. 1 BGB sind weder verfassungswidrig (im Anschluss an BVerfG, FamRZ 2013, 521) noch konventionswidrig (Abgrenzung zu EGMR, FamRZ 2008, 377).

#### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2017, 375.

### 9. Kommanditanteil eines in Gütergemeinschaft verheirateten Kommanditisten als Vorbehaltsgut

OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.5.2017, 12 W 643/17  
*BGB* § 1417 Abs. 1 und 2, § 1418 Abs. 1 und 2 Nr. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Ein Kommanditanteil kann nicht von Ehegatten in Gütergemeinschaft gehalten werden kann. Er kann mithin – selbst wenn er im Übrigen rechtsgeschäftlich übertragbar ist – nicht wirksam in das Gesamtvermögen der Gütergemeinschaft übertragen werden.
2. Tritt ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte in eine Kommanditgesellschaft ein, fällt der Kommanditanteil nach § 1417 Abs. 2 BGB ohne Weiteres ins Sondergut des beitretenden Ehegatten. Eine Vorbehaltsvereinbarung im Sinne des § 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist nicht erforderlich.

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen eine Zwischenverfügung des Registergerichts vom 14.3.2017, nach welcher der beantragten Eintragung der Aufnahme weiterer Kommanditisten ein Eintragungshindernis entgegenstehe.

2 Die M GmbH & Co. KG wurde am 10.1.2017 ohne Angabe eines Unternehmensgegenstands ins Handelsregister eingetragen. Persönlich haftender Gesellschafter ist die M Verwaltungs GmbH, die ihrerseits am 5.1.2017 ins Handelsregister eingetragen wurde. Im Zeitpunkt der Eintragung am 10.1.2017 hatte die M GmbH & Co. KG als weiteren Gesellschafter einen Kommanditisten.

3 Nach dem Gesellschaftsvertrag der M GmbH & Co. KG sind Kommanditanteile rechtsgeschäftlich übertragbar, ohne dass dies einer Änderung des Gesellschaftsvertrags bedürfte.

4 Unter dem 27.1.2017 hat der verfahrensbevollmächtigte Notar namens und in Vollmacht der Beteiligten die Aufnahme weiterer Kommanditisten in die M GmbH & Co. KG angemeldet, darunter auch die jeweils in Gütergemeinschaft verheirateten Beteiligten E, A und J. Diese waren jeweils bereits vor der Erklärung des Beitritts als Kommanditist in Gütergemeinschaft verheiratet.

5 Mit Schreiben vom 22.2.2017 hat die Rechtspflegerin des Registergerichts den verfahrensbevollmächtigten Notar darauf hingewiesen, dass der Eintragung der drei in Gütergemeinschaft verheirateten Beteiligten E, A und J als Kommanditisten ein Vollzugshindernis entgegenstehe. Die Kommanditanteile könnten nicht Sondergut im Sinne des § 1417 Abs. 1, Abs. 2 BGB sein, da die Anteile übertragbar seien. Erforderlich sei daher die Feststellung, dass die Anteile zu Vorbehaltsgut im Sinne des § 1418 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB erklärt worden seien.

6 Der Notar hat in zwei in anderen, ähnlich gelagerten Verfahren eingereichten Schreiben vom 10.2.2017 und vom 23.2.2017 die Ansicht vertreten, dass der Kommanditanteil ohne Weiteres Sondergut im Sinne des § 1417 Abs. 1, Abs. 2 BGB geworden sei, da eine Gütergemeinschaft nicht Kommanditist sein könne.

7 In der angegriffenen Zwischenverfügung vom 14.3.2017 hat die Rechtspflegerin ihre Auffassung aufrechterhalten und zusätzlich ausgeführt, die Gütergemeinschaft könne auch nicht als solche als Kommanditist eingetragen werden, da ein Kommanditanteil nicht als Gesamtgut im Sinne des § 1416 Abs. 1 Satz 1 BGB gehalten werden könne.

**8** Mit der durch den verfahrensbevollmächtigten Notar namens der Beteiligten eingelegten Beschwerde vom 17.3.2017 verfolgen die Beschwerdeführer ihr Ziel der Eintragung sämtlicher angemeldeter Kommanditisten weiter.

**9** Die weiteren zur Eintragung angemeldeten Kommanditisten hat die Rechtspflegerin am 24.3.2017 im Wege des Teilvollzugs eingetragen.

**10** Mit Beschluss vom 29.3.2017 hat die Rechtspflegerin der Beschwerde nicht abgeholfen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**11** II. Die zulässige – insbesondere nach § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte und form- und fristgerecht (§§ 63, 64 FamFG) eingelegte – Beschwerde ist auch in der Sache begründet.

**12** 1. Das vom Registergericht angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die betreffenden Kommanditanteile sind ohne Weiteres Sondergut im Sinne des § 1417 Abs. 1, Abs. 2 BGB, ohne dass es einer Vorbehaltsguterklärung im Sinne des § 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB bedürfte.

**13** a) Zutreffend führt das Registergericht allerdings aus, dass nach überwiegender Auffassung die Gütergemeinschaft als solche nicht Kommanditist sein, mithin ein Kommanditanteil nicht im Gesamtgut gehalten werden könne (BayObLG, Beschluss vom 22.1.2003, 3 Z BR 238/02, NJW-RR 2003, 899; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, HGB, 3. Aufl., § 105 Rdnr. 147; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 37. Aufl., § 105 Rdnr. 25; jeweils m. w. N.).

**14** b) Bei zutreffender Auslegung des § 1417 Abs. 2 BGB sind die Kommanditanteile jedoch gerade aus diesem Grund ohne Weiteres dem Sondergut des beitretenden Ehegatten zuzuordnen.

**15** Der Normzweck des § 1417 Abs. 2 BGB ist darauf gerichtet, Vermögensgegenstände einem einzelnen der Ehegatten zuzuordnen, wenn die Gegenstände nicht rechtswirksam in das Gesamthandsvermögen der Gütergemeinschaft (Gesamtgut) überführt werden können (vgl. MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl., § 1417 Rdnr. 1; *Staudinger/Thiele*, Neubearb. 2007, § 1417 Rdnr. 2 f.). Dies betrifft jedoch nicht nur den im Wortlaut des § 1417 Abs. 2 BGB ausdrücklich geregelten Fall, dass die Übertragung des Vermögenswerts, also der Übertragungsakt als solcher, aus Rechtsgründen unmöglich ist. Der Normzweck erfasst vielmehr genauso den Fall, dass zwar eine Übertragung des Vermögensgegenstands als solche möglich ist, jedoch gerade die gesamthänderische Beteiligung der Ehegatten an diesem Vermögensgegenstand aus Rechtsgründen nicht begründet werden kann. Die Vorschrift ist daher so zu lesen, dass Sondergut die Gegenstände sind, die nicht wirksam durch Rechtsgeschäft in das Gesamthandsvermögen der Gütergemeinschaft überführt werden können.

**16** Da ein Kommanditanteil nicht von Ehegatten in Gütergemeinschaft gehalten werden kann, mithin der Kommanditanteil – selbst wenn er im Übrigen rechtsgeschäftlich übertragbar ist – nicht wirksam in das Gesamthandsvermögen der Gütergemeinschaft übertragen werden kann, fällt er nach § 1417 Abs. 2 BGB ohne Weiteres ins Sondergut des beitretenden Ehegatten (so auch *Staudinger/Thiele*, § 1417 Rdnr. 5; § 1416 Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 705 Rdnr. 75 [zum Anteil an einer BGB-Gesellschaft]; zweifelnd

hingegen MünchKomm-BGB/Kanzleiter, § 1416 Rdnr. 9). Eine Vorbehaltsgutsvereinbarung im Sinne des § 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist daher nicht erforderlich.

**17** Der Gütergemeinschaft gesellschaftsrechtlich die Gesellschafterfähigkeit abzusprechen, jedoch gleichwohl den Kommanditanteil güterrechtlich – vorbehaltlich einer Vorbehaltsgutsvereinbarung – dem Gesamtgut zuzurechnen, würde hingegen zu Widersprüchen führen, die durch § 1417 Abs. 2 BGB gerade ausgeschlossen sein sollen. Die Konsequenz wäre, dass ein von einem Ehegatten erworbener Vermögensgegenstand – bis zum Abschluss einer Vorbehaltsgutsvereinbarung – keiner der drei Vermögensmassen (Gesamtgut, Sondergut, Vorbehaltsgut) zugeordnet werden könnte (was im Widerspruch zur Systematik der §§ 1416 ff. BGB stünde) oder dem Erwerb des Kommanditanteils die Wirksamkeit abgesprochen werden müsste (was auf eine – gerade im Hinblick auf die Rechtssicherheit und den Verkehrsschutz problematische – Begründung einer partiellen beschränkten Geschäftsfähigkeit in Gütergemeinschaft lebender Ehegatten beim Erwerb von Gesellschaftsbeteiligungen hinauslaufen würde). Demgegenüber erscheint eine Zuordnung zum Sondergut durch eine entsprechende Auslegung des § 1417 Abs. 2 BGB in jedem Fall vorzugswürdig.

**18** 2. Die Zwischenverfügung war daher aufzuheben. Über den Eintragungsantrag als solchen kann der Senat nicht entscheiden (vgl. *Bork/Jacoby/Schwab/Müther*, FamFG, 2. Aufl., § 382 Rdnr. 10), weshalb die Sache an das Registergericht zurückzuverweisen war.

(...)

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 10. Nachweis der Erbfolge durch notarielles Testament nach Anfechtung und bei behaupteter Testierunfähigkeit

OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.10.2016, 12 W 192/16 (GB)

GBO § 35 Abs. 1  
BGB §§ 2078, 2079

#### LEITSATZ:

**Die bloße Behauptung, dass eine letztwillige Verfügung wegen Testierunfähigkeit oder infolge Anfechtung unwirksam sei, bildet regelmäßig keinen ausreichenden Grund, anstelle der öffentlichen Urkunde einen Erbschein zu verlangen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die nach § 71 Abs. 1 GBO zulässige Beschwerde ist begründet. Das AG durfte den Antrag auf Eintragung der Erbteilsübertragungen hier nicht von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machen.

2 Der Nachweis der Erbfolge nach dem im Grundbuch eingetragenen (Mit-)Eigentümer M kann im vorliegenden Fall gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO durch eine formgültige Vorlage des notariellen Testaments 2015 in Verbindung mit der Niederschrift über dessen Eröffnung erbracht werden. Aus dem notariellen Testament vom 29.1.2015 ist die Erbfolge nach M unzweifelhaft zu entnehmen. Soweit die überlebende Ehefrau des Erblassers mit Schreiben aus dem Jahr 2016 eine Anfechtung des Testaments „nach § 2078 und 2079 BGB“ erklärt und eine Testierunfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung behauptet hat, vermag dies im vorliegenden Fall die Anforderung eines Erbscheins nicht zu rechtfertigen. Die bloße Behauptung, dass eine letztwillige Verfügung wegen Testierunfähigkeit oder infolge Anfechtung unwirksam sei, bildet regelmäßig keinen ausreichenden Grund, anstelle der öffentlichen Urkunde einen Erbschein zu verlangen (vgl. OLG München, MittBayNot 2015, 221 f.; *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 133 und 135; *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 124). Ein Erbschein kann vielmehr nur dann verlangt werden, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 35 Rdnr. 39). Die generelle Gefahr oder etwaige Vermutungen, der Erblasser sei testierunfähig gewesen, reichen danach nicht aus, um einen Erbschein zu verlangen (vgl. OLG München, a. a. O., S. 222; *Demharter*, a. a. O.).

3 Soweit die Ehefrau im Schreiben 2016 eine Anfechtung des Testaments des Erblassers „nach § 2078 und 2079 BGB“ erklärt hat, sind von ihr keinerlei Grundlagen für eine Anfechtung dargelegt worden. Gleiches gilt für die von ihr behauptete Testierunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung von 2015. Der bloße Verweis auf eine „Dokumentation des Pflegezentrums ... und ... GmbH“ reicht insoweit nicht aus. Dies gilt umso mehr, als sich aus der vom AG und auch vom Senat beigezogenen Betreuungsakte des M deutlich ergibt, dass es bei M im fraglichen Zeitpunkt keine Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit bzw. eine von der Ehefrau in anderem Zusammenhang behauptete Demenz gab. Nach einer ärztlichen Stellungnahme des behandelnden Hausarztes aus dem Jahr 2014 war M 2014 nicht desorientiert, eine Demenz lag – dies wird ausdrücklich festgestellt – nicht vor. Ausweislich eines Anhörungsvermerks des Betreuungsgerichts war M am 9.12.2014 zwar körperlich geschwächt, aber „zur Person, zeitlich und örtlich uneingeschränkt orientiert“. Nach einem 25-minütigen Gespräch verblieben bei dem Gericht „keine Zweifel daran, dass der Betroffene seinen Willen klar formulieren konnte“. Aus zwei Berichten des Landkreises Wesermarsch – Fachdienst Gesundheit – 2014 folgt schließlich, dass M zwar als leicht beeinflussbare Persönlichkeit angesehen wurde (Bericht vom 23.12.2014), dass er jedoch völlig klar und orientiert erschien (Bericht vom 31.7.2014) und in beiden Besprechungen in der Lage war, die (komplizierten) Eigentumsverhältnisse an seinen Immobilien zu beschreiben. Nach Lage der Akten kann daher weder von einer Anfechtbarkeit des Testaments 2015 ausgegangen werden noch ist die Testierfähigkeit des Erblassers im fraglichen Zeitpunkt zweifelhaft.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Johannes Weber**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

### 1. Notariell beurkundetes Testament als Erbnachweis

Beruhet die Erbfolge auf einer notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung des Erblassers, erfolgt die Grundbuchberichtigung aufgrund der Vorlage der Verfügung nebst Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO). Das Grundbuchamt kann keinen Erbschein verlangen. Das eröffnete Testament erbringt den erforderlichen Erbnachweis.

Es kommt nicht selten vor, dass übergangene Pflichtteilsberechtigte die Unwirksamkeit des notariell beurkundeten Testaments unter Berufung auf vage Anhaltspunkte geltend machen. Das OLG Oldenburg nimmt das notariell beurkundete Testament vor solchen Anfeindungen in Schutz: Zur Erschütterung der Vermutung ist es nicht ausreichend, dass eine Unwirksamkeit des Testaments wegen Anfechtung (§§ 2078 f. BGB) oder Testierunfähigkeit (§ 2229 Abs. 4 BGB) behauptet wird.

### 2. Zweifel an der Testierfähigkeit

Zu weit ginge es, wenn das Grundbuchamt einen Erbschein nur im Falle der positiven Feststellung der Testierunfähigkeit durch eine gerichtliche Entscheidung verlangen könnte.<sup>1</sup> Es müssen sich hinreichende Zweifel ergeben. Dann kann die Grundbuchberichtigung von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht werden. Im konkreten Fall bestanden keine hinreichenden Zweifel: Anfechtungsgründe waren nicht ersichtlich. Aus der beigezogenen Betreuungsakte ergaben sich keine Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit. Im Gutachten eines Hausarztes hieß es lediglich, dass der Erblasser desorientiert war. Ein Anhörungsvermerk des Betreuungsgerichts und der Bericht des Gesundheitsfachdiensts lieferten demgegenüber klare Indizien für das Bestehen der Testierfähigkeit. Der Verweis der Pflichtteilsberechtigten auf eine Dokumentation des Pflegezentrums reichte nicht aus, um konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit zu wecken.

Der Beschluss des OLG Oldenburg liegt auf der Linie einer Entscheidung des OLG München vom 31.10.2014.<sup>2</sup> Auch das OLG München verlangt „wirkliche“, also konkrete Zweifel. Dass der Erblasser unter Betreuung stand, genügt für sich genommen nicht.<sup>3</sup> Zweifel können sich jedoch aus Feststellungen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit in Gutachten und gerichtlichen Entscheidungen ergeben. In diesem Fall kann auch ein Vermerk des Notars über die bestehende Testierfähigkeit (§ 28 BeurkG) die Zweifel nicht revidieren.<sup>4</sup>

1 In diesem Sinne OLG Celle, Beschluss vom 24.10.1960, 4 Wx 30/60, NJW 1961, 562.

2 Beschluss vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14, MittBayNot 2015, 221 m. Anm. *H. Roth*.

3 So auch BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 1.5.2017, § 35 Rdnr. 124; *Holzer*, MittBayNot 2016, 33.

4 So auch OLG München, Beschluss vom 27.9.2016, 34 Wx 235/16, NotBZ 2017, 110; *H. Roth*, MittBayNot 2015, 223.

### 3. Gutachten zur Testierfähigkeit

Es besteht jedoch die Möglichkeit, vorhandene Zweifel an der Testierfähigkeit durch ein Gutachten zu zerstreuen. Im Zusammenhang mit dem Vollzug einer Auflassungserklärung (§ 20 GBO) lässt die Rechtsprechung die Vorlage eines anderen Gutachtens ausreichen, um die Zweifel zu beseitigen und die Grundbucheintragung vorzunehmen.<sup>5</sup> Im Zusammenhang mit § 35 GBO wird man differenzieren müssen:

Hat ein fachärztliches Gutachten die Testierunfähigkeit positiv festgestellt, kann auch ein fachärztliches Gegengutachten diese Zweifel nicht mehr zerstreuen. Denn gerade im Fall diametral zueinander im Gegensatz stehender Gutachten bietet das Erbscheinsverfahren den probaten verfahrensrechtlichen Rahmen, um die Frage auch für das Grundbuchverfahren klären zu können.

Bestanden laut einem fachärztlichen Gutachten lediglich Zweifel, kommt aber ein anderes fachärztliches Gutachten zur positiven Feststellung der Testierfähigkeit, sind die Zweifel nicht gewichtig genug, um die Grundbuchberichtigung zu verweigern.

Das OLG München hält einen Erbschein auch bei einander widersprechenden Gutachten für entbehrlich, wenn zumindest keines der Gutachten die Testierfähigkeit positiv abgeschlossen hat *und* von einer Beweiserhebung im Erbscheinsverfahren keine sichere Erkenntnis über die Testierunfähigkeit zu erwarten ist.<sup>6</sup> Ist die Feststellung der Testierunfähigkeit angesichts der widersprechenden Gutachten, von denen eines lediglich Zweifel äußert, unwahrscheinlich, verbleibt es bei der allgemeinen Feststellungslast: Der Nachweis der Testierunfähigkeit ist nicht erbracht. Im Zweifel war der Erblasser testierfähig. Es ist sinnlos, die Erben in ein Erbscheinsverfahren zu treiben, wenn dieses mit hoher Wahrscheinlichkeit wie das „Hornberger Schießen“ ausgehen, also nicht zur Feststellung der Testierunfähigkeit führen wird.<sup>7</sup> Das Grundbuchamt muss daher in einer Vorprüfung der Frage nachgehen, ob nach der Aktenlage eine Feststellung der Testierunfähigkeit möglich erscheint oder es mit hoher Wahrscheinlichkeit nur bei den vorhandenen Zweifeln verbleiben wird.

### 4. Fazit

Die Entscheidung ist zutreffend. Sie stärkt das notarielle Testament als robustes Nachweismittel im Grundbuchverfahren und schützt es vor einer Entwertung durch Angriffe, die aller Wahrscheinlichkeit nach keine Chance haben, den Nachweis für seine Unwirksamkeit zu erbringen.

<sup>5</sup> BayObLG, Beschluss vom 5.4.1989, BReg. 2 Z 33/89, BayObLGZ 1989, 111, 113; OLG München, Beschluss vom 27.9.2016, 34 Wx 235/16, NotBZ 2017, 110.

<sup>6</sup> OLG München, Beschluss vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14, MittBayNot 2015, 221, 223.

<sup>7</sup> Vgl. H. Roth, MittBayNot 2015, 223, 224.

## 11. Ersatzerben bei gemeinschaftlichem Testament

OLG Schleswig, Beschluss vom 18.5.2016, 3 Wx 113/15

FamFG §§ 29, 81 Abs. 1  
BGB § 2084

### LEITSÄTZE:

- 1. Setzt eine Erblasserin in einem Testament ihren Ehemann als Erben ein und behält sich für den Fall von dessen Vorversterben ausdrücklich weitere letztwillige Verfügungen vor, liegt darin zugleich die Regelung, dass bei Vorversterben des Ehemannes und fehlender weiterer Verfügung gesetzliche Erbfolge gelten soll.**
- 2. Das so ausgelegte Testament kann eine planwidrige Lücke enthalten, wenn im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin nicht nur deren Ehemann, sondern alle Verwandten verstorben sind und mithin nur der Staat als gesetzlicher Erbe verbleibt.**
- 3. Die ergänzende Auslegung kann in einem solchen Fall dazu führen, dass die Kinder des Ehemannes aus dessen Vorehe als Erben berufen sind.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Frau A, nachfolgend Erblasserin genannt, war mit B verheiratet. Die Erblasserin hatte keine Kinder. T1 und T2 sind Kinder des vorverstorbenen Ehemanns B aus dessen erster Ehe.

**2** Die Erblasserin und ihr Ehemann errichteten am 7.6.1973 ein notarielles gemeinschaftliches Testament. Darin traf die Erblasserin folgende Verfügungen:

„Ich, die Erschienene zu 2, setze hiermit für den Fall, dass ich als erste versterbe, meinen Ehemann zum unbeschränkten Alleinerben ein.

Sollte er vor mir versterben, behalte ich mir weitere letztwillige Verfügungen vor.“

**3** Der Ehemann setzte darin die Erblasserin als befreite Vorerbin und seine Töchter T1 und T2 als Nacherben ein. Für seine als Nacherben berufenen Töchter bestimmte er eine Pflichtteilstrafklausel für den Fall, dass eine von ihnen nach seinem Ableben Pflichtteilsansprüche gegen die Erblasserin geltend machen sollte.

**4** Die Schwester der Erblasserin, Frau C, verstarb am 23.7.2004 kinderlos. Weitere nahe Verwandte hatte die Erblasserin nicht.

**5** Der Ehemann der Erblasserin verstarb am 12.1.2005.

**6** Die Erblasserin verstarb am 10.4.2015. Ihr Nachlass besteht im Wesentlichen aus dem Hausgrundstück (...), das sie zusammen mit ihrer Schwester im Jahr 1966 von ihrer Mutter geerbt und sodann von ihrer Schwester allein zu Eigentum übernommen hatte.

**7** T1 hat mit notarieller Erklärung vom 6.7.2015 die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, der sie und T2 als Erben zu je 1/2 ausweist. Sie hat vorgetragen, das gemeinschaftliche Testament vom 7.6.1973 sei nach dem Willen der Erblasserin ergänzend dahin auszulegen, dass ihre beiden Stieftöchter, T1 und T2, als Ersatzerben des Ehemannes in dem Fall berufen sein sollten, wenn sie diesen überleben sollte. Sie, T1, habe zur Erblasserin ein herzliches und enges Verhältnis gehabt, so als sei sie ihre leibliche Mutter gewesen. Nach dem Tod ihres Vaters im Jahr 2005 habe sie sie ein- bis zweimal wöchentlich besucht und ihr in den letzten zwölf Monaten vor ihrem Ableben auch bei der Körperpflege geholfen. Die Erblasserin sei immer davon ausgegangen, dass sie nach dem Testament von ihren

Stieftöchtern beerbt werde. Sie habe dieses mehrfach geäußert. Sie habe sogar mit dem Gedanken gespielt, sie, T1, als Alleinerbin einzusetzen, weil sie sich besonders um die Erblasserin gekümmert habe. Die Erblasserin habe keine lebenden Verwandten mehr.

**8** Das AG hat den Erbscheinantrag der T1 mit Beschluss vom 6.10.2015 zurückgewiesen. In dem Beschluss heißt es, für die Auslegung des notariellen Testamentes vom 7.6.1973 sei allein der Wille der Erblasserin bei Errichtung des Testaments maßgebend. Die Erblasserin habe nur eine Erbeinsetzung für den Fall vorgenommen, dass sie vor ihrem Ehemann versterben sollte. Für den Fall eines Nachversterbens habe sie sich ausdrücklich eine weitere letztwillige Verfügung vorbehalten. Bei dieser Sachlage komme eine ergänzende Auslegung, wie sie von T1 vertreten werde, nicht in Betracht.

**9** Ein später geäußertes Wille der Erblasserin dahin, dass T1 und T2 als Kinder des vorverstorbenen Ehemann Erben sein sollten, sei unerheblich, weil es an einer formgerechten Testierung dieses Willens fehlt.

**10** Der das Testament beurkundende Notar habe mit der Erblasserin über den Fall ihres Nachversterbens gesprochen. Sie habe zum damaligen Zeitpunkt keine Entscheidung treffen wollen. Eine bewusste Lücke im Testament könne nicht durch Auslegung geschlossen werden.

**11** Außerdem sprächen die Tatsachen, dass die Erblasserin eine Schwester gehabt und der Nachlass im Wesentlichen aus ihrem Elternhaus bestanden habe, dafür, dass sie sich bei Testamentserrichtung bewusst für keine Erbeinsetzung für den Fall entschieden habe, dass sie nach ihrem Ehemann versterben sollte.

**12** Dass sie den konkreten Inhalt des viele Jahre zurückliegenden Testamentes vergessen und aus diesem Grunde kein weiteres Testament verfasst habe, begründe keinen Raum für eine Auslegung.

**13** Gegen diesen Beschluss hat T1 Beschwerde eingelegt. Sie trägt vor, das AG habe unterstellt, dass der das Testament vom 7.6.1973 beurkundende Notar mit der Erblasserin über den Fall des Nachversterbens gesprochen habe. Davon könne aber nicht mit Sicherheit ausgegangen werden. Dagegen spreche, dass die Erblasserin zu Lebzeiten wiederholt erklärt habe, dass sie eigentlich T1 zur Alleinerbin berufen wolle, aber dass ihr Ehemann dies nicht gewollt habe und dass nunmehr alles so kommen solle, wie ihr Ehemann es gewollt habe, nämlich dass beide Töchter des verstorbenen Ehemanns erben sollten. Es könne nicht angenommen werden, dass die Erblasserin bewusst keine Regelung für den Fall ihres Nachversterbens habe treffen wollen. Die Schwester der Erblasserin sei am 23.7.2004 verstorben, d. h. vor dem Ehemann der Erblasserin, der Anfang 2005 verstorben sei. Mit dem Ableben der Schwester sei klar gewesen, dass es keine nahestehenden Verwandten mehr gegeben habe, die als ihre gesetzlichen Erben in Betracht gekommen wären. Die Tatsache, dass sie in dieser Situation kein neues Testament errichtet habe, spreche dafür, dass sie T1 und T2 als ihre Erben gesehen habe. Denn es könne nicht unterstellt werden, dass sie den Staat als Erben gewollt habe. Weitergehend sei zu berücksichtigen, dass die Erblasserin nach dem Ableben ihrer Eltern ihre Schwester hinsichtlich des Hauses ausgezahlt habe, und zwar mit Mitteln ihres Ehemannes. Der Ehemann sei der alleinige Verdiener in der Ehe gewesen. Deswegen habe es keinen Grund für die Erblasserin gegeben, das Haus ihrer Schwester zu hinterlassen. Nach den vorgenannten Umständen sei es klar gewesen, dass die Kinder ihres Ehemannes nach dem Willen der Erblasserin ihre Erben sein sollten.

**14** T1 hat eine eidesstattliche Versicherung ihres Ehemanns vom 24.10.2015 vorgelegt. Darin erklärt er, dass die Erblasserin mehrfach in ihren letzten acht Jahren geäußert habe, dass sie gerne alles T1 als Erbin hinterlassen, weil diese sie immer unterstützt habe. Aber dies sei nicht im Sinne ihres Ehemannes. Er und sie hätten gewollt, dass T1 und T2 sich das gesamte Erbe teilen. Dies beinhalte das hinterlegte Testament. Deswegen habe die Erblasserin keine Änderung des Testaments gewollt.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**15** II. Die zulässige Beschwerde der T1 ist begründet.

**16** Das Testament vom 7.6.1973 ist – abweichend vom AG – ergänzend dahin auszulegen, dass die beiden Kinder des vorverstorbenen Ehemannes der Erblasserin, der für den Fall ihres Vorversterbens als ihr Alleinerbe berufen war, als Erben zu je 1/2 berufen sind.

**17** Im Ausgang ist festzustellen, dass die Erblasserin im Testament eine Erbeinsetzung für den Fall ihres Nachversterbens nicht getroffen hat. Dies ist auch von ihr bewusst geschehen. Denn dazu ist ausdrücklich etwas von ihr im Testament bestimmt worden, nämlich dass sie sich für diesen Fall „weitere letztwillige Verfügungen“ vorbehält. Auf die umstrittene Frage, ob der das Testament beurkundende Notar mit der Erblasserin über den Fall ihres Nachversterbens gesprochen hat, kommt es nicht an. Denn allein aus der genannten Formulierung folgt, dass sie für den genannten Fall bewusst keine Regelung zu ihrer Erbfolge getroffen hat.

**18** Hieraus hat das AG geschlossen, dass das Testament keine planwidrige Lücke enthalte, die durch ergänzende Auslegung geschlossen werden könne, sondern dass eine bewusste Nichtregelung vorliegen soll, die nicht durch Auslegung geschlossen werden könne. Dabei ist unbedacht geblieben, dass die bewusste Nichtregelung ihrer Erbfolge im Fall ihres Nachversterbens auch eine Regelung beinhaltet, nämlich die Regelung, dass solchenfalls gesetzliche Erbfolge gelten soll, sofern die Erblasserin nicht noch anders letztwillig verfügt, was sie sich ausdrücklich vorbehalten hat.

**19** Diese für den Fall ihres Nachversterbens getroffene Regelung – es soll gesetzliche Erbfolge gelten (vorbehaltlich einer anderen letztwilligen Verfügung) – hat sich nachträglich durch ein weder von der Erblasserin vorhergesehenes noch bedachtes Ereignis, nämlich das Ableben ihrer kinderlos gebliebenen Schwester C am 23.7.2004 als fehler- und lückenhaft erwiesen. Dies gilt insbesondere auch deswegen, weil keine anderen nahestehenden Verwandten, die als gesetzliche Erben in Betracht kommen können, vorhanden sind. Es ist vielmehr zu erwarten, dass ohne eine Auslegung des Testaments zugunsten von T1 und T2 der Staat Erbe sein wird.

**20** Daraus folgt, dass – abweichend vom AG – mit dem Ableben der Schwester der Erblasserin am 23.7.2004 eine planwidrige Lücke im Testament vom 7.6.1973 vorgelegen hat, die eine ergänzende Auslegung erlaubt. Denn es ist anerkannt, dass Lücken, die nachträglich durch Veränderungen zwischen Testamenterrichtung und Erbfall eingetreten sind und vom Erblasser weder vorhergesehen noch bedacht worden sind, durch eine ergänzende Auslegung geschlossen werden können (*Palandt/Weidlich*, 75. Aufl., § 2084 Rdnr. 8 m. w. N.).

**21** Wenn die Erblasserin den Fall vorhergesehen und bedacht hätte, dass ihre Schwester (noch vor ihrem vorverstorbenen Ehemann) verstirbt und andere nahe Verwandte, die als gesetzliche Erben in Betracht kommen, nicht vorhanden sind, hätte sie für den Fall ihres Nachversterbens die beiden Kinder ihres Ehemanns, T1 und T2, als ihre Erben berufen. Dieser Wille der Erblasserin folgt daraus, dass sie im Fall ihres Vorver-

sterbens ihren Ehemann als ihren Alleinerben berufen hat und dass die Kinder, insbesondere T1, ihr nahe standen.

**22** Entscheidend dafür ist, dass die Erblasserin sich in ihren letzten Lebensjahren wiederholt dahin geäußert hat, dass T1 und T2 sie aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments – entsprechend dem Willen ihres vorverstorbenen Ehemanns und ihrem Willen – beerben würden und dass sie deswegen das Testament nicht ändern wolle. Diese Äußerungen der Erblasserin sind durch die Angaben der T1 sowie durch die vorgelegte eidesstattliche Versicherung des Ehemanns der T1 vom 24.10.2015 nachgewiesen. Die eidesstattliche Versicherung ist im Freibeweisverfahren ein Beweismittel (§ 29 FamFG; *Keidel/Sternal*, FamFG, 18. Aufl., § 29 Rdnr. 21). Der Ehemann der T1 hat in der eidesstattlichen Versicherung konkret und nachvollziehbar angegeben, dass die Erblasserin in ihren letzten acht Lebensjahren wiederholt geäußert habe, dass ihr Ehemann und sie gewollt hätten, dass die beiden Töchter des Ehemanns sich das gesamte Erbe teilen sollten. Dabei sei sie davon ausgegangen, dass das hinterlegte Testament die Erbfolge entsprechend diesem Willen regelt. Deswegen habe sie keine Änderung des Testaments gewollt. Diese Angaben erscheinen für sich und nach den Umständen glaubhaft.

**23** Die erforderliche Andeutung der Erbeinsetzung von T1 und T2 in dem Testament vom 7.6.1973 durch die Erblasserin im Fall ihres Nachversterbens liegt in der Berufung des Ehemanns als Alleinerbe im Fall ihres Vorversterbens und in dem Umstand, dass sie die Kinder des Ehemanns sind. Dass diese Umstände ausreichen, um eine hinreichende Andeutung im Testament anzunehmen, entspricht der Rechtsprechung des Senats zur Ersatzerbenberufung von Abkömmlingen des vorzeitig weggefallenen bedachten Alleinerbens (Beschluss vom 30.9.2011, 3 Wx 128/10, FamRZ 2012, 666 ff.; Beschluss vom 10.6.2013, 3 Wx 15713, FamRZ 2014, 693 ff.).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Christian Braun**, Erlangen

Enthält die Verfügung der nachverstorbenen Ehefrau eine Lücke oder nicht? Letztlich kondensiert die gesamte Entscheidung in dieser Frage. Eine ausdrückliche Regelung für den Fall ihres Nachversterbens enthält die Verfügung der Erblasserin nicht. Verneint man daher diese Frage, tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Da Verwandte laut Sachverhalt nicht vorhanden sind, erbt der Staat (§ 1936 BGB). Bejaht man sie dagegen, kann man im Rahmen der ergänzenden Auslegung der Verfügung die Lücke schließen.

Die Zulässigkeit der ergänzenden Testamentsauslegung ist mittlerweile allgemein anerkannt.<sup>1</sup> Sie kommt dann zum Tragen, wenn das Testament eine (unbewusste) Lücke aufweist, die getroffenen Verfügungen sich angesichts der damit verfolgten Ziele also als lückenhaft darstellen.<sup>2</sup> Die ergänzende Auslegung dient dazu, diese planwidrigen Un-

vollkommenheiten durch Anpassung der Verfügung zu schließen.<sup>3</sup> Dagegen dient die ergänzende Auslegung nicht dazu, geplante Verfügungen zu ersetzen, zu deren Errichtung es nicht mehr gekommen ist.<sup>4</sup>

Vor diesem Hintergrund ist das hier in Frage stehende Testament sicher ein Grenzfall. Es lässt sich, so wie es das AG gemacht hat, mit guten Gründen argumentieren, dass die Erblasserin die Ersatzregelung bewusst offen gelassen und die Errichtung eines neuen Testaments nach dem Tod ihres Ehemannes versäumt hat. Da der Erblasserin bewusst war, dass im Fall des Vorversterbens ihres Ehemannes ihre Verfügung nicht mehr greift, ist die Gesamtregelung nicht lückenhaft; eine ergänzende Auslegung scheidet nach dieser Auffassung aus. Den Vorzug verdient meiner Meinung nach jedoch die Argumentation des OLG. Die Erblasserin hat sich zu der Zeit der Errichtung des Testaments<sup>5</sup> mit der Frage des Vorversterbens ihres Ehemannes befasst und wollte zu diesem Zeitpunkt keine von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Regelung für diesen Fall treffen. Sie hat somit die gesetzliche Erbfolge bewusst in Kauf genommen. Dass sowohl ihr Ehemann als auch alle als Erben in Betracht kommenden Verwandten vor ihr sterben, ist aus Sicht der Erblasserin daher eine planwidrige Unvollkommenheit, also eine Lücke, die durch ergänzende Auslegung geschlossen werden kann.<sup>6</sup>

Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Verfügung einer ergänzenden Auslegung zugänglich ist, ist der weitere Weg der Auslegung fast schon naheliegend. Auch wenn die Einsetzung des Ehepartners von § 2069 BGB direkt nicht erfasst wird und eine Analogie<sup>7</sup> schon an einer planwidrigen Regelungslücke aufseiten des Gesetzgebers scheitert, ist doch anerkannt, dass der dort verankerte Gedanke bei einer ergänzenden Auslegung fruchtbar gemacht werden kann.<sup>8</sup> Hätte die Erblasserin bedacht, dass sowohl ihr Mann als auch ihre Verwandten vorversterben, stünden ihr die Abkömmlinge des Mannes näher als der Staat. Immerhin hätten diese auch dann das gesamte Vermögen geerbt, wenn die Erblasserin als Erste verstorben wäre und ihr Mann sie beerbt hätte.

1 Vgl. dazu nur *Staudinger/Otte*, Neubearb. 2013, Vor §§ 2064-2086 Rdnr. 77 ff.; *MünchKomm-BGB/Leipold*, 7. Aufl. 2017, § 2084 Rdnr. 80 ff.

2 *MünchKomm-BGB/Leipold*, § 2084 Rdnr. 84.

3 *MünchKomm-BGB/Leipold*, § 2084 Rdnr. 84; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064-2086 Rdnr. 77; *Palandt/Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 2084 Rdnr. 8.

4 *Palandt/Weidlich*, § 2084 Rdnr. 8; *MünchKomm-BGB/Leipold*, § 2084 Rdnr. 88; OLG München, Beschluss vom 14.6.2010, 31 Wx 151/09, FGPrax 2010, 244 = FamRZ 2010, 1941.

5 Allein dies ist der für eine Auslegung maßgebliche Zeitpunkt, vgl. nur *Palandt/Weidlich*, § 2084 Rdnr. 2.

6 Vgl. auch *MünchKomm-BGB/Leipold*, § 2084 Rdnr. 88 a. E., der die Fälle, in denen die beabsichtigten Verfügungen sich bereits andeutungsweise im Testament finden lassen, als der ergänzenden Auslegung zugänglich klassifiziert.

7 Gegen eine Analogie z. B. auch *Palandt/Weidlich*, § 2069 Rdnr. 8.

8 *Palandt/Weidlich*, § 2069 Rdnr. 9; *Staudinger/Otte*, § 2069 Rdnr. 30 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 12. Schiedsfähigkeit III – Die Anforderungen an Schiedsklauseln aus „Schiedsfähigkeit II“ gelten im Grundsatz auch für Personengesellschaften

BGH, Beschluss vom 6.4.2017, I ZB 23/16 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Beschluss vom 1.3.2016, 8 SchH 2/16)

ZPO § 1040 Abs. 3 Satz 2

#### LEITSATZ:

**Die Mindestanforderungen an die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen, die auch Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen sollen, gelten jedenfalls im Grundsatz auch für Personengesellschaften wie KG (Fortführung von BGH, Urteil vom 6.4.2009, II ZR 255/08, BGHZ 180/221 – Schiedsfähigkeit II).**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Antragsgegnerinnen waren Kommanditistinnen der Reederei L GmbH & Co. KG (im Folgenden: Gesellschaft). Sie sind durch Beschluss der Gesellschafterversammlung 2015 mit den Stimmen der Antragstellerinnen durch Einziehung der Geschäftsanteile aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden. Gegen diesen Beschluss haben die Antragsgegnerinnen unter Berufung auf die in § 30 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags 1968 enthaltene Schiedsvereinbarung und den Schiedsgerichtsvertrag gleichen Datums ein Schiedsverfahren eingeleitet. Nach Bildung des Schiedsgerichts haben die Antragstellerinnen dessen Zuständigkeit gerügt. Mit Zwischenentscheid hat sich das Schiedsgericht für zuständig erklärt.

2 Die Antragstellerinnen haben beantragt, das Schiedsgericht für unzuständig zu erklären, hilfsweise, die Unwirksamkeit des Zwischenentscheids festzustellen.

(...)

4 II. Das OLG hat die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bejaht. Dazu hat es ausgeführt:

5 Die Schiedsvereinbarung 1968 sei wirksam und binde auch die Rechtsnachfolger der damaligen Gesellschafter. Zwar hätten die Gesellschafter in der Neufassung des Gesellschaftsvertrags 2013 keine Schiedsklausel mehr vereinbart. Unabhängig von der unter den Parteien streitigen Frage, ob der neue Gesellschaftsvertrag im Hinblick auf die Stimmenthaltung der Gesellschafterin A wirksam beschlossen werden konnte, sei die Schiedsvereinbarung jedenfalls schon deshalb nicht durch die Neufassung entfallen, weil die Gesellschafter den gesonderten Schiedsgerichtsvertrag nicht aufgehoben hätten. Die hier in Rede stehende Beschlussmängelstreitigkeit sei bei einer Personengesellschaft ohne Weiteres schiedsfähig. Die Schiedsvereinbarung genüge auch den Erfordernissen des Zehnten Buchs der ZPO.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

6 III. Die Rechtsbeschwerde ist (...) zulässig (...). In der Sache hat sie ebenfalls Erfolg.

(...)

15 2. Mit Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde aber gegen die Auffassung des OLG, unabhängig davon, ob die

Schiedsklausel bei der Neufassung des Gesellschaftsvertrags 2013 wirksam gestrichen werden konnte, sei der gesonderte Schiedsgerichtsvertrag der Gesellschafter jedenfalls nicht aufgehoben worden.

16 a) Das OLG hat angenommen, die Schiedsvereinbarung sei durch die Neufassung des Gesellschaftsvertrags schon deshalb nicht entfallen, weil die Gesellschafter den gesonderten Schiedsgerichtsvertrag nicht aufgehoben hätten; dem Protokoll der Gesellschafterversammlung 2013 sei ein entsprechender Wille der Gesellschafter nicht zu entnehmen.

17 b) Bei dieser Beurteilung hat das OLG die gebotene Auslegung des Schiedsvertrags im Zusammenhang mit der Schiedsklausel des Gesellschaftsvertrags 1968 unterlassen. Das Rechtsbeschwerdegericht kann diese Auslegung selbst vornehmen, da weitere für die Auslegung maßgebliche tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 23 m. w. N.).

18 § 30 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags 1968 lautet: Über Streitigkeiten aus diesem Vertrag zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern oder zwischen Gesellschaftern untereinander oder zum Vollzug von Beschlüssen der Organe der Gesellschaft entscheidet unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs ein Schiedsgericht. Eine entsprechende Abrede wird unter den Gesellschaftern zusätzlich durch besonderen Schiedsgerichtsvertrag vereinbart.

19 Im Schiedsgerichtsvertrag heißt es in § 1:

„Die Parteien unterwerfen sich wegen aller aus dem Gesellschaftsvertrag 1968 entstehenden Streitigkeiten unter Ausschluss des Rechtsweges einem Schiedsgericht.“

20 Dadurch sind der Schiedsgerichtsvertrag und die Schiedsklausel in § 30 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags 1968 unmittelbar aufeinander bezogen und miteinander verknüpft. Schon nach seinem Wortlaut ist der Schiedsgerichtsvertrag auf eine spätere Neufassung des Gesellschaftsvertrags und daraus resultierende Streitigkeiten nicht mehr anwendbar. Hätten die Gesellschafter 1968 keine Koppelung des Schiedsgerichtsvertrags an den damaligen Gesellschaftsvertrag gewollt, hätten sie davon absehen müssen, ihn konkret auf den Gesellschaftsvertrag 1968 zu beziehen. Wäre die Schiedsklausel in einer Neufassung des Gesellschaftsvertrags ohne Anpassung des Schiedsgerichtsvertrags erhalten geblieben, so mag zwar nahe liegen, den Schiedsgerichtsvertrag auch unter Geltung des neu gefassten Gesellschaftsvertrags weiterhin anzuwenden. Dies ist jedoch nicht geschehen. Der neugefasste Gesellschaftsvertrag 2013 enthält keine Schiedsklausel.

21 3. Der Beschluss des OLG stellt sich nicht deshalb als im Ergebnis richtig dar, weil es an einem wirksamen Beschluss über die Neufassung des Gesellschaftsvertrags ohne Schiedsklausel fehlt (§ 577 Abs. 3 ZPO).

22 a) Dabei kann dahinstehen, ob die Stimmenthaltung der Gesellschafterin A der Wirksamkeit der Neufassung des Gesellschaftsvertrags 2013 entgegensteht, weil diese gemäß § 16 Abs. 3 Gesellschaftsvertrag 1968 nur mit Zustimmung aller anwesenden oder vertretenen Gesellschafter möglich war.

23 b) Die Ansicht des OLG, die hier in Rede stehende Beschlussmängelstreitigkeit sei bei einer Personengesellschaft ohne Weiteres schiedsfähig, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

24 aa) Nach der zu einer GmbH ergangenen Rechtsprechung des BGH bestehen für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen gewisse inhaltliche Mindestanforderungen, wenn sie auch Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen sollen (BGH, Urteil vom 6.4.2009, II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 Schiedsfähigkeit II).

25 Zu diesen Mindestanforderungen gehört insbesondere, dass neben den Gesellschaftsorganen jeder Gesellschafter über die Einleitung und den Verlauf des Schiedsverfahrens informiert und dadurch in die Lage versetzt werden muss, dem Verfahren zumindest als Nebenintervenient beizutreten. Sämtliche Gesellschafter müssen an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken können, sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgt; dabei kann bei Beteiligung mehrerer Gesellschafter auf einer Seite des Streitverhältnisses das Mehrheitsprinzip Anwendung finden. Weiter muss gewährleistet sein, dass alle denselben Streitgegenstand betreffenden Beschlussmängelstreitigkeiten bei einem Schiedsgericht konzentriert werden (BGHZ 180, 221 Rdnr. 20 Schiedsfähigkeit II).

26 bb) Der BGH hat diese Anforderungen zwar im Zusammenhang mit der Satzung einer GmbH formuliert. Sie wurden jedoch aus den grundlegenden Maßstäben des § 138 BGB und des Rechtsstaatsprinzips entwickelt (BGHZ 180, 221 Rdnr. 17 Schiedsfähigkeit II). Sie gelten deshalb jedenfalls im Grundsatz auch für Personengesellschaften wie KG, sofern bei diesen gegenüber Kapitalgesellschaften keine Abweichungen geboten sind. In jedem Fall müssen die Kommanditisten einer KG ebenso wie die Gesellschafter einer GmbH vor Benachteiligung und Entziehung des notwendigen Rechtsschutzes bewahrt werden (vgl. BGHZ 180, 221 Rdnr. 18 Schiedsfähigkeit II), so dass auf entsprechende Regelungen in Schiedsabreden für eine KG grundsätzlich nicht verzichtet werden kann.

27 cc) Da der Schiedsgerichtsvertrag 1968 keine Regelungen zum Schutz der Kommanditisten bei Beschlussmängelstreitigkeiten enthält, wird der Streitfall von der Schiedsklausel nicht erfasst. Das Schiedsgericht ist unzuständig.

(...)

### 13. Rechtsscheinhaftung eines in das Handelsregister eingetragenen Gesellschafters nach Formwechsel einer GmbH in eine GbR

BGH, Urteil vom 18.10.2016, II ZR 314/15 (Vorinstanz: OLG Bremen, Urteil vom 1.10.2015, 5 U 21/14)

HGB § 15 Abs. 3

UmwG § 198 Abs. 1, §§ 202, 235 Abs. 1  
GmbHG § 16 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. **Beim Formwechsel einer GmbH in eine GbR müssen weder die GbR noch ihre Gesellschafter im Handelsregister eingetragen werden.**
2. **Wer unrichtig als Gesellschafter einer durch Umwandlung entstandenen GbR im Handelsregister eingetragen ist, kann nach allgemeinen Rechtscheingrundsätzen für die Kosten eines Rechtsstreits haften, den ein Gläubiger der formwechselnden GmbH im Vertrauen auf seine Haftung als Gesellschafter gegen ihn führt.**

#### SACHVERHALT:

1 Die L GmbH war aufgrund einer Vereinbarung aus dem November 2009 verpflichtet, Mietrückstände i. H. v. ca. 300.000 € in Raten an die Klägerin zu zahlen. Mit notariellen Urkunden vom 28.7.2010 erwarben die Beklagten die Geschäftsanteile der L GmbH und beschlossen den Formwechsel der L GmbH in die M GbR. Die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister erfolgte am 23.8.2010 mit folgendem Wortlaut:

„Die Gesellschafterversammlung vom 28.7.2010 hat die formwechselnde Umwandlung der Gesellschaft in die M GbR (...), welche aus folgenden Gesellschaftern besteht: C Verwaltung GmbH (...) und H (...), beschlossen. Die Firma ist erloschen.»

2 Bereits zuvor hatten die Beklagten (C Verwaltung GmbH und H) am 18.8.2010 ihre Geschäftsanteile an der L GmbH an zwei britische Limited übertragen. Am 23.9.2010 reichte der Notar die neue Gesellschafterliste der L GmbH mit diesen Limited bei dem Handelsregister ein. Die die Umwandlung betreffende Eintragung wurde am 6.7.2012 durch Entfernung der Beklagten als Gesellschafter der M GbR berichtigt.

3 Die Klägerin verlangte mit ihrer Klage vom 4.5.2011 zunächst im Urkundenprozess Zahlung der aus der Ratenvereinbarung noch offenen ca. 175.000 € von der M GbR und den Beklagten. Nachdem das LG in der ersten mündlichen Verhandlung angesichts einer durch die Beklagte zu 2 zu den Akten gereichten, vom Notar erstellten Gesellschafterliste der L GmbH vom 18.8.2010 Zweifel an der Beweisbarkeit der Gesellschafterstellung der Beklagten durch den die Eintragung vom 23.8.2010 enthaltenden, von der Klägerin vorgelegten Handelsregisterauszug geäußert hatte, nahm die Klägerin vom Urkundenprozess Abstand. Sie stellte nicht mehr in Abrede, dass die Beklagten nicht Gesellschafter der M GbR geworden waren, hielt dies aber aufgrund der Eintragung im Handelsregister für unerheblich. In der zweiten mündlichen Verhandlung vor dem LG nahm sie ihre Klage gegen die M GbR, der die Klageschrift nicht zugestellt worden war, zurück, wiederholte den in der ersten mündlichen Verhandlung gestellten Antrag, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von ca. 175.000 € zu verurteilen, und begehrte hilfsweise die Freistellung von den Kosten des Rechtsstreits.

4 Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin, mit der sie nur den Freistellungsanspruch weiterverfolgt hat, zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

5 Über die Revision ist, da die Beklagten trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten waren, durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Antrags beruht (BGH, Urteil vom 4.4.1962, V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81). Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

**6 I.** Das Berufungsgericht (OLG Bremen, ZIP 2015, 2417) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

**7** Eine materiellrechtliche Anspruchsgrundlage für den Kostenerstattungsanspruch fehle. Weder seien die Beklagten als Gesellschafter der L GmbH persönlich zur Zahlung der rückständigen Miete verpflichtet, weshalb sie sich auch nicht in Verzug befänden, noch seien sie jemals Gesellschafter der für die Verbindlichkeiten der L GmbH haftenden M GbR gewesen.

**8** Ebenso wenig komme eine Haftung der Beklagten nach § 15 Abs. 3 HGB in Betracht. Bei der Eintragung der Beklagten in das Handelsregister als Gesellschafter der M GbR handele es sich nicht um eine eintragungspflichtige Tatsache. Eintragungspflichtig sei nur die Umwandlung der GmbH in die GbR. Im Handelsregister zu dokumentieren sei der Erlöschensbestand der GmbH, während weder die GbR noch ihre Gesellschafter der Eintragung unterlägen. Auf lediglich eintragungsfähige Tatsachen finde § 15 Abs. 3 HGB keine Anwendung.

**9 II.** Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Beklagten haben die Klägerin von den Kosten der Rechtsverfolgung freizustellen, die entstanden sind, weil die Klägerin auf den Rechtsschein aus der Eintragung als Gesellschafter der M GbR in das Handelsregister vertrauen durfte.

**10 1.** Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass die Beklagten nicht als Gesellschafter der M GbR entsprechend §§ 128 ff. HGB für die Verbindlichkeiten der L GmbH bzw. der M GbR haften. Denn die Beklagten sind nicht Gesellschafter der M GbR, der Rechtsnachfolgerin der L GmbH, geworden, da sie ihre Geschäftsanteile an der L GmbH noch vor der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister übertragen haben. Der Beschluss über den Formwechsel hindert die Übertragung der Geschäftsanteile nicht (*Lutter/Decher/Hoger*, UmwG, 5. Aufl., § 202 Rdnr. 10 m. w. N.). Gesellschafter der mit dem Formwechsel entstehenden GbR werden grundsätzlich diejenigen, die im Zeitpunkt der Eintragung der neuen Rechtsform bzw. der Umwandlung (§ 235 Abs. 1 UmwG) in das Register Anteilinhaber des formwechselnden Rechtsträgers sind, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG, nicht etwa diejenigen, die zum Zeitpunkt der Fassung des Umwandlungsbeschlusses Anteilinhaber sind (*Kallmeyer/Meister/Klöcker*, UmwG, 5. Aufl., § 202 Rdnr. 30). Im Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung am 23.8.2010 waren die Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr Gesellschafter der formwechselnden L GmbH, weil sie bereits am 18.8.2010 ihre Geschäftsanteile übertragen hatten. Dass die neue Gesellschafterliste am 23.9.2010 erst nach der Eintragung der Umwandlung zum Handelsregister eingereicht wurde, ist ohne Bedeutung für die Wirksamkeit der Übertragung der Geschäftsanteile. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG betrifft die Gesellschafterliste die Legitimation gegenüber der Gesellschaft, aber berührt nicht die materielle Rechtsstellung als Gesellschafter (vgl. nur *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 19. Aufl., § 16 Rdnr. 29 m. w. N.).

**11 2.** Im Ergebnis ebenfalls zutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Klägerin sich zur Begründung

ihres Freistellungsanspruchs nicht gemäß § 15 Abs. 3 HGB auf die Bekanntmachung der Umwandlung mit der Angabe, dass die Beklagten Gesellschafter seien, berufen kann. § 15 Abs. 3 HGB ist auf die Eintragung von Gesellschaftern einer GbR in das Handelsregister nicht anwendbar, da es sich insoweit nicht um eine eintragungspflichtige Tatsache handelt.

**12 a)** Der Name der GbR und ihre Gesellschafter nach einem Formwechsel gemäß § 235 Abs. 1 UmwG sind keine eintragungspflichtigen Tatsachen. Eingetragen werden muss nach § 235 UmwG die Umwandlung der Gesellschaft im Register der GmbH als formwechselnder Gesellschaft, aber in Abweichung von § 198 Abs. 1 UmwG nicht die GbR selbst als neue Rechtsform (vgl. *Lutter/Göthel*, UmwG, 5. Aufl., § 235 Rdnr. 10; *Semler/Stengel/Ihrig*, UmwG, 3. Aufl., § 235 Rdnr. 1; *Kallmeyer/Dirksen/Blasche*, UmwG, § 235 Rdnr. 2 f.; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG, 7. Aufl., § 235 UmwG Rdnr. 1 f.). Eine GbR unterliegt nicht der Eintragung in das Handelsregister (vgl. nur BGH, Beschluss vom 16.7.2001, II ZB 23/00, BGHZ 148, 291, 294). Erst recht müssen aus diesem Grund ihre Gesellschafter bei einem Formwechsel nicht in das Handelsregister eingetragen werden.

**13 b)** Auf nicht eintragungspflichtige Tatsachen findet § 15 Abs. 3 HGB keine Anwendung (GK-HGB/*Koch*, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 100; *Baumbach/Hopt/Hopt*, HGB, 36. Aufl., § 15 Rdnr. 5, 16; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Gehrlein*, HGB, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 25; *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Ries*, HGB, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 35; *Sonnenschein/Weitemeyer*, HGB, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 23; *Oetker/Preuß*, HGB, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 55). Das folgt schon aus dem Wortlaut. § 15 Abs. 3 HGB setzt eine einzutragende Tatsache voraus. Die Vorschrift ist auch nicht mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit des auf eine unrichtige Eintragung und Bekanntmachung nur eintragungsfähiger Tatsachen Vertrauenden entsprechend anzuwenden (so aber MünchKomm-HGB/*Krebs*, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 87; *Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth*, HGB, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 27; *Bürck*, AcP 171 [1971], 328, 342). Eine solche Schutzlücke besteht nicht. Derjenige, der auf nicht eintragungspflichtige Tatsachen vertraut, kann einen Anspruch nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen haben (GK-HGB/*Koch*, § 15 Rdnr. 117; *Oetker/Preuß*, HGB, § 15 Rdnr. 54; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Gehrlein*, HGB, § 15 Rdnr. 24, 38; *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Ries*, HGB, § 15 Rdnr. 33, 44).

**14** Zum Schutz der Gläubiger der formwechselnden Gesellschaft muss beim Formwechsel in eine GbR auch nicht § 235 Abs. 1 UmwG in richterlicher Rechtsfortbildung dahin ergänzt werden, dass in Analogie zu § 47 Abs. 2 GBO der Name bzw. die Bezeichnung der Gesellschaft und deren Gesellschafter im Handelsregister des formwechselnden Rechtsträgers einzutragen sind, um so § 15 Abs. 3 HGB auch für den Fall der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine GbR nutzbar zu machen (so aber *Priester*, GmbHR 2015, 1289, 1291; *Melchior*, EWIR 2016, 41). Dass der Gläubiger einer GbR die Namen der Gesellschafter nicht kennt, weil sie nicht in einem öffentlichen Register verzeichnet sind, ist keine Besonderheit des Formwechsels einer GmbH in eine GbR. Vielmehr ist beim Formwechsel die Kenntnis von Namen und Anschrift der Gesellschafter sogar erleichtert, weil der Gläubiger Einsicht in die letzte Gesellschafterliste der formwechselnden GmbH

nehmen und dadurch in der Regel Namen und Wohnort der Gesellschafter der entstandenen GbR erfahren kann. Zwar kann der Formwechsel in eine GbR eine stille Liquidation einer insolvenzreifen GmbH erleichtern. Die Angabe der Gesellschafter im Handelsregister im Zusammenhang mit der Umwandlung ist aber gegenüber den Angaben in der Gesellschafterliste nicht geeignet, die stille Liquidation zu verhindern oder wesentlich zu erschweren bzw. die Rechtsverfolgung durch einen Gläubiger der GmbH zu erleichtern. Es besteht schließlich auch kein Bedarf, über § 15 Abs. 3 HGB eine Rechtsscheinhaftung für einen Gläubiger der GmbH zu eröffnen, der auf eine (unrichtige) Benennung der Gesellschafter im Zusammenhang mit der Umwandlung vertraut, weil insoweit auf die allgemeinen Rechtsscheingrundsätze zurückgegriffen werden kann.

**15 3.** Die Beklagten haften aber für die Kosten der Rechtsverfolgung, die aufgrund des von ihnen zu verantwortenden Rechtsscheins, der sich aus ihrer Eintragung als Gesellschafter der M GbR in das Handelsregister ergibt, entstanden sind. Personen können als Scheingesellschafter nach Rechtsscheingrundsätzen haften, wenn sie in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer existierenden GbR und ihrer Zugehörigkeit zu dieser Gesellschaft gesetzt haben oder gegen den durch einen anderen gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen sind und der Dritte sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat (vgl. BGH, Urteil vom 11.3.1955, I ZR 82/53, BGHZ 17, 13, 19; Urteil vom 24.1.1978, VI ZR 264/76, BGHZ 70, 247, 249; Urteil vom 24.1.1991, IX ZR 121/90, NJW 1991, 1225 f.; Urteil vom 8.7.1999, IX ZR 338/97, NJW 1999, 3040, 3041; Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 359; Urteil vom 1.6.2010, XI ZR 389/09, NJW 2011, 66 Rdnr. 23; Urteil vom 17.1.2012, II ZR 197/10, ZIP 2012, 369 Rdnr. 19).

**16 a)** Die Beklagten haben objektiv einen ihnen zurechenbaren Rechtsscheintatbestand gesetzt. Zum Zeitpunkt der Erhebung der auf Begleichung der noch offenen Hauptforderung aus der Ratenzahlungsabrede gerichteten Klage waren die Beklagten infolge der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses als Gesellschafter der M GbR in das Handelsregister eingetragen. Dies war ihnen, wie sich nicht zuletzt aus dem Vortrag der Beklagten zu 2 zu dem Versuch, rund drei Monate nach der fehlerhaften Eintragung eine Änderung zu erreichen, ergibt, bekannt. Außerdem hat die Klägerin unter Vorlage der Handelsregistereintragung unbestritten vorgetragen, sie habe die Beklagten, bezugnehmend auf deren Stellung als persönlich haftende Gesellschafter der M GbR, vor Klageerhebung unter Fristsetzung zur Zahlung aufgefordert. Angesichts der den Beklagten bekannten Eintragung hätte spätestens daraufhin Anlass für sie bestanden, die Klägerin auf die fehlende Gesellschafterstellung aufmerksam zu machen.

**17 b)** Die Klägerin wiederum konnte sich durch diese Eintragung veranlasst sehen, die Klage auch gegen die Beklagten zu erheben. Da es sich bei den Verbindlichkeiten der L GmbH um Verbindlichkeiten der formgewechselten M GbR handelt (vgl. *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, UmwG, § 202 Rdnr. 43), hätten deren wirkliche Gesellschafter hierfür nach § 128 HGB, jedenfalls analog § 130 HGB einzustehen gehabt (vgl. BGH, Urteil vom 7.4.2003, II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 373 ff.).

**18 c)** Die Beklagten haften insoweit, als der von ihnen zurechenbar hervorgerufene Rechtsschein die Klägerin zu Fehldispositionen veranlasst hat (GK-HGB/*Habersack*, § 130 Rdnr. 3), auch wenn sie – wie aufgrund der Abweisung des Hauptantrags rechtskräftig feststeht – nicht für die Verbindlichkeit der GbR haften. Zu diesen Folgen des Rechtsscheins gehören die Kosten eines gegen die Scheingesellschafter im Vertrauen auf ihre Gesellschafterstellung angestrebten Rechtsstreits (*Deckenbrock/Meyer*, ZIP 2014, 701, 704; vgl. für die Kosten eines Rechtsstreits gegen die „Scheingesellschaft“ BGH, Urteil vom 12.7.2012, AnwZ (Brfg) 37/11, BGHZ 194, 79 Rdnr. 37).

**19 III.** Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

**20 1.** Die Beklagten haften nur für die Kosten der Rechtsverfolgung, die entstanden sind, weil die Klägerin auf den Rechtsschein, der mit der Eintragung der Beklagten als Gesellschafter verbunden war, vertraut hat und vertrauen durfte. Soweit Kosten dadurch entstanden sind, dass die Klägerin das Verfahren fortgesetzt hat, obwohl sie Kenntnis davon hatte oder sich einer Kenntnis ohne grobe Fahrlässigkeit nicht verschließen konnte, dass die Beklagten nicht Gesellschafter der M GbR geworden sind, hat diese die Klägerin dagegen selbst zu tragen.

**21 2.** Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ab welchem Zeitpunkt die Klägerin gesicherte Kenntnis davon hatte oder sich der Kenntnis jedenfalls nicht grob fahrlässig verschließen konnte, dass die Beklagten nicht Gesellschafter der M GbR geworden sind. Der Senat kann entsprechende Feststellungen anhand der vorgelegten Unterlagen schon deshalb nicht selbst treffen, weil den Parteien dazu noch Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag und zur Stellungnahme zu gewähren ist.

## 14. GmbH-Gründung aufgrund Vollmacht

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1.12.2016, 20 W 198/15

*GmbHG § 2 Abs. 2*

*BGB § 180 Satz 1*

### LEITSÄTZE:

- 1. Eine unbeschränkte Generalvollmacht ermächtigt auch zur Gründung einer GmbH. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Für die Gründung einer GmbH aufgrund einer Spezial- oder Sondervollmacht ist jedenfalls zu fordern, dass die Vollmacht eindeutig zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ermächtigt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Die Erklärung zur Gründung einer Ein-Personen-GmbH durch einen vollmachtlosen Vertreter ist nach § 180 Satz 1 BGB unheilbar nichtig, da es sich um**

eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. (Leitsatz der Schriftleitung)

## AUS DEN GRÜNDEN:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

**1** Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer statthaften und zulässigen Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts vom 7.5.2015, mit dem das Registergericht die Anmeldung vom 28.11.2014 auf Ersteintragung der Beschwerdeführerin in das Handelsregister zurückgewiesen hat.

**2** Alleiniger Streitpunkt ist insoweit, ob die notariell errichtete Vollmacht vom 14.7.2014 den als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin angemeldeten und die Anmeldung vom 28.11.2014 vollziehenden A inhaltlich zur Vornahme der Gründung der Beschwerdeführerin als Ein-Personen-GmbH mit notarieller Urkunde vom 28.11.2014 ermächtigt hat. Mit dieser Vollmacht hat die B HOLDING AG, die gemäß vorliegender Anmeldung alleinige Gesellschafterin der Beschwerdeführerin werden sollte, A bevollmächtigt.

**3** Nach § 2 Abs. 2 GmbHG ist die Unterzeichnung eines Gesellschaftsvertrages durch Bevollmächtigte nur aufgrund einer notariell errichteten oder beglaubigten Vollmacht zulässig. An der ordnungsgemäßen Form der hier maßgeblichen, notariell errichteten Vollmacht vom 14.7.2014 besteht – auch seitens des Registergerichts – kein Zweifel.

**4** Das Registergericht stützt seine Zurückweisung der Ersteintragung der Beschwerdeführerin jedoch zu Recht darauf, dass die fragliche Vollmacht vom 14.7.2014 nicht ausreicht, A zur der von diesem am 28.11.2014 ausdrücklich im Namen der B HOLDING AG erklärten Gründung der Beschwerdeführerin als Ein-Personen-GmbH zu bevollmächtigen.

**5** Grundsätzlich ist es im Hinblick auf den Inhalt einer Vollmacht zur Gründung einer GmbH als ausreichend zu erachten, wenn es sich um eine unbeschränkte Generalvollmacht für einen Bevollmächtigten handelt (allg. Meinung, vgl. u. a. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 2 Rdnr. 32; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 21; *Scholz/Emmerich/Wicke*, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015, § 2 Rdnr. 26, 27; *BeckOK-GmbHG/Jaeger*, GmbHG, Stand: 1.8.2016, § 2 Rdnr. 23; *Michalski/Michalski*, GmbHG, 2010, § 2 Rdnr. 33; *Henssler/Strohn/Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 2 GmbHG Rdnr. 22; *MünchKomm-GmbHG/Meyer*, 2. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 69).

**6** Von dem Vorliegen einer derartigen unbeschränkten Generalvollmacht für A kann jedoch nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgegangen werden.

**7** Zunächst ist die fragliche Vollmacht schon nicht ausdrücklich als Generalvollmacht bezeichnet worden. Ihr Inhalt ist aber weiter auszulegen. Dabei ist, da es sich vorliegend um eine in einer Urkunde verlautbarte Vollmacht handelt, auf die Verständnismöglichkeiten eines Geschäftsgegners – vorliegend jedoch des Registergerichts und des Senats – abzustellen (vgl. allg. *Palandt/Ellenberger*, 75. Aufl. 2016, § 167 Rdnr. 5). Die fragliche Vollmacht nennt eingangs zwar die Vertretung „in allen Grundstücks-, Vermögens- und Finanzierungsangelegenheiten“, sodass man zunächst an eine Generalvollmacht

denken könnte. Dies wird jedoch bereits dadurch jedenfalls dem Wortlaut nach relativiert, als weiter formuliert ist: „Diese Vollmacht erstreckt sich auch auf“ mit einer sodann folgenden Einzelaufzählung bestimmter Tätigkeiten. Wäre die einleitende Ermächtigung tatsächlich im Sinne einer Generalvollmacht gewollt gewesen, hätte es dieser weiteren Spezifizierung („auch“) schon nicht bedurft. Im Unterschied zu der häufig verwendeten Formulierung „insbesondere“ spricht die hier gewählte Formulierung „auch“ außerdem nicht zwingend lediglich für eine Klarstellung des Umfangs einer erteilten Generalvollmacht, sondern stellt jedenfalls dem Wortlaut nach die Eingangsformulierung „in allen Grundstücks-, Vermögens- und Finanzangelegenheiten der Gesellschaft“ als möglicherweise gewollte und bereits alle denkbaren Vertretungsfälle umfassende Generalvollmacht in Frage. Hinzu kommt, dass zu den nach „auch“ aufgelisteten Tätigkeiten dem Wortlaut nach nur der „Erwerb, die Belastung und die Veräußerung von Gesellschaftsrechten in allen Rechtsformen und die Vertretung des Vollmachtgebers in Gesellschafterversammlungen, einschließlich der Stimmrechtsabgabe“ gehört. Diese Aufzählung enthält die schon rechtlich davon zu unterscheidende Neugründung einer Ein-Personen-GmbH gerade nicht. Dies spricht, selbst wenn man im Übrigen doch von einer Generalvollmacht in Vermögensangelegenheiten der Vollmachtgeberin ausgehen wollte, wiederum für eine Einschränkung hinsichtlich der nicht ausdrücklich genannten Gesellschaftsgründung und somit wiederum gegen das Vorliegen einer Generalvollmacht.

**8** Diese dargelegten Zweifel sind erheblich und verhindern eine Auslegung der fraglichen Vollmacht im Sinne einer Generalvollmacht, die zur Gründung der Beschwerdeführerin durch A ermächtigt hätte.

**9** Somit bedarf es vorliegend auch keiner Entscheidung, ob für den Fall der Bejahung einer Generalvollmacht deren Wirksamkeit aus einem anderen Grund zu verneinen wäre. Möglicherweise wäre von dem Grundsatz, dass eine Generalvollmacht zur Gründung auch einer GmbH berechtigt, nämlich dann eine Ausnahme zu machen, wenn es sich nicht um eine Bevollmächtigung durch eine natürliche Person handelt, sondern – wie vorliegend – um eine solche durch den alleinigen Vorstand einer juristischen Person, hier der B HOLDING AG. In diesem Fall könnte die als Generalvollmacht erteilte Vollmacht nämlich nichtig sein, da sie in der Sache eine unzulässige Übertragung von Vorstandsbefugnissen der B HOLDING AG oder eine unzulässige allgemeine Vertretung bei der Ausübung dieser Rechte darstellen könnte (vgl. hierzu allg. bereits BGH, Urteil vom 12.12.1960, II ZR 255/59, Rdnr. 18 a. E.; vgl. auch die Nachweise zu dieser umstrittenen Frage bei *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, a. a. O., § 35 Rdnr. 76; siehe auch Senat, Beschluss vom 7.11.2011, 20 W 459/11, zur Frage der Unzulässigkeit einer Generalvollmacht zur Vornahme einer Handelsregisteranmeldung im Rahmen der Vertretung einer GmbH).

**10** Aber auch, wenn vorliegend nicht von einer Generalvollmacht ausgegangen werden kann, genügt die fragliche Vollmacht auch nicht den Anforderungen einer Spezial- oder Sondervollmacht für den Bereich einer Gesellschaftsgründung. Auch wenn – wie gesagt – zwar eine Generalvollmacht zur Gründung einer GmbH ausreichen soll, eine „besondere

Vollmacht“ also nicht erforderlich ist, ist dann, wenn eine solche Generalvollmacht nicht vorliegt, für eine Vollmacht jedenfalls zu fordern, dass aus ihr eindeutig hervorgeht, dass auch das Errichtungsgeschäft einer GmbH von ihr umfasst ist. Die Vollmacht muss also zumindest zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ermächtigen (vgl. u. a. *Emmerich/Wicke*, a. a. O.; wohl auch *Michalski*, a. a. O.); teilweise wird sogar gefordert, dass sie die Gründung der konkreten GmbH abdecken muss, wobei aber teilweise vertreten wird, dass die in § 3 Abs. 1 GmbHG aufgeführten wesentlichen Teile des Gesellschaftsvertrages nicht vorgegeben werden müssen (vgl. u. a. *Schäfer*, a. a. O., *Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Löbbe*, Großkommentar zum GmbH-Gesetz, 2013, § 2 Rdnr. 35; wohl auch *Jaeger*, a. a. O., und *Meyer*, a. a. O.). Keine dieser genannten Voraussetzungen erfüllt die vorliegende Vollmacht. Wie bereits oben dargelegt, enthält sie nämlich lediglich den Passus über den „Erwerb, die Belastung und die Veräußerung von Gesellschaftsrechten in allen Rechtsformen und die Vertretung des Vollmachtgebers in Gesellschafterversammlungen, einschließlich der Stimmrechtsabgabe“. Die Gründung einer GmbH ist von diesem klaren Wortlaut also nicht umfasst, worauf das Registergericht zu Recht abgestellt hat. Eine Auslegung über diesen klaren Wortlaut hinaus ist dem Senat schon deswegen verwehrt, weil die Gründung einer GmbH schon rechtlich etwas anderes ist, als der Erwerb – und sei es auch ein vollständiger – von Gesellschaftsrechten an einer bestehenden GmbH. Hinzu kommt, dass mit der Gründung einer GmbH im Unterschied zum Erwerb von Gesellschaftsanteilen einer bestehenden GmbH nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH eine einheitliche Gründerhaftung in Form einer bis zur Eintragung der Gesellschaft andauernden Verlustdeckungshaftung und einer an die Eintragung geknüpften Vorbelastungs-(Unterbilanz-)Haftung besteht, die entgegen § 13 Abs. 2 GmbHG im Ergebnis zu einer unbeschränkten Haftung der Gesellschafter in der Gründungsphase der Gesellschaft führt (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 27.1.1997, II ZR 123/94).

**11** Mangels Vorliegens einer ausreichender Vollmacht zur Errichtung einer GmbH kommt es somit auch nicht darauf an, was allerdings ebenfalls fraglich ist, ob die Vollmacht, selbst wenn sie die Gründung einer GmbH würde, den bevollmächtigten A überhaupt auch ermächtigt, sich selbst zu deren alleinigem und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer zu bestellen.

**12** Somit hat A bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages der Beschwerdeführerin am 28.11.2014 als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Da es sich bei der Gründung einer Ein-Personen-GmbH um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist die Abgabe der Gründungserklärung durch A somit nach § 180 Satz 1 BGB unheilbar nichtig, mit der Folge, dass auch eine nachträgliche Genehmigung durch die B HOLDING AG deren Wirksamkeit nicht hätte begründen können; die B HOLDING AG hätte den nichtigen Gesellschaftsvertrag allenfalls nachträglich noch in der Form des § 2 Abs. 1 GmbHG mit ex-nunc-Wirkung bestätigen können (§ 141 BGB; einhellige Meinung in der Rechtsprechung, vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 5.4.1993, 9 W 26/93; LG Berlin, Beschluss vom 15.8.1995, 98 T 34/95, GmbHR 1996, 123 f.; KG Berlin, Be-

schlüsse vom 18.5.2004, 1 W 7349/00, und 14.12.2011, 25 W 48/11; OLG Stuttgart, Beschluss vom 3.2.2015, 8 W 49/15; so auch die überwiegende Auffassung in der Literatur: vgl. u. a. *Michalski*, a. a. O., Rdnr. 34; *Schäfer*, a. a. O., Rdnr. 25; *Jaeger*, a. a. O., Rdnr. 24; *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 30; *Ulmer/Löbbe*, a. a. O., Rdnr. 32; *Fastrich*, a. a. O., Rdnr. 22; *Bayer*, a. a. O., Rdnr. 34; *Grooterhorst*, NZG 2007, 605 ff.; *Wachter*, GmbHR 2003, 660 ff.; a. A. u. a. *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947 ff.; *Dürr*, GmbHR. 2008, 408 ff.). Davon abgesehen, dass vorliegend die Vornahme einer derartigen formgemäßen Bestätigung durch die B HOLDING AG nicht einmal von der Beschwerdeführerin behauptet worden ist, hätte diese also mangels Rückwirkung an der Richtigkeit der Zurückweisung der vorliegenden Anmeldung durch das Registergericht nichts geändert.

**13** Aber sogar dann, wenn man mit der zuvor dargelegten Mindermeinung in der Literatur, für deren Anschluss der Senat jedoch im Hinblick auf die klare Gesetzeslage keine Veranlassung sieht, der Auffassung sein wollte, die vollmachtlos erfolgte Gründung einer Ein-Personen-GmbH sei nicht nichtig, sondern nur schwebend unwirksam, wäre die Zurückweisung der Anmeldung durch das Registergericht zu Recht erfolgt, da auch insoweit nichts dafür ersichtlich und von der Beschwerdeführerin auch nicht vorgetragen worden ist, dass die B HOLDING AG eine den Formerfordernissen des § 2 Abs. 2 GmbHG genügende Genehmigungserklärung abgegeben hätte.

**14** Entgegen der Ansicht der Beschwerde ist es auch die „Aufgabe der Rechtspflegerin die Schutzvorschriften des BGB anzuwenden“, soweit deren Anwendung – wie vorliegend – dazu führt, dass eine Gesellschaft nicht ordnungsgemäß gegründet worden ist; in § 9c Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GmbHG ist nämlich ausdrücklich normiert, dass das Gericht die Eintragung abzulehnen hat, wenn die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet worden ist (vgl. hierzu u. a. OLG Stuttgart, a. a. O.; *Fastrich*, a. a. O., Rdnr. 22; *Jaeger*, a. a. O., Rdnr. 25; *Michalski*, a. a. O., Rdnr. 34; *Grooterhorst*, a. a. O.).

**15** Auch der Hinweis auf das Eintragungsverfahren der „C KG“, bei der im Rahmen der Gesellschaftsgründung ebenfalls von der vorliegenden Vollmacht Gebrauch gemacht worden ist, verhilft der Beschwerde nicht zum Erfolg. Unabhängig von dem jedenfalls insoweit berechtigten Hinweis der Rechtspflegerin in ihrem Nichtabhilfebeschluss vom 20.5.2015, dass bei der Ersteintragung einer Personengesellschaft eine dem § 9c GmbHG entsprechende gesetzliche Regelung nicht existiert, steht hier alleine der konkrete Fall zur Entscheidung an. Auch die mittelbare Ausstrahlungswirkung des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) begründet keinen Anspruch auf Wiederholung früherer (Fehl-)Entscheidungen; die Berufung auf anders entschiedene Parallelfälle ist daher irrelevant (vgl. Beschluss des erkennenden Senats vom 28.10.2014, 20 W 411/12, Rdnr. 39, m. w. N.).

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Notarassessor Dr. **Luitpold Graf Wolfskeel v. Reichenberg**, Würzburg

Der Beschluss verdient eine kurze Besprechung. Dies liegt jedoch nicht am konkreten Fall, sondern an den dort angesprochenen Problemkreisen von allgemeiner Relevanz.

### 1. Anforderungen an die Vollmacht zur GmbH-Gründung

Betreffs der inhaltlichen Anforderungen an eine Vollmacht zur Gründung einer GmbH und der Bestellung des Bevollmächtigten als Geschäftsführer werden folgende Gesichtspunkte aufgeworfen:

a) Zutreffend geht das Gericht in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht<sup>1</sup> davon aus, dass eine Generalvollmacht<sup>2</sup> zur Gründung einer GmbH im Namen des Vollmachtgebers als Gesellschafter berechtigt. Ausgehend vom Wesen einer Generalvollmacht bedürfte es eines Grundes, warum dies anders sein sollte. Ein solcher liegt nicht vor. Das Gesetz bestimmt in anderen Bereichen spezielle inhaltliche Anforderungen an eine Vollmacht (vgl. § 1904 Abs. 5, § 1906 Abs. 5 BGB), hat dies aber nicht für die Gründung einer GmbH angeordnet, obgleich der Gesetzgeber sich ausweislich des § 2 Abs. 2 GmbHG über diesen Themenkomplex Gedanken gemacht hat.

b) Interessanter ist die Ausführung des Gerichts, die Generalvollmacht einer juristischen Person könne nichtig sein, wenn sie eine „unzulässige Übertragung von Vorstandsbefugnissen (...) oder eine unzulässige allgemeine Vertretung bei der Ausübung dieser Rechte“ darstellt.

Dass eine Gesellschaft neben ihren organschaftlichen Vertretern auch rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte haben kann, steht im Ansatz außer Frage.<sup>3</sup>

Jedoch wird bezüglich der GmbH angenommen, dass eine „organvertretende“ Generalvollmacht unwirksam ist.<sup>4</sup> Der BGH formuliert, dass der Geschäftsführer „seine Vertretungsmacht nicht im Ganzen durch einen anderen ausüben

lassen“ könne.<sup>5</sup> Dies soll unabhängig davon gelten, ob die Generalvollmacht die Befugnisse des Geschäftsführers verdrängen oder lediglich daneben treten soll.<sup>6</sup> Eine in diesem Sinne unzulässige Generalvollmacht kann nach Rechtsprechung und Literatur jedoch in eine zulässige Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB umgedeutet werden.<sup>7</sup>

In der aktienrechtlichen Literatur wird vertreten, dass auch die Erteilung einer über § 54 HGB hinausgehenden Generalvollmacht grundsätzlich möglich ist,<sup>8</sup> wobei eine organverdrängende Vollmacht ebenfalls als unzulässig angesehen wird.<sup>9</sup>

Insgesamt scheint hier noch Vieles ungeklärt zu sein. Dies betrifft etwa die Frage nach der Möglichkeit, (auch) bei der GmbH eine über § 54 GmbHG hinausgehende Generalvollmacht zu erteilen, die lediglich zwingend organschaftliches Handeln ausnimmt.<sup>10</sup>

c) Da nach Ansicht des Gerichts im entschiedenen Fall keine Vollmacht zur Gründung einer GmbH vorlag, musste nicht entschieden werden, ob es mit dieser möglich gewesen wäre, den Bevollmächtigten zum alleinigen und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer der GmbH zu bestellen. Das Gericht äußert hieran Zweifel, legt jedoch nicht dar, worauf diese beruhen. Der Grund darf in den § 181 BGB, § 112 AktG vermutet werden.

aa) Bereits soweit es um die Bestellung des Bevollmächtigten zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH geht, ist § 181 BGB zu diskutieren, unabhängig davon, ob der Geschäftsführer von § 181 BGB befreit sein soll oder nicht. Den nachfolgenden Ausführungen sei vorweggeschickt, dass nahezu alle Fragen umstritten sind, auch hier noch viel ungeklärt erscheint und die Problematiken an dieser Stelle lediglich kurz in Erinnerung gerufen werden können.

Die erstmalige Bestellung eines Geschäftsführers kann entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss erfolgen, § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. In beiden Fällen handelt der Bevollmächtigte als Vertreter des (Gründungs-)Gesellschafters. Die herrschende Meinung wendet

1 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 2 Rdnr. 21; *MünchKomm-GmbHG/Mayer*, 2. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 69; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 2 Rdnr. 7.

2 Das OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12.4.1990, 3 W 9/90, NJW-RR 1990, 931 hat die „Generalvollmacht“, welche die Vollmachtgeberin ihrem Sohn erteilt hatte, dahin gehend ausgelegt, dass sie nicht die Befugnis zur Gründung einer GmbH im Namen der inzwischen 91-jährigen Mutter erfasse. Führt die Auslegung einer Vollmacht zu diesem Ergebnis, liegt letztlich keine umfassende „Generalvollmacht“ vor.

3 DNotI-Report 1996, 76, 77.

4 *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 35 Rdnr. 15; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber*, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 35 Rdnr. 9; *Wicke*, GmbHG, § 35 Rdnr. 3; *Michalski/Lenz*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 7; *Henssler/Strohn/Oetker*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 35 GmbHG Rdnr. 41; *MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves*, 2. Aufl. 2016, § 35 Rdnr. 237; vgl. auch Beck'sches Notar-Handbuch/Reetz, 6. Aufl. 2015, F. Rdnr. 114 f.

5 BGH, Urteil vom 18.7.2002, III ZR 124/01, DNotZ 2003, 147, 148; BGH, Urteil vom 18.10.1976, II ZR 9/75, NJW 1977, 199.

6 *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber*, GmbHG, § 35 Rdnr. 9.

7 BGH, Urteil vom 18.7.2002, III ZR 124/01, DNotZ 2003, 147, 148; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber*, GmbHG, § 35 Rdnr. 9; *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 35 Rdnr. 15; *Wicke*, GmbHG, § 35 Rdnr. 3; *Michalski/Lenz*, GmbHG, § 35 Rdnr. 7; *Henssler/Strohn/Oetker*, Gesellschaftsrecht, § 35 GmbHG Rdnr. 41; *MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves*, § 35 Rdnr. 237.

8 *Grigoleit/Vedder*, AktG, 2013, § 78 Rdnr. 23; *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl. 2016, § 78 Rdnr. 10; *Hölters/Weber*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 78 Rdnr. 41; *MünchKomm-AktG/Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 78 Rdnr. 114 f.

9 *Hölters/Weber*, AktG, § 78 Rdnr. 41.

10 Offen gelassen von BGH, Urteil vom 20.10.2008, II ZR 107/07, NJW 2009, 293, 294; siehe hierzu DNotI-Abругutachten vom 16.8.2016, Nr. 141427.

§ 181 BGB an, wenn ein Vertreter des Gesellschafters zum Geschäftsführer bestellt werden soll.<sup>11</sup>

Bereits nach dem Wortlaut der Norm gilt das Verbot des In-sichgeschäfts jedoch nur, wenn dem Vertreter nichts Anderes gestattet ist. Wird die Vollmacht nicht durch den Geschäftsherren unmittelbar, sondern durch seinen Vertreter erteilt, entspricht es der herrschenden Meinung, dass eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nur möglich ist, soweit der Vertreter selbst von § 181 BGB befreit ist.<sup>12</sup> Abweichendes wird teils vertreten, wenn der die Vollmacht aussprechende Vertreter kein rechtsgeschäftlicher Vertreter, sondern Organ des Geschäftsherrn ist.<sup>13</sup> Möchte man dieser Differenzierung nicht folgen,<sup>14</sup> kommt es für die im hier besprochenen Beschluss aufgeworfene Frage darauf an, ob der Vorstand der AG vom Verbot des In-sichgeschäfts befreit war. Diese Frage ist jedenfalls zu verneinen, wenn man davon ausgeht, dass der Vorstand hiervon aufgrund der Existenz des zwingenden<sup>15</sup> § 112 AktG überhaupt nicht befreit werden kann. Allerdings wird vertreten, dass § 112 AktG auf die Bestellung von Vorständen zu Organmitgliedern der Tochtergesellschaft nicht anwendbar ist,<sup>16</sup> wobei nach dieser Ansicht dann § 181 Var. 1 BGB einschlägig sein kann, von dem jedoch befreit werden könne.<sup>17</sup>

Insoweit sei noch darauf hingewiesen, dass es bezüglich vorstehend geschildeter Problematiken keinen Unterschied macht, ob der Bevollmächtigte einzeln bzw. gemeinschaftlich vertretungsberechtigter Allein- oder Mitgeschäftsführer werden soll.

Auf der Suche nach einem rechtssicheren Lösungsweg hinsichtlich der dem zu besprechenden Beschluss zugrunde-

liegenden Konstellation – nicht der Vorstand der AG soll zum Geschäftsführer der GmbH bestellt werden, sondern eine dritte Person – kommt (neben einer Mitwirkung des Aufsichtsrats<sup>18</sup>) in Betracht, dass die AG bei der Bestellung des Geschäftsführers durch den Vorstand oder durch einen Bevollmächtigten, der nicht Geschäftsführer werden soll, vertreten wird.

bb) In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob der Geschäftsführer der Tochter-GmbH – der vom Vorstand der AG bzw. dem rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten personenverschieden ist – von den Beschränkungen vom Verbot des In-sichgeschäfts befreit werden kann.

Handelt der Vorstand als Vertreter der AG, könnte nach dem Aufgezeigten daran zu zweifeln sein, wenn dem Vorstand die Vornahme eines In-sichgeschäfts nicht gestattet ist bzw. nicht gestattet werden kann. Handelt für die AG ein rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter, gilt Gleiches, wenn man davon ausgeht, dass der Vorstand diesen nicht umfassend von § 181 BGB befreien kann.

Jedoch stehen die § 181 BGB, § 112 AktG einer Befreiung des Geschäftsführers der Tochter-GmbH meines Erachtens selbst dann nicht entgegen, wenn man hinsichtlich der erwähnten Streitfragen jeweils der strengsten Auffassung folgen möchte. Das entscheidende Argument ist, dass der Geschäftsführer der GmbH nicht die AG, sondern die GmbH vertritt. Es handelt sich um eine andere Ebene; die GmbH stellt eine eigene juristische Person dar. Es wird kein Vertreter der AG kreiert, der mit der AG ein In-sichgeschäft abschließen kann.

## 2. Gründung einer Einmann-GmbH durch Vertreter ohne Vertretungsmacht

Schließlich beschäftigt sich das Gericht noch mit den Folgen der Gründung einer Einmann-GmbH durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Mit der ganz herrschenden Meinung<sup>19</sup> geht der Senat von einer Unwirksamkeit nach § 180 Satz 1 BGB aus. Der Unterschied zur Gründung einer Mehrpersonengesellschaft, bei welcher lediglich eine schwebende Unwirksamkeit vorläge,<sup>20</sup> wird hingenommen. Abschließend sei erwähnt, dass nach herrschender Meinung die Genehmigung in diesem Fall entgegen § 182 Abs. 2 BGB nicht formfrei möglich ist, sondern in der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG erfolgen muss.<sup>21</sup>

- 11 *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 47 Rdnr. 60; *MünchKomm-GmbHG/Drescher*, § 47 Rdnr. 223; *Staudinger/Habermann*, Neubearb. 2014, § 181 Rdnr. 25 m. w. N.; wohl auch *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber*, GmbHG, § 47 Rdnr. 80; vgl. BGH, Urteil vom 24.9.1990, II ZR 167/89, BGHZ 112, 339; weitere Nachweise auch bei DNotl-Report 2012, 189, 190.
- 12 BeckOGK-BGB/*Fröhler*, Stand: 1.4.2017, § 181 Rdnr. 350; BeckOK-BGB/*Schäfer*, Stand: 1.2.2017, § 181 Rdnr. 34; *Staudinger/Habermann*, § 181 Rdnr. 49; *MünchKomm-BGB/Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 181 Rdnr. 74; *Prütting/Wegen/Weinreich/Frensch*, BGB, 11. Aufl. 2016, § 181 Rdnr. 14, jeweils m. w. N.; einschränkend *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 181 Rdnr. 28, wonach entscheidend sein soll, ob der Vertreter das Geschäft selbst ohne Befreiung hätte vornehmen können.
- 13 LG München I, Beschluss vom 20.3.1989, 17 HKT 4100/89, NJW-RR 1989, 997; BeckOK-BGB/*Schäfer*, Stand: 1.2.2017, § 181 Rdnr. 34.
- 14 Etwa *Prütting/Wegen/Weinreich/Frensch*, BGB, § 181 Rdnr. 14; *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1787; *MünchKomm-BGB/Schubert*, § 181 Rdnr. 75; kritisch auch DNotl-Report 2007, 89, 90.
- 15 *Hüffer/Koch*, AktG, § 112 Rdnr. 1; *MünchKomm-AktG/Habersack*, § 112 Rdnr. 3; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, AktG, § 112 Rdnr. 26.
- 16 OLG München, Beschluss vom 8.5.2012, 31 Wx 69/12, DNotZ 2012, 793, 794; *MünchKomm-AktG/Habersack*, § 112 Rdnr. 3; *Hüffer/Koch*, AktG, § 112 Rdnr. 6, jeweils m. w. N.; a. A. *Grigolet/Grigolet/Tomasic*, AktG, § 112 Rdnr. 8 m. w. N.
- 17 Vgl. *Henssler/Strohn/Henssler*, Gesellschaftsrecht, § 112 Rdnr. 3; OLG München, Beschluss vom 8.5.2012, 31 Wx 69/12, DNotZ 2012, 793, 794; *MünchKomm-AktG/Habersack*, § 112 Rdnr. 3.

- 18 Insoweit erscheint jedenfalls nicht eindeutig, wie diese Mitwirkung auszusehen hätte. Gegen eine Erteilung der Vollmacht durch den Aufsichtsrat selbst spricht, dass dies kein Rechtsgeschäft gegenüber dem Vorstand darstellt. In Betracht kommt wohl eine Zustimmung des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand, die Vollmacht unter Befreiung von § 181 BGB erteilen zu können.
- 19 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 2 Rdnr. 22; *MünchKomm-GmbHG/Mayer*, § 2 Rdnr. 74; *Altmeyden/Roth/Roth*, GmbHG, § 2 Rdnr. 30.
- 20 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 2 Rdnr. 22; *MünchKomm-GmbHG/Mayer*, § 2 Rdnr. 74; *Altmeyden/Roth/Roth*, GmbHG, § 2 Rdnr. 30.
- 21 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 2 Rdnr. 22; *Altmeyden/Roth/Roth*, GmbHG, § 2 Rdnr. 30; *MünchKomm-GmbHG/Mayer*, § 2 Rdnr. 74 m. w. N.

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 15. Formularmäßige Erweiterung des Sicherungszwecks einer Grundschuld

BGH, Urteil vom 24.11.2016, IX ZR 278/14 (Vorinstanz: OLG München, Urteil vom 28.10.2014, 5 U 1770/14)

BGB § 823 Abs. 1, §§ 826, 852, 1191  
AGBG a. F. § 3

#### LEITSATZ:

**Die formularmäßige Erweiterung des Sicherungszwecks einer zwei Jahre zuvor zur Sicherung einer bestimmten Drittverbindlichkeit bestellten Grundschuld auf bestehende und künftige Verbindlichkeiten mehrerer Dritter ist nicht schon deshalb überraschend, weil sie nicht durch eine konkrete Darlehensgewährung veranlasst ist.**

#### SACHVERHALT:

1 Der Kläger und seine Ehefrau waren Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Eigentümerin eines Grundstücks in M war. Zugunsten der Rechtsvorgängerin der beklagten Bank (beide werden nachfolgend nur noch als die Beklagte bezeichnet) war im Grundbuch an dritter Rangstelle eine am 4.3.1991 bestellte Grundschuld über 500.000 DM nebst Zinsen eingetragen. Die Grundschuld sicherte ursprünglich ein Darlehen, das die Beklagte einer aus dem Kläger und seiner Schwester bestehenden GbR für ein Immobilienobjekt in A gewährt hatte. Dieses Darlehen wurde im Jahr 1998 vollständig getilgt. Bereits am 8.3.1993 hatten der Kläger und seine Ehefrau eine formularmäßige Zweckerklärung unterzeichnet, nach der die Grundschuld alle bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten gegen den Kläger, seine Ehefrau, seine Schwester sowie gegen mehrere von diesen Personen beherrschte Gesellschaften sicherte. Ab dem Jahr 2002 betrieb die Beklagte die Zwangsversteigerung des Grundstücks aus der Grundschuld. Die beiden vorrangig gesicherten Gläubiger traten dem Verfahren bei. Am 27.8.2003 ersteigerte die Beklagte das Grundstück. Von dem Erlös wurde nach Befriedigung der vorrangigen Grundpfandgläubiger ein Betrag von 95.243,94 € auf die streitgegenständliche Grundschuld an die Beklagte ausgekehrt.

2 Der Kläger hat – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – von der Beklagten in gewillkürter Prozessstandschaft die Herausgabe des an sie auf die Grundschuld ausgekehrten Teilerlöses i. H. v. 95.243,94 € zuzüglich Zinsen an die aus ihm und seiner Ehefrau bestehende GbR verlangt. Das LG hat die im Jahr 2012 erhobene Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG die Beklagte, die sich auf Verjährung beruft, antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Zurückweisung der Berufung des Klägers.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

3 Die Revision hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des Urteils des LG. Die Klage ist zulässig. Das LG hat die Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft unangegriffen festgestellt. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

4 I. Das Berufungsgericht hat gemeint, die Beklagte sei nach § 823 Abs. 1, § 852 BGB zur Herausgabe des erlangten Versteigerungserlöses verpflichtet. Zur Zeit der Zwangsversteigerung hätten keine durch die Grundschuld gesicherten Forde-

rungen mehr bestanden. Die Beklagte habe keine offenen Forderungen gegen die Grundstückseigentümerin gehabt. Die ursprünglich durch die Grundschuld gesicherten Forderungen gegen die aus dem Kläger und seiner Schwester bestehende GbR seien getilgt gewesen. Die erweiterte Zweckerklärung aus dem Jahr 1993 sei als Drittsicherungserklärung beschränkt auf die Absicherung sog. Anlasskredite und im Übrigen gemäß § 3 AGBG a. F., § 305c BGB unwirksam. Die Beklagte habe nicht substantiiert vorgetragen, dass es ein konkretes Darlehen gegeben habe, das Anlass für die im Jahr 1993 getroffene weite Sicherungsvereinbarung gewesen sei. Die somit unter Verletzung des Sicherheitenvertrages betriebene Zwangsversteigerung stelle sich als rechtswidrige Eigentumsverletzung dar. Der Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB sei zwar verjährt. Die Beklagte sei aber nach § 852 BGB zur Herausgabe des aus dem rechtswidrigen Eingriff Erlangten verpflichtet.

5 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

6 1. Die Prüfung, ob die Regelung über die durch die Grundschuld gesicherten Forderungen in Nr. 1.1 der formularmäßigen Zweckerklärung vom 8.3.1993 wirksam in den Vertrag einbezogen oder als überraschende Klausel unwirksam ist, richtet sich noch nach der am 31.12.2001 außer Kraft getretenen Norm des § 3 AGBG (§ 28 Abs. 1 AGBG, Art. 229 § 5 EGBGB; vgl. jetzt § 305c Abs. 1 BGB). Danach wurden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Überraschend in diesem Sinne ist eine vertragliche Regelung, wenn und soweit sie von den begründeten Erwartungen des Vertragspartners deutlich zu seinem Nachteil abweicht, sodass dieser mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Die Erwartungen des Vertragspartners werden dabei von allgemeinen und von individuellen Begleitumständen des Vertragschlusses bestimmt (BGH, Urteil vom 20.2.2014, IX ZR 137/13, WM 2014, 897 Rdnr. 12 m. w. N.). Im Falle einer Sicherungsgrundschuld werden die Erwartungen des Sicherungsgebers wesentlich durch den Anlass der Sicherheitenbestellung geprägt. Treffen der Sicherungsgeber und der Sicherungsnehmer in zeitlichem Abstand zur Grundschuldbestellung eine oder mehrere neue Sicherungsabreden, ist maßgeblich auf den Anlass der letzten – jüngsten – Abrede abzustellen (BGH, Urteil vom 14.7.1992, XI ZR 256/91, WM 1992, 1648, 1649; vom 28.3.1995, XI ZR 151/94, NJW 1995, 1674; vom 16.1.2001, XI ZR 84/00, NJW 2001, 1416, 1417; vom 30.1.2001, XI ZR 118/00, NJW 2001, 1417, 1418 f.). Wird ein Sicherungsvertrag nicht aus Anlass der Gewährung eines bestimmten Darlehens geschlossen, sind die mit der Vereinbarung verbundenen Erwartungen des Sicherungsgebers nach den übrigen Umständen zu bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 16.1.2001, a. a. O.).

7 2. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Erweiterung der Grundschuldhaftung in der Zweckerklärung vom 8.3.1993 auf Verbindlichkeiten verschiedener Angehöriger der Familie des Klägers und auf verschiedene von diesen beherrschte Gesell-

schaften sei als Drittsicherungserklärung auf die Absicherung der Anlaskredite beschränkt und, weil ein solcher hier nicht festzustellen sei, überraschend, ist mit diesen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Das Fehlen eines Anlaskredits allein macht die Erweiterung des Sicherungszwecks einer Grundschuld auf bestehende und künftige Verbindlichkeiten Dritter für den Sicherungsgeber nicht überraschend. Ohne eine Würdigung der gesamten Umstände durfte das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 3 AGBG deshalb nicht bejahen.

**8 III.** Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

Da die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Mangels eines auf Erstattung des von der Beklagten vereinnahmten Erlöses i. H. v. 95.243,94 € gerichteten Anspruchs ist die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des LG zurückzuweisen.

**9 1.** Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1, § 852 BGB liegen nicht vor. Der durch das Zwangsversteigerungsverfahren bewirkte, der Beklagten als betreibender Gläubigerin zuzurechnende Eingriff in das Eigentum der vom Kläger und seiner Ehefrau gebildeten GbR war nicht rechtswidrig, weil das Vorgehen der Beklagten vom Sicherungszweck der zu ihren Gunsten bestellten Grundschuld gedeckt war. Die Grundschuld diente entsprechend der Zweckerklärung vom 8.3.1993 der Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten unter anderem gegen den Kläger und seine Ehefrau je einzeln oder gemeinsam.

**10 a)** Diese Bestimmung des Sicherungsumfangs wurde wirksam Bestandteil des Sicherungsvertrags. Es liegen keine – vom Kläger darzulegende und zu beweisende (vgl. BGH, Urteil vom 30.1.2001, XI ZR 118/00, NJW 2001, 1417, 1419 m. w. N.) – Umstände vor, welche der Klausel einen überraschenden Charakter im Sinne von § 3 AGBG geben und damit einer Einbeziehung der Klausel in den Vertrag entgegenstehen würden.

**11 aa)** Die Beklagte stand zum Zeitpunkt der Grundschuldbestellung in umfangreichen Geschäftsbeziehungen zu dem Kläger, zu seiner Ehefrau und zu Gesellschaften, an denen der Kläger beteiligt war. Sie hatte jedoch keine Forderungen gegen die aus dem Kläger und seiner Ehefrau bestehende GbR, der das belastete Grundstück gehörte. Die an diesem Grundstück bestellte Grundschuld sicherte dementsprechend schon nach der ursprünglichen Vereinbarung Forderungen der Beklagten gegen eine andere Gesellschaft, an welcher der Kläger beteiligt war, stellte also von vorneherein eine Drittsicherheit dar. Zwei Jahre nach der Bestellung der Grundschuld erbat die Beklagte vom Kläger und seiner Ehefrau die Unterzeichnung einer neuen Zweckerklärung, ohne dass dies durch die Ausreichung eines Darlehens im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Zweckerklärung veranlasst war. Insbesondere bestanden weiterhin keine Verbindlichkeiten der aus dem Kläger und seiner Ehefrau bestehenden GbR gegenüber der Beklagten. Unter diesen Umständen mussten der Kläger und seine Ehefrau erwarten, dass auch die neue Zweckerklärung die Haftung der Grundschuld für Verbindlichkeiten Dritter vorsah, und zwar wegen der beste-

henden umfangreichen Geschäftsbeziehungen die Haftung für Verbindlichkeiten weiterer Personen und Gesellschaften der Familie des Klägers, insbesondere aber für Verbindlichkeiten, die den Kläger und seine Ehefrau persönlich trafen. Hätte lediglich der bisherige, auf Verbindlichkeiten der aus dem Kläger und seiner Schwester bestehenden GbR beschränkte Sicherungszweck beibehalten werden sollen, hätte es der Unterzeichnung einer neuen Zweckerklärung nicht bedurft.

**12 bb)** Unter den gegebenen Umständen konnte es den Kläger und seine Ehefrau auch nicht überraschen, dass nach der neuen Zweckerklärung nicht nur bestehende, sondern auch künftige Ansprüche der Beklagten gegen die in der Erklärung genannten Personen und Gesellschaften gesichert sein sollten. Aufgrund des Verlangens der Beklagten nach einer neuen Zweckerklärung in mehrjährigem Abstand zur Grundschuldbestellung mussten der Kläger und seine Ehefrau mit einer Erweiterung des ursprünglichen Sicherungszwecks in jeglicher Richtung rechnen. Die Einbeziehung erst künftig entstehender Verbindlichkeiten in den Sicherungszweck einer Grundschuld kann überraschend sein, wenn sie bei der Bestellung der Grundschuld erfolgt und Anlass der Bestellung die Gewährung eines bestimmten Darlehens ist (vgl. BGH, Urteil vom 18.11.1988, V ZR 75/87, BGHZ 106, 19, 22 f.; vom 18.2.1992, XI ZR 126/91, WM 1992, 563, 564; vom 24.6.1997, XI ZR 288/96, WM 1997, 1615; vom 20.3.2002, IV ZR 93/01, WM 2002, 1117, 1118). Wird hingegen zu einem späteren Zeitpunkt ohne Bezug zu einer bestimmten Darlehensgewährung ein neuer Sicherungszweck vereinbart, muss der Sicherungsgeber vernünftigerweise damit rechnen, dass der ursprüngliche, auf die Absicherung eines bestimmten Darlehens gerichtete Sicherungszweck durch einen anderen ersetzt oder erweitert werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 16.1.2001, XI ZR 84/00, NJW 2001, 1416, 1417), mithin auch damit, dass nicht nur die zu diesem Zeitpunkt bestehenden, sondern auch künftige Verbindlichkeiten gesichert werden sollen. Umstände, die hier ausnahmsweise eine davon abweichende Erwartungshaltung des Klägers und seiner Ehefrau gerechtfertigt hätten, sind nicht vorgetragen.

**13 b)** Der Kläger hat nicht dargelegt, dass zum Zeitpunkt der Zwangsversteigerung keine Forderungen mehr bestanden, die durch die Grundschuld gesichert waren. Nach dem Vortrag der Beklagten waren zumindest noch persönliche Verbindlichkeiten des Klägers und seiner Ehefrau in Höhe von jeweils mehr als 1.000.000 € offen. Der für die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung darlegungs- und beweispflichtige Kläger ist diesem Vortrag nicht substantiiert entgegengetreten.

**14 c)** Auf die Frage, ob ein rechtswidriger Eingriff in das Eigentum der GbR auch deswegen nicht vorliegt, weil sich die Beklagte eines gesetzlich geregelten Verfahrens bedient hat, oder weil die vorrangig gesicherten Grundpfandgläubiger dem Zwangsversteigerungsverfahren beigetreten sind, kommt es nicht an.

**15 2.** Auch ein Anspruch nach §§ 826, 852 BGB besteht nicht. Der vom Kläger behauptete Umstand, die Beklagte habe die Zwangsversteigerung beantragt, um sich eine günstige Ausgangsposition für den Abschluss einer Ablösevereinbarung zu verschaffen, genügt nicht, um das vom Sicherungszweck der Grundschuld gedeckte Vorgehen der Beklagten als

vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB zu beurteilen.

16 3. Andere mögliche Ansprüche als derjenige nach § 852 BGB sind verjährt.

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

### 1. AGB-Kontrolle von Sicherungsvereinbarungen

Die Argumentation des BGH wie auch die mitgeteilten Begründungen der Vorinstanzen müssen vor dem Hintergrund der besonderen AGB-Kontrolle von Sicherungsvereinbarungen zu Grundschulden gesehen werden. Der BGH unterwirft diese Sicherungsvereinbarungen allein einer Überraschungskontrolle (§ 3 AGBG, nun § 305c BGB), nicht aber einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG/§ 307 BGB.<sup>1</sup> Den 2. Halbsatz dieser Feststellung gibt der BGH zwar nicht ausdrücklich wieder. Die Entscheidung beschäftigt sich aber ausschließlich mit der Überraschungskontrolle und sollte deswegen als weitere Bestätigung dieser Rechtsprechung aufzufassen sein. Nach dieser Rechtsprechung wird der Sicherungsgeber, der auch persönlicher Schuldner ist, durch die Hereinnahme einer „weiten Zweckerklärung“ zur Absicherung der gesamten laufenden Geschäftsverbindung nie überrascht. Der Drittsicherungsgeber hingegen wird überrascht, wenn er bei Abschluss der Sicherungsvereinbarung nur die Besicherung eines konkreten Darlehens vor Augen hatte. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Zweckvereinbarungen zählt immer die letzte.<sup>2</sup> Mit dem BGH sollte bei einem Zeitraum von zwei Jahren zwischen erster Darlehensaufnahme (und darauf bezogener konkreter Sicherungsvereinbarung) und Abschluss einer neuen Sicherungsvereinbarung ein Anlasszusammenhang abgelehnt werden. Im Rahmen einer dauernden bankgeschäftlichen Beziehung mit vielfältigen Investitionen der Kreditnehmer und unterschiedlichen Vertragsbeziehungen ist ein Vertrauen darauf, dass neue Unterschriften nur den Rahmen bereits vorhandener Absprachen einhalten, nicht schützenswert.

Übrigens geht der IX. Zivilsenat mit keinem Wort auf die Frage ein, ob die Eigentümer-GbR bestehend aus dem Kläger und seiner Ehefrau überhaupt Sicherungsgeber (und damit Vertragspartner des Sicherungsvertrages) war. Nach der ausdrücklichen – aber falschen<sup>3</sup> – Rechtsprechung des V. Zivilsenats<sup>4</sup> wären dies nämlich der Kläger zusammen mit seiner Schwester (bzw. die zwischen ihnen bestehende GbR) gewesen, weil diese das ursprüngliche Darlehen auf-

1 BGH, Urteil vom 10.11.1989, V ZR 201/88, MittBayNot 1990, 103; BGH, Urteil vom 28.3.1995, XI ZR 151/94, DNotZ 1995, 890; BGH, Urteil vom 6.2.1996, XI ZR 121/95, MittRhNotK 1996, 414. Dazu *Volmer*, WM 1999, 1998, 914.

2 BGH, Urteil vom 16.1.2001, XI ZR 84/00, DNotZ 2001, 614; BGH, Urteil vom 28.3.1995, XI ZR 151/94, MittBayNot 1995, 201.

3 Vgl. soeben *Wilhelm* in FS Baums, 2017, S. 1440; sowie bereits *Volmer*, MittBayNot 2011, 378 und ZfIR 2013, 646.

4 BGH, Urteil vom 20.11.2009, V ZR 68/09, DNotZ 2010, 375; BGH, Urteil vom 19.4.2013, V ZR 47/12, ZfIR 2013, 642.

genommen hatten, während das Grundstückseigentum für die Bestimmung des Sicherungsgebers irrelevant sein soll.

### 2. Verjährung der Rückgewähransprüche

Die besondere Brisanz der Entscheidung folgt aus den Überlegungen der Vorinstanz zur Verjährung: Die Versteigerung aus der 1991 bestellten Grundschuld mit der nun angegriffenen Erlösverteilung hatte im zweiten Halbjahr 2003 ihr Ende gefunden. Die Klage auf Rückzahlung des angeblich der Gläubigerbank nicht zustehenden Betrages wurde jedoch erst im Jahre 2012 erhoben. Selbst wenn man einen gewissen Zeitraum für außerprozessuale Verhandlungen in Abzug bringt, war zu diesem Zeitpunkt der Rückgewähranspruch bereits verjährt.

Das OLG hatte deswegen einen deliktischen Anspruch bejaht, um die bereicherungsrechtliche Verlängerung dieses Anspruchs gemäß § 852 BGB anwenden zu können. Das verlangt eine Stellungnahme.

a) Die Rechtsprechung bejaht zwar vereinzelt einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung durch eine unberechtigte Zwangsvollstreckung.<sup>5</sup> Die Durchsetzung einer Grundschuld ist aber im Gegensatz dazu die Geltendmachung eines dinglichen Rechts, welches der beklagten Bank aufgrund einer privatautonomen Bestellung der Eigentümer eingeräumt worden war. Die Bank hatte dieses aus dem Eigentum abgespaltene Verwertungsrecht als Inhaberin. Die unberechtigte Verwertung einer Grundschuld verletzt deswegen nicht das Eigentum, sondern die Rückgewähransprüche des Sicherungsgebers, aber diese eben nur als schuldrechtliche Ansprüche. Das OLG qualifiziert mit seiner Argumentation einen schuldrechtlichen Anspruch in einen absoluten Anspruch um. Absolute Wirkung hat der schuldrechtliche Anspruch aber nur in der Zuordnung des Anspruchs (d. h. seiner Inhaberschaft), nicht in der Anspruchsdurchsetzung.<sup>6</sup> Den Sinn dieser Beschränkung beweist der hier zugrundeliegende Sachverhalt in zweierlei Weise: Einerseits würde mit der Argumentation des OLG jede Falschauslegung des Sicherungsvertrages gleich zu einer Eigentumsverletzung. Dabei hat die Beschränkung des § 823 Abs. 1 BGB auf absolute Rechte ihre Bedeutung. Der Deliktstäter soll klar erkennbare, objektive und damit überindividuelle Konturierungen der absoluten (und insbesondere dinglichen) Rechte beachten, muss sich aber nicht um ggf. diffizile Vertragsauslegungen kümmern. Zum anderen gerät dem OLG wie auch dem BGH aus dem Blick, wer eigentlich bei einer deliktischen Einordnung zum Schuldner wird. Das kaschiert der BGH durch seine einleitende Aussage, die Bewirkung des Zwangsversteigerungsverfahrens sei ein der Gläubigerin „zuzurechnender“ Eingriff. Wir sind im Deliktsrecht. Deliktisch zugerechnet wird gemäß § 831 BGB (eine Norm, die übrigens gar nicht erwähnt wird). § 831 BGB, nicht § 278 BGB, bedeutet sodann: Einerseits kann sich die Bank womöglich durch Nachweis von Auswahl und

5 Vgl. *Palandt/Sprau*, 76. Aufl. 2017, § 823 Rdnr. 8. Einschränkend auf Drittschädigungen aber *BeckOGK-BGB/Spindler*, § 823 Rdnr. 126.

6 *Wilhelm*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rdnr. 78.

Anleitung ihrer Mitarbeiter exkulpieren. Es bedeutet andererseits: Deliktsrecht ist Täterdeliktsrecht. § 831 BGB führt nicht dazu, dass der handelnde Mitarbeiter der „Intensive-Care-Abteilung“ der Bank aus seiner persönlichen Verantwortlichkeit herausgenommen würde.

b) Die Grundschuld wurde im Jahre 1991 bestellt, die zweite Zweckerklärung stammt aus dem Jahre 1993. Zu beiden Zeitpunkten war die Verkürzung der Verjährungsfristen durch die Schuldrechtsmodernisierung nicht absehbar. Die notarielle Vertragspraxis verlängert derzeit die Rückgewähransprüche regelmäßig auf die maximale Verjährung von 30 Jahren ab Fälligkeit.<sup>7</sup> Die Entscheidung führt vor Augen, was das auch bedeuten kann: Der Rückgewähranspruch ist ein einheitlicher Anspruch, der sich zunächst auf Rückübertragung des dinglichen Rechts, nach einer Versteigerung aber auf Auskehr des Erlöses richtet. Möglicherweise bezieht sich die Verjährungsvereinbarung auch auf die Abrechnung über den Erlös, selbst wenn das dingliche Recht bereits weggefallen ist.

<sup>7</sup> Wolfsteiner, DNotZ 2003, 321; Amann, DNotZ 2002, 94, 122; Müller, RNotZ 2012, 199, 206; einschränkend Schmidt, BWNNotZ 2002, 97; anders (unverjährbar gem. § 1169 BGB) Otte, DNotZ 2011, 897.

## 16. Pfändung des Kaufpreisanspruchs – Erstreckung auf Auszahlungsanspruch aus Notaranderkonto

BGH, Beschluss vom 9.6.2016, V ZB 37/15 (Vorinstanz: LG Zwickau, Beschluss vom 18.2.2015, 6 T 32/14)

BGB §§ 401, 407 Abs. 1, § 412

BNotO § 15 Abs. 2 Satz 3, §§ 19, 23

ZPO § 829 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, § 840 Abs. 1 und 2, § 845 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegen den Notar.
2. Bei einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs ist – auch wenn sich die Pfändung nach § 401 BGB auf den Auskehrungsanspruch erstreckt – nur der Käufer Drittschuldner. Dieser muss im Rahmen seiner Drittschuldnererklärung nach § 840 Abs. 1 ZPO die notarielle Verwahrung angeben. Weil der Notar hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs nicht Drittschuldner ist, trifft ihn keine Auskunftspflicht nach § 840 Abs. 1 ZPO. Wird ihm die isolierte Pfändung und Überweisung des Kaufpreisanspruchs nachgewiesen, hat er den hinterlegten Betrag an den Pfändungspfandgläubiger auszukehren. (Leitsatz der Schriftleitung)

### SACHVERHALT:

1 I. Mit notariellem Vertrag 2013 verkaufte E den Eheleuten R ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 347.000 €. Der Verkauf erfolgte frei von im Grundbuch eingetragenen Belastungen. E übernahm die Kosten der Lastenfreistellung.

2 Nach Ziffer 5.2 des Kaufvertrages sollte die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto erfolgen. Der hinterlegte Kaufpreis sollte vorrangig dazu verwendet werden, die vertragsgemäße Lastenfreistellung zu erreichen, indem an die jeweiligen Gläubiger die von ihnen geforderten Ablösungsbeträge zu zahlen seien. E wies den Notar diesbezüglich an, alle ihn im Zusammenhang mit dem Vertragsvollzug treffenden Kosten aus dem Notaranderkonto zu begleichen. Der Notar wurde ferner von den Vertragsparteien in einseitig nicht widerrufflicher Weise angewiesen, den Restkaufpreis nach Eintritt der im Kaufvertrag geregelten Auszahlungsvoraussetzungen auf ein Konto des E zu überweisen. Der Kaufpreis wurde im August 2013 auf das Notaranderkonto eingezahlt.

3 Die Kaufpreisforderung war Gegenstand mehrerer durch verschiedene Gläubiger des E veranlasster Pfändungen. Unter anderem brachte A auf Grundlage eines Zahlungstitels eine Vorpfändung des Kaufpreisanspruchs aus, die den R am 18.7.2013 zugestellt wurde. In gleicher Sache erwirkte sie am 30./31.8.2013 die Zustellung einer erneuten Vorpfändung des Kaufpreisanspruchs bei den R. Der entsprechende Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wurde ihnen am 10.9.2013 zugestellt.

4 Aufgrund eines titulierten Zahlungsanspruchs i. H. v. 72.983,88 € wurde durch B sowohl der Anspruch des E auf Kaufpreiszahlung als auch dessen Auskehrungsanspruch aus dem Notaranderkonto gepfändet. Die vorausgegangene Vorpfändung wurde dem Notar am 17.9.2013 und der entsprechende Pfändungs- und Überweisungsbeschluss am 14.10.2013 zugestellt. Ebenfalls am 14.10.2013 erwirkte A die Zustellung eines weiteren Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Notar, durch welchen der Auskehrungsanspruch des E gepfändet wurde.

5 Bei Eintritt der Auszahlungsreife ergab sich nach Abzug aller an die auszulösenden Gläubiger gezahlten Beträge ein Guthaben i. H. v. 19.991,16 € auf dem Notaranderkonto. Mit Vorbescheid vom 22.11.2013 kündigte der Notar an, von dem hinterlegten Geldbetrag einen Teilbetrag auf sein Geschäftskonto einzuzahlen, damit von dort die Grundbuchkosten der Lastenfreistellung bestritten werden könnten. Der Restbetrag von 17.616,16 € werde an den Rechtsanwalt des B überwiesen.

6 Hiergegen hat A bei dem Notar Beschwerde eingelegt. Sie möchte die Anweisung des Notars erreichen, von dem verbleibenden Restbetrag den durch sie gepfändeten Betrag i. H. v. 2.373,78 € an sie auszuzahlen, hilfsweise diesen Betrag an die R zurückzuzahlen. Der Notar hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem LG zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat die Beschwerde zurückgewiesen. (...)

7 II. Das Beschwerdegericht meint, A habe durch die isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs am 10.9.2013 kein Pfändungspfandrecht erlangt. Hierzu wäre entweder die zusätzliche Pfändung des Auskehrungsanspruchs gegen den Notar oder zumindest die Zustellung des den Kaufpreisanspruch pfändenden Beschlusses (auch) an den Notar erforderlich gewesen. Aus der am 14.10.2013 bewirkten Pfändung des Auskehrungsanspruchs gegen den Notar könne A ebenfalls nichts herleiten, da die von B veranlasste Pfändung vorrangig sei und den auf dem Anderkonto verbliebenen Restbetrag vollständig ausschöpfe.

8 A könne die Auszahlung des begehrten Betrages auch nicht aufgrund einer dem Notar seitens der Vertragsparteien nachträglich erteilten Weisung beanspruchen, da sich aus dem hierzu vorgelegten E-Mail-Verkehr keine Weisung ergebe, zudem nur die R gehandelt haben und eine Weisung überdies formunwirksam wäre.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**9** III. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

(...)

**11** 2. Die auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde hat in der Sache Erfolg.

**12** a) Zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass gegen die Ankündigung des Notars, die Auskehrung des auf dem Anderkonto verbliebenen Restbetrages an B zu veranlassen, die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO statthaft ist. Gegenstand einer Beschwerde nach dieser Vorschrift kann nicht nur die Verweigerung einer Amtstätigkeit durch den Notar sein, sondern auch die – wie hier im Wege eines Vorbescheids erfolgte – Ankündigung, eine Amtstätigkeit gegen den Willen eines Beteiligten vornehmen zu wollen (Senat, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 67/14, NJW 2016, 163 Rdnr. 6; Beschluss vom 28.10.2010, V ZB 70/10, juris Rdnr. 12, jeweils m. w. N.). Als Pfändungspfandgläubigerin ist A zudem beschwerdebefugt, da sie in die Rechtsposition eingetreten ist, die ihrem Schuldner, E, an dem auf dem Anderkonto des Notars eingezahlten Betrag zustehen könnte (vgl. OLG Hamm, OLGR 1993, 208; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 103; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 15 BNotO Rdnr. 42).

**13** b) Rechtsfehlerfrei ist auch die Auffassung des Beschwerdegerichts, der Notar sei nicht aufgrund einer ihm erteilten Weisung zur Auszahlung des durch A beanspruchten Betrages verpflichtet.

**14** Eine nachträgliche Änderung der nach dem Kaufvertrag einseitig unwiderruflichen Verwahrungsanweisungen erfordert eine übereinstimmende Erklärung aller an dem Vertrag beteiligten Parteien. Daran fehlt es nach den tatrichterlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts, die entgegen der Ansicht der A nicht zu beanstanden sind. Den E-Mail-Verkehr, aus dem sich die übereinstimmende nachträgliche Änderung der Verwahrungsanweisungen ergeben soll, hat das Beschwerdegericht seiner Beurteilung zugrundegelegt. Empfänger der E-Mail der R vom 26.7.2013 war nicht der Notar. Demgegenüber ist die E-Mail der R vom 31.7.2013, der offenbar die Vollmacht des E bezüglich einer Kaufpreisänderung vom 24.7.2013 beigefügt war, zwar an den Notar gerichtet. Die Würdigung des Beschwerdegerichts, ihr lasse sich keine Weisung entnehmen, ist angesichts ihres Inhalts aber aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dies gilt auch hinsichtlich der Feststellung des Beschwerdegerichts, aus dem vorgelegten Schriftverkehr ergebe sich nicht, dass R1 zugleich für seine Ehefrau gehandelt habe.

**15** c) Ohne Rechtsfehler geht das Beschwerdegericht weiter davon aus, dass die auf Veranlassung der A den R am 18.7.2013 zugestellte Vorpfändung die Wirkung eines Arrests gemäß § 845 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 930 Abs. 1 ZPO nicht entfalten konnte. Die Vorpfändung wirkt wie eine Beschlagnahme der betroffenen Forderung (BGH, Urteil vom 30.3.1983, VIII ZR 7/82, BGHZ 87, 166, 168) und begründet den Rang des Pfändungspfandrechts, das durch eine Pfändung innerhalb eines Monats seit Zustellung des vorläufigen Zahlungsverbots ent-

steht (§ 845 Abs. 2 i. V. m. §§ 804, 930 Abs. 1 ZPO; BGH, Urteil vom 8.5.2001, IX ZR 9/99, NJW 2001, 2976; Beschluss vom 10.11.2011, VII ZB 55/10, MDR 2012, 54 Rdnr. 9). Da die Pfändung der Kaufpreisforderung erst am 10.9.2013 und damit nicht innerhalb der Monatsfrist bewirkt worden ist, hat die Vorpfändung vom 18.7.2013 ihre Wirkung verloren.

**16** d) Rechtsfehlerhaft nimmt das Beschwerdegericht dagegen an, auch durch die erneute, den R am 30./31.8.2013 zugestellte Vorpfändung des Kaufpreisanspruchs in Verbindung mit dem ihnen am 10.9.2013 zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss habe A kein Pfändungspfandrecht erwerben können.

**17** aa) Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung von dem Notaranderkonto unwirksam, wenn nicht zugleich auch der der Verwahrung zugrundeliegende Anspruch – hier der Kaufpreisanspruch – gepfändet wird. Dies beruht auf der Erwägung, dass E ansonsten über seine Forderung noch frei verfügen könnte und dies mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar wäre (BGH, Urteil vom 19.3.1998, IX ZR 242/97, BGHZ 138, 179, 184; BGH, Urteil vom 30.6.1988, IX ZR 66/87, BGHZ 105, 60, 64 f.).

**18** bb) Die umgekehrte Konstellation und damit die Frage, welche Wirkung einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs zukommt, wird dagegen im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

**19** Nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht, der das Beschwerdegericht folgt, ist die Pfändung des Kaufpreisanspruchs ohne gleichzeitige Pfändung des gegenüber dem Notar bestehenden Auskehrungsanspruchs unbeachtlich (*Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rdnr. 248; *Kawohl*, Notaranderkonto, 1995, Rdnr. 112). Demgegenüber genügt nach ganz überwiegend vertretener Auffassung eine isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs, da sich das hieran begründete Pfändungspfandrecht auf den Auskehrungsanspruch erstrecke (*Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, § 23 Rdnr. 190; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BNotO/BeurkG, § 23 BNotO Rdnr. 29; *Hertel* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rdnr. 1945; *ders.* in *Würzburger Notarhandbuch*, 4. Aufl., Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 772; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 54b Rdnr. 41; *Renner* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 6. Aufl., § 54b Rdnr. 77; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl., § 54b Rdnr. 29; *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rdnr. 745; *Strehle*, Die Zwangsvollstreckung in das Guthaben des Notaranderkontos, 1995, S. 73 ff.; *Ganter*, DNotZ 2004, 421, 432; *Volhard*, DNotZ 1987, 523, 543 f.; *Göbel*, DNotZ 1984, 257, 259; *Rupp/Fleischmann*, NJW 1983, 2368, 2369).

**20** cc) Der Senat entscheidet die Frage im Sinne der zuletzt genannten Auffassung. Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch gegen den Notar.

**21** (1) Die mit der Pfändung des Hauptrechts verbundene Beschlagnahme erstreckt sich ohne Weiteres auf alle Nebenrechte, die im Falle einer Abtretung nach §§ 412, 401 BGB auf den Gläubiger übergehen (vgl. BGH, Beschluss vom

18.7.2003, IXa ZB 148/03, NJW-RR 2003, 1555, 1556; Beschluss vom 16.6.2000, BLw 30/99, WM 2000, 2555, 2556; Urteil vom 18.6.1998, IX ZR 311/95, NJW 1998, 2969, jeweils m. w. N.). Die Vorschrift des § 401 BGB erfasst neben den dort genannten Rechten auch andere unselbstständige Sicherungsrechte sowie Hilfsrechte, die zur Durchsetzung der Forderung erforderlich sind (BGH, Urteil vom 7.12.2006, IX ZR 161/04, WM 2007, 406 Rdnr. 13; Urteil vom 14.7.1966, VIII ZR 229/64, BGHZ 46, 14, 15).

**22** Der Auskehrungsanspruch gegen den Notar ist nach der Rechtsprechung des BGH im Verhältnis zur Kaufpreisforderung als ein solches Nebenrecht einzuordnen. Die Einschaltung des Notars zur Abwicklung des Kaufpreises soll sicherstellen, dass die Ansprüche der Parteien Zug um Zug erfüllt werden. Die Vertragspartner sollen vor rechtlichen Nachteilen geschützt werden, die mit Inhalt und Zweck der getroffenen Regelung nicht vereinbar sind. Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar entsteht im Zuge der Vertragsabwicklung; er hängt daher, solange die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen ist, eng und unmittelbar mit ihr zusammen. Der Anspruch gegen den Notar wird nur deshalb begründet, weil der Verkäufer von seinem Vertragspartner nicht Zahlung an sich verlangen kann; er ergänzt die vertragliche Forderung (BGH, Urteil vom 19.3.1998, IX ZR 242/97, BGHZ 138, 179, 184). Die Abtretung des Kaufpreisanspruchs führt deshalb entsprechend § 401 BGB auch zum Übergang des Auskehrungsanspruchs gegen den Notar (vgl. auch BGH, Urteil vom 7.12.2006, IX ZR 161/04, WM 2007, 406 Rdnr. 13 zu einem Treuhandvertrag eines Kreditinstituts; KG, DNotZ 1999, 994, 996 f.; *Renner in Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 54b Rdnr. 89; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BNotO/BeurkG, § 23 BNotO Rdnr. 33; *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 775; *Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, § 23 Rdnr. 187; *Winkler*, BeurkG, § 54b Rdnr. 35; *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 747; *Kawohl*, Notaranderkonto, 1995, Rdnr. 107). Die durch das Beschwerdegericht für zwingend erforderlich gehaltene zusätzliche Pfändung des Auskehrungsanspruchs findet vor diesem Hintergrund im Gesetz keine Stütze.

**23** (2) Die Erwägung des Beschwerdegerichts, dass der Notar Drittschuldner des Auskehrungsanspruchs sei und ihn die Rechte und Pflichten aus § 840 ZPO trafen, an ihn aber bei der isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs eine Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht erfolge und ihn damit auch nicht das Verbot erreiche, an den Schuldner zu zahlen, geht in ihrer Prämisse fehl.

**24** Bei einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs ist – auch wenn sich die Pfändung nach § 401 BGB auf den Auskehrungsanspruch erstreckt – nur der Käufer Drittschuldner. Dieser muss im Rahmen seiner Drittschuldnererklärung nach § 840 Abs. 1 ZPO die notarielle Verwahrung angeben. Weil der Notar hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs nicht Drittschuldner ist, trifft ihn keine Auskunftspflicht nach § 840 Abs. 1 ZPO. Wird ihm die isolierte Pfändung und Überweisung des Kaufpreisanspruchs nachgewiesen, hat er den hinterlegten Betrag an den Pfändungspfandgläubiger auszukehren (*Zöller/Stöber*, ZPO, 31. Aufl., § 829 Rdnr. 33 unter „Notar“; *Stöber*, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rdnr. 1781a; *Sandkühler in Arndt/*

*Lerch/Sandkühler*, BNotO, § 23 Rdnr. 190; *Ganter*, DNotZ 2004, 421 432; *Rupp/Fleischmann*, NJW 1983, 2368, 2369).

**25** (3) Im Übrigen verblieben auch bei einer Doppelpfändung des Kaufpreisanspruchs und des Auskehrungsanspruchs in Bezug auf die Frage der Wirksamkeit der Pfändung für den Notar Unwägbarkeiten, da er sich nicht sicher sein kann, ob der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auch an den Käufer zugestellt worden ist (vgl. *Ganter*, DNotZ 2004, 421, 434 f.). Für eine zutreffende Bewertung, an wen der verwahrte (Rest-)Kaufpreis auszuzahlen ist, muss der Notar in jedem Fall Kenntnis davon haben, ob und zu welchem Zeitpunkt die Pfändung des Kaufpreisanspruchs durch Zustellung des entsprechenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Käufer bewirkt worden ist. Diese hat er erst dann, wenn ihm die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Käufer als Drittschuldner im Sinne des § 829 Abs. 3 ZPO durch Vorlage der Zustellungsurkunde nachgewiesen wird oder der Drittschuldner dem Notar die erfolgte Zustellung bestätigt (vgl. *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 772).

**26** (4) Hinzu kommt, dass der Pfändungspfandgläubiger ausgehend von dem Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts vor erhebliche Probleme gestellt würde. Er hat im Zweifel weder Kenntnis darüber, dass die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto erfolgt, noch über die Person des Notars. Er wäre daher auf die schnelle und richtige Auskunft des Drittschuldners angewiesen, um eine wirksame Pfändung vornehmen zu können.

**27** (5) Auch wird die Zustellung des die Kaufpreisforderung betreffenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses in der Praxis dem Notar – wie auch hier – regelmäßig zur Kenntnis gebracht werden. Da eine Auszahlung des Kaufpreises durch den Notar trotz der erfolgten Pfändung des Kaufpreisanspruchs gegen das gerichtliche Verfügungsverbot verstoßen würde (§ 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO i. V. m. §§ 135, 136 BGB), läuft der Käufer Gefahr, erneut zahlen zu müssen, so dass sein Eigeninteresse auf eine unverzügliche Unterrichtung des Notars gerichtet sein wird. Nichts anderes gilt für den Pfändungspfandgläubiger, wenn ihm die Hinterlegung auf einem Notaranderkonto – etwa aufgrund der Drittschuldnererklärung – bekannt ist. Er hat ein Interesse daran, zu verhindern, dass die hinterlegten Beträge bei Auszahlungsreife an E abfließen.

**28** (6) Die durch das Beschwerdegericht angeführte Gefahr einer Haftung des Notars gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger nach § 840 Abs. 2 ZPO oder § 19 BNotO besteht nicht. Der Notar muss keine Pfändungen beachten, von denen er keine Kenntnis hat (vgl. *Renner in Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 54b Rdnr. 79). In einem solchen Fall scheidet eine Haftung des Notars aus. Zahlt er in Unkenntnis einer wirksamen Pfändung an den Verkäufer oder an einen nachrangigen Pfändungspfandgläubiger aus, wird er in entsprechender Anwendung von § 407 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26.1.1983, VIII ZR 258/81, BGHZ 86, 337, 338 f.; Urteil vom 27.10.1988, IX ZR 27/88, BGHZ 105, 358, 359 f.; RGZ 87, 412, 418; *Musielak/Voit/Becker*, ZPO, 12. Aufl., § 829 Rdnr. 20).

29 IV. Die angefochtene Entscheidung ist daher ebenso wie der Vorbescheid des Notars aufzuheben (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 74 Abs. 5 FamFG). Der Notar ist anzuweisen, über die Auskehrung des noch auf dem Notaranderkonto befindlichen Guthabens unter Beachtung der Rechtsansicht des Senats erneut zu entscheiden (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG). Ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt kam es auf das Rangverhältnis der durch andere Gläubiger bewirkten Pfändungen nicht an. Wie der Notar in seinem Vorbescheid zutreffend ausführt, ist er bei einer abweichenden Beurteilung der Wirksamkeit der Pfändung der A gehalten, die gesamte Auskehrsituation unter Berücksichtigung der weiteren Pfändungen neu zu prüfen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt **Christoph Sandkühler**, Hamm

Mit seinem Beschluss vom 9.6.2016 bestätigt der BGH die in der Literatur schon lange vertretene Rechtsauffassung, dass die Pfändung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers gegen den Käufer einer Immobilie auch den öffentlichrechtlichen Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegenüber dem Notar, der die Kaufpreisforderung über ein Notaranderkonto abwickelt, ergreift. Weder ist eine zusätzliche Pfändung des Auszahlungsanspruchs notwendig noch muss der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers (auch) dem Notar zugestellt werden.

#### 1. Worum ging es in dem entschiedenen Fall?

Ein offenbar hoch verschuldeter Verkäufer hatte sich mit dem Käufer auf den lastenfreien Übergang des Grundstücks geeinigt. Weiter vereinbarten die Parteien des Kaufvertrags die Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto, aus dem sowohl die von den jeweiligen eingetragenen Gläubigern geforderten Ablösebeträge als auch alle den Verkäufer im Zusammenhang mit dem Vertragsvollzug treffenden Kosten durch den Notar beglichen werden sollten. Nach Überweisung von Teilbeträgen an die abzulösenden Gläubiger und nach Abzug entstandener Kosten verblieb ein Restbetrag auf dem Notaranderkonto, um dem sich zwei Gläubiger stritten. Gläubigerin A ließ nach zwei Vorpfändungen den Käufern am 10.9.2013 den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs zustellen. Die Gläubigerin B ließ dem Notar am 14.10.2013 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich des Anspruchs des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung als auch auf dessen Auskehrungsanspruch aus dem Notaranderkonto zustellen. Der Notar hielt die Pfändung durch die Gläubigerin A für unwirksam und kündigte mit Vorbescheid an, den Restbetrag an die Gläubigerin B auszahlen zu wollen. Über die hiergegen von der Gläubigerin A eingelegte Beschwerde entschied das Beschwerdegericht im Sinne des notariellen Vorbescheids. Auch das Beschwerdegericht war der Auffassung, die Gläubigerin A habe durch die isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs am 10.9.2013 kein Pfändungspfandrecht erlangt. Hierzu wäre entweder die zusätzliche Pfändung des Auskehrungs-

anspruchs gegen den Notar oder zumindest die Zustellung des den Kaufpreisanspruch pfändenden Beschlusses (auch) an den Notar erforderlich gewesen.

#### 2. Die Entscheidung des BGH

Dieser Rechtsauffassung erteilt der BGH eine klare Absage. Die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach die Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung von dem Notaranderkonto unwirksam ist, wenn nicht zugleich auch der der Verwahrung zugrundeliegende Anspruch, also in der Regel der Kaufpreisanspruch, gepfändet wird (Notwendigkeit der Doppelpfändung), lasse sich auf die umgekehrte Fallkonstellation nicht übertragen. Denn die mit der Pfändung des Hauptrechts verbundene Beschlagnahme erstreckte sich ohne Weiteres auf alle Nebenrechte im Sinne des § 401 BGB, zu denen auch der Auskehrungsanspruch gegen den Notar zähle. Damit folgt der BGH der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur. Drittschuldner ist der Käufer, dem der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wirksam zugestellt werden muss. Die Zustellung an den Notar, der nicht Drittschuldner ist, reicht nicht aus und ist auch nicht erforderlich. Ein Haftungsrisiko des Notars erwächst daraus nicht, denn er muss keine Pfändung beachten, von der er keine Kenntnis hat. Zahlt der Notar in Unkenntnis einer wirksamen Pfändung an den Verkäufer oder an einen nachrangigen Pfändungspfandgläubiger aus, wird er in entsprechender Anwendung von § 407 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei.

Im Ergebnis gilt also Folgendes: Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch gegen den Notar.

#### 3. Bewertung der Entscheidung

Dem Beschluss des BGH ist ohne Wenn und Aber zuzustimmen, denn er schafft die notwendige Sicherheit für Gläubiger des Verkäufers. Würde man nämlich der Gegenauffassung folgen, könnte der Gläubiger des Verkäufers seine titulierte Forderung durch Pfändung nur realisieren, wenn er Kenntnis darüber hätte, dass die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto erfolgt und welcher Notar das Verwahrungsgeschäft abwickelt. Dem Notar gibt die Entscheidung die notwendige Sicherheit, wann er an den Pfändungsgläubiger auszahlen darf, nämlich sobald ihm die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs an den Verkäufer durch Vorlage der Zustellungsurkunde nachgewiesen ist. Die vom BGH erwogene Alternative, sich nur vom Drittschuldner eine Bestätigung über die erfolgte Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vorlegen zu lassen, erscheint mir vor dem Hintergrund der Verpflichtung des Notars, Verwahrungsanweisungen strikt einzuhalten, nicht ausreichend zu sein.

Die Pflicht zum peniblen Umgang mit Fremdgeld sollte den Notar andererseits dazu veranlassen, vor Auszahlung aufgefordert zu klären, ob und zu welchem Zeitpunkt die Pfändung des Kaufpreisanspruchs durch Zustellung des entsprechenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses

ses an den Käufer bewirkt worden ist, nachdem er über eine isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs informiert wurde.

En Passant bestätigt der BGH (Rdnr. 12 des Beschlusses) seine Rechtsprechung, wonach Gegenstand einer Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO nicht nur die Verweigerung einer Amtstätigkeit durch den Notar sein kann, sondern auch die im Wege eines notariellen Vorbescheids erfolgte Ankündigung, eine Amtstätigkeit gegen den Willen eines Beteiligten vornehmen zu wollen. Erneut erweist sich der notarielle Vorbescheid als Königsweg zur Vermeidung von Haftungsrisiken, wenn zwischen den Kaufvertragsparteien Uneinigkeit über den Vertragsvollzug besteht.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 17. Rechtliche Einheit zwischen Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und Treuhandvertrag

BGH, Urteil vom 22.9.2016, III ZR 427/15 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Urteil vom 26.11.2015, 11 U 114/14)

BeurkG § 4

GmbHG § 15 Abs. 1, 3 und 4

#### LEITSÄTZE:

1. **Eine rechtliche Einheit im Sinne von § 139 BGB zwischen einem Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und einem hiermit wirtschaftlich verknüpften Treuhandvertrag kann zu verneinen sein, wenn die Beteiligten von der erforderlichen Beurkundung des Treuhandvertrags bewusst absehen, den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag aber gleichwohl – in Kenntnis der Formnichtigkeit des Treuhandvertrags – ordnungsgemäß beurkunden lassen. In diesem Fall berührt die Formnichtigkeit des Treuhandvertrags die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags nicht.**
2. **Wird ein Vertragspartner als „Strohmann“ oder Treuhänder vorgeschoben, so ist die erklärte Rechtsfolge von den Beteiligten normalerweise ernstlich gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise eintreten würde; in diesen Fällen sind die Voraussetzungen für ein Scheingeschäft regelmäßig nicht erfüllt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin begehrt von dem beklagten Notar unter dem Gesichtspunkt der Notarhaftung nach § 19 Abs. 1 BNotO Schadensersatz aus eigenem Recht sowie aus abgetretenem Recht ihres Geschäftsführers K und der V GmbH, deren Alleingesellschafterin die Klägerin ist.

2 2004 gründete der inzwischen verstorbene H, der als Treuhänder für K fungierte, als Alleingesellschafter die Klägerin. In der Folgezeit erwarb diese drei Grundstücke, die früher im Eigentum von K gestan-

den hatten. Die von der Klägerin als Tochtergesellschaft (zu diesem Zweck) gegründete V GmbH erwarb des Weiteren ein Grundstück, das die Klägerin als Betriebsgrundstück nutzte. Wirtschaftlich waren die vorerwähnten vier Grundstücke sonach K – als Treugeber, vermittelt über H als sein Treuhänder und Alleingesellschafter der Klägerin, die wiederum die V GmbH beherrschte – zuzurechnen.

3 Nachdem H im Jahre 2010 schwer erkrankt war, trat K an B, der ihn und die Klägerin seit Jahren steuerlich beraten hatte, mit der Bitte heran, den vollen Geschäftsanteil an der Klägerin an Stelle von H vorübergehend als Treuhänder zu übernehmen. Hiermit erklärte sich B einverstanden. Am 28.9.2010 beurkundete der beklagte Notar einen Vertrag, in dem B – für sich selbst und als mündlich Bevollmächtigter für H handelnd – den vollen Geschäftsanteil an der Klägerin auf sich selbst übertrug. Bei diesem Beurkundungstermin war auch K anwesend. Es wurde ausdrücklich darüber gesprochen und einvernehmlich festgelegt, dass B den Geschäftsanteil lediglich als Treuhänder für K halten sollte. Der beklagte Notar wies darauf hin, dass ein Treuhandvertrag ebenfalls der notariellen Form unterliege und beurkundungsbedürftig sei. K erklärte hierauf, dass die Treuhandvereinbarung nicht beurkundet zu werden brauche; auch der Treuhandvertrag mit H sei nicht beurkundet worden, und aufgrund der jahrelangen Zusammenarbeit mit B vertraue er diesem. Sowohl K als auch B verzichteten auf die Beurkundung eines Treuhandvertrags. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 14.10.2010 genehmigte H die Vereinbarung über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf B.

4 Unmittelbar darauf veranlasste B die Umschreibung der Gesellschafterliste der Klägerin; er bestellte sich zu ihrem alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer, übertrug die drei Grundstücke an seine Ehefrau und den vollen Geschäftsanteil der Klägerin an der V GmbH auf sich selbst. Auf diese Weise gelangten die vier Grundstücke – entgegen der Treuhandabrede mit K – wirtschaftlich an B und seine Ehefrau. Die Klägerin, K und H fochten den Vertrag über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf B, die Veräußerung der Grundstücke an dessen Ehefrau und die Übertragung des Geschäftsanteils an der V GmbH auf diesen sodann wegen arglistiger Täuschung an.

5 Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte habe seine notariellen Amtspflichten verletzt. Er habe entweder auf der Beurkundung der Treuhandabrede bestehen oder sich weigern müssen, den – nach Auffassung der Klägerin nichtigen – Vertrag über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf B zu beurkunden.  
(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

7 Die zulässige Revision ist unbegründet.

8 I. Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des Beklagten verneint und hierzu im Wesentlichen ausgeführt: Der Vertrag über die Übertragung des vollen Geschäftsanteils an der Klägerin auf B sei zunächst nicht unwirksam gewesen. Zwar habe die Treuhandabrede zwischen K und B gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG der Beurkundungspflicht unterlegen und sei deshalb gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. Diese Nichtigkeit ergreife jedoch nicht den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag, weil dieser keine Einheit im Sinne von § 139 BGB mit dem Treuhandvertrag dargestellt habe. K und B hätten nach dem Hinweis des Beklagten auf die Formbedürftigkeit übereinstimmend auf eine Beurkundung der Treuhandvereinbarung verzichtet und damit zum Ausdruck gebracht, dass zwischen beiden Verträgen keine Einheit bestehen solle. Die Partner der beiden Verträge (H und B für den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag; K und B für den Treuhandvertrag) seien auch nicht dieselben. Auf die Formbedürftigkeit der Treuhandabrede habe der Beklagte ausdrücklich hingewiesen. (...)

**9** Wenn man demgegenüber eine Nichtigkeit des Anteilsübertragungsvertrags und damit eine Amtspflichtverletzung des Beklagten annehmen wollte, so fehlte es an der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens. Dieser liege außerhalb des Schutzbereichs der Pflicht, die Beurkundung unwirksamer Verträge zu unterlassen. Hiernach würden nämlich nur solche Aufwendungen ersetzt, die der Geschädigte im Vertrauen auf die Wirksamkeit des nichtigen Vertrags getätigt habe. Die geltend gemachten Aufwendungen seien jedoch nicht wegen der vermeintlichen Unwirksamkeit der Anteilsabtretung entstanden, sondern trotz dieser Unwirksamkeit. Durch eine notarielle Beurkundung der Treuhandabrede wäre B an seinen schädigenden Handlungen nicht gehindert worden.

**10 II.** Die Hauptbegründung der Vorinstanz hält den Angriffen der Revision stand. Die Klage ist unbegründet.

**111.** Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des Beklagten zu Recht verneint.

**12 a)** Der Notar darf nicht sehenden Auges ein nichtiges Geschäft beurkunden (§ 4 BeurkG, §§ 1, 14 Abs. 2 BNotO; BGH, Urteile vom 20.6.2000, IX ZR 434/98, NJW-RR 2000, 1658, 1659; und vom 28.9.2000, IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 269; sowie Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 171/14, NJW-RR 2016, 695, 696 Rdnr. 21; ferner OLG Celle, BeckRS 2004, 09450; *Ganter in Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rdnr. 525, 527). Diese Amtspflicht hat der Beklagte allerdings nicht verletzt, weil der von ihm beurkundete Geschäftsanteilsübertragungsvertrag nicht nichtig war.

**13 aa)** Der Vertrag zwischen B und H über die Übertragung des vollen Geschäftsanteils an der Klägerin war für sich betrachtet zunächst – das heißt bis zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung – wirksam. Er wurde gemäß dem Formerfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG abgeschlossen und war insbesondere nicht gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Ein Scheingeschäft im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die Parteien einverstanden nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen. Wird ein Vertragspartner als „Strohmann“ oder Treuhänder vorgeschoben, so ist die erklärte Rechtsfolge von den Beteiligten normalerweise ernstlich gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise eintreten würde; in diesen Fällen sind die Voraussetzungen für ein Scheingeschäft regelmäßig nicht erfüllt (z. B. Senat, Urteil vom 22.10.1981, III ZR 149/80, NJW 1982, 569 f.; und Beschluss vom 4.4.2007, III ZR 197/06, NJW-RR 2007, 1209, 1210 Rdnr. 5 m. w. N.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 9.10.1956, II ZB 11/56, BGHZ 21, 378, 381). So liegt es auch hier. Im Außenverhältnis war eine Vollrechtsübertragung auf B beabsichtigt. Dieser sollte insoweit an die Stelle von H treten und K weiterhin nur treuhänderisch vermittelt – also das reine Innenverhältnis betreffend – „Berechtigter“ bleiben.

**14 bb)** Demgegenüber war die Treuhandabrede zwischen K und B gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, § 125 Satz 1 BGB wegen Formmangels unwirksam. Nach dem Sinn und Zweck des Formerfordernisses unterfällt der Abschluss eines Treuhandvertrags, der einen bestehenden GmbH-Geschäfts-

anteil betrifft und mit der Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils auf den Treugeber verbunden ist (§ 667 BGB), dem Formzwang nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG (BGH, Urteil vom 19.4.1999, II ZR 365/97, BGHZ 141, 207, 211 f.; und Beschluss vom 12.12.2005, II ZR 330/04, NJW-RR 2006, 1415 Rdnr. 3). Dieser Form ist nicht genügt worden; die Beteiligten haben von einer Beurkundung der – einen bereits bestehenden Geschäftsanteil betreffenden – Treuhandvereinbarung abgesehen.

**15 cc)** Die Nichtigkeit der Treuhandabrede zwischen K und B lässt die Wirksamkeit des Vertrags über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin von H auf B jedoch unberührt. Die Würdigung des Berufungsgerichts, nach Lage des Falles bestehe zwischen beiden Verträgen keine rechtliche Einheit im Sinne von § 139 BGB, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

**16 (1)** Der für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB erforderliche Einheitlichkeitswille liegt vor, wenn das eine Geschäft nicht ohne das andere gewollt ist, die möglicherweise äußerlich getrennten Rechtsgeschäfte also miteinander stehen und fallen sollen. Dabei kommt es auf den rechtlichen Zusammenhang, nicht auf eine wirtschaftliche Verknüpfung an. Ob es sich insoweit aufgrund eines Einheitlichkeitswillens der Vertragsparteien um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt, ist Tatfrage und durch Ermittlung und Auslegung des – objektiv erkennbaren (vgl. BGH, Urteile vom 6.12.1979, VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43, 49; vom 9.7.1992, IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3238; vom 8.7.2009, VIII ZR 327/08, NJW 2009, 3295, 3296 Rdnr. 17; und vom 30.3.2011, VIII ZR 94/10, NJW 2011, 2874, 2876 Rdnr. 24; sowie Beschluss vom 21.9.2011, IV ZR 38/09, NJW 2012, 296, 300 f. Rdnr. 58) – Parteiwillens festzustellen (etwa BGH, Urteile vom 24.10.2006, XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395, 396 Rdnr. 17; vom 23.2.2010, XI ZR 195/09, BeckRS 2010, 07175 Rdnr. 14; und vom 30.3.2011, a. a. O.; sowie Beschluss vom 21.9.2011, a. a. O., S. 300 Rdnr. 55). Als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung unterliegt die diesbezügliche Auffassung des Berufungsgerichts nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht, nämlich dahin, ob der Streitstoff umfassend widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (BGH, Urteil vom 23.2.2010, a. a. O. Rdnr. 16 m. w. N.).

**17 (2)** Solche Mängel liegen hier nicht vor.

**18** Die Revision macht zwar zu Recht darauf aufmerksam, dass ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB – bei einem dahin gehenden Parteiwillen – auch dann vorliegen kann, wenn einzelne Rechtsgeschäfte in mehreren Urkunden niedergelegt sind, unterschiedlichen Geschäftstypen angehören und an ihnen zum Teil verschiedene Personen beteiligt sind (BGH, Urteil vom 30.3.2011, a. a. O. m. w. N.). Richtig ist auch, dass K, H und B die Übertragung eines (gegenüber K) treuhänderisch gebundenen GmbH-Geschäftsanteils – von H auf B – beabsichtigt haben, die Aufrechterhaltung des Treuhandverhältnisses zu K also von maßgebender Bedeutung gewesen ist.

**19** Diese wirtschaftliche Verknüpfung korrespondiert im vorliegenden Fall jedoch nicht mit einem rechtlichen Zusammen-

hang, weil es an einem entsprechenden Parteiwillen gefehlt hat. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte den Beteiligten erläutert, dass die Treuhandvereinbarung der notariellen Form bedürfe, woraufhin K und B ausdrücklich auf eine Beurkundung der Abrede verzichteten. Nach den objektiv erkennbaren Umständen handelten sie dabei in dem Bewusstsein, dass die nur mündlich abgeschlossene Treuhandvereinbarung formnichtig und somit rechtlich unverbindlich ist. Hierfür spricht zunächst die vorangegangene Belehrung über die Formbedürftigkeit selbst. Die Beteiligten waren durchweg geschäftserfahren, sodass bei objektiver Betrachtung davon auszugehen war, sie würden aus dem Hinweis des beklagten Notars ohne Weiteres den – sich aufdrängenden – Schluss ziehen, dass eine ohne Beachtung der notwendigen Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich nicht bindend sein werde. Zudem erklärte K gegenüber dem Beklagten, aufgrund der jahrelangen Zusammenarbeit mit B vertraue er diesem. Damit brachte er sinngemäß zum Ausdruck, dass er auf eine rechtliche Verbindlichkeit der Treuhandvereinbarung verzichten könne und ihm eine gleichsam nur „moralische“ Verpflichtung genüge.

**20** Handelten die Beteiligten nach den objektiv erkennbaren Umständen folglich in dem Bewusstsein der Formnichtigkeit der Treuhandvereinbarung und wollten sie den rechtswirksamen Übergang des GmbH-Geschäftsanteils von H auf B erklärtermaßen dennoch herbeiführen, rechtfertigt dies den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss, dass sie eine rechtliche Einheit zwischen den beiden Verträgen nicht beabsichtigten. Ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB liegt demnach nicht vor, sodass die Nichtigkeit der Treuhandabrede nicht zur Unwirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags führt.

**21** Soweit die Revision demgegenüber rügt, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin übergangen, dass K davon ausgegangen sei, B sei auch an eine nur mündlich vereinbarte Treuhand rechtswirksam gebunden, zumal der Beklagte auf die Rechtsfolgen einer Nichtbeurkundung der Treuhandabrede nicht hingewiesen habe, dringt sie hiermit nicht durch. Wie ausgeführt, sind bei der Auslegung, ob ein einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 BGB vorliegt, nicht die inneren Vorstellungen einer Vertragspartei maßgeblich, sondern ihr objektiv erkennbarer Wille.

**22** b) Selbst wenn man den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag als nichtig ansähe, läge im Übrigen keine schuldhaftes Amtspflichtverletzung des Beklagten vor, weil das Berufungsgericht durch einen mit drei Berufsrichtern besetzten Kollegialspruchkörper unter Würdigung der Einzelfallumstände ein amtpflichtwidriges Verhalten des Beklagten verneint hat (sog. Kollegialgerichtsrichtlinie; etwa Senat, Beschluss vom 23.10.2003, III ZR 49/03, BeckRS 2003, 09191; Urteile vom 3.3.2005, III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148; und vom 21.1.2016, III ZR 160/15, BeckRS 2016, 02702 Rdnr. 36 m. w. N.). Ein „sicherer“ Weg zur Erreichung des verfolgten Ziels, zu dem der Beklagte ggf. hätte raten müssen (dazu Senatsurteil vom 3.3.2005, a. a. O. m. w. N.), stand vorliegend nicht zur Verfügung, da die Beteiligten einerseits eine Beurkundung der Treuhandabrede ablehnten und andererseits die Beurkundung des Geschäftsanteilsübertragungs-

vertrags wünschten. Der angestrebte „Austausch“ des Treuhänders ließ sich hiernach auf eine andere Weise als geschehen nicht herbeiführen.

**23** 2. Entgegen der Meinung der Revision war der Beklagte nicht gehalten, die Beteiligten des Näheren auf die Folgen der Formnichtigkeit der Treuhandabrede hinzuweisen. Wie ausgeführt, ergab sich bei objektiver Betrachtung, dass sich die Vertragsbeteiligten darüber im Klaren waren, dass eine ohne Beachtung dieser Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich unwirksam ist. Hiervon durfte auch der Beklagte ausgehen. Des Hinweises auf eine (mögliche) Nichtigkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags bedurfte es nicht, weil dieser Vertrag zunächst (bis zur Arglistanfechtung) wirksam war. Jedenfalls wäre dem Beklagten ein diesbezügliches Versäumnis in Anbetracht der Billigung seines Verhaltens durch das Berufungsgericht (als Kollegialgericht) nicht als schuldhaft vorzuwerfen.

**24** 3. Auf die hilfsweise vom Berufungsgericht behandelte Frage der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens kommt es mangels Vorliegens einer (schuldhaften) Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht an.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Rainer Regler**, München

Das Urteil des BGH überrascht nicht – weder bei den Entscheidungsgründen, die den Komplex Wirksamkeit und Formnichtigkeit der Vereinbarungen betreffen, noch bei den Entscheidungsgründen, die sich mit dem notariellen Beurkundungs- und Berufsrecht und der notariellen Amtshaftung befassen. Das vorstehende Judikat betrifft lediglich einen Ausschnitt des zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsstreits, der im Übrigen zivilrechtliche (insbesondere Anfechtung und Schadensersatz) sowie strafrechtliche Weiterungen aufweist.

#### 1. Keine rechtliche Einheit zwischen Geschäftsanteilsabtretung und wirtschaftlich verknüpftem Treuhandvertrag

Mit der notariellen Beurkundung der Abtretung der übertragenen Geschäftsanteile wurde der Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG genügt. Der Abtretung der Geschäftsanteile lag weder ein Kauf noch eine Schenkung zugrunde, sondern ein Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnis, die Geschäftsanteile (auch weiterhin) für Rechnung des (bisherigen) Treugebers treuhänderisch zu halten und zu verwalten.<sup>1</sup> Mangels Beurkundung der Treuhandabrede war diese formnichtig (§ 15 Abs. 4 GmbHG, § 125 Satz 1 BGB). Welchen Rechtsgrund die Urkunde über die Abtretung der Geschäftsanteile stattdessen oder überhaupt auswies, geht aus dem Judikat nicht hervor. Es darf angenommen werden, dass der Rechtsgrund einer Regelung außerhalb der Urkunde vorbehalten geblieben ist. Die Frage der Heilung (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) wird vom BGH nicht diskutiert.

<sup>1</sup> Insoweit liegt eine sog. Übertragungstreuhand nahe (so zutr. *Bayer/Seletin*, WuB 2017, 138, 140 f.).

Der BGH verneint eine rechtliche Einheit zwischen der Abtretung der Geschäftsanteile und der Beurkundung des Treuhandvertrages. Dass eine solche Einheit wirtschaftlich bestand, steht außer Zweifel. Auch das Bestehen einer rechtlichen Einheit nach den von der Rechtsprechung entwickelten und im Judikat subsumierten Kriterien liegt nahe, da die Treuhandabrede den Rechtsgrund der Anteilsabtretung bildet. Dennoch wurde eine rechtliche Einheit, die zur Unwirksamkeit auch der Anteilsabtretung geführt hätte, letztlich verneint: Maßgeblich hierfür war der ausdrücklich geäußerte und im Rechtsstreit festgestellte Wille der Beteiligten, nur die Anteilsabtretung, nicht aber den Treuhandvertrag notariell beurkunden zu wollen. Insofern brachten die Beteiligten zum Ausdruck, dass die Anteilsabtretung gerade nicht – und auch nicht nach der Vorstellung auch nur eines Beteiligten – von dem Treuhandvertrag abhängen sollte. Die trotz notariellen Hinweises auf die Formbedürftigkeit gewählte vorsätzliche Flucht in die Unverbindlichkeit verhindert jedenfalls die rechtliche Einheit – und erhält die Wirksamkeit der Anteilsabtretung. Flankierend führt der BGH zum Scheingeschäft (§ 117 BGB) aus, verneint dieses aber zutreffend aufgrund des festgestellten Willens der Beteiligten, den Anteilsübergang herbeizuführen. Darin zeigt sich, dass sie das Rechtsgeschäft also tatsächlich wollten.

## 2. Keine Haftung des Notars

Eine Amtshaftung des Notars wurde vom BGH wie von der Vorinstanz verneint. Auch insoweit waren die Feststellungen maßgeblich, dass die Beteiligten trotz Hinweises des Notars die Treuhandabrede bewusst unverbindlich halten wollten. „Sehenden Auges“ wusste der Notar von der Unwirksamkeit der Treuhandabrede, gleichsam „sehenden Auges“ konnte und durfte er aber mangels rechtlicher Einheit von der Wirksamkeit der beurkundeten Anteilsabtretung ausgehen.

## 3. Schlussfolgerungen für die Praxis

Glücklich lassen die stringenten und zutreffenden Ausführungen des BGH dennoch nicht stimmen:

Hintergrund des Rechtsstreits der Beteiligten ist das betrügerische Verbringen des Treugutes. Dies hätte angesichts der vorhandenen kriminellen Energie des Anteilsübernehmers ein beurkundeter Treuhandvertrag vielleicht nicht verhindert, so auch der Vortrag des beklagten Notars. Beurkundungsrechtlich ist zu konstatieren, dass unklar bleibt, welche Vorteile die Nichtbeurkundung der Treuhandabrede mit sich bringen sollte.<sup>2</sup> Kostenrechtliche Einsparungen sind mit der fehlenden Beurkundung des Rechtsgrundes nicht verbunden; die steuerlichen Mitwirkungspflichten des Notars bestehen auch bei der „bloßen“ Anteilsabtretung (§ 54 EStDV), sodass hiernach die Steuerverwaltung eigene Ermittlungen (zum Rechtsgrund) anstellen kann.

Der Notar ist ersichtlich nicht dafür verantwortlich, dass sich die Beteiligten vertragstreu verhalten; er ist ebenso wenig verantwortlich, dass ein Beteiligter das ihm von einem anderen Beteiligten entgegengebrachte Vertrauen auch rechtfertigt und die eingeräumte Rechtsmacht nicht missbraucht.

Diese Thematik stellt den Dreh- und Angelpunkt einer jeden General- und Vorsorgevollmacht dar. Vorliegend war für den Notar aufgrund der ausdrücklichen Einlassung beider Vertragsbeteiligten eindeutig, dass das Rechtsgeschäft – wie beurkundet – so gewollt war. Für den Fall, dass einem Beteiligten dagegen die in der Gestaltung liegenden Risiken nicht in der Weise bewusst sind, wie dies im vorliegenden Judikat der Fall war, ist vom Notar das Bestehen einer Warnpflicht, bei der ausnahmsweise auch die wirtschaftlichen Folgen das beabsichtigten Rechtsgeschäfts einzubeziehen sind, zu prüfen.

Allgemein kann in Fallgestaltungen, bei denen sich für den betreuenden Notar der rechtliche und/oder wirtschaftliche Hintergrund der gewählten Gestaltung nicht recht erschließt, nur empfohlen werden, den Sachverhalt weiter zu ermitteln (§ 17 Abs. 1 BeurkG), um erst auf Basis dieser Ermittlungen die Entscheidung über die notarielle Mitwirkung (§ 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG) zu treffen. Auch das nicht ausschließbare Risiko, in einen Amtshaftungsrechtsstreit verwickelt zu werden, kann so jedenfalls verringert werden.

## 18. Zeitlich unbegrenzte Untervollmacht trotz zeitlich begrenzter Vollmacht

KG, Beschluss vom 14.2.2017, 1 W 20-32/17

*GBO § 13 Abs. 1 Satz 1, § 19*

*BGB § 158 Abs. 2, §§ 163, 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Eine zeitlich begrenzt erteilte Vollmacht schließt die Erteilung einer zeitlich unbeschränkten Untervollmacht grundsätzlich nicht aus. Ob der Hauptbevollmächtigte hierzu ermächtigt ist, hängt vom Willen des Geschäftsherrn bei Erteilung der Hauptvollmacht an. Dient die Untervollmacht lediglich der Abwicklung eines von dem Hauptbevollmächtigten im Rahmen der ihm erteilten Vollmacht geschlossenen Grundstückskaufvertrags, ist von der Befugnis zur zeitlich unbeschränkten Unterbevollmächtigung auszugehen, wenn auch ein im eigenen Namen handelnder Verkäufer im Regelfall hierzu Vollmacht erteilen würde. Das ist im Hinblick auf eine dem Käufer erteilte Finanzierungsvollmacht der Fall (Fortführung von Senat, Beschluss vom 21.12.1908, 1 Wx 412/08, KGJ 37, A 239).**

### SACHVERHALT:

1 I. Am 8.8.2016 erteilte die Geschäftsführerin der A Herrn P zu notarieller Urkunde Vollmacht, für sie mit Wirkung vom 8.8. bis zum 9.10.2016 betreffend die im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundstücke unter anderem

„alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte, welche die Veräußerung der benannten Grundstücke betreffen, vorzunehmen und entgegenzunehmen (...) über die Grundstücke zu verfügen, diese zu verkaufen (...), Eintragungen jeder Art zu bewilligen und zu beantragen; Untervollmachten und Belastungsvollmachten zu erteilen (...)“.

<sup>2</sup> So bereits *Vossius*, NotBZ 2017, 25, 26.

2 Unter Bezugnahme auf diese Vollmacht veräußerte P am 8.8.2016 zu notarieller Urkunde im Namen der A die Grundstücke an B. In § 11 der Urkunde wurde B eine Belastungsvollmacht erteilt, die keine zeitlichen Beschränkungen enthält.

3 Am 29.11.2016 bewilligte und beantragte der Geschäftsführer der B in deren und im Namen der A unter Berufung auf diese Belastungsvollmacht die Eintragung einer Gesamtbuchgrundschuld über 4,8 Mio. € in den Grundbüchern.

4 Der Urkundsnotar hat seine Urkunde mit Schriftsatz vom 30.11.2016 bei dem Grundbuchamt eingereicht und die Eintragung der Gesamtbuchgrundschuld beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung darauf hingewiesen, A habe wegen der P nur befristet erteilten Vollmacht die in ihrem Namen erteilten Erklärungen zu genehmigen. (...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

6 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. (...)

7 a) Die Eintragung einer Grundschuld im Grundbuch erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, § 19 GBO. Die Bewilligung muss nicht persönlich abgegeben werden. Sie kann auch von einem Vertreter erklärt werden. In diesem Fall ist dem Grundbuchamt dessen Vertretungsmacht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen. Bei Handlungen eines Untervollmächtigten ist die gesamte Vertretungskette nachzuweisen (Senat, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 688-689/15, FGPrax 2015, 195). Das aber ist vorliegend geschehen.

8 Die Bevollmächtigung der B, im Namen der A zu handeln, folgt aus der in Ausfertigung bei den Grundakten befindlichen notariellen Kaufurkunde. Die P in notariell beurkundeter Vollmacht von A erteilte Vollmacht liegt ebenfalls vor.

9 b) Die zur Grundschuldbestellungsurkunde erklärte Bewilligung des Geschäftsführers der B wirkt für und gegen A, § 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1 BGB. Daran ändert es nichts, dass B nicht unmittelbar von A zu deren Vertretung bevollmächtigt worden war, sondern durch den seinerseits im Namen der A bevollmächtigten P. Hierzu war P hingegen berechtigt. Die Vollmacht vom 8.8.2016 umfasste ausdrücklich das Recht zur Erteilung von Untervollmacht sowie Belastungsvollmacht. Diese (Haupt-)Vollmacht war im Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrags auch (noch) wirksam. Das war rechtlich erforderlich, aber auch ausreichend.

10 aa) Die Wirksamkeit der einmal erteilten Untervollmacht zur unmittelbaren Vertretung des Geschäftsherrn ist grundsätzlich nicht vom weiteren Fortbestand der Hauptvollmacht abhängig (OLG Frankfurt, NZG 2014, 909, 910; OLG München, Beschluss vom 29.5.2015, 34 Wx 152/15; Senat, a. a. O.; Beschluss vom 21.12.1908, 1 X 412/08, KGJ 37 A 239, 242; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Einl E Rdnr. 34; *Hügel/Reetz*, GBO, 3. Aufl., Vertretungsmacht Rdnr. 40; *Bauer/von Oefe/Schaub*, GBO, 3. Aufl., AT VII Rdnr. 40; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3565; *Bous*, RNotZ 2004, 483, 484).

11 Hieran ändert es vorliegend nichts, dass die P erteilte (Haupt-)Vollmacht befristet erteilt und im Zeitpunkt der Bewilligung vom 29.11.2016 bereits nicht mehr bestand, §§ 163,

158 Abs. 2 BGB. Allerdings kann die Untervollmacht nicht weiter gehen als die Hauptvollmacht (BGH, NJW 2013, 297, 298). Es wird deshalb vertreten, dass bei einer befristet erteilten Hauptvollmacht keine unbefristete Untervollmacht erteilt werden könne (*Böttcher*, a. a. O., Rdnr. 33; *Schaub*, a. a. O., Rdnr. 39; *Schöner/Stöber*, a. a. O.; *Palandt/Ellenberger*, 76. Aufl., § 167 Rdnr. 12).

12 Demgegenüber hat der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 21.12.1908 (a. a. O., 244) ausgeführt, dass die zeitliche Begrenzung der Hauptvollmacht die Möglichkeit zur Erteilung einer zeitlich unbeschränkten Untervollmacht im Namen des Geschäftsherrn grundsätzlich nicht ausschließt. Hieran ist festzuhalten, weil es maßgeblich auf den Willen des Geschäftsherrn bei Erteilung der Hauptvollmacht ankommt (Senat, a. a. O.; OLG München, a. a. O.; OLG Frankfurt, a. a. O., 911; *Bous*, a. a. O., 487; *Reetz*, a. a. O.; Münch-Komm-BGB/*Schubert*, 7. Aufl., § 167 Rdnr. 84; *Staudinger/Schilken*, BGB, 2014, § 167 Rdnr. 67).

13 bb) Allerdings enthält die Hauptvollmacht keine Ausführungen zur Gestattung einer über ihre Befristung hinausgehenden Befugnis zur Erteilung von Untervollmacht. Sie ergibt sich aber durch Auslegung der zur Vollmachtsurkunde erfolgten Erklärung der A.

14 Eine Auslegung kann im Grundbuchverfahren wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Erfordernisses urkundlich belegter Eintragungsgrundlagen nur erfolgen, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH, NJW-RR 2015, 645, 646; NJW 1995, 1081, 1082, *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 172; *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 28).

15 Gemessen hieran sind die Beanstandungen des Grundbuchamts nicht gerechtfertigt. Im Zweifelsfall bedeutet die zeitliche Beschränkung einer Hauptvollmacht, dass der Geschäftsherr nach Fristablauf seine Angelegenheiten wieder selbst wahrnehmen will (Senat, KGJ, a. a. O., 244).

16 Ein solcher Zweifelsfall liegt jedoch nicht vor in Angelegenheiten, bei denen sich der Geschäftsherr ohnehin regelmäßig eines Vertreters bedient. So ist es gängige notarielle Praxis, den Erwerber beim finanzierten Grundstückskauf zur Belastung des Grundstücks mit Grundpfandrechten zu bevollmächtigen (vgl. Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 4. Aufl., II 2 Rdnr. 423 ff.; *Bous*, a. a. O., 487; Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, 6. Aufl., Grundstückskauf Rdnr. 266 ff.). Eine entsprechende Finanzierungsvollmacht zugunsten der B ist in § 11 der Kaufurkunde erteilt worden. Es ist nicht erkennbar, dass A ohne Vertretung durch P im Rahmen der Beurkundung andere Regelungen angestrebt hätte. Letztlich handelt es sich bei der Bewilligung der Gesamtgrundschuld um ein an den Vertragsschluss vom 8.8.2008 anschließendes Rechtsgeschäft, das lediglich der Abwicklung der beiderseitigen Pflichten und Rechte aus dem Kaufvertrag zu dienen bestimmt ist. Während A durchaus ein Interesse daran haben kann, nach Ablauf der P befristet erteilten Vollmacht ein bis dahin ggf. noch nicht zu-

stande gekommenes Hauptgeschäft selbst abzuschließen, sodass insoweit eine darüber hinaus erteilte Untervollmacht ihre Wirkung mit der Hauptvollmacht verlöre (vgl. Senat, a. a. O., 244), ist eine solche Interessenlage bei lediglich der Abwicklung des Hauptgeschäfts dienenden Geschäften ersichtlich nicht gegeben. Die B erteilte Belastungsvollmacht dient wie regelmäßig in erster Linie dazu, die vertraglichen Ziele auch im Interesse der B zu erreichen und das hierzu erforderliche Verfahren zu vereinfachen (*Bous*, a. a. O., 487).

17 3. Vorsorglich und ohne Bindungswirkung weist der Senat darauf hin, dass die voranstehenden Ausführungen für die den Notariatsangestellten zur Kaufurkunde erteilten Durchführungsvollmachten entsprechend gelten dürften (vgl. OLG München, a. a. O.; *Bous*, a. a. O., 488). Das Grundbuchamt hat in der Zwischenverfügung insoweit lediglich auf ein mögliches künftiges Eintragungshindernis hingewiesen. Ein solcher Hinweis ist nicht anfechtbar, weil es sich nicht um eine Entscheidung im Sinne des § 71 Abs. 1 GBO handelt. Er ist damit nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens geworden.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Valentin Spernath**, Bad Königshofen

### 1. Das Problem

Im zu entscheidenden Fall war die Vollmacht, die zum Abschluss des Kaufvertrages samt Auflassung verwendet wurde, befristet. Demgegenüber waren die im aufgrund dieser Vollmacht geschlossenen Kaufvertrag enthaltenen Untervollmachten, insbesondere Durchführungsvollmachten an Notariatsangestellte und die Finanzierungsvollmacht an den Käufer, unbefristet. Die Finanzierungsvollmacht kam erst nach Erlöschen der Hauptvollmacht aufgrund Fristablaufs zum Einsatz.

### 2. Grundsätze der Untervollmacht

Bei der Entscheidung musste das Gericht zwei bisher herausgearbeitete und anerkannte Grundsätze in Einklang bringen.

Zum einen ist der Bestand einer Untervollmacht grundsätzlich nicht vom Fortbestand der Hauptvollmacht im Zeitpunkt der Ausübung, sondern nur zum Zeitpunkt der Erteilung der Untervollmacht abhängig.<sup>1</sup> Wäre also lediglich die Hauptvollmacht in der Zwischenzeit widerrufen worden, hätten an der Wirksamkeit der aufgrund der inzwischen erteilten Untervollmacht (Finanzierungsvollmacht) abgegebenen Erklärungen keine Zweifel bestanden.

Zum anderen allerdings kann der Umfang einer Untervollmacht nicht über den Umfang der zugrundeliegenden Hauptvollmacht hinausgehen.<sup>2</sup> So soll beispielsweise nach

1 OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.2.2014, 20 W 548/11, NZG 2014, 909; OLG München, Beschluss vom 29.5.2015, 34 Wx 152/15, juris – hier auch schon speziell zur Frage der befristeten Hauptvollmacht; KG, Beschluss vom 21.12.1908, 1 X 412/08, KGJ 37, A 239, 242.

2 BGH, Beschluss vom 25.10.2012, V ZB 5/12, NJW 2013, 297 Rdnr. 12.

verbreiteter Ansicht ein nicht von § 181 BGB befreiter Hauptbevollmächtigter keine Untervollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen können.<sup>3</sup>

Ob dagegen eine befristete Hauptvollmacht zur Erteilung unbefristeter Untervollmachten ermächtigt, ist in der Literatur umstritten.<sup>4</sup>

### 3. Die Entscheidung

Das Kammergericht lässt in der Entscheidung über die befristete Hauptvollmacht hinaus wirkende Untervollmachten zu. Entscheidend sei die Auslegung der Hauptvollmacht im Einzelfall anhand des Willens des Geschäftsherrn.<sup>5</sup> Da im konkreten Fall die erteilten Untervollmachten nur der Abwicklung des vom Hauptbevollmächtigten fristgerecht abgeschlossenen Kaufvertrages dienten, liege es erkennbar im Interesse des Geschäftsherrn, der – wenn er selbst an der Beurkundung des Hauptgeschäfts mitgewirkt hätte – deckungsgleiche Vollzugs- und Finanzierungsvollmachten erteilt hätte, dass diese als Untervollmachten erteilte Vollmachten über die Hauptvollmacht zum Abschluss des Rechtsgeschäfts hinaus Bestand hätten. Anders wäre dies allenfalls dann zu beurteilen, wenn das Hauptgeschäft, nämlich der Kaufvertrag selbst, nicht innerhalb der Frist der Hauptvollmacht abgeschlossen worden wäre und nun durch einen Unterbevollmächtigten nach Fristablauf der Hauptvollmacht nachgeholt würde.

Deshalb seien sowohl die Vollzugsvollmachten an die Notariatsangestellten als auch die Finanzierungsvollmacht an den Käufer weiterhin wirksam.

### 4. Fazit

Die Entscheidung verdient unumschränkte Zustimmung. Die Frage, wie weitgehend Untervollmachten erteilt werden können und wirken, ist eine Frage der Auslegung der Hauptvollmacht. Auch der Unterbevollmächtigte handelt in aller Regel nicht für den Hauptbevollmächtigten, sondern für den Geschäftsherrn selbst.<sup>6</sup> Allein dessen Wille ist für Umfang und Fortbestand von Untervollmachten maßgeblich. „Entscheidend für die Reichweite der Befugnis, Untervollmacht zu erteilen, ist nämlich nicht der Umfang der Rechtsmacht des Hauptbevollmächtigten, selbst Geschäfte für den Geschäftsherrn abzuschließen, sondern eben allein dessen Berechtigung, einem Untervertreter Rechtsmacht zum Handeln für den Geschäftsherrn einzuräumen. Beide Befugnisse sind nicht notwendig deckungsgleich.“<sup>7</sup> Selbstverständlich ist der Geschäftsherr frei, die Hauptvollmacht zu

3 *Palandt/Ellenberger*, 76. Aufl. 2017, § 168 Rdnr. 12; kritisch *Bous*, RNotZ 2004, 483, 487.

4 Dagegen u. a. *Palandt/Ellenberger*, § 168 Rdnr. 12; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3565; dafür u. a. *Bous*, RNotZ 2004, 483, 487; *MünchKomm-BGB/Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 167 Rdnr. 84.

5 Ähnlich bereits OLG München, Beschluss vom 29.5.2015, 34 Wx 152/15, juris; KG, Beschluss vom 21.12.1908, 1 X 412/08, KGJ 37, A 239, 242.

6 *Bous*, RNotZ 2004, 483, 484; siehe hierzu schon RG, Urteil vom 27.9.1924, V 367/23, RGZ 108, 405.

7 *Bous*, RNotZ 2004, 483, 487.

befristen und dennoch dem Hauptbevollmächtigten die Befugnis zur Erteilung einer unbefristeten Untervollmacht einzuräumen.

Die Annahme eines Grundsatzes, wonach bei befristeten Vollmachten die Untervollmachten mit diesen erlöschen, verstieße gegen das Interesse des Geschäftsherrn und wäre nicht sachgerecht. Denn dann würde, wie der entschiedene Fall zeigt, der Vollzug wirksam aufgrund befristeter Vollmacht abgeschlossener Rechtsgeschäfte regelmäßig unnötig erschwert.

Trotz dieser erfreulichen Entscheidung empfiehlt es sich allerdings für die Praxis, insbesondere wegen der im Gegensatz zur Rechtsprechung uneinheitlichen Linie der einschlägigen Literatur und zur Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Willens des Geschäftsherrn, in der Vollmachtsurkunde die Frage der Untervollmachten detaillierter zu regeln, zum Beispiel wie folgt:

Soweit Untervollmachten in üblichem Umfang in einem aufgrund dieser Vollmacht abgeschlossenen Grundstücksgeschäft oder sonst zu dessen Abwicklung erteilt werden, bestehen sie auch nach Erlöschen dieser Vollmacht fort.

## KOSTENRECHT

### 19. Geschäftswert für die Auflösung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

OLG Köln, Beschluss vom 28.4.2017, 2 Wx 95 und 99/17

GNotKG § 105 Abs. 6, § 108 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Für die notariellen Gebühren ist im Falle der Auflösung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) der Mindestgeschäftswert von 30.000 € maßgebend, auch wenn für die Gründung dieser Gesellschaft dieser Mindestgeschäftswert nicht gilt.**

#### SACHVERHALT:

(...)

2 Der Antragsteller trat im Juli 2014 an den Notar heran, die bestehende M-UG (haftungsbeschränkt) aufzulösen und die b-UG (haftungsbeschränkt) zu gründen. Dabei wies der Antragsteller darauf hin, dass die Kosten so gering wie möglich bleiben sollen. Vor diesem Hintergrund ersuchte der Antragsteller um Rat, ob es günstiger sei, die M-UG (haftungsbeschränkt) in die b-UG (haftungsbeschränkt) „umzuwandeln“ oder die b-UG (haftungsbeschränkt) neu zu gründen. Gesellschafter der b-UG (haftungsbeschränkt) sollten neben dem Antragsteller noch weitere Personen werden. Aus Kostengründen riet der Notar zur Löschung der M-UG (haftungsbeschränkt) und Neugründung der b-UG (haftungsbeschränkt). Daraufhin beauftragte der Antragsteller den Notar mit der Anfertigung entsprechender Entwürfe, die dieser anfertigte. Unter dem 21.8.2014 teilte der Antragsteller mit, dass die b-UG (haftungsbeschränkt) zunächst nicht gegründet werden sollte, während die Auflösung der M-UG (haftungsbeschränkt) so schnell wie möglich durchgeführt werden

solle. Am 1.9.2014 unterzeichnete der Antragsteller den vom Notar vorbereiteten Gesellschafterbeschluss zur Auflösung und die dazugehörige Registeranmeldung. Unter dem 12.9.2014 erstellte der Notar zwei Rechnungen. In der Kostenrechnung Nr. 111/2014 brachte er eine Gebühr nach Nr. 21302 KV GNotKG und eine Gebühr nach Nr. 21304 KV GNotKG, jeweils von einem Gegenstandswert von 105 €, in Ansatz. Mit der Kostenrechnung Nr. 488+489/2014 berechnete er eine Gebühr nach Nr. 24100 KV GNotKG von einem Geschäftswert von 30.000 € sowie Gebühren nach Nr. 24102 KV GNotKG und Nr. 22114 KV GNotKG jeweils von einem Geschäftswert von 60.000 €. Unter dem 1.12.2014 stellte der Antragsteller Anträge auf gerichtliche Überprüfung der Kostenrechnungen. Diese wies das LG mit Beschluss vom 28.2.2017 zurück.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

6 Kostenrechnung R. Nr. 111/2014 (Beschwerdeverfahren 2 Wx 95/17): Die vom Notar angesetzten Gebühren sind nicht übersetzt. Gemäß Nr. 24100 KV GNotKG beträgt die Mindestgebühr, die vom Notar nicht unterschritten werden darf, für den Entwurf 120 €, wenn die Gebühr für das Beurkundungsverfahren 2,0 betragen würde. Dies ist der Fall, denn für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages wäre nach Nr. 21100 KV GNotKG eine Gebühr in Höhe von 2,0 angefallen.

7 Ebenso ist unter Nr. 24102 KV GNotKG für den Entwurf der Handelsregisteranmeldung lediglich die festgelegte Mindestgebühr von 30 € in Ansatz gebracht worden; die Beurkundung hätte eine Gebühr von 0,5 ausgelöst, Nr. 21201 KV GNotKG. Der Umstand, dass die Registeranmeldung nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers frühzeitig gestoppt wurde, ändert nichts am Anfall der Gebühr für den gefertigten Entwurf.

8 Kostenrechnung UR. Nr. 488+489/2014 (Beschwerdeverfahren 2 Wx 99/17): Unzutreffend ist der Einwand des Beschwerdeführers, es könne in Anbetracht des vereinfachten Gründungsverfahrens nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, wenn bei der Auflösung von Mindestgeschäftswerten von 30.000 € ausgegangen werde. Denn die unterschiedliche gebührenrechtliche Behandlung von Gründung und Auflösung entspricht gerade der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung: Über die Verweisung in § 108 Abs. 1 Satz 1 GNotKG findet bei Beschlüssen von Gesellschaftsorganen (dazu gehören der Auflösungsbeschluss und der Beschluss über die Aberufung von Geschäftsführern und die Bestellung von Liquidatoren) § 105 Abs. 6 GNotKG entsprechende Anwendung. Diese Vorschrift regelt abschließend die Fälle, in denen bei einer gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG gegründeten Gesellschaft (und damit bei der vereinfachten Gründung einer Unternehmergesellschaft) der Mindestwert von 30.000 € nicht gilt. Dies sind zum einen die Gründung selbst (§ 105 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GNotKG) und zum anderen Änderungen des Gesellschaftsvertrages, wenn die Gesellschaft auch mit dem geänderten Gesellschaftsvertrag hätte gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG gegründet werden können (§ 105 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GNotKG). Bei der Auflösung der Gesellschaft handelt es sich nicht um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages in diesem Sinne, weil ein Auflösungsbeschluss nicht Inhalt eines Gesellschaftsvertrages sein kann, der Grundlage einer Gründung gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG sein könnte. Mit anderen Worten ist eine

Unterschreitung des gesetzlich vorgeschriebenen Mindestwertes nur im Zusammenhang mit der Gründung und den vorstehend genannten Änderungen des Gesellschaftsvertrages, nicht hingegen im Falle eines Auflösungsbeschlusses möglich. Fehl geht die Auffassung der Beschwerde, der Sinn des vereinfachten Verfahrens werde durch den Ansatz des Mindestgeschäftswerts bei der Auflösung in Frage gestellt. Denn mit dem vereinfachten Verfahren und der Gebührenprivilegierung hat der Gesetzgeber einen Anreiz für die Gründung, nicht hingegen auch für die Auflösung von Gesellschaften geschaffen.

**9** Zutreffend hat der Notar für den Entwurf des Gesellschafterbeschlusses eine Gebühr in Höhe von 2,0 angesetzt. Dies war zwingend aufgrund der gesetzlichen Regelung: Die auf den Auflösungsbeschluss anzuwendende Nr. 24100 KV GNotKG sieht einen Gebührenrahmen von 0,5 bis 2,0 vor. Gemäß § 92 Abs. 2 GNotKG musste der Notar für die vollständige Erstellung des Entwurfs die Höchstgebühr (also in Höhe von 2,0) erheben; ein Ermessen innerhalb des Gebührenrahmens der Nr. 24100 KV GNotKG bestand für ihn nicht.

**10** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in den beiden Kostenrechnungen des Notars ausschließlich Gebühren festgesetzt sind, die aufgrund der bindenden gesetzlichen Regelung nicht zu unterschreiten waren.

(...)

#### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Die Entscheidung bestätigt die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München, im Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1546.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 20. Unwirksamkeit der Zusage zur Förderung eines inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplans

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.1.2017, I-24 U 38/16)

*BauGB § 1 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6*

#### LEITSATZ:

**Eine Gemeinde kann sich nach § 1 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 BauGB i. V. m. § 134 BGB nicht wirksam vertraglich verpflichten, einen Bebauungsplan aufzustellen oder zu ändern. Ihr ist es auch verwehrt, sich zu verpflichten, auf eine bestimmte Änderung eines Bebauungsplans hinzuwirken. Selbst die vertragliche Zusage einer Gemeinde, einen inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplan in Übereinstimmung mit dem Vertragspartner zu fördern, entbehrt der Wirksamkeit.**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die Klägerin war Eigentümerin eines ca. 56.600 m<sup>2</sup> großen Gewerbegrundstücks. Dies war nach den Festsetzungen des Bebauungsplans mit einer Teilfläche von rund 30.500 m<sup>2</sup> als Sonder-

gebiet (SO) und weiteren rund 26.100 m<sup>2</sup> als Gewerbegebiet (GE) ausgewiesen. Hiervon übertrug die Klägerin der Beklagten aufgrund notariellen Kaufvertrages 2008 eine am nordwestlichen Rand gelegene Teilfläche des SO-Gebietes von ca. 16.500 m<sup>2</sup> zum Preis von 63 €/m<sup>2</sup>. Hierdurch verkleinerte sich die (höherwertige) SO-Fläche auf dem verbleibenden Restgrundstück auf rund 14.000 m<sup>2</sup>.

**2** Die Parteien streiten darüber, ob sich die Beklagte nach den Absprachen der Parteien dafür einsetzen sollte, dass durch Änderung der Bauleitplanung ein entsprechender Teil der GE-Fläche des Restgrundstücks – namentlich das im Plan als GEe-2 bezeichnete – in SO-Fläche umgewandelt werden sollte, damit der Klägerin auch nach der Veräußerung des Teilgrundstücks an die Beklagte wieder eine entsprechend große SO-Fläche von ca. 30.500 m<sup>2</sup> zur Realisierung eines Fachmarktzentrums zur Verfügung steht. Zu einer Änderung der Bauleitplanung kam es unstreitig nicht, da die Beklagte einen Bebauungsplan lediglich für die von ihr erworbene Teilfläche initiierte, wonach die SO-Fläche in GE-Fläche umgewandelt wurde.

**3** Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 BGB bzw. wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen in Anspruch, weil diese pflichtwidrig die Bebauungsplanänderung lediglich für ihre Teilfläche durchgeführt habe, obwohl sie der Beklagten zugesichert habe, dass der „Baurechtstausch“ im Rahmen der künftigen Bauleitplanung von ihr berücksichtigt und umgesetzt werde. Der Schaden bestehe darin, dass die auf dem Restgrundstück verbleibende SO-Fläche von rund 14.000 m<sup>2</sup> nicht vermarktet werden könne (...). Ferner begehrt die Klägerin in Bezug auf die verkaufte Teilfläche aus ungerechtfertigter Bereicherung den Differenzbetrag zwischen dem für SO-Fläche üblichen Preis (...) und dem von der Beklagten gezahlten Preis (...) für GE-Fläche (...).

(...)

**12** Das LG Duisburg hat mit Urteil vom 4.12.2015 die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte sich nicht wirksam habe verpflichten können, einen Bebauungsplan zu erlassen. Im Übrigen habe die Klägerin auch nicht klar vorgetragen, dass eine solche Verpflichtung vereinbart worden wäre. (...)

**13** Die Klägerin hat gegen das (...) Urteil des LG Berufung eingelegt (...). Sie führt aus: Das LG habe rechtsfehlerhaft die erforderliche Beweiserhebung zu der zentralen und entscheidungserheblichen Frage zum Zustandekommen und Inhalt der weiteren Vereinbarung nicht durchgeführt. (...)

**14** Soweit das LG Ausführungen dazu gemacht habe, dass die Beklagte sich nicht wirksam habe verpflichten können, einen Bebauungsplan aufzustellen, habe die Klägerin dies auch nie behauptet. Die Vertragsverletzung der Beklagten läge darin begründet, dass die Beklagte entgegen der von ihr eingegangenen Verpflichtung einen Bebauungsplan allein für die von ihr erworbene Teilfläche aufstellte und sich im Übrigen endgültig weigerte, im Nachhinein eine Änderung des bestehenden Bebauungsplanes für das Restgrundstück zu unterstützen. Da sie eine solche Änderung nachhaltig verhindere, verstoße sie gegen die Kooperationsverpflichtung, nämlich das Bemühen um eine gemeinsame Bauleitplanung. (...)

**15** Die Vereinbarung zum „Baurechtstausch“ bilde keine rechtliche Einheit mit dem Grundstückskaufvertrag 2008 und unterliege daher nicht dem Formgebot des § 311b Abs. 1 BGB.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**20** II. Die Berufung der Klägerin (...) ist zulässig. (...)

**21** Die Berufung ist jedoch unbegründet. Sie bleibt – auch unter Berücksichtigung der nach Auffassung der Klägerin vom LG nicht ausreichend gewürdigten Aspekte – ohne Erfolg.

**22** 1. Erfolglos wendet sich die Berufung gegen die Abweisung des Schadensersatzanspruchs wegen des in Bezug auf die verbleibende Restfläche geltend gemachten Wertverlustes von  $105 \text{ €/m}^2 \times 14.000 \text{ m}^2 = 1.470.000 \text{ €}$ , der dadurch eingetreten sein soll, dass hier mangels Änderung der bestehenden Bauleitplanung keine zusammenhängende SO-Fläche von  $30.500 \text{ m}^2$  geschaffen werden konnte, sodass die  $14.000 \text{ m}^2$  letztlich nicht genutzt werden konnten. Entgegen der Auffassung der Berufung bedurfte es keiner Beweiserhebung über die Behauptung der Klägerin, die Beklagten habe sich in einer weiteren Vereinbarung verpflichtet, auf eine Änderung des Bebauungsplans bezogen auf die der Klägerin verbleibende Restfläche hinzuwirken.

**23** Die Beklagte konnte sich nicht wirksam verpflichten, die gewünschten planungsrechtlichen Grundlagen zu schaffen oder umzusetzen. Dem stünde bereits § 1 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 6 BauGB entgegen, mit der Folge, dass eine entsprechende Vereinbarung gemäß § 134 BGB nichtig wäre. Die Gemeinde genießt zwar bei der Bauleitplanung weitgehende planerische Gestaltungsfreiheit, ist aber nicht von rechtlichen Bindungen freigestellt. Sie unterliegt bei der Planung vielfältigen tatsächlichen und rechtlichen Bindungen. Als drei jeweils eigenständige rechtliche Schranken nennt der Gesetzgeber in § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB das Gebot, die Planung an den Erfordernissen der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung auszurichten, in § 1 Abs. 4 BauGB die Pflicht, die Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung anzupassen, und in § 1 Abs. 7 BauGB das Gebot, die öffentlichen und die privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen (*Schreiber/Sauthoff*, Handbuch Immobilienrecht, Öffentliches Baurecht – Bauplanungs- und Bauordnungsrecht, Rdnr. 8, juris). Dies war der Klägerin nicht nur als in Fragen der Städtebaupolitik, Stadtsanierung und Stadtentwicklung geschäftserfahrenes Unternehmen, sondern ganz konkret auch aufgrund des Vertrages mit der Beklagten vom 5.8.2003 bekannt und wird von ihr auch nicht in Abrede gestellt.

**24** Die Beklagte konnte sich auch nicht wirksam verpflichten, auf eine Änderung des Bebauungsplans für das der Beklagten verbleibende Restgrundstück hinzuwirken oder sich um eine solche zu bemühen. Selbst die vertragliche Zusage einer Gemeinde, einen inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplan in Übereinstimmung mit dem Vertragspartner zu fördern, entbehrt der Wirksamkeit (vgl. BVerwG, Beschluss vom 2.2.2012, 4 BN 32/11, Rdnr. 7, juris; BGH, Urteil vom 11.5.1989, III ZR 88/87, Rdnr. 22, juris).

**25** Überdies wäre eine Vereinbarung, von der – so die Behauptung der Klägerin – der Grundstückskaufvertrag 2008 abhängig gewesen sein soll, auch formbedürftig gewesen. Nach der Rechtsprechung des BGH genügt zwar eine einseitige Abhängigkeit des weiteren Geschäfts vom Grundstücksvertrag nicht, um eine rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots zu begründen. Etwas anderes gilt indes für den Fall, dass der Abschluss des Grundstücksvertrags – wie hier nach dem Vortrag der Klägerin – von der weiteren, an sich nicht formbedürftigen Vereinbarung abhängt. Dann gebieten die mit dem Normzweck verbundenen Funktionen des § 311b Abs. 1 BGB (Warn- und Schutzfunktion, Gewährsfunktion für richtige, voll-

ständige und rechtswirksame Wiedergabe des Parteiwillens, Beweisfunktion) die Erstreckung des Formgebots auf das verbundene Geschäft (BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 251/98, Rdnr. 5, juris). Die Nichteinhaltung der nötigen Form wäre hier allerdings zwischenzeitlich gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt.

**26** Im Übrigen fehlte es an der haftungsausfüllenden Kausalität. Hier weist nicht nur das angefochtene Urteil, sondern auch die Beklagte zutreffend darauf hin, dass nach wie vor nicht substantiiert dargelegt ist, dass eine Mitwirkungshandlung der Beklagten auch zur Verabschiedung eines den Vorstellungen der Klägerin entsprechenden Bebauungsplans geführt hätte. Die Beschlussfassung über einen Bebauungsplan erfolgt nach Prüfung und Abwägung aller zu berücksichtigenden Belange (vgl. oben) durch den Rat der Stadt bzw. Gemeinde. Dass das Abwägungsergebnis im Sinne der Klägerin ausgefallen und der Rat mit der erforderlichen Mehrheit einer entsprechenden Vorlage der Verwaltung gefolgt wäre, ist nicht dargetan und kann ohne weitere Darlegung auch nicht angenommen werden.

**27** 2. Erfolglos wendet sich die Berufung auch gegen die Abweisung des Anspruchs auf Zahlung des sich in Bezug auf die an die Beklagte veräußerte Teilfläche ergebenden Differenzbetrages zwischen dem für SO-Fläche üblichen Preis von  $105 \text{ €/m}^2$  und dem von der Beklagten gezahlten Preis von  $63 \text{ €/m}^2$  für GE-Fläche.

**28** Ein solcher Anspruch folgt nicht aus Vertrag, weil eine entsprechende Regelung weder im notariellen Kaufvertrag 2008 enthalten ist noch als Nebenabrede behauptet wird.

**29** Ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages gemäß § 313 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht. Selbst wenn die von der Klägerin behauptete Vereinbarung bezüglich eines „Baurechts-tauschs“ Geschäftsgrundlage für den Grundstückskaufvertrag geworden wäre, ist nicht ersichtlich, dass das Festhalten am Vertrag für die Klägerin zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde. Allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt 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 am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für den Zuwendenden zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt. Ob dies der Fall ist, kann nur nach einer umfassenden Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände festgestellt werden (BGH, Beschluss vom 3.12.2014, XII ZB 181/13, Rdnr. 18 m. w. N., juris). Vorliegend fällt maßgeblich ins Gewicht, dass die Klägerin sehenden Auges das Risiko übernommen hat, dass die Bemühungen der Beklagten nicht zum Erfolg führen könnten. Sie hat es trotz Kenntnis des Risikos unterlassen, sich durch entsprechende Regelungen im notariellen Vertrag für den Fall abzusichern, dass die erwartete Änderung der Bauleitplanung ausbleiben könnte und das ge-

wünschte Baurecht für das ihr verbleibende Restgrundstück doch nicht geschaffen wird. Wenn sich das von ihr übernommene Risiko – wie vorliegend – verwirklicht, ist dies kein unvorhersehbares Ereignis, das ein Festhalten an dem Vertrag unzumutbar macht. Wenn eine Partei das Risiko in Kauf nimmt, dass sich die Grundlagen einer Vereinbarung verändern können, ist ihr die Berufung auf eine Veränderung der Grundlagen verwehrt (vgl. zur Grundlage eines Abfindungsvergleichs: BGH, Urteil vom 16.9.2008, VI ZR 296/07, juris Rdnr. 13).

**30** Ein Anspruch zur Zahlung des Differenzbetrages ist auch nicht wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen begründet. Insoweit ist bereits der erstinstanzliche Vortrag der Klägerin widersprüchlich. Zum einen soll die Beklagte bereits in den Vertragsverhandlungen eine Ansiedlung von Gewerbebetrieben vorgetäuscht haben, um letztlich eine Abfallanlage realisieren zu können, wofür sie keine höherwertige SO-Fläche, sondern lediglich GE-Fläche benötigte. Zum anderen soll die Beklagte bereits Ende 2007/Anfang 2008 an die Klägerin herangetreten sein mit dem Anliegen, einen Recyclinghof auf der Optionsfläche Ge-2 zu errichten; dann aber ist nicht erkennbar, dass hier überhaupt eine Täuschungshandlung erfolgt ist. Abgesehen davon ist aber auch nicht dargetan, dass die Klägerin – ohne die zunächst behauptete Täuschungshandlung – einen höheren Quadratmeterpreis für die an die Beklagte veräußerte SO-Fläche hätte realisieren können.

**31** Auch ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges besteht nicht. Ein solcher setzt voraus, dass die Parteien einen über die bloße Erfüllung hinausgehenden besonderen Erfolg als Zweck der Zuwendung und damit als Behaltensgrund vereinbart haben. Es kommen nur solche Zwecke in Betracht, die über die nach den Vertragsvereinbarungen geschuldete Zweckerfüllung hinaus nach beiderseitigem Parteiwillen ein zusätzliches Erfordernis für das Behalten einer Leistung durch ihren Empfänger bilden sollen (*Erman/Buck-Heeb*, BGB, Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 812 BGB, Rdnr. 51). Dies kann hier in Bezug auf die behauptete Höherwertigkeit der an die Beklagten veräußerten Fläche nicht festgestellt werden. Die Parteien haben bewusst einen Preis von 63 €/m<sup>2</sup> für die von der Beklagten erworbene SO-Teilfläche vereinbart, obwohl diese – wie die Klägerin behauptet – 105 €/m<sup>2</sup> wert gewesen sein soll. Behaltensgrund für die höherwertige SO-Fläche war mithin allein der notarielle Kaufvertrag und nicht die Erwartung, die Bauleitplanung für das Restgrundstück werde geändert.

(...)

## STEUERRECHT

### 21. Keine Kürzung der Grunderwerbsteuer um Instandhaltungsrücklage bei Erwerb in Zwangsversteigerung

(BFH, Urteil vom 2.3.2016, II R 29/15)

*GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 4*

#### LEITSATZ:

**Beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung ist das Meistgebot als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**8** II. (...) Entgegen der Auffassung des FG ist beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung das Meistgebot als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu kürzen.

**9** 1. Der Grunderwerbsteuer unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG das Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren für ein inländisches Grundstück. Die Steuer bemisst sich nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG). Bei einem Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG als Gegenleistung das Meistgebot einschließlich der Rechte, die nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben. Die in § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG verwendeten Begriffe sind dabei aus dem Recht der Zwangsversteigerung vorgegeben und im Sinne des Zwangsversteigerungsrechts auszulegen (st. Rspr. vgl. BFH, Beschluss vom 14.10.2008, II B 65/07, BFH/NV 2009, 214 m. w. N.; BFH, Urteil vom 15.7.2015, II R 11/14, BFH/NV 2015, 1602 Rdnr. 10). Das Meistgebot ist das höchste Gebot, das bis zum Schluss der Versteigerung abgegeben worden ist (*Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 774). Dem Meistbietenden ist der Zuschlag zu erteilen (§ 81 Abs. 1 ZVG). Das Meistgebot umfasst das geringste Gebot i. S. d. § 44 Abs. 1 ZVG und das über das geringste Gebot hinausgehende Mehrgebot (§ 49 Abs. 1 ZVG; *Pahlke*, GrEStG, 5. Aufl., § 9 Rdnr. 116).

**10** 2. Beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung ist das Meistgebot als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

**11** a) Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG ist das Meistgebot als Bemessungsgrundlage anzusetzen. § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG legt die Gegenleistung beim Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren typisierend fest (vgl. BFH, Urteil, BFH/NV 2015, 1602 Rdnr. 20). Eine Aufteilung des Meistgebots entsprechend den Grundsätzen zur Aufteilung einer Gesamtgegenleistung (vgl. BFH, Urteil, BFHE 165, 548, BStBl. II 1992, S. 152) ist nur dann geboten, wenn die Zwangsversteigerung Gegenstände umfasst, deren Erwerb nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt und für die das Gericht eine

gesonderte Zwangsversteigerung nach § 65 ZVG anordnen könnte (*Boruttau/Loose*, GrEStG, 17. Aufl., § 9 Rdnr. 384; *Pahlke*, a. a. O., § 9 Rdnr. 115).

**12 b)** Gegenstand der Versteigerung einer Eigentumswohnung ist das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört (sog. Wohnungseigentum; vgl. § 1 Abs. 2 WEG i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des WEG und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. 2007 I, S. 370). Seinem Umfang nach umfasst die Immobilienzwangsvollstreckung auch Gegenstände, auf die sich bei Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten die Hypothek erstreckt (§ 865 ZPO; § 20 Abs. 2 ZVG; *Pahlke*, a. a. O., § 9 Rdnr. 115). Solche Gegenstände sind zum Beispiel die vom Grundstück getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht nach den §§ 954 ff. BGB in das Eigentum eines anderen fallen (*Pahlke*, a. a. O., § 9 Rdnr. 115). Die Instandhaltungsrückstellung gehört nicht dazu.

**13 c)** Die anteilige Instandhaltungsrückstellung ist Teil des Verwaltungsvermögens der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 7 Satz 1 WEG; *Bärmann/Merle*, WEG, 13. Aufl., § 21 Rdnr. 146) und damit nicht Vermögen des von der Zwangsversteigerung betroffenen Wohnungseigentümers, sondern Vermögen eines anderen Rechtssubjekts.

**14 aa)** Die Wohnungseigentümergeinschaft ist ein vom jeweiligen Mitgliederbestand unabhängiger teilrechtsfähiger und parteifähiger Verband sui generis (vgl. BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, BGHZ 163, 154; *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl. 2016, Einl. WEG Rdnr. 5). Sie kann im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte erwerben und Pflichten eingehen (§ 10 Abs. 6 Satz 1 WEG). Sie ist Inhaberin der als Gemeinschaft gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Rechte und Pflichten (§ 10 Abs. 6 Satz 2 WEG). Der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gehört nach § 10 Abs. 7 Satz 1 WEG das Verwaltungsvermögen. Dieses besteht aus den im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Sachen und Rechten sowie den entstandenen Verbindlichkeiten (§ 10 Abs. 7 Satz 2 WEG).

**15 bb)** Eine ordnungsmäßige, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechende Verwaltung erfordert nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG auch die Ansammlung einer angemessenen Instandhaltungsrückstellung, die zum Verwaltungsvermögen zählt (vgl. BGH, Beschluss, BGHZ 163, 154 unter III. 5. E; *Palandt/Bassenge*, § 21 WEG Rdnr. 18). Die Instandhaltungsrückstellung i. S. d. § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG, bei der es sich nicht um eine Rückstellung im bilanztechnischen Sinne handelt, ist die Ansammlung einer angemessenen Geldsumme, die der wirtschaftlichen Absicherung künftiger notwendiger Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen am Gemeinschaftseigentum dient und die im Wesentlichen durch Beiträge der Wohnungseigentümer angesammelt wird (*Bärmann/Merle*, § 21 Rdnr. 144, 147). Sie bleibt bei einem Eigentümerwechsel Vermögen der Wohnungseigentümergeinschaft (*Bärmann/Merle*, § 21 Rdnr. 146). Anders als das Zubehör eines Grundstücks wie etwa Heizöl, Gaststätteninventar

oder eine Kücheneinrichtung (*Böttcher*, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 90 Rdnr. 4, § 21 Rdnr. 36), geht die (anteilige) Instandhaltungsrückstellung beim Eigentumserwerb durch Zuschlag (§ 90 Abs. 1 ZVG) nicht kraft Gesetzes auf den Ersteher über. Ein für die Grunderwerbsteuer als Rechtsverkehrsteuer typischer Rechtsträgerwechsel findet bezüglich der Instandhaltungsrückstellung nicht statt.

**16 cc)** Die Wohnungseigentümer haben keinen Anteil am Verwaltungsvermögen, über den sie verfügen oder in den ihre Gläubiger vollstrecken können (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 10 WEG Rdnr. 38). Eine Zwangsvollstreckung in das Verwaltungsvermögen – und damit auch in die der Wohnungseigentümergeinschaft gehörende Instandhaltungsrückstellung – ist nur aus einem gegen die Wohnungseigentümergeinschaft gerichteten Titel möglich (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 63). Ein Titel gegen den einzelnen Wohnungseigentümer reicht hierfür nicht aus (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 10 WEG Rdnr. 38).

**17 d)** Der mit dem Zuschlag im Versteigerungsverfahren verbundene gesetzliche Übergang der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft auf den Ersteher rechtfertigt es ebenfalls nicht, die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die anteilig auf die Eigentumswohnung entfallende Instandhaltungsrückstellung herabzusetzen.

**18** Die Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft begründet kraft Gesetzes eine schuldrechtliche Sonderrechtsbeziehung, aus der sich eine Vielzahl von Rechten und Pflichten ergibt, die untrennbar mit dem Sondereigentum an der Wohnung und dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum verbunden sind (*Bärmann/Suilmann*, § 10 Rdnr. 33; vgl. *Palandt/Bassenge*, Einl. WEG Rdnr. 5). Bei der Versteigerung einer Eigentumswohnung wird der Ersteher mit dem Zuschlag Eigentümer der Wohnung (vgl. § 90 Abs. 1 ZVG) und aufgrund Gesetzes zugleich Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Mitgliedschaft kann für sich allein nicht Gegenstand einer gesonderten Zwangsversteigerung sein.

**19 e)** Der Ansatz des Meistgebots ohne Minderung um die anteilig auf die Eigentumswohnung entfallende Instandhaltungsrückstellung steht nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BFH, wonach die nach § 114a ZVG eintretende Befriedigungsfiktion Teil der Gegenleistung ist (BFH, Urteil vom 25.8.2010, II R 36/08, BFH/NV 2010, 2304 m. w. N.). Nach dieser Rechtsprechung ist der Betrag, in dessen Höhe der Gläubiger mit dem Zuschlag nach § 114a ZVG als aus dem Grundstück befriedigt gilt, eine zusätzliche Leistung i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG. Eine solche Fallgestaltung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG ist im Streitfall nicht gegeben. Der Kläger war zwar Meistbietender, aber nicht zugleich (zivilrechtlicher) Forderungsgläubiger. Die Bemessung der Gegenleistung richtet sich im Streitfall daher ausschließlich nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG.

**20 f)** Soweit der BFH entschieden hat, dass ein gezahltes Entgelt für den Erwerb eines in der Instandhaltungsrückstellung angesammelten Guthabens beim rechtsgeschäftlichen Erwerb einer Eigentumswohnung kein Entgelt für den Erwerb des Grundstücks ist und nicht zur Gegenleistung gehört (BFH,

Urteil, BFHE 165, 548 = BStBl. II 1992, S. 152), liegt dieser Entscheidung ein anderer Sachverhalt als im Streitfall zugrunde. Es kann offen bleiben, ob an dieser Rechtsprechung im Hinblick auf die Entscheidung des BGH in BGHZ 163, 154 und die Änderung des WEG zum 1.7.2007 (vgl. Gesetz zur Änderung des WEG und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. 2007 I, S. 370) festzuhalten ist.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Wolfram Waldner**, Lauf a. d. Pegnitz

Wenn bei einem Notar ein Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung angemeldet wird, fragt dieser stets nach dem „Anteil“ des Verkäufers an der Instandhaltungsrücklage, denn – so hat er es gelernt – insoweit wird der Kaufpreis vom FA nicht der Grunderwerbsteuer unterworfen. Sollte bei der Beurkundung den Beteiligten der Betrag nicht bekannt sein, können sie ihn nachträglich der Grunderwerbsteuerstelle mitteilen; wenn der Kaufvertrag einer Genehmigung (insbesondere der Verwalterzustimmung) bedarf, wird der Notar auf der entsprechenden Mehrfertigung der Veräußerungsanzeige („Anzeige wegen Genehmigung“) sogar ausdrücklich eingeladen, die „Höhe der Instandhaltungsrücklage“ mitzuteilen.

All dies erscheint so selbstverständlich, dass man sich gar nicht mehr bewusst macht, warum dies so ist.

#### 1. Vergleich von Kaufvertrag und Zuschlag in der Zwangsversteigerung

Der grunderwerbsteuerlichen Behandlung der Instandhaltungsrücklage, die der BFH „Instandhaltungsrückstellung“ nennt, liegt eine Entscheidung des BFH aus dem Jahr 1991<sup>1</sup> zugrunde: Ein in der Instandhaltungsrückstellung nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG angesammeltes Guthaben sei eine mit einer Geldforderung vergleichbare Vermögensposition und daher nicht in die grunderwerbsteuerliche Gegenleistung einzubeziehen. Der neue Beschluss erwähnt diese Entscheidung eher beiläufig; es liege „ein anderer Sachverhalt als im Streitfall zugrunde“. Das ist zwar richtig, jeder Lebenssachverhalt ist anders. Es geht bei einem Revisionsgericht aber ja nicht darum, ob der Sachverhalt anders ist, sondern ob sich aus dem anderen Sachverhalt eine andere rechtliche Würdigung ergibt.

Eben das ist nicht der Fall, wenn man die grunderwerbsteuerliche Behandlung von Kaufvertrag und Zuschlag in der Zwangsversteigerung miteinander vergleicht. Zwar gilt beim Kauf § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, beim Erwerb in der Zwangsversteigerung § 1 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG. Aber kein einziger Satz in dem Urteil muss geändert werden, wenn man das Wort „Meistgebot“ durch „Kaufpreis“ ersetzt. Es kann also nur entweder die Auffassung des BFH aus dem Jahr 1991 oder die neue Auffassung richtig sein. Der Beschluss nennt nicht einen einzigen Grund, warum der Erwerb durch Kauf und der Erwerb in der Zwangsversteigerung grunderwerbsteuerlich unterschiedlich behandelt werden könnten; es

gibt auch keine solchen Gründe.<sup>2</sup> Für die Nichtberücksichtigung der Instandhaltungsrücklage ist nämlich irrelevant, ob sie im Vertrag erwähnt ist. Ob der Käufer ihre Höhe kennt oder sie ihm gleichgültig ist und er ohne Rücksicht auf ihr Vorhandensein oder ihre Höhe kauft – es kommt ausschließlich auf die tatsächlichen Gegebenheiten an. Darüber hinaus hat der Bieter in der Zwangsversteigerung die gleichen Möglichkeiten, sich vor Abgabe seines Gebots beim Verwalter über die Instandhaltungsrücklage zu informieren wie der Käufer beim rechtsgeschäftlichen Erwerb.

#### 2. Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Übrigens war die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft durch den BFH und die Reform des Wohnungseigentumsrechts zum 1.7.2007 insoweit ohne Bedeutung. Auch vor der Entscheidung des BGH<sup>3</sup> und damit zum Zeitpunkt der Entscheidung des BFH vom 9.10.1991 war der Anteil des einzelnen Wohnungseigentümers an der Instandhaltungsrücklage Gemeinschaftseigentum. Er konnte deshalb auch vor dem 1.7.2007 nur zusammen mit dem Sondereigentum an der Eigentumswohnung übertragen werden und nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.<sup>4</sup> § 10 Abs. 7 Satz 1 WEG ordnet die Instandhaltungsrücklage jetzt einem neuen Rechtsträger zu, ändert aber nichts daran, dass sie untrennbar mit dem Sondereigentum verbunden ist.

Richtig ist natürlich, dass die übliche Formulierung, es werde der „Anteil an der Instandhaltungsrücklage“ übertragen, nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft durch den Gesetzgeber nicht mehr der zivilrechtlichen Dogmatik entspricht. Da die Instandhaltungsrücklage nicht mehr Gemeinschaftseigentum ist, das dem einzelnen Wohnungseigentümer gehört, sondern der (jetzt als rechtsfähig behandelten) Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zusteht, gibt es daran streng juristisch gesehen keinen „Anteil“.

Wirtschaftlich macht das aber keinen Unterschied. Der Erwerber einer Eigentumswohnung erwirbt mit der Immobilie gleichzeitig – ob er will oder nicht – die Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft. Der wirtschaftliche Wert dieser Mitgliedschaft ist genauso hoch wie der anteilige Betrag der Instandhaltungsrücklage. Dogmatisch korrekt müsste daher statt vom „Anteil an der Instandhaltungsrücklage“ vom „Wert der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft“ gesprochen werden. Es handelt sich bei beiden Begriffen um dieselbe Vermögensmasse. Mit der Übertragung des Wohnungseigentums – durch Auflassung ebenso wie durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung – wird zugleich die Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen; an der Berechnung des aus der grunderwerbsteuerlichen Gegen-

<sup>1</sup> Urteil vom 9.10.1991, II R 20/89, BStBl. II 1992, S. 152.

<sup>2</sup> Richtig *Drasdo*, NJW 2016, 2207; vorsichtiger *Wälzholz*, MittBayNot 2017, 9, 18.

<sup>3</sup> Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, MittBayNot 2005, 495.

<sup>4</sup> Vgl. *Palandt/Bassenge*, 66. Aufl. 2007 (letzte Kommentierung zum WEG in der alten Fassung), § 1 WEG Rdnr. 15.

leistung auszuscheidenden Betrags ändert sich daher durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nichts.

### 3. Bedeutung der zivilrechtlichen Betrachtung für das Grunderwerbsteuerrecht

War die Auffassung des BFH in seinem Beschluss aus dem Jahr 1991 also schon immer unrichtig? Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, inwieweit man das bürgerliche Recht als für die steuerliche Behandlung maßgebend ansieht.

Die Grunderwerbsteuer knüpft grundsätzlich an Erwerbsvorgänge des bürgerlichen Rechts an: Grundstücke im Sinne des GrEStG sind die Grundstücke im Sinne des bürgerlichen Rechts (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG). Hinsichtlich der Bestandteile eines Grundstücks nach §§ 93-96 BGB folgt das GrEStG allerdings ohnehin nicht in vollem Umfang der bürgerlichrechtlichen Beurteilung: Bestimmte Bestandteile unterliegen nicht der Grunderwerbsteuer, bestimmte bewegliche Sachen und Rechte an Grundstücken stehen den Grundstücken gleich (Einzelheiten in § 2 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GrEStG). Insofern gilt also ein besonderer, auf die wirtschaftliche Bedeutung der betreffenden Bestandteile abstellender grunderwerbsteuerlicher Grundstücksbegriff.

### 4. Vergleichsfall: Vereinigung aller Sondereigentumseinheiten in einer Hand

Die besseren Gründe sprechen nach wie vor für die Richtigkeit der bisherigen Auffassung; die neue Auffassung kann nämlich nicht erklären, wie der Erwerb der „letzten“ Wohnungseigentumseinheit grunderwerbsteuerlich gewürdigt werden soll. Eine Wohnungseigentümergeinschaft setzt – wie jede Personengesellschaft – das Vorhandensein von mindestens zwei Wohnungseigentümern voraus. Erwirbt ein Erwerber, dem schon eine oder mehrere Eigentumswohnungen in einer Anlage gehören, in einem weiteren Erwerbsvorgang die einzige Eigentumswohnung, die noch nicht in seinem Eigentum steht, und vereinigen sich damit sämtliche Wohnungseigentumsrechte in einer Person, so geht nach § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG die Instandhaltungsrücklage auf den Eigentümer des Grundstücks über, nachdem es den bisherigen Rechtsträger, die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, nicht mehr gibt.

Für diesen Fall kann weder für den rechtsgeschäftlichen Erwerb noch für den Zuschlag in der Zwangsversteigerung bestritten werden, dass der Erwerber mit einem Schlag kraft Gesetzes die gesamte Instandhaltungsrücklage (und damit bei einer etwas größeren Anlage möglicherweise einen weit höheren Wert als den Kaufpreis/das Meistgebot der von ihm erworbenen „letzten“ Eigentumswohnung) erwirbt. Fällt für diesen Erwerb dann möglicherweise gar keine Grunderwerbsteuer an, weil der Erwerber, um in der Terminologie des BFH zu bleiben, „eine mit einer Geldforderung vergleichbare Vermögensposition“ erworben hat, die den Kaufpreis/das Meistgebot sogar übersteigt? Es liegt auf der Hand, dass dies nicht richtig sein kann. Bei lebensnaher Betrachtung erwirbt ein solcher Erwerber nur den Wert der

Mitgliedschaft des letzten anderen Wohnungseigentümers und damit nur den rechnerisch auf die letzte Eigentumswohnung entfallenden Anteil an der Instandhaltungsrücklage. Der auf die anderen Wohnungen entfallende Anteil ist nicht Gegenstand jenes Kaufvertrags/Zuschlags, denn dieser stand ihm schon bisher als Wert seiner eigenen Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft zu. Es ist allerdings unwahrscheinlich, dass dieser praktisch eher seltene Fall den BFH veranlassen wird, seine Meinung noch einmal zu überdenken.

### 5. Schlussfolgerungen für die Praxis

Erstaunlicherweise hat die Finanzverwaltung aus dem Beschluss bisher keine Konsequenzen gezogen. Die Instandhaltungsrücklage wird beim rechtsgeschäftlichen Erwerb weiterhin aus der Bemessungsgrundlage herausgerechnet. Dabei geht es – vor allem in Ländern mit höheren Grunderwerbsteuersätzen als in Bayern – durchaus nicht immer nur um marginale Beträge. Die Gründe dieser Zurückhaltung sind nicht bekannt; sicher ist allerdings, dass eine Klage gegen einen Grunderwerbsteuerbescheid, der die Instandhaltungsrücklage einbezieht, keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte, wenn der BFH auf der Linie der besprochenen Entscheidung bleibt.

## 22. Erbschaftsteuer: Kein Übergang von Vermögen aufgrund Stiftungsgeschäfts

FG Münster, Urteil vom 11.12.2014, 3 K 764/12 Erb

*ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 8*

### LEITSÄTZE:

1. **Mangels Bereicherung wird der Schenkungsteuer-tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG nicht erfüllt, wenn sich der Stifter bei Gründung der Stiftung bezüglich des übertragenen Vermögens Weisungs- und Entscheidungsrechte vorbehält, die dazu führen, dass die Stiftung im Verhältnis zum Stifter tatsächlich und rechtlich nicht frei über das Vermögen verfügen kann.**
2. **Durch den Tod des Stiftungsgründers wird in den Fällen der missbräuchlichen Stiftungsgründung die Durchbrechung des Trennungsprinzips nicht automatisch beendet.**

### SACHVERHALT:

1 Die Beteiligten streiten, ob das in einer Liechtensteiner Stiftung angelegte Vermögen, hinsichtlich dessen die Erblasserin N Erstbegünstigte und der Kläger und Erbe Nachbegünstigter war, zum Nachlass der N gehört und der Erbschaftsteuer unterliegt.

2 Der Kläger ist ausweislich des notariellen Testaments von 2005 Alleinerbe der N.

**3** N hatte bereits 1999 Vermögen auf die nach liechtensteinischem Recht errichtete Stiftung übertragen. (...)

**4** Einen Mandatsvertrag der N zum Stiftungsvermögen hat der Kläger in seinen Unterlagen nicht vorgefunden. Mit Schreiben (...) bestätigen die Mitglieder des Stiftungsrates der Stiftung S,

„dass die Ausübung ihres Mandats als Mitglied des Stiftungsrats sowie sämtliche Entscheidungen, Maßnahmen oder sonstige Handlungen mit rechtlicher oder tatsächlicher Auswirkung auf die Stiftung stets auf entsprechende Anweisung der Erstbegünstigten und wirtschaftlichen Stifterin, N, erfolgte. Zur selbständigen Ausübung des Mandats als Mitglied des Stiftungsrates der Stiftung waren die Mitglieder des Stiftungsrates weder berechtigt noch verpflichtet. (...)“

**5** Ein Beistatut zum Gründungsstatut liegt dem Kläger nicht vor.

**6** Gemäß Beistatut 2006 ist Erstbegünstigte der Stiftung die Erblasserin N. Nach ihrem Tod waren (...) CHF an eine Organisation auszuschütten. Am restlichen Vermögen sollte der Kläger nach dem Ableben der Erstbegünstigten begünstigt werden.

**7** Gemäß geändertem Stiftungsstatut 2009 ergibt sich Folgendes:

„Art. 3 Zweck

1. Familienzweck

Die Stiftung bezweckt überwiegend die Vornahme von Ausschüttungen an Angehörige einer oder mehrerer bestimmter Familien zur Bestreitung der Kosten der Erziehung und Bildung, der Ausstattung oder Unterstützung des Lebensunterhaltes oder ähnlichen Familieninteressen im Allgemeinen sowie deren wirtschaftliche Förderung im weitesten Sinne. Hierzu zählen weitere Ausschüttungen an juristische Personen, Institutionen und dergleichen, welche dem oben angeführten Personenkreis wirtschaftlich zuzurechnen oder diesem förderlich sind.

2. Andere privatrechtliche Zwecke

Die Stiftung kann ergänzend Ausschüttungen an natürliche oder juristische Personen, die nicht dem in Ziffer 1 bezeichneten Kreis angehören, vornehmen oder ihnen sonstige wirtschaftliche Vorteile gewähren.

3. Gemeinnütziger Zweck

Die Stiftung kann ausserdem Ausschüttungen an gemeinnützige Institutionen gemäß Art. 107 Abs. 4a PGR vornehmen oder ihren sonstige wirtschaftliche Vorteile gewähren.

Art. 4 Beistatut und Begünstigte

Die Bezeichnung der konkreten oder nach objektiven Merkmalen individualisierbaren Begünstigten oder des Begünstigtenkreises erfolgt in einem Beistatut, dieses wurde erstmals bei Stiftungserrichtung durch den Stifter erlassen.

In dem vom Stifter festgelegten Rahmen bestimmt der Stiftungsrat die Begünstigten und legt den Zeitpunkt und Umfang ihrer Begünstigung fest. (...)“

**8** Art. 7 bestimmt in Ziffer 2, dass der Stiftungsrat das Stiftungsvermögen unter Beachtung des Stifterwillens entsprechend dem Zweck der Stiftung nach den Grundsätzen einer guten Geschäftsführung zu verwalten hat. Gemäß Art. 9 ist der Stifter befugt, die Statuten und Beistatuten jederzeit abzuändern. Zu den Einzelheiten wird auf das Statut 2009 Bezug genommen. Das Beistatut 2009 bestimmt, dass nach der Erstbegünstigten N der Kläger nach deren Ableben am restlichen Vermögen der Stiftung begünstigt werden solle.

**9** Bei Abgabe der Erbschaftsteuererklärung wies der Kläger auf das Stiftungsvermögen in Liechtenstein hin, vertrat in diesem Zusammenhang jedoch die Auffassung, dass es sich insoweit nicht um einen steuerpflichtigen Vorgang gemäß § 1 ErbStG handele. Denn die Begünstigung des Klägers ergebe sich aus den rechtswirksamen Statuten einer ausländischen Stiftung.

**10** Der Beklagte setzte die Erbschaftsteuer durch Bescheid auf (...) Euro fest und berücksichtigte dabei das Vermögen der Stiftung

mit dem zum Todestag der N mitgeteilten Vermögen in Höhe von (...) Euro. Bei der Stiftung handele es sich um eine Stiftung, welche nicht über das Vermögen im Verhältnis zum Stifter tatsächlich und rechtlich frei verfügen könne. Insoweit stelle das BFH, Urteil vom 28.6.2007, II R 21/05 (BStBl. II 2007, S. 669) fest, dass Vermögensübertragungen auf derartige Stiftungen nicht steuerbar gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG seien. Durch die verbleibende Verfügungsgewalt über das Vermögen sei keine Entreichung der Stifterin/Erblasserin N eingetreten. Daher sei das Vermögen auch weiterhin der N zuzurechnen und gehöre deshalb zum Nachlass. (...)

**11** Gegen die Erbschaftsteuerfestsetzung wandte sich der Kläger (...). Bei der vom Kläger erworbenen Begünstigung am Vermögen der Stiftung handele es sich nicht um einen in § 1 ErbStG geregelten Vorteil, der mit dem Tode der N erworben worden sei. (...) Ein Erwerb durch Erbanfall, Vermächtnis oder aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) liege nicht vor. Die Begünstigung des Klägers vollziehe sich nicht aufgrund einer inländischen letztwilligen Verfügung, sondern ausschließlich aufgrund einer Anordnung, die die Stifterin in dem Statut einer rechtswirksam gegründeten liechtensteinischen Stiftung getroffen habe. Auch ein Erwerb durch Schenkung auf den Todesfall (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) sei nicht gegeben. Es fehle insoweit an einem Vertrag zwischen der N und dem Kläger, denn die Anordnung der Begünstigung sei mittels Beistatut einseitig durch die N erfolgt.

(...)

**13** Den Einspruch wies der Beklagte durch Einspruchsentscheidung (...) zurück. Das Vermögen der Stiftung gehöre zum Nachlass und unterliege gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer. Der Erwerb durch Erbanfall infolge der testamentarischen Bestimmungen der N umfasse das Weltvermögen. (...) Darüber hinaus seien auch die Voraussetzungen eines Erwerbs durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG gegeben.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**24** Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der angefochtene Erbschaftsteuerbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung und des Änderungsbescheides vom 28.10.2014 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO).

**25** Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt der Erbschaftsteuer als Erwerb von Todes wegen dem Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 BGB). Mit dem Tod einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf den oder die Erben über. Im vorliegenden Fall gehört zum beim Tod der N aufgrund ihrer testamentarischen Verfügung auf den Kläger übergegangenen Vermögen auch das von N in der Stiftung angelegte Vermögen, bezüglich dessen der Kläger Nachbegünstigter ist. Der Senat teilt dabei nicht die Auffassung des Klägers, das Testament der N habe das in der Stiftung angelegte Vermögen gar nicht umfasst. Dem Wortlaut des Testaments lässt sich eine dahin gehende Beschränkung nicht entnehmen. Die Regelung zur Nachbegünstigung des Klägers an den Erträgen und am Vermögen der Stiftung im Beistatut schließt im Übrigen die umfassende testamentarische Verfügung nicht aus. Es handelt sich insoweit lediglich um eine aufgrund der Art der Vermögensanlage gebotene rechtliche Regelung, die es dem Kläger ermöglicht, seine umfassende Erbenstellung aufgrund des Testaments auch hinsichtlich des in der Stiftung angelegten Vermögens wahrzunehmen – ähnlich der Weitergabe der gegenüber der Bank legitimierenden Zugangsdaten bei einem Schweizer Nummernkonto.

**26** Zum Zeitpunkt ihres Todes war die N noch Inhaberin des in der Stiftung angelegten Vermögens.

**27** Grundsätzlich gilt, dass mit der Übertragung von Vermögen auf eine nach liechtensteinischem Recht wirksam gegründete Stiftung dieses Vermögen auf die Stiftung übergeht und die Besteuerung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG auslöst. Stifter und Stiftung sind eigenständige Rechtspersonen. Ein Durchgriff auf die Person des Stifters nach der Errichtung der Stiftung ist grundsätzlich ausgeschlossen (Trennungsprinzip). Behält sich der Stifter bei Gründung der Stiftung jedoch bezüglich des übertragenen Vermögens weiter Weisungs- und Entscheidungsrechte vor, die dazu führen, dass die Stiftung im Verhältnis zum Stifter rechtlich und tatsächlich nicht frei über das auf sie übertragene Vermögen verfügen kann, tritt insoweit eine Bereicherung der Stiftung nicht ein mit der Folge, dass der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG nicht erfüllt ist (vgl. BFH, Urteil vom 28.6.2007, II R 21/05, BFHE 217, 254 = BStBl. II 2007, S. 669). In so gelagerten Fällen wird das Trennungsprinzip durchbrochen und das Vermögen weiter dem Stifter zugeordnet.

**28** Danach ist im vorliegenden Fall das Vermögen der N bei der Gründung im Jahr 1999 nicht auf die Stiftung übergegangen, sondern weiter N zuzuordnen. Denn ausweislich der Bestätigung der Mitglieder des Stiftungsrates (...) hat von Beginn an eine umfassende Weisungsbefugnis der N bestanden und war der Stiftungsrat zu selbstständigen Entscheidungen bezüglich des Stiftungsvermögens weder berechtigt noch verpflichtet. Aufgrund dessen gehen auch die Beteiligten übereinstimmend davon aus, dass es sich – zumindest bis zum Tod der N – bei der Stiftung um eine sog. transparente Stiftung gehandelt hat.

**29** Auch durch den Tod der N ist im vorliegenden Fall das Trennungsprinzip nicht wieder wirksam geworden, sodass der Kläger das Stiftungsvermögen als Teil des Nachlasses der N gemäß § 1922 BGB erworben hat.

**30** Ausweislich des Urteils des OLG Stuttgart vom 29.6.2009, 5 U 40/09 (unter II. 3. d), ZEV 2010, 265) fällt in Fällen, in denen zu Lebzeiten des Stifters aufgrund seiner bestehenden Weisungsrechte das auf die Stiftung übertragene Vermögen weiter ihm zuzurechnen ist, das Vermögen bei seinem Tod unter Aufrechterhaltung des Trennungsprinzips ohne Weiteres in den Nachlass.

**31** Der Senat hat Zweifel, ob er dem Ansatz des OLG Stuttgart ohne Weiteres folgen könnte. Denn die vom Stifter vorbehaltenen Weisungsrechte, die ihm zu Lebzeiten den Zugriff auf das in der Stiftung angelegte Vermögen erlauben, sind höchstpersönliche Rechte, die mit dem Tod des Stifters erlöschen und nicht auf den oder die Erben übergehen. Das spricht dafür, dass mit dem Tod des Stifters das Trennungsprinzip auch bei transparenten Stiftungen wieder zum Tragen kommt, weil die Rechte des Stifters nicht auf die Erben und Nachbegünstigten übergehen und die Stiftung sich mit dem Tod des Stifters erfolgreich auf ihre Rechtsfähigkeit berufen kann (vgl. dazu *Söffing*, Steueranwaltsmagazin 2010, 177 unter VI. 2.).

**32** Jedoch ist der vorliegende Fall gesondert gelagert, weil nach der Überzeugung des Senats die Stiftung für Zwecke der

Steuerhinterziehung seitens der N gegründet wurde. Das ergibt sich aus der Tatsache, dass der N aus dem Stiftungsvermögen in den Jahren 1999 bis 2008 umfangreiche Erträge zugeflossen sind, die sie dem Fiskus gegenüber zu Lebzeiten nicht erklärt und damit den Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO verwirklicht hat. Auf die umfangreiche Nacherklärung durch den Kläger wird insoweit Bezug genommen. An einem entsprechenden Vorsatz der N hegt der Senat nach dem Geschehensablauf keine Zweifel.

**33** Für den Fall der missbräuchlichen Gründung geht bereits das für die Beurteilung der Wirksamkeit der Stiftungsgründung maßgebliche liechtensteinische Privatrecht von einer Durchbrechung des Trennungsprinzips und der Zulässigkeit des Durchgriffs auf die hinter der Stiftung stehende natürliche Person aus. Der Senat verweist insoweit auf die Darstellung und Zitate im Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.4.2010, I-22 U 126/06, 22 (ZEV 2010, 528 unter B. I. 2 c). Der Senat teilt dabei die Auffassung des OLG Düsseldorf, dass in Fällen der missbräuchlichen Stiftungsgründung durch den Tod des Stifters die Durchbrechung des Trennungsprinzips nicht automatisch beendet wird (so auch FG Düsseldorf, Urteil vom 2.4.2014, 4 K 3718/12 Erb, EFG 2014, 855, wobei dort die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Durchbrechung des Trennungsprinzips nicht vorlagen; siehe auch *Piltz*, ZEV 2011, 236; a. A. *Söffing*, a. a. O., und *Lennert/Blum*, ZEV 2009, 171, die vorrangig einen Erwerb der Stiftung gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG sehen). Das gilt jedenfalls für das bis zum Tod des Stifters in der Stiftung angelegte Vermögen, das durch den Missbrauch, im vorliegenden Fall also durch die Steuerhinterziehung der N, „infiziert“ ist. Insoweit verbleibt es bei der Zuordnung des Stiftungsvermögens bei N und demzufolge der Zuordnung zum Nachlass.

**34** Da nach Auffassung des Senats das in der Stiftung angelegte Vermögen zum Nachlass gehört, stellt sich nicht die Frage eines Erwerbs des Klägers gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG (siehe dazu FG Bremen, Urteil vom 16.6.2010, 1 K 18/10 (5), EFG 2010, 1801).

(...)

**36** Die Zulassung der Revision erfolgt gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO zur Fortbildung des Rechts. Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der erbschaftsteuerlichen Behandlung von in einer Stiftung liechtensteinischen Rechts angelegtem Vermögen bei Tod des Stifters ist nicht ersichtlich.

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. **Heinrich Hübner**, Stuttgart

Ausländische Stiftungen, namentlich solche liechtensteinischen Rechts, stoßen unverändert auf höchsten Argwohn deutscher Finanzämter und Gerichte. Es ist kaum anzunehmen, dass dieses Vorverständnis die Rechtsanwendung nicht berührt. Das Besprechungsurteil bildet insoweit keine Ausnahme. Ungeachtet dessen, dass es für die bezeichnete Haltung nachvollziehbare Gründe gibt, sollte sich doch in einem Rechtsstaat die Anwendung des Rechts auch gegen verständliche Ressentiments durchsetzen.

## 1. Entscheidung des FG

Das FG verneint anhand der BFH-Formel, die dieser zu Erwerbsgegenstand und Zeitpunkt der Steuerentstehung in Fällen mittelbarer Zuwendungen<sup>1</sup> entwickelt und im Jahr 2007 auf die Dotierung von Stiftungen übertragen<sup>2</sup> hatte, einen schenkungsteuerbaren Vermögenstransfer im Zuge der Stiftungsgründung, „wenn sich der Stifter bei Gründung der Stiftung bezüglich des übertragenen Vermögens Weisungs- und Entscheidungsrechte vorbehält, die dazu führen, dass die Stiftung im Verhältnis zum Stifter tatsächlich und rechtlich nicht frei über das Vermögen verfügen kann“. Zugleich wird das so gewonnene Ergebnis nicht durch eine originäre Begründung, sondern lediglich durch den Verweis auf zivilrechtliche Ausführungen anderer Gerichte flankiert, denen im Entscheidungskontext die vordergründige Funktion zukommt, das für die Schenkungsteuer gewonnene Ergebnis auch für die Erbschaftsteuer abzusichern. Darin liegt naturgemäß die Hauptstoßrichtung dieser Vorgehensweise, zumal über die schenkungsteuerliche Wirksamkeit der Stiftungsdotierung typischerweise vor dem Hintergrund des Erbfalls nach dem Erblasser/Stifter gestritten wird: Ist die Stiftungsdotierung ohne schenkungsteuerliche Wirkung, der Übergang des Vermögens auf die Stiftung aber nach den Grundsätzen des IPR wirksam, droht die Gefahr, dass das Stiftungsvermögen weder aus Anlass der Stiftungsdotierung der Schenkungsteuer unterworfen werden noch beim Tod des Erblassers/Stifters Erbschaftsteuer anfallen kann. Diesen Super-GAU aus der Sicht des deutschen Fiskus gilt es zu vermeiden und – soweit erreichbar – dem Fiskus die Möglichkeit des Zugriffs auf das Stiftungsvermögen zu erhalten.

Die Begründung der Entscheidung ist knapp gehalten; das gilt nicht nur für den Umfang, sondern auch für das Gewicht der rechtlichen Ausführungen. Das Gericht hat die Revision zugelassen, die auch eingelegt wurde.<sup>3</sup>

## 2. Stellungnahme

Der BFH hat in der Entscheidung II R 21/05 in dem Fall einer im Jahr 1989 (!) gegründeten liechtensteinischen Stiftung entschieden, dass die zu § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG für die Fallgruppe der mittelbaren Schenkungen entwickelten Grundsätze, wonach eine Schenkung erst dann ausgeführt ist, wenn der Beschenkte das erhalten hat, worüber er im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann, auch auf den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG<sup>4</sup> zu übertragen sei. Die Übertragbarkeit dieser These, die im Fall mittelbarer Schenkungen das Bereicherungsprinzip zutreffend konkretisiert, auf den Fall der Dotierung einer Stiftung ist fragwürdig. Der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG fordert lediglich den Übergang von Vermögen aufgrund eines Stiftungsgeschäfts auf die Stiftung. Das zu verneinen, setzt voraus, dass entweder (siehe dazu 3.) die Stiftung nicht wirksam errichtet wurde (Frage

des Stiftungsstatuts) oder (siehe dazu 4.) der Stiftung und deren Vermögensträgerschaft die Anerkennung im deutschen Recht versagt wird, somit auf der Grundlage des Art. 6 EGBGB (ordre public) das Trennungsprinzip durchbrochen wird, oder dass (siehe dazu 5.) der Vermögenserwerb durch einen gegenläufigen Rückübertragungsanspruch (zum Beispiel durch eine lediglich treuhänderische Übertragung) neutralisiert wird. Eine reine Verwendungsbeschränkung im Verhältnis zum Stifter (siehe dazu 6.) kann dagegen den Vermögensübergang auf die Stiftung nicht hindern. Sie kann – wenn man der Auslegung des § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG durch den BFH folgt – lediglich die Entstehung einer wirtschaftlichen Bereicherung und damit die Entstehung der Schenkungsteuer ausschließen.

## 3. Wirksame Errichtung der Stiftung

Zum Teil wird von deutschen Zivilgerichten schon die Wirksamkeit der Stiftungerrichtung nach dem Stiftungsstatut unter Berufung auf die Rechtsprechung der liechtensteinischen Gerichte versagt.<sup>5</sup> Allerdings sind die Hürden dafür höher, als sich der aktuellen Rechtsprechung der Zivilgerichte entnehmen lässt. Voraussetzung hierfür ist ein Missbrauch der Rechtsform, der neben einem objektiven Missbrauch auch eine subjektiv missbräuchliche Zielsetzung voraussetzt: Die Rechtsform der Stiftung muss dazu eingesetzt werden, ein Gesetz zu umgehen, vertragliche Verpflichtungen zu verletzen oder Dritte fraudulös zu schädigen.

Die Zielsetzung, mittels einer Stiftung eine Steuerhinterziehung zu begehen, ist durch die Stiftungsgründung als solche nicht erreichbar. Weder die Gründung der Stiftung selbst noch deren Ausstattung mit Vermögen ist per se rechtswidrig. Rechtswidrig kann es lediglich sein, die aus der Stiftungsgründung und Dotierung der Stiftung resultierenden steuerlichen Deklarationspflichten nicht zu erfüllen. Mit der Gründung der Stiftung selbst hat das unmittelbar nichts zu tun und kann deshalb auch eine wirksame Stiftungerrichtung nicht hindern. Der Stiftung selbst als juristischer Person kann nicht angelastet werden, dass der Stifter vorhat, ihm obliegende Pflichten zu verletzen – ein Vorgang, der ohnehin erst nach der Stiftungsgründung in die Tat umgesetzt werden und erst in diesem Zeitpunkt steuerliche und strafrechtliche Relevanz erlangen kann. Was ist, wenn der Stifter sich nach der Stiftungsgründung anders besinnt und er seine steuerlichen Pflichten erfüllt? Oder umgekehrt: Er hat zunächst vor, seine steuerlichen Pflichten zu erfüllen und entscheidet sich dann anders? Bleibt dann die in Missbrauchsabsicht gegründete Stiftung unwirksam bzw. wird der zunächst unwirksame Gründungsvorgang geheilt? Kann man ernsthaft vertreten, dass eine *reservatio mentalis*, nämlich die (geheime) Absicht, in Zukunft steuerliche Deklarationspflichten zu verletzen, über die Wirksamkeit des Gründungsvorgangs einer juristischen Person entscheidet?

1 Ausführlich zur mittelbaren Schenkung *Hübner*, DStR 2003, 4.

2 BFH, Urteil vom 28.6.2007, II R 21/05, BStBl. II 2007, S. 669.

3 BFH-Aktenzeichen II R 9/15.

4 Gemeint ist wohl Satz 1 dieser Norm.

5 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.3.2015, I-16 U 108/14, ErbR 2017, 170 Rdnr. 59 unter Berufung auf das Urteil des OGH Fürstentum Liechtenstein vom 3.11.2005, 11 UR 2005.48-92, LES 2006, 373 ff. Das Urteil des StGH vom 16.9.2002 (Fn. 7) wird regelmäßig unterschlagen.

Das deutsche Steuerrecht hält für derartige Sachverhalte ein umfangreiches Besteuerungsinstrumentarium bereit, dessen Anwendung die wirksame Gründung und Dotierung eines ausländischen Vermögensträgers gerade voraussetzt (§§ 7 bis 15 AStG). Auch bestehen erweiterte Mitwirkungspflichten (§§ 16 ff. AStG; § 90 Abs. 2 und 3, §§ 138 ff. AO), die aber ebenfalls die Rechtsfähigkeit eines ausländischen Rechtsträgers voraussetzen. Ferner gibt es erst jüngst erweiterte Möglichkeiten eines intensiven Informationsaustauschs nicht nur innerhalb der EU und des EWR. Würde generell eine rein subjektive Zielsetzung des Stifters, diese Pflichten zu verletzen oder jedenfalls nicht vollständig zu erfüllen, ausreichen, der Gründung der Stiftung als solcher die Anerkennung zu versagen, wäre das für die Anerkennung einer Vielzahl in- und ausländischer Rechtsträger das Ende. Rechtsfolge wäre eine verbreitete Rechtsunsicherheit: Keiner der auf die Rechtssubjektivität der juristischen Personen vertrauenden Teilnehmer am Rechtsverkehr könnte sich auf deren Bestand verlassen. Nicht umsonst bezeichnet der Liechtensteinische Staatsgerichtshof<sup>7</sup> die Durchbrechung des Trennungsprinzips als „ultima ratio“, die nur „mit großer Zurückhaltung“ angewendet werden könne.

Im Übrigen wird regelmäßig ein ganzes Bündel von Vorstellungen des Stifters vorliegen; unter anderem wird nicht selten eine derartige Stiftung dazu dienen, eine Vermögensnachfolge zu gestalten und sich hierbei flexiblerer Rechtsformen als der des deutschen Stiftungsrechts zu bedienen. Sehr merkwürdig liest sich dabei die Sachverhaltsausdeutung des OLG Düsseldorf, das Zweifel an der vorgetragenen Zielsetzung, die Stiftung als Instrument der Nachfolgegestaltung einzusetzen, darauf stützt, dass „Herr Dr. K zum Zeitpunkt der Stiftungsgründung lediglich 62 Jahre alt war“.<sup>8</sup>

Bei Lichte betrachtet werden in kaum einem Fall die Voraussetzungen vorliegen, die es erlauben, die Entstehung der juristischen Person als solcher und deren Vermögensträgerschaft in Abrede zu stellen.

#### 4. Anerkennung der Stiftung im deutschen Recht

Vertreten wird weiterhin, dass die Anerkennung der Stiftung dem deutschen *ordre public* widerspreche, wenn diese allein zu dem Zweck gegründet worden sei, Steuern zu hinterziehen. Der BGH hat allerdings in seiner Entscheidung V ZR 81/77<sup>9</sup> ausgeführt, dass „allein die Absicht, unter Ausnut-

zung der Gesellschaftsform Steuern zu hinterziehen“, es nicht gebiete, „der Existenz der Gesellschaft die rechtliche Anerkennung zu versagen“. In diesem Zusammenhang weist der BGH darauf hin, dass das deutsche Recht auch andere, gezielte Sanktionen bereithalte. In der Tat: Der Werkzeugkasten des Gesetzgebers, mit dem er internationale Hinterziehungssachverhalte aufgreifen und der Steuererhebung zuführen kann, ist seit der BGH-Entscheidung von 1979 nicht kleiner geworden. Nach deutschem Recht – so der BGH – seien selbst Rechtsgeschäfte, nach deren Inhalt Steuerpflichten unmittelbar umgangen werden, nur ausnahmsweise nichtig, nämlich wenn die Steuerhinterziehung der Hauptzweck des Rechtsgeschäfts sei. Das wird man kaum in einem Fall sagen können: Hauptzweck wird häufig die Bildung eines Sondervermögens sein und damit die Herbeiführung einer Vermögensstrennung. Auch insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Stiftungsgründung und deren Dotierung mit Stiftungskapital weder verboten ist (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB) und per se auch nicht geeignet ist, den Tatbestand der Steuerhinterziehung zu verwirklichen. Im deutschen Recht dürfte wohl niemand auf den Gedanken kommen, der Gründung einer Kapitalgesellschaft und der dadurch bewirkten Bildung eines vom Gründervermögen zu unterscheidenden Sondervermögens die Anerkennung zu versagen, weil der Gründer fest entschlossen ist, steuerliche Deklarationspflichten zu missachten. Die Besonderheit, dass bei ausländischen Sondervermögen die Erkenntnismöglichkeiten und damit die Aufdeckungsgefahren geringer sind als bei inländischen Rechtsträgern, dürfte jedenfalls seit dem jüngst massiv intensivierten internationalen Informationsaustausch keine Sonderbehandlung ausländischer Rechtsträger mehr begründen können.

#### 5. Wertmäßige Neutralisierung des Vermögenserwerbs bei Treuhand- und ähnlichen Rechtsverhältnissen

Selbst dann, wenn die Vereinbarungen zwischen der Stiftung und dem Stifter als Treuhandvereinbarung zu deuten wären, die dem Stifter als Treugeber die Möglichkeit der Einflussnahme belassen und das Stiftungsvermögen ungeachtet der Vermögensträgerschaft der Stiftung in wirtschaftlicher Hinsicht als Vermögen des Stifters, nicht der Stiftung qualifizieren würde, bliebe der (zivilrechtliche) Vermögensübergang auf die Stiftung als solcher, der die Rechtsfähigkeit der Stiftung gerade voraussetzen würde, unberührt. Allerdings stünde diesem Vermögenszugang seitens der Stiftung ein zwar latenter, gleichwohl wertgleicher Herausgabeanspruch des Treugebers (Stifters) gegenüber, der eine wirtschaftliche Bereicherung der Stiftung und zusammen mit anderen Umständen auch den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ausschließen würde. Ungeachtet des Wortlauts des § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG erscheint es sachgerecht, in diesem Fall den Tatbestand dieser Norm jedenfalls so lange als nicht erfüllt anzusehen, wie die treuhänderische Bindung besteht.

Auch wenn es sich nicht im strengen Sinne um ein Treuhandverhältnis handelt, kann es an einem wirtschaftlichen Vermögensübergang fehlen. Das ist die entscheidende

6 Die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 Nr. 3 AO sind im Fall der Gründung von Stiftungen nicht erfüllt, weil es keine Beteiligung an einer Stiftung gibt. Daran hat sich auch durch die Neufassung der Vorschrift durch StUmgBG vom 23.6.2017 (BGBl. I, 1682) nichts geändert. Auch der durch das StUmgBG neu geschaffene § 138b AO enthält keine Mitteilungspflichten für die Gründung ausländischer Stiftungen.

7 StGH, Entscheidung vom 16.9.2002, StGH 2002/17 Leitsatz 1 und Tz 2.7. Es ist erstaunlich, dass diese Entscheidung in der deutschen zivilgerichtlichen Rechtsprechung nicht zur Kenntnis genommen wird.

8 OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.3.2015, I-16 U 108/14, ErbR 2017, 170 Rdnr. 61.

9 Urteil vom 23.3.1979, HFR 1980, Nr. 39 = WM 1979, 692, juris Rdnr. 16 ff.

Frage: Bleibt im wirtschaftlichen Sinn das auf die Stiftung übertragene Vermögen in der Vermögenssphäre des Stifters, verwaltet also die Stiftung fremdes Vermögen für Rechnung des Stifters, oder liegt eigenes Vermögen der Stiftung vor und die dem Stifter vorbehaltene Einflussnahmemöglichkeit ist der Stiftung selbst zuzurechnen, weil der Stifter ungeachtet einer formalen Organstellung seinen Einfluss auf die Verwaltung des Stiftungsvermögens für Rechnung der Stiftung ausübt?

## 6. Anwendung der Grundsätze für mittelbare Schenkungen?

Ob allerdings schon die Grundsätze zur Bestimmung des Zeitpunkts der Ausführung und des Erwerbsgegenstands der Schenkung, die für Fälle der mittelbaren Schenkung entwickelt worden sind, die Verwirklichung des Tatbestandes des § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG hindern können, erscheint dagegen fragwürdig. Ohne Zweifel geht in diesem Fall bereits im Zeitpunkt der Vermögenszuführung Vermögen auf die Stiftung über, was wiederum deren Rechtsfähigkeit voraussetzt, ohne dass dem – wie im Fall der Fremdverwaltung von Stiftervermögen – eine latente Herausgabepflicht gegenübersteht. Im Fall der mittelbaren Schenkung geht es jedoch darum, einen in engem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang erfolgenden, letztlich geringfügig zeitlich gestreckten und bereits im Vorfeld auf einen bestimmten Erwerbsgegenstand ausgerichteten Erwerbsvorgang im Hinblick auf den Besteuerungsgrund „Eintritt der wirtschaftlichen Bereicherung“ sachgerecht zu qualifizieren sowie den Zeitpunkt der Steuerentstehung und den Erwerbsgegenstand zu bestimmen. Um eine vergleichbare Problematik geht es im Fall der Stiftungsdotierung nicht.

Hinzu kommt, dass die BFH-Formel bei der Beantwortung der bereits unter Ziffer 5 dargelegten zentralen Frage nicht helfen kann: Ist die Einflussnahme des Stifters auf die Vermögensverwaltung der Stiftung zuzurechnen, handelt es sich also um eine Maßnahme der Verwaltung des Stiftungsvermögens für eigene Rechnung der Stiftung oder liegt stiftungsfremdes, stiftereigenes Vermögen vor? Versteht man die Stellung des Stifters als die eines faktischen Organs der Stiftung, kann der Umstand, dass er die Verwaltung des Stiftungsvermögens beeinflussen oder auch ausschließlich bestimmen kann, einer Entreicherung des Stifters und einer Bereicherung der Stiftung nicht entgegenstehen. In diesem Fall jedenfalls führt die BFH-Formel in die Irre, denn anders als diese Formel suggeriert, kann dann die Stiftung im Verhältnis zum Stifter (als Privatperson) frei über ihr Vermögen verfügen. Unmittelbar einsichtig wird diese Einschätzung, wenn man sich den Fall vor Augen führt, dass der Stifter (im deutschen Recht) zum Vorstand der von ihm errichteten und dotierten Stiftung bestellt ist. Das kann auch dann nicht anders sein, wenn der Stifter einen allein faktischen Einfluss auf die Verwaltung des Stiftungsvermögens geltend macht. Allein der Umstand, dass der Stifter die Geschicke der Stiftung beeinflusst, ist für die Frage der wirtschaftlichen Vermögenszuordnung zum Stifter oder zur Stiftung nicht relevant. Allein die Auslegung der Statuten und des gesamten Vertragswerks kann darüber entscheiden, ob es sich bei dem Vermögen, dessen Rechtsträger die Stiftung ist, in wirt-

schaftlicher Hinsicht um Stiftungs- oder Stiftervermögen handelt. Und allein die Antwort auf diese Frage ist dafür maßgebend, ob in der Vermögensübertragung auf die Stiftung ein nach § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG steuerbarer Vermögenstransfer zu sehen ist.

## 7. Fazit

a) Die Begründung des Besprechungsurteils ist alles andere als stringent: Das FG beruft sich zunächst auf die zitierte Formel des BFH, die aber die Rechtsfähigkeit der Stiftung gerade voraussetzt, denn nur im Fall eines wirksamen Vermögensübergangs kann sich die Frage stellen, ob die Stiftung frei über das auf sie übertragene Vermögen verfügen kann. Sodann wird behauptet, dass „in so gelagerten Fällen“ das Trennungsprinzip durchbrochen werde (Tz. 27). Das ist gerade unrichtig: Eine Durchbrechung des Trennungsprinzips würde gerade einen Vermögensübergang auf die Stiftung und damit auch die Anwendung der BFH-Formel sachlogisch ausschließen.

b) Meines Erachtens sollte man sich von den Überlegungen frei machen, wonach die einschlägigen Stiftungen nicht wirksam errichtet sind oder ihrer Anerkennung der ordre public entgegensteht. Diese Thesen stehen ohnehin auf wackligen Beinen und sind in keiner der einschlägigen Entscheidungen überzeugend begründet worden: Weder das liechtensteinische Stiftungsrecht noch das deutsche IPR trägt eine Durchbrechung des Trennungsprinzips, wenn man von extremen und unrealistischen Lehrbuchfällen absieht. Für die Zukunft wird man ohnehin vor allem lautere Stiftungsgründungen zu beurteilen haben, die nicht auf eine Steuerhinterziehung zielen. Die Beurteilung derartiger Sachverhalte sollte im Zentrum der Überlegungen stehen. Zwei Fallgruppen sind zu unterscheiden:

Fallgruppe 1: Liegt ein Treuhand- oder ein anderes Rechtsverhältnis vor, wonach die Stiftung das ihr übertragene Vermögen für Rechnung des Stifters verwaltet, liegt zunächst weder eine Entreicherung des Stifters noch eine Bereicherung der Stiftung vor. Endet das Treuhand- oder andere Rechtsverhältnis, das die Zuordnung des Stiftungsvermögens zur Person des Stifters begründet, mit dem Tod des Stifters, so liegt ein in zeitlicher Hinsicht gestreckter Erwerb der Stiftung nach § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG vor, der als Schenkung unter Lebenden zu einem Direkterwerb der Stiftung im Zeitpunkt des Todes des Stifters führt. Es liegt bei den Erben des Stifters im Hinblick auf das Stiftungsvermögen kein Erwerb durch Erbanfall vor.

Fallgruppe 2: Sind die Statuten und Vereinbarungen so zu deuten, dass das Dotationskapital bereits im Zeitpunkt der Stiftungerrichtung als eigenes Vermögen der Stiftung zu qualifizieren ist, ist bereits in diesem Zeitpunkt der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG erfüllt.

Die für mittelbare Schenkungen entwickelte Formel der BFH-Rechtsprechung hilft bei der Unterscheidung der Fallgruppen nicht weiter und sollte für diese Fälle aufgegeben werden.

## SONSTIGES

### HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

# Risikoreduzierung bei der Verwendung von Vorsorgevollmachten

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

Die meisten Notare haben in den letzten Jahren in erheblichem Umfang mit Vorsorgevollmachten zu tun. Deren konkrete Ausgestaltung erweist sich jedenfalls bei näherer Hinsicht als keine leichte Aufgabe, insbesondere was das Spannungsfeld zwischen den notwendigen bzw. sinnvollen Freiheiten des Bevollmächtigten und dessen Beschränkungen und Kontrollen zur Vermeidung eines eventuellen Vollmachtsmissbrauchs betrifft.

## 1. Problemaufriss

Die Errichtung von Vorsorgevollmachten wird bekanntlich allgemein empfohlen, insbesondere zur Vermeidung der mit einer Betreuung verbundenen Nachteile.<sup>1</sup> Die fehlenden bzw. geringeren Kontrollmechanismen (im Vergleich zu einer Betreuung) schaffen jedoch ein etwas höheres Missbrauchspotenzial. Dies belegen auch die nicht wenigen Gerichtsentscheidungen hierzu<sup>2</sup> sowie zum Beispiel der in den Medien bekanntgewordene Fall „Luxi“.<sup>3</sup>

Auf der einen Seite soll der Bevollmächtigte nach dem Willen der Beteiligten meist möglichst umfassend tätig werden kön-

nen, ohne dass sich das Betreuungsgericht einmischet. Auf der anderen Seite besteht die Erwartung, dass ein Vollmachtsmissbrauch trotzdem sanktioniert bzw. ein Vollmachtsmissbrauch möglichst verhindert wird.

Die Tendenz der Rechtsprechung geht dahin, dass die Anordnung einer Kontrollbetreuung und ggf. ein Vollmachtswiderruf durch einen Betreuer nur dann erfolgen, wenn konkrete Umstände feststellbar sind, dass die Vollmacht nicht im Sinne des Vollmachtgebers ausgeübt wird. Dies kann dazu führen, dass ein Vollmachtsmissbrauch praktisch sanktionslos bleibt, wie der erwähnte Fall „Luxi“ zeigt bzw. zumindest nahe legt.

## 2. Gestaltungsempfehlungen

Vor diesem Hintergrund folgende Gedankenanstöße zur Gestaltung von Vorsorgevollmachten:<sup>4</sup>

a) Auch wenn die Befreiung des Bevollmächtigten von den Beschränkungen des Inlichgeschäftes (§ 181 BGB) in notariellen Vorsorgevollmachten häufig verwendet wird, ist dies keine Selbstverständlichkeit.<sup>5</sup>

b) Entsprechendes gilt für die Aufnahme einer ausdrücklichen Schenkungsbefugnis in die Vollmacht, weil dies dahin gehend missverstanden werden kann, dass Schenkungen auch im Innenverhältnis (ohne Einschränkungen?) zulässig sein sollen. Überhaupt sollten meines Erachtens bei der Festlegung des Vollmachtsumfanges Formulierungen wie: „befugt“ oder „erlaubt“ (anstelle von: „bevollmächtigt“) möglichst vermieden werden, da dies dann (ggf. unbeabsichtigt) auch als Regelung im Innenverhältnis verstanden werden kann. Wird die Vollmacht ausdrücklich auf Schenkungen bezogen, sollte aus meiner Sicht eine ergänzende Regelung im Innenverhältnis nicht fehlen, zum Beispiel dass Schenkungen im Innenverhältnis nur zulässig sein sollen, wenn sie ausnahmsweise im erkennbaren Interesse des Vollmachtgebers erfolgen oder wenn sie auch einem Betreuer gestattet wären.

1 Z. B. der höhere Aufwand des Betreuers, insbesondere durch die regelmäßig erforderliche Rechnungslegungspflicht gegenüber dem Betreuungsgericht, die mit der Betreuung verbundenen Kosten und die zeitlichen Verzögerungen bei einer notwendigen betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Vgl. auch die Hinweise auf der Homepage der Landesnotarkammer Bayern unter <http://www.notare.bayern.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/article/fuenf-gruende-fuer-eine-notariell-beurkundete-vorsorgevollmacht-24-oktober-2016.html>.

2 So z. B. die neuere Entscheidung des BGH, Beschluss vom 6.7.2016, MittBayNot 2017, 391 betreffend eines von der Bevollmächtigten unterlassenen Behandlungsabbruchs, obwohl der gerichtlich bestellte Sachverständige das Vorliegen einer schweren dauerhaften Gehirnschädigung bestätigt hatte, die nach einem von der Patientin nochmals bestätigten Schriftstück zu einem Behandlungsabbruch führen sollte; ausführlich hierzu Weigl, MittBayNot 2017, 346. Vgl. ferner die Nachweise in MünchKomm-BGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 1896 Rdnr. 67, insbesondere Fn. 201 und 202.

3 Siehe z. B. unter [www.sueddeutsche.de/bayern/fall-georg-luxi-ermittlungen-gegen-lebensgefahrtin-eingestellt-1.1940555](http://www.sueddeutsche.de/bayern/fall-georg-luxi-ermittlungen-gegen-lebensgefahrtin-eingestellt-1.1940555). Dort wurde aufgrund Vollmacht das Vermögen eines Deggen-dorfer Millionärs auf seine Lebensgefährtin bzw. deren Sohn übertragen; der frühere Millionär verstarb verarmt, nachdem er auf etwas mysteriöse Weise zuvor für mehrere Jahre ins Ausland verbracht worden war.

4 Vgl. auch Horn, ZEV 2016, 373.

5 Vgl. Zimmermann, Vorsorgevollmacht – Betreuungsverfügung – Patientenverfügung, 3. Aufl. 2017, Rdnr. 107. Das Muster des Bayerischen Justizministeriums (mittlerweile in 17. Aufl. erschienen und kostenlos als Download erhältlich: [www.verwaltungsservice.bayern.de/dokumente/leistung/299431265284](http://www.verwaltungsservice.bayern.de/dokumente/leistung/299431265284)) enthält eine solche Befreiungsmöglichkeit nicht einmal optional.

Im Außenverhältnis wird von einer Generalvollmacht freilich im Zweifel auch ohne ausdrückliche Erwähnung einer Schenkung eine solche mitumfasst. Dies bedeutet meines Erachtens aber nicht, dass ohne weitere Aufklärung eine Schenkung beurkundet werden sollte, wenn dies durch einen Bevollmächtigten auf Veräußererseite aufgrund einer Generalvollmacht erfolgen soll.<sup>6</sup> Eine Schenkung ist per se für den Schenker nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich nachteilig. Im Innenverhältnis liegt deshalb zunächst ein Vollmachtsmissbrauch nahe. Ist der Vollmachtsmissbrauch für den Erwerber erkennbar, droht sogar die Unwirksamkeit der Schenkung.<sup>7</sup> Sofern der Schenker noch handlungsfähig ist, sollte nach meiner Einschätzung möglichst eine privatschriftliche Zustimmung des Schenkers für eine solche Beurkundung eingeholt werden. Im Übrigen wäre der Bevollmächtigte jedenfalls darauf hinzuweisen, dass eine Schenkung aufgrund Generalvollmacht strafbar sein kann (§ 266 StGB)<sup>8</sup> und zudem Schadensersatzpflichten und ein Widerruf der Vollmacht durch einen Kontrollbetreuer drohen, wenn die Schenkung nicht durch eine ausdrückliche Zustimmung des Schenkers oder eventuell durch einen feststellbaren mutmaßlichen Willen des Schenkers abgedeckt ist.

Um dies für Bevollmächtigte bereits von Anfang an zu verdeutlichen, könnte in der Vollmacht (wenn eine Schenkung nicht überhaupt von der Vollmacht ausgenommen wird<sup>9</sup>) zum Beispiel folgender Hinweis aufgenommen werden:

Der Bevollmächtigte kann sich schadensersatzpflichtig und sogar strafbar machen, wenn er sich über den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers hinwegsetzt.

c) Als weitere Frage in diesem Zusammenhang kann sich stellen, ob und inwieweit ein Bevollmächtigter von seiner Rechenschaftspflicht, insbesondere gegenüber Erben des Vollmachtgebers, befreit sein und eine Haftungsbeschränkung vorgesehen werden soll. Als Vorfrage wäre zu beantworten, ob der Bevollmächtigte bei Fehlen einer Vergütungsvereinbarung (dann: Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB) im

6 Vgl. hierzu auch *Müller/Renner*, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 368 ff.; *Müller*, *DNotZ* 2015, 403, 408 f. Zum Fall einer postmortalen Schenkung siehe OLG Frankfurt, Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, *MittBayNot* 2016, 401, und hierzu – zu Recht kritisch – *Sagmeister*, *MittBayNot* 2016, 403; siehe ferner *Amann*, *MittBayNot* 2016, 369.

7 Vgl. *Palandt/Ellenberger*, 76. Aufl. 2017, § 164 Rdnr. 13 f.

8 Vgl. auch *Horn/Schabel*, *NJW* 2012, 3473, 3477; *Amann*, *MittBayNot* 2016, 372 ff. Wenn der Vollmachtgeber nicht mehr vernehmungsfähig ist, wird der Nachweis einer fehlenden Einwilligung des Vollmachtgebers zu einer Schenkung im Einzelfall nicht einfach sein. Trotzdem scheidet eine Strafbarkeit nicht von vornherein aus, vgl. BGH, Urteil vom 29.7.2014, 5 StR 46/14, *NZ Fam* 2014, 942, in dem eine Verurteilung wegen Untreue erfolgte, obwohl die später nicht mehr kommunikationsfähige Vollmachtgeberin bei Erteilung der Vollmacht nach dem festgestellten Sachverhalt sogar geäußert hatte, dass der Bevollmächtigte über deren Vermögenswerte auch zu seinen Gunsten verfügen könne.

9 Dies empfiehlt z. B. *Zimmermann*, *Vorsorgevollmacht – Betreuungsverfügung – Patientenverfügung*, Rdnr. 98. Dies bringt freilich wieder Unsicherheiten für die Wirksamkeit von entgeltlichen Geschäften mit sich, wenn die dem Vollmachtgeber gewährte Gegenleistung nicht gleichwertig ist, vgl. a. a. O. Rdnr. 97 und 99.

Rahmen eines Auftragsverhältnisses gemäß § 662 ff. BGB handelt oder nur gefälligkeitshalber.<sup>10</sup> Bei Ehegatten ist die Rechtsprechung mit der Annahme eines Rechtsbindungswillens für einen Auftrag zurückhaltend, im Übrigen wird im Zweifel eher von einem Auftragsverhältnis ausgegangen werden können. Das Rechtsverhältnis sowie die Frage einer Rechenschaftspflicht könnten ggf. auch im Rahmen der Vollmacht klargestellt bzw. geregelt werden.<sup>11</sup>

d) Bestimmungen in der Vollmacht, dass eine Kontrollbetreuung für unnötig gehalten bzw. nicht gewünscht wird<sup>12</sup>, erhöhen möglicherweise bei einem Vollmachtsmissbrauch die Hürden für die Einsetzung eines dann erforderlichen Betreuers und erscheinen vor dem Hintergrund der ohnehin zurückhaltenden Rechtsprechung regelmäßig verzichtbar.

e) Bisher wenig berücksichtigt in der Gestaltungspraxis werden die Gefahren im Zusammenhang mit der Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten. Zu Recht weist *Schüller* darauf hin, dass Untervollmachten, soweit nicht anders festgelegt, regelmäßig unabhängig vom Fortbestand der Hauptvollmacht weitergelten und somit die Widerruflichkeit der Vollmacht faktisch erheblich eingeschränkt wird, zumal der Vollmachtgeber nicht notwendigerweise Kenntnis von erteilten Untervollmachten erhält.<sup>13</sup> Es spricht deshalb einiges dafür, die Wirksamkeit einer Untervollmacht vom Bestand der Hauptvollmacht abhängig zu machen, sofern auch die Widerruflichkeit bzw. Beseitigung einer erteilten Untervollmacht für den Vollmachtgeber sichergestellt sein soll. Dies bedingt freilich, dass der Unterbevollmächtigte auch die Hauptvollmacht mitvorlegen können muss. Um die praktische Handhabung der Untervollmacht in Fällen, bei denen eine Missbrauchsgefahr eher gering erscheint, zu erleichtern, könnte in einer beurkundeten Hauptvollmacht – zugegebenermaßen etwas umständlich – formuliert werden:

Zur Erteilung von Untervollmacht ist der Bevollmächtigte in [??? allen, auch in den persönlichen?] Angelegenheiten berechtigt, wobei die Vertretungsmacht des Unterbevollmächtigten von der Vorlage der Hauptvollmacht abhängig zu machen ist, ausgenommen bei Vollmachtsausübung gegenüber Gerichten und Behörden sowie bei der Bevollmächtigung von Notaren und deren Mitarbeitern sowie bei Finanzierungsvollmachten in notariellen Grundbesitzverträgen.<sup>14</sup>

10 Vgl. hierzu ausführlich *Horn/Schabel*, *NJW* 2012, 3473 m. w. N. zur Rspr. Siehe ferner *Volmer*, *MittBayNot* 2016, 386; OLG Schleswig, Urteil vom 18.3.2014, 3 U 50/13, *FamRZ* 2014, 1397; LG Bonn, Urteil vom 20.5.2016, 1 O 80/16, *MittBayNot* 2017, 157 m. Anm. *Spernath*.

11 Vgl. hierzu ausführlich *Volmer*, *MittBayNot* 2016, 386.

12 Vgl. z. B. die Formulierung in *Kersten/Bühling*, *Formularbuch*, 25. Aufl. 2016, § 96 Rdnr. 82 M unter Ziffer V.: „... halte ich eine Kontrolle durch Dritte nicht für nötig.“

13 Vgl. *Schüller*, *RNotZ* 2014, 585.

14 In Anlehnung an *Schüller*, a. a. O., S. 591. In der Untervollmacht ist dann eine entsprechende Regelung aufzunehmen (vgl. *Schüller*, a. a. O.): „Diese Untervollmacht kann nur wirksam ausgeübt werden, sofern der Bevollmächtigte bei jeder Vertreterhandlung die Hauptvollmacht in Ausfertigung vorlegt. Diese Einschränkung gilt nicht bei Vollmachtsausübung gegenüber Gerichten und ...“.

f) Eine gewisse Kontrolle der Vollmachtausübung kann durch Einsetzung mehrerer Bevollmächtigter erreicht werden, und zwar auch dann, wenn im Außenverhältnis jeder einzelvertretungsberechtigt und eine Abstimmung bzw. Kontrolle nur im Innenverhältnis vorgesehen ist. Eine gemeinsame Vertretung erschwert die Vollmachtausübung für die Bevollmächtigten nicht unerheblich und kann zu Auslegungsschwierigkeiten führen, sodass diese im Normalfall nicht empfehlenswert sein wird.<sup>15</sup> Eine denkbare Formulierung, falls im Einzelfall dennoch gewünscht:

Die beiden Bevollmächtigten sind nur gemeinsam vertretungsberechtigt. Jeder Bevollmächtigte kann vom anderen Bevollmächtigten ermächtigt werden, bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften alleine vorzunehmen. Ist ein Bevollmächtigter verstorben, ist der andere Bevollmächtigte ab diesem Zeitpunkt alleine vertretungsberechtigt. Dies ist durch öffentlich beglaubigte Sterbeurkunde zu belegen. Ist ein Bevollmächtigter an der Ausübung der Vollmacht verhindert, soll der andere Bevollmächtigte vom Betreuungsgericht zum Betreuer bestellt werden, möglichst unter Fortbestand der Vollmacht. (evtl.) Kommt einer Vertretungshandlung im Einzelfall erkennbar nur ein wirtschaftlicher Wert von maximal ... (zum Beispiel 5.000 €) zu, besteht hierfür für jeden Bevollmächtigten Einzelvertretungsbefugnis.

### 3. Ergebnis

Ein Miss- oder Fehlgebrauch von Vollmachten kann nie ausgeschlossen werden. Bestimmungen, welche die Kontrolle des Bevollmächtigten erschweren, sollten deshalb nur mit Bedacht verwendet werden. Die Überprüfung eines Vollmachtsmissbrauchs oder -fehlgebrauchs durch die Justiz sollte weniger als Eingriff in die Selbstautonomie der Beteiligten gesehen werden, sondern als eigentlich unabdingbare Voraussetzung für den vernünftigen Einsatz von Generalvollmachten, insbesondere bei späterer Geschäfts- und damit Kontrollunfähigkeit des Vollmachtgebers.

<sup>15</sup> Müller/Renner, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, RdNr. 646 ff.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### 12. Regensburger Immobilienrechtstag

#### BauGB-Novelle(n) und städtebauliche Verträge – Aktuelle Fragen und Entwicklungen

Freitag, 13. Oktober 2017, 9:00 Uhr

Vielberth-Gebäude der Universität Regensburg (Hörsaal H 26),  
Universitätsstraße, 93053 Regensburg

##### Aus dem Programm:

Die BauGB-Novelle 2017 – Geänderte Zielvorstellungen für die städtebauliche Entwicklung (Prof. Dr. *Gerrit Manssen*, Regensburg)

Folgekosten – Vom Aufwendungsersatz zur Sozialgerechten Bodennutzung (geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetags a. D. RA Dr. *Jürgen Busse*)

Vom Erschließungs- zum Kostenübernahmevertrag – Verträge statt Beiträge? (geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetags Dr. *Franz Dirnberger*)

Einheimischenmodelle ohne Einheimische – Aus oder Umorientierung für ein bayerisches Erfolgsmodell? (Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen/Zwiesel)

Städtebauliche Verträge in der Rechtsprechung des BGH (RiinBGH Prof. Dr. *Johanna Schmidt-Räntsch*)

**Tagungsbeitrag:** 165 €, für Behördenvertreter und Universitätsangehörige 75 €

**Kontakt/Anmeldung:** bis 30.9.2017 an der Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht (Prof. Dr. *Jürgen Kühling*) bei Frau Silvia Kadzioch per Telefon unter 0941 943 6061, per Fax unter 0941 943 6062 oder per E-Mail an [silvia.kadzioch@irebs.de](mailto:silvia.kadzioch@irebs.de)

### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

#### Der eingetragene Verein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb

Mittwoch, 8. November 2017, 17:30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss),  
Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

##### Aus dem Programm:

Neuordnung der Vereinsklassenabgrenzung – Die Kita-Rechtsprechung des BGH und die abgebrochene Vereinsrechtsreform (Prof. Dr. *Lars Leuschner*, Osnabrück)

Der Verein als Konzernspitze (Prof. Dr. *Mathias Habersack*, München)

Die Organisationsstruktur des FC Bayern München (Notar Prof. Dr. *Dieter Mayer*, München)

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

Kontakt/Anmeldung: [FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de](mailto:FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de),  
Tel. 089 2180-1420, Fax 089 2180-13981

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).

## Veranstaltungen des DAI

- 1. Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**  
(Schmidt/Tondorf)  
9.9.2017 in Bochum  
21.9.2017 in Heusenstamm
- 2. Aktuelle Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr**  
(Büttner/Seebach)  
15.9.2017 in Oldenburg
- 3. 15. Jahresarbeitstagung des Notariats**  
(u. a. Galke/Heidinger/Hoischen/Holthausen-Dux/Hügel/Keim/Liebert/Müller/Reul/Schmidt-Räntsch/Stresemann/Viskorf/Wälzholz/Weber/Mayer/Spiegelberger)  
14.-16.9.2017 in Berlin
- 4. Aktuelle Fragen zu Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung**  
(Müller/Renner)  
25.9.2017 in Heusenstamm  
16.10.2017 in Bochum
- 5. 33. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**  
(Huttenlocher/Monreal/Schlögel/Sikora/Simon/Weber)  
25.-30.9.2017 in Bochum
- 6. Neue Entwicklungen zu Rechten in Abt. II des Grundbuchs**  
(Heggen)  
27.9.2017 in Kassel
- 7. Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis**  
(Basty/Hertel/Keim/Tebben)  
29.9.2017 in Hamburg
- 8. Update Grundstückskaufvertrag**  
(Krauß)  
6.10.2017 in Kiel  
7.10.2017 in Bochum
- 9. Intensivkurs Überlassungsvertrag**  
(Oertel/Tebben)  
13.-14.10.2017 in Bochum
- 10. Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**  
(Keim/Müller/Reetz)  
13.10.2017 in Heusenstamm
- 11. Das Unternehmertestament in der notariellen Praxis**  
(Spiegelberger)  
14.10.2017 in Köln
- 12. Mitarbeiterlehrgang: Als Quereinsteiger ins Notariat**  
(Tondorf)  
16.-20.10.2017 in Hamburg
- 13. 34. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**  
(Huttenlocher/Monreal/Schlögel/Sikora/Simon/Weber)  
16.-21.10.2017 in Berlin
- 14. Update WEG**  
(Elzer/Hügel)  
20.10.2017 in Osnabrück
- 15. Aktuelles Kostenrecht im Notariat**  
(Fackelmann)  
20.10.2017 in Heusenstamm
- 16. Aktuelle Fragen zum GNotKG**  
(Schmidt/Tondorf)  
24.10.2017 in Kassel
- 17. Zwangsversteigerungsrecht in der notariellen Vertragsgestaltung**  
(Franck)  
25.10.2017 in Heusenstamm
- 18. Ehevertragsrecht: Aktuelle Entwicklungen und höchstrichterliche Rechtsprechung**  
(Reetz)  
27.10.2017 in Berlin
- 19. Ältere Menschen als Urkundsbeteiligte**  
(Renner/Wetterling)  
27.10.2017 in Potsdam

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.

## Ausschreibung

## Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2018

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

### „Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von 5.000 € aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des

Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens **30. Juni 2018** bei der

**Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,  
Gerberstraße 19,  
97070 Würzburg,**

in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen (maßgebend ist der Posteingangsstempel). Ein weiteres Exemplar wird im Falle des Preiserhalts zur Archivierung der Helmut-Schippel-Preisträgerarbeiten zur Verfügung gestellt. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2019 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung statt. Nähere Informationen erhalten Sie unter [www.notrv.de](http://www.notrv.de).

## NEUERSCHINUNGEN

1. Bihler: Umsatzsteuerliche Organschaft: Tochterpersonengesellschaften als Organgesellschaften. Kovac, 2017. 108 S., 66,80 €
2. Borth: Versorgungsausgleich. 8. Aufl., Luchterhand, 2017. 804 S., 109 €
3. Bunjes: UStG. 16. Aufl., Beck, 2017. 1483 S., 105 €
4. Cobe: Der Gläubigerschutz in der Unternehmungsgesellschaft. Springer, 2017. 206 S., 54,99 €
5. Daragan/Halaczinsky/Riedel (Hrsg.): Praxiskommentar ErbStG und BewG. 3. Aufl., Zerb, 2017. 1710 S., 169 €
6. Diehn/Neie/Rebhan: Klausurenkurs für die notarielle Fachprüfung. 2. Aufl., Beck, 2017. 182 S., 44,90 €
7. Eickelmann: Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Mohr Siebeck, 2017. 210 S., 59 €
8. Enzensberger/Maar: Testamente für Geschiedene und Patchworkhehen. 4. Aufl., Zerb, 2017. 300 S., 49 €
9. Förster/Ott: Steuerforum 2017 – Aktuelle Problembereiche bei Einbringung in Personen- und Kapitalgesellschaften. Boorberg, 2017. 30 S., 20 €
10. Fritz: Gezielte Vermögensnachfolge durch Testament und Schenkung. 4. Aufl., Schäffer Poeschel, 2017. 342 S., 49,95 €
11. Haußleiter (Hrsg.): FamFG. 2. Aufl., Beck, 2017. 1451 S., 89 €
12. Hess: Steueroptimale Gestaltung grenzüberschreitender M&A-Transaktionen. Beck, 2017. 206 S., 59 €
13. Hoischen: Die Vermögensauseinandersetzung nicht-ehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland und Frankreich. Mohr Siebeck, 2017. 323 S., 64 €
14. Joachim/Lange: Pflichtteilsrecht. 3. Aufl., Schmidt, 2017. 479 S., 78 €
15. Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.): Österreichisches Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., MANZ, 2017. 1700 S., 289,87 €
16. Kleffmann: Die Güterstandsschaukel. Kovac, 2017. 180 S., 85,80 €
17. Kober: Geltungsgrund und Geltungsgrenzen gesellschaftlicher Geschäftsordnungen. Nomos, 2017. 350 S., 79 €
18. Kober (Hrsg.): Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte. 2. Aufl., EINS, 2017. 589 S., 35,95 €
19. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 8. Aufl., Heymanns, 2017. 2340 S., 149 €
20. Ländernotarkasse (Hrsg.): Leipziger Kostenspiegel. 2. Aufl., Schmidt, 2017. 1568 S., 89,80 €
21. Lechner: Die Reichweite des Erbstatuts in Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut anhand der Europäischen Erbrechtsverordnung. Nomos, 2017. 344 S., 86 €
22. Lüke/Püls (Hrsg.): Zukunftsfragen des Notariats – Internationalisierung und E-Justiz. Nomos, 2017. 87 S., 26 €
23. Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt (Hrsg.): GmbHG. 3. Aufl., Beck, 2017. 4534 S., 449 €
24. Notarkasse München A. d. ö. R./Pelikan: Basiswissen im Notariat. Deutscher Notarverlag, 2017. 132 S., 19,90 €
25. Notarkasse München A. d. ö. R./Kersten: Büroorganisation. Deutscher Notarverlag, 2017. 132 S., 19,90 €
26. Pamboukis: EU Succession Regulation No 650/2012. Beck, 2017. 741 S., 230 €
27. Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV. Mohr Siebeck, 2017. 6538 S., 736 €
28. Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.): BGB. 12. Aufl., Luchterhand, 2017. 3936 S., 130 €
29. Prütting/Gehrlein (Hrsg.): ZPO. 9. Aufl., Luchterhand, 2017. 3252 S., 139 €
30. Reichert: Die erbrechtliche Ausgleichung von Unterhaltsleistungen an behinderte Abkömmlinge. Lang, 2017. 175 S., 54,95 €
31. Roemer/Wittkowski/Führ/Otto/Bamberger: Notariatskunde. 19. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2017. 1008 S., 69 €
32. Schlitt/Müller: Handbuch Pflichtteilsrecht. 2. Aufl., Beck, 2017. 1025 S., 149 €
33. Schmid: Steuerfallen im Erbrecht. Deutscher Notarverlag, 2017. 200 S., 49 €
34. Seitz: Das zwangsweise Ausscheiden eines sanierungswilligen GmbH-Gesellschafters. Kovac, 2017. 280 S., 99,80 €
35. Semler/Stengel (Hrsg.): UmwG. 4. Aufl., Beck, 2017. 2143 S., 229 €
36. Soergel/Löhning (Hrsg.): BGB. Band 19/2, Familienrecht 3/2: §§ 1616-1717. 13. Aufl., Kohlhammer, 2017. 494 S., 314 €
37. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 125-129; BeurkG. De Gruyter, 2017. 728 S., 269 €
38. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 134-138; ProstG. De Gruyter, 2017. 688 S., 249 €
39. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Schuldrecht. §§ 397-432. De Gruyter, 2017. 903 S., 349 €
40. Titz: Das Vindikationslegat. Mohr Siebeck, 2017. 437 S., 94 €
41. von Oertzen/Loose (Hrsg.): ErbStG. Schmidt, 2017. 1736 S., 159 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.10.2017:  
Notar Dr. Ulrich Bracker, Weilheim

### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.8.2017:

|   |   |
|---|---|
| Deggendorf  | dem Notarassessor<br>Malte Giebel<br>(bisher in Nürnberg,<br>Notarstellen Thoma/<br>Weinmann)           |
| Eschenbach  | der Notarassessorin<br>Eva-Maria Bernauer<br>(bisher in München,<br>Notarstelle<br>Prof. Dr. Mayer)     |
| Neuburg a. d. Donau<br>(in Sozietät mit<br>Notar Dr. Grimm) | Notar a. D.<br>Dr. Josef Zintl<br>(bisher in München,<br>Geschäftsführer<br>der Notarkasse A. d. ö. R.) |
| Wörth a. d. Donau   | Notarassessorin<br>Anja Schaller<br>(bisher in Nürnberg,<br>Notarstellen<br>Thoma/Weinmann)             |

Mit Wirkung zum 1.9.2017:

|  |  |
|--|--|
| Ebersberg<br>(in Sozietät mit<br>Notar Frauhammer) | Notar<br>Tobias Aigner<br>(bisher in Rosenheim)  |
| Oettingen i. Bay.                                  | der Notarassessorin<br>Kathrin Trutschel<br>(bisher in Nürnberg,<br>Notarstellen Thoma/<br>Weinmann) |

Mit Wirkung zum 1.10.2017:

|  |                                   |
|--|-----------------------------------|
| Forchheim<br>(in Sozietät mit<br>Notar Reiß) | dem Notar a. D.<br>Marcel Neumair |
|--|-----------------------------------|

### 3. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Steffen Evers, Weilheim,  
wurde mit Wirkung vom 20.4.2017 promoviert

Notar Christian Müller, Mainburg, führt seit  
14.7.2017 den Namen Müller-Jonies

Die Sozietät Dr. Huttenlocher/Kärtner, München,  
wurde mit Wirkung vom 31.7.2017 aufgehoben

Notar Dieter Ellert, München, ab 1.8.2017  
in Sozietät mit Notar Dr. Peter Huttenlocher

Oberamtsrat i. N. Georg Singer, München  
(Notarstellen Kärtner/Dr. Huttenlocher), ab 1.8.2017  
in München (Notarstellen Ellert/Dr. Huttenlocher)

Oberinspektorin i. N. Jessica von Zimmermann,  
München (derzeit in Elternzeit), ab 1.8.2017 in  
München (Notarstellen Ellert/Dr. Huttenlocher)

Notarassessorin Dr. Nora Ziegert, München, ab  
1.8.2017 Geschäftsführerin der Notarkasse A. d. ö. R.

Notarassessorin Dr. Judith Ulshöfer, Würzburg  
(DNotI), ab 15.8.2017 in Ludwigshafen am Rh.  
(Notarstellen Dr. Meyer/Dr. Wolf)

Notarassessorin Anne Bergmann, Trostberg  
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling), ab 1.9.2017 in  
Würzburg (DNotI)

Die Sozietät Prof. Dr. Wegmann/Dr. Auktor,  
Ingolstadt, wurde mit Wirkung vom  
30.9.2017 aufgehoben

### 4. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsärztin i. N. Cornelia Glockner, Nürnberg  
(Notarstellen Dr. Sommerhäuser/Dr. Reindl),  
zum 30.6.2017 ausgeschieden

Amtsrat i. N. Josef Bergmeister, Geisenfeld  
(Notarstelle Kuhne), ab 1.9.2017 im Ruhestand

### 5. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.7.2017:

*Zur Oberamtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 12):*

Gudrun Kreuzer, Illertissen  
(Notarstelle Dr. Kössinger)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsärztin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Heidrun Hörmann, Krumbach (Schwaben)  
(Notarstelle Meyer-Littmann)

Luise Janson, Neumarkt i. d. Opf.  
(Notarstelle Dr. Dr. Seeger)

Frank Mattern, Freinsheim  
(Notarstelle Dr. Schönberger)

Gregor Müller, Forchheim  
(Notarstellen Reiß/vormals Hutterer)

Claudia Preßler, Passau  
(Notarstellen Dr. Bandel/Pich)

Christine Reindl, Nürnberg  
(Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel)

Petra Schwegel, Waldmohr  
(Notarstelle Bayer)

Reiner Tondok, Miesbach  
(Notarstellen Schmitt/Hruschka)

Max Weiss, Hengersberg  
(Notarstelle Dr. Hecht)

Michael Weppler, Schweinfurt  
(Notarstellen Dr. Dörnhöfer/Dr. Betz)  
*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.  
(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4 bis 5):*  
Beate Abele, München  
(Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)  
Tatjana Köstler, Ingolstadt  
(Notarstellen Blomeier/Dr. Lichtenwimmer)  
Katrina Lang, Aichach  
(Notarstellen Riedel/Dr. Kilian)  
Daniela Märkl, Geisenfeld  
(Notarstelle Kuhne)  
Marina Niederhuber, Altötting  
(Notarstellen Habel/Martin)  
Nadine Schwarz, Gunzenhausen  
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)  
Maria Weiß, Amberg  
(Notarstellen Hantke/Engelhardt)  
Monika Wiedergrün, Memmingen  
(Notarstellen Erber-Faller/Voran)  
Mit Wirkung zum 1.8.2017:  
*Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):*  
Günther Weidenthaler, München  
(Notarstelle Hönle)  
*Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):*  
Michael Hamburger, Speyer  
(Notarstellen Dr. Rieder/Malchus)

## **ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:**

Ingolstadt, Notarstelle Dr. Wegmann  
Steuartstraße 1, 85049 Ingolstadt  
Telefon: 0841 881558-0  
Telefax: 0841 881558-29  
E-Mail: info@notarwegmann.de

Karlstadt, Notarstelle Dr. van Eickels  
Am Steinlein 1 a, 97753 Karlstadt

## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,  
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)